

**Observatorio
Judicial**

SERIE CONSTITUCIONAL 2/5
DERECHOS SOCIALES ¿SON EXIGIBLES?





INTRODUCCIÓN

Un tema central en la discusión constitucional será la exigibilidad de los derechos sociales ante los tribunales de justicia. La cuestión a decidir será si los derechos sociales serán o no justiciables. Por ejemplo, un ciudadano que carezca de acceso a vivienda o a un tratamiento médico ¿podrá solicitar a un juez que ordene al Estado su (construcción) otorgamiento o financiamiento?

La pregunta sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales es de primer orden y de amplios alcances políticos. Desde sus primeras consagraciones en textos constitucionales, tales como la constitución mexicana de 1917 o la Constitución de Weimar de 1919, se discute si los derechos sociales son *derechos en sentido estricto* o, más bien, la plasmación de *ideales sociales* supeditados al desarrollo del país.

Si se decide que los derechos sociales son *derechos en sentido estricto*, entonces serían exigibles ante los tribunales de justicia. Al contrario, si los derechos sociales son definidos como *ideales sociales*, entonces su concreción queda sujeta a la creación de leyes y políticas públicas. Retomando el ejemplo de la vivienda ¿existe un derecho a la vivienda que se puede reclamar ante los tribunales, o

bien el ciudadano debe esperar la dictación de una ley que regule los requisitos y procedimientos de acceso a ésta?

Optar por una u otra alternativa, como se puede intuir, tendrá consecuencias institucionales muy relevantes. En efecto, si los derechos sociales son justiciables, entonces los jueces tendrán un rol preponderante en la política del país. Al contrario, si los derechos sociales son consagrados como ideales o metas a alcanzar, entonces su ámbito de realización quedará principalmente entregado al Congreso y al Ejecutivo.

Ahora bien, ¿es aconsejable para una democracia liberal que los derechos sociales sean justiciables? Y más aún ¿qué alternativa es mejor para los propios derechos sociales?

En el presente texto, y como un aporte para el debate constituyente, abordaremos la cuestión sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. Por tanto, la interrogante que nos guía es si política e institucionalmente es prudente que los derechos sociales cuenten con alguna acción constitucional para demandar su cumplimiento en los tribunales.

Nuestra postura es que existen



razones democráticas, de diseño institucional y evidencia empírica que muestran lo desaconsejable de judicializar constitucionalmente tales derechos. Más bien, nuestra propuesta es que los derechos sociales deben ser regulados mediante leyes que busquen equilibrar los distintos intereses y necesidades en juego, reservando a los tribunales la tarea de custodiar dichas leyes.

Para lograr nuestro objetivo, primero expondremos la función y características de los derechos sociales, porque una vez que se comprende el rol que cumplen dichos derechos en una democracia se abre el camino para argumentar que la judicialización es una mala alternativa. Hecho lo anterior daremos las siguientes razones para evitar la consagración de una acción constitucional general para proteger los derechos sociales:

1. Déficit técnico del Poder Judicial para realizar los derechos sociales.
2. La realización de los derechos sociales implica un profundo problema de justicia distributiva.
3. La experiencia muestra que la judicialización de los derechos sociales es regresiva.

Por último, concluiremos que el verdadero papel de los jueces frente a los derechos sociales es asegurar el respeto y cumplimiento de las leyes que regulan su materialización.



I.- LOS DERECHOS SOCIALES: SU FUNCIÓN Y SU CARACTERÍSTICAS

I.A) Función de los derechos sociales

Para responder a la pregunta de si los derechos sociales deben contar con una acción constitucional para demandar su cumplimiento en tribunales, es necesario explicar su función en una democracia. En ese sentido, el clásico ensayo *Ciudadanía y clase social* de T.H. Marshall permite comprender el rol que juegan los derechos sociales en las sociedades contemporáneas.

Según Marshall, en las sociedades medievales los derechos y obligaciones de una persona dependían estrictamente del estamento de pertenencia. En cambio, en las sociedades modernas, producto de las transformaciones económicas y sociales, el estamento fue sustituido por el concepto de ciudadanía. Ésta se comprende como el conjunto de derechos y obligaciones que se posee *por el solo hecho* de ser miembro de una comunidad. Así, la ciudadanía es un concepto moderno para contrarrestar las desigualdades de los estamentos feudales y fundar una igualdad formal de derechos y obligaciones para todo ciudadano.

Ahora bien, la idea de ciudadanía y el conjunto de derechos que la com-

ponen fue evolucionando en el tiempo. Marshall, apoyado en la historia de Inglaterra, constata que a cada siglo le correspondió la conquista de cierta clase de derechos para la ciudadanía: el siglo XVIII conquistó los derechos civiles, el siglo XIX ganó los derechos políticos y el siglo XX introdujo los derechos sociales.

Los derechos civiles son el conjunto de libertades individuales configuradas para que cada ciudadano pueda desarrollar su plan de vida. Aquí encontramos la libertad personal, de expresión, de culto, económica, el derecho a propiedad, entre otros. Los derechos políticos corresponden a la posibilidad de que todo ciudadano pueda votar o ser elegido para los cargos en que se ejerce el poder político. Por último, los derechos sociales, tienen como fin que todo ciudadano cuente con el bienestar que le permita acceder a los bienes propios de la vida sociedad moderna, es decir, la construcción de una vida autónoma.

Para Marshall, uno de los derechos sociales por excelencia es la educación, ya que la "educación es el requisito previo imprescindible de la libertad civil" (1998, p. 35). Tras esa frase está la clave para comprender el rol de los derechos sociales en las



democracias: habilitar que todo ciudadano pueda ejercer sus derechos civiles y políticos. En otras palabras, que todo ciudadano tenga la posibilidad de realizar su plan vital. En efecto, la privación de ciertos bienes como la educación, la salud o la vivienda son una seria barrera para el ejercicio de las libertades civiles y políticas –que son las libertades gracias a las cuales desplegamos una vida autónoma–. Por ejemplo, un ciudadano que carezca de educación tendrá graves dificultades para emprender o competir por un cargo público.

Para comprender lo anterior, resulta útil acudir al concepto de *suerte bruta* –o también conocida como lotería natural– es el conjunto de dotes y capital social con que llegamos al mundo. Como es evidente, la suerte bruta puede ser muy desigual según el lugar en que nacemos: uno de bajos recursos o uno de altos recursos (Peña, 2020, pp. 93-ss). Desde esta perspectiva, los derechos sociales serían un mecanismo para revertir esas carencias que impiden a los ciudadanos ejercer su trayectoria vital en las distintas etapas de la vida.



I.B) CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS SOCIALES

¿Qué tipo de derechos incluimos en los denominados derechos sociales? El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1966 entrega un catálogo detallado que incluye, entre otros, los siguientes derechos:

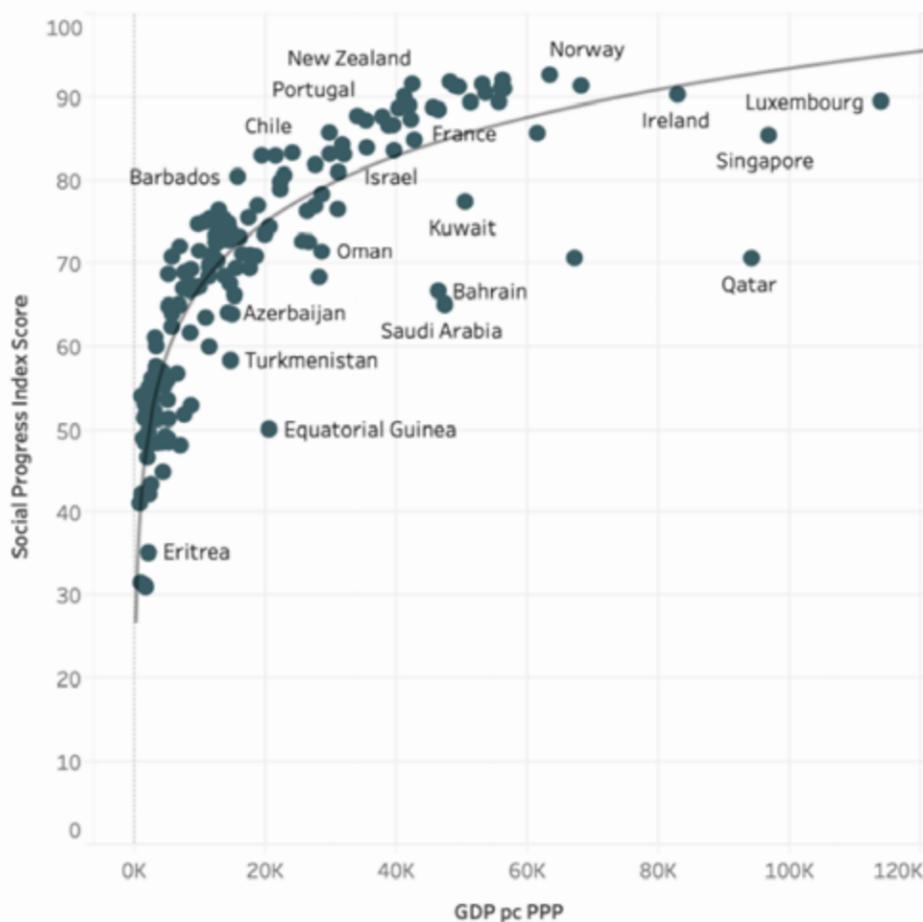
- 1) El derecho a trabajar y a gozar de condiciones laborales equitativas y satisfactorias (artículos 6 y 7).
- 2) Derecho a la seguridad social y al seguro social (art. 9).
- 3) Protección y asistencia amplia a la familia (art. 9).
- 4) Derecho a la alimentación, vestido y vivienda adecuados (art. 11).
- 5) Derecho al disfrute más alto posible de salud física y mental, así como asegurar asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12).
- 6) Derecho a la educación (art. 13).
- 7) Participar en la vida cultural y gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones (art. 15).

Como se aprecia en la lista, los derechos sociales buscan asegurar que los ciudadanos puedan gozar de las

condiciones materiales y culturales necesarias para vivir las libertades civiles y políticas con autonomía. Ahora bien, de la reciente lista se puede observar la particularidad de los derechos sociales:

- 1) La realización de los derechos sociales está fuertemente condicionada por el desarrollo económico de los países¹. A medida que un país cuente con más recursos podrá invertir en más y mejor educación, cultura y salud. Al contrario, un país con bajos recursos si bien puede realizar, en algún grado, esos derechos, su alcance será escueto y de baja calidad. Por tanto, es propio de los derechos sociales estar unidos al problema de la escasez, ya que las necesidades de la población siempre superan la disponibilidad de los recursos –esto es especialmente cierto en los países subdesarrollados o de ingresos medios–. Como veremos, la escasez inherente a los derechos sociales impone el difícil problema de la justicia distributiva. En el siguiente gráfico se muestra la clara correlación entre PIB per cápita y desarrollo social²:





2) Una derivada de lo anterior es que los derechos sociales son metas sociales que debemos realizar, pero cuya exigibilidad está condicionada al progreso económico de un país. Lo anterior, no significa negar la calidad de derecho humano a los derechos sociales³, sino más bien reconocer un problema práctico: para realizar los derechos sociales se requieren altos recursos. Por otra parte, el decir que son metas sociales no significa una mera declaración de intenciones, sino más bien que los países asumen el compromiso de hacer todos los esfuerzos para proveer, acorde a sus posibilidades, los derechos sociales⁴.

3) Si bien todo ciudadano puede ser beneficiario de los derechos sociales, no todo ciudadano será beneficiado. En efecto, no basta con ser miembro de una comunidad. Además, se requiere el carecer de los recursos para acceder, por ejemplo, a vivienda, educación, salud o una pensión para la vejez.

Dada su función y sus características la realización de los derechos sociales plantea a toda comunidad tres preguntas: ¿existen las condiciones materiales para su concreción? ¿Qué derechos sociales realizar, cuánto de cada uno y de



qué calidad? y ¿quiénes deben ser los beneficiarios?

De estas tres preguntas se ve con claridad que los derechos sociales implican dos problemas: el primero es de justicia distributiva, es decir, definir a quiénes beneficiar y cuánto dar. El segundo problema es técnico, que pasa por diagnosticar la cantidad de recursos disponibles, elaborar los medios que maximicen dichos recursos y poner en ejecución esos medios.

Para ilustrar lo anterior pensemos en dos derechos sociales por excelencia: educación y salud. Supongamos que un país busca implementar ambos derechos. Sin embargo, los recursos son limitados, porque no alcanzan a cubrir todas las necesidades y aquí comienzan a surgir graves dificultades: ¿más educación o más salud? ¿Invertir en educación parvularia de calidad o en universitaria de calidad? ¿Qué enfermedades se cubrirán, las más comunes o las más dolorosas? Algunos dirán que las más comunes, porque son baratas y más gente se verá beneficiada, pero alguien podría objetar que es injusto que quienes más sufren queden sin tratamiento.

Como se ve, tales preguntas no sólo involucran problemas técnicos, si no que plantean serios problemas de

justicia: ¿qué es más justo, beneficiar la educación de los niños en edad temprana o brindar la oportunidad a quienes carecen de recursos para ingresar a la educación superior? ¿Existe algún interés que prime por sobre otro a la hora de distribuir recursos escasos? De ser así, ¿qué razones abalan dicha primacía?

Ahora bien, en este tipo de problema no existe una sola solución, ya que es posible entregar razones de justicia y técnicas que avalen una alternativa u otra. Más aún si consideramos que vivimos en una democracia abierta en la que coexisten distintas concepciones sobre lo que es justo.

Por tanto, la realización de los derechos sociales exige un momento deliberativo donde las partes involucradas puedan representar sus necesidades y razones. En otras palabras, los derechos sociales requieren una tramitación en el Parlamento donde se aborden los dos problemas señalados.



II.- LOS DERECHOS SOCIALES Y LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

II.A) Los problemas de distribuir un bien escaso o el dilema del pan

Expuesta la función de los derechos sociales, sus características y los problemas inherentes que plantea su concreción en toda sociedad, ahora podemos abordar la pregunta inicial: ¿deben los derechos sociales contar con una acción constitucional general para reclamar su cumplimiento ante los tribunales? O, dicho de otra forma, ¿es adecuado que los tribunales decidan qué derechos sociales dar, a quiénes y cuánto?

Para visualizar el problema imagine que le piden decidir entre dos sistemas, cuál es el más justo para distribuir un bien escaso -por ejemplo, un pan-. Una primera opción es distribuir el pan en partes iguales, cada miembro de la comunidad recibirá la misma porción. Sin embargo, al poco andar los habitantes reclamarán sus diferentes necesidades. Por ejemplo, una madre arguye que su hijo pequeño está enfermo y requiere más calorías para sanar, o bien, el campesino que produce los alimentos reclama que su trabajo exige más energía y así, sucesivamente.

Por tanto, la inicial repartición igualitaria parece no ser la más justa ni óptima para los fines sociales, ya que

por sus particulares circunstancias algunos miembros de la comunidad necesitan más calorías que otros. Dado lo anterior, se decide convocar a una asamblea en que todos los miembros puedan exponer su situación y luego acordar un método de distribución que, en lo posible, haga justicia a las distintas necesidades.

Una segunda opción, es constituir un jurado que decida la distribución del pan. Así, los ciudadanos, según orden de llegada, van exponiendo al jurado su situación y la cantidad de calorías que requieren. El jurado en base a los antecedentes, va caso a caso, decidiendo si concede o no la petición.

Enfrentados ambos métodos de distribución, se perciben las claras ventajas del primero sobre el segundo. Efectivamente, el segundo método adolece de un serio problema para distribuir un bien escaso. Al ser caso a caso y de manera individual, el jurado del tribunal no puede tener una instancia en que se ponderen todas las necesidades en juego y así hacer una distribución equitativa. Por ejemplo, una repartición que en el caso particular es razonable puede tener consecuencias muy perjudiciales en otros miembros de la comunidad.



Otro serio problema es que no existe una instancia común en que los involucrados puedan exponer sus necesidades e intereses, lo cual deslegitima la decisión del tribunal. Siguiendo con el ejemplo de la repartición de pan, si los jueces decidieran caso a caso la distribución de los bienes escasos, puede que a quienes lleguen tarde no les quede pan, porque al analizar las necesidades de cada persona en particular, carecen de una mirada de conjunto para la distribución. Dejando a una parte de la población necesitada sin poder acceder al bien.

El ejercicio anterior muestra los principales argumentos para rechazar la idea de consagrar una acción constitucional para exigir ante los tribunales los derechos sociales, a saber, las limitaciones técnicas de un tribunal para distribuir un bien escaso para la sociedad y que los tribunales carecen de la legitimidad para ello, porque dicha distribución plantea problemas de justicia.

II.B) El argumento técnico-institucional contra la exigibilidad de los derechos sociales

Uno de los principales argumentos contra la judicialización de los derechos sociales es que los jueces carecen de los conocimientos y herra-

mientas técnicas para la concreción de estos. En efecto, los jueces poseen una formación principalmente jurídica. Tal conocimiento es insuficiente respecto a los derechos sociales, ya que, como vimos, estos exigen conocimientos en economía política, educación, salud, urbanismo, ciencia, etc. En otras palabras, cada uno de los derechos sociales encierra un mundo extenso y denso de conocimientos especializados, a los cuales profesionales avocan su vida a estudiar.

Si bien un juez puede lograr cierta competencia en temas de salud o educación, difícilmente podrá lograr el grado de conocimiento de, por ejemplo, un panel de expertos interdisciplinario o un académico o profesional experto en educación o vivienda. Es lógico que ese límite epistemológico de los jueces perjudique a los propios derechos sociales, porque se pierden conocimientos relevantes. Precisamente, los expertos son aquellos que conocen los mejores medios para realizar los derechos sociales, tanto en la disponibilidad de medios, como en la ejecución de los medios.

A lo anterior, se podría contrargumentar que en sus fallos los jueces no diseñan las políticas públicas para realizar los derechos sociales, simplemente ordenan que el Estado entregue



un bien, por ejemplo, financiar un medicamento. Si bien lo anterior es cierto, aquí también hay un importante déficit, ya que los jueces carecen de los conocimientos técnicos para proyectar y evaluar las consecuencias agregadas de sus fallos. Si bien un fallo que ordena financiar un medicamento es inocuo, cuando son mil fallos los efectos pueden ser muy perjudiciales.

Se suma un importante argumento: los tribunales de justicia poseen un diseño institucional contrario a la lógica de los derechos sociales. En efecto, los tribunales de justicia se construyen principalmente para la defensa de derechos individuales, en otras palabras, es una institución construida desde la lógica adversarial o combativa, la cual resuelve pretensiones contrapuestas: uno gana, el otro pierde (demandante versus demandado). Al contrario, la provisión de bienes básicos y escasos como la educación o la salud exigen una perspectiva más bien de conciliación, donde se busca equilibrar las distintas necesidades de la forma más justa y racional posible.

III.C) El argumento de la justicia distributiva contra la exigibilidad de los derechos sociales

Supongamos por una extraña casualidad un tribunal tuviera las competencias técnicas e institucionales para decidir correctamente sobre los derechos sociales. En este caso ¿estarían los tribunales legitimados para distribuir los derechos sociales? La respuesta es no, porque la concreción de los derechos sociales no sólo involucra cuestiones técnicas, sino un profundo problema de justicia.

Efectivamente, al ser los derechos sociales bienes escasos⁵ inevitablemente algunos serán beneficiarios y otros no. En otras palabras, cuando existe escasez, dar a unos implica no dar a otros⁶. Por tanto, se impone la necesidad de justificar por qué daremos a X y no Z, o daremos más a W y menos a Y. Es aquí donde entra el problema de la justicia distributiva, es decir, las razones que se esgrimen para justificar la repartición de un bien escaso. En otras palabras, encontrar las razones de por qué a unos sí y por qué a otros no.

Si la justicia es *dar a cada uno lo suyo*, entonces se imponen dos problemas: primero ¿cómo determinamos lo que a cada cual le corresponde? Segundo ¿cuánto le corresponde? En un mundo donde los bienes fueran infinitos los problemas de justicia distributiva no existirían, sólo habría un



problema técnico a resolver: diseñar los medios para concretar el derecho social.

Respecto a determinar *qué y cuánto* le corresponde a cada uno, entran en juego dos elementos, uno ideal y otro fáctico. En cuanto el elemento ideal, lo que se pondera son los fines y bienes sociales que imaginamos y anhelamos realizar, por ejemplo, una sociedad de igualdad de oportunidades. Respecto al elemento fáctico, es donde se ponderan las condiciones concretas de los ciudadanos y se analiza su situación para decidir qué y cuánto se debería dar para alcanzar ese ideal de sociedad.

En este plano fáctico se pueden esgrimir las distintas razones para justificar *qué y cuánto dar*; la condición (i.e. discapacidad), el aporte al progreso de la sociedad (i.e. un invento), históricas (i.e. grupos marginados), económica sociales (i.e. clases pobres). Por ejemplo, si el ideal es una sociedad de igualdad de oportunidades, entonces la pobreza es una razón que justificaría entregar recursos para acceder a la educación. En este punto también entran en pugna las distintas razones para justificar las propias necesidades y competir por los recursos. Lo anterior pasa por decidir qué razones consideramos

como válidas y cuáles no y dentro de las válidas si existe algún tipo de jerarquía.

En suma, la discusión sobre la justicia está guiada por una idea de lo bueno -fin que anhelamos lograr como sociedad- y desde ahí pensamos qué es lo que debemos dar a cada cual para lograr ese bien. Por ende, cuando establecemos que nuestra sociedad debe ser una sociedad de igualdad de oportunidades, entonces señalamos que es justo dar educación parvularia, escolar y universitaria a la población que por falta de recursos materiales no puede acceder.

Y es aquí donde los derechos sociales entroncan con el problema de justicia distributiva, porque son los medios materiales y culturales para que todo ciudadano pueda desplegar su trayectoria vital -fin que como sociedad anhelamos-, en otras palabras, los derechos sociales son los bienes escasos que debemos repartir en una sociedad para que los ciudadanos desaventajados por la lotería natural puedan desarrollar su proyecto vital. Ahora bien, como los recursos son limitados, debemos argüir las razones que justifican dar a W y no Z. Muchas son las razones que podemos esgrimir y discutir sobre su prevalencia sobre otras, pero dicha discusión es funda-



mental para que la decisión final sea legítima dentro del juego democrático de mayorías.

Ahora bien, en una sociedad democrática existen diferentes concepciones sobre una sociedad ideal, o diferentes percepciones sobre las necesidades de los ciudadanos, o bien, las razones que justificarían la entrega de un bien. En otras palabras, como existen distintas visiones sobre los elementos ideales, fácticos y técnicos que configuran las nociones de lo justo, es que se impone la necesidad de una instancia donde se expresen y discutan las distintas visiones e intereses de los ciudadanos.

Sólo así es posible acordar una distribución que, en lo posible, equilibre las distintas necesidades en juego. Como dijimos el objetivo no es la imposición de un interés sobre otro, sino la deliberación que busque la máxima conciliación. Al final de cuentas serán la calidad de las razones y la oportunidad de expresarlas y debatirlas las que hacen que una repartición sea legítima o ilegítima.

Es precisamente por esto que los tribunales carecen de la legitimidad para distribuir derechos sociales, porque priva a la comunidad –mediante sus representantes– de la necesaria

deliberación para dialogar y acordar criterios de justicia distributiva –las razones para decidir qué, cuánto y a quién dar–. En efecto, un criterio tan importante para la sociedad ¿no debería ser acordado por los potenciales afectados? Al final los jueces terminarían suplantando lo más propio de la *praxis* política. Reemplazando la deliberación democrática por lo que un juez o un grupo de jueces considera justo.

En síntesis, a nuestro juicio, dos son los argumentos que desaconsejan que se consagre una acción general de carácter constitucional: primero, de orden epistemológico en cuanto que los jueces y los tribunales tienen serias desventajas comparativas al momento de implementar políticas públicas o bien, para analizar las consecuencias de sus fallos. El segundo, de orden democrático, en cuanto la judicialización de los derechos sociales suplanta lo más propio de la democracia, a saber, la deliberación de los fines que se buscan realizar y a partir de allí las distribuciones de justicia y no en cualquier tema sino uno central para la sociedad: que todo ciudadano cuente con los recursos para desplegar su vida.



IV.- ¿QUÉ NOS DICE LA EVIDENCIA SOBRE LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES?

La intervención de los tribunales de justicia en los derechos sociales no solo abarca una dimensión teórica, sino que también una dimensión práctica. En efecto, se ha estudiado el impacto en los países donde los tribunales han adoptado un rol importante en la provisión de tales derechos. Por tanto, es necesario saber qué ha ocurrido en tales países ¿han sido los tribunales de justicia actores efectivos en la realización de los derechos sociales?

En el artículo *The Reality of Social Rights Enforcement* publicado en la revista *Harvard International Law Journal*, el profesor David Landau desarrolla un estudio empírico en los países –especialmente Colombia– en que los tribunales han asumido un papel relevante en la provisión de derechos sociales. Luego de analizar los datos y evidencia, su conclusión es que la injerencia de los tribunales tiene un efecto marginal en mejorar las condiciones de vida de las clases pobres y, por el contrario, beneficia a las clases medias y altas. **En consecuencia: la judicialización de los derechos sociales es ineficaz y regresiva.**

El estudio de Landau identifica cuatro mecanismos mediante los cuales los tribunales han interferido en la realización de los derechos sociales (2012, p. 232):

Requerimientos judiciales individuales (Individual enforcement): este mecanismo tiene como base la demanda individual de algún subsidio o financiamiento, por ejemplo de un medicamento. El tribunal revisa el mérito de los antecedentes y falla. Así, cada ciudadano recurre individualmente para obtener una determinada prestación del Estado. El ejemplo más recurrente de este mecanismo es la demanda para que el Estado financie tratamientos médicos.

2) Requerimientos judiciales negativos (Negative injunctions): por este mecanismo las cortes dejan sin efecto la dictación de leyes que regulan o alteran derechos sociales. Esta medida se ha aplicado, por ejemplo, cuando en tiempos de crisis económica los gobiernos deciden suspender o terminar algún tipo de subsidio.

3) Requerimientos judiciales débiles (Weak-form enforcement): en este mecanismo el tribunal no ordena la entrega de un bien específico, por ejemplo, una vivienda, sino que ordenan a los órganos políticos la elaboración de una política pública. Aquí los tribunales se abstienen de definir qué dar⁷.

4) Requerimientos judiciales estructurales (Structural enforcement): en este mecanismo el tribunal ordena reformar instituciones muy arraigadas en el tiempo, y asume un papel activo en la conformación de nuevas políticas públicas para la realización de derechos sociales.

Identificados estos cuatros mecanismos Landau señala tres variables de efectos para cada uno: costos para los tribunales, efectividad y beneficiarios.

Respecto a la variable “costos” se analiza el daño inherente a cada uno de los mecanismos para la capacidad y legitimidad del tribunal. En efecto, un involucramiento fuerte de los tribunales en los derechos sociales termina por dañar la separación de poderes democráticos y golpea la imagen de los jueces. Esto termina en una erosión institucional: los tribunales se politizan y pierden su principal valor, la independencia judicial.

Respecto a la variable de “efectividad”, Landau se refiere al impacto de los mecanismos para que la administración y burocracia destinada a la provisión de derechos sociales efectivamente mejore, o bien, se perfeccionen las leyes y políticas públicas que regulan dichos temas.

Por último, respecto a los “beneficiarios”, se identifica a qué clases o grupo social el mecanismo beneficia. A continuación se reproduce el cuadro donde el autor sintetiza los resultados de su investigación.

Mecanismo de realización	Costos en Legitimidad / Capacidad	Efectividad	Beneficiarios
<i>Realización judicial individual</i>	Bajo	No mejora la burocracia	Clases medias y altas
<i>Realización judicial negativo</i>	Moderada, pero alto si tiene efectos macroeconómicos altos	Mantiene el <i>status quo</i> burocrático	Clases medias y altas
<i>Realización judicial débil</i>	De bajo a moderado	No causará necesariamente un cambio burocrático	Por lo general nadie, pero podría beneficiar a las clases pobres
<i>Realización judicial estructural</i>	Alto	Puede alterar prácticas burocráticas	Podría beneficiar a clases bajas.



El análisis es bastante negativo respecto a la efectividad de la judicialización de los derechos sociales, porque no mejora ni la burocracia, ni las políticas públicas, por lo tanto, no mejoran las condiciones materiales de las clases pobres y por lo general, beneficia a las clases medias o altas. En otras palabras, la judicialización de los derechos sociales va en sentido contrario a la esencia de tales derechos, que según vimos, es entregar a los más necesitados los recursos materiales y culturales para poder desarrollar su proyecto vital.

Landau señala que, por lo general, las cortes recurren a dos mecanismos, a saber, el requerimiento judicial individual y el requerimiento judicial negativo. Ambos son regresivos, porque benefician principalmente a las clases medias y altas. El autor señala como causa de la regresión en los requerimientos judiciales negativos que las clases medias y altas tienen un mayor conocimiento sobre sus derechos y recursos para acceder al sistema judicial. Por ejemplo, en Colombia el 2003 el 73% de las tutelas por derecho a la salud, fueron presentadas por grupos que tenían un empleo formal, tenían ingresos razonables y pagaban impuestos, mientras que las clases pobres sólo representaban 13% del total (Landau, 2012, p. 214). Otro ejemplo es Brasil, cuyas cortes

han sido muy activistas en el derecho a la salud donde los estados federales más ricos presentan el 93% de las demandas, mientras que los 10 estados federales más pobres sólo el 7% (Landau, 2012, p. 232).

En cuanto a los requerimientos judiciales negativos, Landau explica que la causa de su regresividad se debe a que en tiempos de crisis los gobiernos suspenden o eliminan beneficios para las clases con más recursos, lo cual las moviliza para reclamar ante tribunales. Por tanto, estas injerencias negativas pueden tener un alto impacto en la política macroeconómica de un país que perjudica a las clases más pobres.

Landau utiliza el siguiente ejemplo: la intervención de la Corte Constitucional Colombiana en los salarios públicos durante la crisis económica del año 2000, dada las condiciones presupuestarias el gobierno había determinado que el reajuste salarial conforme a la inflación –que era de un 9%– sólo sería para los empleados públicos que ganaran menos de dos sueldos mínimos. Sin embargo, la Corte tumbó dicha decisión y ordenó reajustar por igual el salario de todo empleado público –alrededor de unos 600.000–.

Respecto a los requerimientos judiciales estructurales, donde las cortes



tienen una intervención y supervisión masiva en la creación de una política pública, Landau destaca su potencial éxito en la concreción de derechos sociales. El autor explica dos casos en que estas injerencias judiciales han tenido éxito en crear políticas públicas que beneficien a las clases más vulnerables.

El primero fue en 2004 en Colombia sobre el problema de ciudadanos muy pobres que fueron desplazados de sus hogares producto de la violencia civil y que intentaban encontrar refugio por lo general en las grandes ciudades –se calcula que eran entre 3.000.000 a 5.000.000 los desplazados– (Landau, 2012, p. 223). Otro caso importante fue la intervención estructural de la Corte Suprema de India el 2001 cuando el país padecía una grave hambruna. El gobierno, para proteger la agricultura de exportación, almacenaba grandes cantidades de grano, la Corte bajo el derecho constitucional a no padecer hambre comenzó a desarrollar programas específicos para la entrega de cereales a las familias pobres (Landau, 2012 pp. 236-237).

Landau destaca como en ambos casos la injerencia de las Cortes permitió redirigir de manera exitosa recursos y crear políticas públicas que beneficiaron a grupos más vulnera-

bles. Sin embargo, el autor destaca que en estos casos los tribunales tuvieron éxito, porque había una mirada común entre el tribunal, la sociedad civil y la burocracia sobre el problema y las soluciones a implementar (p.227).

Sin embargo, el autor advierte sobre el peligro de este mecanismo, en cuanto que los costos de capacidad y legitimidad para los tribunales son muy altos. En cuanto a la capacidad, este tipo de casos demanda gran tiempo y recursos humanos a los tribunales. Respecto a los costos de legitimidad, los actores políticos pueden ver a los tribunales como un valioso botín para realizar, vía sentencias, proyectos que perdieron en las urnas o en el Congreso. Lo anterior es una seria amenaza a la independencia judicial que se transformaría en un arma al servicio de partidos políticos. Por tanto, las realizaciones judiciales estructurales sólo deben utilizarse con sumo cuidado y en contextos políticos muy específicos.



V.- ¿LOS TRIBUNALES NADA PUEDEN HACER RESPECTO A LOS DERECHOS SOCIALES?

Dada las negativas consecuencias de la injerencia de los tribunales en la realización de los derechos sociales, a saber, su regresividad, su ineficacia y amenazar la independencia judicial, cabe preguntar: ¿nada pueden hacer los tribunales en la protección de los derechos sociales? La respuesta depende de cómo comprendamos ese rol de protección que deben asumir los jueces.

Si comprendemos que la protección de los derechos sociales por parte de los tribunales se materializa en consagrar una acción constitucional de carácter general, la respuesta es claramente no. Si la misión de los derechos sociales es entregar los medios materiales y culturales para que cada ciudadano desarrolle de forma autónoma su vida, entonces los tribunales no son la institución democrática adecuada para su realización. Las razones son varias: los jueces carecen o tienen serias desventajas comparativas respecto a las capacidades técnicas para su realización. Además, la lógica combativa de los tribunales es contraria a la lógica conciliadora que exigen los derechos sociales.

A su vez, que los tribunales sean, en última instancia, los encargados de la distribución de los derechos sociales priva uno de los elementos más propios de la vida democrática: la

deliberación de los fines que anhelamos como sociedad y la discusión sobre los medios que en justicia corresponden a cada ciudadano para alcanzar dicho ideal. Además, la experiencia ha demostrado que la participación activa de los tribunales en la realización de los derechos sociales es regresiva, infectiva y amenaza la independencia judicial.

Ahora bien, se puede objetar ¿qué pasa cuando la política es totalmente indolente o una burocracia irrazonable no reacciona ante un problema urgente y evidente? Bien aquí podría existir un margen para casos sumamente excepcionales donde los tribunales pudieran intervenir en la concreción de los derechos sociales –como el caso de hambruna en India y la decisión de la Corte de distribuir cereales a la población de escasos recursos–. Sin embargo, una excepción no puede ser la regla, porque si bien los tribunales podrían intervenir con éxito en ciertos casos, los argumentos dados muestran que convertirlo en regla general tiene consecuencias perjudiciales para la democracia.

Por tanto, retomando las preguntas iniciales:

- 1) ¿es bueno para una democracia liberal que los derechos sociales sean justiciables?



No, incluso si existen casos muy excepcionales que pueden justificar la intervención de un tribunal, ya que la excepción no hace la regla. Por tanto, la regulación de la exigibilidad de los derechos sociales debe entenderse desde un plano sistémico, más que desde una casuística.

2) ¿qué alternativa es mejor para los propios derechos sociales?

Dado los elementos de justicia distributiva y técnicos que envuelven los derechos sociales la mejor alternativa es su discusión en el Congreso para fijar en una ley sus contenidos, límites y modalidades de cumplimiento y luego que la Administración ponga en ejecución dicha ley por los medios más eficaces.

Ahora bien, los tribunales sí pueden jugar, respetando su propio diseño institucional y su finalidad democrática, un papel importante en la protección de los derechos sociales:

Primero dejando sin efecto las leyes y políticas públicas que regulen derechos sociales, pero sean evidentemente irracionales. Por ejemplo, declarar nula una legislación o política pública abiertamente discriminatoria.

2) Asegurar que tanto las autoridades, como particulares, ajusten su actuar a los derechos, deberes y procedimientos que se establecen en las leyes que regulen los derechos sociales. Por ejemplo, si una ley establece determinados requisitos para acceder a un bien y un ciudadano los cumple, pero le es denegado, entonces ese ciudadano podrá reclamar a los tribunales exigiendo que la autoridad cumpla con lo establecido en el cuerpo normativo.

3) En casos de indolencia o excesiva pasividad política se podría consagrar alguna acción para que los tribunales ordenen a los órganos políticos la dictación de una ley que regule el derecho social. En este caso la injerencia del tribunal sólo llega hasta la orden de elaborar, pero se mantiene ajeno del contenido de la política pública, la cual sólo puede ser el resultado de la deliberación parlamentaria.

En consecuencia, no existe un antagonismo entre Poder Judicial y Congreso-Gobierno en la realización de los derechos sociales, más bien debe existir una complementariedad, en el sentido que el diseño e implementación de las políticas distributivas, queden en manos de los órganos políticos democráticos y se entregue



a los tribunales el cuidado y cumplimiento de esas leyes. Ese es a nuestro juicio y en base a lo expuesto, el diseño institucional más prudente para una efectiva realización de los derechos sociales.



BIBLIOGRAFÍA CITADA Y CONSULTADA

AGUIAR GONZÁLEZ, F. (2019): Justicia distributiva. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 207-219. doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5025>.

ATRIA, Fernando (2004): “¿Existen derechos sociales?”, *Discusiones: Derechos Sociales*, N° 4: pp. 15-59. Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsf352>.

CASTRO B., Erika J., & Restrepo Yepes, Olga C., & García Matamoros, Laura Victoria (2007). Historia, concepto y estructura de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 9, 77-108. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73390005>.

FIGUEROA G-H, Rodolfo. (2009). JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: DISCUSIÓN TEÓRICA. *Revista chilena de derecho*, 36(3), 587-620. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372009000300006>.

MARSHALL, T. *Ciudadanía y Clase Social* (Madrid: Alianza, 1998).

LANDAU, D. (2012). The Reality of Social Rights Enforcement. *Harvard International Law Journal*. No. 488: pp. 189-247 Disponible en: https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/2012/01/HILJ_53-1_Landau.pdf.

RAWLS, J (1986): Justicia Distributiva. *Estudios públicos*, N°24:53-90. Disponible en: <https://www.cepchile.cl/justicia-distributiva/cep/2016-03-03/183136.html>

ROSENKRANTZ, C: “La pobreza, la ley y la constitución”, en A Bullard, J Couso et al: *El Derecho como Objeto e Instrumento de Cambio Social* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003).

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (Decreto N° 778, 1989).

PECES BARBA, Gregorio (1998): “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, N° 6, año III: pp. 15-34.

PEÑA, C. (2020). *La mentira noble. Sobre el lugar del mérito en la vida humana* (Santiago: Taurus, 2020).

PRIETO SANCHÍS, L. (1995): “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 22: pp. 9-57.

SERRANO GÓMEZ, Enrique. (2011). Derechos fundamentales y justicia distributiva. *Andamios*, 8(15), 189-214. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632011000100008&lng=es&tlng=es.



TORRES ZUÑIGA, N. (2015). Justiciabilidad de las medidas regresivas de los derechos sociales. Algunas reflexiones acerca de su protección en América Latina. *Derecho PUCP*, (75), 95-117. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201502.005>.



NOTAS AL PIE

1| Así lo reconoce la propia convención PIDECS en el artículo 2.1: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (énfasis nuestro).

2| El gráfico se obtuvo del 2020 SOCIAL PROGRESS INDEX (obtenido en: <https://www.social-progress.org/stat-ic/37348b3ecb088518a945-fa4c83d9b9f4/2020-social-progress-index-executive-summary.pdf>), el cual mide el progreso social en 163 países. Entre los indicadores que se miden son: salud, vivienda y acceso a la educación (p. 3).

3| Es evidente que todo ser humano por hecho de serlo tiene derecho a la educación, en estricto rigor no es ese el problema que plantean los derechos sociales, sino más bien cómo darle ese derecho a quien lo carece por falta de recursos. Por tanto, si se entiende correctamente el rol de los derechos sociales como correctores de la desigualdad de clases, entonces se comprende que no todo ciudadano sea acreedor.

4| Así por lo demás lo establece el propio pacto, en su artículo 2: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (énfasis nuestro).



5| En estricto rigor no es que el derecho en sí mismo sea un bien escaso, sino que los medios para su concreción son escasos.

6| Esto es muy claro de eso son las políticas públicas de salud donde financiar determinados tratamientos implica dejar de financiar otros. Por ejemplo, la ley Ricarte Soto que establece un mecanismo para financiar tratamientos de alto costo establece una serie de requisitos técnicos, económicos y éticos para determinar qué enfermedades se financian y cuáles no.

7| El caso más conocido de este mecanismo fue el de Grootboom ocurrido en Sudáfrica el año 2000, en el cual el Tribunal Constitucional ordenó al Estado dictar un plan que regule el acceso a vivienda.

