

Autoridades de la Universidad

Dr. Fernando Fragueiro
Rector

Dr. Ricardo Crespo
Director de Investigación

Dr. Víctor Herrero
Vicerrector de Asuntos Académicos

Abog. Juan Pablo Magdaleno
Secretario General

Mag. Ivana Lobo
Mag. Julián Rodríguez
Consejeros

Autoridades de la Facultad de Derecho

Mag. Manuel García-Mansilla
Decano

Dr. Sebastián Balbín
Vicedecano

Dr. Andrés Sánchez Herrero
Secretario Académico

Abog. María de la Paz Miatello
Directora de Estudios

Dr. Leonardo Ambesi
Mag. Celina Cantú
Consejeros

Autoridades del Departamento de Derecho Judicial

Dr. Rodolfo Vigo
Director del Departamento de Derecho Judicial

Mag. María Gattinoni de Mujía
Directora Ejecutiva del Departamento de Derecho Judicial

Mag. María Rosa Dabadie
Coordinadora del Departamento de Derecho Judicial

**Miembros del Consejo Académico y Consejo Editorial
de la Colección Cuadernos de Derecho Judicial**

Rodolfo Vigo

María Gattinoni

Néstor Sagüés

Domingo Sesín

Jorge Jiménez Martín

Carlos Alberto Andreucci

María Lilia Díaz Cordero

SEGUNDO CUADERNO DE DERECHO JUDICIAL COMPARADO

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS DERECHOS
SOCIALES EN EUROPA Y EN AMÉRICA LATINA

Coordinadora:

María Gattinoni

Autores:

María del Carmen Battaini

Raúl Canosa Usera

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

Juan Manuel Acuña

Alfonso Santiago

Segundo cuaderno de Derecho Judicial Comparado:
la tutela judicial efectiva de los derechos sociales en
Europa y en América Latina / Eloy Espinosa-Saldaña
Barrera... [et al.]. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2019.
112 p.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-3839-0

1. Derecho. I. Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy.
CDD 340.2

© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2019
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the publisher and the author.

Tirada: 200 ejemplares

ISBN 978-987-03-3839-0

ARGENTINA

PRÓLOGO

María del Carmen Battaini⁽¹⁾

Desde la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las provincias argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, consideramos de gran importancia la construcción de espacios que generen responsabilidad social en los distintos ámbitos de actuación de los poderes judiciales.

En tal sentido, y siguiendo los lineamientos y objetivos de nuestro Estatuto, ya desde la creación de la Junta se generaron caminos de reflexión para lograr facilitar el acceso a justicia de la sociedad en general y fundamentalmente de los grupos más vulnerables, entendiendo esa vulnerabilidad no solo relacionada con situaciones económicas específicas, sino con toda aquella persona o grupo que por algún motivo se encuentre en inferioridad de condiciones ante otros, o bien, se encuentre desapoderada de algún derecho.

Es desde esa óptica que trabajamos y lo hemos hecho juntamente con la Universidad Austral, en diferentes temáticas que incumben al derecho judicial. Pues es este el soporte práctico para dar las respuestas necesarias.

Todo espacio académico nos lleva a la reflexión profunda y, por supuesto, más de una vez a repensar conceptos que tradicionalmente tienen una historia, pero que se han quedado en el tiempo, sin atender a la evolución normal y necesaria de la sociedad en general y de las comunidades específicas en particular.

Es desde la Junta donde las experiencias locales y regionales quedan al descubierto y con ello la necesidad de entenderlas y reforzar así el federalismo.

El tránsito por la función judicial en sus diferentes roles nos ha develado la necesidad de entender que el perfil del juez de este siglo nada tiene que ver con el pasado.

Ante esa necesidad de dar una respuesta clara, concreta y acorde al derecho y a la justicia, nos ha puesto a evaluar la concreción de espacios diferentes, alternativos, interdisciplinarios, flexibles y motivadores.

(1) Presidente de la Junta Federal de Cortes y Superiores tribunales de las provincias argentinas y de CABA. Ministro del Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur.

En ese sentido, resulta valioso y destacable la realización de talleres que mantengan estos temas vigentes. Los aportes que de ellos derivan son aplicados en la práctica generando una dinámica diferente para dar respuestas concretas.

Al hablar de derechos sociales, su reconocimiento, su historia, su evolución y la necesidad de mantenerlos activos, de respetarlos y de ser fuente motivadora de pensamiento y acciones claras, no hacemos otra cosa que atender a la realidad que tenemos al alcance de la mano. Considerar su existencia y oír sus reclamos es nuestra función.

Pero el cómo hacerlo, también nos incumbe a aquellos que tenemos una responsabilidad social de conocer el derecho y adecuar nuestro comportamiento a él teniendo como norte el valor justicia.

Celebro cada aporte realizado por los trabajos de los Dres. Eloy Espinosa Saldaña Barrera, Juan Manuel Acuña, Raúl Canosa Usera y Alfonso Santiago, que abordan los temas de la evolución de los derechos sociales, económicos y culturales en el Perú y los alcances de su judicialidad; las experiencias de judicialización de derechos sociales; los derechos sociales en Europa, en especial, su protección supranacional y el alcance del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas –perspectiva argentina y comparada que conforman este cuaderno–, nos ayudan a seguir adelante en este camino de grandes desafíos. Que el pensar y el decir tengan coherencia con el hacer nos llevará a buen destino, dando respuestas adecuadas.

Tener en cuenta en el presente el pasado, para proyectar el futuro, nos llevará a cumplir con los objetivos de Naciones Unidas para la agenda 2030 (ODS16) y contribuir con nuestro ejercicio a la generación de sociedades más justas, pacíficas e inclusivas. Ello en aras del bien común, recordando que no es bien si no es común, podremos seguir generando políticas institucionales que contemplen el pleno respeto a los derechos sociales.

ÍNDICE GENERAL

Prólogo	V
---------------	---

DERECHOS SOCIALES EN EUROPA, EN ESPECIAL SU PROTECCIÓN SUPRANACIONAL

Raúl Canosa Usera

I. Introducción: el Estado social como contexto	1
II. Un problema conceptual previo: la específica estructura de los derechos sociales	3
III. La plasmación internacional y supranacional del Estado social.....	5
IV. La protección de los derechos sociales en el ámbito del consejo de Europa	8
4.1. La doble vía: TEDH Y CEDS	8
4.2. La protección indirecta de derechos sociales en la jurisprudencia del TEDH	8
4.3. La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales	9
V. El derecho de la Unión Europea y su relación con la protección de los derechos sociales brindada por el Consejo de Europa.....	12
VI. Conclusión	14

ANOTACIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES EN EL PERÚ Y LOS ALCANCES DE SU JUDICIABILIDAD

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

I. A modo de introducción	17
II. Apuntes acerca de la evolución del caso peruano al respecto hasta la aprobación del texto de la Carta de 1993	18
2.1. El escenario previo a la Constitución de 1979	18
2.2. Lo sucedido de acuerdo con lo previsto en la Constitución de 1979	20
2.3. Lo recogido en el texto de la Carta de 1993.....	21
III. Apuntes sobre los aportes jurisprudenciales del TC peruano en la protección de los DESC, básicamente a lo largo del siglo XXI.....	22

	Pág.
3.1. La constitucionalización del derecho y el actual rol e incidencia de los TC en la materia.....	22
3.2. Los DESC como derechos	24
3.3. Los DESC en la jurisprudencia del TC peruano	30
IV. Un análisis crítico de lo realizado y los retos que genera, a modo de conclusión.....	40

ANÁLISIS DE LAS EXPERIENCIAS DE JUDICIALIZACIÓN DE DERECHOS SOCIALES

Juan Manuel Acuña

I. Introducción	43
II. Puesta al día de las objeciones tradicionales.....	44
III. Formas de intervención judicial en políticas públicas sociales.....	49
IV. Nuevos problemas.....	52
4.1. La paradoja de la judicialización	52
4.2. El cumplimiento de las sentencias sobre derechos sociales	57
V. Justicia dialógica en los litigios sobre derechos sociales	59
VI. Comentarios finales.....	65
VII. Bibliografía.....	66

EL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DE RAZONABILIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS. PERSPECTIVA ARGENTINA Y COMPARADA

Alfonso Santiago

I. Presentación	69
II. Argumentos favorables a limitar el control de constitucionalidad de las políticas públicas a la exclusiva determinación de si ellos lesionan el contenido esencial de un derecho reconocido constitucionalmente	76
III. Argumentos a favor de un control amplio de razonabilidad de las políticas públicas al momento de ejercer el control de constitucionalidad, que comprende el juicio de estricta necesidad	85
IV. Postura propuesta	90
V. Bibliografía	94

DERECHOS SOCIALES EN EUROPA, EN ESPECIAL SU PROTECCIÓN SUPRANACIONAL

Raúl Canosa Usera⁽¹⁾

I. Introducción: el Estado social como contexto

En general es en Europa y singularmente en los países del occidente europeo, aquellos que no estuvieron bajo la órbita soviética, donde mejor desarrollo y cabal cumplimiento ha tenido el Estado social. En efecto, el bienestar alcanzado en esas sociedades, entre las que podemos incluir a la española, es mayor que en otras partes del mundo. Ello a pesar de que la plasmación constitucional del Estado social no sea en esos países ni mucho menos la más explícita. Pero ateniéndonos a los resultados, sin duda el bienestar ha sido y es en tales sociedades mucho mayor que en otras que, como ocurre en Iberoamérica, presentan constituciones mucho más expresivas que incluyen también el reconocimiento de numerosos derechos sociales.

No voy a trazar aquí la génesis del Estado social que es bien conocida, sino únicamente subrayar que los derechos sociales son un producto, entre otros, de dicho tipo de Estado que, lejos de desentenderse del bienestar material de las personas, es encargado de fomentarlo. Ese bienestar sería el resultado fáctico de la acción estatal encaminada a promoverlo. Bien es cierto que el Estado social, desde luego en su conformación europea, convive con una economía abierta, capitalista, pero ya no librada a sus propias energías e inclinaciones, sino orientada por las políticas públicas. Se ha hablado así de economía social de mercado, un capitalismo dirigido por el poder político democrático que corregiría los movimientos espontáneos y a veces, se dice, irracionales del mercado. La economía se pondría al servicio del interés general, servido no por la mano invisible del mercado, sino por las decisiones democráticas y racionales del Estado.

La clave jurídica del Estado social sería la igualdad sustancial, es decir, la equiparación en las condiciones vitales de todos. En efecto, al lado de la gran conquista liberal de la igualdad formal que en esencia es igual titularidad de los derechos, el Estado social, tras advertir la insuficiencia por sí solo de la igualdad formal para realizar la justicia social, introduce la igualdad sustan-

(1) Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense. Miembro del Comité Europeo de Derechos sociales del Consejo de Europa.

cial, el bienestar para todos porque la igualdad ante la ley, al no asegurar al menos un mínimo de libertad fáctica para todos, no permitía el ejercicio de los derechos que para los más solo nominalmente se proclamaban.

Sin duda, la igualdad ante la ley constituyó un formidable impulso para el desenvolvimiento histórico de la libertad y es conquista irrenunciable, pero la ausencia de libertad fáctica impedía que los desheredados de la fortuna pudieran efectivamente ejercer sus derechos. Les quedaba lo que Anatole France llamaba con ironía “la libertad de dormir bajo los puentes”. Para que esto no suceda, al Estado se encomienda la tarea de promover que todos dispongan de unos mínimos vitales que les doten de una libertad fáctica suficiente, es decir, fomentar la igualdad sustancial relativizando paulatina y progresivamente la desigualdad material.

No se trata, por supuesto, de una absoluta igualdad material que destruiría la esencia de la libertad que justamente consiste en el libre desarrollo de la personalidad y, por lo tanto, en la afirmación de las diferencias entre las personas que en esencia somos distintos y al ejercer nuestra libertad fomentamos esa diferencia. Se trata de asegurar unas condiciones de vida dignas, unos mínimos vitales que impulsen el ejercicio de la libertad; en otras palabras, para garantizar que, a través del ejercicio de esa libertad, pueda cada cual desarrollar su personalidad. Queda pendiente y al albur de los poderes democráticos establecer en cada momento cuál es el grado de igualdad sustancial necesario para cumplir el objetivo propuesto que ya se convierte en una nueva tarea del Estado.

En consecuencia, el Estado de derecho, sin abandonar las características que lo marcaban como Estado liberal, deja de ser abstencionista para hacerse interventor en aras de promover la explicada igualdad sustancial. En definitiva, un nuevo fin del Estado que se plasma en algunos casos mediante una cláusula específica de promoción de la igualdad sustancial, como los artículos 3.2 de la Constitución italiana o 9.2 de la Constitución española, además de referencias explícitas al Estado social como hace el muy profesoral artículo 1.1 de la Constitución española.

Al margen de las invocaciones genéricas al Estado social o a la igualdad sustancial, el Estado social se articula en términos técnicos-jurídicos a través de dos tipos de enunciados constitucionales: los que proclaman principios sociales y los que reconocen derechos. Las disposiciones que proclaman derechos son distintas de las que enuncian principios. A las primeras nos referiremos en el epígrafe siguiente; baste decir ahora que generan la lógica obligación del Estado de satisfacerlos. El reconocimiento de derechos sociales es la plasmación subjetiva del Estado social. En cambio, los principios ubican un ámbito donde la acción promotora del Estado debe desplegarse mediante la activación de políticas públicas que favorezca la igualdad sustancial. Los principios serían entonces la plasmación objetiva del Estado social.

La transformación social auspiciada, esa relativización de la desigualdad material, se encauza jurídicamente a través de sus dos tipos de elementos jurídicos que son compatibles entre sí, pero que no siempre van de la mano y se presentan con la misma intensidad en unos u otros ordenamientos jurídicos. Mientras que los elementos típicos del clásico Estado liberal son siempre identificables en casi toda constitución, señaladamente el elenco básico de los derechos frente al poder, las manifestaciones de la libertad negativa, por lo que respecta a los elementos del Estado social, estos se presentan de manera muy variada en las constituciones, así que hallamos muchas diferencias de presentación entre ellas. En este sentido, llama la atención la expresividad del constitucionalismo iberoamericano donde con frecuencia todos los principios y todos los derechos sociales imaginables tienen acomodo. En contraste, el constitucionalismo europeo es mucho más parco, en especial en lo que atañe al reconocimiento de derechos sociales. Si nos atenemos al paralelismo antes apuntado, el mayor bienestar material hace innecesario proclamar constitucionalmente lo ya existente, como sucede en Europa, mientras que en Iberoamérica las graves carencias de bienestar acaban, por reflejo, presentándose en las constituciones como concretos objetivos a lograr o específicos derechos a satisfacer.

II. Un problema conceptual previo: la específica estructura de los derechos sociales

Sin entrar en la manida teoría de las generaciones de derechos y distinguiéndolos de los derechos puramente económicos, de propiedad y libertad de empresa, los derechos sociales serían aquellos que favorecen la igualdad sustancial. Y entre estos últimos cabe distinguir entre derechos de autotutela y los prestacionales; los primeros, también en el orden cronológico de aparición, ponen en manos de los trabajadores armas poderosas que compensan su desventaja social; nos referimos a la libertad sindical y al derecho de huelga. La primera es una manifestación del derecho de asociación que incluye además un ámbito de acción sindical más o menos amplio. Por su parte, el derecho de huelga permite a los trabajadores por cuenta ajena incumplir la obligación jurídica de trabajar derivada del contrato laboral. Ambos derechos suelen reconocerse como derechos fundamentales en las constituciones, tanto europeas como iberoamericanas.

En contraste, los derechos sociales prestacionales, tan prolijamente reconocidos en Iberoamérica, se omiten con frecuencia en las constituciones europeas. Ya hemos apuntado que lo anterior no implica menos bienestar en Europa; sucede lo contrario: aunque no suele existir un reconocimiento constitucional de derechos de prestación, en Europa a menudo el bienestar es mayor porque es producto de prestaciones sociales concretas ofrecidas por los poderes públicos de manera eficaz, mientras que en gran parte de Iberoamérica, a pesar de las proclamaciones constitucionales, ni hay suficiente desarrollo infraconstitucional de tales derechos ni recursos financieros para costearlos. Porque los derechos sociales implican establecer una relación entre

el sujeto activo, el titular del derecho, una conexión entre el receptor de un bien o servicio y su proveedor.

En esta relación ninguna constitución puede entrar en el detalle de cual sea, en el caso de cada derecho, la prestación específica, ello, a pesar de que el contenido esencial del derecho se conecta con la calidad del bien o servicio del que es acreedor el titular del derecho. ¿A qué se tiene derecho cuando hablamos del derecho a la educación, por ejemplo? Parece claro, que a un servicio educativo, pero ninguna constitución puede especificar las condiciones concretas y los detalles, el alcance, en suma, del servicio educativo que han de proveer los poderes públicos. Inexcusablemente habrá de ser la ley la que determine ese alcance y la que disponga los medios administrativos y financieros para materializar en los hechos la prestación del servicio. Porque la calidad de tal servicio dependerá de los medios que se dediquen y de la correcta organización y funcionamiento del eventual aparato administrativo. En otras palabras, con independencia del reconocimiento constitucional, acaba siendo la ley y la administración las que aseguran la prestación del bien o del servicio. Eso explica que, en Europa, aunque las constituciones a menudo guarden silencio sobre estos derechos, al existir leyes que los han ido dotando de medios, acaban disfrutándose servicios públicos que faltan en muchos países de Iberoamérica.

Por otro lado, la satisfacción de un derecho de prestación puede y debería constantemente mejorar. Se trata de la consabida gradualidad de los derechos sociales que refleja, por ejemplo, el artículo 20 del Protocolo de San Salvador de 1988 a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que se refiere a la “naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos”. Esta gradualidad depende, claro está, de los recursos que una sociedad pueda destinar a la satisfacción de estos derechos. Sin embargo, cuando vienen declarados en la constitución y calificados como derechos fundamentales, debe darse por supuesto que sus titulares pueden de inmediato reclamar su “contenido esencial”, una prestación que habrá de hacerse efectiva, en principio, de acuerdo con los términos en los que dispongan las leyes que los desarrollen.

Puede ocurrir, empero, que tales leyes no concreten a que se tiene derecho o no se destinen recursos suficientes para su satisfacción. En estos casos que se suceden en Iberoamérica, son inexorablemente los jueces y especialmente los tribunales constitucionales respectivos, los que resuelven los problemas de manera acaso inevitable, pero criticable a mi parecer. Ello porque, en casos concretos, acaban los jueces ordenando la prestación que con frecuencia deducen de la constitución. En realidad, operan así porque se trata de derechos fundamentales que vinculan a todos los poderes públicos, no solamente al legislador, así que los tribunales también están concernidos. Sin embargo, cuando el legislador no ha cumplido su parte, la de los jueces corre el riesgo cierto de ensancharse convirtiéndose en legisladores del caso concreto, completando para el caso la tarea que el legislador no hizo con carácter general.

La situación descrita a menudo se elogia por resolver de forma constitucionalmente adecuada una falla de legislador, pero en estos casos el juez está

suplantando al legislador democrático y subvirtiendo la división de poderes. Bien es cierto que por doquier el prestigio de los parlamentos ha ido declinando, mas no parece conveniente que los jueces lo suplanten, es menester fortalecer al legislador democrático y no caer en un siempre discutible “gobierno de los jueces”, por mucho que las decisiones de estos nos parezcan justas y en verdad lo sean.

III. La plasmación internacional y supranacional del Estado social

Acaso el fenómeno jurídico más sobresaliente de las últimas décadas haya sido el de la “constitucionalización” del derecho internacional público. Es conocido que tras la Segunda Guerra Mundial y tras la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, de Naciones Unidas, comenzaron a celebrarse tratados, el primero el europeo de 1950, reconociendo derechos. El mismo movimiento normativo a escala constitucional que abrió las revoluciones liberales a finales del siglo XVIII se repetía a mediados del siglo XX como reacción contra el olvido de la dignidad humana que sacudió Europa en el período iniciado tras la Primera Guerra Mundial. La mentada constitucionalización consistió en que el derecho internacional se ocupó de regular la materia constitucional por excelencia, los derechos de las personas. Se convertía a los individuos en sujetos de derecho, lo que en el ámbito del derecho internacional había estado reservado en exclusiva a los Estados. Y se llegaba a constituir tribunales internacionales para que evaluaran el respeto por los derechos humanos guardado por los Estados.

En paralelo, a esa “constitucionalización” apuntada tenía que acompañar la consiguiente apertura de los Estados al derecho internacional de los derechos humanos. En este punto la materialización concreta varía de una región a otra. No ha sido igual el desenvolvimiento en el sistema interamericano o en Europa, por ejemplo. Y cada país tiene margen para graduar la apertura que desea. Por lo general, en el sistema interamericano la Corte de San José ha impuesto un entendimiento común de las obligaciones estatales respecto del denominado bloque de la convencionalidad; tal cosa no la ha intentado siquiera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), fiado a sus posibilidades para imponer una interpretación de cada derecho convencional mediante sus numerosos pronunciamientos, en contraste con la Corte que trata de aprovechar las pocas sentencias que dicta.

En el proceso sucintamente descrito tenía a la fuerza que plantearse si el legislador internacional habría o no de ocuparse de los recién descubiertos derechos sociales. La Declaración universal de 1948, sin ser un texto normativo sino meramente declarativo, ofreció las pautas: la primera, formal, en ella se proclaman tanto derechos clásicos de libertad como derechos sociales; la indivisibilidad entre ambos tipos de derechos quedaba así fijada, también al compartir la misma declaración. La segunda pauta, de índole material, tiene que ver con los derechos que se reconocen: a la seguridad social (artículo 22), al trabajo de elección del sujeto y al descanso (artículo 24), a la educación

(artículo 26), al acceso a la cultura (artículo 27) y un genérico derecho a un nivel de vida adecuado (artículo 25) que incluye vestido, vivienda, asistencia médica y servicios sociales, seguro de desempleo y de enfermedad, invalidez, vejez, maternidad e infancia.

Los contenidos esenciales del Estado social quedaron plasmados en aquella Declaración de 1948, además fueron presentados en forma de derechos de las personas, y todo ello en el mismo texto que recalca una indivisibilidad en la que desde entonces se ha hecho hincapié: los derechos sociales son equiparables en rango a los civiles y políticos.

A pesar de la Declaración de 1948 que marcó el terreno, los derechos sociales que los tratados internacionales por venir acabaron reconociendo lo fueron en tratados separados de los que reconocieron los derechos civiles. Fue caso de los Pactos de Naciones Unidas de 1966, uno declarando derechos civiles y políticos, el otro derechos económicos, sociales y culturales. Ya antes, en el ámbito del Consejo de Europa, vino primero el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), de 1950, y después, la Carta Social Europea (CSE). Solo el Protocolo de San Salvador, de 1988, de derechos sociales, vino a completar la CADH, de 1962, y es la excepción a esa bifurcación de tratados según la materia que predomina en el sistema de Naciones Unidas y del Consejo de Europa.

Sin embargo, incluso en el ámbito interamericano esta indivisibilidad formal ha chocado con la “divisibilidad” de las garantías porque, de los derechos proclamados en el Protocolo, la Corte solo tiene formalmente atribuido el conocimiento (artículo 19.6) de los derechos a la libertad sindical (artículo 8.b) del derecho la educación (artículo 13), mientras que sobre el resto los Estados presentarán informes periódicos “respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo”. En suma, la judicialización solo concierne a la libertad sindical que, por lo demás, ya venía implícitamente reconocida en el artículo 16 de la CADH y al derecho a la educación.

Hay que recordar que también el TEDH protege la libertad sindical y el derecho a la educación, aunque en relación con este último, el artículo 2° del Protocolo 1 no sea tan expresivo como el artículo 13 del Protocolo de San Salvador. Pero la conclusión es que, en el sistema europeo, el TEDH está encargado de proteger más o menos los mismos derechos que la Corte en el interamericano y que, a pesar de la indivisibilidad formal, el sistema interamericano encomienda a la Corte la protección de los mismos derechos del Protocolo de 1988 cuya garantía asegura el TEDH. La diferencia estriba en que, en el ámbito del Consejo de Europa, la Carta Social dispone de un órgano activo de tutela de los derechos en ella reconocidos: el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS).

Es verdad, empero, que la Corte de San José está en los últimos tiempos tratando de dotar de consecuencias prácticas al artículo 26 de la CADH, el único precepto del capítulo III, “Derechos económicos, sociales y culturales”.

Se trataría de dar cobertura a demandas individuales cobijándolas bajo este precepto que en realidad impone a los Estados la adopción de medidas “para lograr progresivamente la efectividad de los derechos que derivan de las normas económicas sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos”. Los derechos mencionados en esta Carta llenan de contenido el artículo 26 y amplían el ámbito protegido por la Corte. Este empeño de la Corte compensaría también la falta, en el ámbito interamericano, de un órgano de garantía de los derechos sociales similar al CEDS.

Todo lo dicho acredita que, a pesar de la indivisibilidad siempre invocada y solo mantenida formalmente en el sistema interamericano, la protección de los derechos sociales se encauza, aunque en este último la última jurisprudencia sobre el artículo 26 sea muy llamativa, mediante mecanismos separados de los dispuestos para la protección de los derechos civiles y políticos. Empezando por el sistema regional más antiguo, existe en el Consejo de Europa, el TEDH y el CEDS, cada uno respectivamente ocupado de garantizar el CEDH y la CSE. En Naciones Unidas cada Protocolo viene defendido por el comité especializado respectivo y al de la tutela de los derechos sociales se le ha dotado no hace mucho (Protocolo de 2008 al Pacto de derechos económicos, sociales y culturales, de 1966) de un interesante mecanismo que permite a los individuos reclamar ante él una vez agotada la vía judicial nacional respectiva.

La obvia conclusión de lo que venimos diciendo es que, a pesar de la pretendida indivisibilidad, los derechos sociales no reciben en el marco internacional la misma protección que la recibida por los derechos civiles. Tal vez la todavía incipiente práctica, en Naciones Unidas tras la entrada en vigor del protocolo de 2008 de comunicaciones individuales, pueda servir como ejemplo de una equiparación o el camino emprendido por la Corte de San José de ensanchar el dominio del artículo 26 de la CADH. Sin embargo, por lo que respecta a Europa, los derechos sociales ni tienen el mismo estatus constitucional del que disfrutaban los civiles y políticos ni, por ello mismo, gozan de las garantías que a los verdaderos derechos fundamentales protegen. En otras palabras, a escala constitucional europea los derechos sociales, salvo alguna excepción, no son indivisibles con los civiles y políticos. Justo lo contrario suele acontecer en Iberoamérica. Materialmente, pues, en Europa, tanto a escala internacional regional como a nivel constitucional, hay una más intensa protección de los derechos civiles respecto de los sociales. En comparación, en Iberoamérica la protección constitucional de los derechos sociales tiende a equipararse con la recibida por los derechos clásicos a escala constitucional, pero no plenamente aún en el marco del sistema interamericano.

En relación con los contenidos de las declaraciones internacionales de derechos sociales que hemos señalado, la Declaración Universal de 1948 marca la pauta seguida por los textos que fueron viendo la luz. La más antigua de todas, la Carta Social Europea, firmada en Turín en 1961, aunque ha sido reformada en dos ocasiones, sigue, como los demás tratados en la materia, inspirándose

en la Declaración de 1948 y girando en torno al trabajo. Ninguna de las declaraciones internacionales puede compararse a las declaraciones constitucionales iberoamericanas tan pródigas en el reconocimiento de derechos sociales. Por ejemplo, el ya antiguo, en el ámbito iberoamericano, derecho al medio ambiente solo viene reconocido en el Protocolo de San Salvador (artículo 11.1). Podríamos concluir entonces en que las declaraciones internacionales de derechos sociales están en general rezagadas y se ocupan sobre todo del mundo laboral, junto con algún otro derecho como los sanitarios, educación y más recientemente vivienda.

El signo de “modernidad”, a mi juicio discutible, que ya se manifiesta en el Protocolo de San Salvador, es esa referencia a grupos especialmente vulnerables (por ejemplo, niños, ancianos, minusválidos, tres grupos referidos en el citado Protocolo). Con tales declaraciones se corre el riesgo de fragmentar la universalidad de los derechos, universalidad que asegura su condición de tales y evita que puedan ser considerados como privilegios. Lo importante es asegurar que esos grupos vulnerables puedan efectivamente disfrutar los derechos que en favor de todos se proclaman, no tanto reconocerles derechos específicos.

IV. La protección de los derechos sociales en el ámbito del consejo de Europa

4.1. La doble vía: TEDH Y CEDS

Ya se ha apuntado que, en el sistema de protección organizado en el Consejo de Europa, los derechos sociales se proclaman en un tratado específico, la Carta de Turín, de 1961, mientras que los derechos civiles se recogieron antes, en 1950, en el Convenio de Roma. El mecanismo de protección de este último era, en las primeras décadas de su vigencia, similar al existente hoy en día en el sistema iberoamericano, es decir, filtro de una comisión que se encargaba de llevar los casos al tribunal. Esto cambió con el Protocolo 11 que eliminó tal filtro y pudieron entonces las potenciales víctimas acceder directamente al tribunal, una vez agotada la vía judicial interna.

Por su parte, el CEDS se encarga de la protección de los derechos sociales, pero no se trata de un tribunal sino de un clásico colegio de expertos independientes y a él no llegan casos individuales antes examinados por las jurisdicciones nacionales.

4.2. La protección indirecta de derechos sociales en la jurisprudencia del TEDH

Con la obvia limitación de partir de un tratado de derechos clásicos de libertad, el TEDH ha realizado, sin embargo, una interpretación evolutiva que de forma sostenida ha ido descubriendo contenidos sociales de sus derechos clásicos de libertad, lo que por lo demás también ha hecho la Corte de San José,

aunque ahora prefiera centrarse en la ampliación del contenido del artículo 26 de la CADH. Tan creativo proceder ha venido ofreciendo frutos en verdad sorprendentes que comenzaron tal vez con el señalamiento de contenidos prestacionales en el derecho a la educación que reconoce el artículo 2° del Protocolo 1, pero sin contener expresamente tales contenidos.

Son muchos los ejemplos, entre otros, los relativos a la libertad sindical derivándolo del derecho de asociación sindical (artículo 11 del CEDH), o el verdaderamente extraordinario de creación de un derecho a disfrutar del medio ambiente inferido del artículo 8° del CEDH, que reconoce el derecho a la vida privada. El artículo 8° ha sido convertido por el TEDH en el enunciado comodín para incluir en él numerosas posiciones individuales que, sin reconocimiento expreso en el Convenio, el tribunal ha incorporado en su ámbito de aplicación. En concreto y en relación con la ambiental, el TEDH ha dictado numerosas sentencias que han acabado conformando un derecho a la vida privada frente a contaminación que incluye el derecho a la protección frente esa contaminación producida incluso por particulares; también en este ámbito se proyecta, como vemos, la mecánica jurisprudencial, compartida con la Corte de San José, de declarar la lesión de un derecho provocada por particulares imputando al Estado condenado la omisión de su obligación de proteger.

De forma creciente el TEDH ha venido protegiendo a los grupos de población más vulnerables: niños, mujeres, emigrantes, gitanos, personas mayores. Y en los últimos años se ha referido a las consecuencias de la última crisis económica y abordado, por ejemplo, la extrema pobreza desde el ángulo del artículo 3° del Convenio (prohibición de tratos inhumanos o degradantes) o la rebaja de salarios o pensiones desde el derecho de propiedad (artículo 3° del Protocolo 1), dando la vuelta a este y contemplándolo desde una perspectiva inesperada.

La expansión interpretativa del tribunal hacia lo social ha producido una jurisprudencia que colinda en ocasiones con la interpretación del CEDS, por ejemplo, en materia de eventuales trabajos forzados (artículo 4° del Convenio y artículo 2° de la Carta Social). Y en relación con el aborto o la situación de los transgéneros (artículo 8° del CEDH y artículo 11 de la Carta), los solapamientos son signo de que no siempre es fácil deslindar los ámbitos de los derechos civiles y de los sociales, en especial, cuando los máximos intérpretes de cada tratado tienden a su interpretación expansiva.

4.3. La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales

¿Cuáles derechos se protegen? La Carta, como sucede con otros tratados internacionales sobre derechos sociales, no puede compararse en su modernidad con las prolijas declaraciones de derechos que hallamos en las constituciones iberoamericanas. Todavía sigue girando en torno al mundo del trabajo, aun después de dos ampliaciones de su tabla introducidas con un Protocolo de 1988 y en la Carta Social Revisada de 1996. Ciertamente es que algún

otro derecho, como el de la vivienda, viene a completar lo que podríamos llamar un derecho laboral convencional. A este lo completarían el derecho a la salud (artículo 10), a la educación (artículo 13) o los genéricos derechos a la protección de las personas mayores, de introducción más reciente (artículo 23), o a la protección contra la pobreza (artículo 30), este último, hasta donde se me alcanza, único en su género.

¿Derechos de quienes? Cuando hablamos de derechos humanos, de inmediato los enlazamos con todo ser humano. Sin embargo, algunos de los derechos proclamados, por ejemplo, los electorales, pueden legítimamente reservarse a los ciudadanos de cada Estado. Con todo, pesar de esta puntualización la regla es la completa universalidad.

Con los derechos sociales no sucede lo mismo, porque con frecuencia los ordenamientos jurídicos estatales reservan su disfrute a los ciudadanos o los extienden solo a los extranjeros que cumplen determinadas condiciones que el ordenamiento jurídico interno determina. Así que estos derechos no gozan de la misma extensión universal del ámbito personal de aplicación.

Esto sucede con los derechos reconocidos en la Carta Social Europea, de ellos se han de beneficiar todos los ciudadanos de los Estados parte en la Carta, es decir, que en principio cada orden jurídico nacional ha de disponer la equiparación entre los propios nacionales y los nacionales de los demás Estados parte. Mas este requisito no siempre se exige absolutamente, sino que se valoran los esfuerzos de los Estados parte para llegar a acuerdos con los otros Estados de la Carta en aras de asegurar el recíproco disfrute de los derechos proclamados que no son universales en el sentido en el que lo son los derechos del CEDH.

Solo hay algunas excepciones a lo dicho, en las que el CEDS ha apreciado vulneración, por ejemplo, del derecho a la protección de la salud o del derecho a la educación cuando su vulneración afectaba, por ejemplo, a inmigrantes menores no acompañados o comprometía su dignidad, su integridad física o su salud.

¿Quién protege los derechos de la Carta? Se ocupa el Comité Europeo de Derechos Sociales, un órgano específico formado por expertos juristas independientes, en sus orígenes siete miembros, ahora quince. Todavía son elegidos por el Comité de Ministros. La duración de su mandato es de seis años y son reelegibles otros seis. No se dedican en exclusiva al Comité como los integrantes TEDH, así que sus integrantes continúan dedicándose a sus ocupaciones habituales que interrumpen para asistir a las sesiones periódicas o para las misiones en diversos países cuando se les reclama.

Aunque el Comité no es un tribunal sino un clásico comité internacional de expertos, la condición de juristas de sus miembros y la manera en que discurren sus procedimientos contribuyen a que tienda a razonar como un tribunal, es decir, a que se afane en llevar a cabo una *interpretación jurídica*.

Respecto de la interpretación efectuada por el CEDS, conviene hacer algunas precisiones; la primera, para recordar que la ausencia general de rango constitucional en las constituciones estatales de los derechos sociales que la Carta proclama impiden hacer el paralelismo que hacemos entre los derechos constitucionales y los reconocidos en el CEDH. Este paralelismo permite y facilita la recepción de la interpretación dada por el TEDH a los derechos del CEDH para orientar la que los máximos intérpretes constitucionales deben dar a los derechos de las respectivas constituciones. Es lo que pasa, por ejemplo, con la interpretación de los derechos constitucionales conforme a los tratados internacionales sobre la materia que ordena el artículo 10.2 de la Constitución española. Este precepto, interpretado por el Tribunal Constitucional español, ha supuesto integrar la interpretación del TEDH con la de los derechos fundamentales de la Constitución española. Sin embargo, tal cosa no sería posible, al menos no en los mismos términos, con la interpretación del CEDS, porque los derechos sociales de la CSE no suelen tener, como los del CEDH, sus gemelos en la Constitución española, aunque sí en la legislación infraconstitucional.

En otro orden de cosas, la precisión y minuciosidad que es frecuente en las disposiciones de la CSE restringen en cierto modo la libertad interpretativa del CEDS, obligado a establecer estándares mínimos que deben inferirse de los derechos proclamados en la Carta. En este contexto, la subsidiaridad de la que parte la protección internacional de los derechos tiene que ser matizada cuando de los sociales se trata porque, en relación con estos, hay forzosamente que fijar unos mínimos que con frecuencia implican costes, bien para los poderes públicos (en salud y educación, por ejemplo) o para los particulares (salario mínimo, condiciones laborales, entre otros).

Al fijar esos mínimos, el CEDS ha acabado por asegurar un estándar más o menos elevado que ha llevado en los últimos tiempos a enjuiciar políticas concretas, algunas de la misma Unión Europea, y convertirse frente a ellas en baluarte de la defensa de los derechos sociales.

¿A través de qué mecanismos se pronuncia el CEDS? La interpretación de la Carta realizada por el Comité no ha podido elaborarse para resolver casos concretos porque no hay vía para las reclamaciones individuales, como la que fue instaurada por el ya mencionado Protocolo de 2008 de Naciones Unidas. El CEDS opera principalmente a través de dos procedimientos: el clásico para este tipo de órganos, de *Monitory System*, mediante el cual revisa los informes presentados anualmente por los gobiernos de los Estados parte y respecto de los cuales pueden alegar sindicatos u organizaciones empresariales, entre otros. El CEDS puede además utilizar otras fuentes para evaluar la situación, tanto de hecho como de derecho, del Estado concernido.

El otro procedimiento existente es el de reclamaciones colectivas que fue introducido por el Protocolo de 1995. Algún temor tienen los Estados a aceptarlo, porque solo quince de ellos lo han ratificado, es decir, es todavía minoritaria su aceptación. Tiene interés porque es el mecanismo principal

a través del cual el CEDS va creando su jurisprudencia, ya que permite un cierto grado de concreción de las situaciones que el Comité acaba valorando, ello a pesar de que como su propio nombre indica no quepa la legitimación individual. En este tipo de reclamaciones no hay, pues, un caso, una víctima identificada que reclama tras agotar la vía judicial nacional, sino una situación general, más o menos amplia, que afecta a una generalidad de personas. Además, no es preciso agotar ninguna vía judicial interna antes de llegar al Comité. Tal vez sea esta llegada directa lo que disuade a los Estados de aceptar el Protocolo de reclamaciones colectivas. Parecen temer la inmediatez con la que sus políticas públicas en ámbitos tan esenciales como el de sus políticas laborales o en general en derechos sociales puedan ser impugnados ante un órgano internacional que, por lo demás, ha venido imponiendo estándares tan altos. La inmediatez apuntada implica que los Estados no tienen ocasión de remediar la situación de hecho o de derecho denunciada; en otras palabras, no hay subsidiaridad.

También hay que subrayar que la legitimación para interponer estas reclamaciones es amplia: sindicatos y organizaciones empresariales representativas, así como ONGs relacionadas con la defensa de intereses conectados con la Carta. Hasta ahora, además, el Comité ha interpretado generosamente el requisito de la representatividad y con muy pocas excepciones ha venido admitiendo las reclamaciones presentadas.

Por lo que atañe a la *ejecución de las resoluciones del Comité*, es responsable el Comité de Ministros, pero el CEDS hace un seguimiento y da por concluido o no la ejecución a la vista de los informes específicos que periódicamente han de presentar los Estados. Hay que lamentar, empero, que el grado de cumplimiento no es el mejor, como tampoco lo es, en todos los casos, el seguimiento de las sentencias del TEDH.

V. El derecho de la Unión Europea y su relación con la protección de los derechos sociales brindada por el Consejo de Europa

Como ocurre con los derechos civiles y políticos, también en el ámbito de la Unión Europea hay un espacio para la protección de los derechos sociales. Piénsese, por ejemplo, en la declaración sobre el Pilar Social Europeo, aprobado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017. Aunque esta declaración no sea sino un resumen, en veinte puntos, de los principios sociales insertos en el Derecho de la Unión que se quieren ahora revitalizar para subrayar el fin de las políticas de austeridad que le Unión Europea auspició durante la crisis económica y que el CEDS enjuició en su momento, sobre todo en relación con Grecia.

Es sabido que la Unión Europea goza de una competencia en política social, recogida en el título X del Tratado de Funcionamiento de la Unión. El artículo 151, que lo encabeza, se refiere a los “derechos sociales fundamentales” y menciona expresamente la Carta Social Europea.

Por otro lado, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge la mayor parte de los derechos proclamados en la Carta Social Europea, al lado de los derechos civiles que proceden generalmente del CEDH. Así que la Carta de la Unión, con valor jurídico desde el tratado de Lisboa, parece formalizar esa indivisibilidad a la que prolijamente se refieren los documentos del Consejo de Europa. Pero, a pesar de esa aparente unificación que la Carta efectúa entre ambos tipos de derechos, tampoco en el orden jurídico de la Unión los derechos sociales han recibido una protección equivalente a la de los derechos civiles.

Y también en las relaciones entre el orden comunitario y el Convenio europeo, por un lado, y la Carta social, por otro, hay diferencias ostensibles. En efecto, mientras que el artículo 6.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión ordena la adhesión de esta al Convenio europeo, nada se dice de la posible adhesión a la Carta Social; aunque no la impide, ni la impone, ni siquiera la auspicia. Respecto de la adhesión al CEDH no ha tenido lugar todavía, aunque el Convenio europeo se modificara para facilitarla y que se acordó entre la Comisión europea y el Consejo de Europa, y ni el Parlamento Europeo ni otras instituciones comunitarias ni los Estados pusieron objeciones, salvo el Tribunal de Justicia que, en su controvertido dictamen de diciembre de 2014, consideró inviable la efectiva incorporación de la Unión Europea, en los términos en los que se había pactado. Esta oposición ha sido interpretada más bien como una defensa por parte del Tribunal de Justicia de su propio fuero para evitar ser controlado directamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No podemos esperar pues que, si la obligada adhesión de la Unión al Convenio europeo no se ha producido, tenga lugar la adhesión de la Unión a la Carta Social.

Con todo, tanto Tribunal Europeo como el Comité Europeo de Derechos Sociales han venido enjuiciado indirectamente el derecho de la Unión Europea, también a la luz de lo social, cuando se han ocupado del derecho estatal que lo desarrollaba. Y mientras que el Tribunal Europeo ha sido indulgente, menos complaciente ha sido el CEDS, como demuestran los casos griegos, en el último de los cuales la Comisión Europea de la Unión formuló alegaciones y participó en la audiencia pública que se celebró.

Otro elemento de contraste es que en la Carta de derechos fundamentales de la Unión no hay, respecto a la CSE, una referencia similar a la que aquella contiene (artículo 53.2) en relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por lo tanto, mientras que, en relación con los derechos de este tratado, sus gemelos comunitarios tendrán el mismo alcance, los gemelos de los derechos de la CSE no se benefician del mismo régimen.

Cabe recordar que el artículo 53.2 de la Carta de la Unión contempla que el alcance de los derechos recogidos en ella será el mismo que el que tengan los derechos del CEDH. En potencia, la interpretación de los derechos de la primera, la efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de los recogidos en el Convenio de 1950, habría de servir de canon para interpretar

los derechos que en la Carta comunitaria reproduzcan los del Convenio de Roma. Sin embargo, el tribunal de justicia ha hecho de esta vinculación lo que en cada momento le ha convenido, porque, a diferencia de los máximos intérpretes nacionales de los derechos, no debe temer por el momento que sus decisiones sean recurridas ante el TEDH y solo puede esperar un enjuiciamiento indirecto como el que hasta ahora ha sufrido cuando el Tribunal de Estrasburgo sometía a control la materialización estatal de normas o políticas comunitarias.

Con más libertad todavía ha podido desenvolverse el Tribunal de Justicia a la hora de fijar el sentido de los derechos de la Carta comunitaria que reproducen derechos de la CSE. Ni pesa la obligación de adherirse a ella ni hay cláusula de interpretación conforme respecto de la Carta Social. En ocasiones, el Tribunal de Justicia ha citado la doctrina del CEDS, pero únicamente cuando le ha resultado útil, porque, si bien el artículo 151 del Tratado de Funcionamiento se refiere a los derechos de la Carta Social Europea, no restringe la libertad interpretativa del Tribunal de Justicia como parece de algún modo hacerlo el artículo 53.2 de la Carta de la Unión.

VI. Conclusión

La evolución del sistema de protección de derechos sociales en el marco del Consejo de Europa ha radicado en la especialización normativa y procedimental: los derechos sociales se reconocen en un tratado específico y son protegidos por un órgano también específico, el CEDS. Y aunque se postula la indivisibilidad, ello no significa que sea equivalente su protección, puesto que el CEDS no es un órgano jurisdiccional ni tampoco se ocupa de casos individuales como el TEDH, sino de revisar los informes gubernamentales y de resolver las reclamaciones colectivas que, aun sin revestir la categoría de casos en sentido estricto, permiten centrar el análisis del Comité en una realidad más acotada.

Este sistema de protección del Consejo de Europa va en paralelo con el de los Estados europeos donde no es frecuente la declaración constitucional de derechos sociales, aunque la protección de estos se asegure en normas infraconstitucionales y con recursos suficientes. No se trata, pues, de falta de protección sino de falta de rango de constitucional.

El contraste con el sistema interamericano es muy vivo; por un lado, las constituciones iberoamericanas son muy explícitas declarando derechos sociales, a los que se considera de idéntico rango al de los civiles y políticos. En otras palabras, se realiza a escala constitucional la indivisibilidad proclamada en el derecho internacional. Además, desde hace muy poco la Corte de San José de la genérica cláusula contenida del artículo 26 de la Convención, interpretada sistemáticamente junto con la Carta de la Organización de Estados americanos, está infiriendo un listado de derechos sociales concretos. Por esta vía (que se suma a la también recorrida por el TEDH de deducir contenidos sociales de los derechos clásicos), la Corte está reproduciendo, a escala internacional, la

indivisibilidad presente a escala constitucional en la región. Está concentrando la protección tanto de los derechos civiles como de los sociales, como en los Estados iberoamericanos hacen sus tribunales constitucionales.

Por lo que respecta a la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión mantiene con el TEDH, también en lo que atañe al contenido social de los derechos civiles, y con el Comité Europeo de Derechos Sociales ese tipo de diálogo del que se habla frecuentemente y que no necesariamente produce siempre un entendimiento común de los derechos. Por añadidura, todavía el pilar social europeo no se ha materializado en políticas concretas. Hay que esperar que una mejor coyuntura económica permita asegurar la satisfacción de los derechos.

ANOTACIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES EN EL PERÚ Y LOS ALCANCES DE SU JUDICIABILIDAD

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera⁽¹⁾

I. A modo de introducción

Mucho es lo que se ha dicho y escrito sobre el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC) y, además, sobre temas como los de su efectividad y judiciabilidad. En este escenario, la experiencia peruana tiene algunos interesantes aspectos que conviene reseñar y analizar para así –de un lado– desarrollar algunas líneas acerca de lo que puede ocurrir en el Perú al respecto, y –junto a ello– poder efectuar reflexiones más generales sobre la posible evolución de esta materia.

Y es que –dentro de las particularidades del caso peruano– se puede señalar que, luego de un reconocimiento puntual de algunos de estos derechos en nuestras Constituciones anteriores al constitucionalismo social, se procede a una incorporación de aquellos, lo cual tiene su plasmación más desarrollada en la Constitución Política del Perú de 1979. Ahora bien, frente al tratamiento –que muchas personas califican de incompleto– de los DESC

(1) Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Exdirector general y actual profesor principal de la Academia de la Magistratura. Exsecretario general de la Presidencia del Consejo de Ministros. Expresidente de la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN). Exvicepresidente de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Exintegrante del Comité Consultivo de la Comisión de Justicia del Congreso de la República. Exintegrante del Consejo Consultivo de la Presidencia del Poder Judicial. Catedrático de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derecho Administrativo en las Facultades de Derecho de las universidades Pontificia Católica del Perú (PUCP). Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de Piura e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor visitante o conferencista invitado en el Instituto Max Planck de Alemania, así como en universidades de Italia, Francia, España, Latinoamérica, entre otros. Magistrado del Tribunal Constitucional. Miembro e integrante de las mesas directivas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, del Consejo Directivo de la Red peruana de Docentes de Derecho Constitucional, así como de las Asociaciones Peruanas de Derecho Administrativo y Derecho Procesal. Presidente honorario del Comité Académico del último Congreso Mundial de Justicia Constitucional. Perito designado por la Comisión Interamericana ante la Corte interamericana.

en la carta peruana vigente, puede además constatarse cómo –con marchas y contramarchas– el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) peruano, en una dinámica de “constitucionalización del derecho” y de desarrollo de funciones que hoy le son reconocidas como propias, ha ido incorporando más elementos al respecto que los específicamente recogidos en 1993, o ha ido potenciando los alcances de estos últimos.

Justo es anotar que lo hasta hoy realizado en el Perú –si bien no exento de cuestionamientos– también demuestra cómo ello implica hacer frente a algunos retos, algunos de los cuales aquí siquiera trataré de enunciar.

Entonces, el desarrollo a seguir en el presente texto será el siguiente: i) en primer lugar, se presentará a grandes rasgos la evolución del caso peruano hasta la aprobación del texto de la Carta de 1993; esta evolución del escenario, sin duda con muchos puntos de contacto con lo ocurrido en varios países de América Latina, dejaba una situación frente a la cual la labor jurisprudencial estaba llamada a cumplir un rol muy relevante; ii) en segundo término, y de la mano con el nuevo rol que hoy se otorga a la judicatura constitucional, así como con los aportes que –en la lógica de construir un derecho común– ha hecho sobre todo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos al respecto, pasaremos a señalar cuáles han sido los principales aportes jurisprudenciales del TC peruano con respecto a los DESC, y iii) finalmente, y a modo de una puntual reflexión en función a lo descrito en los puntos anteriores, buscaremos efectuar una referencia a los retos actuales del escenario peruano al respecto, con algunas ideas que incluso pueden proyectarse más allá de lo previsto y discutido en nuestro país.

II. Apuntes acerca de la evolución del caso peruano al respecto hasta la aprobación del texto de la Carta de 1993

2.1. El escenario previo a la Constitución de 1979

La preocupación por materias vinculadas a lo social o económico se aprecia desde los primeros textos constitucionales peruanos. Así, por ejemplo, ya los artículos 182 y 184 de la Constitución de 1823 reconocían a la instrucción y al acceso a centros educativos como derechos. Pautas de reconocimiento con similar tenor encontramos en las Constituciones de 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860 y 1867, ya no solo frente a la instrucción, sino también frente a derechos como los relativos a la propiedad y a la libertad de trabajo, industria o comercio.

Lo expuesto –que, por cierto, también se presentó en otros Estados latinoamericanos– merece siquiera una puntual reflexión. Como bien anotan muchos autores⁽²⁾, tradicionalmente la fundamentación teórica de los derechos sociales

(2) Una buena síntesis de esta postura la encontramos en: ANGUITA SUSI, Alberto, “La problemática de la tutela jurisdiccional de los derechos sociales en España”, en

había sido configurada tomando en cuenta criterios: i) históricos (los derechos sociales constituyen una segunda generación de derechos, tras la de los derechos civiles y políticos); ii) filosóficos (los derechos sociales solo guardan una relación indirecta con la dignidad humana, de manera que, axiológicamente, se subordinan a los derechos civiles y políticos); iii) teóricos (los derechos sociales se presentan estructuralmente como derechos distintos a los civiles y políticos), y iv) dogmáticos (los derechos sociales no gozan del mismo nivel de tutela que los derechos civiles y políticos). Sin embargo, y como también se verá a lo largo del presente trabajo, hoy estos criterios son puestos en entredicho y son revisados atendiendo a la génesis, evolución y proyección actual no solo de los derechos sociales, sino también de los derechos económicos o culturales.

Hay quienes incluso hablan de la necesidad de reconstruir el criterio histórico antes utilizado, pues se alega que los DESC no aparecen siempre durante el denominado “constitucionalismo social”, sino que existía ya un reconocimiento a los mismos en textos como la Constitución de Filadelfia de 1787 o la Constitución francesa de 1793, línea también seguida por textos construidos de la mano de las revoluciones generadas durante el siglo XIX.

Ahora bien –ciñéndonos a lo previsto en el caso peruano–, la mención de algunos DESC en todas nuestras Constituciones promulgadas a lo largo del siglo XIX, más que ir de la mano con lo que hoy entendemos como derechos (potestades de hacer o no hacer exigibles al Estado y particulares, que a su vez inspiran la comprensión de todo el ordenamiento jurídico en su conjunto), constituía más bien afirmaciones de corte declarativo (muchas veces redactadas en tónica de obligaciones que debe atender el Estado) recogidas en textos constitucionales sin el carácter normativo que hoy estos reclaman, y que –además– solían ser producto de consensos políticos muy fugaces, por no decir inexistentes.

En cualquier caso, en el Perú bien puede decirse que es de la mano con el discurso y la prédica del constitucionalismo social que a los derechos sociales se les reconoce un verdadero carácter de derechos. Además, el reconocimiento de una mayor preocupación constitucional por la actuación del Estado y los particulares en la economía permitió hablar de derechos económicos.

Los textos de las Constituciones peruanas de 1920 y 1933 iban en ese sentido. Ambos textos tenían algunas disposiciones que bien convendría reseñar, siquiera a modo de ejemplo. Así, la Carta de 1920 ya hablaba de “garantías sociales”, siguiendo la línea establecida en Francia, donde se consideraba a los derechos y garantías como sinónimos, ya que el mero reconocimiento de una situación como derecho implicaba que este se encontrara debidamente garantizado. En otras palabras, ya se recogía en el Perú a los DESC, sin mucha

distancia en el tiempo con Querétaro (1917) o Weimar (1919), con una entidad y tratamiento propio.

La Constitución de 1920 cuenta, además, con un desarrollo muy prolijo de algunos derechos –como el relativo a la educación–, y establece una participación más directa del Estado en la regulación de otros, como el relativo a la propiedad, a la libertad de comercio o industria, o al trabajo. Frente a lo expuesto, también conviene resaltar algunas novedades recogidas en la Carta de 1933. Allí, por ejemplo, se otorgan nuevas competencias al Estado, como la relativa al fortalecimiento de la conservación y difusión de la pequeña y mediana propiedad rural, a la promoción de la participación de los trabajadores en los beneficios de las empresas, o a la instauración de un sistema previsional. Se señala, además, que la propiedad debe manejarse en armonía con el interés social.

Sin embargo, lo recientemente mostrado debe ser leído con beneficio de inventario. Y es que, en puridad, las Cartas de 1920 y 1933 no gozaban del carácter normativo ni del de referente para la comprensión y aplicación del resto del ordenamiento jurídico, actualmente invocado como propio de toda Constitución. Y por si ello no fuese considerado suficiente, el carácter claramente semántico del texto de 1920, y las múltiples interrupciones introducidas por gobiernos militares o por regímenes que asumieron plenos poderes al funcionamiento democrático de nuestros gobiernos durante la (más formal que real) vigencia de la Constitución de 1933, restaron efectiva relevancia tuitiva a dichas Constituciones.

Es recién con la aprobación y entrada en vigencia de la Constitución de 1979 que podemos hablar de significativos cambios al respecto, materia que de inmediato se pasará a analizar.

2.2. Lo sucedido de acuerdo con lo previsto en la Constitución de 1979

La Constitución peruana de 1979 tiene muchas virtudes cuya relevancia no puede ser soslayada. La más importante de ellas, sin duda alguna, es que fue la primera en tener realmente vocación normativa. Además, y muy a despecho de algunas limitaciones o dificultades, fue la primera que de cierta manera cumplió esa labor. Es, pues, en ese contexto, que posee un mérito adicional: es la primera que, en rigor, otorga un tratamiento sistemático a los DESC.

Procede, entonces, explicar con mayor detalle lo que acaba de sostenerse. Y es que, luego de una enumeración en su artículo 2° de –básicamente– derechos civiles y políticos (aunque allí también se menciona a los DESC como los relativos a la propiedad, libertad de contratar, libertad de trabajo, los cuales luego desarrolla) y una cláusula de derechos implícitos (artículo 4°), dedica capítulos completos a: i) la seguridad social; ii) la salud y el bienestar; iii) la educación, la ciencia y la cultura, o iv) el trabajo. De otro lado, se reconoce rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos (artículo 105), lo cual, en la lógica de promover una comprensión en óptica del desarro-

llo de un derecho común, facilitaba un mayor margen de protección a los DESC. Finalmente, incluye todo un título sobre régimen económico, con capítulos sobre la actuación del Estado en la economía, sobre regulación de propiedad, etcétera.

Ahora bien, la Constitución de 1979 –incorporación históricamente tardía en el Perú de elementos del Estado de Bienestar, así como intento de inclusión o reconocimiento de aquellos aspectos considerados como logros del autodenominado “Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas” que manejó el país entre 1968 y 1980– no tuvo un escenario favorable para mantener lo que había planteado a nivel de los DESC.

Y es que, además de recurrirse a argumentos –que podríamos considerar como “clásicos” – para poner en entredicho la plena vigencia y el carácter fundamental de los DESC, tales como: i) reconocimiento en ellos de una mayor libertad de configuración al legislador; ii) la necesidad de una mayor disposición de recursos; o, finalmente; iii) la adopción de ciertas fórmulas como la de la distinción entre normas operativas y normas programáticas, utilizada por la Corte Constitucional italiana, o, tal como lo señala el TC español, la del reconocimiento de estos derechos como “principios rectores” que no admiten tutela mediante amparo directo. Sin embargo, también se presentaron otros factores.

Uno de estos factores fue –qué duda cabe– los efectos –en primer lugar– de la llamada “crisis del petróleo”, y luego, los cambios a nivel mundial en la hegemonía política (caída de la bipolaridad) y en la economía (consenso de Washington). En el Perú, además, tuvo enorme relevancia el fenómeno subversivo, que perjudicó tanto a nuestro país durante la década de los ochenta y buena parte de los noventa.

Se llegó, entonces, a un escenario de concentración del poder público y de liberalización en lo económico; liberalización, a la vez, acompañada de un escenario que muchos consideran menos tuitivo en lo social. Es en ese contexto en que se elaboró la Carta de 1993.

2.3. Lo recogido en el texto de la Carta de 1993

Si analizamos lo previsto con respecto a los DESC en la Carta de 1993, se puede constatar cómo allí, en comparación con lo dispuesto en la Constitución de 1979, se hace un desarrollo menos detallado de los derechos en general, y de los DESC en particular. Sin corresponder aquí hacer un juicio de valor sobre las virtudes o los defectos que ello implica, fácilmente puede anotarse cómo, por ejemplo, en el capítulo denominado “De los derechos sociales y económicos” se reúnen varios derechos que antes se abordaban en detalle en capítulos distintos (educación, salud, seguridad social, trabajo).

Además, el tratamiento dado a algunas materias, siempre en comparación con lo previsto en la Constitución de 1979 al respecto, no incluye algunos aspectos que sí estaban presentes en su antecesora. De otro lado, el énfasis otorgado

al tratamiento de determinados derechos varía drásticamente. Por citar un caso bastante notorio, ahora en la Carta de 1993 se dice que la propiedad se ejerce en armonía con el bien común; la Constitución de 1979 invocaba que la propiedad debía ejercerse en armonía con el interés social.

Finalmente, y si se revisa la literalidad del texto de lo aprobado en 1993, puede apreciarse cómo allí no se reconoce expresamente rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos. Debe tenerse presente que, en la lógica de lo que muchos han considerado como la configuración de un derecho común, se ha fortalecido o detallado la comprensión de los derechos fundamentales en general, y la de los DESC en particular. Se llegó, entonces, a una situación que recién a inicios del siglo XXI comenzaría a cambiar, materia que pasaremos a desarrollar de inmediato.

III. Apuntes sobre los aportes jurisprudenciales del TC peruano en la protección de los DESC, básicamente a lo largo del siglo XXI

Basta con efectuar una rápida mirada a lo sucedido en estos últimos años en el Perú para constatar cómo la labor del TC peruano, en una lógica que algunos asumen como propia de la “constitucionalización del derecho” (y, más propiamente, de una “constitucionalización transformación”), está inspirada por las nuevas funciones que asumen los tribunales constitucionales y por el aporte de la jurisprudencia de órganos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH). Cobra aquí, entonces, especial relevancia el comprender estos diversos factores (constitucionalización del derecho, rol de los TC, aporte de órganos como la CIDH), puntos a analizar de inmediato.

3.1. La constitucionalización del derecho y el actual rol e incidencia de los TC en la materia

En tanto y en cuanto hoy la Constitución no es solamente una norma jurídica (o, en puridad, un conjunto normativo), sino también un parámetro de validez formal y material de todo el ordenamiento jurídico, se genera un fenómeno que Favoreu denominó como “constitucionalización del derecho”; con efectos directos (“constitucionalización judicialización”, “constitucionalización elevación” y “constitucionalización transformación”) e indirectos (“modernización del derecho”, “unificación del orden jurídico” y “simplificación del orden público”). Corresponde, entonces, rescatar lo referido a la “constitucionalización transformación”: las diferentes disciplinas e instituciones jurídicas -entre ellas, los derechos- deben ser comprendidas conforme a lo dispuesto en la Constitución y a la interpretación (vinculante) de esta.

Esto otorga una importante responsabilidad a intérpretes vinculantes de una Constitución como lo es el TC peruano, que tendrá un rol central en la configuración de los derechos en general. Estamos, pues, ante la habilitación al TC para emprender la tarea interpretativa, cuyos alcances aquí siquiera se van a reseñar.

Y es que hoy los TC no son solamente legisladores negativos; ni siquiera legisladores complementarios. Son o deben ser, ante todo, agentes de integración social en nuestros respectivos Estados. Dicho con otras palabras: deben ser promotores de: i) cohesión social (buscar la cohesión de todos y de cada uno con su comunidad política en particular); ii) inclusión (facilitar la incorporación de todos al circuito político, económico y social existente, con pleno respeto de su derecho y cultura); iii) reconciliación (generar un clima de superación colectiva de coyunturas que fueron muy difíciles para el conjunto), y iv) de búsqueda de un escenario con ausencia de conflictos, labor preventiva de innegable relevancia.

Es más, estamos en un escenario en donde, en mérito a lo expuesto, se reivindica para los TC funciones: i) republicanas (afirman valores constitucionales y potencian aquellos principios o valores que se desprenden de la Constitución); ii) reconciliadoras (trabajan para, sobre la base de parámetros constitucionales, superar difíciles coyunturas del pasado); iii) moderadoras (cumplen un rol de mediación para, así, buscar evitar la generación de conflictos y propiciar consensos), y iv) racionalizadoras (buscan generar respuestas razonables y predecibles), sin que ello –por cierto– implique que no exista un cuestionamiento a la legitimidad con la cual se asumen esas tareas y una preocupación por los límites dentro de los cuales debe entenderse esta labor⁽³⁾.

Es, pues, en este escenario que –no sin algún cuestionamiento– se entiende la labor de jueces y juezas constitucionales de especificar los alcances de las diferentes instituciones jurídicas, en general, y de las propias de los DESC, en particular. Ello, máxime si, lejos de lo planteado por la hermenéutica clásica, se entiende que las labores de interpretación constitucional implican una tarea de concretización, o –dicho con otras palabras– donde justamente la responsabilidad de un intérprete vinculante de la Constitución tiene un sentido creativo (donde la actividad interpretativa completa el contenido de la norma que interpreta)⁽⁴⁾.

Ahora bien, esta explicación sobre las nuevas competencias –o la nueva manera de concebir las competencias de los jueces y las juezas constitucionales– resultaría incompleta si no se tomara en cuenta otro factor, máxime si se está hablando de la comprensión de los alcances de los derechos: el de los aportes de la jurisprudencia de órganos, como los tribunales dedicados a la protección internacional de los derechos.

(3) Encontramos un desarrollo de estos conceptos en: ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy, “¿Son los jueces y los tribunales constitucionales agentes de la integración social en nuestros países?”, en *El Derecho Constitucional del siglo veintiuno. Libro homenaje a Rubén Hernández Valle*, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2015.

(4) HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional (Selección)*, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, Madrid, ver, sobre todo, la p. 63.

3.2. Los DESC como derechos

Luego de la Segunda Guerra Mundial, va progresivamente apareciendo una nueva comprensión de la fundamentación teórica de los derechos. Y es que, si se entiende a la dignidad como valor y principio fundamental de todos los derechos, tiende a debilitarse la distinción entre los derechos civiles y políticos y los DESC.

Cierto es que, en un primer momento, más bien aparecen Constituciones bastante comprensivas de derechos y garantías sociales, como la italiana de 1947, en contraposición al fascismo precedente; o la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, que, sin recoger el detalle de otros textos, permite –a raíz de la cláusula del Estado social y de la dignidad humana– la construcción en el ámbito jurisprudencial de las obligaciones del Estado.

Es más: en ese contexto es que aparecen algunos instrumentos internacionales al respecto. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH) incluía el derecho al trabajo, a la seguridad social, a un nivel de vida adecuado, a la vivienda, a la salud, a tomar parte de la vida cultural, entre otros. Sin embargo, dado el singular carácter de *soft law* de la Declaración, pronto se buscó también codificar estos acuerdos mínimos, promovándose así la suscripción de tratados que vincularan efectivamente a los Estados. Así, se formulan el Pacto de Derechos Civiles y Políticos –de un lado– y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, por el otro.

Cabe resaltar que la separación en dos instrumentos internacionales distintos era singular, pues en la propia DUDH los derechos recibían un trato conjunto que no establecía distinciones. Esta separación entre derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales sería, según algunos, “producto de los intereses políticos marcados en el contexto de la guerra fría, en donde se reflejaron los puntos de vista de los distintos bloques”⁽⁵⁾.

Coincidimos con Courtis en que esta distinción llevaba a ciertas situaciones que minimizarían el impacto del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales frente al Pacto de Derechos Civiles y Políticos:

a) En primer lugar –y a diferencia de lo prescrito en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos– aquí se hablará de “desarrollo progresivo” y del “máximo de los recursos disponibles”, así como de la cooperación y asistencia internacional como medio de realización de los derechos.

b) De otro lado, el órgano de control no es creado por el pacto –como sí sucedió en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos– sino que se encarga las labores contraloras a un órgano de Naciones Unidas.

(5) RUBIO, Patricio, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el texto de la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Derecho PUCP*, 71, 2013, ps. 201-230.

c) Finalmente, no se prevé para los DESC un mecanismo para presentar comunicaciones ante posibles incumplimientos de las obligaciones, ni se prevé un recurso para reclamar ello⁽⁶⁾.

Aun cuando muchos de estos problemas fueron abordados en los años siguientes, lo cierto es que la regulación existente en nuestras Constituciones e instrumentos internacionales vigentes hasta aquel momento llevó a que se dieran definiciones sobre los DESC que hoy son –por lo menos– puestas en entredicho.

En esa línea, se dijo que los derechos sociales eran intrínsecamente incompatibles con los derechos “liberales”, o que eran medios para la protección de estos últimos, estableciéndose así, implícitamente, una relación de jerarquía entre los derechos. También se dijo que i) solo implicaban obligaciones positivas (en otras palabras, que no cabría afectación de los mismos por omisión); ii) que tendrían eficacia diferida, o iii) que solo podrían ser tutelables con intervención del legislador, pues se encontraban contenidos en normas programáticas⁽⁷⁾.

Todas estas concepciones sobre los DESC llevaron a que estos –para muchos– en puridad no sean considerados derechos. Así –abundando en lo dicho anteriormente– se sostuvo que contienen obligaciones de prestación positiva antes que de prohibición de lesión, que su satisfacción implica “hacer” en vez de “no hacer”, que su violación no resulta de actos sancionables sino de omisiones no justiciables, y que son inviables como derechos por ser derechos caros⁽⁸⁾.

Ahora bien, sobre el carácter prestacional –el cual suele esgrimirse como principal condicionante para la falta de concreción de los DESC– es preciso anotar que tanto los derechos civiles y políticos cuanto los económicos, sociales y culturales requieren algún contenido prestacional para su satisfacción. Un claro ejemplo de esto sería el de la necesidad de generar condiciones desde el Estado para la celebración de elecciones, realizando complejas actuaciones –muchas veces muy costosas– sin las cuales el derecho a la participación política no podría verse satisfecho. De igual modo, el derecho a la propiedad

(6) Ver: COURTIS, Christian, “Los derechos económicos, sociales y culturales”, en PECES-BARBA, Gregorio - FERNÁNDEZ, Carlos - FERNÁNDEZ, Eusebio - DE ASÍ, Rafael - ANSUÁTEGUI, Francisco J. (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2014, t. IV, vol. VI, Libro III, ver, sobre todo, la p. 1598.

(7) CHÁVEZ RABANAL, Mario, “Los derechos sociales y su configuración en el ordenamiento constitucional peruano”, en *Memorias del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional: Asociación Peruana de Derecho Constitucional: UNAM: PUCP: IDEMSA, Lima, 2009, p. 199.

(8) MEJÍA RIVERA, Joaquín A., *Elementos para una teoría de los derechos económicos, sociales y culturales desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Ubijus, Distrito Federal de México, 2015, p. 49.

–aun desde las perspectivas más liberales– requiere del Estado un sistema que garantice titularidades, desde el registro hasta la protección jurisdiccional⁽⁹⁾.

Queda así visto que, más allá de las distinciones teóricas entre unos y otros derechos, en la práctica se requieren actuaciones por parte de los Estados que vayan más allá de la mera abstención. El estándar propuesto por el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales al respecto contiene tres tipos de obligaciones para los Estados: i) las obligaciones de respetar, identificadas con las clásicas obligaciones de no interferir; ii) las obligaciones de proteger, que comprenden la prevención de amenazas, y iii) las obligaciones de satisfacer, que llevan a tomar medidas concretas para permitir el goce de los derechos⁽¹⁰⁾.

En definitiva, hoy se puede afirmar que “[...] todos los derechos humanos necesitan de: (a) condiciones regulatorias que definan las circunstancias y consecuencias de su ejercicio, sin las cuales su propia existencia sería ininteligible, y (b) condiciones institucionales, como la creación de oficinas públicas, registros, etcétera, que son indispensables para otorgar certeza a los derechos; y todo ello requiere la acción positiva del Estado”⁽¹¹⁾.

Apostándose, entonces, a dejar de lado una distinción entre derechos en función a estas consideraciones, se tendrá como consecuencia que la pertinencia de las demás objeciones planteadas a los DESC deba ser evaluada desde otra perspectiva. Así, ante la crítica sobre las limitaciones presupuestales para la satisfacción de los DESC (razón esgrimida para, en los hechos, negarles la condición de derechos), se observa que todo derecho humano va a requerir acciones del Estado que generen costos. Entonces, aun cuando se reconozcan limitaciones presupuestarias, los Estados pueden adoptar medidas para respetar, proteger y satisfacer los derechos.

Es en este escenario que debe comprenderse el relevante papel que cumplen los órganos de los sistemas internacionales de protección de derechos, máxime si ahora se está apuntando a la construcción de un derecho común⁽¹²⁾.

(9) MEJÍA RIVERA, Joaquín A., *Elementos para una teoría de los derechos económicos, sociales y culturales desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit., p. 77.

(10) MEJÍA RIVERA, Joaquín A., *Elementos para una teoría de los derechos económicos, sociales y culturales desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit., p. 81.

(11) ABRAMOVICH, Víctor - COURTIS, Christian, *Los derechos sociales en el debate democrático*, Bomarzo, Madrid, 2006, ps. 11-12, citado por: MEJÍA RIVERA, Joaquín A., *Elementos para una teoría de los derechos económicos, sociales y culturales desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit., p. 83.

(12) Con esta expresión, me refiero al esfuerzo que, buscando terminar con las diferencias entre derecho interno y derecho internacional, promueve una única comprensión del derecho en función a los derechos y a la comprensión que hacen de los mismos los organismos con interpretación vinculante de los tratados sobre derechos humanos. Una estupenda síntesis de lo que implica este planteamiento la encontramos en: VON BOGDANDY, Armin, *“Ius constitutionale commune latinoamericanum*.

Así, por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha cumplido un rol en el desarrollo de estos derechos, muy a despecho de la limitación que le impone la propia naturaleza del Convenio Europeo de Derechos Humanos, centrado sobre todo en derechos civiles y políticos. Será con el caso “Airey v. Irlanda” (6289/73) –decidido en 1979– que se reconocerán extremos económicos y sociales a los derechos reconocidos por dicho convenio.

En esa línea, el Tribunal Europeo ha ido pronunciándose sobre los alcances de los DESC, construyendo su argumentación sobre la base de la igualdad, como sucede en el caso “Muñoz Díaz v. España” (49151/07) –de 2009– donde concede pensión de viudez en razón de un rito no reconocido por el ordenamiento interno⁽¹³⁾. De igual manera, el derecho a la salud obtiene un desarrollo sobre la base de una serie de casos sobre condiciones carcelarias; entre ellos: “Soering v. Reino Unido” (14038/88), “N. v. Reino Unido” (26565/05), “Orchowski v. Polonia” (17885/04), “Norbert Sikorski v. Poland” (17599/05) y “Peers v. Grecia” (28524/95)⁽¹⁴⁾. El esfuerzo por abordar el tema de los DESC e ir otorgando mayores elementos para su configuración es, a todas luces, evidente.

De otro lado, la protección de los DESC en el sistema americano recorre un camino paralelo, con una cada vez mayor interacción con la protección de los derechos sociales en las Constituciones americanas⁽¹⁵⁾.

Pasando en un primer momento a revisar lo consignado en el mismo texto de la Convención Americana, destacan allí los artículos llamados “de frontera”, los cuales consagran principios o derechos que, no estando en rigor dentro de los que se consideran DESC, mantienen estrecha relación con los mismos. Entre ellos: i) no discriminación; ii) asociación para fines económicos, laborales, sociales, culturales; iii) protección de la familia, y iv) prohibición de la usura y la explotación del hombre por el hombre⁽¹⁶⁾. Esto va a tener una gran utilidad para la labor interpretativa que se planteará continuación.

Ahora bien, la norma de la Convención que ha merecido mayor análisis y a la cual se recurre hoy como parámetro para la concretización de los DESC, es el artículo 26; bajo el inequívoco título de “Derechos económicos, sociales y culturales”, señala los compromisos que asumen los Estados. Allí se consagra

Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea”, en GONZÁLEZ PÉREZ, Luis R. - VALADÉS, Diego (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 2013, ps. 39-66.

(13) PÉREZ ALBERDI, María Reyes, “La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Lex Social. Revista de los Derechos Sociales*, 1/2011 (julio-diciembre), 2011, p. 99.

(14) PÉREZ ALBERDI, María Reyes, “La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, cit., p. 100.

(15) Ver GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos sociales y culturales”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional*, 9 (julio-diciembre), 2003, p. 128.

(16) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos sociales y culturales”, cit., p. 139.

la obligación de adoptar providencias para la efectividad de derechos sociales, obligación sujeta al principio de progresividad y que se efectúa de acuerdo con los recursos disponibles. Estas obligaciones se refuerzan en el Protocolo de San Salvador, que también exige explícitamente adoptar medidas internas –sean legislativas o no– para la protección de los DESC.

Sin embargo, debe mencionarse que el artículo 19.4 del Protocolo, referido a los medios de protección, señala que serán los derechos contenidos en el artículo 8.a (sindicalización) y 13 (educación) del Protocolo los que, mediante el procedimiento de petición individual, pueden llegar a la CIDH. Esto lleva a que –por un lado– el preámbulo del Protocolo reclame que “las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en su reconocimiento de la dignidad de la persona humana”; mientras que –por el otro lado–, ciñéndonos a la literalidad de lo que se dice en el resto del texto del Protocolo, en realidad los derechos no tengan la misma oportunidad de protección.

Esta situación, además de constituir una crítica constante a lo previsto en el Protocolo, ha significado un límite importante para la labor de la CIDH en cuanto a los DESC. No es esta, lamentablemente, la única limitación del Protocolo; también cabe hacer mención a su omisión frente al tratamiento de temas que resultan de interés para nuestros países y que no fueron tomados en cuenta en el texto, como son los derechos de los pueblos indígenas o los derechos de los migrantes⁽¹⁷⁾.

Sin embargo, y muy a despecho de todas las dificultades, ya en su labor jurisprudencial la CIDH ha podido pronunciarse sobre su competencia para conocer casos relativos, cuando menos indirectamente, a los DESC. Así, en el caso “Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) v. Perú”, relativo al pago de pensiones, si bien es planteado como un caso de protección judicial y de propiedad, el Estado peruano cuestiona que se vaya a tocar un tema pensionario que excede la competencia de la CIDH. Aunque, en el caso concreto, el incumplimiento del Estado ya estaba acreditado, la CIDH hace mención al artículo 26 (al cual, por cierto, la Comisión no había aludido en su planteamiento) para referirse a la obligación de tomar medidas para la satisfacción de los DESC, partiendo del hecho de que el derecho ya había sido reconocido por el TC peruano.

Como bien puede apreciarse, es así como la CIDH supera las restricciones de una lectura restrictiva de la Convención y el Protocolo para poder pronunciarse en materia relativa a los DESC. Sin embargo, justo es reconocer que también ha cuidado de no pronunciarse expresamente en casos de los DESC, sino que –en ocasiones– se ha pronunciado incidentalmente, a propósito de casos referidos a otros derechos. En otros supuestos ha recurrido a mecanismos

(17) MEJÍA RIVERA, Joaquín A., *Elementos para una teoría de los derechos económicos, sociales y culturales desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit., p. 259.

no contenciosos, como el de las opiniones consultivas, para emitir su punto de vista al respecto.

Esto se puede evidenciar en los pronunciamientos de la CIDH sobre la base de la existencia de deberes especiales del Estado frente a grupos vulnerables: i) niñez (caso “hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú” y caso “Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay”); ii) personas desplazadas (caso “Masacre de Mapiripán v. Colombia denuncia”); iii) pueblos indígenas (caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay” y caso “Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay”), y iv) personas con discapacidad (caso “Ximenes Lopez v. Brasil”)⁽¹⁸⁾.

Asimismo, también es notable el pronunciamiento sobre aquellas medidas orientadas a regular una materia y prevenir sus posibles afectaciones –lo cual también se relaciona con los DESC– como en el caso del “Pueblo Saramaka v. Surinam”, en donde se condiciona la emisión de concesiones madereras y mineras a la conformidad de garantías bastante concretas:

“[...] primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, con relación a todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante ‘plan de desarrollo o inversión’) que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez garantiza su subsistencia como pueblo tribal”⁽¹⁹⁾.

En cuanto al derecho a la salud, debe destacarse el caso “Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay”, en el cual, en un análisis de condiciones de privación de la libertad, se encuentra al Estado responsable por violación de integridad personal, sobre la base de la falta de atención del ya mencionado derecho a la salud. Otros casos que se fundamentan de forma indirecta en violaciones al derecho a la salud son: i) “Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) v. Venezuela”; ii) caso del “Penal Miguel Castro v. Perú”, o iii) el caso “Cesti Hurtado v. Perú”⁽²⁰⁾. Ahora bien, en particular, llama la atención el caso de la “Comunidad Moiwana v. Surinam”, que, sin ser resuelto sobre la base

(18) MEJÍA RIVERA, Joaquín A., *Elementos para una teoría de los derechos económicos, sociales y culturales desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit., p. 283.

(19) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Saramaka v. Surinam”, sentencia del 28 de noviembre de 2007, fojas 129.

(20) MEJÍA RIVERA, Joaquín A., *Elementos para una teoría de los derechos económicos, sociales y culturales desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit., ps. 387-390.

del derecho a la salud, impone una reparación que obliga a crear un fondo destinado a programas de salud, vivienda y educación⁽²¹⁾.

Finalmente, y acerca del derecho a la educación, destaca el caso de las niñas “Yean y Bosico v. República Dominicana” –planteado como un caso relativo a nacionalidad– en donde la afectación había consistido en la negatoria a estudiar en la escuela diurna. De igual manera, en varios casos la CIDH ha dispuesto como medida de reparación alguna referida a la educación, sea mediante becas, creación de fundaciones educativas, o directamente la creación de programas sociales, como sucede en el caso “Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala”⁽²²⁾.

Es en este nuevo contexto, de redimensionamiento de las labores de los TC y de fortalecimiento de una dinámica de derecho común destinada a fortalecer la defensa de los derechos sin generar distinciones entre ellos, que puede entenderse el importante cambio de perspectiva del TC peruano y su labor de desarrollo de los alcances de la Carta de 1993 –y de los DESC en particular–, tarea que de inmediato se pasará de reseñar.

3.3. Los DESC en la jurisprudencia del TC peruano

Para nadie es un secreto que la Carta de 1993 apareció en un contexto marcado por la controversia, y que –además– durante mucho tiempo se le acusó (con razón o sin ella) de ser un texto meramente semántico. No correspondiendo aquí pronunciarse sobre ese tema (acerca del cual, por cierto, ya se han hecho múltiples pronunciamientos en anteriores oportunidades), toca más bien ahora referirse a una constatación a todas luces evidente: con relativamente pocas reformas formales (básicamente a todo el capítulo sobre descentralización), el texto de 1993 va a cumplir veinte años de haber sido aprobado, aun cuando subsisten voces que reclaman volver a la plena vigencia de la Constitución de 1979 o pasar a tener una nueva Carta en un futuro cercano.

Consideramos que una de las posibles explicaciones a lo constatado se encuentra en la labor realizada, sobre todo a partir del año 2000, por el TC peruano, y en su relevante participación en fenómenos como el de la “constitucionalización del derecho”, el esfuerzo por la “constitucionalización de la política”, e –incluso– en la “convencionalización del derecho”⁽²³⁾. La labor

(21) MEJÍA RIVERA, Joaquín A., *Elementos para una teoría de los derechos económicos, sociales y culturales desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit., p. 387.

(22) MEJÍA RIVERA, Joaquín A., *Elementos para una teoría de los derechos económicos, sociales y culturales desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit., p. 402.

(23) Nombre que se le da al proceso por el cual comienzan a comprenderse nuestros distintos ordenamientos jurídicos estatales de acuerdo con los parámetros establecidos en los tratados sobre derechos humanos o por organismos con interpretación vinculante de los mismos. Los alcances de este fenómeno se encuentran desarrollados con mayor detalle, entre otros textos, en: ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy, “Sobre

del TC, en este sentido (justo es señalar que no exenta de cuestionamientos, marchas y contramarchas), ha sido vital para que la Carta de 1993, según la perspectiva que se quiera manejar, se consolide o convierta en un elemento que progresivamente permita justificar mejor la configuración de las relaciones de poder, la conformación del sistema de fuentes, y la modificación de la comprensión de diferentes disciplinas jurídicas y sus instituciones en el ordenamiento jurídico peruano. Sin ello no hubiese sido posible efectuar la labor jurisprudencial vinculada a los DESC que aquí siquiera procederá a reseñarse.

Puntos clave de la materialización de esta línea jurisprudencial fueron, sin duda alguna, las sentencias mediante las cuales se rescató el rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos y se determinó el alcance de la cláusula del Estado social contenida en la Carta de 1993.

En los últimos años –qué duda cabe– se ha avanzado mucho en el respeto a los derechos humanos. En ello ha cumplido un papel muy importante el mayor acercamiento a la dinámica de un Estado abierto a las instituciones internacionales, que no se queda en una interesante pero insuficiente interacción, sino que se plantea en una lógica de verdadero diálogo, en la búsqueda de la construcción de un derecho común basado en una interpretación conforme a los derechos, y en la comprensión que de estos hacen los tratados y los órganos con una interpretación vinculante de los mismos.

Para ello era especialmente relevante absolver un problema que podía deducirse de la lectura literal del texto de la Carta de 1993: allí solamente se reconocía expresamente la necesidad de una interpretación de los derechos conforme con los tratados de derechos humanos que hayan sido suscritos por el Perú. Ahora bien, si no se fijaba una postura sobre el rango constitucional de dichos tratados, esa pauta interpretativa quedaba debilitada. De allí la importancia de lo resuelto en el caso “Programa de Formación de Aspirantes de la Academia de la Magistratura”⁽²⁴⁾, en donde, luego de efectuar una interpretación sistemática de la Carta de 1993, se rescata para el ordenamiento jurídico peruano el rango constitucional de los tratados sobre DERECHOS HUMANOS.

Allí ya se cuenta con un elemento interpretativo para enriquecer los alcances de una serie de derechos y bienes constitucionalmente protegidos (y, entre ellos, los de los DESC). Sin embargo, y como ya se había adelantado, también hay otro elemento a tomar en cuenta. Como es de conocimiento general, la Carta peruana de 1993 recoge en su artículo 43 la fórmula del Estado social, la cual ha sido desarrollada por el TC:

la ‘convencionalización’ del derecho y de los derechos en el Perú: ¿alternativa posible y conveniente, o aspiración inalcanzable o incluso discutible?”, en NOGUEIRA, Humberto (coord.), *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile y Librotecnia, Santiago de Chile, 2014.

(24) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en los expedientes 0025-2005-PI y 0026-2005-PI (acumulados), de fecha 25 de abril de 2006. Fundamentos Jurídicos 25 a 34.

“[d]e un análisis conjunto de los artículos 3 y 43 de la Ley Fundamental, el Estado Peruano, definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas del Estado Social y Democrático de Derecho. Es decir, es un Estado que se ubica como opción intermedia entre los fines que por su propia naturaleza buscan el Estado Liberal y el Estado Social, lo que implica que nuestro Estado Constitucional de acuerdo con tales características, no obvia los principios y derechos básicos del Estado de Derecho tales como la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca”⁽²⁵⁾.

Sobre la base de esa comprensión de las cosas, y aunque no exenta de ciertas marchas y contramarchas, el TC peruano ha emitido reiterada jurisprudencia referida al reconocimiento de –cuando menos– dos aspectos de los DESC: i) por un lado, la superación de una estricta concepción programática de los mismos, y ii) de otro, frente a la obligación del Estado, se ha dicho que se hace necesaria la imposición de metas cuantificables para la satisfacción de estos derechos⁽²⁶⁾.

Esta formulación del Estado social ha servido de base para todos los pronunciamientos sobre DESC y –en líneas generales– también ha sido utilizada para la reestructuración de la economía social de mercado y los derechos económicos en la sentencia recaída en el expediente 0008-2003-AI, de fecha 11 de noviembre de 2003, en la que el TC desarrolla los temas de la Constitución económica.

Justo es anotar que el problema sobre la real o aparente contraposición de los DESC con los derechos civiles y políticos no siempre fue afrontado por el TC peruano de la misma manera. Es más, en un primer momento, en la sentencia sobre el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley de Reestructuración Integral de la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador⁽²⁷⁾, recaída en el expediente 011-2002-AI, se señaló lo siguiente:

“Aunque la dignidad de la persona es el presupuesto ontológico común a todos los derechos fundamentales, no menos cierto es que entre ellos es posible establecer diferencias de distinto orden. La heterogeneidad que presentan los derechos fundamentales entre sí no solo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas disimilitudes, a su vez, pueden revestir significativas repercusiones prácticas. Tanto el derecho a la seguridad social como el derecho a la protección de la salud forman parte de aquellos derechos fundamentales sociales de preceptividad diferida, prestacionales, o también

(25) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 04870-2007-PA, de fecha 12 de marzo de 2010. Fundamento Jurídico 41.

(26) Ver, entre otros, la sentencia del TC peruano recaída en el expediente 2016-2004-AA, de fecha 5 de octubre de 2004. Fundamento Jurídico 13.

(27) Ley 27.766.

denominados progresivos o programáticos, positivizados orgánicamente por primera vez en la Constitución de Weimar de 1919. La *ratio* de dichas denominaciones estriba en que no se trata de derechos autoaplicativos; su vigencia y exigibilidad requiere de una participación protagónica del Estado en su desarrollo”⁽²⁸⁾.

El TC aquí asumía una postura sobre el tema según la cual, aunque formalmente sin llegar a plantear una división entre los derechos, parece manejar una distinción para relativizar en exceso la posibilidad de exigir el cumplimiento de los DESC. Sin embargo, no por ello desestima la protección de esos derechos sociales, sino que asume que para ello se debe recurrir al uso de las garantías institucionales:

“Sin embargo, el Tribunal Constitucional entiende que la labor que queda reservada al Estado responde, antes que a una teoría jurídico-social de los derechos fundamentales, a una teoría institucional de los mismos. En efecto, la clásica polémica planteada entre los férreos postulados del Estado liberal y el Estado social hoy debe concebirse como superada. Ninguna de las dos posturas, consideradas por separado, permiten una cabal comprensión y protección de los derechos fundamentales. De un lado, la rígida concepción individualista del hombre frente al Estado, en donde todos los factores de ligazón entre estas dos entidades aparecían como peligrosos, pues podían significar inaceptables incidencias en la esfera subjetiva de los individuos, no es más una filosofía que maximice el rol de los derechos fundamentales en el constitucionalismo moderno. De otro lado, la hermética doctrina que propugna como elemento medular el necesario sacrificio de los derechos subjetivos ante la supuesta primacía de los principios constitucionales de connotación social, como la seguridad ciudadana o el orden público, tampoco satisface los cánones de una apropiada labor tuitiva de los derechos constitucionales. La persona humana, como titular de derechos, no tiene por qué ser entendida de modo excluyente, o como individuo o como miembro de una comunidad, pues ambas concepciones confluyen en ella.

“La justicia constitucional no puede sino concebir un Estado constitucional y en esa medida reconocerle (que es distinto de adjudicarle) todas las facultades que en su seno encuentren el terreno para el más eficiente desarrollo de los principios y derechos que la Norma Fundamental contempla. A tal propósito contribuye la tesis institucional, en cuyo entendido la defensa de los derechos fundamentales supone a su vez la defensa de la institucionalidad del Estado. En tal sentido, muchos derechos fundamentales trascienden tal condición, para convertirse, a su vez, en verdaderas garantías institucionales para el funcionamiento del sistema, razón por la que en estos casos el papel del Estado en su desarrollo alcanza niveles especialmente relevantes, sea para reconocer que

(28) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 011-2002-AI, de fecha 10 de junio de 2002. Fundamento Jurídico 9.

la realidad le exige un importante grado de participación en la promoción del derecho, sea para aceptar un rol estrictamente abstencionista”⁽²⁹⁾.

A partir de ello, el caso “Meza García” se convertirá en el caso referente para el tratamiento de los DESC. Allí se abordará, en primer lugar, la fundamentación de los derechos sociales en el principio-valor dignidad, cerrando así el debate sobre la fundamentación indirecta de los DESC en ella, y apuntando a dejar de lado las consecuencias de esa formulación. No se podrá –entonces– sostener a partir de esto que, por ejemplo, exista alguna relación de jerarquía entre derechos. En ese sentido, se señala que

“Partiendo de la máxima kantiana, la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en todos los planes de acción social del Estado suministrando una base constitucional a sus políticas, pues en el Estado social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas.

“En razón de ello, en sede jurisdiccional ningún análisis puede desarrollarse sin verificar el respeto a la dignidad del hombre, tanto en la actuación del Estado como en la de los particulares”⁽³⁰⁾.

A continuación, en “Meza García” se recoge la idea de que se está ante un derecho y no frente a una norma programática. Dejando de lado la precisión en los términos usados, queda clara la intención del TC de apartarse de una concepción rígida de los DESC como derechos contenidos en normas que no son de aplicación inmediata. Este criterio es concurrente con otros pronunciamientos del TC, en los cuales rechazaba expresamente la distinción entre normas de eficacia mediata e inmediata para la distinción de derechos sociales⁽³¹⁾.

“Este Tribunal considera erróneo el argumento de la defensa del Estado que señala que el derecho a la salud y la política nacional de salud constituyen normas programáticas que representan un plan de acción para el Estado, mas no un derecho concreto. Debe recordarse, [entonces,] que toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primor-

(29) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 011-2002-AI, de fecha 10 de junio de 2002. Fundamentos Jurídicos 12 y 13.

(30) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 2945-2003-AA, de fecha 20 de abril de 2004. Fundamento Jurídico 17.

(31) Ver sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 2016-2004-AA, de fecha 5 de octubre de 2004. Fundamento Jurídico 10. En ella, se señala que “No se trata, sin embargo, de meras normas programáticas de *eficacia mediata*, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de *eficacia inmediata*, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en su reconocimiento en forma conjunta e interdependiente” [el énfasis es nuestro].

dial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que, en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, ésta no debe considerarse como un gasto, sino como una inversión social”⁽³²⁾.

Llegado a este punto, el TC peruano se enfrenta a la necesidad de establecer algún parámetro para dar contenido a la exigibilidad de los DESC, tarea que aborda en la misma sentencia sobre el caso “Meza García” sobre la base del análisis de lo que venía ocurriendo en la sociedad peruana:

“La realidad política de los últimos años ha revelado cómo la corrupción en el uso de los recursos públicos afectó (de manera indirecta) la atención de derechos como la educación, salud y vivienda. Por ello, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas”⁽³³⁾.

Así, se afirma indubitablemente el carácter de derechos fundamentales de los DESC, se ataca la concepción de estar frente a meros acuerdos programáticos, y se plantean dos estándares para observar la progresividad⁽³⁴⁾ en su cumplimiento: i) sujeción a plazos razonables y ii) acciones concretas y constantes.

Ahora bien –no obstante lo hasta aquí expuesto–, en el caso “Anicama”, conocido adicionalmente por establecer regulaciones en materia previsional con carácter de precedente, parece retrocederse sobre lo afirmado, haciéndose nuevas referencias a la necesidad de la participación del legislador para la concreción de los DESC. En ese sentido, el TC señala lo siguiente:

“Si bien los DESC son derechos fundamentales, tienen la naturaleza propia de un derecho público subjetivo, antes que la de un derecho de aplicación directa. Lo cual no significa que sean ‘creación’ del legislador. En tanto derechos fundamentales, son derechos de la persona reconocidos por el Estado y no otorgados por éste.

“Sin embargo, su reconocimiento constitucional no es suficiente para dotarlos de eficacia plena, pues su vinculación jurídica sólo queda configurada

(32) *Ibíd.* Fundamento Jurídico 17.

(33) *Ibíd.* Fundamento Jurídico 35.

(34) En cuanto a la progresividad de los derechos sociales, es de interés lo señalado en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en los expedientes 001-2004-AI y 002-2004-AI (acumulados), de fecha 27 de setiembre de 2004. Fundamento Jurídico 55: “[...] el concepto de progresividad no supone absoluta imposibilidad de regresión en los avances efectuados por el Estado en materia de derechos sociales, en la medida que ello quede plenamente justificado considerando atención a la totalidad de los recursos que disponga el Estado, y siempre que existan razones de interés social que así lo impongan”.

a partir de su regulación legal, la que los convierte en judicialmente exigibles. Por ello, en la Constitución mantienen la condición de una declaración jurídica formal, mientras que la ley los convierte en un mandato jurídico aprobatorio de un derecho social”⁽³⁵⁾.

Dicho con otras palabras: si bien se reconoce a los DESC efectos positivos que vinculan al Estado y a los particulares en la promoción de condiciones para su eficacia, y efectos negativos en tanto se proscriben las conductas que obstaculicen su goce y ejercicio⁽³⁶⁾, quedaría claro que la afirmación de la necesidad de un desarrollo legislativo condiciona la efectividad de estos derechos. Es, pues, en este escenario que se han dado avances y retrocesos en la discusión de los derechos en general -y de los DESC en particular- en el Perú.

De particular interés, y conforme a la concepción de Constitución que ha manejado el TC, es la idea de que los DESC no solamente obligan al Estado -como suele suceder en el derecho internacional- sino que -según se puede observar en pronunciamientos del TC- sobre la base del principio de solidaridad, se señala una obligación por parte de los particulares de participar en la realización de estos derechos sociales. Ello supera, desde luego, el mero respeto de los mismos e impone una carga que sería interesante explorar a futuro⁽³⁷⁾.

Hasta aquí, entonces, una referencia de lo hecho en términos más bien generales. Conviene pasar a analizar los aportes hechos en algunos derechos en particular. En esa línea de pensamiento, el TC peruano, partiendo de la cláusula del Estado social, ha sido enfático en señalar la importancia del derecho a la educación como elemento clave para el desarrollo del país, de acuerdo con nuestra tradición constitucional. No obstante, ha ido más allá al señalar su carácter de derecho fundamental junto a su condición de servicio público. En ese sentido, señala en la sentencia recaída en el expediente 4232-2004-AA que

“[...] la educación se configura también como un servicio público, en la medida que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución *per se* o por terceros bajo fiscalización estatal. Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos, así como de aumentar progresivamente la cobertura y calidad de los mismos, debiendo tener siempre como premisa básica,

(35) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 1417-2005-AA, de fecha 8 de julio de 2005. Fundamento Jurídico 14.

(36) *Ibíd.* Fundamento Jurídico 17.

(37) Ver sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 2016-2004-AA, de fecha 5 de octubre de 2004. Fundamento Jurídico 12. En ella, se señala que “Entonces, los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución. Así, en algunos casos han sido planteados, incluso, como deberes de solidaridad que involucran no sólo obligaciones del Estado, sino de toda la sociedad (Adame, Jorge Goddard. *Óp. cit.*, pp. 59-85)”.

como ya se ha mencionado, que tanto el derecho a la educación como todos los derechos fundamentales (e incluso las disposiciones constitucionales que regulan la actuación de los órganos constitucionales) tienen como fundamento el principio de la dignidad humana⁽³⁸⁾.

A continuación, el TC peruano señala principios y objetivos de la educación, pero va un paso más allá al establecer un listado de acciones que deben promover las instituciones educativas, las responsabilidades estatales, las características que considera imprescindibles en todo proceso educativo e incluso las asignaturas obligatorias que se encuentran previstas en la Constitución.

Más allá de la discusión que se pueda realizar sobre lo asumido en dicha sentencia, queda clara la intención del TC de dotar de contenido a aquellas medidas que debe asumir el Estado –y también los particulares que administran centros educativos– para garantizar el derecho a la educación. Se sientan así las bases para poder contrastar vulneraciones a este derecho que, estando en parte inspiradas por la Ley General de Educación⁽³⁹⁾, se consideran mandatos constitucionales.

Estos criterios fueron reiterados por el TC en el caso “Feliciano Contreras”⁽⁴⁰⁾, vinculándolos –a su vez– a instrumentos internacionales, para resolver el caso en concreto. El carácter de servicio público también ha sido un criterio importante para la decisión sobre la reciente demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Ley de Protección a la Economía Familiar⁽⁴¹⁾, en la cual se cuestionaba si era posible condicionar la asistencia a clases o las evaluaciones al pago de las pensiones⁽⁴²⁾.

En cuanto al derecho a la salud, el TC ha reconocido su estrecha vinculación con el derecho a la vida, argumento que –como aquí ya se ha expuesto– ha servido para justificar pronunciamientos sobre el derecho a la salud ante reclamos sobre el derecho a la vida. Su definición ha consistido en: mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física cuanto mental. Consecuentemente, se desprenden de ello obligaciones que el TC considera acciones concretas que garantizan o satisfacen este derecho:

“[...] una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y for-

(38) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 4232-2004-AA, de fecha 3 de marzo de 2005. Fundamento Jurídico 11.

(39) Ley 28.044.

(40) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 4646-2007-PA, de fecha 17 de octubre de 2007.

(41) Ley 29.947.

(42) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0011-2013-PI, de fecha 27 de agosto de 2014.

talecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido”⁽⁴³⁾.

Es así como en el caso “Meza García”, el TC pasa a analizar las acciones del Estado conducentes a la satisfacción del derecho a la salud. En dicho análisis, se cuida el TC de no cuestionar la política de salud en sí misma, señalando que aun cuando no se pueda exigir una atención y ejecución inmediata de políticas sociales, sí es posible analizar si el Estado ha venido tomando medidas orientadas a ello. Concluye el TC que, de no ser así, se configuraría una situación de inconstitucionalidad por omisión.

De manera análoga, en el caso “Matilde Villafuerte”, referido a salud mental, el TC peruano parte de reiterar sus consideraciones sobre el derecho a la salud en general para luego identificar una serie de acciones concretas que debe cumplir el Estado, extrayéndolas no de una sola fuente, sino de una lectura sistemática del ordenamiento jurídico. Para ello, toma elementos de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Ley General de Salud⁽⁴⁴⁾, reglamentos del Ministerio, así como de planes, estrategias e instrumentos sectoriales. Como consecuencia de lo expuesto, dichas obligaciones estatales no quedan sujetas a la arbitrariedad de un tribunal, sino a lo que ya se ha podido encontrar en el ordenamiento jurídico⁽⁴⁵⁾.

Inciendo ahora en los derechos calificados como económicos, pasemos a observar en primer término lo previsto sobre libertad de contratación. La explicación sobre los alcances de este derecho y sus dos componentes –libertad de contratar y libertad contractual– está abordada en la sentencia recaída en el expediente 2185-2002-AA, de fecha 4 de agosto de 2004, más propiamente en su Fundamento Jurídico 2. Los límites explícitos de este derecho, vinculados a la licitud del contrato y respeto a normas de orden público, están recogidos en el Fundamento Jurídico 3 de la sentencia recaída en el expediente 2670-2002-AA. Los límites implícitos de la libertad de contratación, vinculados con su aplicación con relación a otros derechos fundamentales, también se encuentran desarrollados en el ya mencionado fundamento de dicha sentencia, así como en el Fundamento Jurídico 22 de la sentencia recaída en el expediente 0858-2003-AA, de fecha 24 de marzo de 2004. Finalmente, la intangibilidad de los términos contractuales también ha merecido pronunciamientos del TC, aunque con argumentaciones contrapuestas⁽⁴⁶⁾.

(43) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 2945-2003-AA, de fecha 20 de abril de 2004. Fundamento Jurídico 28.

(44) Ley 26.842.

(45) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 02480-2008-PA. Fundamento Jurídico 16.

(46) Ver, por ejemplo –de un lado–, lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 003-2004-AI, de fecha 23 de setiembre de 2004. Fundamento Jurídico 13. Asimismo, lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 005-2003-AI, de fecha 3 de octubre de 2003. Fundamento Jurídico 35. Asimismo, ver –de otro lado– lo señalado en la sentencia del

La delimitación de lo que implica la propiedad como derecho fundamental y como garantía institucional está realizada en la sentencia emitida sobre el caso “Regalías Mineras”⁽⁴⁷⁾. La protección al consumidor tiene como sentencia central a la recaída en el expediente 0858-2003-AA. La libertad de empresa, a su vez, ha merecido una serie de pronunciamientos del TC; su contenido constitucionalmente protegido busca ser desarrollado en sentencias como las recaídas en los expedientes: i) 3330-2004-AA⁽⁴⁸⁾ (muy a despecho de las discrepancias con lo consignado en su Fundamento Jurídico 13); ii) 0008-2003-AI, y iii) 2802-2005-PA⁽⁴⁹⁾. Su vinculación con el derecho de propiedad, además de lo dispuesto en la ya mencionada sentencia recaída en el expediente 0008-2003-AI, se encuentra recogida en la sentencia recaída en el expediente 0016-2002-AI⁽⁵⁰⁾, sobre todo en su Fundamento Jurídico 5. Los límites al ejercicio de este derecho están desarrollados en las sentencias recaídas en los expedientes 007-2006-PI⁽⁵¹⁾ y 7339-2006-PA⁽⁵²⁾ (sobre todo en su Fundamento Jurídico 50).

Las relaciones entre la libertad de empresa y el acceso al mercado se desarrollan a partir de casos que merecieron las sentencias recaídas en los expedientes 1311-2000-AA (“British American Tobacco”)⁽⁵³⁾, 01576-2007-PA (“Nippon Auto Parts y otros”)⁽⁵⁴⁾, 005-2003-AI (donde se debatía un contrato-ley con Telefónica), 0008-2003-AI (sobre la posibilidad de fijar tarifas mínimas para la prestación del servicio de transporte terrestre) y 00034-2004-PI (sobre pases libres y pasajes diferenciados en transporte urbano e interurbano de pasajeros)⁽⁵⁵⁾.

Finalmente, ya existe también alguna jurisprudencia sobre derechos culturales, destacando sin duda lo planteado en la sentencia recaída en el expediente 0042-2004-AI, de fecha 13 de abril de 2005 (caso “Luis Alejandro Lobatón Donayre y otros”). Allí, luego de fijar su concepto de Constitución cultural (Fundamentos Jurídicos 1 a 3) y señalar los deberes del Estado social y democrático de derecho para con ella (Fundamentos Jurídicos 4 a 5), consigna cuáles son los criterios constitucionales que debería observar el entonces existente Instituto Nacional de Cultura para la calificación de un espectáculo como cultural (Fundamentos Jurídicos 20 a 22). Finalmente, y sobre la base de consideraciones de suyo polémicas, entra a discutir el carácter cultural de las fiestas taurinas, por considerar que implican actos de crueldad contra los

Tribunal Constitucional recaída en el expediente 2670-2002-AA, de fecha 30 de enero de 2004. Fundamento Jurídico 3.

(47) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0048-2004-PI, de fecha 1 de abril de 2005.

(48) De fecha 11 de julio de 2005.

(49) De fecha 14 de noviembre de 2005.

(50) De fecha 30 de abril de 2003.

(51) De fecha 22 de junio de 2007.

(52) De fecha 13 de abril de 2007.

(53) De fecha 19 de junio de 2001.

(54) De fecha 14 de abril de 2007.

(55) De fecha 15 de febrero de 2005.

animales (Fundamentos Jurídicos 24 a 28) y, además, si el Estado tiene el deber de promover los espectáculos taurinos y otras manifestaciones similares (Fundamentos Jurídicos 29 y 30). En estos apartados se hacen interesantes precisiones sobre lo que se reputa como cultura y como derechos de naturaleza cultural.

Se trata, entonces, de una labor jurisprudencial muy amplia y que permite efectuar una evaluación, a la cual ingresaremos de inmediato a modo de conclusión.

IV. Un análisis crítico de lo realizado y los retos que genera, a modo de conclusión

Pasando a efectuar una síntesis de lo recientemente reseñado, cabe señalar que –como ya se dijo– con relativamente pocas reformas formales, el texto de 1993 va a cumplir veinte años de haber sido aprobado; en tal sentido, consideramos que una de las posibles explicaciones se encuentra en la labor realizada, sobre todo a partir del año 2000, por el TC peruano, así como en su relevante participación en fenómenos como el de la “constitucionalización del derecho”, el esfuerzo por la “constitucionalización de la política”, e –incluso– de la “convencionalización del derecho”. El papel del TC en labores destinadas a un mejor reconocimiento de los DESC, en este contexto, ha sido vital.

Y es que, independientemente de ciertas marchas y contramarchas, así como de ciertos pronunciamientos contradictorios, en líneas generales la jurisprudencia del TC peruano ha apuntalado un escenario más amplio y tuitivo para los DESC, reconociendo –en líneas generales– que la exigibilidad de los mismos (a los cuales, por cierto, se les habilita alcances mayores que los que se entienden como explícitamente previstos si solamente se hace una lectura literal del texto de la Carta de 1993) debe entenderse en los mismos términos de lo prescrito para los derechos civiles y políticos. Ahora bien, conviene aquí determinar qué es lo que finalmente se entiende por la cabal exigibilidad de estos derechos dentro del margen de competencias propias del TC peruano, un organismo de fisonomía jurisdiccional, pero con atribuciones que van más allá de aquellas que corresponden a la judicatura ordinaria.

Para ello, debe partirse de algunas constataciones centrales: en primer lugar, conviene tener presente cuál es el margen de acción de un organismo con atribuciones jurisdiccionales, en general, y de un TC, en particular. En principio, no dicta políticas públicas, aquellas que –por cierto– son vitales para facilitar o propiciar el ejercicio de derechos como los DESC. Tampoco es el que las ejecuta directamente. Lo que le compete, entonces, es controlarlas o facilitar insumos para su dictado; es más, incluso debe hacer frente a la reiterada intención de muchos de sustraerse al cumplimiento de sus pronunciamientos.

Ese, por cierto, es un problema central para el TC peruano. El legislador ha previsto unas pautas al respecto, recogidas en los artículos 22 (referido al régimen general aplicable a los procesos de tutela de derechos fundamentales)

y 59 (destinado a la regulación del proceso de Amparo) del Código Procesal Constitucional, mediante las cuales es el juez o jueza de primer grado o instancia quien se responsabiliza de la ejecución de lo resuelto. Sin embargo, dichas pautas han mostrado serias falencias para asegurar un cabal cumplimiento de lo resuelto, máxime si lo que se busca hacer cumplir son ciertos aspectos de algunos DESC.

El TC peruano ha buscado revertir fenómenos como el del incumplimiento de sus pronunciamientos, el del deficiente cumplimiento de los mismos, o el de su desnaturalización en fase de ejecución. En un primer momento, instauró el denominado “recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional”, con carácter de jurisprudencia constitucional vinculante y conforme al artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, desde lo dispuesto en la resolución recaída en el expediente 0168-2007-Q, de fecha 2 de octubre de 2007.

Luego, mediante la resolución recaída en el expediente 0201-2007-Q/, de fecha 14 de octubre de 2008, el TC peruano amplió la posibilidad de presentar el recurso de agravio a favor de la ejecución de sentencias del Poder Judicial emitidas en segundo grado. Finalmente, como doctrina jurisprudencial vinculante, el pleno del TC creó el “recurso de apelación por salto” como predio para intentar mejorar la ejecución de sus propias decisiones, participando directamente para hacer cumplir sus pronunciamientos cuando estos no vienen siendo adecuadamente ejecutados por el juez o jueza de ejecución de primer grado, sin necesidad del conocimiento de la sala de la judicatura ordinaria que debería haberse pronunciado en segundo grado.

Debe, entonces, anotarse que en el Perú se discute si ese tipo de mecanismos (recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del TC y recurso de agravio a favor de la ejecución de una sentencia de dicho órgano) cuentan con una cobertura constitucional y legal suficiente, muy independientemente de sus loables intenciones. Conviene también resaltar que, por la propia estructura del TC peruano, por los procesos que allí se atienden, así como por lo que implica materializar sus sentencias ya emitidas, se pone en entredicho su capacidad operativa para atender eficientemente ese tipo de requerimientos. Lo más grave es que el problema de que todavía no se cumple plenamente lo resuelto sigue pendiente en nuestro país.

Como bien puede apreciarse, en el Perú se ha avanzado mucho en la judiciabilidad de los derechos –en general– y de los DESC –en particular–, pero todavía hay mucho por hacer. Ojalá puedan desarrollarse alternativas creativas para enfrentar y superar los retos todavía existentes. La plena vigencia del Estado Constitucional así lo reclama.

ANÁLISIS DE LAS EXPERIENCIAS DE JUDICIALIZACIÓN DE DERECHOS SOCIALES

Juan Manuel Acuña⁽¹⁾

I. Introducción

Desde su reconocimiento en textos convencionales, constitucionales y legales, los derechos sociales han sido objeto de importantes desarrollos. La experiencia generada en las últimas décadas en materia de judicialización de conflictos que tienen por objeto a estos derechos ha corregido muchos equívocos y evidenciado falsos problemas apuntados por los detractores de los derechos sociales, pero también ha generado nuevos problemas y retos. Este breve trabajo tiene por objeto identificar algunos de ellos y proponer medios para afrontarlos.

Para cumplir el objetivo propuesto, seguiremos el siguiente itinerario: primero, las experiencias de judicialización han permitido superar muchas de las objeciones que se enarbolaban ante los derechos sociales, sin embargo, otras persisten y representan verdaderos desafíos. En esa línea, ofreceremos algunos comentarios acerca de la persistencia de algunas de las viejas objeciones a la judicialización de derechos sociales y la necesidad de no subestimarlas.

En segundo lugar, y sobre la base de experiencias exitosas de judicialización, daremos cuenta de las formas de intervención judicial en materia de políticas públicas sociales que algunas décadas de experiencia han arrojado. Así, también podremos analizar cómo muchas de las objeciones originales deben ser dejadas atrás.

En tercer lugar, ofreceremos algunos comentarios acerca de tres cuestiones que persisten en el ámbito de la judicialización de los derechos sociales y sobre los cuales procuraremos semblantar algunos de los desafíos en la materia y cómo afrontarlos: primero, sobre la llamada paradoja de la judicialización, consistente en el posible efecto negativo que la judicialización pudiera tener en los sectores más necesitados debido al impacto negativo que pudiera ocasionar en los presupuestos de egresos. La tesis que sostendremos consiste en que la amplificación de los efectos materiales indirectos

(1) Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad Panamericana campus Ciudad de México.

permitiría afrontar dicha paradoja. En segundo término, abordaremos el tema de las dificultades para el cumplimiento de las sentencias sobre derechos sociales. La tesis consistirá en que las dificultades pueden tener más que ver con la naturaleza de los litigios y el tipo de órdenes impartidas por la justicia que con la clase de derechos involucrados, en tal sentido, deberíamos enfocarnos en la necesidad de replantear la manera en la que pensamos los litigios judiciales sobre derechos y el rol de la justicia en general. En tercer término, ofreceremos algunos comentarios acerca de la necesidad de apoyar nuevas formas de intervención judicial ante litigios de naturaleza diversa. Sobre este tema, argumentaremos a favor de nuevas formas de intervención judicial que posibilitan la generación de sentencias más asequibles para las autoridades y a la vez, permitirían trabajar sobre las causas de incumplimiento: la resistencia política y la incapacidad institucional.

II. Puesta al día de las objeciones tradicionales

Las diversas experiencias de judicialización de derechos sociales han demostrado que, si bien la judicialización de conflictos que tienen por objeto a estos derechos, en ocasiones presenta importantes dificultades, se han verificado innumerables casos de éxito. Las objeciones a las que nos referiremos son aquellas de tipo jurídico o de segundo orden, pues en el plano de las preferencias en términos de filosofía política o teorías de la justicia persisten y persistirán objeciones más allá de la superación de obstáculos prácticos. En todo caso, lo que diremos es que lo que podríamos denominar objeciones de primer orden, tendientes a objetar la validez de los derechos sociales y motivadas por abrazar, por ejemplo, posiciones libertarias tradicionalmente opuestas a la redistribución de recursos en la que se sustentan los derechos sociales, pierden fuerza en el plano jurídico debido a los fuertes compromisos constitucionales y convencionales adoptados por los Estados.

Las objeciones de segundo orden tienden a problematizar la eficacia de los derechos sociales. Algunas de estas objeciones han tenido por centro a los propios derechos y señalan defectos “genéticos”. Otras, en cambio, han apuntado a su judicialización. En relación con el primer tipo de objeciones, la mayoría de ellas han sido superadas; sin embargo, persisten otras. Nos interesa aquí recordar aquella que remarcaba las dificultades que el carácter prestacional de los derechos sociales podía representar para su exigibilidad judicial.

En primer lugar, valdría la pena insistir en la necesidad de dejar atrás clasificaciones reduccionistas como aquella que indicaba que los derechos sociales se distinguían de los civiles en que los primeros se satisfacían con el cumplimiento de obligaciones positivas y los segundos de obligaciones negativas. Otras clasificaciones, que dan cuenta con mejores resultados de la complejidad de las obligaciones implicadas en los derechos en general, han

demostrado que muchos de los llamados derechos civiles también requieren el cumplimiento de obligaciones prestacionales para su satisfacción⁽²⁾.

Resulta necesario descartar también ideas simplistas como, por ejemplo, aquellas que postulan que solo los derechos sociales cuestan dinero. En general, todos los derechos requieren dinero para su cumplimiento. Sin embargo, en el caso de los derechos sociales, siempre se requiere de un satisfactor material, y esta característica plantea particularidades que deben ser atendidas⁽³⁾. Reconocer esta característica no pretende volver a la carga sobre los derechos sociales sino establecer que el foco del problema radica en asumir que, en materia de adjudicación y cumplimiento de derechos sociales, se presenta un degradé de escenarios que estará determinado por la ausencia o existencia de políticas públicas y en el consecuente desarrollo de las obligaciones que materializarán el contenido de los derechos. La positivización de derechos en general, y de los sociales en particular, impone una agenda de estado a la agenda de gobierno, y esto debe traducirse en el permanente trabajo para el desarrollo de lo que en términos de Ferrajoli denominamos garantías primarias⁽⁴⁾.

Así, las dificultades derivadas del contenido de satisfactores materiales de los derechos no son iguales para todo tipo de supuesto, sino que son particularmente graves en aquellos reclamos sobre prestaciones exigibles en términos normativos, pero no contempladas por políticas públicas y, por ende, no presupuestadas. Cuando la prestación exigida está presupuestada y se trata de un incumplimiento de la autoridad, las dificultades deberían ser menores, o bien, diferentes los medios que eventualmente los jueces deberían determinar para su cumplimiento.

En este sentido, la experiencia acumulada indica que los supuestos de reclamos en materia de demanda de prestaciones podrían agruparse de la siguiente manera: demandas sobre prestaciones contempladas y presupuestadas; demandas sobre prestaciones que deberían estar incluidas en políticas

(2) Nos referimos a la clasificación elaborada por Alexy, en particular, a los derechos a acciones positivas del Estado o prestaciones en sentido amplio. Para este autor, todo derecho a un acto positivo del Estado es un derecho a prestación, y la variedad de acciones positivas es muy amplia, abarcando desde el brindar protección al individuo mediante la expedición de una norma de derecho penal hasta la prestación de bienes. En este último caso, se configuran los derechos a prestación en sentido estricto o derechos sociales fundamentales. Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, ps. 427 y ss.

(3) ARCIDIÁCONO, Pilar - GAMALLO, Gustavo, *Política social y judicialización de los derechos sociales*, en, N° 22, 2011-15, ps. 65-85, especialmente p. 70. Consultada en: <http://www.scielo.org.ar/pdf/tede/n22/n22a05.pdf>, el día 22 de octubre de 2018.

(4) Las garantías primarias son deberes consistentes en obligaciones de prestación o en prohibiciones de lesión, según el tipo de derecho comprometido sea positivo o negativo, o más bien, según la obligación exigida por el derecho en cuestión sea positiva o negativa. Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de Perfecto A. Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011, vol. I, p. 631.

públicas y no lo están y, por ende, no están presupuestadas, y demandas sobre prestaciones no contempladas y de discutida inclusión. Intentar establecer generalizaciones acerca del tipo de reclamos incluido en cada acción judicial es difícil, pues las experiencias nacionales son disímiles. Sin embargo, en algunos sistemas nacionales existen estudios que arrojan resultados interesantes. Por ejemplo, el estudio realizado por Eli Yamin, Parra Vera y Gianella sobre Colombia, con base en estudios de la Defensoría del Pueblo y de la Procuraduría General, en relación con el derecho a la salud, indican que entre el año 2003 y 2008, el 54% de las acciones de tutela entabladas se relacionaron con tratamientos y servicios ya establecidos en el programa obligatorio de salud; entre 2006 y 2008, 75% de las cirugías, 63% de los estudios, 67% de los tratamientos y 78% de los procedimientos eran servicios establecidos en el programa obligatorio de salud⁽⁵⁾. La conclusión que podríamos extraer de estos datos es que, en realidad, cuando los jueces colombianos adjudican en materia de derechos sociales, lo hacen sobre la base de obligaciones determinadas de manera previa por las autoridades competentes. Amén de lo dicho, los mismos autores señalan que también se ha podido verificar en esos años un incremento de la concesión de tutelas para medicamentos no incluidos en el programa obligatorio de salud sobre la base del concepto de vida digna⁽⁶⁾. En este punto debemos focalizar la atención, es decir, cuando se aborda el tema de la judicialización de derechos sociales, se deben realizar las precisiones necesarias para comprender que no en todos los casos se trata de jueces que con poco apego a la realidad asignan prestaciones de manera injustificada. Por el contrario, en muchos casos dichas prestaciones se encuentran establecidas en políticas públicas, en otros, se podrá discutir su inclusión, y sobre estos es preciso que las autoridades trabajen de manera coordinada, sobre todo, que las autoridades implicadas de manera directa en el diseño de las políticas públicas atiendan a las resoluciones que la justicia imparta sobre derechos sociales, para permitir que los criterios allí vertidos influyan en el diseño de las futuras políticas públicas.

En Brasil, los datos al respecto no son concluyentes⁽⁷⁾, sin embargo, algunas fuentes indican que, por ejemplo, a nivel federal, en el año 2009, las sentencias judiciales que obligaron al Estado a proveer treinta y cinco drogas no disponibles en el mercado representaron poco más del 78% de los costos

(5) ELY YAMIN, Alicia - PARRA-VERA, Oscar - GIANELLA, Camila, "Colombia, la protección judicial del derecho a la salud", en ELY YAMIN, Alicia - GLOPPEN, Siri (coords.), *La lucha por los derechos de la salud, ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2013, p. 139.

(6) ELY YAMIN, Alicia - PARRA-VERA, Oscar - GIANELLA, Camila, "Colombia, la protección judicial del derecho a la salud", cit., ps. 140 y ss.

(7) MOTTA FERAZ, Octavio, "Brasil: desigualdades en salud, derechos y tribunales. El impacto de la judicialización de la salud", en ELY YAMIN, Alicia - GLOPPEN, Siri (coords.), *La lucha por los derechos de la salud, ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, cit., p. 139.

de todos los litigios sobre el derecho a la salud⁽⁸⁾. Como se puede apreciar, los números de Brasil indican una realidad diversa a la colombiana y así evidencian las dificultades de establecer generalizaciones.

Sobre este tema hemos aprendido que, amén de la situación de escasez y finitud, los problemas originados por el carácter prestacional de estos derechos se morigeran cuando las autoridades diseñan y planifican las políticas públicas y realizan presupuestos adecuados para cumplirlas. En tal sentido, hay una fuerte relación entre la asunción del significado de los derechos por parte de las autoridades y la posibilidad de cumplir a partir de la adecuada planificación del efecto prestacional. Dicho en otros términos, los incumplimientos en materia de política pública son causa de muchas de las dificultades al momento de judicializar derechos sociales.

Quizás en relación con el contenido obligacional de los derechos, las mayores complejidades se ciernen sobre los casos en los cuales no existe previsión o determinación de política pública. La indeterminación de la prestación debida nos lleva en cierta medida al terreno de dos supuestos que deben ser diferenciados y que ofrecen un lugar del cual partir al momento de la determinación judicial de contenidos obligacionales en supuestos de ausencia de política pública; por un lado, el de los contenidos mínimos que deben ser satisfechos en cualquier circunstancia y, por otro, el de las obligaciones inmediatas que no pueden aguardar a su determinación en políticas públicas. La observación general 3 sobre la índole de las obligaciones de los Estados parte, del párrafo 1° del artículo 2° del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, resulta central para comprender aquello que los Estados deben garantizar como contenidos inmediatos y mínimos, sin importar las circunstancias o la ausencia de previsiones en políticas públicas. En relación con los contenidos inmediatos, la observación general citada establece que si bien el Pacto contempla la realización paulatina de los derechos sociales, ordena obligaciones de cumplimiento inmediato, entre ellas, la de garantizar los derechos sin discriminación y la obligación de adoptar medidas⁽⁹⁾. En relación con los niveles mínimos de satisfacción, el mismo documento establece que corresponde a los Estados partes “una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y viviendas básicas, o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto”⁽¹⁰⁾.

(8) MOTTA FERRAZ, Octavio, “Brasil: desigualdades en salud, derechos y tribunales. El impacto de la judicialización de la salud”, cit., p. 120.

(9) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estado partes (párrafo 1° del artículo 2° del Pacto, quinto período de sesiones, 1990, párrs. 1° y 2°).

(10) *Ibidem*, párr. 10.

Además de aquellas objeciones apuntadas a los derechos, otras fueron dirigidas a los jueces. Estas se enmarcaron dentro del tema más amplio del control judicial de la economía. Rodrigo Uprimny, en un estupendo trabajo publicado hace ya varios años, sintetizó las críticas a la intervención de los jueces en temas económicos y ofreció respuestas robustas para contestar a los críticos⁽¹¹⁾. Las objeciones a la intervención judicial consistieron en señalar: la falta de conocimientos técnicos por parte de los jueces que resultan necesarios en litigios sobre derechos sociales, la tendencia de los jueces a no tomar en cuenta las restricciones del presupuesto, el peligro a que los jueces decidan sobre el gasto público reemplazando ilegítimamente a las autoridades democráticamente elegidas y el peligro a constitucionalizar un cierto modelo de desarrollo a la luz de las preferencias de los jueces, entre otras⁽¹²⁾.

Una de las objeciones apuntadas fue aquella referida a la falta de pensamiento comprensivo de los jueces consistente en la imposibilidad o dificultad para mensurar adecuadamente las consecuencias de sus decisiones y que fuera señalada por Rosenkrantz. Su análisis partió del concepto de “tecnología perfecta de justicia”, propuesto por Bruce Ackerman, consistente en la capacidad de implementar las conclusiones sustantivas a las que podríamos llegar si nos embarcáramos en un diálogo neutral acerca de cómo organizar la sociedad. En su opinión, los jueces carecen de esa capacidad y en consecuencia se encuentran impedidos de saber cómo la justicia puede ser satisfecha en escala social. La causa de esa imposibilidad se debe a que los jueces solo estarían habilitados para resolver confrontaciones bipolares y en consecuencia, focalizarían su análisis en sus intereses y no podrían contemplar los intereses de quienes no se presentan ante sus estrados y que podrían ser eventualmente afectados por la decisión que se adopte. La no participación de los afectados les impediría acceder al conocimiento de cuestiones implicadas. Con base en esto, el autor concluye que los tribunales no son los lugares adecuados para luchar contra la desigualdad⁽¹³⁾. Veremos que esta objeción merece ser tomada en consideración en función de la llamada paradoja de la judicialización. Amén de la debilidad de algunas de las críticas, la necesidad de tomar en serio a otras no debe tener el efecto de negar la justiciabilidad de estos derechos, sino reconocer las dificultades en relación con la exigibilidad judicial así como los efectos complejos que las sentencias pudieran tener para así pensar y de-

(11) Ver UPRIMNY, Rodrigo, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, en *Revista de Derecho Público*, nro. 12, enero-junio de 2001, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, ps. 145-183, consultado en: https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub203.pdf, el día 17 de diciembre de 2018.

(12) *Ibíd.*, ps. 148 y ss.

(13) ROSENKRANTZ, Carlos, “La pobreza, la ley y la constitución”, en *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, SELA, 2002, Editores del Puerto, Argentina, 2003, p. 245.

sarrollar formas de intervención judicial adecuadas⁽¹⁴⁾. Esto es exactamente lo que se ha hecho en los años pasados.

Hasta aquí entonces, procedimos a retomar la discusión sobre viejas objeciones y, en nuestra opinión, las referidas al carácter prestacional de los derechos en un escenario de recursos limitados y la referida a la carencia de pensamiento comprensivo de los jueces demandan que se realicen algunos ajustes a la práctica de la judicialización, sobre todo, en cuanto a la necesidad de continuar desarrollando formas de intervención judicial más dialógicas y colaborativas, tema que abordaremos en la sección V. A continuación, repasaremos de manera sintética las formas de intervención de la justicia en materia de políticas públicas sociales desarrolladas con ocasión de resolver litigios referidos a derechos sociales.

III. Formas de intervención judicial en políticas públicas sociales

A pesar de las objeciones y resistencias iniciales, el camino del trabajo de los jueces con derechos sociales demostró algunas cosas; la primera, que los derechos sociales eran justiciables; la segunda, que los jueces fueron capaces de generar diversas vías de intervención sobre las políticas públicas, además, que podían trabajar sobre aspectos diversos del desarrollo de esas políticas, unas veces sobre el diseño más general establecido en la ley, otras en la reglamentación y en otras ocasiones, trabajando sobre la puesta en práctica de dicha política. Asimismo, en cada una de dichas formas de intervención, se manifestaron intensidades de diverso grado.

Para identificar y organizar las formas de intervención judicial mencionadas, seguiremos, aunque con variaciones menores, la clasificación elaborada en su momento por Víctor Abramovich⁽¹⁵⁾, quien distinguió cuatro formas básicas de adjudicación. Comenzaremos por la que posiblemente sea la forma más robusta de intervención: *Invalidación de políticas públicas*: ya sea en aspectos parciales o totales y operando sobre leyes o reglamentos⁽¹⁶⁾. Ejemplos de esta forma de intervención judicial los encontramos en algunas de las medidas ordenadas en el caso “Verbitsky”⁽¹⁷⁾ en materia de políticas criminales y carcelarias, por ejemplo, al prohibir la Corte con efecto inmediato que los menores y personas enfermas estuvieran detenidas en comisarías. También en el caso

(14) UPRIMNY, Rodrigo, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, cit., p. 172.

(15) ABRAMOVICH, Víctor, “El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales”, en ABRAMOVICH, Víctor - PAUTASSI, Laura, (comp.), *La revisión judicial de las políticas sociales*, Del Puerto Editores, Buenos Aires, 2009.

(16) ABRAMOVICH, Víctor, “El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales”, cit., p. 51.

(17) CS, 5/5/2005, “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”.

de las “aulas *container*”⁽¹⁸⁾, en el que se ordenó a la Ciudad de Buenos Aires cesar en el uso de *containers* como aulas para la impartición de clases a niños.

Otra vía de actuación ha consistido en *ordenar la implementación de políticas públicas definidas, pero no ejecutadas*. En estos casos, la Administración Pública ha diseñado la política pública pero no se han implementado⁽¹⁹⁾. Como ejemplos de esta vía de acción podemos mencionar el paradigmático caso “Viceconte”. La sentencia ordenó al Estado que se cumpla con el programa de producción de la vacuna *Candid I* contra la fiebre hemorrágica argentina. El Estado argentino ya había decidido que la política pública para afrontar el tratamiento de la enfermedad sería la construcción del laboratorio y luego la fabricación de la vacuna pero, por razones presupuestarias, las obras se interrumpieron. La justicia ordenó a la autoridad que concluya ambas fases atendiendo a los cronogramas que la misma autoridad había establecido⁽²⁰⁾.

En México, hace pocos años, la Suprema Corte falló en el caso conocido como “Pabellón 13” cuyos hechos relevantes fueron los siguientes: con el objetivo de brindar atención adecuada a la salud de los pacientes con VIH, el Instituto nacional de enfermedades respiratorias solicitó al Comité técnico el fideicomiso del sistema de protección de la salud, dinero para desarrollar un proyecto de remodelación del pabellón 4 del hospital, destinado a la internación de los pacientes con VIH. Reconociendo que el instituto no contaba con las instalaciones adecuadas, de acuerdo con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, el proyecto fue aprobado. Posteriormente, el Instituto solicitó que el proyecto de remodelación sea sustituido por otro para construir un nuevo pabellón. El comité canceló el proyecto de remodelación y encargó un proyecto ejecutivo para tal fin. El proyecto fue concluido y el Instituto solicitó el dinero para dar inicio a las obras, sin embargo, la ejecución se detuvo porque la autoridad alegó falta de recursos para afrontar el nuevo proyecto. Un grupo de personas afectadas interpuso juicio de amparo contra esta decisión. Cuando el amparo llegó en revisión a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, este Alto Tribunal consideró que la cuestión jurídica a dilucidar consistía en determinar si las condiciones en las cuales se estaba tratando a los pacientes eran acordes con las obligaciones surgidas principalmente de los artículos 2° y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o, por el contrario, estaban siendo indebidamente expuestos a riesgos de infecciones. Consideró que el pabellón no contaba con las condiciones requeridas y por tanto decidió conceder los amparos. La Corte consideró además que el Estado no acreditó la escasez de recursos como para considerar cumplido el deber de la autoridad de haber adoptado

(18) JContenciosoadministrativo y Trib. Nro. 11, Ciudad de Buenos Aires, “Iglesias, José Antonio c. GCBA s/amparo”.

(19) ABRAMOVICH, Víctor, “El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales”, cit., p. 50.

(20) CNContenciosoadministrativo, sala IV, “Viceconte, María Cecilia c. Estado nacional s/amparo”.

medidas hasta el máximo de los recursos disponibles. En relación con lo ordenado en la sentencia, las medidas determinadas fueron las siguientes: que los demandados consideraran cuál de las dos medidas resultaba más apropiada, la remodelación o la construcción del nuevo pabellón y segundo, que si estas medidas no fueran compatibles con las posibilidades, que los quejosos sean atendidos en otro hospital que brinde los servicios requeridos.

La siguiente vía de intervención consiste en la *definición de políticas públicas por aplicación directa de principios constitucionales, o bien la redefinición de las políticas públicas por su carácter excluyente*. Esta forma de intervención puede motivar cambios de naturaleza estructural de diferente intensidad. En el primer supuesto, los jueces imponen a las autoridades prestaciones que se derivan de principios constitucionales y que no están siendo contempladas por los programas vigentes⁽²¹⁾. En el segundo supuesto, la interpretación judicial de los principios constitucionales no impone a la autoridad la generación de prestaciones no brindadas, sino la extensión de prestaciones a grupos no incluidos en el diseño originario de la política pública en cuestión⁽²²⁾. Un ejemplo de la primera variante de intervención lo encontramos en el caso conocido como “Mini Numa” resuelto por la justicia federal de México. La sentencia del juez de distrito determinó que la autoridad de salud del Estado de Guerrero debía construir una casa de salud para brindar atención primaria a la comunidad de Mini Numa ubicada en la sierra de Guerrero, aunque la política pública de salud del Estado no contemplara dicha prestación. El juez consideró que dadas las condiciones del lugar, el plan de salud no garantizaba la accesibilidad física a los servicios para la comunidad de acuerdo con los estándares fijados por el artículo 12 del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, sobre todo, a la interpretación que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha realizado de dicho artículo en la observación general 4⁽²³⁾. Ejemplo del segundo supuesto de esta modalidad de intervención se encuentra en la Argentina en el caso “Iglesias, José Antonio c. GCBA”. El caso trató sobre una política de higiene, consistente en la colocación de papeleros en áreas públicas. El gobierno excluyó del programa el área más pobre de la ciudad y la justicia entendió que tal exclusión violó el derecho a no ser discriminado. La sentencia ordenó a las autoridades de la ciudad que extiendan los alcances de la política pública a las zonas excluidas⁽²⁴⁾.

Por último, el Poder Judicial intervino obligando a las autoridades a *reformular procedimientos para la definición e implementación de políticas públicas*. Esta forma de intervención suele ejercerse ante la violación al derecho

(21) ABRAMOVICH, Víctor - PAUTASSI, Laura, (comp.), *La revisión judicial de las políticas sociales*, cit., ps. 52-53.

(22) ABRAMOVICH, Víctor - PAUTASSI, Laura, (comp.), *La revisión judicial de las políticas sociales*, cit., p. 54.

(23) Juicio de amparo 1157-II.

(24) JContenciosoadministrativo y Trib., Ciudad de Buenos Aires, 7/7/2006, “Iglesias, José Antonio, c. GCBA s/amparo”.

en cuestión por vía de afectaciones a la dimensión de accesibilidad⁽²⁵⁾. El caso “ACIJ c. GCBA”, sobre transporte escolar, es un ejemplo del ámbito argentino. En este caso, la justicia ordenó a la ciudad la elaboración de un programa de transporte escolar para que los niños, cuyo acceso a la escuela se veía dificultado por razones de distancia e inaccesibilidad de caminos, puedan asistir en mejores condiciones⁽²⁶⁾.

Estas formas de intervención evidencian las diferentes vías en las que los jueces pueden trabajar sobre políticas públicas sociales. Ofrecen, a su vez, la posibilidad de apreciar los diversos grados de intensidad con los que los jueces trabajan. En general, muestran cómo los tribunales, a lo largo de los años y a través de diferentes estrategias, han logrado superar muchas de las objeciones iniciales a su trabajo en materia de derechos sociales.

IV. Nuevos problemas

Hemos podido constatar que muchas de las objeciones tradicionales acerca de la judicialización de los derechos sociales han sido superadas. Sin embargo, esa misma experiencia ha generado otra clase de problemas que requieren atención. En esta sección nos proponemos estudiar dos problemas que habilitan críticas sobre la judicialización de los derechos sociales e impiden que algunos consideren a estas experiencias como positivas. Los problemas que abordaremos son: primero, la llamada paradoja de la judicialización, y segundo: el problema del cumplimiento de las sentencias.

4.1. La paradoja de la judicialización

La judicialización de derechos sociales al cabo de varias décadas ha arrojado resultados disímiles en cada sistema jurídico nacional, por ello, los estudios existentes no permiten producir resultados generalizables en tal grado que permitan obtener conclusiones válidas en cada sistema. Sin embargo, algunos estudios, en particular en materia de derecho a la salud, generaron datos interesantes que a su vez brindan la posibilidad de identificar ciertos problemas.

Un primer dato indica que los casos judicializados sobre derecho a la salud se han incrementado de manera sostenida en las últimas décadas. En Colombia, entre 1991 y 2008 se presentaron alrededor de 650.000 acciones de tutela en materia de derecho a la salud, solo 150.000 corresponden al año 2008⁽²⁷⁾. En la Argentina, aunque con variaciones en las diferentes jurisdicciones provinciales, el incremento también se ha verificado. Según la investigación realizada por Bergallo, es posible comprobar este incremento de diversas ma-

(25) ABRAMOVICH, Víctor - PAUTASSI, Laura, (comp.), *La revisión judicial de las políticas sociales*, ps. 55 y ss.

(26) JContenciosoadministrativo y Trib. Nro. 12, Ciudad de Buenos Aires, 15/3/2010, “ACIJ c. GCBA s/amparo”.

(27) ELY YAMIN, Alicia - PARRA-VERA, Oscar - GIANELLA, Camila, “Colombia, la protección judicial del derecho a la salud”, cit., p. 128.

neras. Si consideramos los fallos publicados sobre derecho a la salud, se aprecia que en 1987 se encontró un caso y para 2006 se encontraron 87 referencias. En el ámbito más acotado de la Ciudad de Buenos Aires, y considerando las demandas presentadas ante los Juzgados nacionales en lo Civil y Comercial de dicha ciudad, el número de demandas sobre derecho a la salud casi se ha triplicado, pasando de poco menos de 500 en 1998 a poco menos de 2000 en 2007⁽²⁸⁾. Los datos de Brasil corroboran la tendencia. Los juicios contra el Ministerio de Salud se incrementaron de 387 en 2005 a 2174 en 2009⁽²⁹⁾. En Costa Rica, y considerando los casos presentados ante la sala Constitucional, desde la creación de este órgano, las demandas tanto por tratamientos como por medicamentos se han incrementado de manera sostenida, pasando en el primer caso de 0 a 375 casos y en el segundo de 0 a 150, entre los años 1989 y 2008 verificándose un incremento anual sostenido⁽³⁰⁾.

Las razones que explican el incremento de los litigios son diversas; modificaciones importantes en los sistemas de justicia constitucional permiten entender el incremento de manera más particular en ciertos sistemas jurídicos, posiblemente los casos de Colombia y la creación de la activa Corte Constitucional en 1991, y Costa Rica con la creación de la sala constitucional en 1989 sean buenos ejemplos. Además, en la mayoría de las constituciones latinoamericanas, se incrementaron los derechos positivizados y se ratificaron tratados internacionales, lo que a su vez permitió la adopción de criterios más robustos en términos de los deberes y obligaciones a cargo del Estado en cuanto a derechos sociales en general. También habría que mencionar la inclusión de nuevas vías procesales para la protección de derechos, así como el desarrollo de organizaciones de la sociedad civil establecidas para la promoción de derechos humanos y la garantía a través del litigio estratégico.

El siguiente dato relevante refiere a la tasa de éxito de los reclamos. Maestad, Rakner y Motta Ferraz afirman que la tasa de éxito de estos juicios es en general elevada, y citan los casos de Brasil en donde casi el 90% de las resoluciones de primera instancia son favorables y el porcentaje se eleva a casi el 100% de las resoluciones del Tribunal Supremo. En Colombia, entre los años 2006 y 2008, el 86% de las tutelas sobre derecho a la salud fueron concedidas⁽³¹⁾. Estas altas tasas de éxito corresponden mayormente a litigios de carácter

(28) BERGALLO, Paola, "Argentina: los tribunales y el derecho a la salud. ¿Se logra justicia a pesar de la rutinización de los reclamos individuales de cobertura?", en ELY YAMIN, Alicia - GLOPPEN, Siri (coords.), *La lucha por los derechos de la salud, ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, cit., ps. 71-72.

(29) MOTTA FERRAZ, Octavio, "Brasil: desigualdades en salud, derechos y tribunales. El impacto de la judicialización de la salud", cit., p. 105.

(30) WILSON, Bruce M., "Costa Rica: Litigación en derechos vinculados con la salud. Causas y consecuencias", en ELY YAMIN, Alicia - GLOPPEN, Siri (coords.), *La lucha por los derechos de la salud, ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, cit., p. 171.

(31) MAESTAD, Ottar - RAKNER, Lise - MOTTA FERRAZ, Octavio L., "Evaluación del impacto de la litigación en el terreno de los derechos de la salud, Análisis comparativo de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, India y Sudáfrica", en ELY YAMIN, Alicia

individual, los de carácter colectivo o estructural presentan problemas cuyo análisis abordaremos en la siguiente sección.

Otro dato importante tiene que ver con el objeto de reclamo y si el mismo consiste en una prestación contemplada en la política pública o, por el contrario, los reclamos versan sobre prestaciones no contempladas. Los datos son igualmente variables, pero, por ejemplo, en Colombia, el 54 % de los reclamos corresponden a medicinas que están incluidas en el Programa médico obligatorio⁽³²⁾. Sin embargo, es elevado el número de casos en los cuales la justicia ha ordenado la inclusión de medicinas o tratamientos no contemplados y en estos casos la demanda para el presupuesto ha sido muy elevada. Se calcula que la cantidad que el Estado ha debido desembolsar ascendió en 2008 a 1,15 billones de pesos colombianos⁽³³⁾. En Brasil, las opiniones al respecto son divergentes, sin embargo, los números indican que, por momentos, el reclamo sobre medicamentos no contemplados ha tenido un fuerte impacto económico. Según información proporcionada por Ferraz, en el nivel federal, el reclamo de drogas no incluidas ha llegado a representar el 78% de los costos de todos los litigios sobre salud⁽³⁴⁾.

En atención al carácter individual o colectivo del litigio, el 99% corresponde a partes individuales. En el caso de la Argentina y en materia de derecho a la salud, en los juzgados federales, los litigios individuales equivalen al 98% de los reclamos⁽³⁵⁾.

El dato en el que quisiéramos detenernos por ser relevante para la configuración de la paradoja es el referido al nivel socio económico de los reclamantes. Al parecer, quienes mayormente litigan para reclamar por prestaciones en materia de salud, pertenecen a los sectores medios de la población. Si consideramos los datos vistos acerca del objeto de los reclamos, es posible suponer que los reclamos sobre prestaciones no presupuestadas pudieran afectar los recursos destinados a programas para la atención de la población menos favorecida. Por otro lado, tendemos a considerar, no sin razón, que el litigio en materia de derechos sociales debería generar beneficios para ese sector poblacional. Con base en esto, la paradoja consistiría en que el litigio en materia de derechos sociales, lejos de beneficiar a los sectores más vulnerables,

- GLOPPEN, Siri (coords.), *La lucha por los derechos de la salud, ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, cit., p. 339.

(32) MAESTAD, Ottar - RAKNER, Lise - MOTTA FERRAZ, Octavio L., "Evaluación del impacto de la litigación en el terreno de los derechos de la salud, Análisis comparativo de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, India y Sudáfrica", cit., p. 341.

(33) MAESTAD, Ottar - RAKNER, Lise - MOTTA FERRAZ, Octavio L., "Evaluación del impacto de la litigación en el terreno de los derechos de la salud, Análisis comparativo de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, India y Sudáfrica", cit.

(34) MOTTA FERRAZ, Octavio, "Brasil: desigualdades en salud, derechos y tribunales. El impacto de la judicialización de la salud", cit., p. 120.

(35) BERGALLO, Paola, "Argentina: los tribunales y el derecho a la salud. ¿Se logra justicia a pesar de la rutinización de los reclamos individuales de cobertura?", cit., p. 74.

podría afectarlos, debido al efecto negativo que el litigio podría tener sobre las partidas presupuestales destinadas a la atención de programas destinados a los sectores vulnerables. Algunos datos permitirían considerar fundada esta preocupación. Según Maestad, Rakner y Motta Ferraz, en Colombia, el costo en prestaciones no incluidas en el presupuesto y obtenidas mediante la labor judicial ascendió en 2009 al 5.4% del presupuesto de salud. En Brasil, más específicamente en San Pablo, el gasto en medicamentos obtenidos por vía judicial ascendió al 25% del presupuesto⁽³⁶⁾. Es decir, el costo impuesto vía litigio es alto. Ahora bien, en cuanto al perfil socioeconómico, algunos datos permiten sostener que quienes más litigan no son los más necesitados en términos económicos. Con base en una muestra de 100 casos, y considerando el domicilio de los litigantes, Bergallo concluye que en la Ciudad de Buenos Aires, la mayoría de los litigantes provienen de zonas con un ingreso relativamente alto⁽³⁷⁾. Motta Ferraz ha determinado que, en Brasil, la mayor concentración de litigios se produce en las zonas más ricas del país y por el contrario, es menor la cantidad en los estados del norte más pobres. Considerando el criterio del domicilio focalizado en San Pablo, Motta Ferraz cita un estudio realizado por Chieffi y Baratta que arroja que el 74% de los litigantes provienen de las tres zonas con menor índice de vulnerabilidad social de la ciudad⁽³⁸⁾. Si bien los datos no son del todo concluyentes, todo parece indicar que quienes se benefician de los litigios individuales no son los más necesitados o los grupos más vulnerables. Este dato no debería llamar la atención, pues el acceso a la justicia parece todavía estar reservado para personas con cierto nivel de recursos. Los datos mencionados podrían poner en tela de juicio la idea según la cual la judicialización de derechos sociales debería tener un impacto en el abatimiento de las desigualdades, por cuanto los sectores verdaderamente necesitados no alcanzan a beneficiarse con la judicialización de derechos sociales. Es más, a juicio de algunos, podría suceder todo lo contrario, es decir, que los grupos desaventajados no solo no se benefician, sino que se perjudiquen, en función de los impactos que los litigios individuales pudieran tener en el presupuesto. Lo cierto es que hasta el momento no hay datos del verdadero impacto y si el litigio individual puede hacer colapsar el presupuesto. Sin embargo, los datos recopilados hasta el momento indican que por lo menos resulta cierto que las personas con escasos recursos no son quienes se están beneficiando del litigio de tipo individual en materia de derechos sociales. Para evitar esta consecuencia negativa, los estados, en la medida de sus posibilidades, deberían implementar medidas tendientes a reducir o evitar la imprevisibilidad. Para ello, podría resultar útil que las autoridades reconozcan efectos expansivos

(36) MAESTAD, Ottar - RAKNER, Lise - MOTTA FERRAZ, Octavio L., "Evaluación del impacto de la litigación en el terreno de los derechos de la salud, Análisis comparativo de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, India y Sudáfrica", cit., p. 348.

(37) BERGALLO, Paola, "Argentina: los tribunales y el derecho a la salud. ¿Se logra justicia a pesar de la rutinización de los reclamos individuales de cobertura?", cit., p. 75.

(38) MOTTA FERRAZ, Octavio, "Brasil: desigualdades en salud, derechos y tribunales. El impacto de la judicialización de la salud", cit., p. 116.

a los litigios individuales y que aquello que los jueces resuelvan en litigios individuales, tenga impacto en las políticas públicas, para así generalizar los efectos. Es posible considerar que las resoluciones tienen efectos complejos. Junto a los efectos directos que actúan sobre el caso, existen efectos indirectos cuya expansión podría ayudar a mitigar los problemas señalados. Rodríguez Garavito ha propuesto un esquema complejo para identificar los efectos de las decisiones judiciales. En su esquema propone distinguir entre efectos materiales directos: consistentes en las acciones ordenadas por el juez que afectan a las partes, y efectos materiales indirectos consistentes en aquellos que se pueden derivar de la sentencia, aunque no surjan de las órdenes del juez o tribunal⁽³⁹⁾. La expansión de los efectos de un caso para generar impacto en la política pública cuestionada en el caso individual, podría no solo evitar la litigiosidad, sino también permitir que aquellos que no tienen acceso a la justicia puedan beneficiarse de la corrección realizada por los jueces sobre la política pública.

En general, la posibilidad de lograr efectos expansivos a partir de decisiones individuales depende muchas veces de la disposición de las autoridades, de presiones mediáticas y sociales, aunque sería preferible que se fundaran en un cambio actitudinal motivado por criterios colaborativos tales como recibir las sentencias del Poder Judicial como oportunidades para tornar más eficiente una política pública determinada. Al respecto las experiencias parecen ser diversas.

En México, por ejemplo, tenemos un interesante caso de esta posibilidad que se presentó en el caso “Mini Numa” comentado líneas arriba, Si bien la sentencia demoró más de 10 años en cumplirse, y de manera parcial, motivó la celebración de un convenio para la transferencia de recursos federales al estado de Guerrero para establecer un programa de fortalecimiento de la atención médica mediante unidades médicas móviles. La difusión del caso generó presión en las autoridades para tomar medidas de esta clase.

En definitiva, no existen datos concluyentes acerca de la posibilidad de verificar la paradoja mencionada. En todo caso, la forma de evitar perjuicios a planes sociales urgentes de los que se benefician sectores más necesitados es prever, y para ello, un camino sería asumir el impacto de las decisiones sobre derechos sociales para sanear las políticas públicas impugnadas, más allá de los efectos individuales de las decisiones. Además, claro y *ex ante*, realizar un trabajo de adaptación de las políticas públicas a los estándares de derechos humanos desde la etapa de diseño y en cada proceso de revisión.

(39) RODRÍGUEZ GARAVITO, César - RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, *Juicio a la exclusión, el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global*, Siglo XXI, México, 2015, p. 41.

4.2. El cumplimiento de las sentencias sobre derechos sociales

La vasta experiencia acumulada en materia de judicialización de litigios sobre derechos sociales ha evidenciado la presencia de problemas de diversa naturaleza que impiden el cumplimiento efectivo de las sentencias emitidas. Más allá de la existencia de problemas reales, la idea general que se ha extendido es que la intervención de los jueces en derechos sociales no ha sido eficaz, pues las sentencias no se cumplen, o su implementación se dilata de manera inaceptable. La generalización de este juicio para explicar las consecuencias de la judicialización de derechos sociales es en cierto punto falaz, por cuanto si bien se ha verificado un importante grado de dificultad para cumplir algunas sentencias sobre derechos sociales, otras se han cumplido de manera óptima.

La idea sobre la existencia de problemas generalizados para cumplir con las sentencias parece dar nuevos argumentos a los detractores de siempre, quienes los esgrimen para poner en duda que los jueces deban jugar un rol activo en la materia. Esta idea general y reduccionista requiere ser contrastada y corregida. Para ello, nos proponemos tratar algunas de las causas de los problemas en el cumplimiento de las sentencias sobre derechos sociales.

En primer término, es necesario contradecir una idea bastante extendida, más fundada en prejuicios que en estadísticas, de acuerdo con la cual es más fácil cumplir con las sentencias sobre derechos civiles que con las referidas a derechos sociales. Cali y Koch consideran que quienes avalan esta idea lo hacen por asumir que la facilidad radicaría en remedios judiciales de más fácil cumplimiento, menores costos en la implementación y menores resistencias ideológicas, lo que se traduce en menores resistencias para el cumplimiento⁽⁴⁰⁾. Muchos ejemplos permiten contradecir estas ideas. Pensemos, por ejemplo, en las dificultades que México tiene desde hace años para lograr reducir el ámbito del fuero militar a fronteras más acordes con los estándares constitucionales y convencionales de debido proceso, o en la enorme cantidad de recursos necesarios para conformar fuerzas de seguridad que brinden seguridad en condiciones óptimas. Pensemos también en las fuertes barreras ideológicas que han frenado el desarrollo del derecho a la no discriminación en distintos supuestos.

El sistema interamericano de derechos humanos ofrece un interesante espacio para reflexionar acerca de las dificultades para el cumplimiento de sentencias sobre derechos civiles y, en general, de todo tipo de derechos. Como sabemos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos lleva adelante una importante labor de supervisión de cumplimiento de sus sentencias que versan sobre derechos de diversa índole, pero mayormente sobre derechos civiles,

(40) CALI, Basak - KOCH, Anne, "La explicación del cumplimiento: las lecciones aprendidas de los derechos civiles y políticos", en LANGFORD, Malcom - RODRÍGUEZ GARAVITO, César - ROSSI, Julieta (eds.), *La Lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, Colección Dejusticia, Bogotá, 2017, p. 66.

aunque de manera indirecta también se ha dado cobertura a derechos sociales. Pues bien, según el Informe Anual 2017 emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, veintinueve casos han sido archivados por cumplimiento y ciento ochenta y nueve permanecen abiertos y bajo supervisión⁽⁴¹⁾. Es decir, la gran mayoría de los casos contenciosos permanecen en etapa de cumplimiento. Por supuesto que en estos casos se ha verificado el cumplimiento de ciertas medidas de reparación, pero no de todas las dictadas por la Corte, lo que indica que en muchos de los casos abiertos existen cumplimientos parciales. Si analizamos el caso de ciertos países podremos particularizar los cumplimientos pendientes. La Argentina ha sido condenado en quince casos, once permanecen en cumplimiento; Colombia ha sido condenado en diecinueve ocasiones y todos los casos permanecen pendientes de cumplimiento; México ha sido condenado en siete casos y solo uno se ha cumplido de manera total. La falta de cumplimiento tampoco se debe a la falta de seguimiento de la Corte, en el año 2017, se instruyeron medidas en el marco de la supervisión del cumplimiento de sentencias en relación con el total de los casos pendientes⁽⁴²⁾. Estos datos indican varias cosas, por un lado, que el cumplimiento de los derechos civiles también enfrenta dificultades que pueden hacer que su cumplimiento demore años; segundo, que los problemas de cumplimiento no solo afectan a los derechos sociales sino a todos los derechos en general; tercero, permite intuir que posiblemente los problemas de cumplimiento no tienen que ver con el tipo de derechos, sino con otras variables.

La siguiente cuestión tiene que ver con que una valoración adecuada de las sentencias sobre derechos sociales debe distinguir entre cumplimiento e impacto. Rodríguez Garavito nos invita a asumir esta distinción que ya hemos indicado al referir a las maneras de superar el problema de la paradoja de la judicialización, al contemplar los efectos indirectos que las sentencias pueden generar en políticas públicas. Pero el impacto de estas sentencias no se agota tampoco en los efectos materiales indirectos anotados. Como apunta Rodríguez Garavito, es necesario contabilizar que las sentencias tienen un fuerte impacto en otros aspectos, como, por ejemplo, que se comiencen a concebir los problemas socio económicos como problemas de derechos humanos, o bien que las sentencias promuevan la deliberación pública sobre esos temas, o incluso que se generen cambios actitudinales en los operadores jurídicos, incluso, que se pueda verificar un impacto en la academia y que desde allí se impregnen diferentes actitudes hacia los derechos sociales en los operadores jurídicos en general y jurisdiccionales en particular⁽⁴³⁾.

(41) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual 2017, La Corte, San José, Costa Rica, p. 65.

(42) *Ibidem*, p. 68.

(43) RODRÍGUEZ GARAVITO, César, “Más allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales”, en LANGFORD, Malcom - RODRÍGUEZ GARAVITO, César - ROSSI, Julieta (eds.), *La Lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, cit., p. 106.

Lo dicho hasta aquí parece indicar que los problemas de cumplimiento no se vinculan con el tipo de derechos. Langford, Rodríguez Garavito y Rossi postulan que el tamaño del caso tampoco sería determinante⁽⁴⁴⁾. Sin embargo, en algunos países, es posible verificar que la tasa de éxito en litigios individuales es alta, como ya hemos apuntado, y en cambio los litigios colectivos, estructurales y policéntricos generan mayores retos para su adecuado cumplimiento. Que los litigios estructurales generen mayores problemas para su cumplimiento no pretende desconocer que en algunos casos se ha verificado que los niveles de cumplimiento se incrementan cuando los litigios individuales se agrupan, formando un litigio de naturaleza colectiva. Esto se ha verificado en Colombia con la famosa sentencia T 025/2004 sobre desplazados; ciertamente, la intervención de la Corte Constitucional, la declaración del estado de cosas inconstitucional y la acumulación de más de cien acciones de tutela, provocaron un cambio muy importante con relación a los exiguos resultados obtenidos hasta el momento a partir de los litigios individuales.

Los problemas de cumplimiento se pueden explicar a partir de una diversidad de causas, sin embargo, tres podrían ser particularmente determinantes: la complejidad de los órdenes, las resistencias burocráticas por bloqueo y la falta de costos institucionales y políticos ante el incumplimiento⁽⁴⁵⁾. En este sentido, nuevas formas de intervención judicial se presentan como más aptas para superar estas dificultades, formas a partir de las cuales las cortes imparten órdenes de naturaleza más instrumental y controlan el cumplimiento de las mismas, dando espacio a las áreas encargadas de la política pública de determinar las formas mediante las cuales es posible cumplir. Estas nuevas formas de intervención judicial han sido denominadas dialógicas o deliberativas. A su estudio dedicaremos las líneas finales de este trabajo.

V. Justicia dialógica en los litigios sobre derechos sociales

Con las llamadas formas dialógicas de intervención judicial se procura evitar el trabajo intrusivo de los jueces que, lejos de ofrecer soluciones, tiende a obturar o bloquear el hallazgo de soluciones o bien, dificultar el cumplimiento de las sentencias en cuestión.

Antes de proceder a explicar las formas en las cuales los jueces pueden propiciar la deliberación con ocasión de la resolución de litigios acerca de derechos sociales es necesario despojarnos de ciertas asunciones reductivas que suelen estar presentes en esta materia. Con acierto señala Tushnet que sobre este tema persisten lo que denomina “argumentos convencionales en contra de la judicialización de los derechos sociales”, de acuerdo con los

(44) LANGFORD, Malcom - RODRÍGUEZ GARAVITO, César - ROSSI, Julieta, “Introducción: de la jurisprudencia al cumplimiento”, en LANGFORD, Malcom - RODRÍGUEZ GARAVITO, César - ROSSI, Julieta (eds.), *La Lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, cit., p. 37.

(45) LANGFORD, Malcom - RODRÍGUEZ GARAVITO, César - ROSSI, Julieta, “Introducción: de la jurisprudencia al cumplimiento”, cit.

cuales, los jueces deben ejercer o ejercerían siempre formas fuertes de adjudicación (*strong adjudication*), determinando aquello que la autoridad debe hacer al detalle, los niveles de apoyo social exigidos desde la constitución y, en definitiva, diseñando políticas públicas⁽⁴⁶⁾. Tushnet nos llama la atención acerca de la imprecisión de esta posición. Otras formas de adjudicación que denomina débiles (*weak adjudication*) son posibles y se verifican en la práctica judicial de los derechos sociales. Estas formas débiles de adjudicación tienden a generar distintas formas de diálogo con el resto de los poderes y a establecer ciertos estándares no sustantivos para la intervención en políticas públicas sociales⁽⁴⁷⁾.

Un ejemplo prototípico con el cual Tushnet da cuenta de estas formas débiles de adjudicación proviene del caso “Government of the Republic of South Africa v. Grootboom”, resuelto por la Corte Constitucional sudafricana. El caso en cuestión trató sobre el reclamo de un gran grupo de personas entre las cuales había un gran número de niños, que fueron desalojadas de los predios que habían ocupado ilegalmente, para que les sea provista una vivienda temporal mientras les sea adjudicada una vivienda de bajo costo, de acuerdo con lo establecido por el plan de viviendas ordenado por la autoridad. En su resolución, la Corte Constitucional descartó el camino consistente en establecer aquellos mínimos que el Estado debería proveer a los peticionarios. Por el contrario, decidió analizar si las medidas tomadas por el Estado en el tratamiento del problema de los peticionarios eran razonables. La Corte comprendió que la Constitución obliga a las autoridades a tomar medidas, mas no ofrece elementos para determinar judicialmente qué medidas deben tomar las autoridades legislativas y administrativas. Ellas son las que deben indicar las medidas a tomar. Aquello que corresponde a la Corte determinar es si se tomaron medidas y si ellas fueron razonables. De esta forma, procedió a decidir lo que podríamos denominar el contenido de la razonabilidad del programa de viviendas. Un programa sería razonable si incluyera los siguientes aspectos: i. Consideración del contexto social, ii. que fuera flexible y prevea medidas a corto, mediano y largo plazo, iii. que fuera incluyente ante lo cual no sería razonable si excluyera a una parte significativa de la población y, por último, iv. que fuera revisable, para eventualmente corregir sus defectos. En el caso, la Corte consideró que el programa de viviendas no era razonable, por cuanto no contemplaba la situación de aquellos que no tenían absolutamente nada y por ello requerían de ayuda temporal hasta que puedan acceder a la vivienda. Como vemos, en este caso la Corte no determinó las medidas a tomar,

(46) TUSHNET, Mark, “Weaek Courts, Strong Rights”, *Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2008, ps. 231-233. El carácter débil de la adjudicación no solo estaría determinado por el tipo de órdenes, sino también por la falta de seguimiento al cumplimiento de la sentencia. En el caso, la Corte entendió que no era su rol.

(47) TUSHNET, Mark, “Weaek Courts, Strong Rights”, cit., ps. 237 y ss.

sino que procedió a establecer la razonabilidad de las medidas tomadas por las autoridades competentes⁽⁴⁸⁾.

La distinción propuesta por Tushnet entre formas fuertes y débiles de adjudicación nos sugiere abrir nuestra mirada hacia la existencia de un gradé de opciones adjudicativas con las que cuentan los jueces para atender, por ejemplo, los problemas que las autoridades pueden tener para cumplir con los derechos sociales, ya sea motivados por falta de recursos o bien por problemas de obturación institucional.

Comenzaremos por recordar de forma breve los dos señalamientos críticos que suelen hacerse a los jueces que resuelven litigios sobre derechos sociales y que expusimos al principio de este trabajo. El primero de ellos aludía a la falta de pensamiento comprensivo de los jueces, y puntualmente la crítica señala la incapacidad de los jueces de resolver los conflictos a escala global o general. La segunda consiste en la vieja objeción democrática o dificultad contramayoritaria como la llamara hace ya tiempo Alexander Bickel⁽⁴⁹⁾, que consiste en la ilegitimidad de los jueces para resolver asuntos que requieren de la deliberación de los cuerpos democráticos. La primera crítica indica un argumento de incapacidad, la segunda de ilegitimidad, pero ambos aluden a la necesidad de resolver los asuntos sobre derechos sociales por instancias democrático-deliberativas e incluyentes, tanto de razones como de involucrados.

¿Qué podría implicar un trabajo judicial tendiente a promover la incorporación de valores democráticos y deliberativos en la resolución de sus casos? Gargarella aporta una serie de interesantes ideas al respecto. El trabajo judicial se inscribiría en este camino cuando procure o logre los siguientes fines: sumar voces al foro público; motivar el análisis exhaustivo de los argumentos; suministrar claridad a los actores políticos respecto de los límites que la constitución determina para su actividad; propiciar el reenvío a la legislatura de las normas cuestionadas con indicaciones para evitar futuras impugnaciones a dicha norma, y por último, propiciar y vigilar el intercambio de argumentos tendientes al establecimiento de soluciones⁽⁵⁰⁾. Veremos de qué manera algunas de estas formas deliberativas pueden ser incluidas en el trabajo judicial.

La resolución que nos servirá como objeto de análisis es la sentencia T 025/2004 emitida por la Corte Constitucional de Colombia en la cual fue abordado el complejo tema de los desplazados por la guerrilla y el narcotráfico en Colombia. El Estado colombiano había tomado una serie de medidas acerca de la situación de los desplazados: había sido dictada una ley sobre la

(48) Constitutional Court of the Republic of South Africa, "Government of the Republic of South Africa v. Grootboom"

(49) BICKEL, Alexander, *The least dangerous branch*, The Bobbs Merrill Company, NY, 1962, ps. 16-23.

(50) GARGARELLA, Roberto, "Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales", en ELY YAMIN, Alicia - GLOPPEN, Siri (coords.), *La lucha por los derechos de la salud, ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, cit., ps. 285 y ss.

materia, existían asignaciones presupuestarias para la atención de los desplazados, había sido montada una estructura administrativa para la aplicación de la ley y de los programas de políticas públicas en la materia. Sin embargo, los resultados no eran los esperados y la situación de cientos de miles de personas en situación de desplazamiento era desesperada por estar privadas de los derechos básicos tales como vivienda, salud, alimentación, educación, trabajo entre muchos otros. La Corte concluyó que el Estado había violado diversos derechos en perjuicio de los desplazados. Por exceder los límites de este trabajo omitiremos un estudio pormenorizado del caso y nos detendremos en la mención de aquellas decisiones de la Corte que nos permiten identificar los aspectos de la sentencia tendientes a conformar lo que se ha dado en llamar justicia deliberativa o dialógica.

El caso en cuestión posee algunas características o notas especiales que han sido identificadas por Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco⁽⁵¹⁾. La primera cuestión sobre la que debemos llamar la atención es que se trata de un caso estructural que indica una violación masiva de derechos humanos. La sentencia emitida por la Corte Constitucional implicó la acumulación de cientos de acciones de tutela que a su vez incluían a miles de personas. Esta cuestión no es menor y podría resultar un tanto paradójico que, en un caso de dimensiones desproporcionadas para los estándares judiciales convencionales, haya lugar para una actividad judicial más deferente como indicaremos. Desde una posición convencional, siguiendo a Tushnet, podríamos suponer que la intromisión judicial resultaría más tolerable cuando los casos tengan proporciones estándar en cuanto a los involucrados y, por el contrario, que la intromisión judicial será mayor cuando el caso tenga mayores dimensiones en los términos apuntados. Evidentemente los efectos de la decisión serán más gravosos por la necesaria expansión de los efectos de la decisión. Posiblemente esta es la razón que ha llevado a los jueces a desarrollar mecanismos que incorporen a la solución del asunto a todas las autoridades involucradas. La deferencia hacia las autoridades legislativas y administrativas se convierte en una necesidad en aras de encontrar un principio de solución.

La característica estructural del asunto aquí tratado llevó a la Corte Constitucional a declarar el “Estado de Cosas Inconstitucional” que consiste, en esencia, en la declaración de una situación de violaciones masivas y estructurales de derechos humanos. Con esta declaración, la Corte pretendió llamar la atención acerca del carácter estructural y colectivo del problema y sobre la necesidad de involucrar a todas las partes afectadas así como a todas las autoridades involucradas⁽⁵²⁾.

(51) RODRÍGUEZ GARAVITO, César - RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, *Juicio a la exclusión, el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global*, cit., ps. 84 y ss.

(52) La Corte Constitucional estableció el Estado de cosas inconstitucional en los siguientes términos: “La Sala Tercera de revisión, al resolver las acciones de tutela, concluye que por las condiciones de vulnerabilidad extrema en las cuales se encuentra la población desplazada, así como por la omisión reiterada de brindarle protec-

En segundo término, se trató de un caso en el cual la labor de la Corte no concluyó con el dictado de la sentencia, sino que, por el contrario, se podría decir que con ella comenzó un nuevo trabajo consistente en el seguimiento del cumplimiento mediante el dictado de un importante número de órdenes de seguimiento y autos diversos.

La tercera nota especial de este fallo es el tipo de órdenes emitidas por la Corte en la sentencia. Las órdenes dictadas no consistieron en dictados detallados respecto de lo que las autoridades debían hacer o dejar de hacer, sino más bien órdenes de tipo procedimental tendientes a motivar la revisión y elaboración de programas, con la participación de las autoridades competentes y de las personas afectadas⁽⁵³⁾. Las órdenes más importantes fueron las siguientes: i. Identificar la situación actual de la población desplazada; ii. Establecer el presupuesto necesario destinado a la atención de la población desplazada⁽⁵⁴⁾; iii. Ordenar a la autoridad administrativa la elaboración de un programa de acción en un plazo de 3 meses con cronograma preciso, encaminado a corregir las falencias de capacidad institucional para atender las necesidades de la población desplazada; iv. Ordenar a la autoridad la elaboración de un plan en el plazo de 6 meses para que todos los desplazados puedan gozar de un mínimo de derechos que la propia Corte estableció, etcétera⁽⁵⁵⁾.

Asimismo, determinó que las políticas públicas sobre desplazados adolecían de un importante déficit de participación por cuanto: i. para el diseño y seguimiento de los programas no habían sido incorporadas las personas desplazadas; ii. la población desplazada no contaba con información oportuna; iii. No existían políticas destinadas a que la población no desplazada adquiriera conciencia acerca del problema de los desplazados, y iv. No se habían desarrollado programas para que los desplazados accedan a la información acerca de la oferta institucional de los programas para su atención⁽⁵⁶⁾.

Ciertamente y a diferencia de lo hecho por la Corte sudafricana en el caso Grootboom, en este caso la Corte colombiana determinó la necesidad

ción oportuna y efectiva por parte de distintas autoridades encargadas de su atención, se han violado tanto a los actores en el presente proceso, como a la población desplazada en general sus derechos a una vivienda digna, a la integridad personal, a la igualdad, a la petición, al trabajo a la salud, a la seguridad social, a la educación, al mínimo vital, y a la protección especial debida a las personas de la tercera edad, a la mujer cabeza de familia y a los niños. Esta violación ha venido ocurriendo de manera masiva, prolongada y reiterada y no es imputable a una única autoridad, sino que obedece a un problema estructural que afecta a toda la política de atención diseñada por el estado y a sus distintos componentes, en razón a la insuficiencia de recursos destinados a financiar dicha política y a la precaria capacidad institucional para implementarla. Tal situación constituye un estado de cosas inconstitucional?

(53) RODRÍGUEZ GARAVITO, César - RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, *Juicio a la exclusión, el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global*, cit., p. 85.

(54) Corte Constitucional de Colombia, sentencia T 025/04, Segundo Resolutivo.

(55) *Ibíd.*, tercer resolutivo.

(56) *Ibíd.*, numeral 6.3.1.

de garantizar un mínimo de derechos a los desplazados⁽⁵⁷⁾, y en este aspecto, adoptó una posición un tanto más fuerte o sustantivista que su par sudafricano. Pero es posible apreciar que la mayoría de las órdenes dictadas implicaron obligaciones de medios más que de resultados. Es decir, que se fue deferente con las autoridades administrativas para que diseñen o rediseñen los programas para hacer efectivos los derechos de los desplazados. Asimismo, la Corte fue deferente con la autoridad legislativa para que determine el gasto público necesario para afrontar la vigencia de los programas de desplazados. En estas órdenes se verifica el reenvío a la autoridad señalado por Gargarella y que permite materializar un ejercicio judicial deliberativo. En igual sentido, el señalamiento de exclusión de los desplazados en particular y de la población en general, y la específica exigencia de hacer participar a los desplazados en el diseño y seguimiento de las políticas públicas en la materia, implican la exigencia deliberativa de sumar voces al foro público. Por último, las continuas audiencias generadas en el marco del proceso de ejecución de la sentencia aun abierto, cumple con la exigencia deliberativa de propiciar y promover el diálogo e intercambio de argumentos.

En la Argentina el caso “Mendoza” es otro ejemplo, la Corte ordenó la implementación de un programa de intervención; ordenó a la autoridad la adopción de cualquier sistema de medición disponible, organizar un sistema de información pública, llevar a cabo medidas para controlar la contaminación, proporcionar servicios de salud a la población, etc. Luego de 10 años de la sentencia, las órdenes han sido cumplidas de manera dispar. Esto ha motivado subsecuentes intervenciones de la Corte. Por ejemplo, en 2012 ordenó que se confeccionara una agenda de ejecución de certificados de avance, basados en parámetros objetivos y con control de metas intermedias mediante la celebración de audiencias semestrales; en 2016 le ordenó a la autoridad de la cuenca que estableciera un sistema de indicadores bajo parámetros internacionales para que, en un plazo perentorio de 3 meses, permita medir el grado de cumplimiento de la sentencia. Sin embargo, y de acuerdo con lo establecido por el Cuerpo colegiado en un informe del año pasado, se concluye que la sentencia se encuentra en un alto grado de incumplimiento. Sin embargo, junto a esto, se pueden detectar algunos logros positivos: se avanzó en limpieza del agua y las riberas, más control en el asentamiento de industrias, desalojo de negocios contaminantes etc. En términos generales, el incumplimiento es elevado.

Los resultados no necesariamente han sido del todo promisorios. En el caso de los desplazados, a raíz de la sentencia, existieron avances significativos en algunos derechos, como, por ejemplo, educación y alimentación, sin embargo, la situación no varió demasiado en relación con otros derechos. En el caso “Mendoza” se han verificado mejoras, pero el grado de cumplimiento de la sentencia es bajo.

(57) *Ibíd.*, numeral 9.

Calificar como fracasos los casos comentados no sería del todo correcto. Esta clase de litigios estructurales implica cuestiones complejas que los jueces no pueden solucionar en un plazo breve y solo con el dictado de la sentencia. Los jueces con sus decisiones han permitido superar situaciones de bloqueo institucional, han evidenciado fallas sistémicas de la administración y, considerando el impacto de las decisiones, más allá del cumplimiento, han puesto en la agenda pública las violaciones masivas de derechos, o bien, han puesto en clave de derechos humanos temas que antes no eran apreciados de tal modo. Asimismo, han motivado interesantes procesos de organización de la sociedad civil e impulsado procesos de movilización para llevar estas discusiones a otros ámbitos. En tal sentido, las sentencias han tenido un impacto fuerte.

VI. Comentarios finales

A través del recuento hecho en este breve trabajo, hemos podido constatar el derrotero de los derechos sociales en sede judicial. A los primeros momentos signados por la presencia refractaria del discurso tradicional, los derechos sociales fueron objeto de duras críticas que pretendieron negarles el carácter de tales. Su articulación jurisdiccional fue atacada a través del señalamiento de cierto déficit congénito de los derechos y de ciertas incapacidades o inconveniencias para que los jueces se hagan cargo de ellos. La experiencia jurisdiccional acumulada a lo largo de los últimos años demostró que los jueces tienen un interesante papel que cumplir, especialmente en cuanto a la fiscalización en materia de políticas públicas, en ocasiones corrigiendo diseños y procedimientos de implementación. En este trabajo se han observado diferentes intensidades que muestran, a su vez, mayor o menor grado de deferencia hacia los restantes poderes.

El trabajo de los jueces a lo largo de los años y en diferentes sistemas jurídicos, ha evidenciado también la necesidad de hacer frente a nuevos problemas. Uno de ellos se refiere a los efectos negativos que los éxitos en litigios individuales pudieran tener para las políticas públicas en general, perjudicando así a los sectores más necesitados frente a los sectores medios que normalmente tienen acceso al litigio. Para afrontar este problema, es indispensable que los efectos de las sentencias se expandan e impacten a las políticas públicas generando en ellas cambios positivos.

Asimismo, hemos explicado que las dificultades en el cumplimiento de las sentencias no afectan exclusivamente a los derechos sociales. Los litigios actuales sobre derechos humanos en general presentan importantes problemas para su cumplimiento. En este sentido, los problemas de cumplimiento no se vinculan tanto con la naturaleza de los derechos sino, más bien, con el tipo de litigios y la estructura obligacional compleja que es necesario cumplir para satisfacer los derechos involucrados. Para atender los complejos litigios sobre derechos humanos, ha sido necesario desarrollar nuevas formas de intervención judicial que brindan a los jueces opciones más eficaces a la hora de adjudicar sobre derechos. Las formas de justicia dialógica generan mejores

posibilidades para que las sentencias se cumplan, generando de ese modo un ejercicio judicial más deferente y eficiente.

VII. Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor, “El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales”, en ABRAMOVICH, Víctor - PAUTASSI, Laura (comp.), *La revisión judicial de las políticas sociales*, Del Puerto Editores, Buenos Aires, 2009.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad., de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- ARCIDIÁCONO, Pilar - GAMALLO, Gustavo, “Política social y judicialización de los derechos sociales”, en *Temas y debates*, nro. 22, año 15, julio-diciembre 2011, p. 70, consultada en <http://www.scielo.org.ar/pdf/tede/n22/n22a05.pdf>, el día 22 de octubre de 2018.
- BERGALLO, Paola, “Argentina: los tribunales y el derecho a la salud. ¿Se logra justicia a pesar de la ‘rutinización’ de los reclamos individuales de cobertura?”, en ELY YAMIN, Alicia - GLOPPEN, Siri (coords.), *La lucha por los derechos de la salud, ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Siglo XXI Editores, Argentina, 2013.
- BICKEL, Alexander, *The least dangerous branch*, The Bobbs Merrill Company, NY, 1962.
- CALI, Basak - KOCH, Anne, “La explicación del cumplimiento: las lecciones aprendidas de los derechos civiles y políticos”, en LANGFORD, Malcom - RODRÍGUEZ GARAVITO, César - ROSSI, Julieta, (ed.), *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, Colección Dejusticia, Bogotá, 2017.
- ELY YAMIN, Alicia - PARRA-VERA, Oscar - GIANELLA, Camila, “Colombia, la protección judicial del derecho a la salud”, p. 127-157, en ELY YAMIN, Alicia - GLOPPEN, Siri (coords.), *La lucha por los derechos de la salud, ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Siglo XXI Editores, Argentina, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, trad., de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luís Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011, vol. I.
- GARGARELLA, Roberto, “Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales”, en ELY YAMIN, Alicia - GLOPPEN, Siri (coords.), *La lucha por los derechos de la salud, ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Siglo XXI Editores, Argentina, 2013.
- LANGFORD, Malcom - RODRÍGUEZ GARAVITO, César - ROSSI, Julieta, “Introducción: de la jurisprudencia al cumplimiento”, en LANGFORD, Malcom

- RODRÍGUEZ GARAVITO, César - ROSSI, Julieta (ed.), *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, Colección Dejusticia, Bogotá, 2017.
- MAESTAD, Ottar - RAKNER, Lise - MOTTA FERRAZ, Octavio L., “Evaluación del impacto de la litigación en el terreno de los derechos de la salud. Análisis comparativo de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, India y Sudáfrica”, en ELY YAMIN, Alicia - GLOPPEN, Siri (coords.), *La lucha por los derechos de la salud, ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Siglo XXI Editores, Argentina, 2013.
- MOTTA FERRAZ, Octavio, “Brasil: desigualdades en salud, derechos y tribunales. El impacto de la judicialización de la salud”, en ELY YAMIN, Alicia - GLOPPEN, Siri (coords.), *La lucha por los derechos de la salud, ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Siglo XXI Editores, Argentina, 2013, ps. 97-126,
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César, “Más allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales”, en LANGFORD, Malcom - RODRÍGUEZ GARAVITO, César - ROSSI, Julieta (ed.), *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, Colección Dejusticia, Bogotá, 2017.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César - RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, *Juicio a la exclusión, el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global*, Siglo XXI Editores, México, 2015.
- ROSENKRANTZ, Carlos, “La pobreza, la ley y la constitución”, en *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, SELA, 2002, Editores del Puerto, Argentina, 2003.
- TUSHNET, Mark, “Weak Courts, Strong Rights”, *Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2008.
- UPRIMNY, Rodrigo, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, en *Revista de Derecho Público*, nro. 12, enero-junio de 2001, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, ps. 145-183, consultado en: https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pu203.pdf, el día 17 de diciembre de 2018.
- WILSON, Bruce M., “Costa Rica: Litigación en derechos vinculados con la salud. Causas y consecuencias”, en ELY YAMIN, Alicia - GLOPPEN, Siri (coords.), *La lucha por los derechos de la salud, ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Siglo XXI Editores, Argentina, 2013.

EL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DE RAZONABILIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

PERSPECTIVA ARGENTINA Y COMPARADA

Alfonso Santiago⁽¹⁾

La sentencia de la Corte Suprema es obligatoria para las partes en el proceso, y resuelve el punto en litigio. Merece también llamar la atención de todos los depositarios del poder público en casos semejantes. Pero los ciudadanos imparciales serán de acuerdo en que, si la política del gobierno sobre las cuestiones vitales que interesan a la Nación entera fuese fijada irrevocablemente por la Corte Suprema, el pueblo abdicaría su soberanía en provecho del augusto tribunal.

Abraham Lincoln⁽²⁾

El rol que está llamado a cumplir el Poder Judicial en el ámbito de las políticas públicas ha sido y es uno de los temas más controvertidos desde el inicio y la expansión del control de constitucionalidad a cargo de los jueces que estableció el juez Marshall en el ya célebre caso “Marbury” a comienzos del siglo xix. En el presente trabajo, estructurado en cuatro partes bien diferenciadas, nos planteamos analizar el grado e intensidad que está llamado a tener el control de razonabilidad de las políticas públicas.

En la primera parte, pretendemos hacer una presentación del tema mediante distintas referencias jurisprudenciales del derecho comparado y la formulación de la cuestión que nos proponemos resolver. En la segunda y tercera parte, daremos argumentos a favor y en contra de una y otra postura acerca del alcance del control de razonabilidad judicial de las políticas públicas. En la cuarta parte, expondremos y fundaremos nuestra postura sobre la cuestión planteada.

I. Presentación

La creciente y progresiva juridización y judicialización de los procesos sociales y políticos ha provocado que los tribunales no solo definan y tutelen los derechos constitucionales de quienes son parte en el proceso, sino que, en ocasiones, también examinen en profundidad y se pronuncien sobre la

(1) Profesor titular de Derecho Constitucional. Director de la Escuela de Gobierno de la Universidad Austral.

(2) Discurso del 4 de marzo de 1861 en el que comentó el caso “Dred Scott”, de la Corte Suprema estadounidense, que mantenía la esclavitud en ese país.

razonabilidad de las políticas públicas implementadas por los poderes políticos. Incluso parecería que, en muchos casos, el eje central de discusión se ha trasladado de la determinación y protección del derecho constitucional afectado en el caso concreto a la razonabilidad de la política pública en sí misma considerada.

Por otra parte, se advierte una tendencia creciente a configurar aquellas políticas en sede judicial cuando, a criterio de los magistrados, se descubre una omisión inconstitucional o una determinada insuficiencia legislativa en la protección de determinados derechos o bienes tutelados en las Cartas Magnas. Esta última tendencia ha llevado en ocasiones a los tribunales constitucionales a transformarse de legisladores negativos en legisladores positivos, con todas las consecuencias y dificultades que ello acarrea⁽³⁾.

Un reciente proyecto de ley elaborado en el Brasil propone la creación de un proceso específico para el control de constitucionalidad y razonabilidad de las políticas públicas por parte del Poder Judicial, y regula minuciosamente todos los aspectos relativos a ese control⁽⁴⁾. Se trata de la propuesta de un nuevo tipo de proceso constitucional que se sumaría a los ya existentes en el ámbito del derecho procesal constitucional.

La intensificación del control de la razonabilidad de las políticas públicas plantea importantes cuestiones constitucionales en relación con el principio de división de poderes y con posibles riesgos de extralimitación judicial, que han dado lugar a un fuerte debate público y doctrinario sobre el rol que les corresponde a los jueces en las democracias constitucionales modernas. Se habla también, así, del riesgo de la “sobrejudicialización” de los procesos políticos y sociales⁽⁵⁾.

En el ámbito del derecho constitucional estadounidense, a partir del fallo del caso “Brown” sobre integración racial en las escuelas, en 1954, se ha planteado un intenso debate doctrinal⁽⁶⁾ y político acerca de la legitimidad y efectividad de las decisiones judiciales para brindar “remedios estructurales”

(3) Puede verse sobre este tema en BREWER CARÍAS, Allan, *Constitutional Courts as positive legislators*, Cambridge University Press, Cambridge (Reino Unido), 2013, con los informes de más de cincuenta países presentados en el XVIII Congreso Internacional de la International Academy of Comparative Law, que se llevó a cabo en Washington (Estados Unidos), del 25 al 31 de julio de 2010.

(4) Cfr. BERIZONCE, Roberto - VERBIC, Francisco, “Control judicial de políticas públicas. A propósito de un proyecto de ley brasileño”, en LL del 13 de julio de 2013.

(5) Cfr. lo sostenido por la Corte Suprema argentina en Fallos 328:2429 y 3573, 2005.

(6) Pueden verse al respecto, entre otros, los siguientes trabajos: NEAL TATE, C. - VALLINDER, Torbjørn, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, Nueva York, 1995; AA.VV., *Courts, Law & Politics in Comparative Perspective*, Yale University Press, New Haven, 1996; STONE-SWEET, A., *Governing With Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2000; HIRSCHL, R., *Towards Juristocracy*, Harvard University Press, Cambridge, 2004; AMAR, V. - TUSHNET, M. (eds.), *Global Perspectives on Constitutional Law*, Oxford University Press,

(*structural remedies*) a los problemas sociales de cierta envergadura que se dan en determinada sociedad⁽⁷⁾. Así, se ha señalado que el “remedio estructural” que persigue esta novedosa forma de intervención judicial en la administración de la cosa pública parte de la premisa de que la calidad de nuestra vida social se ve afectada, en gran medida, por la acción u omisión de organizaciones burocráticas de gran escala y no tanto por la acción de individuos que pueden actuar fuera de estas organizaciones o dentro de ellas.

En particular, esta postura parte de la creencia de que los derechos constitucionales fundamentales no pueden ser plenamente asegurados si no se lleva a cabo la reforma profunda de las estructuras y políticas públicas vinculadas con aquellos. Por tanto, si la demanda “estructural”, que solicita un “remedio estructural”, se entiende como aquella en la que el juez, a fin de proteger determinados bienes constitucionales, a fin de eliminar la amenaza a los valores constitucionales que proviene del *statu quo* gubernamental o administrativo, se ve en la necesidad de reformar una determinada organización o política pública. De esta manera, el remedio estructural no se pone en marcha ante incumplimientos episódicos o puntuales de las mandas constitucionales, por lo que el juez no busca sancionar una conducta puntual o eliminar del sistema jurídico una norma que no se adecua al texto de la Ley Suprema.

Por el contrario, aquel se ve enfrentado a corregir una “condición social”, o una interacción continua, que no depende necesariamente del marco jurídico aplicable, sino del modo en que determinada organización viola o amenaza sistemáticamente ciertos derechos fundamentales.

Durante las décadas de 1970 y 1980, la doctrina estadounidense saludó con entusiasmo y defendió enfáticamente la utilización de estas herramientas⁽⁸⁾. La doctrina actual, en cambio, tiene una visión más madura y matizada de las decisiones judiciales que buscan brindar remedios estructurales a ciertos problemas sociales. En particular, es casi unánime la doctrina que rescata al menos algunos valores positivos que ha entrañado la utilización de la teoría

Oxford, 2008; GINSBURG, T. - DIXON, R., *Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

(7) Seguimos en este punto la muy interesante exposición OYHANARTE, M., “*Structural Remedies* y fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *II Jornadas Institucionales para Ministros de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de la República Argentina*, Santa Fe, mayo de 2011, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Santa Fe.

(8) En este punto, es inevitable citar el clásico trabajo FISS, O., “The Supreme Court 1978 Term - Forward: The Forms of Justice”, en *Harvard Law Review*, vol. 93, nro. 1, 1979, así como los de otros autores que, en aquel momento, impulsaron este instituto: FLETCHER, W. A., “The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy”, en *Yale Law Journal*, vol. 91, nro. 635, 1982; FRUG, G., “The Judicial Power of the Purse”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 126, nro. 715, 1978; GEWIRTZ, P., “Remedies and Resistance”, en *Yale Law Journal*, vol. 92, nro. 585, 1983; NAGEL, R., “Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies”, *Stanford Law Review*, vol. 30, nro. 661, 1978.

de los remedios estructurales, siempre que ello ocurra en el contexto adecuado. Esto se hace especialmente evidente en materia de desegregación racial y valoración positiva, conforme fue sostenido en los casos “Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas” y su progenie⁽⁹⁾.

En junio de 2012, la Corte Suprema estadounidense convalidó por estrecho margen la constitucionalidad de la ley de salud impulsada por el gobierno de Barack Obama en 010 (Obamacare), en un claro ejemplo de control judicial de constitucionalidad de una ley que contenía una política pública decidida por los poderes políticos. Sin embargo, el 30 de junio de 2014 el mismo tribunal, en los casos “Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, *et al.*, petitioners v. Hobby Lobby Stores, Inc. *et al.*” (Docket 13-354) y “Conestoga Wood Specialties Corporation *et al.* v. Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, *et al.*” (Docket 13-356) dispuso, por cinco votos a cuatro, que el mandato contraceptivo dictado por el Departamento de Salud y Servicios Humanos (HHS por sus siglas en inglés), que obliga a empresas con fines de lucro pertenecientes a dueños con convicciones religiosas contrarias al aborto a financiar cuatro métodos anticonceptivos que tienen efecto abortivo, lesionaba la libertad religiosa protegida por la Constitución y la *Religious Freedom Restoration Act*, (RFRA) (Ley de Restauración de la Libertad Religiosa), de 1993. Integrandó ambas decisiones, se puede apreciar una convalidación general de la política de salud decidida por los órganos políticos y una declaración de inconstitucionalidad de algunos aspectos de esa norma por entender que, en el caso concreto, se lesionaban los contenidos esenciales del derecho de libertad religiosa de los actores.

Por su parte, en el ámbito latinoamericano, la Corte Constitucional colombiana —tal vez el tribunal constitucional más activista en nuestros días— ha creado la categoría jurisprudencial de la declaración de “estado de cosas inconstitucional”, que ocurre cuando un número importante de causas que llegan a sus instancias plantean problemas similares en relación con la posible afectación de derechos constitucionales como consecuencia de determinadas políticas públicas decididas u omitidas por los poderes públicos.

La mencionada declaración habilita al tribunal a analizar la conformidad de las políticas públicas con los derechos fundamentales y los principios constitucionales en el marco de problemas sociales que están produciendo crisis masivas de gran repercusión social. En esta línea, el “estado de cosas inconstitucional” es considerado el último recurso institucional dentro del orden estatal, en manos del tribunal constitucional, para resolver o prevenir problemas sociales que tienen marcada proyección e incidencia públicas. Así, la resolución de estas cuestiones, con frecuencia relacionadas con los derechos sociales, demanda la adopción de determinados procedimientos y medidas

(9) V. gr., BALKIN, J. M., “What Brown Teaches Us About Constitutional Theory”, *Virginia Law Review*, vol. 90, nro. 1537, 2004, y los trabajos citados en esa obra.

judiciales que desbordan el control tradicional de constitucionalidad de leyes y normas. De allí que su adopción se traduzca en la necesidad de establecer procedimientos para el análisis y el debate de las políticas públicas; elaborar programas, estándares e indicadores; asignar recursos, y efectuar su posterior control y seguimiento, etcétera.

La Corte Constitucional colombiana ha recurrido a esta modalidad de actuación para atender, entre otras, a las siguientes situaciones⁽¹⁰⁾:

- a) atender la grave situación carcelaria colombiana;
- b) invalidar un sistema de crédito para la vivienda cuyas condiciones fueron consideradas altamente perjudiciales para los deudores;
- c) proteger a las poblaciones desplazadas con motivo de la violencia política, que experimentaban las graves consecuencias sociales del desarraigo;
- d) remediar la demora de las cajas jubилatorias en reconocer u otorgar las prestaciones jubилatorias.

La postura adoptada por la Corte colombiana en estos casos ha provocado un profundo debate social y académico acerca del rol de los tribunales constitucionales en un sistema de democracia constitucional.

Por su parte, la Corte IDH, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, ha incursionado en el análisis de razonabilidad de las políticas públicas y ha ordenado la instrumentación de algunas de ellas, especialmente cuando en sus sentencias impone al Estado condenado el dictado de medidas para que no se repitan en el futuro las violaciones ya advertidas y condenadas, de modo que se haga efectiva la garantía de no repetición⁽¹¹⁾.

(10) Las sentencias en las que la Corte Constitucional ha acudido a esta figura que ella ha creado son las siguientes:

- Estado de cosas inconstitucional en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio. Sentencia SU-559 de 1997. E.
- Estado de cosas inconstitucional sobre falta de protección de los defensores de derechos humanos. Sentencia T-590 de 1998.
- Estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada. Sentencia T-025 de 2004 y autos de seguimiento.
- Estado de cosas inconstitucional en concurso de notarios. Sentencia SU-250 de 1998, T-1695 de 2000, SU-913 de 2009.
- Estado de cosas inconstitucional en materia de pensiones. Sentencias SU-068 de 1998, T-1234 de 2008, T-016 de 2010. Su levantamiento fue declarado mediante sentencia T-774 de 2015.
- Estado de cosas inconstitucional sobre cárceles y centros de reclusión. Sentencias T-153 de 1998, T-1030 de 2003, T-388 de 2013, T-762 de 2015.

Agradezco al Prof. Quinche el aporte de esta información.

(11) Se puede consultar al respecto el excelente trabajo LONDOÑO LÁZARO, María Camelina, "La prevención de violaciones a los derechos humanos: estudio sobre la garantía de no repetición en el sistema interamericano", tesis doctoral inédita, Universidad Austral, 2013.

Consideramos que, si bien las problemáticas antes señaladas se pueden verificar en relación con toda clase de derechos constitucionales, son aún más frecuentes en materia de derechos sociales.

A lo largo de su historia, y más intensamente en las últimas décadas, la Corte Suprema argentina ha tenido que juzgar la constitucionalidad de leyes que instrumentaban políticas públicas en numerosísimas ocasiones. Baste citar, entre otros muchos, los siguientes casos: “Empresa Plaza de Toros”⁽¹²⁾, “Hileret”⁽¹³⁾, “Ercolano”⁽¹⁴⁾, “Avico”⁽¹⁵⁾, “Inchauspe”⁽¹⁶⁾, “Cine Callao”⁽¹⁷⁾, “Peralta”⁽¹⁸⁾, “Cocchia”⁽¹⁹⁾, “Montalvo”⁽²⁰⁾, “Arriola”⁽²¹⁾, “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo” (“Quisbert Castro”)⁽²²⁾, “Grupo Clarín SA y otros c. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción meramente declarativa” (“Clarín”)⁽²³⁾, etcétera. En los últimos años, nuestro Máximo Tribunal convocó a audiencias públicas en relación con algunos casos con relevancia y repercusión social que estaban sujetos a su decisión, en las que se expusieron y debatieron las políticas públicas decididas por los otros poderes⁽²⁴⁾. También el presidente de la Corte Suprema comenzó a hablar de la necesidad de que los tres poderes acordaran políticas públicas, y se creó dentro del tribunal un ámbito para su estudio y discusión. No deja de llamar la atención y de sorprender por lo novedosa esta aproximación de nuestro Máximo Tribunal a la temática del análisis, discusión y, en algunos casos, definición de las políticas públicas que tradicionalmente le era ajeno.

A la vez, hay quienes advierten en los últimos años un paso progresivo de un control judicial de constitucionalidad y razonabilidad más general, limitado y discrecional⁽²⁵⁾, a otro más intenso, estricto y reglado en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina. Ese paso vendría de la mano de la creciente

(12) Fallos 7:150, 1869.

(13) Fallos 98:20, 1903.

(14) Fallos 136:161, 1922.

(15) Fallos 172:21, 1934.

(16) Fallos 199:483, 1944.

(17) Fallos 247:121, 1960.

(18) Fallos 313:1513, 1990.

(19) Fallos 316:2624, 1993.

(20) Fallos 313:1333, 1990.

(21) Fallos 332:1963, 2009.

(22) CS, 24/4/2012.

(23) CS, 29/10/2013.

(24) Cfr. las audiencias públicas convocadas en relación con el saneamiento del Riachuelo, el derecho a la vivienda en la ciudad de Buenos Aires, la ley de medios, la responsabilidad de los buscadores en Internet, etcétera.

(25) Afirma Mariano SAPAG que “en el derecho argentino se ha tomado, sobre todo, el modelo norteamericano de control de razonabilidad; su evolución histórica ha sido similar en ambos ordenamientos. El principio, tal como es aplicado por los jueces argentinos, carece de parámetros que permitan un grado de predicción sobre su modo de aplicación” (“El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”, en *Dikaion*, año 22, nro. 17, 2008, ps. 168 y ss.).

adopción por parte de nuestro Máximo Tribunal del examen de proporcionalidad elaborado por la jurisprudencia alemana a la hora de juzgar la constitucionalidad de leyes que reglamentan los derechos constitucionales. Dicho examen comprende la realización de los tres juicios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁽²⁶⁾. Al respecto, se pueden mencionar una serie de pronunciamientos recientes de nuestro Máximo Tribunal en los que hace referencia a ese triple análisis de proporcionalidad, más allá de que efectivamente lo realice o no de modo estricto y preciso en la práctica⁽²⁷⁾.

(26) En un prolijo estudio de la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal que desarrolla esta evolución, señalan Juan CIANCIARDO y Maximiliano ROMERO: “La Corte Suprema, durante largo tiempo, se limitó a evaluar si la norma cuestionada en el litigio afectaba o no ‘de modo sustancial’ los derechos en juego, y de forma evidente o manifiesta. En caso de que se produjese una afectación de ese tipo, esa norma era declarada inconstitucional por ‘irrazonable’. El tribunal, sin embargo, no elaboró una teoría acerca del tema, sino que se limitó —siguiendo también en esto a su par estadounidense— a un proceso de inclusión y exclusión, es decir, a elaborar una serie de casos en los que resolvió si una norma concreta pasaba o no el *test*, eludiendo mayores abstracciones. A la genérica definición precedente, la Corte agregó lo siguiente: escapa de su competencia el examen de la ‘oportunidad, mérito o conveniencia’ de la norma analizada. Ese examen corresponde, según la visión expuesta, al Poder Legislativo. Dicho con otras palabras, una norma inoportuna, sin mérito o inconveniente, no era considerada por nada de esto irrazonable o inconstitucional. Durante los últimos años la Corte Suprema o algunos de los jueces han revisado las dos afirmaciones del párrafo anterior. Esto se llevó a cabo del siguiente modo: a) se amplió el análisis de la razonabilidad de la ley tomando en cuenta el rol que juega la finalidad de la norma cuya constitucionalidad se examina; b) se asumió como un deber del Poder Judicial —expreso o indirecto— el examen de la oportunidad, mérito o conveniencia de las normas que reglamentan algunos derechos constitucionales (no todos) [...]; c) el juicio acerca de qué tan ‘sustancial’ es la afectación de los derechos en juego por parte de la norma cuya constitucionalidad se evalúa en el caso fue unido o relacionado con los dos juicios anteriores. También, en otro supuesto, si dividió el análisis de la restricción de un derecho en dos planos, según el contenido de la norma que amenaza el pleno goce de una garantía o derecho, y el modo en que se decide poner práctica la operatividad de aquella disposición. Estos cambios tuvieron su origen en tres fuentes: la doctrina constitucionalista europea inspirada en la Ley Fundamental de Bonn, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en materia de igualdad y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como resultado de esto, la Corte Suprema argentina ha establecido en casos recientes que el principio de razonabilidad de la ley o principio de proporcionalidad consta de tres subprincipios o subjuicios: adecuación, necesidad y razonabilidad o proporcionalidad en sentido estricto” (“Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad”, en ELÍAS, José S. - GROSMAN, Lucas - LEGARRE Santiago - RIVERA, Julio C. *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014). Hemos tomado de este excelente trabajo algunas citas jurisprudenciales que agradecemos a sus autores.

(27) Así, en el caso “Gualtieri”, de 2009, nuestro Máximo Tribunal sostuvo que “el balance entre los intereses de toda persona a no sufrir invasiones a su privacidad y el interés estatal en la persecución penal debe incluir una necesaria ponderación de los instrumentos escogidos y los fines hacia los que se dirige la específica medida de coerción dispuesta en la causa. A dichos efectos corresponde tamizar la medida por los filtros de necesidad, adecuación y proporcionalidad” (Fallos 332:1769, 2009;

En este trabajo, nos proponemos tratar la compleja cuestión sobre qué es lo que corresponde que hagan los jueces al resolver un caso en el que se plantea la inconstitucionalidad de una norma que establece una política pública. ¿Deben ellos limitarse a examinar si ella lesiona o no el contenido esencial de un derecho constitucional o han de examinar ampliamente la razonabilidad de la política pública fijada en esa norma? ¿Deben hacer las dos cosas? ¿Deben atender principalmente a uno de esos dos aspectos? Más allá de haberlo invocado en varios casos, ¿la Corte Suprema argentina ha aplicado con todas sus consecuencias el juicio de necesidad que integra el examen de proporcionalidad de la doctrina alemana? ¿El control de razonabilidad o proporcionalidad debe tener en todos los casos el mismo alcance o puede ser diferenciado según los distintos derechos que aparezcan involucrados?

Expondremos los argumentos a favor de un control judicial limitado a la afectación del contenido esencial de los derechos constitucionales para luego exponer los que fundamentan un control amplio de razonabilidad y, finalmente, dar nuestra opinión personal sobre el punto.

II. Argumentos favorables a limitar el control de constitucionalidad de las políticas públicas a la exclusiva determinación de si ellos lesionan el contenido esencial de un derecho reconocido constitucionalmente

Para afirmar esta tesis, se pueden mencionar, entre otros, los siguientes argumentos:

1) Corresponde distinguir claramente la función legislativa encargada de la fijación de las políticas públicas del ejercicio del control de constitucionalidad en el marco de la función jurisdiccional, encaminado a la protección de los derechos constitucionales que ellas pueden lesionar.

voto concurrente del doctor Juan Carlos MAQUEDA, consid. 10). Más recientemente, ha dicho también: “[U]na vez acreditado el cumplimiento de los recaudos referidos en el considerando 3º, este Tribunal debe analizar la validez constitucional de las normas en su aspecto sustancial, es decir, su contenido. Para ello se debe evaluar la razonabilidad de las normas en los términos de la relación entre los medios elegidos y los fines perseguidos en cuanto a su idoneidad, necesidad y/o proporcionalidad” (Fallos 334:799, 2011, voto de los jueces Ricardo LORENZETTI, Carlos FAYT y Eugenio ZAFFARONI). En el mismo caso, en su voto, los ministros Elena HIGHTON DE NOLASCO y MAQUEDA manifestaron: “[U]na vez acreditado el cumplimiento de los recaudos referidos anteriormente, este Tribunal debe finalmente evaluar la razonabilidad de las normas en los términos de la relación entre los medios elegidos y los fines perseguidos en cuanto a su idoneidad, necesidad o proporcionalidad, teniendo en cuenta que ese control de constitucionalidad no incluye el examen de conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones” (*ibidem*). Otras menciones a estos tres juicios que conforman el principio de proporcionalidad pueden verse también en los distintos votos que conforman el caso “Clarín” (op. cit.).

Señaló el juez Petracchi lo siguiente:

En el campo de los medios más adecuados para lograr las finalidades del bien común que persiguen los poderes de policía, tal como, con amplitud, los define la jurisprudencia del tribunal, el proceso legislativo constituye, sin duda, la vía apta para llegar a decisiones al menos aceptables, en virtud del compromiso o de la imposición de la mayoría. Pero cuando se trata de precisar el contenido de derechos humanos fundamentales, adquiere preeminencia el Poder Judicial, a cuyos integrantes corresponde desempeñar una de las funciones primordiales de la actividad jurídica en un Estado de derecho: garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas frente al poder del Estado, erigiéndose, así, en conquista irreversible del sistema democrático, en una de las formas más eficaces de resguardar la coexistencia social pacífica, asegurando el amparo de las valoraciones, creencias y *standards* éticos compartidos por conjuntos de personas, aun minoritarios, en cuya protección se interesa la comunidad para su convivencia armónica⁽²⁸⁾.

Esta función de garantía de los derechos constitucionales es la propia y específica que tienen encomendada los jueces, mientras que la determinación de las políticas legislativas tendientes al bien común político es una función propia y específica de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Principalmente, los poderes políticos fijan las políticas públicas orientadas al bien común y de modo derivado reglamentan los derechos constitucionales; mientras que los jueces primariamente velan por la tutela del contenido esencial de los derechos constitucionales y de modo derivado examinan de modo general la razonabilidad de las políticas públicas contenidas en las leyes.

Así, tiene dicho la Corte Suprema argentina en numerosos precedentes lo que sigue:

[E]n ausencia de otra restricción constitucional, un Estado es libre para adoptar cualquier política económica que pueda razonablemente ser considerada conveniente para promover el bienestar general y poner en vigor esa política por medio de la legislación adecuada a sus finalidades. Las Cortes carecen de autoridad para declarar esa política o para ponerla de lado cuando ya ha sido declarada por el Poder Legislativo. Si las leyes sancionadas tienen una relación razonable con el justo propósito legislativo, y no son ni arbitrarias ni discriminatorias, las exigencias del debido proceso legal están satisfechas, y el fallo judicial a ese efecto hacen de una Corte *funtus officio*⁽²⁹⁾.

En cambio, si las políticas públicas instrumentadas a través de alguna ley lesionan el contenido esencial de un derecho, corresponde claramente la intervención judicial. Así, en el caso "Smith"⁽³⁰⁾, la Corte declaró la inconstitucionalidad de las leyes que instauraron la indisponibilidad de los depósitos y prohibían retirar en efectivo de las cuentas de una entidad financiera montos superiores a los doscientos cincuenta pesos argentinos o dólares estadou-

(28) Fallos 308-2:2287.

(29) Fallos 172:21, 1934.

(30) Fallos 325:28, 2002.

nidenses por entender que esas normas violaban el contenido esencial del derecho a disponer de la propiedad. El voto mayoritario señaló lo siguiente:

“[L]a restricción imperante en relación con los depósitos bancarios adolece de irrazonabilidad toda vez que no advierte la proporcionalidad entre el medio elegido y el fin propuesto con su implementación para conjurar la crisis, ya que no significa una simple limitación a la propiedad, sino que, agregada al resto de las medidas adoptadas, coadyuva a su privación y aniquilamiento”.

El procedimiento legislativo, sobre la base de la legitimidad democrática y de la deliberación técnica, es el medio idóneo para la determinación de las políticas públicas; mientras que el proceso judicial en el que se ejerce el control de constitucionalidad es la vía adecuada para ver si ellas, en un caso concreto, lesionan el contenido esencial de un determinado derecho constitucional⁽³¹⁾. Cabe distinguir ambos procedimientos constitucionales, que tienen finalidades propias y distintas. El control judicial de razonabilidad está encaminado a la protección del contenido esencial e indisponible de los distintos derechos constitucionales⁽³²⁾.

Se puede mencionar también aquí la doctrina del tribunal constitucional alemán sobre el *parlaméntsvoorbewalt* o “reserva del parlamento” desarrollada a partir de 1972, que establece que los principios democráticos y del Estado de derecho exigen que sea el parlamento quien, a través del procedimiento legislativo ordinario, adopte las decisiones importantes para la convivencia pública, tanto las que se refieren a los derechos constitucionales como a la organización estatal, las políticas públicas o cualquier otra decisión de relevancia para la comunidad. Esas decisiones no pueden ser adoptadas ni en la sede administrativa ni en la sede judicial.

(31) El concepto de contenido esencial del derecho ya fue propuesto por Juan Bautista ALBERDI en el art. 20 de su *Proyecto de Constitución*, fuente del actual art. 28, que señalaba: “Las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público; pero el Congreso no podrá dar ley que, con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere en su esencia” (1852). Más recientemente, el art. 19.2 de la Constitución alemana y el art. 53.1 de la Constitución española receptaron este concepto del contenido esencial de los derechos; y la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de ambos países lo ha ido desarrollando y concretando. El art. 19.2 de la Constitución alemana señala que “en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”, mientras que el art. 53.1 de Constitución española señala que “sólo la ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”.

(32) Germán BIDART CAMPOS señala en relación con el concepto de razonabilidad que “cabe sugerir que ese concepto jurídico indeterminado se esclarece cuando se penetra en el núcleo esencial de cada derecho. Tal núcleo es el que no tolera supresión o, en otros términos, es ese núcleo el que no puede extinguirse, alterarse, dañarse o frustrarse. Cuando el núcleo queda preservado, la limitación al derecho es razonable. Cuando el núcleo se afecta de la manera dicha, hay arbitrariedad e inconstitucionalidad” (*Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2000, t. II-A, p. 809).

2) Es jurisprudencia permanente de la Corte Suprema que cabe distinguir entre el control de constitucionalidad y el examen de la oportunidad, del mérito y de la conveniencia de las decisiones legislativas y administrativas. Lo primero es función de los jueces, lo segundo le está claramente vedado en razón del principio de separación de poderes.

En este sentido, la Corte Suprema señaló lo siguiente:

[Es] extraño al Poder Judicial juzgar acerca de la oportunidad o conveniencia de los instrumentos fiscales elegidos por el legislador o sobre la eficacia de los medios escogidos para alcanzar los fines propuestos, por lo que su cometido ha de limitarse a decidir si, en los casos en que conoce, ha habido *manifiesta incompatibilidad* con los preceptos constitucionales⁽³³⁾.

En otros pronunciamientos señaló que ello no solo era extraño al Poder Judicial, sino que ello le estaba constitucionalmente vedado. Así, el voto de mayoría en el caso “Montalvo” señaló que los

[L]motivos dados por el legislador para incriminar la tenencia de estupefacientes remiten a cuestiones de política criminal que involucran razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sobre las cuales está vedado a esta Corte inmiscuirse so riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legislativa. La cuestión sobre la razonabilidad de una ley que dispone la incriminación penal de una conducta no puede llevar a que la Corte tenga que examinar la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar para combatir el flagelo de la droga, como no lo podría hacer para analizar si las penas conminadas para cualquier otro delito del catálogo penal resultan útiles o contraproducentes para la abolición del delito en sí (*Fallos*: 308:1392, voto de la minoría), salvo que las razones dadas por el legislador consagren una norma que atente contra las garantías constitucionales, que [...] no es el caso, o mediase una manifiesta desproporción entre los fines tenidos en mira por el legislador y los medios arbitrados para alcanzarlos⁽³⁴⁾.

Las normas constitucionales ofrecen, en general, un marco de posibilidades y opciones igualmente válidas entre las que cabe elegir a los poderes políticos. Señalar que solo una de estas alternativas es constitucionalmente válida implica forzar la interpretación constitucional y extralimitar la función de control a cargo de los jueces. De modo general, corresponde una actitud deferente hacia el criterio legislativo que se ha fijado luego de la deliberación y decisión adoptada por los poderes políticos⁽³⁵⁾.

3) Los derechos humanos protegidos constitucionalmente son vallas infranqueables a la consecución y al logro de los objetivos de gobierno buscados a través de las políticas públicas, y es esta defensa la misión propia y específica del Poder Judicial.

(33) Fallos 332:640, 2009, consid. 7°.

(34) Fallos 313:1333, 1990.

(35) Así, tiene dicho la Corte Suprema estadounidense que “un Estado es libre de adoptar cualquier tipo de política económica que considere razonable para promover el bien común y para promover dicha política con normas dirigidas a tales fines”. Cfr. “*Nebbia v. New York*”, 291 US 502, 547, 1934.

Toda política pública que se encare desde los poderes públicos debe respetar los derechos que la CN reconoce a las personas y grupos sociales. De acuerdo con la concepción personalista y democrática que inspira a nuestro sistema político⁽³⁶⁾, ellos actúan como vallas infranqueables a los objetivos comunitarios, por legítimos y urgentes que ellos pudieran parecer a los poderes públicos⁽³⁷⁾. Es esta función de protección de los derechos constitucionales y de control del poder público la que nuestro sistema político asigna a los tribunales integrantes de los poderes judiciales tanto nacionales como locales⁽³⁸⁾.

En consonancia con lo que venimos exponiendo, esto dijo más recientemente nuestro Máximo Tribunal:

[L]a mera conveniencia de un mecanismo para conseguir un objetivo de gobierno —por más loable que éste sea— en forma alguna justifica la violación de las garantías y derechos consagrados en el texto constitucional. Así, se ha sostenido que es falsa y debe ser desechada la idea de que la prosperidad general constituya un fin cuya realización autorice a afectar los derechos individuales o la integralidad del sistema institucional vigente. El desarrollo y el progreso no son incompatibles con la cabal observancia de los arts. 1º y 28 de la Constitución Nacional, sino que, por el contrario, deben integrarse con estos, de modo tal que la expansión de las fuerzas materiales y el correlativo mejoramiento económico de la comunidad sean posibles sin desmedro de las libertades y con plena sujeción a las formas de gobierno dispuestas por la Ley Fundamental, a cuyas normas y espíritu resultan tan censurables la negación del bienestar de los hombres como pretender edificarlo sobre el desprecio y el quebrantamiento de las instituciones (*Fallos*: 247:646)⁽³⁹⁾.

(36) El doctor PETRACCHI, en su disidencia en el caso “Montalvo”, sostuvo que nuestra ley fundamental “prohíbe utilizar a las personas como meros instrumentos para alcanzar objetivos públicos que se reputan socialmente valiosos, desconociendo así que ellas constituyen fines en sí mismas” (*Fallos* 313:1333, 1990).

(37) Cfr. entre otros, DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de A. Domènech, Ariel, Barcelona, 1999, ps. 279-293.

(38) “Las grandes metas de la política del Estado están fijadas en el Preámbulo de la Constitución. La acción del poder político estatal para lograr esas metas no es revisable judicialmente en cuanto decisión política. Pero, como ésta, necesariamente, debe instrumentarse mediante normas jurídicas —*ubi societas ibi ius*—. Y bajo este aspecto, cabe la valoración judicial de los medios empleados. Esto no es otra cosa que constatar la validez del instrumento jurídico empleado para la consecución de lo que se considera un bien social en un momento dado. Ese medio será admisible si no suprime ni hiere sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional” (*Fallos* 307:326, 1985; dictamen del procurador fiscal ante la Corte Suprema, al que se remitió el tribunal).

(39) *Fallos* 333:935, 2010; voto de la mayoría, consid. 15. En la materia específicamente tributaria, ha señalado la Corte Suprema que “escapa a la competencia de los jueces pronunciarse sobre la conveniencia o equidad de los impuestos o contribuciones creados por el Congreso Nacional o las legislaturas provinciales (*Fallos*: 242:73; 249:99; 286:301). Salvo el valladar infranqueable que suponen las limitaciones constitucionales, las facultades de esos órganos son amplias y discrecionales, de modo que el criterio de oportunidad o acierto con que las ejerzan es irrevisable por cualquier otro poder (*Fallos*: 7:331; 51:349; 137:212; 243:98)” (caso “Hermitage”, *Fallos* 333:993, 2010; voto de la mayoría, consid. 11).

De acuerdo con esta concepción personalista que informa la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal⁽⁴⁰⁾, la persona humana es cierto fin en sí misma y no puede ser utilizada como medio⁽⁴¹⁾. Mediante la protección del contenido esencial de los distintos derechos humanos contra las políticas públicas que pretendan desconocerlos, los tribunales constitucionales preservan este carácter personalista de nuestro sistema político y jurídico en los casos concretos sometidos a su jurisdicción.

Así, en relación con el alcance del derecho a la vivienda y la razonabilidad de la política pública en la materia, la Corte Suprema sostuvo lo siguiente al resolver el caso “Quisbert Castro”:

[H]ay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado con una madre en situación de calle. La razonabilidad significa, entonces, que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando estos piden el auxilio de los jueces⁽⁴²⁾.

La misión del Poder Judicial queda, por tanto, mejor definida, caracterizada y acotada si se la expresa en los términos precisos de la protección del contenido esencial de los derechos humanos.

Cabe diferenciar entre el derecho humano formulado como aspiración ética-jurídica de lo que es estrictamente exigible ante los tribunales. Lo primero

(40) “El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente—, su persona es inviolable y constituye el valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental” (Fallos 316:479; votos concurrentes).

(41) “El ser humano, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no meramente como medio de uso caprichoso de esta o aquella voluntad, sino que debe ser considerado siempre y al mismo tiempo como fin en todas las acciones, tanto las dirigidas hacia sí mismo como hacia otro ser racional. Los seres cuya existencia no depende de nuestra voluntad, sino de la naturaleza tienen sólo un valor relativo cuando se trata de seres irracionales y, por esto, se llaman ‘cosas’; pero los seres racionales se denominan ‘personas’ porque su naturaleza ya los señala como fines en sí mismo, es decir, como algo que no puede ser usado como medio. Obra de tal modo que trates a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como fin al mismo tiempo y nunca solamente como medio” (KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Santillana, Madrid, 1996, p. 50. Ver también SPAEMANN, Robert, *Personas. Acerca de la distinción entre alguien y algo*, Eunsa, Pamplona, 2000).

(42) CS, 24/4/2012.

ha de inspirar a los poderes públicos, mientras que lo segundo es la guía que orienta el trabajo de los magistrados judiciales.

4) Entre los derechos constitucionales que han de ser tutelados por los tribunales del Poder Judicial se encuentra el del debido proceso sustancial, conforme al cual toda ley, norma o acto estatal tiene que ser mínimamente razonable y legítima en cuanto a los fines que persigue y a los medios que elige⁽⁴³⁾.

Sí, es función propia de los jueces proteger ese derecho y, para ello, verificar, al momento de realizar el control de constitucionalidad, que todas las decisiones estatales satisfacen estándares básicos de razonabilidad⁽⁴⁴⁾. Entre estos criterios, se pueden señalar los siguientes:

- legitimidad del fin perseguido;
- legitimidad, adecuación al fin y proporcionalidad del medio elegido, que debe satisfacer parámetros básicos de racionalidad⁽⁴⁵⁾;
- exclusión de la posibilidad de declarar la invalidez de la decisión si se considera que existe otro medio que el juzgador estima más conveniente o menos restrictivo de los derechos⁽⁴⁶⁾, salvo los supuestos de evidente y

(43) Ya en el caso “Mugler v. Kansas”, de 1887, en que se analizaba la constitucionalidad de una ley que prohibía la venta de bebidas alcohólicas, la Corte Suprema estadounidense sostuvo: “[S]i la norma dictada para la protección de la salud, la moralidad pública o la seguridad pública no tiene ninguna relación sustancial con estos objetivos, o invade de un modo palpable los derechos fundamentales, es el deber de los tribunales juzgarlas y dar plena vigencia a la Constitución” (123 US 623, 661).

(44) A los jueces “les está encomendado establecer, en los casos concretos sometidos a su decisión, si los otros poderes del Estado actuaron dentro de los límites de su competencia, si ejercieron sus facultades en forma razonable y no absurda o arbitraria” (Fallos 300:700, 1978).

(45) En este sentido, expresó nuestro Máximo Tribunal que las “leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad” (Fallos 319:2151). También sostuvo que “la razonabilidad —según el particular significado que a este concepto jurídico se le reconoce en orden al poder de policía y a la materia aquí examinada— quiere decir que las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionalmente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador” (Fallos 171:348; 199:483; 200:450; 248:800, entre otros). En otras oportunidades, afirmó que “las restricciones y disposiciones que establezca el Estado son válidas en la medida en que resulten razonables y mantengan adecuada proporción entre la necesidad de custodiar el interés público comprometido y que eviten conducir a una desnaturalización de los derechos constitucionales del afectado” (Fallos 332:2468, 333:993 y otros). Asimismo, dijo que, aunque el acierto o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional “cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran” (caso “Arriola”, Fallos 332:1963, 2009).

(46) “No corresponde a los jueces sustituir al legislador, sino aplicar la norma tal como éste la concibió (Fallos: 273:418) y que está vedado a los tribunales el juicio sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por los otros po-

grave desproporción entre ellos, lo que llevaría a considerar irracional la elección realizada por la autoridad pública⁽⁴⁷⁾.

Sintetizando su propio criterio jurisprudencial en la materia, sostuvo recientemente nuestro Máximo Tribunal lo que sigue:

[T]radicionalmente, ha sostenido este Tribunal que si bien los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional no son absolutos y deben ejercerse en el marco de las leyes que los reglamentan, ello se encuentra supeditado a que éstas sean razonables, lo que implica que deben satisfacer un fin público, responder a circunstancias justificantes, guardar proporcionalidad entre el medio empleado y el fin perseguido, y carecer de iniquidad manifiesta (*Fallos*, 248:800; 243:449; 243:467). Asimismo, cabe recordar que la medida del interés público afectado determina la medida de la regulación necesaria para tutelarlos (*Fallos*: 313:1638), de modo que la razonabilidad de las mayores restricciones que se impongan deben valorarse en función de la entidad de la crisis que busca superarse (*Fallos*: 330:855, considerando 34)⁽⁴⁸⁾.

Con el alcance limitado que hemos expuesto, corresponde que los jueces examinen la razonabilidad de las políticas públicas formuladas legislativamente para preservar de este modo el contenido esencial del derecho al debido proceso sustantivo⁽⁴⁹⁾.

deres en ejercicio de sus propias facultades (*Fallos*: 277:225) [...]. Es extraño al Poder Judicial juzgar acerca de la oportunidad o conveniencia de los instrumentos fiscales elegidos por el legislador o sobre la eficacia de los medios escogidos para alcanzar los fines propuestos, por lo que su cometido ha de limitarse a decidir si, en los casos en que conoce, ha habido manifiesta incompatibilidad con los preceptos constitucionales" (*Fallos* 332:640, 2009).

(47) Así, en el voto del doctor ZAFFARONI en el caso Arriola, se puede leer que "si bien no es función del control de constitucionalidad juzgar la política criminal, debería serlo cuando resulta de toda evidencia la patente contradicción entre el fin manifiesto de la norma y el favorecimiento de su efecto precisamente contrario, por resultar violatorio de la racionalidad republicana impuesta por el artículo 1º de la Constitución, como propia de todo acto de gobierno".

(48) *Fallos* 334:516, 2011.

(49) Jonathan MILLER, María Angélica GELLI y Susana CAYUSO hacen una acotación muy interesante en relación con la diferente utilización y alcance del derecho al debido proceso sustantivo en la jurisprudencia de las cortes supremas estadounidenses y argentina: "El concepto del debido proceso sustantivo ha sido invocado en formas muy distintas en la Argentina y en los Estados Unidos. Aunque, quizá, conceptualmente, en ambos países la garantía del debido proceso podría ser considerada la que hace posible la protección de la generalidad de los derechos de la Constitución, en la práctica de los tribunales norteamericanos pocos jueces la invocaron para interpretar la razonabilidad de derechos constitucionales específicos, sino que la usan como alternativa a su enmienda IX —similar al art. 33, de la Const. Nacional— para fundar derechos no enumerados que surgen del concepto de la libertad. Recuerde que el juez Harlam, en el caso 'Griswold v. Connecticut', utilizó el concepto de debido proceso sustantivo para fundar el derecho a la privacidad. En los Estados Unidos es una garantía general contra la acción arbitraria que es invocada cuando no hay otra norma constitucional más específica aplicable. Cuando el derecho afectado es un derecho enumerado en la Constitución, la Corte estadounidense siempre evalúa la limitación de este derecho a la luz de reglas de interpretación específicas que su

5) Si el Poder Judicial considera que en algún caso concreto hay una omisión o insuficiencia de la política pública con relación a la protección de un determinado derecho, debe limitarse a declararlo así en el caso concreto y exhortar a los poderes políticos a sanar ese vicio, pero sin reemplazarlo en lo que son sus legítimas competencias y atribuciones mediante el dictado en sede judicial de la política pública.

Esa es la actitud que les corresponde adoptar a los jueces ante las omisiones o insuficiencia de los desarrollos legislativos.

6) La falta de respeto de estos límites naturales convertiría al Poder Judicial, en particular a la Corte Suprema, en una tercera cámara legislativa, en una superlegislatura, desequilibraría fuertemente la división de poderes y haría inviable en buena medida el gobierno de un Estado.

Los tribunales no están para desplazar, reemplazar ni suplir las funciones propias de los poderes políticos con base electoral. No son actores ni jugadores del juego político, sino árbitros finales, limitados y autolimitados, del juego democrático. Recientemente, el *Chief Justice* John Roberts, de la Corte Suprema estadounidense, en su voto decisivo en el caso en el que se resolvió la constitucionalidad de la ley que obligaba a la contratación de un seguro de salud a todos los norteamericanos, afirmó: “No consideramos si la ley representa una buena política. Ese juicio es confiado a los líderes elegidos de este país. Sólo cuestionamos si el Congreso tiene el poder, bajo la Constitución, de promulgar las disposiciones”. Sin embargo, ello no es óbice para examinar en una situación concreta si la política establecida en esta ley viola un determinado derecho constitucional, por ejemplo, la libertad religiosa de quienes consideran inmorales y contrarias a sus convicciones religiosas algunas de las prácticas médicas que obligatoriamente deben ser atendidas de acuerdo

jurisprudencia ha desarrollado sobre este mismo derecho” (*Constitución y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1987, t. I, p. 225). Esto responde a los distintos modos en que se elabora y opera el derecho y la jurisprudencia en la tradición jurídica norteamericana y argentina. En el ámbito estadounidense hay cierta resistencia conatural a elaborar conceptos y categorías jurídicas generales y abstractas, aplicables a todos los asuntos y derechos, y a actuar de acuerdo con ellos. Prefieren elaborar y aplicar criterios y estándares jurisprudenciales derecho por derecho. Hay jurisprudencia específica sobre libertad de expresión, igualdad, libertad religiosa, etc. En cambio, la tradición jurídica y jurisprudencial argentina, más afín a la tradición continental europea, tiende a elaborar criterios y categorías generales aplicables, en principio, a los distintos derechos y garantías constitucionales. Esto es lo que ha ocurrido en nuestro medio respecto del concepto de razonabilidad y del derecho al debido proceso sustantivo aplicable a las distintas cuestiones y materias. Esa diversidad de tradiciones y enfoques también incide en los distintos modos en que el principio de proporcionalidad, de origen europeo, ha sido recibido en nuestro medio y en los Estados Unidos. Mientras que este último país lo ha resistido por su carácter general y abstracto, no elaborado sobre la base de los contenidos y características propias de cada derecho, en nuestro medio se lo está acogiendo de modo abierto y positivo, y se lo está empleando en el análisis de validez de toda clase de normas y actos en los que están involucrados derechos de muy diversas clases.

con las disposiciones normativas, como lo ha hecho en los casos citados en el apartado inicial de este trabajo.

III. Argumentos a favor de un control amplio de razonabilidad de las políticas públicas al momento de ejercer el control de constitucionalidad, que comprende el juicio de estricta necesidad

Expondremos aquí los principales argumentos que fundan la postura acerca de que los jueces deben realizar un control amplio e intenso de la razonabilidad de las leyes y políticas públicas decididas por los poderes políticos, incluido el juicio de necesidad. Es decir, han de determinar si la limitación legislativa de los derechos constitucionales era imprescindible para alcanzar el objetivo establecido y si no existía otro medio alternativo, menos limitativo del derecho para alcanzarlo. En caso de no ser imprescindible, o de existir otro medio idóneo que limite menos el derecho, corresponderá la declaración de inconstitucionalidad de la norma examinada.

1) Los derechos humanos son, según la concepción de Robert Alexy, mandatos de optimización que exigen la protección más amplia posible de cada uno de los derechos y ello solo es posible mediante un examen intenso de razonabilidad en todos los casos.

Debe darse a los derechos constitucionales la tutela más amplia posible. Por eso, si la restricción no es necesaria o si existen otros medios alternativos que son menos restrictivos del derecho, corresponde la invalidación de la ley reglamentaria⁽⁵⁰⁾. El principio *pro homine*, cenit y guía de toda la problemática iushumana, refuerza esta interpretación.

2) El derecho al debido proceso sustantivo, si es tomado en serio y protegido con la intensidad debida, exige el examen a fondo del medio elegido por el legislador para instrumentar la política pública y verificar si era el menos restrictivo del derecho constitucional afectado.

(50) CIANCIARDO critica la postura tradicional que exige a los tribunales de hacer el control de oportunidad, mérito y conveniencia de las leyes, y da para ello seis argumentos: en primer lugar, los derechos se consideran operativos, y corresponde a los jueces otorgar máxima operatividad a ellos; en segundo lugar, los derechos tienen una "vertiente positiva", de acuerdo con la cual los órganos públicos cumplen una función activa de promoción, por lo que los jueces también están llamados a promoverla y asegurarla; en tercer lugar, considera el autor que, si no se analiza la conveniencia de las regulaciones, se puede terminar justificando fuertes injerencias en los derechos fundamentales, o al menos, admitirlas sin mayor fundamentación; en cuarto lugar, la misma idea de principio, propia de todo derecho, significa que deben ser optimizados; y, entonces, no cabe limitar su aplicación cuando están llamados a su maximización; en quinto lugar, considera que la teoría jurídica contemporánea reconoce que es imposible una aplicación mecánica de la ley y que los jueces no pueden escapar de la valoración; por último, el juicio de necesidad debe armonizarse con el de autocontención o la declaración de inconstitucionalidad como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico. Cfr. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, ps. 80 y ss.

No es plenamente razonable y proporcional la limitación de un derecho si existen otros medios menos restrictivos igualmente idóneos para alcanzar las finalidades de una determinada política pública⁽⁵¹⁾.

3) La ciencia jurídica y la jurisprudencia constitucional han ido desarrollando metodologías que permiten examinar con más profundidad la razonabilidad de las políticas públicas y, de ese modo, lograr una mayor protección de los derechos humanos. Así, la Corte Suprema estadounidense ha elaborado su doctrina de los diversos grados de escrutinio judicial⁽⁵²⁾. Por su

(51) Ha señalado el tribunal constitucional alemán, por un lado, que el juicio de necesidad exige que “la medida sancionada por el legislador sea apropiada y necesaria para alcanzar el objetivo perseguido. El medio es apropiado cuando por su naturaleza favorece el resultado deseado, es necesario cuando el legislador no tiene la posibilidad de elegir otro medio así de eficaz, pero que no conlleve un daño al derecho fundamental o que signifique un daño menor”. Por otro lado, que la restricción de los derechos “no debe tener una intensidad que no guarde relación con la importancia del objeto y con los inconvenientes que se imponen al ciudadano”.

(52) Sintetizando la doctrina de los escrutinios elaborada por la Corte Suprema estadounidense, señaló SAPAG: “Con el objetivo de mantener el orden económico y la seguridad jurídica, y de evitar el subjetivismo judicial, la Corte norteamericana diseñó tres tipos de *tests* o estándares de revisión legal, denominados ‘escrutinios’ (*scrutiny*), que se utilizan a la hora de aplicar las dos cláusulas de la enmienda XIV: el debido proceso sustantivo y la protección de la igualdad, pero fundamentalmente para esta última. Estos escrutinios se tratan, en definitiva, de distintos niveles de intensidad en el control de razonabilidad de las leyes. El primer escrutinio, y el más exigente, es el ‘escrutinio estricto’ (*strict scrutiny*), según el cual una norma o clasificación que regula un derecho fundamental, o aquellas ‘libertades preferidas’, se presume inconstitucional. Para superar el test, el Estado debe probar que el acto se dictó con la finalidad de promover un interés estatal ‘imperioso’ (*compelling state interest*) y, además, que es necesario y se encuentra ‘confeccionado a la medida’ (*narrowly tailored*). El segundo test se conoce como el ‘escrutinio intermedio’ (*intermediate scrutiny*), mediante el cual se controlan las regulaciones estatales del ejercicio de derechos en aras de intereses estatales legítimos, no ya imperiosos, sino ‘importantes’. La norma se presume inconstitucional: el Estado debe probar que existe una relación sustancial frente a una finalidad gubernamental, no ya imperiosa, sino importante. En el examen de los medios, la Corte exige que sean sustancialmente efectivos para alcanzar la finalidad, es decir, demanda una precisa adecuación de los medios a sus fines. No se requiere que la norma se encuentre confeccionada a la medida, pero no significa esto que el tribunal no pueda realizar un juicio de necesidad, o eficiencia, sobre los medios adoptados tomando en consideración, hipotéticamente, otras medidas ‘menos discriminatorias’. Lo cierto es que la distinción entre este estándar y el anterior es una cuestión de grados: se aplicará uno u otro de acuerdo con el carácter de la medida y el derecho regulado. Siempre se debe tratar de derechos constitucionales, aunque, a diferencia de este test, el escrutinio estricto se aplica generalmente a aquellas ‘libertades preferidas’. El tercer escrutinio es el *rational basis review* o ‘control de relación razonable’. Se trata de un examen residual sobre normas que no caen dentro de los supuestos de aplicación de los dos escrutinios anteriores. Este test exige que la medida, que en este caso se presume constitucional, mantenga una relación razonable o racional con la finalidad perseguida, que debe ser legítima, y que los medios resulten adecuados a la misma. El *rational basis review* es el examen por excelencia de leyes que regulan la propiedad. La realidad es que la mayor parte de ellas lo logran atravesar.

parte, la jurisprudencia del tribunal constitucional alemán y la doctrina constitucional europea han ido desarrollando una metodología para la aplicación del principio de proporcionalidad, que está integrado por los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*, que permite realizar un análisis profundo acerca de la razonabilidad de una política pública⁽⁵³⁾. Estando disponible esa metodología de análisis, corresponde su recepción jurisprudencial en nuestro país.

La Corte Suprema argentina ha comenzado a utilizar este instrumento. Dado que esta metodología de análisis jurídico se encuentra disponible, corresponde que ella sea empleada en el examen de la razonabilidad de toda política pública que limita derechos constitucionales.

4) La Corte IDH señaló expresamente en su *opinión consultiva* 5/1985 que, en materia de libertad de expresión, corresponde la aplicación del principio de necesidad; y sólo sería “convencional” una limitación a este derecho si no existiese otro medio menos limitativo de ese derecho humano⁽⁵⁴⁾. Cabría

Estos tres niveles de control de razonabilidad son aplicados con frecuencia por la Corte Suprema estadounidense, particularmente en el análisis de la razonabilidad de las leyes que establecen clasificaciones y pueden resultar violatorias del derecho a la igualdad” (en “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”, cit., ps. 168 y ss.).

(53) Javier BARNES definió el principio de proporcionalidad en los siguientes términos: “[E]l principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser ‘susceptible’ de alcanzar la finalidad perseguida, ‘necesaria’ o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles —ley del mínimo intervencionismo—) y ‘proporcional’ en sentido estricto, es decir, ‘ponderada’ o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades” (“Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, en *Revista de Administración Pública*, nro. 135, 1994, p. 500). Para un panorama general del contenido del concepto de proporcionalidad y su recepción en los distintos ordenamientos jurídicos, puede consultarse BARAK, Aharon, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

(54) En relación con el derecho de libertad de expresión, ha dicho la Corte IDH que “la ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo” (*Opinión Consultiva 5/85 de 13 de noviembre de 1985: la colegiación obligatoria de periodistas [arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos]*, San José, Secretaría de la Corte, 1985; solicitada por el Gobierno de Costa Rica).

considerar el carácter vinculante de dicha jurisprudencia y extenderla a los demás derechos constitucionales, especialmente a aquellos que tengan un valor particular.

Es sabido que nuestra Corte Suprema ha establecido que la jurisprudencia de la Corte IDH es pauta insoslayable e imperativa para los jueces argentinos que deben seguir los estándares que ella fija. Entre esos estándares, está el principio de proporcionalidad con su regla de la necesidad.

5) De acuerdo con lo que venimos sosteniendo, este análisis intensivo de razonabilidad debe extenderse a toda clase de derechos constitucionales; pero, sin dudas, cabe reconocer que la Corte Suprema argentina ya lo está empleando en la práctica en relación con algunos derechos o libertades preferidos, entre los que cabe mencionar el derecho a la igualdad y a la no discriminación, en los que ya se han utilizado las metodologías y los estándares del escrutinio estricto proveniente de la jurisprudencia estadounidense⁽⁵⁵⁾; el derecho a la

(55) *Cfr.*, en el caso “Repetto, Inés María c/Prov. de Buenos Aires” (Fallos 311:2272, 1988), el consid. 7º del voto de los jueces PETRACCHI y Jorge BACQUÉ, en el que se establece que las distinciones entre nacionales y extranjeros, en cuanto contradigan el art. 20 de la CN, se hallan afectadas por una “presunción de inconstitucionalidad” que solamente puede ser revertida mediante la acreditación de un interés estatal insoslayable que justifique la medida; el caso “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/Prov. de Buenos Aires” (Fallos 327:5118, 2004), en el que se sostiene que una norma que contradice las prohibiciones explícitas de distinción establecidas en los arts. 1º y 23 de la CADH se encuentra afectada por una presunción de inconstitucionalidad y es sometida a un escrutinio más intenso; el caso “Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (Fallos 329:2986, 2006), con el mismo sentido del caso Hooft; el caso “Mantecón Valdés, Julio c/Estado Nacional - Corte Suprema de Justicia de la Nación” (Fallos 331:1715, 2008), con el mismo sentido de los casos Hooft y Gottschau. También puede mencionarse el caso “González de Delgado, Cristina y otros c/UNC” (Fallos 323:2659, consid. 8º y 9º del voto concurrente del juez PETRACCHI, que, analizando la validez de distinciones basadas en el sexo, afirmó que, aun cuando alguna distinción o discriminación sea en teoría aceptable y consiga indulgencia, los estándares que se aplican a los fines de la eventual justificación son muy exigentes y citó tanto el Derecho europeo (en el que tales distinciones se ven afectadas por una presunción de ilegitimidad que implica el desplazamiento de la carga probatoria) como el Derecho estadounidense (en el que se aplica un escrutinio intermedio de acuerdo con el cual quien defienda una clasificación o exclusión basada en el género sexual deberá probar que aquélla sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están relacionados sustancialmente con el logro de aquellos objetivos). Estas referencias están tomadas del trabajo R. SÁNCHEZ BRÍGIDO y J. S. ELIAS, “Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia”, en *JA*, IV, 2012.

libertad de expresión en lo que hace a sus contenidos⁽⁵⁶⁾; la inviolabilidad de la correspondencia⁽⁵⁷⁾; el domicilio⁽⁵⁸⁾, etcétera.

Correspondería extender a las distintas clases de derechos constitucionales los criterios estrictos de control de razonabilidad ya adoptados por la Corte Suprema para algunos derechos constitucionales.

6) A través de algunos mecanismos, como las acciones de clase, las audiencias públicas y la posibilidad de los *amicus curiae*, se puede permitir la participación y representación de todos los que se sientan afectados por una determinada política pública que está siendo sometida a revisión judicial de razonabilidad. De ese modo, se permite escuchar las distintas voces interesadas en su concreción.

(56) En el ámbito de la libertad de expresión, los jueces Augusto BELLUSCIO, PETRACCHI y ZAFFARONI sostuvieron que “las restricciones a la libertad de expresión que están basadas en el contenido del mensaje deben ser juzgadas con escrutinios más severos que aquellas que no presentan ese rasgo [...]; cuando el gobierno intenta restringir el discurso [...] basado en su contenido, se invierte la usual presunción de constitucionalidad [...]. El escrutinio estricto que se aplica en estos casos exige que quien dictó la restricción pruebe mucho más que la mera razonabilidad de la norma: debe acreditar que ésta es necesaria para el logro de un apremiante interés público y que está ajustadamente diseñada para servir a ese interés” (“Asociación de Telera-diodifusoras Argentina y otro c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, s/amparo”, CS, Fallos 328:1825, 7/6/2005, consid. 9º, del voto en disidencia parcial de los jueces BELLUSCIO, PETRACCHI y ZAFFARONI).

(57) Sintetizando el voto concurrente de los jueces FAYT, PETRACCHI y Antonio BOGGIANO en el caso “Dessy” (Fallos 318:1894, 1995), en el que estaba en juego el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia de un recluso, mencionan Rodrigo SÁNCHEZ BRÍGIDO y Sebastián ELIAS que “atento el señalado carácter eminente del derecho constitucional en juego [...], para restringir válidamente la inviolabilidad de la mencionada correspondencia, se requiere [...] que la ley esté fundada en la existencia de un sustancial o importante objetivo del Estado, desvinculado de la supresión de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de la libertad de expresión; que la aludida restricción resulte un medio compatible con el fin legítimo propuesto, y que dicho medio no sea más extenso que lo indispensable para el aludido logro. A su vez, fines y medios deberán sopesarse con arreglo a la interferencia que pudiesen producir en otros intereses concurrentes [...]; cortapisas tan profundas a garantías individuales reconocidas por la Ley Fundamental [...] no pueden generar otra consecuencia que la de una grave presunción de inconstitucionalidad. De acuerdo con estos jueces, existen distintas apreciaciones, cotejos y escrutinios, cuyas modalidades de aplicación traducen [...] respuestas arregladas a la especificidad de los conflictos y al diferente emplazamiento de los diversos derechos y garantías que vienen dados, principalmente, por el sistema de valores consagrado por la Ley Fundamental” (*op. cit.*).

(58) Así, en el voto del doctor PETRACCHI en el caso “Fiorentino”, sobre la garantía de inviolabilidad del domicilio, se puede leer que “la íntima conexión existente [...] con la dignidad de la persona y el respeto a su libertad imponen a la reglamentación condiciones más estrictas que las reconocidas respecto de otras garantías y que, por ello, deben ser consideradas con particular detenimiento y según pautas especialmente rigurosas” (Fallos 306:1752, 1984).

7) Es necesario advertir el cambio significativo del rol que les corresponde a los jueces, en particular a los tribunales constitucionales, que han asumido funciones suprajurisdiccionales y han comenzado a tener un creciente peso en el gobierno del Estado moderno, y tomar debida cuenta de ello. Esto les permite intervenir de manera más activa que en el pasado en el control, el diseño y la efectividad de las políticas públicas del Estado.

IV. Postura propuesta

Habiendo examinado los argumentos que sostienen una y otra postura, nos inclinamos por la siguiente tesis: cuando un tribunal examina la constitucionalidad de una política pública, su función ha de estar guiada por las pautas que se presentan a continuación.

a) Principal y fundamentalmente, tiene que examinar si las determinaciones de la ley en el caso concreto sometido a su juzgamiento lesionan significativamente el contenido esencial de algún derecho constitucional de las partes del pleito y, en tal caso, debe invalidarla⁽⁵⁹⁾. Este juicio es distinto y más decisivo que el de la razonabilidad de la política pública establecida en la ley⁽⁶⁰⁾. A la hora de la definición de ese contenido esencial de los distintos derechos, es importante atender al bien humano que está protegido y a su mayor o menor disponibilidad, a la finalidad que se pretende alcanzar con su reconocimiento⁽⁶¹⁾, a su armonización con otros

(59) En este sentido, ha afirmado la Corte Suprema argentina que “la compatibilidad constitucional de un sistema, como el establecido en las leyes de consolidación, depende de la adecuación del medio al fin perseguido, es decir que en el supuesto concreto no se destruya la sustancia del derecho reconocido en la sentencia” (Fallos 331:391, 2008). También el juez MAQUEDA, en su disidencia parcial en el caso “Clarín”, ha sostenido que “[d]entro de los límites del Tribunal para examinar la validez constitucional de este tipo de facultades, no se advierte que, por sí solo y en la forma en que ha sido cuestionado por el grupo actor, el régimen de multiplicidad afecte irrazonablemente su derecho a la libertad de expresión” (CS, 29/10/2013, consid. 34).

(60) Afirma CIANCIARDO que “[l]a postura de la Corte argentina no reduce los juicios de proporcionalidad y de respeto del contenido esencial a un solo juicio. Se admite la existencia de dos pasos: una cosa es la razonabilidad de la medida entendida como contrapeso de costos y beneficios, y otra la razonabilidad entendida como no-alteración de los derechos en juego” (*op. cit.*, p. 98). El mismo autor sostiene que “desde el punto de vista de la protección y promoción integral de los derechos, proporcionalidad y contenido esencial se coimplican: la garantía del contenido esencial es una exigencia de la faz negativa de los derechos, en tanto que el principio de razonabilidad viene exigido por la faz positiva o prestacional” (*ibidem*, p. 99).

(61) “Los derechos tienen [...] un fin al que tienden, que les da su valor y dignidad en el ordenamiento, ya que han sido reconocidos con un sentido determinado: ser el medio técnico-jurídico para que la persona y la comunidad logren determinado bien fundamental. En consecuencia, los derechos son, en realidad, *delimitables* o *determinables*: a través de la interpretación y decisión constitucionales, es posible trazarles contornos precisos, un ámbito donde es justo ejercerlos —el cual debe ser razonablemente establecido por la ley, la jurisprudencia y la doctrina—, de manera que trasponer esa esfera de actuación regular devendrá un ejercicio abusivo” (F. M. TOLLER, “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una meto-

derechos⁽⁶²⁾ y con las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática⁽⁶³⁾, para lo cual puede ser muy útil la jurisprudencia ya establecida por el propio tribunal.

b) Debe también examinar la razonabilidad básica de la ley que contiene la política pública⁽⁶⁴⁾: que ella persiga fines constitucionalmente válidos y que haya elegido medios legítimos y proporcionales para alcanzarlos⁽⁶⁵⁾. El juzgador debe, por tanto, realizar los juicios de adecuación y de proporcionalidad, según lo que propone la doctrina alemana en la materia para asegurar esos parámetros básicos de razonabilidad y verificar así el respeto de los contenidos esenciales del derecho constitucional al debido proceso substantivo.

c) De modo general, no corresponde a la función judicial evaluar la conveniencia de una política pública⁽⁶⁶⁾ ni controlar o invalidar por irrazonable

dología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*”, en E. FERRER MAC-GREGOR [coord.], *Interpretación constitucional*, t. II, México D. F., Porrúa, 2005, pp. 1258-1259).

(62) Por eso, consideramos que, en el reconocimiento de cada derecho, hay junto con un mandato de “optimización” otro más relevante que es de “armonización” con otros derechos y con las exigencias del bien común.

(63) *Cfr.* art. 32 de la CADH.

(64) “El gran desafío legal para el abogado que pugna por los derechos humanos en nuestro tiempo es darle contenido a este concepto de ‘razonabilidad’ y abrogar a favor de métodos de análisis de control de constitucionalidad de mayor intensidad” (J. MILLER, M. A. GELLI y C. CAYUSO, *op. cit.*, p. 225).

(65) Así, en el voto de los doctores LORENZETTI y HIGHTON DE NOLASCO en el caso “Clarín”, se puede leer: “[C]orresponde examinar si el medio escogido por el legislador resulta idóneo para alcanzar los fines que se propone y si la restricción que conlleva guarda proporción con los beneficios que se derivan de aquellos fines. Tal análisis presupone identificar claramente los medios elegidos, las restricciones que ellos generan a la actora y los fines que persigue la norma” (CS, 29/10/2013).

(66) Ha señalado al respecto la Corte Suprema en el caso “Verbitsky”: “[A] diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicial, corresponde, sin duda alguna, al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias. Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando, en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad. No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución, y, en el presente caso, se trata nada menos que del derecho a la vida y a la integridad física de las personas” (Fallos 328:1146, 2005, consid. 27 del voto de la mayoría).

una determinada política pública por entender que existe otra mejor o menos restrictiva de los derechos en juego⁽⁶⁷⁾, salvo supuestos en los que sean claras, manifiestas e innegables las ventajas de una sobre otra, ya que, en ese caso, estaríamos frente a un supuesto de irrazonabilidad notoria que encuadraría en el supuesto mencionado en el punto anterior⁽⁶⁸⁾. Por tanto, en principio, no corresponde aplicar con toda su fuerza y alcance el juicio de necesidad estricto tal como ha sido formulado por la doctrina europea.

(67) Así en el voto mayoritario del caso “Clarín”, se puede leer que “los jueces no deben decidir sobre la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones, ni pronunciarse sobre la oportunidad o discreción en el ejercicio de aquéllas, ni imponer su criterio de eficacia económica o social al Congreso de la Nación; y que el control de constitucionalidad no autoriza a la Corte Suprema a sustituir en su función a los otros poderes del gobierno (Fallos: 328:690 y sus citas, voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda). La elección de la forma que se estime adecuada para promover los objetivos propuestos constituye una materia librada al legislador y ajena al control de los jueces (Fallos: 322:842), en tanto estos tienen el deber de formular juicios de validez constitucional, pero les está prohibido basarse en juicios de conveniencia (Fallos: 313: 1333). Así, en el caso, la tarea del Tribunal no es la de decidir si la ley 26.522 es la mejor solución posible, sino la de establecer si los medios elegidos por el legislador son idóneos y proporcionales a sus fines. Si se trata de una ley moderna o inadecuada a las circunstancias actuales, si debió o no tener en cuenta el principio de convergencia tecnológica, si implica un avance o un retroceso en el campo de los servicios audiovisuales, si tendrá un impacto positivo o negativo en la calidad del servicio, son todas cuestiones que quedan libradas al exclusivo ámbito de decisión de los otros poderes y que de ningún modo pueden justificar la declaración de inconstitucionalidad de la ley” (CS, 29/10/2013, consid. 50). En el mismo sentido, en lo concerniente a otro tramo de la regulación presente en la Ley 26522, se reforzó la idea al señalarse que “si para lograr los objetivos de fomentar la diversidad y pluralidad de voces en el mercado de televisión por cable era *necesario* fijar un límite de licencias y de abonados, o si existían otras alternativas menos restrictivas —inclusive hasta la posibilidad de no regular el mercado— es una decisión que corresponde al legislador y que los jueces no pueden revisar. En definitiva, es atribución del Congreso determinar si se va a adoptar una política represiva o preventiva respecto del abuso de posición dominante” (*ibidem*, consid. 51). En el mismo sentido, el doctor PETRACCHI sostuvo en su voto que “la función de esta Corte al ejercer el control de constitucionalidad no consiste en examinar los méritos de los medios elegidos por el Congreso para alcanzar los fines propuestos, sino que exclusivamente le corresponde expedirse sobre la constitucionalidad de aquellos. Así, en el caso, su tarea no es la de establecer si la ley 26.522 se adecua a los avances tecnológicos, si es una ley obsoleta, si se trata o no de una ley incompleta o inconveniente, o, en otras palabras, si se trata de la mejor ley posible. Todos estos aspectos están vedados al conocimiento de los jueces” (*ibidem*, consid. 39). Por su parte, ha sostenido el juez MAQUEDA en su voto en el caso Clarín que “la decisión acerca de cuál es la mejor forma de regular una materia como la que aquí se examina pertenece privativamente al Congreso. Si se intentara fundar un pronunciamiento en la mera discrepancia con el criterio seguido por el legislador, se estaría penetrando en el terreno del que los magistrados han sido excluidos por obvias razones vinculadas con la forma de gobierno que la Constitución adopta” (*ibidem*, consid. 19).

(68) Como bien, señala el tribunal constitucional español, la “Constitución garantiza [...] la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el principio de razonabilidad viene a hacer efectivo el cumplimiento de dicha prohibición”.

d) Existen materias muy determinadas en las que cabe admitir un control de razonabilidad diferenciado y más intenso, como ocurre en el caso de las leyes que establecen distinciones en razón de la raza, el sexo, la nacionalidad, etcétera; regulan algunos aspectos de la libertad de expresión⁽⁶⁹⁾, o afectan a la libertad religiosa⁽⁷⁰⁾. En ellas, el control de razonabilidad puede ser más intenso, como lo viene haciendo ya nuestro máximo tribunal.

e) Debido a lo anterior, más allá de que en más de un pronunciamiento la Corte Suprema haya dicho que ella realiza un control de razonabilidad sobre la base de los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad, nos parece que sólo realiza dos de ellos: el de adecuación y el de proporcionalidad. Expresamente, ha señalado que no le corresponde y que le está vedado juzgar la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las decisiones de otros poderes. Tampoco existen casos en los que haya dicho que ella debe únicamente considerar constitucional la decisión legislativa que menos restrinja un determinado derecho, ni ha invalidado una decisión legislativa por considerar que existía otra menos limitativa del derecho en cuestión. Más allá de invocar el juicio de necesidad y de hacer referencia a él, no lo ha aplicado en la práctica⁽⁷¹⁾. Por suerte, ello ha sido así, porque, de haberlo empleado de modo serio y consistente, habría invadido la competencia de otros poderes y producido un desequilibrio institucional.

Tutela del contenido esencial de todos los derechos humanos, aseguramiento de la razonabilidad básica de las políticas públicas y control diferen-

(69) La doctora Carmen Argibay, en su voto en disidencia del caso “Clarín”, sostuvo que “si bien el Estado no puede ser cuestionado por las mayores o menores bondades de las herramientas que ha elegido para alcanzar sus propósitos de desconcentrar el mercado, sí corresponde exigir la demostración de que no ha recortado la expresión de ideas, tanto desde el punto de vista de quien se expresa como del público que recibe esa información, más allá de lo necesario para alcanzar sus objetivos” (CS, 29/10/201., consid. 22).

(70) La ley norteamericana que reglamenta la libertad religiosa prohíbe al Gobierno federal tomar cualquier medida que signifique una restricción sustantiva para el ejercicio de la religión, salvo que esa medida sea el medio menos restrictivo de cumplir con el interés sustancial del Estado que está en juego. Así, según el fallo de la Corte norteamericana en el caso Hobby Lobby, el mandato contraceptivo del Departamento de Salud y Servicios Humanos (HHS, por sus siglas en inglés) “opreme gravemente el ejercicio de la religión” de quienes se oponen por convicciones morales a dichas prácticas. “Si los propietarios se adhieren al mandato del HHS, facilitarán el aborto, y si no se adhieren, pagarán una multa muy alta, hasta 1,3 millones de dólares por día, cerca de 475 millones de dólares al año, en el caso de una de estas empresas. [...] Es obvio que estas consecuencias son equivalentes a una fuerte opresión”.

(71) En relación con la utilización en la práctica de la doctrina de los escrutinios por la Corte Suprema estadounidense, señala SAPAG que “salvo en materia de derecho de igualdad, en cuanto al debido proceso legal, en general, la Corte ha venido aplicando el escrutinio menos riguroso: el *rational basis review*, lo que implica que resulta muy difícil franquear la fuerte presunción de constitucionalidad de la que gozan las normas” (en “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”, cit., p. 169).

ciado e intensivo para algunos derechos relacionados con bienes humanos fundamentales son los tres aspectos centrales de nuestra postura.

Consideramos lo siguiente acerca de la solución propuesta:

- a) Se funda en los principios de legitimidad democrática y equilibrio de poderes.
- b) Preserva el diseño constitucional del proceso judicial a su finalidad específica, sin confundirlo con el procedimiento legislativo.
- c) Reserva a los jueces la delicada y trascendente misión de definir y proteger el contenido esencial de los derechos constitucionales.
- d) Evita que los tribunales se pronuncien sobre temas complejos y debatidos cuya definición requiere estudios técnicos y decisiones políticas que trascienden al Poder Judicial.
- e) Se basa en la concepción de los derechos constitucionales no sólo como mandatos de optimización, sino también, fundamentalmente, de armonización.
- f) Impide que los jueces definan políticas públicas que luego serían de difícil instrumentación y cumplimiento efectivo, lo que afectaría a la credibilidad del Poder Judicial; que no serían susceptibles de revisión por otros órganos de gobierno, y que requerirían un manejo presupuestario ajeno al quehacer judicial.
- g) Mantiene abierto el cauce constitucional y el debate político, sin pensar que, para los diversos y complejos problemas humanos y sociales, la Constitución consagra una sola solución, que debe ser hallada y definida por los jueces.

V. Bibliografía

- AA. VV., *Courts, Law & Politics in Comparative Perspective*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- ALBERDI, J. B., *Proyecto de Constitución*, 1852.
- AMAR, V. y TUSHNET, M. (eds.), *Global Perspectives on Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- BALKIN, J. M., "What Brown Teaches Us About Constitutional Theory", *Virginia Law Review*, nº 90, nº 1537, 2004.
- BARAK, Aharon, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, Cambridge (Reino Unido), University Press, 2013.
- BARNES, J., "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario", en *Revista de Administración Pública*, nº 135, 1994.

- BERIZONCE, R. y VERBIC, F., "Control judicial de políticas públicas. A propósito de un proyecto de ley brasileño", en *La Ley*, 13 de julio de 2013.
- BIDART CAMPOS, G., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. II-A, Buenos Aires, Ediar, 2000.
- BREWER-CARÍAS, A., *Constitutional Courts as positive legislators*, Cambridge (Reino Unido), Cambridge University Press, 2013.
- CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.
- CIANCIARDO, J. y ROMERO, M. J., "Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad", en S. Elías, L. Grosman, S. Legarre y J. C. Rivera, *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva 5/85 de 13 de noviembre de 1985: la colegiación obligatoria de periodistas [arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos]*, San José, Secretaría de la Corte, 1985.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*. Traducción de A. Domènech, Barcelona, Ariel, 1999.
- FISS, O., "The Supreme Court 1978 Term - Forward: The Forms of Justice", en *Harvard Law Review*, vol. 93, nº 1, 1979.
- FLETCHER, W. A., "The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy", en *Yale Law Journal*, vol. 91, nº 635, 1982.
- FRUG, G., "The Judicial Power of the Purse", en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 126, nº 715, 1978.
- GEWIRTZ, P., "Remedies and Resistance", en *Yale Law Journal*, vol. 92, nº 585, 1983.
- GINSBURG, T. y DIXON, R., *Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- HIRSCHL, R., *Towards Juristocracy*, Cambridge (Estados Unidos), Harvard University Press, 2004.
- KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Santillana, 1996.
- LONDOÑO LÁZARO, M. C., *La prevención de violaciones a los derechos humanos: estudio sobre la garantía de no repetición en el sistema interamericano*. Tesis doctoral inédita, Universidad Austral, 2013.
- MILLER, J., GELLI, M. A. y CAYUSO, C., *Constitución y Derechos Humanos*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1987.

- NAGEL, R., "Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies", *Stanford Law Review*, vol. 30, n° 661, 1978.
- OYHANARTE, M., "*Structural Remedies* y fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en II Jornadas Institucionales para Ministros de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de la República Argentina, Santa Fe, mayo de 2011, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Santa Fe.
- SAPAG, M., "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado", en *Dikaion*, año 22, n° 17, 2008.
- SÁNCHEZ BRÍGIDO, R. y ELIAS, J. S., "Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia", en *JA*, IV, 2012.
- SPAEMANN, R., *Personas. Acerca de la distinción entre alguien y algo*, Pamplona, Eunsa, 2000.
- STONE-SWEET, A., *Governing With Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- TATE, C. Neal y VALLINDER, T., *The Global Expansion of Judicial Power*, Nueva York, New York University Press, 1995.
- TOLLER, F. M., "La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*", en E. Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Interpretación constitucional*, t. II, México D. F., Porrúa, 2005.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1RA. QUINCENA DE JULIO DE 2019
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA

