

UNA APROXIMACIÓN A LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES*

*CONSTITUTIONAL SOCIAL RIGHTS
A BASIC INTERPRETIVE APPROACH*

Jeff King**

Resumen

En el marco de la discusión con respecto a la justiciabilidad de los derechos sociales, este artículo trata de argumentar por qué los derechos sociales deben ser justiciables y propone un marco de interpretación para los tribunales. Los derechos sociales tienen un contenido sustantivo, pero no deberían ser los tribunales los que lo determinen. Este artículo presenta un marco interpretativo para la adjudicación constitucional de derechos sociales. De acuerdo con este marco interpretativo, la función de los tribunales se centra en analizar los procesos de toma de decisiones por parte de las autoridades cuando se limitan o se niegan derechos sociales y no en las decisiones en sí mismas.

Palabras clave: Derechos Sociales, Justiciabilidad, Deferencia judicial, Constitucional.

* Traducción de Carlos R. Herrera Martín.

** Profesor e investigador en Derecho en University College de Londres (UCL).

Abstract

This paper presents arguments in favour of constitutional adjudication of social rights and offers a basic interpretive approach. There is a substantive content to social human rights, but it is not ordinarily the role of the judge to define it. In this paper, I offer a justification of why it is not the role of the judges to define the content of social human rights and what is the proper role of the courts when adjudicating social rights. The courts should focus on the decision-making process more than on the decision itself.

Keywords: Social Rights, Judicial Review, Judicial deference, Constitutional adjudication.

1. Introducción

Este artículo es parte de un trabajo más amplio en el que se presenta un argumento del por qué los derechos sociales deberían incluirse en el texto constitucional y ser justiciables.¹ Este artículo se enfoca en construir un método de interpretación judicial aplicable a los derechos sociales constitucionales.

Cuando se habla en el derecho a la salud, la educación o la seguridad social, normalmente se piensa en un derecho a ciertos recursos. A menudo pensamos que existe un núcleo sustantivo de un derecho y que el trabajo de un Juez es definirlo y requerir que el Estado lo implemente. Si se adopta este punto de vista, uno esperaría que una teoría de la adjudicación de los derechos sociales no se enfocara exclusivamente en la deferencia judicial. También debe enfocarse en el contenido jurídico sustantivo del derecho y los intereses que protege.

Considero que existe un contenido sustantivo de los derechos sociales, en el sentido de que tenemos un derecho humano a un mínimo social y que, se puede

¹ Este artículo es una adaptación del capítulo 4 de la obra Jeff King, *Judging Social Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 97-118. Se traduce y publica con autorización del autor.

construir una imagen razonablemente clara de los recursos necesarios para alcanzar ese mínimo. Pero también estoy de acuerdo con que, por lo general, no debe ser el papel del Juez definir este mínimo social en todos sus aspectos ni siquiera establecer lo que constituye el pleno cumplimiento de la obligación del Estado en materia de derechos sociales. Parte de la finalidad de este artículo es explicar porqué es así y aclarar cómo el juzgar, en la adjudicación de derechos en general así como en la adjudicación de derechos sociales, se centra en la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados que en la práctica, invitan a los Jueces a evaluar el proceso de toma de decisiones respecto de determinados intereses. Sostengo que el papel principal del Juez en la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados es evaluar la aceptabilidad de las justificaciones presentadas para las interferencias o afectaciones de los intereses en cuestión. Este proceso, a mi juicio, genera una necesidad clara de desarrollar una teoría sobre la deferencia judicial. Así, en la sección 3 de este artículo, muestro por un lado el por qué es necesario desarrollar esta teoría usando casos relevantes para construir mi argumento y por el otro porqué algunas de las mejores teorías existentes para la adjudicación de derechos sociales constitucionales no reconocen adecuadamente esta necesidad.

2. Derechos sociales

Un enfoque interpretativo básico

Al examinar detenidamente la práctica de la revisión judicial de derechos, o de hecho cualquier tipo de revisión judicial, es claro que el papel de los tribunales suele consistir en la adjudicación de argumentos contradictorios sobre el cumplimiento de una norma jurídica abstracta que se preocupa más por la obligación del Estado que por el alcance del interés individual en obtener un remedio efectivo. En esta sección se aclara el papel del texto constitucional y de la interpretación judicial del texto, de manera que se destaca la imprecisión ineludible de las normas jurídicas que se aplican.

a. Estructura de los derechos: el alcance del interés y la naturaleza de la obligación

Es común en la práctica contemporánea de adjudicación de derechos, y en la adjudicación de derechos sociales, ver dos rasgos estructurales definidos de los derechos, típicamente incluidos en el propio texto. Esta estructura puede entenderse mejor con un ejemplo hipotético de una norma otorgando derechos sociales:

El derecho a X

1. Toda persona tiene derecho a una X adecuada.
2. El Estado adoptará medidas razonables, dentro de los límites de recursos disponibles, para implementar el derecho a X.

En esta fórmula, X especifica la gama de intereses que constituyen el contenido sustantivo del interés o intereses individuales protegidos por el derecho y que sirven como objeto de la obligación del Estado que se establece en la segunda subsección. Por lo tanto, si X fuera 'salud', entonces significaría alguna combinación de las necesidades del individuo y una gama de servicios requeridos para satisfacer esas necesidades. Si X fuera 'seguridad social', entonces se referiría a beneficios dirigidos a satisfacer necesidades básicas de seguridad social. Y así sucesivamente con la educación, la vivienda y otros derechos sociales potenciales. Esta es la estructura más habitual de las disposiciones de derechos sociales constitucionales adoptadas recientemente, como las de Sudáfrica y Kenia.² Es una estructura basada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).³ El Pacto establece una obligación

² Véase Rudiger Wolfrum and Rainer Groter (eds.), *Constitutions of the Countries of the World, Loose Leaf*; Oxford University Press, Nueva York, 1971 (con actualizaciones). Todas las referencias a constituciones en este trabajo, incluidas las de la Constitución de Canadá, son normas que estaban en vigor al momento que se escribió el capítulo y como se encuentran listadas en esos volúmenes.

³ GA res. 2200A (XXI), 21 UN GAOR Supp. (No. 16) at 49, UN Doc. A/6316 (1966); 993 UNTS 3; 6 ILM 368 (1967).

general, progresiva y positiva, de poner en práctica los derechos 'reconocidos' en la parte III del Pacto, en la que se enumeran los diversos derechos.

Esto es similar en forma (aunque no idéntica en la terminología) al enfoque ampliamente utilizado de la adjudicación de derechos constitucionales en el que los derechos se establecen en una parte de una determinada sección de la declaración de derechos y las limitaciones permisibles de tales derechos o intereses se establecen en otra disposición.⁴ Este es el modelo que sigue la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, que establece en el artículo 1o que ésta "garantiza los derechos y libertades establecidos en la misma sujetos únicamente a los límites razonables prescritos por la ley que puedan demostrarse justificados en una sociedad libre y democrática".⁵ Esto se ha interpretado en el sentido de que para limitar los derechos es necesario que exista una necesidad social urgente y que la limitación sea proporcional al fin perseguido.⁶ La Carta explícitamente adoptó conceptos de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) a este respecto. La CEDH establece ciertos derechos que tienen limitaciones explícitas en varias subsecciones.⁷ En la adjudicación de una gama de derechos bajo la CEDH y la Carta Canadiense, la cuestión más importante es normalmente si las limitaciones del derecho, o afectación de los intereses, son proporcionales y, por tanto, justificadas.⁸

⁴ Véase Mattias Kumm, "The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review", *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 4, núm. 2, 2010, pp. 141, 144. Disponible en: <https://doi.org/10.2202/1938-2545.1047>.

⁵ Este tipo de disposiciones empiezan a ser más comunes: véase también s. 36, Constitution of the Republic of South Africa, 1996.

⁶ *R v. Oakes* [1984] 2 SCR 145.

⁷ Véase CEDH Arts. 2(2), 5(1)(a)-(f), y esp. 8-11.

⁸ Hay una pregunta teórica acerca de si es acertado hablar de limitaciones de derechos, o si debemos hablar más bien de intereses infringidos, o de derechos *prima facie*, que sólo se convierten en derechos violados después de demostrarse que la infracción no está justificada. Tanto el texto de la Carta Canadiense, el PIDESC como el CEDH, todos usan el lenguaje de los derechos limitados/progresivamente implementados. No tengo ninguna opinión firme sobre este tema, pero adopto la terminología de los "intereses" para evitar el problema. Sobre la cuestión del uso del lenguaje de las 'infracciones' en relación con los derechos positivos, véase mi exposición de la proporcionalidad en la sección 3 apartado b.

Por lo tanto, en la práctica se puede distinguir entre el alcance del interés o derecho y la naturaleza de la obligación con respecto a tal interés (o la naturaleza del poder del Estado de limitar dichos intereses/derechos). Se pueden hacer algunas reflexiones en referencia a esta distinción. La primera es que, en mi opinión, el papel interpretativo más importante del tribunal se refiere, en la inmensa mayoría de los casos, a la evaluación de la obligación, no al alcance del interés. Esto es así porque a menudo, los casos resueltos por los tribunales refieren claramente el interés, o en aquellos casos en los que se busca la interpretación de la obligación, la tarea de establecer un precedente sobre la cuestión sería demasiado complicado (o controversial) para el tribunal y el Estado demandado, y por lo tanto ambos procederán bajo el supuesto de que está comprometido el interés. En segundo lugar y a pesar de todo, el alcance de los intereses protegidos sigue siendo una cuestión relevante. A veces el texto de la Constitución indicará el alcance del interés protegido. La disposición podría especificar una dimensión particular del derecho, como el derecho al agua, o podría especificar un servicio en particular, como atención médica de emergencia o tratamiento especial para los niños. También podría resultar importante cuando un reclamante busque la protección de un interés demasiado alejado de la idea de derechos sociales, como el derecho a la vivienda entendido como a un yate de lujo o una casa de campo, o un derecho a la salud que incluya el derecho a cirugía estética electiva. Tales reclamaciones deben ser detenidas en el ámbito del interés, porque la revisión constitucional consume tiempo valioso y recursos, y porque es importante mantener la integridad conceptual de la declaración de derechos. En tercer lugar, la determinación del alcance del interés –que podría considerarse similar al mínimo social y sus umbrales– es en gran medida una tarea que debe llevar a cabo un profesional experto en necesidades humanas. Irónicamente, por lo tanto, aunque el alcance de los intereses importa menos en la adjudicación, es un aspecto de la interpretación que puede ser más susceptible al proceso judicial (siempre y cuando los Jueces usen en lugar de contradecir la opinión de expertos en la materia) que la evaluación de algunos aspectos de la obligación del Estado.

Puede haber argumentos a favor y en contra de definir el alcance del interés con gran especificidad. Considero que un derecho o interés general debe ser establecido en abstracto, incluyendo cualquier especificación que pueda ayudar a resaltar los mecanismos institucionales relevantes o compromisos esenciales de una jurisdicción específica, o delimitar el alcance del interés y limitar así el número de casos que pudieran ser sometidos al conocimiento de los tribunales. Este enfoque proporcionará flexibilidad interpretativa, lo cual puede resultar crucial.

b. Texto constitucional. Obligaciones absolutas y calificadas

Si bien el alcance del interés protegido puede variar ampliamente en los textos constitucionales, es posible identificar un patrón en las formas en que establecen las obligaciones del Estado. A veces la disposición declarará, expresa o implícitamente, que el Estado tiene una obligación absoluta con respecto al interés o al derecho.⁹ Un ejemplo puede encontrarse en la Constitución de Finlandia:

Sección 19. El derecho a la seguridad social

Aquellos que no pueden obtener los medios necesarios para una vida digna tienen derecho a recibir la subsistencia y la atención indispensable.

Toda persona tiene derecho, de conformidad con la ley, a la subsistencia básica en caso de desempleo, enfermedad y discapacidad y durante la vejez, así como en el nacimiento de un hijo o la pérdida del sostén económico de la familia.

Las autoridades públicas garantizarán a todos, de conformidad con la ley, servicios sociales, sanitarios y médicos adecuados y promoverán la salud de la población.

⁹ Se podría vincular esta idea con la noción de obligaciones inmediatas bajo el PIDESC, o la idea de obligaciones de resultado en el derecho internacional. Utilizo esta terminología para destacar la similitud de la estructura entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos.

El alcance de los intereses especificados en esta disposición incluye "la subsistencia y el cuidado indispensables", "la subsistencia básica" y "servicios sociales, sanitarios y médicos adecuados". A primera vista la disposición en sí misma parece crear una obligación absoluta de asegurar estos intereses.¹⁰ Esta interpretación se justifica ante la ausencia de cualificación (por ejemplo, "derecho a recibir") y las expresiones "garantizará" y "se garantizará". Una vez que se establece que el interés del reclamante no se satisface, el Estado tiene (textualmente) una obligación absoluta de proporcionarlo.

Ejemplos similares se pueden encontrar en otras constituciones. En la Constitución del Estado de Nueva York, por ejemplo, se establece:

Artículo IX (1)

[e]l poder legislativo proveerá para el establecimiento y el sostenimiento de un sistema de escuelas comunes libres, en el cual todos los niños de este estado podrán ser educados.

La Corte de Apelaciones de Nueva York ha interpretado, de forma razonable, que esta disposición requiere una "educación básica sólida".¹¹ En diversos litigios, los tribunales de Nueva York han evaluado el incumplimiento de esta obligación y ordenado la provisión de recursos sustanciales a las escuelas afectadas.¹² Las constituciones de varios países latinoamericanos en ocasiones también establecen los derechos siguiendo esta estructura, al igual que la Constitución de Hungría.¹³

¹⁰ Al parecer esta es la interpretación adoptada por los tribunales finlandeses: Véase Martin Scheinin, "Protection of Economic, Social and Cultural Rights in Finland: –A Rights-Based Variant of the Welfare State", en Martin Scheinin (ed.), *The Welfare State and Nordic Constitutionalism in the Nordic Countries*, Nordic Council of Ministers, Copenhagen, 2001, pp. 251-60.

¹¹ *Campaign for Fiscal Equity v. State of New York*, 86 NY2d 307, 316 (1995).

¹² *Campaign for Fiscal Equity v. State of New York*, 8 N.Y3d 14 (2006). Este caso fue el último en una saga de litigios que duró 13 años.

¹³ Véase la Constitución de la República de Hungría, Arts. 70/D, 70/E, and 70/f en especial.

Este tipo de texto constitucional está abierto a una interpretación razonable de que un tribunal no debe tomar en cuenta la escasez de recursos cuando interpreta el derecho. Es posible que un tribunal lea en una limitación implícita, o "implementación limitada" la norma constitucional.¹⁴ Sin embargo, el texto no solo no lo requiere, sino que invita explícitamente a los Jueces a ignorar la falta de recursos y otros factores relacionados. En mi opinión, en la mayoría de los casos en los que no se puede asumir que el actual sistema legislativo y administrativo garantiza estos derechos para la mayoría de la población, esta interpretación sería un grave error. Si los sistemas legislativo y administrativo garantizan estos derechos para la mayor parte de la población, cualquier desviación de esa norma constituiría una aberración, y el remedio judicial ordenando el cumplimiento de la obligación sería por su naturaleza un ajuste incremental (una cuestión de corrección) por lo que se ajustaría al enfoque incremental que este artículo adopta. Sin embargo, rara vez será el caso que estas condiciones se den para todos los derechos sociales. Puede ser el caso de Finlandia, y tal vez de otros países escandinavos y del norte de Europa, pero no de Nueva York ni Hungría, y ciertamente no de América Latina –y tampoco en el Reino Unido y otros países ricos del *Commonwealth*–. A falta de esa condición, ignorar la escasez de recursos es negarse a considerar las implicaciones dinámicas de ordenar la provisión de recursos, sin saber de dónde provendrán los recursos y cuál será su impacto en los demás. Esto podría suplantar un esquema de asignación de recursos más racional (aunque imperfecto), legislativo y administrativamente, con un sistema que premia a quien acude a los tribunales primero para demostrar la falta de satisfacción del interés.

¹⁴ Véase e.g. el caso *Belgian Linguistics (No 2)* (1968) 1 EHRR 252; Lawrence G. Sager, "Fair Measure: The Underenforcement of Constitutional Norms," *Harvard Law Review*, v. 91, 1978, pp. 1212. Considero que este tipo de interpretación o implementación limitada sería apropiada por lo general, a menos que la estructura del texto sugiera, tal vez haciendo la comparación dentro del mismo texto, que una obligación absoluta era lo que se buscaba. Por ejemplo, comparar el Art. 3 CEDH con el Art. 6 CEDH; y ss. 26(1) y (2) con s. 26(3) de la Constitución de Sudáfrica.

Habiendo dicho esto, lo cierto es que a veces las obligaciones absolutas son apropiadas cuando se refieren a una clase limitada de intereses o derechos (por ejemplo atención médica de emergencia, derechos del niño, los derechos lingüísticos minoritarios),¹⁵ o cuando existe una clase de servicio en particular donde el Estado puede estar seguro de contar con el apoyo político necesario y, por lo tanto, el servicio puede garantizarse (por ejemplo, el tratamiento médico gratuito, pagado por el Estado en el Reino Unido o Canadá, la educación primaria y secundaria gratuita para todos).

Más comúnmente, el texto constitucional adoptará un contenido cuya interpretación más razonable es que el Estado tiene una obligación calificada. Con esto se entiende que la obligación es variable en cuanto a que el interés puede ser limitado de alguna manera o quedar parcialmente incumplido, siempre y cuando, el Estado cumpla con la obligación especificada.¹⁶ Un texto constitucional puede establecer obligaciones calificadas de dos maneras diferentes. En primer lugar, puede calificarla implícitamente a través del uso de términos jurídicos abstractos que otorgan un margen de latitud interpretativa en relación con el carácter de la obligación del Estado.¹⁷ Por ejemplo, el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos garantiza el derecho a un juicio 'justo', dentro de un plazo "razonable". Gran parte del litigio sobre este artículo se refiere a los requisitos de justicia. De la misma manera, la cuestión de qué proceso es "debido", es una cuestión relevante en los casos relativos a la cláusula de debido proceso de la decimocuarta enmienda de la Declaración de Derechos de los Estados Unidos.¹⁸

¹⁵ Véase e.g. Constitución de Sudáfrica, Art. 26 (evicción), s. 27(3) (atención médica de emergencia); Constitución de Canadá, s. 23 (derechos lingüísticos minoritarios).

¹⁶ Esto podría equipararse a las obligaciones progresivas establecidas en el PIDESC, o a obligaciones de conducta. Prefiero el término "calificado" para resaltar las similitudes con otros litigios sobre derechos que no implican obligaciones positivas.

¹⁷ Podría cuestionarse el uso de la expresión "calificado" con respecto a los derechos formulados de esta manera. Se podría argumentar que existe un derecho absoluto a un juicio "justo".

¹⁸ Caso *Tsfayo v. United Kingdom* [2006] All ER (D) 177; (2006) 48 EHRR 18; *Mathews v. Eldridge* 424 US 319 (1976).

Los derechos sociales, a veces emplean técnicas similares. Por ejemplo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁹ establece el derecho a la asistencia sanitaria de la siguiente manera:

Artículo 35 - Protección de la salud

Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales.

Presumiblemente, si esta disposición fuese objeto de litigio, gran parte del argumento se concentraría en lo que implica el "acceso" (por ejemplo, los tiempos de espera para el tratamiento) y lo que implica el "derecho a beneficiarse" (por ejemplo, la financiación de tratamientos experimentales costosos). Del mismo modo, la Carta de la UE establece el derecho a condiciones de trabajo equitativas y justas de la siguiente forma:

Artículo 31 - Condiciones de trabajo justas y equitativas

Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad.

Podemos asumir que, los litigios aquí también se enfocarían en determinar si ciertas condiciones "respetan" los intereses del trabajador en materia de salud, seguridad y dignidad. Presumiblemente, la escasez de recursos y otras consideraciones serán relevantes en esta etapa.

La segunda forma en que los derechos sociales pueden ser calificados es cuando la calificación se declara explícitamente, es decir, directamente en tales términos en el texto constitucional. Este es el modelo de las disposiciones sobre limitaciones de la Carta Canadiense y de algunas disposiciones de la CEDH discutidas

¹⁹ Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, OJ [2007] C303/1.

anteriormente. También es el principal modelo utilizado para los derechos sociales en la Constitución de Sudáfrica. Esto se pone de manifiesto en las siguientes disposiciones de la Constitución sudafricana, aunque se puede observar que las siguientes disposiciones combinan elementos de obligaciones absolutas, obligaciones explícitamente calificadas y obligaciones implícitamente calificadas.

Sección 26. Vivienda

1. Toda persona tiene derecho a acceder a una vivienda adecuada.
2. El Estado debe adoptar medidas legislativas y de otra índole, dentro de los límites de sus recursos disponibles, para lograr la realización progresiva de este derecho.
3. Nadie puede ser desalojado de su hogar, ni sufrir la demolición de su casa, sin una orden judicial hecha después de considerar todas las circunstancias relevantes. Ninguna legislación puede permitir desalojos arbitrarios.

Sección 27. Cuidado de la salud, alimentos, agua y seguridad social

1. Toda persona tiene derecho a tener acceso a
 - a. Servicios de atención de la salud, incluida la salud reproductiva;
 - b. Suficiente alimento y agua; y
 - c. Seguridad social, incluyendo, si son incapaces de sostenerse a sí mismos y a sus dependientes, asistencia social apropiada.
2. El Estado debe tomar medidas razonables legislativas y de otra índole, dentro de sus recursos disponibles, para lograr la realización progresiva de cada uno de estos derechos.
3. A nadie le puede ser denegado tratamiento médico de emergencia.

Estas disposiciones muestran cómo las diversas formas de obligaciones estatales pueden mezclarse en un mismo texto. Se utiliza el término "acceso" (que significa una calificación implícita) y las subsecciones 3 de ambas disposiciones establecen obligaciones absolutas con respecto a una clase restringida de intereses. Sin embargo, el principal contenido de las secciones 26 y 27, y el aspecto en el que se han centrado la mayoría de los casos relevantes, es la obligación del Estado de adoptar medidas legislativas y de otra índole para lograr el cumplimiento de estos derechos.

En suma, en un determinado texto constitucional, la naturaleza de la obligación con respecto al interés o derecho puede ser declarada como absoluta o calificada. Puede ser calificada implícita o explícitamente. Mi opinión es que, el modelo apropiado para el texto de un proyecto de ley constitucional de derechos sociales es aquel que especifica las obligaciones calificadas como explícitas, con respecto a intereses o derechos generales o abstractos. Esta disposición es una manera apropiada de hacer notar a los tribunales que la disponibilidad de recursos sigue siendo relevante para la interpretación de estos derechos. Sin embargo, si hay una clase de intereses en los que, razonablemente, se puede suponer que la estructura de apoyo político está presente o se puede esperar que esté presente, entonces puede ser apropiado declararlos como obligaciones absolutas para que los tribunales los hagan cumplir como tal. También queda la posibilidad abierta para que el tribunal declare mediante técnicas de interpretación, presumiblemente después de alguna experiencia en el tema, que algún interés o servicio aislado en particular se convierte en una obligación absoluta. No hay nada en la obligación calificada que lo impida²⁰ y es inherente al concepto de obligaciones progresivas el que el Estado deba moverse progresivamente en el

²⁰ Véase, Caso *Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and Others (TAC case)* 2002 (10) BCLR 1033 (CC); y Caso *Mazibuko and Others v. City of Johannesburg and Others* (CCT 39/09) 2010 (4) SA 1 (CC) para un reconocimiento de que esto es posible en relación con la doctrina de un núcleo mínimo de obligaciones.

tiempo hacia la protección completa del interés. En pocas palabras, creo que el modelo sudafricano es el ejemplo a seguir, con adaptaciones específicas para que cada país se adapte a las condiciones políticas existentes.

c. La interpretación judicial: la inevitabilidad de la indeterminación

Por lo tanto, la adjudicación de derechos sociales constitucionales requerirá que el Estado tome en cuentas sus obligaciones no absolutas; y la disponibilidad de recursos se convertirá en una consideración relevante durante la interpretación. La cuestión principal en la adjudicación de los derechos sociales constitucionales en Sudáfrica es si la conducta del Estado ha sido "razonable".²¹ A veces, durante la interpretación, los tribunales pueden reconocer otros estándares relevantes como una subcategoría. Por ejemplo, en *Occupiers of 51 Olivia Rd*,²² la cuestión a resolver por el Tribunal Constitucional fue: si el procedimiento utilizado para desalojar a los ocupantes ilegales de edificios de apartamentos por razones de salud cumplía con el derecho a la vivienda establecido en el artículo 26. El Tribunal consideró que el procedimiento era constitucionalmente defectuoso y ordenó que en tales casos el Estado debía observar un requisito de "negociación significativa".²³ Esa es ahora la nueva norma aplicada en la adjudicación en esa clase de disputas. Lo mismo se observa en el caso *Brown v. Board of Education (Brown II)*, en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que había una obligación de desagregar las instituciones educativas con "toda velocidad deliberada".²⁴ Estos estándares creados judicialmente, al igual que aquellos cuyo

²¹ Caso *Grootboom and Others v. Oostenberg and Others*, 2000 (11) BCLR 1169 (CC); *TAC*; caso *Khosa and others v. Minister of Social Development and others* 2004 (6) BCLR 569 (CC); caso *Mazibuko and Others v. City of Johannesburg and Others* (CCT 39/09) 2010 (4) SA 1 (CC), [48]- [68] (O'Regan J, estudiando la jurisprudencia de la Corte).

²² *Occupiers of 51 Olivia Rd v. City of Johannesburg* 2008 (3) SA 208 (CC).

²³ *Ibidem*, [14].

²⁴ Caso *Brown v. Board of Education (Brown II)*, 349 US 294 (1955).

origen se encuentra en el texto, como por ejemplo "razonable", "necesario", "justo", etc., serán indeterminados y necesariamente así. Este hecho no sólo es ineludible, sino que, en el contexto de la adjudicación constitucional, puede ser deseable.

Uno podría objetar a la adjudicación de normas abstractas por razón de su indeterminación. Podemos considerar la objeción con detalle a la luz de la naturaleza omnipresente de las normas abstractas:

- el deber de derecho administrativo que las decisiones sean razonables, y que los procedimientos seguidos sean justos;²⁵
- que por lo general la policía está facultada para detener y registrar sólo cuando existe una "sospecha razonable";²⁶
- la obligación en materia de derechos humanos de que las limitaciones de derechos sean "necesarias en una sociedad democrática" y alcancen un "justo equilibrio";²⁷
- el deber de tener cuidado razonable en materia del derecho sobre negligencia;
- en materia de derecho laboral, el derecho a no ser "injustamente despedido";²⁸
- salud, seguridad, finanzas, medio ambiente y otras formas de regulación;

²⁵ Caso *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service (GCHQ)* [1985] 1 AC 374.

²⁶ Section 1 of the Police and Criminal Evidence Act 1984; section 47 of the Firearms Act 1968; section 23 of the Misuse of Drugs Act 1971.

²⁷ Caso *Smith and Grady v. United Kingdom* (1999) 29 EHRR 493.

²⁸ Section 94 of the Employment Rights Act 1996.

- la inclusión y adjudicación de cláusulas contractuales que se comprometan a hacer "esfuerzos razonables" para conseguir algún fin;²⁹
- la obligación de negociar de buena fe en el derecho laboral;³⁰
- el deber de actuar con la diligencia debida en muchas áreas de legislación doméstica e internacional;³¹
- en materia fiscal, un principio general contra la evasión.³²

No se trata de una colección aleatoria de normas periféricas en la ley; algunas de ellas son centrales para la adjudicación cotidiana, mientras que otras son plenamente justiciables. Por lo tanto, es absurdo sugerir que, debido únicamente a la indeterminación, el sistema de obligaciones constitucionales es inoperable. La objeción de la indeterminación debe ir acompañada de argumentos más sólidos.

Antes de presentar ese argumento más sólido, es importante destacar las implicaciones generales del enfoque interpretativo básico aquí expuesto. El rol

²⁹ Caso *Brauerv. James Clark* [1952] 2 All ER 497 (CA); *IBM United Kingdom Ltd v. Rockware Glass Ltd* [1980] FSR 335 (CA); *Rhodia International Holdings Ltd and another v. Huntsman International LLC* [2007] EWHC 292 (Comm).

³⁰ Véase e.g. *Canadian Union of Public Employees v. Labour Relations Board (N.S.) et al.* [1983] 2 SCR 31 (SCC); Allan Bogg, *Democratic Aspects of Trade Union Membership*, Hart, Oxford, 2009, caps. IV-VI.

³¹ Véase Caso Section 11 of the Securities Act of 1933, 15 USC § 77k, como ha sido interpretado en *Herman & Maclean v. Huddleston et al.*, 459 US 375, 382 (1982); *Johnson v. United States*, 544 US 295 (2005) (procedimiento penal); *Nissan Fire & Marine Ins. Co. v. M/V Hyundai Explorer*, 93 F.3d 641 (9th Cir. 1996) (derecho marítimo). En Canadá, véase *R v. Sault Ste Marie* [1978] 2 SCR 1299 (introduciendo el *due diligence* como una defensa en contra de responsabilidad legal en infracciones regulatorias). Defensas regulatorias similares abunda en el Reino Unido: ver s. 21 Food Safety Act 1990 (higiene alimenticia); s. 141A(4) of the Criminal Justice Act 1988 (venta de cuchillos a menores); s. 14A(b) of the Video Recordings Act 1984 (venta de videos sin certificado). En materia de derecho internacional, véase también R. P. Barnidge, 'The Due Diligence Principle under International Law', *International Community Law Review*, vol. 8, 2006, p. 81.

³² Véase en *Canada vs. 245 of the Income Tax Act 1985* (RSC 1985, c. 1 (5th Supp.)) y su interpretación en *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada* [2005] 2 SCR 601 (SCC); Judith Freedman, "Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle", *British Tax Review*, 2004, pp. 332-357, Oxford Legal Studies Research Paper No. 14/2006.

especial de los tribunales previsto en la adjudicación constitucional contemporánea y especialmente en la adjudicación de los derechos sociales consiste en enfocarse en el proceso de toma de decisiones que afecten intereses protegidos por derechos humanos, más que en el logro de un objetivo determinado. Busca determinar la adecuación de la justificación o razonamiento subyacente a la acción u omisión pública, la verosimilitud de sus premisas y la validez de sus inferencias, y a veces el alcance de la participación pública durante ese proceso, la disponibilidad de alternativas políticas efectivas y (cuando proceda) la compatibilidad de la decisión resultante con el núcleo conceptual del derecho invocado. Para demostrar que un derecho ha sido violado, no basta con demostrar que alguien ha sido encarcelado sin audiencia, o desalojado de un hogar a pesar de estar necesitado, o se le ha impedido hablar en un mitin político. Solo podemos saber si el derecho ha sido violado después de evaluar la justificación del Estado, a menos que (en casos excepcionales) la Constitución establezca una obligación absoluta cuando ciertas condiciones se cumplen. Del mismo modo, no tiene sentido creer que demostrar que se ha incumplido con un mínimo social (incluso cuando existan recursos para proporcionarlo) decidirá la cuestión de si se han violado derechos sociales.

Las implicaciones de esta aproximación son cruciales para la teoría adoptada en este artículo. Es pertinente para la cuestión de la legitimidad democrática, porque la misma política podría sostenerse o revocarse dependiendo de cómo se promulgó. Es relevante para la forma en que se enmarcan los remedios y para decidir cuánta deferencia a la opinión de expertos debe mostrarse: una política ideada sin mucho respaldo podría ser revocada, mientras que si la misma política es respaldada por evidencia sólida podría sobrevivir el escrutinio judicial. Y es pertinente reconocer la importancia y la aceptabilidad constitucional del principio de flexibilidad, porque la evidencia que respalda la adopción de cierta política pública puede cambiar con el tiempo. Es relevante sobre todo porque, aunque los intereses pertinentes puedan permanecer relativamente estables a lo largo del tiempo, la naturaleza de la justificación de cualquier acción esta-

tal en relación con ellos puede cambiar y debe ser evaluado en diferentes circunstancias.

3. La necesidad de una teoría de la deferencia judicial

La objeción más fuerte, que se basa en el simple hecho de la indeterminación, es que hay algo particularmente problemático en el uso de normas abiertas, particularmente, para el control constitucional del Estado de bienestar. En mi opinión, esta objeción es suficiente para justificar la necesidad de un enfoque distinto al de la deferencia judicial.³³ Esta sección ilustra esta necesidad haciendo referencia a algunos casos importantes y luego, muestra porqué los enfoques existentes más razonables para adjudicar los derechos sociales son insuficientes en las circunstancias actuales.

a. Los derechos sociales en la sombra de *Lochner* y *Dicey*

En el caso *Lochner v. New York*,³⁴ la Suprema Corte de los Estados Unidos declaró inconstitucional una ley de Nueva York que limitaba el tiempo de trabajo de un panadero a sesenta horas por semana, con no más de diez horas al día. El argumento de Joseph Lochner era que este tipo de regulación interfería de manera inadmisiblemente con la libertad de contrato del empleador y del empleado. La Corte estaba profundamente dividida, pero todos coincidieron en que la libertad de contratar estaba protegida por la Decimocuarta Enmienda, y también, en particular, que las restricciones a ese derecho eran aceptables por razones de salud y seguridad. Más allá de esto, las coincidencias terminaron. La mayoría enfatizó repetidamente que las restricciones, incluso por razones de salud, deben ser

³³ Véase Jeff A. King, "Institutional Approaches to Judicial Restraint", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 28, 2008, p. 409.

³⁴ 198 US 45 (1905).

limitadas de alguna manera. De lo contrario, el derecho sustantivo en sí mismo carecería de sentido. La cuestión consistía en determinar si la restricción era una "interferencia irracional, innecesaria y arbitraria con el derecho y la libertad del individuo de contratar".³⁵ La mayoría consideró que las pruebas presentadas no justificaban la limitación, ya que no podía razonablemente decirse que el oficio de panadero era considerablemente más peligroso que el de otros trabajadores. Por lo tanto, es fundamental señalar que, en el caso *Lochner*, la Corte utilizó un criterio constitucional de razonabilidad para decidir sobre la validez de la limitación del derecho. No es un escenario estándar de "derechos absolutos", o un caso sencillo de formalismo legal, en el que sin mayores preámbulos un tribunal declara que el derecho ha sido violado. Más bien, la Corte analizó y rechazó los estudios del Estado de Nueva York mostrando que los panaderos estaban sujetos a riesgos de salud inusuales y necesitaban protección. Los Jueces discrepantes demostraron, de hecho, que había un gran número de estudios incontestables que establecían que la salud de estos panaderos era considerablemente—incluso escandalosamente—peor en comparación con otros trabajadores en Nueva York y más allá.

El caso *Lochner* (de acuerdo a la narrativa ampliamente aceptada) abrió un periodo de intervencionismo judicial agresivo de 1905 a 1937, que condujo, según una estimación, a la anulación de aproximadamente 170 estatutos laborales,³⁶ incluyendo la posibilidad misma de un salario mínimo en el caso *Adkins v. Children's Hospital* (1923).³⁷ Sin embargo, el daño causado fue considerablemente más allá de la regulación laboral e incluyó una serie de leyes que regulaban áreas más amplias de la economía. En este sentido, interfirió sustancialmente con todo el programa del *New Deal*, que era esencialmente un plan de acción nacional para proteger los derechos humanos sociales.

³⁵ *Ibid.*, 56.

³⁶ Véase capítulo 8, secc. II.A para la discusión.

³⁷ Sentencia 261 US 525 (1923).

En *Chaoulli v. Quebec (AG)*, los demandantes atacaron la constitucionalidad del sistema de salud canadiense, que prohibía la contratación de seguros médicos privados en un esfuerzo por crear un servicio de salud pública sólido e igualitario. La mayoría de la Suprema Corte de Canadá consideró que la prohibición no era una limitación proporcional del derecho a la seguridad de la persona, e incluso, tres Jueces la consideraron "arbitraria" sobre la base de la evidencia a la que tuvieron acceso de diversos estudios.³⁸ En ese caso, un paciente, que había sido colocado en listas de espera para una variedad de tratamientos, se unió a un médico (Jacques Chaoulli) que quería abrir un hospital privado por razones aparentemente comerciales. Los dos argumentaron que la prohibición interfería con el derecho a la seguridad personal del paciente poniendo su vida en peligro como resultado de exigirle que esperara tratamiento. Tres Magistrados de la Corte, parte de la mayoría, aceptaron que el Estado debía "prestar atención sanitaria pública en un plazo razonable",³⁹ es decir, hacer que el tiempo de espera para el tratamiento público fuera razonable o levantar la prohibición de contratar seguros privados. Una vez más, el Tribunal aplicó conceptos indeterminados como "arbitraria" y "proporcional", y la necesidad de que los tiempos de espera fueran "razonables". El efecto del caso podría haber sido causar cambios abruptos e irreversibles en los derechos de salud de los canadienses con menos recursos. No está claro qué consecuencias puede tener este caso en última instancia.

Por supuesto, el Reino Unido nunca se enfrentó a los mismos impedimentos constitucionales, pero también había cierta hostilidad judicial al Estado de bienestar en el derecho administrativo, aunque a veces esta ha sido exagerada en

³⁸ *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)* [2005] 1 SCR 791; véase Sujit Choudry, "Worse than Lochner?", en C. Flood, K. Roach, and L. Sossin (eds.), *Access to Care, Access to Justice*, University of Toronto Press, Canadá, 2005, pp. 75-100; Jeff A. King, "Constitutional Rights and Social Welfare: A Comment on the Canadian *Chaoulli* Health Care Decision", *Modern Law Review*, vol. 69, 2006, pp. 631-43.

³⁹ *Chaoulli*, [105] (McLachlin CJ, Major and Bastarache JJ).

círculos académicos.⁴⁰ Albert Venn Dicey era conocido por su oposición a la expansión de la discrecionalidad administrativa, que consideraba una amenaza al principio constitucional del Estado de derecho. La esencia de las escuelas de pensamiento funcionalistas y el constitucionalismo político en Gran Bretaña es que el Poder Judicial ha jugado esencialmente un papel corrosivo en el Estado de bienestar británico contemporáneo.⁴¹

Se podría argumentar que es más probable que el no incluir a los derechos sociales en una Constitución conduzca al tipo de resultado identificado en *Lochner* y *Chaoulli*. Eso puede ser así, pero uno puede igualmente preguntarse si *Lochner* podría haberse decidido de manera similar sobre la base del derecho del empleado a trabajar, y *Chaoulli* sobre la base del derecho del individuo a la atención médica. La estructura de la discrecionalidad judicial en esos escenarios podría haber sido en gran medida la misma (dependiendo del precedente y el texto constitucional por supuesto). La inexorabilidad de la indeterminación podría dejar esa puerta abierta.

John Hart Ely dijo que gran parte de la teoría constitucional de los Estados Unidos estaba preocupada por encontrar una teoría que justificara el caso *Brown v. Board of Education* y rechazara el de *Lochner*.⁴² Mi objetivo en este texto es construir una teoría que evite de manera clara y fiable el lochnerismo y promueva el multi-institucionalismo en el contexto de la adjudicación de derechos sociales. Esta teoría no obligaría a la adopción de un amplio conjunto de políticas sociales determinadas, ni permitiría que las leyes que determinan elementos

⁴⁰ Argumento que la hostilidad ha sido exagerada porque los dos casos más importantes en derecho administrativo antes de la Segunda Guerra Mundial son *Local Government Board v. Arlidge* [1915] AC 120 y *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223, ambos ejemplos de deferencia judicial a las exigencias administrativas del Estado administrativo moderno.

⁴¹ Véase Carol Harlow y Richard Rawlings, *Law and Administration*, 3a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2009, cap. 1, pp. 9-139; Martin Loughlin, *Public Law and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992.

⁴² John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1980, p. 65.

sustanciales de la política nacional de bienestar se anularan completamente y de forma irreversible.

b. Las ventajas y los límites de los enfoques interpretativos existentes

Hay una variedad de teorías sobre la revisión judicial de los derechos sociales que han sido propuestos o son candidatos obvios. Analizo algunos de ellos aquí y argumento que a pesar de que tienen mérito, en última instancia son insuficientes. Hay otros candidatos para un enfoque interpretativo que están más cerca del enfoque incrementalista expuesto en este trabajo.

i. Interpretativismo

Según Ronald Dworkin, la ley se desprende del conjunto de principios que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica jurídica de una comunidad, es decir, los principios que mejor se ajustan a la práctica jurídica existente y proporcionan la mejor justificación política de la misma.⁴³ Estoy de acuerdo con gran parte de la caracterización general de la adjudicación defendida por Dworkin, con algunas salvedades importantes sobre el papel de los principios y los argumentos sobre políticas públicas en la adjudicación y sobre si la elección de los Jueces por casos difíciles se describe mejor como "juicio", sobre lo que constituye la "respuesta correcta" a problemas legales o es más exacto describirla como un ejercicio de discreción y, que por lo tanto, constituye una forma intersubjetiva de creación de leyes, como afirman sus críticos positivistas.⁴⁴ En específico, estoy de acuerdo con el papel que juegan los principios en la interpretación jurídica, y con su uso del concepto de la "mejor práctica del momento en una

⁴³ Véase Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1986, esp. cap. 7.

⁴⁴ Sobre estas cuestiones ver Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 2a ed., Duckworth, Londres, 1996, cap. 4; R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1985, cap. 5 y los ensayos en particular 2 y 3 de Marshall Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, Londres, 1984.

sociedad" y la justificación como dimensiones de la interpretación jurídica y que la justificación implica consideraciones de moralidad política. Desde nuestro punto de vista, no es que la teoría de Dworkin esté equivocada de alguna manera fundamental, sino que es insuficiente en lo que respecta a la adjudicación de los derechos sociales. Si bien es una buena descripción abstracta de juzgar, es insuficiente para evitar los riesgos que hemos señalado. El requisito de integridad sugiere una coherencia basada en principios entre el caso en cuestión y las decisiones legales, la ley y las políticas anteriores, lo que en principio podría parecer una restricción conservadora e inercial, posiblemente incremental. Pero no: "La integridad es un estándar más dinámico y radical de lo que parecería en primera instancia, porque alienta al Juez a ser abierto e imaginativo en su búsqueda de coherencia con principios fundamentales".⁴⁵ Así, la teoría de Dworkin no sólo es insuficiente, ya que sin alguna teoría de deferencia podría alentar el imperialismo judicial lo cual está asociado con argumentos sustantivos en contra de los derechos sociales.⁴⁶ Sin embargo, creo que por un lado, Dworkin reconoce que algún tipo de deferencia por motivos institucionales es apropiado en ocasiones,⁴⁷ y por otro, que los principios detallados en la Parte II de su libro son de hecho principios jurídicos que los Jueces encontrarían normalmente en la práctica jurídica de la mayoría de las comunidades.

ii. Principios, equilibrio y proporcionalidad

La monumental *Teoría de los derechos constitucionales* de Robert Alexy presenta una sofisticada teoría de la estructura de las normas de derechos constitucionales y la argumentación jurídica, centrándose en la idea de derechos como principios

⁴⁵ *Ibid.*, p. 220.

⁴⁶ Véase e.g. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*

⁴⁷ Aunque afirmaciones en este sentido son inusuales, un ejemplo representativo puede encontrarse en R. Dworkin, *A Matter of Principle*, *op. cit.*, p. 101: "La Corte puede deferir, basada en la necesidad de contar con conocimiento especializado, a la decisión de la institución en los aspectos consecuencialistas de la cuestión".

que deben ser optimizados frente a consideraciones alternativas. Alexy dedica un capítulo al tema de los derechos sociales constitucionales. Él argumenta que los derechos sociales no son muy diferentes de los derechos civiles en la mayoría de los aspectos, y lanza una serie de argumentos débiles contra ellos.⁴⁸ Para él, el principio que los justifica es el principio de la libertad fáctica, que es que los derechos sociales deben existir para facilitar, en forma instrumental, el derecho a la autonomía. Sin embargo, por su propia naturaleza resultan muy costosos.⁴⁹ Alexy argumenta que la solución es considerar esos derechos como principios,⁵⁰ y por lo tanto un individuo tiene un derecho sustantivo siempre que el principio de libertad fáctica tenga más peso, en su modelo de equilibrio, que los principios sustantivos de separación de poderes y de la democracia.⁵¹ Esto ayuda a reconocer las similitudes entre los derechos sociales y otros derechos constitucionales, pero es insuficiente. Propone una aritmética imposible con variables radicalmente contestables. Encapsula el dilema en vez de proporcionar una solución. Alexy tampoco discute los problemas de la capacidad institucional en esta parte de su libro.

Lo mismo puede decirse del principio de proporcionalidad que es central en la teoría de Alexy y puede ser discutido aquí. Brinda un esquema muy útil para evaluar los intereses en conflicto en la estructura del litigio de derechos constitucionales. Pero hay algunos problemas en confiar en él para nuestros propósitos. Por un lado, la adjudicación de derechos sociales tiene una relación incómoda con la doctrina y su enfoque en las limitaciones, y los tribunales han dudado en utilizarla para evaluar la inacción del Estado en aquellos casos en que argumenta

⁴⁸ Véase Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trans. J. Rivers, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 340-3.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 342.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 344.

⁵¹ *Ibid.*, p. 347.

escasez de recursos.⁵² El problema más acuciante de esta teoría es que no sirve para determinar los resultados del proceso. No debe olvidarse que el caso *Lochner* podría haber sido decidido a través del tamiz doctrinal de la proporcionalidad (de hecho, hizo la pregunta más deferente de si la limitación era razonable), y de hecho el caso *Chaoulli* se decidió de esa manera. Por lo tanto, es necesario una teoría más robusta que pueda garantizar mejores resultados.

iii. Democracia deliberativa

Algunos análisis más sofisticados sugieren que el papel de los tribunales puede ser el promover la democracia deliberativa. Algunos juristas y filósofos importantes han defendido la visión de que los tribunales pueden proporcionar un foro para la participación de grupos vulnerables y excluidos en la toma de decisiones públicas, dándoles una voz institucional que se les ha negado en la arena electoral.⁵³ Estoy de acuerdo en términos generales, pero el problema de depositar tantas esperanzas en un concepto como la democracia deliberativa es que este concepto no se presta a aceptar que el Poder Judicial tenga una función importante, es a veces ciego a las limitaciones institucionales y puede, en su forma no desarrollada, fomentar resultados judiciales que trastornan patrones de participación que de hecho son más igualitarios y deliberativos. Por ejemplo, sus defensores típicamente no reconocen los problemas generados por la ex-

⁵² Caso *Khosa and Others v. Minister of Social Development and Others*, 2004 (6) BCLR 569 (CC) [83]-[84]; Caso *Jafftha v. Schoeman and others, Van Rooyen v. Stoltz and others*, 2005 (2) SA 140 (CC) [34]-[35]ff. El artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es una provisión que establece limitaciones generales, pero fue interpretado por los redactores como una cláusula que buscaba lidiar con limitaciones basadas en cuestiones distintas de la insuficiencia de recursos; véase Philip Alston y Gerard Quinn, "Nature and Scope of States parties Obligations", *Human Rights Quarterly*, vol. 9, núm. 156, 1987, pp. 192-203.

⁵³ Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, traducción W. Rehg, Polity Press, Cambridge, 1996; Sandra Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press, Oxford, 2008. Especialmente, Amy Gutmann y Dennis F. Thompson, *Democracy and Disagreement*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1996, pp. 34, 46-48, rechazan abiertamente la idea de que hay un papel para los Jueces en la democracia deliberativa.

tensión de los derechos procesales sustantivos en los sistemas de toma de decisiones administrativas complejas. Rara vez se reconoce explícitamente que, desde el punto de vista deliberativo, es difícil justificar que los ciudadanos de clase media o ricos puedan reclamar remedios sustantivos de los tribunales, dada su amplia representación en la política. Además, no se presta atención al problema de que una revisión judicial fuerte, si no se circunscribe cuidadosamente, realmente empeora la participación en general. Si un paciente puede alterar un esquema estatutario promulgado por un gobierno después de una elección disputada basándose en insuficiente representación, queda una pregunta sin respuesta: ¿qué hay de la representación de todos aquellos millones cuya decisión (encarnada en el estatuto) es efectivamente anulada? Además, ¿por qué debería una teoría como la democracia deliberativa apoyar remedios duros (como la eliminación de los estatutos) en lugar de mayores derechos de participación en las etapas legislativa y administrativa? Y algunos incluso consideran que estos mecanismos de participación tienen muchas ventajas en comparación con procedimientos judiciales. Considero que la democracia deliberativa puede responder a algunas o quizás a todas estas preguntas, pero para hacerlo, esta teoría tendría que expandirse, para convertirse en algo parecido a los principios presentados en este trabajo. Nuestra aproximación al problema intenta reconciliar de la manera más simple posible los derechos sociales con la idea del fracaso legislativo, con el reconocimiento de limitaciones institucionales y amplios derechos de participación.

iv. Contenido mínimo

El enfoque de contenido básico mínimo para la adjudicación de los derechos sociales es el que propone el aumento del escrutinio judicial de las decisiones que afectan las necesidades sustanciales de los demandantes de derechos. Por ejemplo, el núcleo mínimo del derecho a la vivienda podría garantizar a alguien un edificio estructuralmente sano que proteja a sus ocupante de las amenazas a la salud, pero no cualquier cosa más allá de ella. David Bilchitz ha publicado

un análisis sofisticado de este enfoque.⁵⁴ Sin duda, hay un punto de razón en esta idea de un núcleo mínimo: seguramente debe haber un énfasis particular en actuar contra las amenazas a las necesidades existenciales básicas de las personas y se debería priorizar la protección de intereses que son más urgentes que los que no lo son. Pero el enfoque del Tribunal Constitucional sudafricano respalda explícitamente este uso de la idea, al mismo tiempo que rechaza el enfoque más robusto propuesto por Bilchitz,⁵⁵ y en este sentido estoy de acuerdo. Hay algunas dificultades con este enfoque. El primero es doctrinal. Puede ser difícil identificar qué constituye el núcleo mínimo,⁵⁶ pero más importante aún es la imposibilidad de definir cuánto más intenso debe ser el escrutinio. El Tribunal Constitucional sudafricano, por ejemplo, pensó que un enfoque básico mínimo requeriría la provisión inmediata de derechos básicos, algo que es un error doctrinal, pero bastante comprensible. ¿Qué más se supone que significa? La respuesta es bastante sutil: aumento del escrutinio (cuasi) judicial, pero no una obligación absoluta, porque en última instancia, la falta de recursos puede justificar el incumplimiento. El problema más importante aquí es que los casos que involucran el núcleo mínimo pueden llegar a convertirse en los casos típicos, más que excepcionales, en la adjudicación de derechos sociales. Los casos de salud, vivienda y seguridad social pueden estar ligados a menudo al núcleo mínimo de maneras que los Jueces, en muchos casos, simplemente aceptan por razones de argumentación. Todos los casos principales en Sudáfrica encajan en este patrón, al igual que los casos de medicamentos que salvan vidas en Brasil, Colombia y Argentina. Pero la pregunta clave en la mayoría de los casos

⁵⁴ David Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of SocioEconomic Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007. Véase, "Poverty and Fundamental Rights", en D. Bilchitz, *Poverty and Fundamental*, *op. cit.* pp. 820-824. Asimismo Katharine G. Young, "The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content", *Yale Journal of International Law*, vol. 33, 2008, pp. 113-175. Véase también, Malcolm Langford y Jeff King, "The United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights", en Malcolm Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Comparative and International Trends*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 492-5.

⁵⁵ Caso TAC, [34] (Yacoob J); ver también *Mazibuko and Others v. City of Johannesburg and Others* (CCT 39/09) 2010 (4) SA 1 (CC).

⁵⁶ *Ibid.*, [37].

es cómo la conducta del Estado puede ser justificada, y el enfoque básico mínimo ofrece poca orientación. Y si el aumento del escrutinio judicial es regresivo (como parece haber sido en Brasil), entonces podría incluso empeorar las cosas.

v. Reforma institucional

Algunos argumentan que las limitaciones institucionales de los tribunales pueden ser superadas considerando la reforma del procedimiento legal adversarial del *common law*. Podríamos seguir la experiencia de la India o de los Estados Unidos utilizando una combinación de jurisdicción de supervisión (mandamientos estructurales) y/o el nombramiento de funcionarios administrativos que sean responsables ante el Juez, que puede compensar la falta de conocimientos especializados y de poderes de investigación. Sin embargo, es improbable que el sistema de *common law* cambie significativamente, por lo que hacer que el argumento en favor de los derechos sociales dependa de esa modificación lo haría menos viable desde el punto de vista político. En segundo lugar, las técnicas procesales empleadas en los Estados Unidos e India plantean sus propios problemas específicos. Los mandamientos estructurales son mejor vistos a la luz de estos problemas, como un último recurso que sólo se utilizará cuando se rompe la presunción de colaboración interinstitucional. En tercer lugar, estas técnicas de procedimiento, cuando tenían más justificación, se basaban en la intransigencia extraordinaria y el comportamiento manifiestamente inconstitucional de ciertos funcionarios del Poder Ejecutivo, o en la flagrante falta de cumplimiento de las funciones básicas del Estado. En esos casos existían verdaderos e innegables problemas relacionados con el Estado de derecho. Tales condiciones significarían que estamos al borde del rompimiento del Estado de derecho y, ante esas condiciones, la judicialización de los derechos sociales es impracticable.

vi. Razonabilidad sudafricana

El Tribunal Constitucional sudafricano se ha centrado en el requisito de la razonabilidad, que es un estándar más sólido que el que se ha desarrollado en el derecho administrativo.⁵⁷ Algunos pueden considerar que esta experiencia puede ser usada para decir que los tribunales encontrarán su camino y generarán una mayor protección, juzgando con cautela e integridad. Estoy de acuerdo con que el sistema sudafricano funciona. De hecho, considero que el enfoque expuesto en este texto se ajusta a los casos correctamente resueltos del Tribunal Constitucional sudafricano y ayuda a explicar porqué fueron correctamente decididos. Sin embargo, no es una buena idea construir una teoría basándose en un solo precedente. Por un lado, no es la única manera en que los tribunales han decidido, pero por otra parte, el Tribunal Constitucional ha estado hasta ahora compuesto en su mayoría por abogados y académicos destacados, muchos de los cuales eran notables defensores de los derechos civiles o activistas de derechos humanos. A medida que el tiempo avanza y el idealismo *post-apartheid* desaparece, y las nuevas élites se petrifican, podríamos empezar a preocuparnos por los nombramientos judiciales y los juicios. Además, no es satisfactorio depositar todas nuestras esperanzas en una confianza ciega en la sabiduría judicial. Ciertas decisiones –como el caso *Khosa*, que exigía la provisión de seguridad social a todos los residentes permanentes– pueden ser criticadas por no entender los riesgos dinámicos asociados con un impacto presupuestario significativo. Sobre todo, debemos seguir diciendo porqué la experiencia está funcionando, qué rasgos de la jurisprudencia se destacan como corresponde, y qué orientación se encuentra en ella para los casos futuros y de otras jurisdicciones. Sospecho que los Jueces de la Corte Constitucional darían la bienvenida a una mayor elaboración doctrinal sobre sus decisiones.

⁵⁷ Véase M. Wesson, "Grootboom and Beyond: Assessing the Socio-Economic Jurisprudence of the South African Constitutional Court", *South African Journal of Human Rights*, vol. 20, 2004, p. 284.

4. Conclusión

Este artículo ha presentado lo que en mi opinión sería el enfoque interpretativo básico de los derechos sociales constitucionales. El resultado sorprendente es que el alcance del interés por recibir el mínimo social no es el aspecto crucial de lo que los Jueces deberían especificar. En este sentido, los derechos sociales no son diferentes de la mayoría de los derechos civiles y políticos. Más bien, cuando los Jueces dictaminan obligaciones calificadas –y he argumentado que los textos constitucionales deben enmarcar los derechos sociales de esta manera– la cuestión crucial para ellos es si el Estado ha cumplido una obligación general. Tales obligaciones son ordinariamente genéricas e ineludiblemente indeterminadas en la adjudicación. Y otra vez, ese tipo de indeterminación no es, en absoluto, un rasgo único de los derechos sociales. De manera más constructiva, sin embargo, lo que emerge del reconocimiento de esto es que, al juzgar las obligaciones calificadas, el papel del tribunal se refiere esencialmente a identificar la aceptabilidad de las justificaciones en apoyo de las políticas propuestas y no a la aceptación categórica de esas políticas. En resumen, los tribunales se ocupan de las justificaciones y no, en el curso ordinario de las cosas, del alcance de los intereses.

Sin embargo, no basta con demostrar que las normas jurídicas aplicadas en la adjudicación de los derechos sociales y civiles son fundamentalmente similares en este respecto. Existe una preocupación especial por el uso de normas legales abiertas para inmiscuirse en el Estado de bienestar. Esa es la preocupación acuciante de muchos académicos y Jueces que comparten los objetivos que los derechos sociales buscan alcanzar. En mi opinión, esa preocupación legítima da lugar a la necesidad de una doctrina de deferencia judicial. Adicionalmente, las doctrinas existentes sobre la adjudicación y sobre la adjudicación de derechos sociales en particular son insuficientes porque no reconocen la necesidad de una teoría específica de deferencia judicial.