
La exigibilidad judicial de los derechos sociales básicos: un imperativo del principio de igualdad

*The judicial enforcement of basic social rights:
a requirement of the principle of equality*

RECIBIDO: 2012-09-05 / ACEPTADO: 2012-10-30

María Marta DIDIER

Profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad Católica de Santa Fe (Argentina)
Universidad Católica Argentina (sede Paraná)
mdidier@ius.austral.edu.ar

Resumen: En el presente artículo se analiza la cuestión concerniente a la posibilidad de exigir judicialmente los derechos sociales básicos. Para ello, se desarrollan las relaciones existentes entre el principio de igualdad y los derechos sociales, proponiéndose que éstos no sólo constituyen exigencias de la igualdad de hecho, sino también de la igualdad *de iure*. Asimismo, se sostiene que reconocer sólo a los derechos civiles y políticos el carácter de justiciables, denegándoselos a los derechos sociales básicos, implica una distinción de trato irrazonable, y por ello discriminatoria, que se encuentra afectada por una presunción de inconstitucionalidad. Finalmente, la autora se detiene en la exposición de los argumentos y contra argumentos esgrimidos a favor y en contra de la exigibilidad judicial de los derechos sociales básicos, con el objetivo de demostrar la irrazonabilidad del trato desigual que supone la negativa a reconocer el carácter justiciable de éstos últimos.

Palabras clave: derechos sociales; derechos civiles y políticos; judicialización; igualdad; igualdad *de iure*; igualdad de hecho; razonabilidad; discriminación.

Abstract: This article discusses the possibility of judicial enforcement of basic social rights. The relationships between the principle of equality and social rights are described to this purpose, concluding that these rights are not only a requirement for *de facto* equality, but also a requirement for *de jure* equality. Moreover, the author argues that the recognition of only civil and political rights as judicially enforceable, excluding basic social rights, entails an unreasonable distinction of treatment, which is therefore discriminatory, being thus affected by a presumption of unconstitutionality. Finally, the discussion is centered in the arguments in favor and against the judicial enforceability of basic social rights, aiming to demonstrate the unreasonability of the unequal treatment that occurs when judicial enforceability is denied.

Palabras clave: social rights; civil and political rights; judicial enforcement; equality; *de iure* equality; *de facto* equality; reasonability; discrimination.

Sumario: 1. Introducción. 2. Igualdad y Derechos sociales. 2.1. La igualdad de hecho: igualdad de oportunidades e igualdad de resultados. 2.2. Igualdad de derechos. 3. La exigibilidad judicial de los derechos sociales: argumentos y contra argumentos. 3.1. Primer argumento: la libertad de los poderes legislativo y ejecutivo para la configuración del presupuesto. 3.2. Primer contra argumento: la libertad de los poderes legislativo y ejecutivo para la configuración del presupuesto no es absoluta, está sujeta al control de constitucionalidad. 3.3. Segundo argumento: el régimen democrático exige que los jueces respeten la voluntad popular en materia de derechos sociales. 3.4. Segundo contra argumento: la democracia supone y exige el efectivo goce de los derechos sociales. 3.5. Tercer argumento: la falta de conocimientos técnicos y de una visión global por parte del Poder Judicial. 3.6. Tercer contra argumento: el Poder Judicial no debe adoptar decisiones técnicas, sino juzgar la razonabilidad de la actuación del Estado para la satisfacción del derecho reclamado. 3.7. Cuarto argumento: el carácter más oneroso de los derechos económicos, sociales y culturales. 3.8. Cuarto contra argumento: los derechos civiles y políticos también implican erogaciones para el Estado. 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se abordará la problemática vinculada con la exigibilidad judicial de los derechos sociales, es decir, se analizará si los derechos sociales constituyen meros principios rectores de la política social y económica del Estado, y por ello no son “derechos”, sino que, en términos de Dworkin, revestirían la condición de “directrices políticas”¹; o si, por el contrario, los derechos sociales confieren la facultad de exigir judicialmente su cumplimiento.

No obstante que “... la mayoría de las Constituciones de América Latina, la de España y la de Portugal estén alineadas dentro del denominado constitucionalismo social, se ha repetido hasta el hartazgo que las normas que establecen derechos sociales son sólo normas programáticas, que no otorgan derechos subjetivos en el sentido tradicional del término, o que no resultan justiciables. De este modo, se traza una distinción entre el valor normativo de los denominados derechos civiles –o derechos de autonomía, o derechos libertades–, que sí se consideran derechos plenos, y los derechos sociales, a los que se asigna un mero valor simbólico o político, pero poca virtualidad jurídica”².

En primer lugar, se desarrollarán los argumentos mediante los cuales se defenderá la tesis conforme a la cual el reconocimiento efectivo de los derechos sociales constituye un imperativo del principio de igualdad, el qué, como es sabido, posee dos dimensiones, la igualdad jurídica, formal o *de iure* y la igualdad sustancial, material o de hecho. Si bien los derechos sociales fueron siempre vinculados con la igualdad material, como se justificará más adelante, ellos también se derivan de las exigencias que plantea la igualdad *de iure*.

En segundo lugar, se tratará el problema de la justiciabilidad de los derechos sociales y su relación con el principio de igualdad. Para ello, se analizarán los argumentos y contraargumentos que se han esgrimido para rechazar o admitir la judicialización de los derechos sociales; concluyendo en que rechazar su exigibilidad judicial cuando éstos tienen por objeto las

¹ DWORKIN, R., *Taking rights seriously*, Duckworth, London, 1977. Se cita de la ed. en castellano: *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1989, p. 72.

² ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en GARGARELLA, R. (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, T. II, Derechos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pp. 973-974.

necesidades básicas de la persona humana, comprometiendo la posibilidad de una existencia digna, carece de una justificación objetiva y razonable, suponiendo un trato desigual *de iure* irrazonable y discriminatorio.

2. IGUALDAD Y DERECHOS SOCIALES

Existe amplio consenso en reconocer que la igualdad, entendida como valor, como principio y como derecho, posee dos dimensiones: igualdad formal, jurídica o *de iure* e igualdad material, sustancial o de hecho, sin que "...ello sea óbice para reconocer el carácter unitario y dinámico de la igualdad, como valor y principio ético, político y jurídico que presenta dos vertientes, pero que no son incompatibles, sino complementarias entre sí"³.

La igualdad *de iure* se identifica con el principio de igualdad ante la ley, el que se proyecta en diversas facetas: a) igualdad en la norma jurídica general, obligando al creador de la norma a no efectuar distinciones arbitrarias o irrazonables; b) igualdad frente a la norma jurídica, vinculando de este modo al órgano encargado de aplicarla y c) igualdad de derechos, significando que todos los hombres son titulares por igual de determinados derechos, calificados como derechos humanos⁴. Esta última faceta implica que quien conceda a algunos seres humanos y deniegue a otros el goce de uno o más derechos humanos, incurrirá en un supuesto de discriminación por impartir un trato desigual irrazonable.

La igualdad de hecho "...atiende a las condiciones de los sectores o grupos de personas social, económica o culturalmente menos favorecidos, e impone al Estado, mediante la realización de acciones positivas, el deber de remover los obstáculos que impidan a tales personas un ejercicio real y efectivo de sus derechos fundamentales, como así también gozar de una igualdad de oportunidades o de resultados, según los bienes y aspectos con relación a los cuales se pretenda alcanzar dicha igualdad"⁵.

³ FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, M. E., "¿Podemos invocar la igualdad en contra de la igualdad?", *Humana Iura*, n° 45, p. 222. La autora señala que en esta línea se encuentran, entre otros, Pérez Luño, 1981, pp. 274-275; Ferrajoli, 1990, pp. 947 y ss.; Ruiz Miguel, 1994, pp. 86-87.

⁴ Sobre las distinciones entre igualdad en la ley, frente a la ley y de derechos, cfr. BOBBIO, N., *Igualdad y libertad...*, pp. 70-76. Cabe aclarar que Bobbio no utiliza el concepto "derechos humanos", sino "derechos fundamentales constitucionalmente garantizados".

⁵ DIDIER, M. M., *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, pp. 35-36.

Generalmente se ha sostenido que los derechos sociales constituyen una exigencia de la igualdad de hecho y la superación de un derecho a la igualdad concebido en su dimensión exclusivamente formal. Así es que el denominado constitucionalismo social pretendió trascender esta visión reductiva de la igualdad, mediante la incorporación a las Constituciones de los denominados derechos sociales o de segunda generación. Acentuó la función social de los derechos individuales y se preocupó por estructurar un orden social y económico a fin de lograr la remoción de los obstáculos que permita a todos los hombres una igualdad de oportunidades, un ejercicio real y efectivo de las libertades y derechos subjetivos⁶.

De tal modo, los derechos sociales fueron concebidos como una intervención correctora de los poderes públicos, evitando que la libertad se convierta en coartada para la explotación de los débiles y la igualdad formal devengue en cobertura ideológica de la desigualdad material⁷. “Los derechos sociales han sido introducidos precisamente para enmendar este despropósito; la política social del Estado debe ser, por tanto, un agente compensador nivelador que contrarreste (en parte) la dinámica de desigualdad generada por la economía de mercado”⁸.

En tal sentido, se ha señalado que el principio de igualdad material ha tenido gran valor “... para la fundamentación de los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos constituyen la categoría complementaria de las libertades tradicionales en la configuración del sistema de los derechos fundamentales de los regímenes políticos democráticos. Su razón de ser estriba en asegurar el marco de condiciones materiales para el pleno desarrollo de la personalidad”⁹.

2.1. *La igualdad de hecho: igualdad de oportunidades e igualdad de resultados*

La igualdad de hecho ha sido entendida de diversos modos. Así, mientras que para las tendencias liberales ésta ha de expresarse como igualdad de oportunidades para el libre desarrollo de la personalidad o de los planes de vida,

⁶ Cfr. BIDART CAMPOS, G. J., *Manual de derecho constitucional argentino*, Ediar, 2ª ed., Buenos Aires, 1980, p. 348.

⁷ Cfr. CONTRERAS PELÁEZ, F. J., *Derechos sociales. Teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 26.

⁸ *Ibidem*.

⁹ PÉREZ LUÑO, A. E., “Dimensiones de la igualdad material”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº 3 (1985), p. 282.

para las teorías de influencia socialista ha de comprender también la igualdad de resultados, esto es, “... la garantía de unos niveles mínimos de bienestar básico para todos con independencia de su contribución directa al proceso productivo o del libre ejercicio de sus capacidades”¹⁰.

En efecto, la igualdad de oportunidades no garantiza el libre desarrollo de la personalidad si no está acompañada por una igualdad de resultados. El problema reside en determinar en qué aspectos ha de garantizarse una igualdad de resultados o en los puntos de llegada, y es aquí donde otra vez nos encontramos con diferentes respuestas según la teoría del Estado y de la justicia que se sustente.

No obstante las diversas teorías que se han desarrollado al respecto, parece evidente que la igualdad de resultados ha de alcanzarse en lo que se refiere a la satisfacción de las necesidades básicas, tales como la alimentación, la salud, la seguridad social, la vivienda, la educación y la cultura, las que se expresan a la manera de derechos fundamentales sociales mínimos, como pueden ser “... el derecho a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica”¹¹.

De modo similar, Finnis afirma que “con respecto a la realización de los bienes humanos básicos, hasta un cierto nivel mínimo para cada miembro de la comunidad, el criterio principal es la necesidad”¹². El contenido de los bienes humanos básicos se identifica al menos en parte con el de las necesidades básicas, aunque es más amplio puesto que constituyen principios pre-morales dotados de una mayor generalidad. Tales bienes humanos consisten en aspectos básicos de la plena realización humana; Finnis menciona a la vida, que incluye la salud y la procreación, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la sociabilidad o amistad, la razonabilidad práctica y la religión, en el sentido de reflexión sobre si hay un origen trascendente del orden de cosas universal, de la libertad y razón humana¹³.

¹⁰ *Ibid.*, p. 275.

¹¹ ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994. Se cita de la ed. en castellano: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Garzón Valdés, E., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 495.

¹² FINNIS, J., *Natural law and natural rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980. Se cita de la ed. en castellano *Ley natural y derechos naturales*, estudio preliminar de CRISTÓBAL ORREGO, S., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 203.

¹³ Cfr. *ibid.*, pp. 113-129.

La doctrina constitucional parece estar de acuerdo con que la igualdad material impone satisfacer las necesidades básicas que comprometen la existencia digna de la persona humana; o sea “... asegurar a todos un mínimo vital indispensable para el respeto de la dignidad de la persona y para el ejercicio de los derechos fundamentales...”¹⁴. En forma coincidente, también se ha postulado la existencia de un mínimo social al que toda persona debería tener acceso y respecto del cual “... opera una consideración de urgencia, que justifica que los jueces intervengan prohibiendo que se viole ese mínimo u ordenando que se adopten medidas tendientes a su satisfacción. (...) Entre los derechos sociales fundamentales, cuya defensa por vía judicial se encuentra legitimada, pueden enumerarse el derecho a un nivel mínimo para los salarios y jubilaciones, el derecho a una prestación por desempleo, el derecho a servicios de salud y educación, etc. Medidas de gobierno que violen o nieguen estas prestaciones mínimas deben ser invalidadas por los jueces. Por encima de este mínimo de derechos la intervención judicial debería, correlativamente, ser más cautelosa”¹⁵.

Así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español, al hacer referencia a “pautas de prestaciones mínimas que deben proporcionarse a los ciudadanos”¹⁶, y el Tribunal Constitucional Alemán ha resuelto que la exigencia de proteger la dignidad de la persona no puede ser solamente un derecho de defensa negativo, sino que existe también un derecho del individuo a una actuación positiva del Estado. Por ello, si la dignidad de la persona es amenazada por necesidades materiales, es preciso combinar el artículo 1.1. con el 2.2., 20 y 28 de la Ley Fundamental, de lo que resulta el derecho a un mínimo de seguridad social, es decir, el derecho a la concesión de una existencia material digna¹⁷. De igual modo, la Corte Suprema de Argentina a partir de lo dispuesto en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22 de la Constitución argentina) y con relación a

¹⁴ CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de estudios políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, nº 84 (abril-junio 1994), p. 283.

¹⁵ ALEGRE, M., “Igualitarismo, democracia y activismo judicial”, en ALEGRE, M. y GARGARELLA, R. (coord.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 156-159.

¹⁶ STC 32/1981.

¹⁷ Cfr. BverfGE 1, 97, citada por CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material...”, ob. cit., p. 284.

determinados derechos sociales, como el derecho a la salud, a la alimentación y a la vivienda, ha admitido reclamos judiciales tendientes a hacer efectivos los derechos precitados. En tal sentido, con respecto al derecho a la salud ha destacado “... la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la medicina prepaga”¹⁸. Asimismo, la Corte Suprema de Argentina ha otorgado carácter operativo al derecho a la alimentación, en el precedente “Rodríguez, K. V. c. Estado Nacional y otros”¹⁹. En dicha oportunidad, dio lugar a la acción de amparo promovida contra el Estado Nacional, la provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Quilmes, condenando a estas dos últimas a proveer a los hijos menores de la actora los alimentos necesarios para asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas, ordenando asimismo se realicen controles sobre la evolución de su salud. Con relación al derecho a la vivienda, si bien no le reconoció una operatividad directa, en el sentido de que todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por vía judicial, le reconoció el carácter de derecho con operatividad derivada, el que consagra obligaciones de hacer a cargo del Estado y está sujeto al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Así, sostuvo que “... hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ella sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona”²⁰.

¹⁸ “Recurso de Hecho deducido por la demandada en la causa Campodónico de Beviaqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, Fallos 323:3229 (2000), considerando 16. En el caso, la Corte Suprema confirmó la sentencia recaída en un juicio de amparo interpuesto contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, por la que se había condenado a dicho Ministerio a entregar las dosis necesarias de una medicación de nombre comercial Neutromax 300, indispensable para el tratamiento de un menor que había nacido con un padecimiento grave en su médula ósea, el que disminuía sus defensas inmunológicas. Cabe señalar que en el caso, la obra social a la que pertenecía la madre del niño no estaba en condiciones de asumir la regular cobertura de la precitada medicación, habida cuenta de que la Asociación de Clínicas y Sanatorios del Sur de Córdoba había suspendido el convenio con dicha obra social por falta de pago de las prestaciones, encontrándose los afiliados sin cobertura médica y asistencial.

¹⁹ Cfr. Fallos 329:553 (2006).

²⁰ CSJN, “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la ciudad de Buenos Aires s/amparo”, 24 de abril de 2012, considerandos 11 y 12.

A partir de lo expuesto, cabría afirmar que el principio de igualdad material o de hecho exige tanto una igualdad de oportunidades para el libre desarrollo de la personalidad, como una igualdad de resultados. Determinar en qué aspectos ha de lograrse esta igualdad en los puntos de llegada dependerá de la teoría del Estado y de la justicia que se sustente, como así también de las circunstancias históricas. No obstante ello, existe cierto consenso en la doctrina constitucional de los Estados occidentales democráticos acerca de que la igualdad de resultados ha de garantizarse como mínimo en lo que se refiere a la satisfacción de las necesidades básicas, las que constituyen el objeto de los derechos fundamentales sociales, además de presupuestos indispensables para el ejercicio de la libertad. Tales necesidades comprenden no sólo los medios materiales de subsistencia –alimentación, vestimenta, salud y vivienda–, sino también los recursos intelectuales o culturales –la formación escolar y profesional–. Es esta igualdad de resultados la que complementa y hace posible una efectiva igualdad de oportunidades.

2.2. *Igualdad de derechos*

En el presente, se defenderá la tesis conforme a la cual la exigibilidad judicial de los derechos sociales básicos, no tiende únicamente a hacer efectiva una igualdad de oportunidades y de resultados, sino que también constituye una exigencia derivada de la igualdad *de iure*, en tanto ella supone que todos los hombres son titulares por igual de los derechos humanos.

Tal como se expuso en el epígrafe 2., una de las facetas de la igualdad *de iure* se traduce en la igualdad de derechos, significando que todos los hombres son titulares por igual de determinados derechos, calificados como derechos humanos.

A esta igualdad se refiere la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando establece que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. En el mismo sentido, con relación a la igualdad de todos los hombres en el goce de los derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 1.1. que: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición

social”. Asimismo, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Un principio fundamental de los derechos humanos es que “... no deben su origen a la condición o rol de la persona, sino que son inherentes al hecho de ser hombre: por eso (...), las declaraciones y pactos internacionales sobre esos derechos insisten reiteradamente que los posee todo hombre con independencia de cualquier condición”²¹.

Adviértase que entre las condiciones que se señalan como prohibidas para discriminar en el ejercicio de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales mencionados, se hace referencia a la “posición económica”, la que puede significar un obstáculo para el ejercicio efectivo tanto de los derechos civiles y políticos, como de los derechos sociales, puesto que la falta de recursos económicos suficientes podría hacer imposible o muy difícil el acceso a bienes indispensables para el desarrollo humano, tales como la alimentación, la salud, la educación básica. Tales bienes constituyen el objeto de los derechos sociales, pero también son condiciones necesarias para el goce de determinados derechos civiles y políticos. Pues resulta imposible disfrutar del derecho a la vida, si en primer lugar no se reconocen efectivamente los derechos a la alimentación y a la salud. Así también, constituye un sin sentido proclamar la defensa de la libertad de expresión, si previamente no se tiene acceso a la educación básica, a fin de tener la capacidad para expresar las ideas.

Lo expuesto parte de considerar que los derechos sociales básicos son derechos humanos, entendiendo por estos últimos a aquellos derechos que le son atribuidos al hombre por la sola condición humana, que son pre-existentes al ordenamiento jurídico positivo y que se fundamentan en la dignidad humana.

²¹ HERVADA, J., “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la Filosofía del Derecho”, en *El iusnaturalismo actual*, MASSINI CORREAS, C.I. (comp.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 120-121.

Tal como se ha demostrado²², y sobre lo que no me extenderé por no ser el objetivo de este trabajo, comparto la idea de que no cabe formular una teoría coherente de los derechos humanos desde una concepción positivista del derecho, como así también entiendo que sólo desde una perspectiva iusnaturalista es posible referirse a los derechos humanos como núcleos jurídicos indisponibles que no constituyen una concesión del Estado, sino que son reconocidos como tales y se erigen como límites y exigencias frente al accionar del poder político.

Desde una concepción iusnaturalista del derecho tanto los derechos a la vida (incluido en las declaraciones internacionales de derechos civiles) como a la salud, a la alimentación y a la educación (los que forman parte de las declaraciones de derechos sociales) son derechos naturales originarios, o sea, derechos que "... proceden de la naturaleza humana considerada en sí misma y, por lo tanto, son propios de todos los hombres en cualquier estadio de la historia humana"²³. Si bien los derechos originarios derivados, como son el derecho a la alimentación, a la salud y a la educación, pueden verse afectados en la modalidad, la medida y la eficacia como consecuencia de las circunstancias históricas, no podrá desconocerse su titularidad, la que radica en la naturaleza humana²⁴.

Partiendo de la afirmación de que los derechos sociales básicos son derechos naturales y por tanto son derechos humanos, la negativa a hacerlos efectivos cuando ellos comprometen una existencia digna de la persona, y constituyen condición para el goce de los derechos civiles y políticos, se configura como una distinción de trato irrazonable, que adolece de una presunción de inconstitucionalidad. Ello, por cuanto conduce a un resultado discriminato-

²² Cfr. HERVADA, "Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la Filosofía del Derecho"..., ob. cit.; MASSINI CORREAS, C. I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994 y "Acerca del fundamento de los derechos humanos", en *El iusnaturalismo actual*, MASSINI CORREAS, C.I. (comp.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 187-214; SERNA BERMUDEZ, P., *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, EUNSA, Pamplona, 1990.

²³ HERVADA, J., *Introducción crítica al derecho natural*, 9ª ed., EUNSA, Pamplona, 1998, pp. 92-93.

²⁴ Conforme a lo señalado por Hervada, la historia no afecta el fundamento ni la titularidad de los derechos naturales originarios derivados, pero sí influye en: a) la modalidad del derecho, como puede ser el ejemplo del derecho a la educación, respecto del cual la modalidad dependerá de la edad del sujeto, pues una será la educación inicial debida al niño de 5 años y otra la educación primaria correspondiente al niño de 10 años; b) la eficacia del derecho, pero no el título mismo del derecho, como puede ser el supuesto de una enfermedad que le impide a una persona trabajar; y c) la medida del derecho; así, los derechos a la salud y a la alimentación no tendrán la misma medida en épocas de escasez (como puede ser un estado de posguerra) que en épocas de progreso y prosperidad (cfr. HERVADA, J., *Introducción crítica al derecho natural*..., ob. cit., pp. 100-104).

rio, al valerse de modo intencional o no intencional de la posición económica como criterio expresamente prohibido por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos para establecer diferencias en el reconocimiento efectivo de los derechos civiles y políticos. Tal como se expuso, del goce de los derechos sociales básicos y de su posibilidad de ser exigidos judicialmente por quienes carecen de medios económicos, depende el efectivo ejercicio de los derechos civiles y políticos, derechos cuya justiciabilidad resulta indiscutida y los que, como se ha proclamado, son reconocidos a todos los seres humanos, con independencia de cualquier condición, incluida la posición económica²⁵.

Quienes deniegan la justiciabilidad de los derechos sociales básicos deberían asumir todas las consecuencias derivadas de dicha afirmación, aceptando que ello también significa que todos tienen derecho a la vida siempre y cuando posean los recursos económicos suficientes para preservar su salud y procurarse los alimentos indispensables. En otros términos, ello implica subordinar el goce del derecho a la vida a la posición económica de las personas.

La Corte Suprema de Argentina, en el caso “Partido Nuevo Triunfo”²⁶, sostuvo que debe aplicarse un examen de razonabilidad más riguroso cuando se trata de clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos (también llamados sospechosos), por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional²⁷. Tales clasificaciones se presumen inconstitucionales, debiendo el defensor de la distinción de trato fundamentar y, en su caso probar, la razonabilidad del criterio empleado. La intensifica-

²⁵ Un análisis de la posición económica como criterio sospechoso de discriminación puede verse en MAURINO, G., “Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes”, en *El Derecho a la igualdad...*, ob. cit., pp. 313-343.

²⁶ Fallos 332: 433 (2009).

²⁷ El segundo párrafo del artículo 75, inciso 22 de la Constitución de la Nación Argentina establece que: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

ción del examen de razonabilidad exige para su superación la concurrencia de requisitos en algunos aspectos similares al escrutinio escrito aplicado por la Corte Suprema de los Estados Unidos²⁸.

En la misma línea seguida por la Corte Suprema de Argentina, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, si bien “la doctrina del sistema interamericano de derechos humanos no prohíbe todas las distinciones en el tratamiento del goce de los derechos y libertades protegidas (...) las distinciones basadas en los factores mencionados explícitamente en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, están sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto, en virtud de lo cual los Estados deben aportar un interés particularmente importante y una justificación cabal de la distinción”²⁹.

Basándose en los informes, opiniones consultivas y sentencias de los órganos del sistema interamericano, se ha señalado que “... con relación a las categorías enunciadas en el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deben aplicarse, en definitiva, las herramientas de análisis del escrutinio estricto”, concluyéndose en que “... las excepciones en el uso y goce de un derecho previstas por una ley que sean relativas a categorías sospechosas, padecen la presunción de afectar derechos fundamentales de las personas involucradas por la excepción”³⁰.

Con fundamento en los argumentos desarrollados, puede afirmarse que constituye un tratamiento desigual irrazonable admitir la judicialización de los derechos civiles y políticos, denegándosela a aquellos derechos sociales básicos o mínimos, que también revisten la condición de derechos humanos, que son requisitos indispensables para la existencia digna de la persona y para el ejercicio de aquéllos. Dicho tratamiento desigual produce como resultado una discriminación basada en la posición económica de las personas; por cuanto quienes reclaman el reconocimiento efectivo de los derechos sociales mínimos

²⁸ Sobre los juicios que integran el escrutinio estricto aplicado por la Corte Suprema de los Estados Unidos y sobre cómo dicho test de constitucionalidad se asemeja al aplicado por la Corte Suprema de Argentina para juzgar las distinciones basadas en alguno de los criterios expresamente prohibidos por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, cfr. DIDIER, M. M., *El principio de igualdad en las normas jurídicas...*, ob. cit., pp. 321-328.

²⁹ Comisión I.D.H., Informe sobre terrorismo y derechos humanos, 22 de octubre de 2002, párr. 338.

³⁰ GIARDELLI, L., TOLLER, F. y CIANCIARDO, J., “Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y la del sistema interamericano sobre el derecho a la igualdad”, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix – Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. IV, *Derechos fundamentales y tutela constitucional*, p. 342.

se encuentran en una situación de desventaja o inferioridad económica, por lo que no les resulta posible acceder a la satisfacción de las necesidades básicas por sus propios medios y de tal modo también poder gozar de los derechos civiles y políticos. En otros términos, denegar la justiciabilidad de los derechos sociales básicos no sólo se traduce en un menoscabo de tales derechos, sino también en la violación de aquellos derechos civiles y políticos que no pueden ser ejercidos sin el efectivo goce de los primeros.

La posición económica constituye un criterio de distinción expresamente prohibido por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, el que es considerado como “sospechoso”, por lo que se presume inconstitucional, recayendo sobre la parte que afirma la imposibilidad de exigir judicialmente los derechos sociales básicos la carga de superar el escrutinio estricto, justificando y probando la razonabilidad del trato desigual impartido entre los sujetos que reclaman éstos derechos y aquellos que accionan en defensa de los derechos civiles y políticos.

Finalmente, es preciso señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que el deber de respetar y garantizar los derechos humanos –dentro de los que se encuentran los derechos sociales– emana del principio de igualdad³¹, señalando que “existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional”³².

3. LA EXIGIBILIDAD JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES. ARGUMENTOS Y CONTRA ARGUMENTOS

En efecto, “... si algún tema ha dominado el debate en torno a los derechos sociales es la cuestión de su justiciabilidad, y es que el principal problema relacionado con los derechos sociales no es el de su validez sino el de su

³¹ Cfr. Corte I.D.H. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC 18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A, n° 18, párr. 86.

³² *Ibid.*, párr. 85.

justiciabilidad”³³. De allí, que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se ha discutido acerca de la posibilidad de exigir judicialmente el reconocimiento efectivo de los denominados derechos sociales, económicos y culturales, o también llamados derechos de la segunda generación. En torno a esta cuestión, se esgrimen argumentos contrarios y favorables desde diversas perspectivas, ya sea efectuando un análisis puramente iusfilosófico y politológico, o también desde un estudio de las normas iusfundamentales que forman parte del orden constitucional de cada país, lo que también implicará asumir una determinada posición acerca del concepto de derecho, de justicia y de Estado, por lo que no podrá prescindirse del debate iusfilosófico y politológico referido. Ello, por cuanto “la interpretación de la Constitución cobra, por tanto, una forma más o menos relacionada con la filosofía del derecho”³⁴, en virtud de que “... los discursos jurídicos, cualquiera sea su modo de vinculación al derecho vigente, no pueden moverse en un universo cerrado de las reglas jurídicas unívocamente fijadas. Esto es algo que se sigue de la propia estructuración del derecho moderno en reglas y principios. Muchos de estos principios son de naturaleza jurídica y simultáneamente de naturaleza moral, como fácilmente puede verse en el caso del derecho constitucional. Los principios morales del derecho natural racional se han convertido en los Estados constitucionales modernos en derecho positivo”³⁵. Por ello, “las modalidades argumentativas del derecho constitucional se abren así a los discursos metajurídicos, tanto más si se toman en consideración los principios de la Constitución”³⁶.

A continuación, sin pretender ser exhaustiva, ni agotar las razones que pueden ser invocadas, se desarrollarán algunos de los argumentos favorables y contrarios a la exigibilidad judicial de los derechos sociales, estructurándose el discurso a la manera de argumentos y contra argumentos, con el objetivo de someter a crítica las razones que tradicionalmente se han esgrimido en contra de la judicialización de tales derechos; como así también, con el fin de

³³ NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Los Derechos Sociales en las Nuevas Constituciones Latinoamericanas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 39.

³⁴ HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, p. 547.

³⁵ *Ibid.*, p. 545.

³⁶ ZAGREBELSKY, G., *Il Diritto mitte. Logge diritti giustizia*, Torino, Giulio Einaudi editore, S.p.a., 1992. Se cita de la ed. en castellano, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997, p. 116.

demostrar que la negativa a admitir reclamos judiciales en materia de derechos sociales mínimos o básicos constituye una decisión contraria al principio de igualdad, en tanto deniega a los seres humanos que se encuentran en una posición económica de inferioridad o debilidad, el acceso a aquellos bienes que resultan indispensables para la existencia digna de la persona humana y de tal modo, también obstaculiza e incluso imposibilita el ejercicio de los derechos civiles y políticos, sobre cuya justiciabilidad existe amplio consenso.

3.1. *Primer argumento: la libertad de los poderes legislativo y ejecutivo para la configuración del presupuesto*

Se ha sostenido que “... en el ámbito de la igualdad como diferenciación, sede de los derechos sociales, la primacía de su desarrollo corresponde a la ley y el papel del juez es subordinado en algunos aspectos esenciales (...) Las razones de esta primacía de la ley son las siguientes: (...) b) La competencia exclusiva del gobierno y del parlamento en la elaboración y aprobación del presupuesto y destino de los fondos públicos”³⁷.

3.2. *Primer contra argumento: la libertad de los poderes legislativo y ejecutivo para la configuración del presupuesto no es absoluta, está sujeta al control de constitucionalidad*

Con relación a la competencia exclusiva del gobierno y del parlamento en la elaboración y aprobación del presupuesto y destino de los fondos públicos, es preciso señalar que esta libertad de configuración no es absoluta, sino que como toda facultad de dictar normas jurídicas generales está sometida al control de constitucionalidad, el que se traduce en lo que la jurisprudencia ha denominado un “control de razonabilidad”. En este sentido, la Corte Suprema de Argentina ha resuelto con relación al derecho a la vivienda, que “... los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada (...), están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial (...). La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender

³⁷ PECES BARBA, G., “Reflexiones sobre los derechos sociales”, en Robert Alexy. *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, p. 99.

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”³⁸.

Con relación a ello, Alexy ha señalado que “... el sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo”³⁹. Remitiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, menciona casos vinculados con el derecho a un mínimo vital, pudiendo en tales supuestos la máxima de igualdad de hecho fundamentar derechos concretos definitivos a la creación de una igualdad de hecho⁴⁰.

En efecto, las normas presupuestarias no deben quedar exentas del control de constitucionalidad, el que supone un “control de razonabilidad”⁴¹. Tales

³⁸ CSJN, “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la ciudad de Buenos Aires s/amparo”, 24 de abril de 2012, considerando 12 del primer voto. En este caso, una madre por derecho propio, y en representación de su hijo menor de edad que padecía una discapacidad producida por una encefalopatía crónica no evolutiva, inició una acción de amparo contra el Gobierno de la ciudad de Buenos Aires, por cuanto se le denegaba la inclusión en los programas gubernamentales vigentes en materia de vivienda y no se le proporcionaban alternativas para salir de la situación de calle en la que se encontraba con su hijo, violentándose sus derechos fundamentales a la salud y la vivienda, reconocidos en la Constitución Local, Nacional y en diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

³⁹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 412.

⁴⁰ Cfr. *ibid.*, pp. 413-414.

⁴¹ El término “razonabilidad” es análogo. Así, puede ser entendido como un principio, como un derecho, y también como una herramienta que brinda un parámetro de control jurisdiccional de las regulaciones o reglamentaciones de los derechos fundamentales. Sobre el principio de razonabilidad cfr. BARNES, J., “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, n° 135 (septiembre-diciembre 1994); BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2003; CARBONELL, M. (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*, Bogotá, Univesidad del Externado, 2007; CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004.; CLÉRICO, L., *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2009; GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; LINARES, J. F., *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía inominada en la Constitución argentina*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1970; MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996. También la razo-

normas presupuestarias no podrán sortear dicho control, cuando al distribuir los recursos económicos del Estado, los órganos de gobierno no han tenido en cuenta la satisfacción de los derechos sociales mínimos, que tienen por objeto la satisfacción de las necesidades básicas del ser humano, tales como los medios materiales de subsistencia –alimentación, vestimenta, salud y vivienda–, como así también los recursos intelectuales o culturales –la formación escolar y profesional–.

Como acertadamente se ha señalado “... el presupuesto debe ajustarse a la satisfacción prioritaria e incondicional de los derechos constitucionales, y no a la inversa”⁴², pues en este último caso “... lo que –constitucionalmente– quedaría en problemas sería la validez misma del presupuesto”⁴³.

El control de razonabilidad de la distribución de los recursos económicos estatales para la satisfacción de los derechos sociales básicos, no puede quedar en manos exclusivas ni de la mayoría parlamentaria, ni de los poderes políticos de turno, pues de lo contrario la dignidad de la persona humana, que constituye el fundamento de los derechos humanos⁴⁴, estaría a merced de las decisiones políticas, y de tal modo el poder se colocaría por encima del Derecho.

Asimismo, entiendo que la posibilidad de exigir judicialmente los derechos sociales básicos constituye una herramienta central para el control popular de la administración de los recursos económicos por parte de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, los que, como es de conocimiento público y notorio, en numerosas ocasiones los administran de modo ineficiente y contrario a las exigencias de la ley y de la ética pública. Es más, este control de razonabilidad del presupuesto no erosiona las bases del sistema republicano y democrático, sino que por el contrario, ayuda a un mayor equilibrio y contrapeso de los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.

nabilidad puede ser aplicada a las decisiones jurídicas individuales, requiriendo que las normas sean interpretadas razonablemente (cfr. CIANCIARDO, J., “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”, *La Ley* [16-04-2009], pp. 1-4).

⁴² GARGARELLA, R., “Cómo no debería pensarse el derecho a la igualdad. Un análisis de las opiniones disidentes en el fallo Reyes Aguilera”, *Jurisprudencia Argentina*, IV (2007), p. 733.

⁴³ *Ibid.*, p. 734.

⁴⁴ Sobre la dignidad humana como fundamento de la obligatoriedad absoluta e incondicional de los derechos humanos cfr. MASSINI CORREAS, C. I., “Acerca del fundamento de los derechos humanos”, en *El iusnaturalismo actual*, MASSINI CORREAS, C.I. (comp.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 187-214.

3.3. *Segundo argumento: el régimen democrático exige que los jueces respeten la voluntad popular en materia de derechos sociales*

Otro de los argumentos que se invocan para rechazar las demandas judiciales por las que se pretende el reconocimiento de determinados derechos sociales, se vincula con la obligación de los jueces de respetar lo que el Poder Legislativo, por el que se expresa la voluntad popular, ha decidido acerca de tales derechos. En otros términos, los jueces no tienen competencia para decidir en contra de las políticas sociales adoptadas por el Parlamento, pues ello implicaría un activismo judicial que sería contrario al régimen democrático de gobierno⁴⁵.

Así, por ejemplo, con relación a la Constitución española, se ha sostenido que “... no son derechos fundamentales los derechos del capítulo III del título I, a pesar de establecerse como “derechos”. Hubiera sido un contrasentido que la CE proclamase como derecho fundamental el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47) cuando lo que hace es remitir al legislador la competencia para definir el objeto, contenido y límites de ese derecho (art. 53.3). Esto no significa que el derecho a la vivienda digna y adecuada no sea relevante para la CE, pero su posición constitucional se reduce a ser un principio rector de la política social y económica de los poderes públicos (art. 53.3); su dimensión constitucional no es la de un derecho fundamental”⁴⁶.

3.4. *Segundo contra argumento: la democracia supone y exige el efectivo goce de los derechos sociales*

Con relación al argumento sintetizado en el numeral 3.3. precedente, acertadamente se ha señalado que “la revisión judicial puede ser un instrumento crucial para enriquecer la deliberación pública respecto de los derechos sociales. Pero también el activismo judicial en el área de derechos sociales puede ser en especial relevante, dada la íntima relación que existe

⁴⁵ Sobre cómo dos enfoques diversos de la democracia, como son el “pluralista” y el “populista” conllevan a la negativa de que los jueces intervengan frente a la violación de un derecho social cfr. GARGARELLA, R., “¿Judicialización de los derechos sociales?”, en *El derecho a la igualdad...*, ob. cit., pp. 123-131.

⁴⁶ BATISDA, F. J., “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”, en *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación...*, ob. cit., p. 138.

entre derechos sociales y participación política”⁴⁷. Ello es así, en tanto el efectivo goce de los derechos sociales permite una mayor participación en la vida democrática, puesto que la falta de educación, alimentación, salud y vivienda obstaculizan seriamente la intervención de los ciudadanos en el proceso político. Conforme lo ha sostenido Nino, “... si alguien está muriendo de hambre, o se encuentra gravemente enfermo y privado de atención médica, o carece de posibilidad de expresar sus ideas en los medios de comunicación, el sistema democrático resulta tan afectado como si tal persona no tuviera derecho al voto”⁴⁸.

Compartiendo lo expuesto, y demostrando cómo el activismo judicial en el área de los derechos sociales básicos enriquece y potencia el régimen democrático, se ha afirmado que “la regla de la mayoría es, básicamente, una regla igualitaria: sólo ella es compatible con la dignidad y el respeto que cada persona merece en igual medida. Una forma distinta de adoptar decisiones colectivas implicaría que hay ciertas personas o grupos que son merecedores de mayor respeto o que poseen una mayor dignidad. Pero por supuesto, hay otras formas de transgredir el principio igualitario del que emana el valor de la regla de mayoría, y una de ellas consiste en negarle a una persona el acceso a un mínimo de recursos (económicos, educativos, sanitarios etc.) para que pueda desarrollar una vida autónoma. De este modo, no constituye una buena respuesta, frente a una persona que no dispone de lo mínimo necesario para llevar adelante una vida con sentido, decirle que debe respetar la decisión de su comunidad de no acudir en su ayuda, porque si queremos saber por qué la regla de mayoría (que en este caso condena a esa persona a vivir una vida subhumana) es valiosa, habremos de acudir al valor igualitario de esa regla, pero cuando a través de un procedimiento mayoritario se niega la redistribución de recursos para garantizar un mínimo adecuado para todos, se vulneran los mismos valores que sustentan la legitimidad de la regla de la mayoría”⁴⁹.

A lo expuesto, desde la perspectiva del iusnaturalismo podría agregarse que no cabe enarbolar la bandera de la defensa de la democracia para denegar

⁴⁷ GARGARELLA, R., “¿Judicialización de los derechos sociales?”..., ob. cit., p. 134.

⁴⁸ NINO, C. S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, New Haven, 1996, p. 199.

⁴⁹ ALEGRE, M., “Igualitarismo, democracia y activismo judicial”..., ob. cit., p. 157.

la actuación judicial en el ámbito de los derechos sociales básicos, en razón de que ello implicaría socabar y desconocer el fundamento mismo del régimen democrático, el que consiste en el reconocimiento de la igualdad ontológica de los seres humanos, lo que es denominado por Hervada “la igualdad fundante”⁵⁰, y por Cotta el “principio de la personalidad”⁵¹.

Esta igualdad ontológica de todos los seres humanos es lo que posibilita la existencia de relaciones de justicia y por tanto de relaciones jurídicas. No “... puede hablarse de Justicia –al menos correctamente– cuando se trata de relaciones correspondientes a niveles ontológicos distintos (sea entre los hombres y la Divinidad; o entre los hombres y los animales)...”⁵². La igualdad ontológica del ser humano se constituye entonces en fundamento o razón de ser del Derecho, pues si ella no existiera o si los individuos del mismo nivel ontológico no la reconocieran, no sería posible instaurar relaciones de justicia⁵³.

Asimismo, la igualdad ontológica de los seres humanos constituye el fundamento del mandato de no discriminación o acepción de personas, pues por el “principio de la personalidad todo individuo tiene título para el reconocimiento de su cualidad ontológica de ser humano”⁵⁴, y por tanto de sujeto de derecho⁵⁵. De este modo, “ningún hombre es más o prevalece sobre los demás en cuanto sujeto de derecho. Los derechos valen lo mismo, exigen lo mismo, son igualmente debidos en todos los hombres. En consecuencia, cada cosa atribuida es igualmente derecho respecto de cada hombre; así, la vida es igualmente derecho en todo hombre; o una cantidad determinada de dinero es igualmente propiedad en un hombre que en otro”⁵⁶.

Lo expuesto puede ser aplicado a las relaciones jurídicas que se derivan del régimen democrático; porque se reconoce la igualdad ontológica de todos

⁵⁰ HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 1992, p. 210.

⁵¹ COTTA, S., *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1985. Se cita de la ed. en castellano: *El Derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica*, trad. de I. P. Pastor, EUNSA, Pamplona, 1987, p. 153.

⁵² *Ibid.*, p. 156.

⁵³ Cfr. *ibid.* y HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas...*, ob. cit., p. 210.

⁵⁴ COTTA, S., *El derecho en la existencia...*, ob. cit., p. 153.

⁵⁵ Una aguda crítica a las teorías que niegan la identificación entre ser humano, persona y sujeto de derecho puede verse en SERNA, P., “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo”, en MASSINI, C. I. y SERNA, P. (ed.), *El derecho a la vida*, EUNSA, Pamplona, 1998.

⁵⁶ HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas...*, ob. cit., p. 211-212.

los seres humanos, es que se les reconoce el derecho a ser oído con respeto en el marco del proceso democrático por el que se adoptan decisiones políticas y jurídicas. Es la igualdad ontológica de los hombres que se refleja en el reconocimiento de la igual dignidad humana, las que constituyen el fundamento del régimen democrático; por ello, cualquier decisión que las menoscabe (denegando al ser humano la satisfacción de sus necesidades básicas) significará también un atentado contra la misma democracia⁵⁷.

Es preciso advertir que, así como la dignidad del hombre funda el consenso y la democracia, "... ella misma se sitúa más allá de ambos, los trasciende, y el sistema de toma de decisiones se nos presenta entonces como un sistema de carácter eminentemente formal, acorde con la dignidad de la persona humana, pero en estricta dependencia de ella, esto es, limitado por una serie de exigencias de índole material. Democráticamente no puede decidirse todo: la legitimidad formal democrática se encuentra limitada esencialmente por determinados principios y exigencias que constituyen una legitimidad material..."⁵⁸. Entre estas exigencias encontramos a los derechos humanos, y entre ellos a los derechos sociales. Por ello, es que el argumento democrático no puede constituir un límite al respeto y exigibilidad judicial de los derechos sociales básicos, sino que éstos últimos se erigen en un límite material para el procedimiento de toma de decisiones democráticas.

En igual sentido, se ha sostenido correctamente que la democracia "... ya no consiste sólo en la omnipotencia de las mayorías y, por lo tanto, en su dimensión político o formal, sino también en los límites y vínculos de contenido que le impone como su dimensión sustancial, lo que podemos llamar esfera de lo que no es posible decidir: la esfera de aquello que ninguna mayoría puede decidir, estos es, la lesión de los derechos de libertad, y la esfera de aquello que ninguna mayoría puede dejar de decidir, esto es, en cambio, la satisfacción de los derechos sociales"⁵⁹.

⁵⁷ Al respecto, se ha destacado que "... el consenso aparece justificado por la dignidad de la persona, que se traduce en la exigencia de no imponer por la fuerza las decisiones de la organización jurídica y política a los grupos humanos, reconociendo así la autonomía moral del ser humano y de los colectivos sociales". (SERNA, P., *Positivism conceptual y fundamentación de los derechos humanos...*, ob. cit., pp. 192-193).

⁵⁸ *Ibid.*, p. 193.

⁵⁹ FERRAJOLI, L., "Democracia y Derechos Fundamentales frente al desafío de la globalización", *La Ley* (2005-F), p. 1200.

3.5. *Tercer argumento: la falta de conocimientos técnicos y de una visión global por parte del poder judicial*

Entre las razones por las cuales en el desarrollo de los derechos sociales el papel primordial corresponde al legislador y los jueces sólo cumplirían una función subordinada, se ha invocado "... la necesidad de tener una visión sistemática y general de las cuantías y de los afectados por la satisfacción de las necesidades básicas"⁶⁰. En tal sentido, se afirma que el juez no debe "... establecer decisiones que puedan tener un efecto imitativo ni servir de precedente a modificaciones de la distribución general de fondos, lo que podría perjudicar al conjunto de los beneficiados por los derechos sociales..."⁶¹.

Se ha dicho que "tanto el presidente como el Congreso, además, cuentan con una visión global, de tipo macropolítico, acerca de la compatibilización entre las distintas actividades del Estado (defensa, seguridad, economía, obras públicas, desarrollo, comunicaciones, justicia, relaciones exteriores, etc.), las prestaciones sociales que debe realizar el gobierno y los medios económicos y financieros de que dispone"⁶².

3.6. *Tercer contra argumento: el poder judicial no debe adoptar decisiones técnicas, sino juzgar la razonabilidad de la actuación del Estado para la satisfacción del derecho invocado*

Como respuesta al argumento referido anteriormente, cabe destacar que, en primer lugar "el juez no debe indagar si la decisión u omisión contradice la más justa de las políticas socioeconómicas, sino simplemente si viola un derecho de los que caen bajo la descripción del mínimo social"⁶³. Ello, significa que el órgano jurisdiccional no precisa poseer conocimientos técnicos ni una visión global de la economía estatal para resolver aquellos casos en los que la subsistencia de la persona está amenazada por no tener satisfechas las necesidades básicas. Le basta con constatar que se ha producido una alteración sustancial del derecho a la salud, a la educación básica, a la alimentación, atentándose contra la existencia digna del ser humano y por tanto tomar intervención en el caso.

⁶⁰ PECES BARBA, G., "Reflexiones sobre los derechos sociales"..., ob. cit., p. 99.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² SAGÜÉS, N., "Estado Social de Derecho y derechos imposibles", *J.A.*, II (2005), p. 832.

⁶³ ALEGRE, M., "Igualitarismo, democracia y activismo judicial"..., ob. cit., p. 159.

Dicha intervención tampoco necesita establecer los medios a través de los cuales el Estado concurrirá a la satisfacción de la necesidad básica de que se trate. “Los jueces que asuman su deber de protección de los derechos socioeconómicos básicos tienen a su alcance diversas formas de forzar al resto del Estado (...) con mayor razón en la medida en que la cuestión ascienda en complejidad o en el costo económico, los jueces deberían activar mecanismos de mayor contenido participativo y deliberativo que los procesos judiciales corrientes (el caso típico es el de las audiencias públicas) con el objetivo de llamar la atención de los órganos políticos y de la sociedad sobre el problema que están enfrentando”⁶⁴.

Así, por ejemplo, los órganos jurisdiccionales podrían declarar la inconstitucionalidad de una norma, obligando de tal modo al Poder Legislativo o Ejecutivo a reformularla. También sería factible que ordenen, señalando o no un plazo, que el derecho vulnerado sea satisfecho, aunque no indiquen los medios a través de los cuales el derecho sea efectivamente respetado⁶⁵.

Cabe destacar, que “... el examen judicial no necesariamente debe centrarse sobre la determinación de una conducta concreta a ser exigida del Estado. Cuando el Estado asume una vía de acción en el cumplimiento de la obligación de adoptar medidas de satisfacción de un derecho social, el Poder Judicial puede analizar también la elección efectuada por el Estado a partir de nociones tales como la de razonabilidad, o bien la de carácter adecuado o apropiado, que tampoco son ajenas a la tradición de control judicial de actos de los poderes políticos”⁶⁶.

Se trata de que los jueces, respetando el principio de libertad de configuración del legislador y las elecciones concretas en materia de políticas públicas, se limiten a juzgar si el gobierno ha adoptado medidas para la satisfacción de los derechos sociales básicos y si tales medidas resultan adecuadas para alcanzar dicha finalidad; tomando intervención en aquellos supuestos donde se ha acreditado que la actividad desplegada por los poderes políticos no resulta

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 159 y 161.

⁶⁵ Gargarella cita tres decisiones de la Suprema Corte en Sudáfrica, en la India y en Colombia, por las que puede verse cómo “... la revisión judicial puede ser un instrumento crucial para enriquecer la deliberación pública respecto de los derechos sociales” (cfr. GARGARELLA, R., “¿Judicialización de los derechos sociales?..., ob. cit., pp. 134-140).

⁶⁶ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”..., ob. cit., p. 991.

idónea para impedir que las personas vean seriamente comprometido su derecho a un mínimo vital y para asegurarles una existencia compatible con la dignidad de todo ser humano. Como puede verse, lo que se propone es que el Poder Judicial se ciña a un control de razonabilidad de los actos de los poderes ejecutivo y legislativo en el desarrollo de las políticas públicas vinculadas con los derechos sociales básicos.

3.7. *Cuarto argumento: el carácter más oneroso de los derechos económicos, sociales y culturales*

Se ha afirmado que “... los derechos civiles y políticos no requieren de la intervención del Estado para ser realizados, y, por tanto, su cumplimiento es gratuito o casi-gratuito. Los derechos civiles y políticos, nos dicen, sólo imponen al Estado un conjunto de prohibiciones (la prohibición de tortura y la esclavitud, la prohibición de privar arbitrariamente a alguien de su libertad, la prohibición de interferir en la privacidad de alguien o en su libertad de expresión, asociación o circulación, etc.). (...) En cambio, la aplicación de los derechos sociales sí requiere de intervención estatal, así como de un importante gasto económico, lo que hace que sea mucho más difícil aplicarlos”⁶⁷.

El supuesto carácter oneroso de los derechos sociales en un “contexto de escasez que supone administrar medios limitados sobre los cuales hay que tomar decisiones generales...”⁶⁸, ha llevado a afirmar que su desarrollo incumbe al legislador, cumpliendo el juez un papel subordinado.

3.8. *Cuarto contra argumento: los derechos civiles y políticos también implican grandes erogaciones para el Estado*

Como respuesta a la objeción planteada cabe señalar que resulta altamente controvertible que los derechos civiles y políticos no requieran de la intervención del Estado para ser realizados, siendo su cumplimiento gratuito y casi gratuito. Como es sabido, para la protección de los derechos a la vida,

⁶⁷ NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Los Derechos Sociales...*, ob. cit., p. 33.

⁶⁸ PECES BARBA, G., “Reflexiones sobre los derechos sociales”..., ob. cit., p. 99.

a la libertad de expresión, a la integridad física, de propiedad, es necesaria la organización de las fuerzas policiales y de toda la administración de justicia, lo que supone para el Estado importantes erogaciones. Asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva también implica una acción positiva por parte del Estado para cumplir con el deber de administrar justicia. De igual modo, el derecho político a votar conlleva un elevado costo que debe ser pagado para la organización de todo el proceso electoral.

En igual sentido, se ha señalado que “los liberales, desde Locke hasta ahora incluyendo los más radicales como Hayek y Nozick, han sostenido sin empacho alguno que el Estado se justifica porque protege los derechos individuales, porque asume, al menos, el legítimo monopolio de la violencia conforme al cual queda abolida la defensa privada –que sólo es legítima en casos límites– y sustituida por la defensa pública de los derechos. De tal modo surge, como mínimo, un aparato estatal de defensa, un aparato estatal de policía y un aparato estatal de administración de justicia. Obvio es decir que todos ellos son caros y, con toda probabilidad, muy caros. Naturalmente, lo mismo cabe decir de la implementación de derechos políticos, como el derecho al sufragio, cuya mera realización supone costosos sistemas públicos”⁶⁹.

Aún admitiendo que el cumplimiento de los derechos sociales pueda implicar un mayor costo, es preciso señalar que el reconocimiento de los derechos humanos no debe estar subordinado a un análisis económico, sino que por el contrario, las prioridades presupuestarias del Estado deben adecuarse a las exigencias que plantea el respeto a la dignidad humana. Piénsese en las grandes e importantes erogaciones del Estado en publicidad oficial, en viáticos desproporcionados a los funcionarios públicos, en la ampliación innecesaria y costosa de la estructura burocrática, en los fondos destinados a la compra de armas, entre otros gastos superfluos e incluso ilegítimos. Todos los recursos orientados a estos fines podrían utilizarse para la satisfacción de las necesidades básicas de las personas y de tal modo no sólo garantizar el efectivo goce de los derechos sociales mínimos, sino también de los derechos civiles y políticos, cuya realización depende de que los primeros sean realmente respetados y cumplimentados.

⁶⁹ HIERRO, L. L., “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación...*, ob. cit., p. 189.

4. CONCLUSIONES

Tomando como punto de partida los argumentos desarrollados en los epígrafes precedentes, cabe arribar a las siguientes conclusiones:

1. El principio de igualdad posee dos dimensiones: la igualdad formal, jurídica o *de iure* y la igualdad material, sustancial o de hecho. La igualdad *de iure* se proyecta en diversas facetas: a) igualdad en la norma jurídica general, obligando al creador de la norma a no efectuar distinciones arbitrarias o irrazonables; b) igualdad frente a las normas jurídicas, vinculando al órgano administrativo o jurisdiccional encargado de aplicarlas y c) igualdad de derechos, conforme a la cual todos los hombres son titulares por igual de los denominados derechos humanos. La igualdad de hecho atiende a las condiciones de los sectores o grupos de personas social, económica o culturalmente menos favorecidos, e impone al Estado, mediante la realización de acciones positivas, el deber de remover los obstáculos que impidan a tales personas un ejercicio real y efectivo de sus derechos fundamentales, como así también gozar de una igualdad de oportunidades o de resultados, según los bienes y aspectos con relación a los cuales se pretenda alcanzar dicha igualdad.

2. La igualdad de hecho se manifiesta como igualdad de oportunidades e igualdad de resultados. Existe cierto consenso en la doctrina constitucional de los Estados occidentales democráticos acerca de que la igualdad de resultados ha de garantizar la satisfacción de las necesidades básicas, las que constituyen el objeto de los derechos sociales mínimos. Tales necesidades comprenden no sólo los medios materiales de subsistencia, tales como alimentación, vestimenta, salud y una vivienda simple, sino también los recursos intelectuales o culturales como son la formación escolar y profesional.

3. El efectivo goce de los derechos sociales –los que revisten la condición de derechos humanos– también constituye una exigencia de la igualdad *de iure*, en tanto ella implica que todos los hombres son titulares por igual de los derechos humanos.

4. Denegar a los sujetos titulares de los derechos sociales básicos la posibilidad de ser exigidos judicialmente, reconociendo sólo esta posibilidad a quienes reclaman por el reconocimiento de los derechos civiles y políticos, constituye una distinción de trato irrazonable, violatoria del principio de igualdad *de iure*, la que adolece de una presunción de inconstitucionalidad.

5. La negativa a hacer efectivos judicialmente los derechos sociales que comprometen la existencia digna de la persona y que se erigen en condición

para el goce de los derechos civiles y políticos, conduce a un resultado discriminatorio, por valerse de modo intencional o no intencional de la posición económica como criterio expresamente prohibido por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, el que es considerado como sospechoso y se presume inconstitucional. En razón de ello, la carga de la justificación y de la prueba recaerá sobre la parte que deniegue la exigibilidad judicial de los derechos sociales básicos, debiendo sortear dicho trato desigual un escrutinio estricto o un examen intensivo de razonabilidad.

6. La exigibilidad judicial de los derechos sociales básicos no puede ser denegada con sustento en la libertad del legislador y del poder ejecutivo para la configuración del presupuesto, puesto que este, como toda norma jurídica está sujeto al control de constitucionalidad, el que se traducirá en un control de razonabilidad de la distribución y destino de los fondos públicos.

7. La exigibilidad judicial de los derechos sociales básicos contribuye al fortalecimiento del régimen democrático de gobierno, por cuanto enriquece la deliberación pública respecto de los derechos sociales. Por otro lado, en tanto la democracia se funda en el respeto a la igual dignidad de todos los seres humanos, es esta dignidad la que se erige en un límite material al procedimiento de toma de decisiones democráticas. Los derechos sociales básicos se fundamentan en la dignidad humana y forman parte de un núcleo jurídico indisponible, respecto de lo cual ninguna mayoría puede decidir no satisfacer.

8. El poder judicial no necesita poseer conocimientos técnicos, ni adoptar decisiones técnicas cuando se plantea el reconocimiento de un derecho social básico. A dicho poder sólo le compete juzgar la razonabilidad de la actuación del Estado para la satisfacción del derecho, sin necesidad de establecer cuáles son los medios adecuados. Asimismo, los jueces tienen la posibilidad de activar mecanismos de mayor participación, como las audiencias públicas, con el objetivo de llamar la atención de los órganos políticos y de la sociedad.

9. No sólo los derechos sociales resultan costosos. También podemos encontrar derechos civiles y políticos que exigen del Estado una actividad de prestación e implican la inversión de importantes fondos públicos. Independientemente de ello, el reconocimiento de los derechos sociales que comprometen la existencia digna de la persona no debe subordinarse a un análisis económico, sino que las prioridades presupuestarias del Estado deben adecuarse a las exigencias que plantea el respeto de la dignidad humana.