

BORRADOR

Justiciabilidad, Política y Estado Social y Democrático de Derecho: Los derechos sociales como test

Nicolás Espejo Yaksic¹

¿Puede un juez ordenar al Estado la provisión de un tratamiento médico a favor de un enfermo que reclama la violación de su derecho a la salud? ¿Incurrir en violación del derecho a la educación un Estado que, por medio de una sentencia judicial debidamente ejecutoriada, decide no sancionar a un establecimiento educacional privado que rechaza la incorporación de una niña embarazada en sus aulas? ¿Puede un tribunal establecer la violación del derecho a la vivienda adecuada de un grupo de indigentes que espera por la implementación de un plan social de acceso a la vivienda? En fin, ¿incumple sus deberes un juez que, conociendo de una acción judicial de amparo, considera que el principio de separación de los poderes del Estado le impide pronunciarse sobre una materia que posee consecuencias patrimoniales sobre el Ejecutivo?

En esta breve presentación, intento dar cuenta de algunos de los aspectos centrales de la Justiciabilidad de los derechos sociales (o DESC). Con tal objeto en mente, hago dos cosas: (I) En primer lugar, menciono algunas de las críticas que se han formulado al supuesto carácter no-justiciable de los derechos sociales. En esta misma sección, busco responder de modo general tales críticas, indicando que las mismas parecen responder, o bien a una errada concepción de derecho subjetivo, o bien a falta de información sobre el contenido claramente justiciable de los derechos sociales. (II) En segundo lugar, y luego de haber respondido de modo general a la pregunta sobre la justiciabilidad de los derechos sociales, me detengo en algunas dificultades que la técnica judicial experimenta en materia de derechos sociales. Con todo, en esta sección sugiero que tales dificultades no son insalvables y que existe una manera correcta de enfrentar la función judicial en general y la protección de derechos sociales en particular, al interior de un Estado Social y Democrático de Derecho.

(I)

Ciertos autores han sugerido que la noción de derechos sociales carece de uno de los elementos esenciales de la idea de derechos subjetivos; me refiero, a que su contenido esté constituido por una obligación de conducta determinada.² Es decir, los derechos sociales se caracterizarían por establecer una serie de obligaciones vagas e imprecisas – expresadas en el lenguaje de los derechos- que siempre requerirían de un esfuerzo de precisión legislativa o administrativa posterior.³ Tal imprecisión normativa resultaría, a

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Diego Portales); Abogado; M.St. in International Human Rights Law (Oxford), Ph. D. in Law (Warwick). Profesor de Derecho y Director del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.

² Ricardo Guastini, *Distinguiendo: Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 189.

³ Ariel A. Rojas Caballero, *Las garantías individuales en México*, México, Editorial Porrúa, 2002, pp. 582-3.

su vez, incompatible con la estructura básica de los derechos subjetivos fundamentales, derechos que requieren siempre de la identificación precisa de una obligación jurídica concreta.⁴

Otros autores, en tanto, han indicado que, al carecer de garantías judiciales efectivas para exigir el cumplimiento de un deber jurídico correlativo, los derechos sociales no serían, en realidad, derechos subjetivos. Para autores como Barbalet, Guastini, Zolo o, entre nosotros, Squella, al no otorgar un poder específico para exigir el cumplimiento de un deber jurídico determinado, los derechos sociales se corresponderían, más bien, con la estructura de los denominados “derechos de papel”, las “declaraciones programáticas” o las “aspiraciones de justicia social”.⁵ En otras palabras, al no ser inmediatamente justiciables, los derechos sociales no llegarían a ser, en un sentido técnico, derechos subjetivos. Tal limitación, inexistente en el caso de derechos como el derecho al debido proceso, a la integridad personal o a la no-discriminación, desvirtuaría el carácter de derecho subjetivo a los que aspiran los DESC.

a) Derechos sociales y obligaciones de contenido determinado.

La idea de que la estructura de los derechos sociales no permite derivar de su contenido algún conjunto de obligaciones precisas es simplemente falsa. Como bien sabemos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece una serie de obligaciones específicas que podrían ser identificadas como: a) obligaciones sustantivas o correlativas a cada derecho en específico (donde cada Estado debe respetar, proteger, satisfacer y promover el derecho en cuestión); b) obligaciones genéricas o básicas relacionadas las disposiciones generales de los tratados (tales como las de adoptar medidas que progresivamente avancen en los niveles de satisfacción de los derechos o las de no discriminación) y; obligaciones procedimentales vinculadas con los procesos de supervisión del tratado en cuestión (como las de informar periódicamente).⁶

Más específicamente, cada derecho social posee cierto nivel mínimo obligacional. Así, el carácter progresivo de las normas establecidas en instrumentos internacionales tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “PIDESC”), no altera la naturaleza de las obligaciones legales de los Estados. Tales obligaciones requieren que algunas medidas se tomen de manera inmediata –tales como la obligación de adoptar medidas⁷, no discriminar en la aplicación de las mismas⁸

⁴ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Traducción de Roberto J. Vernengo, 7ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1993, p. 132; H.L.A. Hart, “Bentham on Legal Rights”, en A.W.B. Simpson (Ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 1973, p. 183 y; Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 170.

⁵ J. M. Barbalet, *Citizenship, Rights, Struggle and Class Inequality*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1988; Guastini *op. cit.*, Danilo Zolo, “La strategia della cittadinanza”, en *La cittadinanza La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, D. Zolo (ed), Bari, Laterza, 1994, pp. 3-46 y; Agustín Squella, “Democracia y derecho”, en Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta, *El Derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 511-520.

⁶ Magdalena Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, School of Human Rights Research Series, Volume 18, Intersentia, Antwerpen, Oxford, New York, 2003, pp. 251-252.

⁷ Como las de efectuar diagnósticos sobre los niveles de satisfacción de un derecho social, dictar legislación que incorpore efectivamente las obligaciones contraídas internacionalmente o diseñar planes y/o legislación que permita avanzar progresivamente en los niveles de satisfacción de un derecho social.

⁸ En particular, las obligaciones en materia de DESC deben ser adoptadas de manera tal de evitar aquellos factores que influyen negativamente en la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de tales

o respetar el contenido mínimo o esencial de los derechos⁹- y otras tan pronto sea posible. En el caso de las obligaciones progresivas, las medidas adoptadas por los Estados deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.¹⁰ En virtud de este último estándar, será siempre de carga de los propios Estados el acreditar un progreso notorio hacia la realización total de los derechos consagrados en el Pacto, sin poder justificar su inactividad en el carácter “meramente progresivo” de las obligaciones internacionales.¹¹

Finalmente, resulta importante resaltar la identificación de una obligación *a contrario sensu* que surge del carácter progresivo de los DESC: la prohibición de regresividad. En efecto, de la obligación de cumplimiento progresivo se deriva el deber de avanzar en los niveles de satisfacción de los DESC. Por tal razón las medidas regresivas en materia de DESC sólo se justifican si es que el Estado acredita que dichas restricciones han sido establecidas en atención a todos los derechos que el tratado consagra y en el contexto de una máxima utilización de los recursos disponibles.¹² Al mismo tiempo, toda medida de carácter regresivo, una vez que sea acreditada la excepcionalidad de su procedencia de acuerdo a la aplicación estricta de los criterios señalados, debe establecer paralelamente medios de compensación que tiendan a disminuir los impactos negativos que este tipo de decisiones públicas generan en la población más vulnerable de la sociedad.¹³

b) Justiciabilidad y derechos sociales.

Tal y como hemos visto –y a pesar de lo que livianamente sostengan los escépticos- lo cierto es que un estudio algo más detenido sobre tales derechos y su protección judicial y quasi-judicial nos debiera llevar a advertir cómo casi todos los elementos normativos de derechos tales como el derecho a la vivienda adecuada o al más alto nivel de salud

derechos. En este sentido, ver las opiniones del Comité DESC sobre las dimensiones de discriminación que afectan a las mujeres en el ejercicio del derecho a la vivienda adecuada, a la alimentación adecuada, a la educación, al más alto nivel posible de salud y al agua. Comité DESC, Observación general N° 4 (1991): *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, Párr.6; Observación general N° 7 (1997): *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*: el desahucio (Párr. 10); Observación general N° 12 (1999): *El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto)*, Párr. 26; Observación general N° 11 (1999): *Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto)*, Párr. 3; Observación general N° 13 (1999): *El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*, Párrs. 6 b), Párrs. 31 y 32; *Observación general N° 11 (1999): Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto)*, Párr. 3; Observación general N° 14 (2000): *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto)*, párrs. 18 a 22; Observación general N° 15 (2002): *El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto)*, párrs. 13 y 14.

⁹ La obligación de respetar el contenido mínimo o esencial de los DESC se basa en el reconocimiento de que no habría justificación para elevar una reclamación a la condición de un derecho -con todas las connotaciones que este concepto presuntamente tiene- si su contenido normativo puede ser tan indeterminado que permita la posibilidad de que quienes lo ostentan, no posean ningún derecho particular a nada. Philip Alston, “Out of the Abyss: The Challenges Confronting the New UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, 1987, pp. 352-353. Este mismo sentido adoptan los Principios de Limburgo (Principio No. 56) y los Lineamientos de Maastricht (Lineamiento 9). Ver, *The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, UN/Document E/CN.4/1987/17 y; *The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights in SIM Special No. 20*, 1998.

¹⁰ Comité del PIDESC, Observación General N° 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990, Párr. 2.

¹¹ Lineamientos de Maastricht, Lineamiento N° 8.

¹² Comité del PIDESC, *Observación General No. 3*, Párr. 9.

¹³ Comité DESC, Observación General N° 4: *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, E/1991/23, 13 de diciembre de 1991, Párr. 11.

posible son perfectamente susceptibles de revisión judicial.¹⁴ Como mencionaré en la próxima sección de esta presentación, las posibilidades de revisión judicial en esta materia son variadas; desde algunas más o menos deferentes con el poder legislativo y con la administración del Estado, pasando por aquellas que incorporan la defensa de mínimos esenciales o vitales respecto de cada derecho social o finalmente, ciertas técnicas de revisión judicial que, en el contexto de la limitación estructural de los recursos, se fundan en criterios de razonabilidad. En otras palabras, y prestando atención a la práctica de protección judicial y quasi-judicial de los derechos sociales, el desacuerdo parecería situarse, más bien, en el modelo específico de revisión judicial al que adherimos en general y no, como algunos parecen sugerir, en la imposibilidad de hacer justiciables los derechos sociales *tout court*.¹⁵

Al mismo tiempo, y asumiendo que los derechos sociales carecieran efectivamente de alguna dimensión significativa de justiciabilidad –cuestión que, como se ha indicado, podríamos cuestionar sin mucha dificultad- la reducción de la noción de derecho subjetivo a la de acción o garantía procesal resulta también inadecuada. Siguiendo la distinción Alexyana entre “posición jurídica actualmente exigible” y la “posibilidad de imposición desde el punto de vista del orden jurídico” resulta posible sostener que “la suposición de que la exigibilidad judicial es una característica constitutiva del concepto de derecho subjetivo no distingue entre enunciados sobre derechos¹⁶ y enunciados sobre la protección de los derechos¹⁷. En otras palabras, y tal y como indica Arango, “las razones para los derechos son condiciones necesarias de los mismos, mientras que los derechos son condiciones necesarias para su exigibilidad”.¹⁸ En sentido inverso, y tal como han sugerido Ferrajoli¹⁹ y Cruz Parceró,²⁰ creer con que basta con buenas razones para un derecho y que éste sea reconocido jurídicamente en la ley o en la Constitución, para que, por ese mero hecho, quede garantizado, es incurrir en el mismo tipo de error.

¹⁴ Scott Leckie, *The Justiciability of Housing Rights*, en *The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights*, SIM Special No. 18, 1995, pp. 35-76 y; Danie Brand and Christof Heyns (editors), *Socio-Economic Rights in South Africa*, Pretoria University Law Press, Cape Town, 2005, pp. 107-51. Esto, claro está, es independiente de la posibilidad de hacer justiciables los DESC por vías indirectas, tales como el reclamo de la violación de derechos civiles y políticos como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley o el debido proceso. Para una descripción de estrategias indirectas de justiciabilidad de los DESC ver, Christian Courtis, "Estrategias de utilización de acciones de interés público en defensa de derechos económicos, sociales y culturales" en *Defensa Jurídica del Interés Público. Enseñanza, estrategias, experiencias*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales No. 9, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, Octubre 1999, pp. 95-126; Victor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Prólogo de Luigi Ferrajoli, Editorial Trotta, Madrid 2002, pp. 168-220 y; Tara Melish, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano: Manual para la Presentación de Casos*, Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights, Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), Quito, 2003, pp. 37-45.

¹⁵ Roberto Gargarella, “Should deliberative democrats defend the judicial enforcement of social rights?” en, *Deliberative Democracy and its Discontents*, Samantha Besson y Jose Luis Marti (Eds.), Ashgate Publishing Group, 2006, pp. 233-251.

¹⁶ A tiene un derecho a que B satisfaga C, como en la expresión: “Javier tiene derecho a que el Estado le garantice el más alto nivel de salud posible”

¹⁷ A puede reclamar judicialmente C a través de una demanda o acción judicial en contra de B, como en la expresión: “Javier puede demandar al Estado por el incumplimiento de su obligación de respetar, garantizar y satisfacer su derecho al disfrute del más alto nivel de salud posible”

¹⁸ Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Prólogo de Robert Alexy, Universidad Nacional de Colombia, LEGIS, Bogotá, 2005, p. 17.

¹⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1995,

²⁰ Juan Antonio Cruz Parceró, *El lenguaje de los derechos: Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Prólogo de Francisco J. Laporta, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

En consecuencia, el concepto mismo de derecho subjetivo no debe ser tomado como equivalente del de “garantía judicial”.²¹

(II)

Como indiqué en la introducción, luego de haber respondido de modo general a la pregunta sobre la justiciabilidad de los derechos sociales, es necesario detenerse en algunas dificultades que la técnica judicial experimenta en materia de derechos sociales (tal vez, en la de todo derecho). Tales dificultades no son insalvables, pero sí deben ser tenidas en cuenta a la hora de defender una forma específica de protección judicial de los derechos sociales: el test de razonabilidad.

a) Protección judicial efectiva de los derechos sociales.

Considero que una de las primeras cuestiones que debemos tener en cuenta a la hora de pensar en formas específicas de justiciabilidad de derechos sociales, es que, tal y como lo ha establecido el Comité DESC, el derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse necesariamente en el sentido de que exige siempre un recurso estrictamente *judicial*. Los recursos administrativos en muchos casos son adecuados, y quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado Parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto.²² Consecuentemente, la amplia gama de posibilidades procesales de justiciabilidad de los DESC no debe ser equiparada con los recursos judiciales clásicos, tales como el amparo de derechos constitucionales. Por el contrario, los recursos a disposición de una víctima de la violación de algún DESC no se definen por su naturaleza procesal, sino por su idoneidad y efectividad en el caso concreto.²³

b) Protección judicial vs. Activismo Judicial en materia de derechos sociales.

También resulta fundamental el evitar un acercamiento al problema de la justiciabilidad de los DESC que desconozca la inevitable complementariedad de las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales, al interior de un sistema democrático. Como bien sabemos, una de las objeciones más importantes en contra de los DESC es que ellos conducen a un desplazamiento de la política social desde la competencia del Poder

²¹ Y aunque así lo fuera, esto no justifica el incumplimiento estatal de la obligación convencional de crear tales garantías, precisamente con miras a *garantizar* el goce efectivo de los derechos sociales.

²² Aunque el Comité del PIDESC agrega la siguiente *provisio*: “[...] esos recursos administrativos deben ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces. También es conveniente muchas veces establecer un derecho último de apelación judicial con respecto a los procedimientos administrativos de este tipo. Por el mismo motivo, hay algunas obligaciones [...] respecto de las cuales parecería indispensable el establecimiento de algún tipo de recurso judicial para que pudieran considerarse cumplidas las prescripciones del Pacto. En otras palabras, cuando un derecho reconocido en el Pacto no se puede ejercer plenamente sin una intervención del poder judicial, es necesario establecer recursos judiciales.” Comité del PIDESC, Observación General N° 9: *La aplicación interna del Pacto*, E.C/12/1998/24, 3 de diciembre de 1998, Párr. 9.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, Párrs. 64-66.

Legislativo o Ejecutivo a la del Poder Judicial.²⁴ Aunque esta es una objeción sugerente en contra del carácter justiciable de los DESC, creemos que no constituye un argumento insalvable.

De un lado, sabemos que la debida interpretación de *todo* derecho humano, incluso un derecho civil y político, implica el cumplimiento de obligaciones positivas -en algunos casos, presupuestarias- que pesan sobre el Gobierno.²⁵ En estos casos, los críticos difícilmente sostendrán que los jueces carecen de competencia para pronunciarse sobre el contenido de tales derechos, a pesar de sus consecuencias en los otros poderes del Estado. De otro lado, resulta importante comprender que la actividad jurisdiccional en materia de DESC no es equivalente a “activismo judicial”. Tal y como lo demuestra un estudio más detenido de la dogmática y de la jurisprudencia internacional y comparada, los jueces tienen a su alcance un amplio abanico de posibilidades de intervención en materia de DESC. Estas formas de intervención judicial van desde: 1) la mera declaración judicial de la violación de un DESC; 2) pasando por sentencias declarativas que solicitan el Estado la adopción de medidas: a) sin especificar cómo y sin fijar un plazo determinado, b) sin especificar cómo, pero obligando a actuar dentro de un plazo determinado; 3) a declarar la violación de un DESC, identificando las medidas específicas que deben ser adoptadas y dentro de qué plazo determinado.²⁶

En otras palabras, del principio de separación de los poderes del Estado no debe deducirse una lectura de las funciones judiciales que resulte incompatible con el imperio del Derecho.²⁷ Las posibilidades de revisión judicial en materia de derechos sociales son siempre variadas, desde algunas más o menos deferentes con el poder legislativo y con la administración del Estado –como las indicadas más arriba-, pasando por aquellas que incorporan la defensa de mínimos esenciales o vitales respecto de cada derecho social²⁸ o finalmente, ciertas técnicas de revisión judicial que, en el contexto de la limitación estructural de los recursos, se fundan en criterios de razonabilidad.

²⁴ Esta objeción es identificada por Alexy como el argumento *formal* en contra de los derechos sociales fundamentales. Robert Alexy, “Derechos sociales fundamentales”, en M. Carbonell, J. A. Cruz Parceró y R. Vázquez, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, p. 74.

²⁵ Stephen Holmes and Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton & Company, New York, London, 1999, pp. 13-48/59-76.

²⁶ Cecile Fabre, *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 148. Ver, adicionalmente, Gerardo Pisarello, “Los derechos sociales en el Constitucionalismo Moderno: Por una articulación compleja de las relaciones entre Política y Derecho”, en M. Carbonell, J. A. Cruz Parceró y R. Vázquez, *op. Cit.*, nota N° 24, pp. 111-135 y; Cass R. Sunstein, *The Second Bill of Rights: FDR'S Unfinished Revolution and Why We Need It More than Ever*, Basic Books, New York, 2004.

²⁷ Como ha señalado el Comité del PIDESC: “Dentro de los límites del ejercicio adecuado de sus funciones de examen judicial, los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto cuando sea necesario para garantizar que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto. La omisión por los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.” Comité del PIDESC, *Observación General 9*, Párr. 14.

²⁸ Resulta instructiva en esta materia la jurisprudencia constitucional Colombiana de casos sobre el llamado “estado de cosas inconstitucionales” (Sentencia SU-559 de 1997) y sobre “mínimo vital” (entre otras, Sentencia SU-225 de 1998, T-850 de 2002 y T-680 de 2003). En esta materia, ver Mauricio García Villegas, “Derechos Sociales y Necesidades Políticas. La Eficacia Judicial de los Derechos Sociales en el Constitucionalismo Colombiano”, en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Tomo I, Varios Editores, Bogotá, 2001, pp. 455-83.

c) **El test de razonabilidad y los derechos sociales.**

Quiero sugerir ante ustedes, que existe una manera correcta de entender el rol de la protección judicial de los derechos sociales: el test de razonabilidad. En mi opinión, la fortaleza de este acercamiento radica en su compatibilidad con: 1) los compromisos normativos de un estado social y democrático de derecho y; 2) con la necesaria deferencia al poder político al interior de una república democrática.

¿A qué se refiere el denominado test de razonabilidad en la adjudicación de derechos sociales? El “test de razonabilidad” surge de la práctica de control de constitucionalidad de derechos sociales del Tribunal Constitucional Sudafricano. En el contexto de la necesidad de dotar de significado a la expresión “avanzar razonablemente” hacia el pleno goce de los derechos sociales reconocidos por el texto constitucional sudafricano, el Tribunal Constitucional de este país ha propuesto en una serie de casos una particular forma de entender el rol de la judicatura en el respeto de este tipo de derechos.²⁹ La noción de razonabilidad se encuentra diseñada para permitir un grado de control judicial respecto de las decisiones tomadas por otros poderes del estado, mientras se reconoce la necesidad de contar con un cierto *margen de apreciación*, con el que el órgano que decide originalmente cuenta para llegar a tomar su resolución. Así, sólo se faculta al tribunal a sustituir la decisión original con su propia decisión, en la medida en que la primera caiga fuera del margen de apreciación con el que cuenta ese órgano.³⁰

Pues bien, asumiendo que el test de razonabilidad nos parece una forma adecuada, en principio, para la adjudicación de derechos sociales ¿Qué tipo de cuestiones podría revisar un tribunal en ejercicio de dicho test? Para ser consideradas como “razonables”, las medidas adoptadas deben cumplir con, a lo menos, los siguientes requisitos.³¹

- a) Las medidas deben ser comprensivas (el programa adoptado por el Estado debe hacerse cargo de todos los aspectos críticos presentes en la realización de todo derecho social) y coordinadas (el programa debe ser coherente como un todo, identificando precisamente los distintos niveles y esferas de responsabilidad de cada institución gubernamental).
- b) Deben existir los recursos financieros y humanos necesarios para implementar las medidas decretadas por el Estado (de lo contrario, la medida resultaría ser meramente formal y fútil).

²⁹ Son de destacar en este sentido, las decisiones Sudafricanas sobre vivienda, salud y seguridad social en casos como *Soobramoney v Minister of Health (Kwa-Zulu-Natal)*, Constitutional Court of South Africa CCT 32/97, 26 November 1997; High Court of South Africa, Cape of Good Hope Provincial Division y; *Minister of Health et al. vs. Treatment Action Campaign (TAC) et al.* Constitutional Court of South Africa, CCT 8/02, 5 July 2002; *Grootboom v Oostenberg Municipality & Ors* [1999] ICHRL 173, 17 December 1999 y; *Khosa v. Minister of Social Development* 2004 6 SA 505 (CC).

³⁰ David Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 142. Como sabemos, la idea de un “margen de apreciación” no es nueva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Europea de Derechos Humanos. Para una explicación de la doctrina del margen de apreciación, ver P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, SIM, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, Third Edition, 1998, pp. 92-95.

³¹ Sigo en este punto la excelente presentación de las diversas dimensiones de razonabilidad tomadas de la jurisprudencia sudafricana por Dannie Brand en Danie Brand and Christof Heyns (editors), *Socio-Economic Rights in South Africa*, Pretoria University Law Press, Cape Town, 2005, pp. 47-52.

- c) Las medidas adoptadas por el Estado deben ser razonablemente concebidas y razonablemente implementadas (cuestión que importa que las medidas no sólo sean adoptadas en el papel, sino que, además, puedan ser efectivamente llevadas a cabo).
- d) Las medidas provistas por el Estado deben balanceadas y flexibles -capaces de responder a las crisis y a las necesidades inmediatas, de mediano y largo plazo.
- e) Las medidas decretadas por el Estado no deben excluir segmentos significantes de la sociedad, ni dejar de considerar aquellos niveles de protección de cada derecho que han quedado fuera del plan, siendo siempre capaz de responder a los niveles de privación extrema que experimentan aquellos que viven en condiciones desesperadas.
- f) Finalmente, las medidas adoptadas deben ser transparentes en el sentido de que ellas deben ser conocidas por la población tanto durante su concepción como cuando ellas ya han sido efectivamente implementadas.

En mi opinión, la primera gran fortaleza del test de razonabilidad estriba en que éste permite balancear adecuadamente los principios de deferencia al legislador (autonomía política), con las justas exigencias del estado de derecho (control jurídico). Estamos bastante acostumbrados a escuchar críticas sobre el supuesto uso excesivo de herramientas judiciales –tales como el amparo de derechos- para la solución anti-mayoritaria de problemas políticos. Pero el test de razonabilidad apunta, precisamente, a no distorsionar el débil equilibrio entre generación política de las leyes y el control estricto del respeto por los derechos fundamentales –el que, a su vez, no tiene porqué implicar ausencia de efectos políticos en las decisiones judiciales.

Como lo sugieren las dimensiones de control identificadas más arriba, lo que se busca con el test de razonabilidad es advertir si las medidas “ya decididas”, “ya diseñadas”, “ya discutidas políticamente”, resisten o no un control básico de su coherencia, generalidad y efectividad. En otras palabras, queremos saber si, *sobre los niveles mínimos o esenciales de decencia* que una sociedad libre democrática se da a si misma, la discrecionalidad ejercida por la autoridad se enmarca o no dentro de los contornos fijados por la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.³² Y lo anterior no importa reemplazar a la autoridad política o administrativa en el legítimo ejercicio de sus funciones legislativas y/o ejecutivas. De así hacerlo, estaríamos frente a un complejo y no deseado escenario de usurpación judicial del espacio político.

Lo que quiero sostener ante Uds. es que ni el legislador ni el ejecutivo pueden esperar — a lo menos, sensatamente- que sobre ellos no recaiga ninguna forma de control judicial de sus actos, particularmente cuando los mismos afectan el ejercicio de ciertos poderes morales fundamentales –representados en la forma de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Es por ello que en un Estado de Derecho, los derechos actúan como límites, como control de una discrecionalidad fuerte que nos ayuda a evitar formas “dominadas” de relación entre el poder político y los ciudadanos. Nada más, pero nada menos.

³² Según lo concibo, el test de razonabilidad sólo entra en acción a la usanza de los juicios de ponderación. Esto es, tratándose de niveles mínimos o esenciales de subsistencia y vida decente, las sociedades democráticas y con escasez moderada satisfacen *a todo evento* tales necesidades básicas. Los juicios de razonabilidad, en consecuencia, sólo entran en juego una vez satisfechas las exigencias de niveles mínimos o esenciales de cada derecho, los que se determinan progresivamente y en base a indicadores de progresividad determinados por la comunidad internacional.

En otro lugar ya ha sugerido que una de las principales fortalezas de los derechos sociales es que ellos permiten defender adecuadamente los valores de libertad, igualdad y deliberación necesarios para el logro de una cohesión social auténticamente democrática.³³ Pero no sólo eso. A diferencia del Estado Social clásico, en el Estado Social Democrático de Derecho (o Estado Social Constitucional) los derechos sociales dejan de ser concebidos como derechos programáticos, y pasan a tomar la estructura y contenido de los derechos fundamentales; es decir, se consideran como posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria.³⁴ Tal definición de derecho fundamental posee una principal virtud: asocia directamente el concepto de derecho fundamental al concepto de democracia³⁵, permitiéndonos así, transitar desde acercamiento puramente analítico, al normativo.

Pues bien, según me parece advertir, y con esto concluyo, una segunda virtud del test de razonabilidad radica en que el mismo busca hacer sentido de los compromisos normativos del Estado Social y Democrático de Derecho. Al orientarse hacia el control de políticas públicas y legislación indecentes –como en el caso de la violación de mínimos vitales- y de formas no razonables del cumplimiento de la obligación de avanzar progresivamente hacia el pleno goce de los derechos sociales –como el caso de no satisfacción del test de razonabilidad- lo que los tribunales hacen es verificar, en la especie, nuestros compromisos normativos más fundamentales. Y al hacer esto, los jueces no se transforman ni en legisladores ni en *policy makers*. Más bien, pasamos a concebir la idea de justiciabilidad de los derechos sociales como una herramienta más del Estado de Derecho; una forma de actividad legítima y necesaria del Poder Judicial que busca, nada más ni nada menos, que velar por la aplicación objetiva, informada y coherente de las leyes y políticas que nos hemos dado a nosotros mismos.

Por ello, después de todo, los derechos sociales son el test con el que contamos para definirnos coherentemente como miembros de una comunidad ordenada en torno al Estado de Derecho y la Igualdad Social.

³³ Nicolás Espejo Yaksic, “¿Quién debiera creer en los derechos económicos, sociales y culturales?”, en Gutiérrez, Juan Carlos (Ed.), *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Programa de Cooperación Sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, México, Ciudad de México, 2005, pp. 27-40 y; Christian Courtis y Nicolás Espejo, "Por un contrato de cohesión social: algunos apuntes exploratorios", CEPAL, Serie Políticas sociales N° 129, 2007, pp. 1-43, en http://www.eclac.org/publicaciones/xml/3/28463/sps_LCL2699.pdf

³⁴ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986 y; Gerardo Pisarello, ‘El Estado Social como Estado Constitucional: Mejores Garantías, Mas Democracia’, en V. Abramovich, M.J. Añón, C. Courtis, *Derechos Sociales: Instrucciones de uso*, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, D.F., 2003.

³⁵ Roberto Arango, *Op. Cit.*, nota 18, p. 31.