

JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES: UNA DISCUSIÓN INACABADA

Por FERNANDO VILLASEÑOR RODRÍGUEZ¹

RESUMEN: En este texto presentamos un breve balance teórico sobre la justiciabilidad de los derechos sociales. Para tal efecto, dividimos este trabajo en una primera parte, contextual y de problematización, y una segunda parte, de discusión, contraste y síntesis. Concluirémos nuestro texto con algunas reflexiones y propuestas para el futuro de esta discusión.

PALABRAS CLAVE: Derechos sociales, DESC, Justiciabilidad, Derechos positivos, Estado de bienestar.

ABSTRACT: In this text we present a brief theoretical balance regarding social rights justiciability. To this end, we divide our exposition into a first part of context and problematization, and a second part of discussion, contrasting and synthesis. We will conclude our text with some reflections and proposals for the future of this discussion.

KEYWORDS: Social rights, ESCR, Justiciability, Positive rights, Welfare State.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. CONTEXTO Y PROBLEMATIZACIÓN. 2. DISCUSIÓN, CONTRASTE Y SÍNTESIS: JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES. 3. A MANERA DE CONCLUSIÓN. 4. FUENTES DE CONSULTA.

INTRODUCCIÓN

En la última década, buena parte de la academia así como la mayoría de los organismos internacionales han afirmado que la distinción entre derechos civiles y políticos por un lado y derechos sociales por el otro, ha dejado de tener sentido. Con frecuencia, se argumenta que los principios de igualdad, interdependencia y progresividad, materializados en la Declaración de Viena de 1993, vuelven innecesario y hasta retrógrada el hacer diferenciaciones que ya han quedado superadas. Conforme a esta narrativa pareciera que el dictamen final, unánime e indiscutible es que en ningún caso hay jerarquías ni divisiones entre derechos humanos.

A pesar de ello, lo cierto es que hay temas en esta distinción que, más allá de los rasgos generales, a nuestro criterio aún ameritan una separación funcional para los derechos sociales. Uno de estos temas es el de la justiciabilidad que, como explicaremos en este texto, conserva particularidades, complicaciones y objeciones para los derechos sociales que no le son aplicables a sus contrapartes civiles y políticos.

¹ Doctor en Derecho por la University of British Columbia. Investigador de la Escuela Libre de Derecho y Profesor de Maestría y Doctorado en El Colegio de México y la Universidad Anáhuac.

A fin de exponer este tema dividiremos nuestro texto en dos partes:

En la primera parte, explicaremos el surgimiento de los derechos sociales como consecuencia del Estado de bienestar, así como su compleja materialización en el derecho internacional de la Postguerra y su incorporación, readaptación y armonización dentro de las legislaciones nacionales. Tras este preámbulo podremos delimitar y exponer “el problema de los derechos sociales”.

En la segunda parte, profundizaremos en la categoría específica de justiciabilidad dentro de “el problema de los derechos sociales”. Conforme con ello expondremos la teoría de Avitus Agbor, quién a partir de la experiencia africana postula tres pilares para tal concepto: el reclamo, el foro y la consecuencia. A partir de esta base procederemos a analizar los tres principales argumentos a favor de la justiciabilidad de los derechos sociales (independencia, democracia e igualdad) y los contrastaremos con los argumentos que en sí constituyen respuestas directas en contra (dependencia, incapacidad, y desigualdad). Para terminar esta parte, sintetizaremos brevemente las posturas sobre este tema y propondremos reflexiones básicas para lograr un balance teórico.

Finalmente y a manera de conclusión, esbozaremos algunas líneas sobre las cuales consideramos debería continuar el debate y enfatizaremos que, a pesar de que repetidamente se ha afirmado lo contrario, el tema de la justiciabilidad de los derechos sociales permanece como una discusión inacabada.

I. CONTEXTO Y PROBLEMATIZACIÓN

En esta primera parte presentaremos de forma panorámica el estado de la cuestión e identificaremos el problema que subyace en la naturaleza de los derechos sociales.

A. El surgimiento del Estado de bienestar y los derechos sociales

A comienzos del siglo XIX, la promesa liberal de progreso interminable se enfrentó con la realidad de la pobreza, el hambre, la desigualdad de vida y la disparidad de las condiciones de trabajo. Si bien el proceso inducido por la revolución industrial afectaría a muchos países en diferentes grados, uno de los primeros grupos perjudicados fue la clase obrera inglesa. Inglaterra en consecuencia fue uno de los primeros países en los que se implementaron intervenciones seculares para aliviar a los desamparados por la revolución industrial (*v.g.* la Ley de los pobres de 1834) y para regular las condiciones de trabajo (*v.g.* la Ley de talleres y fábricas de 1878).²

2 Polanyi, Karl, *La Gran Transformación*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2011.

Una circunstancia similar ocurrió en la Prusia de Otto von Bismarck. Bismarck se inspiró en los postulados de Lorenz von Stein, un erudito alemán quien afirmó que para detener la tendencia revolucionaria de la clase obrera más baja, era necesario mejorar el nivel de vida de los pobres.³ Con tal objetivo en mente, Bismarck promulgó la Ley de seguro de enfermedad de 1883, Ley de seguro de accidentes de 1884, y la Ley de pensiones y seguro de invalidez de 1889. Tales tres leyes prometieron “socializar el riesgo” y crear mecanismos institucionales que podrían ayudar a los trabajadores que enfrentaban “necesidades” (v.g. beneficios por desempleo, viudedad, pensiones de incapacidad y de vejez, así como atención médica) y “condiciones desafortunadas” (v.g. accidentes relacionados con el trabajo).⁴

El modelo de seguridad social de Prusia fue similar para otros países de Europa, América Latina⁵ y Asia. De esta forma, después de la Gran Depresión de la década de 1930 y más claramente al final de la Segunda Guerra Mundial, las nociones de seguridad social y desarrollo dieron forma al Estado de bienestar.

Si bien hay una discusión más amplia sobre las similitudes y diferencias entre el Estado liberal y el Estado de bienestar, así como sobre la multiplicidad de significados del propio concepto, nos basaremos en los postulados de Gøsta Esping-Andersen quien define el Estado de bienestar como “un Estado que reconoce la responsabilidad de garantizar un mínimo de bienestar para sus ciudadanos”.⁶ En este sentido, es nuestra opinión que el Estado de bienestar fue el basamento indispensable para el surgimiento de los derechos sociales.

De hecho, a diferencia de los derechos civiles y políticos que tienen su origen en el Estado liberal, los derechos sociales surgieron precisamente como una respuesta a los excesos del libre mercado. Un sociólogo británico quien resultó fundamental para propagar dicha noción fue Thomas Marshall. Según Marshall, todos los ciudadanos de una comunidad son iguales con respecto a los derechos y deberes que otorga su estatus. De entre esos derechos, Marshall distinguió tres categorías funcionales:

- a) La primera categoría comprende los derechos civiles, que protegen la libertad individual en una sociedad determinada.
- b) La segunda categoría comprende los derechos políticos, que protegen los derechos democráticos de participación.

3 Samodra, Wibawa *Learning from Lorenz Von Stein's Idea of Social State*, Speyer, Universidad Alemana de Ciencias Administrativas, 2009.

4 Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996. p. 22.

5 El caso de México y sus aportaciones para el desarrollo de los derechos sociales en el resto del mundo merece por sí mismo un estudio que excede este breve recuento histórico.

6 Esping-Andersen, Gøsta, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1990.

- c) La tercera categoría comprende los derechos sociales, que protegen un estándar mínimo de bienestar e ingresos.⁷

En un razonamiento similar y en relación con el deber que los derechos sociales crean para el Estado, Jackie Mapulanga especifica que el objetivo principal de los derechos sociales es “poner a un Estado bajo la obligación legal de utilizar la máxima cantidad posible de sus recursos disponibles (generalmente obtenidos mediante impuestos) para reparar los desequilibrios económicos y las desigualdades sociales”.⁸ Conforme con los argumentos anteriores, algunos elementos comunes entre los derechos sociales son:

- a) Un deber generalmente atribuido al Estado.
- b) El objetivo de este deber es superar los desequilibrios en la calidad de vida generados por los mercados liberales y proteger un estándar mínimo de bienestar.
- c) Dicho deber requiere del gasto estatal (financiado por impuestos).

Aunque distintos académicos ensayaron definiciones y teorías preliminares sobre los derechos sociales a un nivel nacional, su principal desarrollo se llevaría a cabo en el ámbito del derecho internacional de la Postguerra.

B. Estatus en el derecho internacional

Aunque desde la formación de la Sociedad de las Naciones y la Organización Internacional del Trabajo hubo intentos por codificar los derechos sociales, su desarrollo internacional tomó más relevancia durante la elaboración del borrador de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, cuando se hicieron varias propuestas para promover y proteger el empleo y el bienestar social. Tres años después, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), ratificada el 16 de diciembre de 1948, una amplia gama de derechos que más tarde se considerarían como civiles, culturales, económicos, políticos y sociales fueron enunciados. Esto se hizo en un solo instrumento internacional de derechos humanos sin establecer ninguna distinción entre tales derechos. Cabe destacar que los derechos sociales no fueron calificados como una categoría particular que requería un concepto diferenciado; todos los derechos sociales eran simplemente derechos humanos.

No obstante lo anterior, la Guerra Fría dividió el nuevo orden mundial y tal división afectó también el área del derecho internacional y el concepto de los derechos humanos. Particularmente dentro del tema de los derechos sociales, hubo una falta de

7 Marshall, Thomas, *Class, Citizenship and Social Development*, Nueva York, Doubleday, 1964. pp. 71-73.

8 Mapulanga-Hulston, Jackie “Examining the Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights” en: *The International Journal of Human Rights*, Vol.6 No. 4, 2002. p. 29.

acuerdo en lo que debían entenderse como “las necesidades básicas para el bienestar humano” que justificaban la existencia de tales derechos.⁹ Los países capitalistas y los comunistas tenían puntos de vista diametralmente opuestos sobre este tema y para conciliar ambas interpretaciones y evitar un impasse, en 1966 los derechos humanos se dividieron en dos pactos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

La división de los pactos terminó excediendo la mera diferencia terminológica. Mientras que en la DUDH todos los derechos recibían el mismo estatus y los deberes para cada Estado eran uniformes, en los nuevos pactos tales deberes no estaban incluidos ni definidos en los mismos términos. Por lo tanto, se crearon diferentes estándares de cumplimiento y recursos entre los derechos civiles y políticos (PIDCP) por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) por el otro.

Con respecto a la propia redacción, los derechos civiles y políticos se enunciaron de manera imperativa: podían y debían ser protegidos de inmediato. Los derechos económicos, sociales y culturales, en contraste, se enunciaron de manera progresiva: requerían recursos y no podían ser realizados inmediatamente por todos los Estados y tampoco en igual medida. Además, incluso si un país tuviera recursos suficientes, los estándares de cumplimiento de los DESC se basaban, en el mejor de los casos, en conceptos no específicos o, en el peor, en conceptos completamente indeterminados.

Otro problema es que no se estableció una definición oficial o consensuada de los derechos sociales para el derecho internacional. Solamente y conforme con el PIDESC, se incluyeron de forma enunciativa los siguientes:

- a) El derecho a la seguridad social (artículo 22).
- b) El derecho al trabajo y los derechos y libertades correlacionados (artículo 23).
- c) El derecho a descansar y disfrutar de vacaciones pagadas (artículo 24).
- d) El derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar, que incluye alimentos, ropa, vivienda, atención médica, los servicios sociales necesarios y el derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudez, vejez, u otra falta de medios de vida más allá del control individual (artículo 25).
- e) El derecho a la educación (artículo 26).

En resumen, luego de quedar separados en el PIDESC, la noción de que los derechos sociales eran “diferentes en especie”, e implicaban “diferencias en su implementación”

9 Mantouvalou, Virginia, “The Case for Social Rights” en: Gearty, Conor & Mantouvalou, Virginia, *Debating Social Rights*, Oxford: Hart Publishing, 2010.

se fue arraigando en la teoría de los derechos humanos.¹⁰ Como si el cisma internacional entre los DCP y los DESC no fuera suficientemente problemático, todavía se formaron otros niveles de incertidumbre por la incorporación del PIDESC a la legislación nacional.

C. Incorporación a la legislación nacional

Si bien la aspiración del derecho internacional es ser aplicable y vinculante por sí mismo, algunas de sus declaraciones, convenios y pactos incluyen el deber para cada uno de los Estados ratificadores de incorporar sus disposiciones a la legislación nacional. Las razones para ello son varias e incluyen: a) fortalecer su obligatoriedad y, como veremos más adelante, otorgarles plena justiciabilidad, b) equilibrar el respeto de la soberanía nacional con las obligaciones internacionales acordadas y c) adaptar la legislación nacional con los nuevos estándares internacionales (que generalmente son más altos o detallados).

En este sentido, el Preámbulo de la DUDH establece:

“...todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.”¹¹

A pesar de su contundencia, al ser una resolución de la Asamblea General de la ONU, muchas veces se ha argumentado que la DUDH solamente es vinculante a través del derecho consuetudinario. También se ha interpretado que la DUDH no impone explícitamente el deber de crear o adaptar la legislación nacional a las normas internacionales. Sin embargo, el PIDESC indiscutiblemente crea obligaciones legales para todos los Estados que lo ratifican, y ordena explícitamente en el Artículo 2 que:

“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.”¹²

10 Young, Katharine, *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

11 Asamblea General de la ONU, “Declaración Universal de los Derechos Humanos,” Preámbulo. París, 1948, Disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (consultado el 18 de julio de 2019).

12 Asamblea General de la ONU, “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), 1966. Artículo 2. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cesr_SP.pdf/ (consultado el 18 de julio de 2019).

En este caso, el deber de incorporación legislativa es claro. El PIDESC hace una declaración específica sobre la adopción de medidas legislativas para hacer efectivos los derechos que reconoce.

Habiendo hecho la aclaración anterior, es importante entender que aunque en teoría el Estado en su conjunto está obligado por los tratados internacionales, en la práctica la incorporación del derecho internacional se realiza por diferentes ramas del gobierno. Cada una de estas ramas, dependiendo de su función, generalmente dará diversas interpretaciones a las obligaciones especificadas por los tratados, lo cual puede crear resultados conflictivos e incluso contradictorios. Dentro de las principales ramas de gobierno en los distintos países encontramos:

- a) El Poder Legislativo (Congreso/Parlamento), que reconoce los tratados internacionales relativos a los derechos humanos y genera las reformas correspondientes (en la constitución o la legislación nacional según sea el caso). Además, esta rama está a cargo de establecer impuestos y preparar el presupuesto nacional, lo cual se relaciona directamente con la sustentabilidad económica para promover, proteger y garantizar los DESC.
- b) El Poder Ejecutivo (Presidente y Secretarios de Estado/Primer Ministro y Ministros), que diseña y ejecuta políticas públicas con respecto a los DESC y al mismo tiempo coordina los órganos o agencias específicas con respecto a tales derechos (salud, pensiones, seguridad social, educación, etc.). El Poder Ejecutivo debe contar con personal especializado en cada área para alcanzar una perspectiva más precisa sobre los derechos sociales en la práctica.
- c) El Poder Judicial (Suprema Corte, Jueces y Ministros), que proporciona recursos cuando se infringen las leyes que establecen y protegen derechos sociales. Esta rama es responsable de especificar el contenido de cada derecho en base a los casos reales y su contexto. Aunque en ciertos países el Poder Judicial puede investigar por sí mismo la violación de derechos sociales, en otros se requiere el reclamo de una persona (privada o pública) para comenzar tal proceso. Más importante aún, dicho reclamo debe basarse directamente en un derecho específico que preexiste en la legislación nacional o, en algunos casos, en el derecho internacional.
- d) Las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDH) que aunque no son una de las tres ramas “clásicas” del gobierno nacional, resultan indispensables para el monitoreo del cumplimiento, implementación, defensa y garantía de los derechos humanos. A nivel nacional, las INDH pueden ser conocidas como defensores del pueblo, comisiones nacionales de derechos humanos o agencias de derechos humanos y, por lo general, son independientes tanto del gobierno como de intereses privados. Dependiendo de cada Estado, las INDH pueden proteger y promover los DESC de diversas maneras, tramitando quejas en casos de violaciones, realizando investigaciones, monitoreando la implementación de

los tratados internacionales pertinentes, asesorando al gobierno sobre la aplicación interna de tales tratados, elaborando recomendaciones para ajustes de políticas públicas, y capacitando y educando sobre derechos humanos.

Dado que estas ramas tienen diferentes funciones, cada una de ellas puede hacer diferentes interpretaciones de los derechos sociales. Esta cuestión resulta especialmente trascendente para explicar el llamado “problema con los derechos sociales”.

D. El problema con los derechos sociales

Como se ha explicado, en su origen, los DESC eran simplemente derechos humanos, pero después de la separación de derechos en el PIDCP y el PIDESC, se generó una distinción sin dejar claros los criterios o definiciones aplicables. En la práctica, dado que los DESC se expresan de manera diferente en cada instrumento internacional y en cada constitución nacional, podemos afirmar que aún no existe una definición consensuada de tales derechos.

Un punto esencial sin embargo, y en contraste con los deberes de los DCP, es que dentro de los DESC es más evidente el elemento prestacional que el de abstención. Dicho de otra forma, la conducta “positiva” requerida del Estado para los DESC contrasta con su rol “negativo” o “pasivo” en relación con los DCP. Según esta perspectiva:

“Un derecho positivo es un derecho a reclamar algo...mientras que un derecho negativo es un derecho a que no se le haga algo, que se abstenga de una acción en particular. Los derechos positivos se imponen inevitablemente a bienes escasos, y en consecuencia la escasez implica un límite a la reclamación.”¹³

El razonamiento anterior enfatiza lo que se conoce como “el problema con los derechos sociales”. Este problema es consustancial al tema de la justiciabilidad de los DESC y, de acuerdo a quiénes lo han analizado, implica que tales derechos:

- a) Son indeterminados e inadecuados para la ejecución judicial.
- b) Requieren una acción positiva y gastos significativos para su disfrute.
- c) Son “secundarios” tanto en historia como en relevancia frente a los derechos civiles y políticos.¹⁴

Frente a estas objeciones, es muy importante hacer notar que el Alto Comisionado (como parte de la Oficina de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ACNUDH)), ha respondido a estos argumentos afirmando que:

13 Fried, Charles *Right and Wrong*, Cambridge, Harvard University Press, 1978. p. 110.

14 Cranston, Maurice “Human Rights, Real and Supposed”, en: Raphael, David D. (ed.), *Political Theory and the Rights of Man*, Londres, Macmillan, 1967. p. 51.

- a) Si bien no todos los DESC están definidos claramente en todos los tratados de derechos humanos, tampoco lo están los derechos civiles y políticos.
- b) Aunque muchos DESC requieren altos niveles de inversión, tanto financieros como humanos, para garantizar su pleno disfrute, los derechos civiles y políticos, también requieren inversiones para su plena realización.
- c) En la práctica, el disfrute de todos los derechos humanos está interconectado. Por ejemplo, a menudo es más difícil para las personas que no pueden leer o escribir encontrar trabajo, participar en actividades políticas o ejercer su libertad de expresión. Del mismo modo, es menos probable que ocurra una hambruna cuando las personas pueden ejercer derechos políticos, como el derecho al voto.¹⁵

Pero aún con el rechazo del ACNUDH respecto de “el problema con los derechos sociales”,¹⁶ lo cierto es que aún no se han logrado establecer satisfactoriamente criterios claros y específicos de justicia distributiva ante la escasez de recursos, así como otros tantos temas directamente relacionados con la justiciabilidad de este tipo de derechos.

Y es que la conceptualización y aplicación de los derechos sociales como derechos positivos en la actualidad no es tanto un problema para el derecho internacional, sino para el derecho interno. A este respecto: “La disparidad en la protección de los derechos sociales a nivel internacional se ha reflejado a nivel doméstico. Incluso si los derechos sociales aparecen en un documento legalmente exigible de un estatus más alto que el de la legislación ordinaria (v.g. constitución), parecen tener un papel secundario frente a los derechos civiles y políticos”.¹⁷ Por lo anterior, la distinción entre DCP y DESC sigue siendo relevante y, por lo que hace a su justiciabilidad, sigue implicando una discusión inacabada. En la siguiente parte profundizaremos sobre esta discusión.

2. DISCUSIÓN, CONTRASTE Y SÍNTESIS: JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

En esta segunda parte presentaremos una definición de trabajo así como una teoría específica con relación a la justiciabilidad de los derechos sociales. Después de ello identificaremos tres principales argumentos a favor y en contra a fin de proponer una síntesis y reflexiones pertinentes en torno a este debate.

-
- 15 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas: conceptos clave sobre los DESC - ¿Son los derechos económicos, sociales y culturales fundamentalmente diferentes de los derechos civiles y políticos? Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/ESCR/Pages/AreESCRfundamentallydifferentfromcivilandpoliticalrights.aspx/> (consultado el 18 de julio de 2019).
 - 16 Rechazo que también se manifestó en la Declaración de Viena de 1993. UN doc. A/CONF.157/23. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2033.pdf> (consultada el 18 de julio de 2019).
 - 17 Mantouvalou, Virginia, *Op. Cit.* p. 6.

Si bien una definición genérica de justiciabilidad se refiere a la posibilidad de demandar judicialmente la restitución de un derecho vulnerado, como veremos, este concepto tiene varias complicaciones tratándose de los DESC. En su artículo más reciente, Avitus Agbor, uno de los académicos más reconocidos sobre el tema de derechos sociales en África, analiza una pluralidad de significados sobre justiciabilidad que incluyen, pero no se limitan a: a) la legitimación procesal, que se utiliza para determinar si la parte que presenta una demanda tiene facultades para someter a consideración judicial una controversia, b) la determinación de si un tribunal posee la capacidad de proporcionar una resolución adecuada para una disputa invocada por una de las partes, c) la resolución en ciertos casos que o bien un asunto no está sujeto al escrutinio del tribunal o que dicho tribunal no puede ofrecer una decisión final.¹⁸

Sin embargo, en lugar de elegir entre la pluralidad de significados, Agbor se basa en la sucinta definición de su colega Takele Soboka conforme a la cual la justiciabilidad: “denota la idoneidad de un caso para el escrutinio judicial”¹⁹ y la complementa con tres pilares que considera fundamentales para los derechos sociales: el reclamo, el foro y la consecuencia.

El primer pilar (el reclamo), se refiere al contenido sustantivo del derecho que se viola, mismo que debe ser respaldado por un régimen jurídico particular. Para cumplir con este deber, cada país debe promulgar leyes que establezcan los derechos sociales, los principios normativos y directivos en la interpretación de estos derechos, los órganos judiciales y cuasi judiciales apropiados para juzgar sus violaciones, así como las consecuencias de tales violaciones. La justiciabilidad según este primer pilar requiere, por lo tanto, que el PIDESC sea interiorizado a través de la promulgación de leyes nacionales.

El resultado proyectado por Agbor es que los derechos contenidos en el PIDESC, al integrarse con la legislación local, se convertirán siempre en parte del orden jurídico nacional. En este sentido, si los DESC se hacen justiciables, también generan el cumplimiento de los derechos sociales en la práctica diaria. Además, según Agbor, al hacer esto el Estado construye su propio marco institucional y normativo, hace accesibles estos derechos, resuelve los problemas legales que se relacionan con los DESC, y los infunde en los contextos socio-jurídicos y políticos del país.

El segundo pilar (el foro), se refiere al cuerpo judicial que tiene el mandato de escuchar y revisar las violaciones de los derechos sociales protegidos. Debido a la justiciabilidad, los tribunales nacionales deben servir para determinar el contenido sustantivo, la naturaleza y los límites de los DESC. El poder judicial también debe determinar que

18 Agbor, Avitus “Shifting the Matrix from Legal Passivity to a New Domestic Legal Order: Towards the Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in Cameroon” en: *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 25 No. 2, 2017. p.176.

19 Soboka Bulto, Takele “The Utility of Cross-Cutting Rights in Enhancing Justiciability of Socio-Economic Rights in the African Charter on Human and Peoples’ Rights” en: *University of Tasmania Law Review*, Vol. 29 No.2, 2010. p. 143.

recursos son adecuados, efectivos y aplicables con respecto a las violaciones a estos derechos.

Otro efecto de entender la justiciabilidad como foro según Agbor, es que la interpretación judicial de los DESC idealmente también fomentaría una cultura de rendición de cuentas. Esto debido a que las personas sabrían que, al igual que con los derechos civiles y políticos, cuando se violan los DESC pueden ser sometidos a un control judicial con sanciones y consecuencias. Es por ello que, según Agbor, cualquier sistema jurídico que reconozca los DESC debe contar con mecanismos justiciables y el mandato de hacer cumplir la ley mediante la evaluación y la adjudicación de derechos.

Otro de los defensores de la justiciabilidad nacional de los DESC, Frans Viljoen, argumenta con relación al vínculo entre justiciabilidad y responsabilidad que, “con eficacia, los derechos socioeconómicos justiciables pueden llegar al extremo de exponer la distorsión en las prioridades financieras y presupuestarias de un Estado...Su aplicación puede ser más incisiva cuando un Estado no asigna los recursos disponibles para garantizar los derechos socioeconómicos”.²⁰ Martin Scheinin agrega a lo anterior: “A través de la justiciabilidad, el Estado queda sujeto a la divulgación de sus políticas, prioridades, decisiones y asignaciones presupuestarias a un poder judicial imparcial e independiente”.²¹ Y de manera más decisiva, Margit Tveinen ha concluido que: “Sin lugar a dudas, con un poder judicial imparcial e independiente, la justiciabilidad de los DESC se convierte en una herramienta eficaz para garantizar y lograr la transparencia y la responsabilidad estatales”.²²

El tercer y último pilar (la consecuencia) se refiere a que cuando se descubre una violación de derechos sociales, se deben garantizar recursos de reclamación para los afectados. Dichos recursos pueden dar por resultado indemnizaciones, reparaciones, garantías de no repetición o la exigencia al Estado de que tome medidas para el cumplimiento progresivo pero integral de los derechos vulnerados. En este sentido, la consecuencia de la justiciabilidad con respecto al poder judicial también incluye un papel de incentivación: al interpretar públicamente la naturaleza y el contenido de los DESC y situarlos dentro de un marco normativo de universalidad, interdependencia, indivisibilidad e interrelación, se terminan promoviendo y socializando. La justiciabilidad se convierte así en una condición *sine qua non* para el cumplimiento de los DESC a nivel nacional.

20 Viljoen, Frans, *International Human Rights Law in Africa*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 570

21 Scheinin, Martin, “Economic, Social and Cultural Rights”, en: Asbjorn Eide, Catarina Krause, y Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Londres, Kluwer Law International, 2001, p. 17.

22 Tveiten, Margit, “Justiciability of Socio-Economic Rights: Reflections on Norwegian and South African Debate and Experience” en: Barth Eide, Wenche y Kracht, Uwe (eds.), *Food and Human Rights in Development-Volume I: Legal and Institutional Dimensions and Selected Topics*, Cambridge, Intersentia, 2005, p. 164.

Según Agbor:

“A través de la justiciabilidad, la ejecución y la implementación de los derechos sociales aumenta. Como los tribunales pueden interpretar y hacer públicas sus interpretaciones sobre los DESC, esto significa que los reclamos sobre violaciones a derechos sociales cada vez más frecuentemente se llevarán a los tribunales. El mero hecho de que las quejas puedan presentarse ante los tribunales significa a su vez que el gobierno se comprometerá a garantizar que se adopten medidas más efectivas para el reconocimiento y respeto de los DESC. Esto producirá un círculo virtuoso en beneficio de los DESC”.²³

Sin embargo, Agbor también reconoce que para que ocurra tal efecto se requiere “un poder judicial independiente, competente e imparcial así como una cultura de derecho donde todos sean iguales ante la ley y donde la responsabilidad triunfe sobre la impunidad”.²⁴

En resumen, Agbor promueve la justiciabilidad de los DESC como una herramienta para que los tribunales logren una transformación social y considera que:

“Además de lograr una mayor transparencia y responsabilidad por parte del Estado sobre cómo define las políticas y prioridades en la utilización de sus recursos, la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales podría convertirse en un arma eficaz para reclamar la justicia social y económica y la igualdad para las personas marginadas. A través de la justiciabilidad, estas personas podrán hablar, expresar sus quejas, detallar la naturaleza de sus desafíos y articular su oposición a las exclusiones sistémicas a las que han sido sometidas.”²⁵

Este razonamiento se analizará con mayor detalle junto con otros argumentos a favor de la justiciabilidad de los derechos sociales a continuación.

A. Argumentos a favor

Al igual que Agbor, varios académicos sostienen que exigir un derecho a través de los tribunales es tan efectivo, si no más, que las alternativas por medios no judiciales. Para comprender su lógica, en esta sección se analizarán tres de los principales argumentos a favor de la justiciabilidad de los derechos sociales.

La justiciabilidad no se ve afectada por intereses políticos

Las decisiones sociales derivadas de los procesos políticos pueden (y suelen) afectar directamente los derechos del individuo. Por lo tanto, para proteger los derechos individuales de tales violaciones se necesita un poder independiente. Entre las tres ramas

23 Agbor, Avitus, *Op. Cit.* p. 194

24 Ídem.

25 Ídem.

del poder público, se considera que debido a su independencia, el poder judicial es el mejor candidato para garantizar dicha protección.

Conforme con este razonamiento, la posición ventajosa del poder judicial se debe al hecho de que no es elegido popularmente. Según Ronald Dworkin, “los legisladores están sujetos a presiones que los jueces no tienen, y esta es una razón para suponer que... es más probable que los jueces lleguen a conclusiones más sólidas sobre los derechos”.²⁶ Como tal, el poder judicial es menos susceptible a las presiones de la mayoría de los votantes al tomar decisiones y emitir juicios y debido a esto es más probable que proteja los derechos individuales a pesar de la voluntad de la mayoría.²⁷

Michael Walzer a su vez reconoce que la adjudicación judicial de los derechos sociales reduce radicalmente el alcance democrático en la toma de decisiones. Sin embargo, también considera que debido a su naturaleza distributiva, los derechos sociales deben quedar fuera precisamente del alcance de la deliberación política a fin de evitar resultados que podrían ser moralmente inaceptables.²⁸ Dicho de otra manera, los tribunales pueden proteger los derechos sociales incluso contra la voluntad de las mayorías, ya que su función está determinada por un criterio de justicia en lugar de uno de democracia.

La justiciabilidad favorece la democracia

No obstante el anterior argumento, las resoluciones de los tribunales no necesariamente tienen que actuar en contra de la democracia. Basados en la teoría de la justicia de John Rawls,²⁹ algunos autores consideran que la protección efectiva de los derechos sociales es necesaria para tener una democracia sustantiva y, por lo tanto, condiciones más justas para la participación política. El razonamiento de este argumento es que una participación informada dentro de una democracia requiere alcanzar el “mínimo social” que garantizan los DESC. De esta manera, por ejemplo, solo puede haber una participación igual si todos los ciudadanos tienen al menos un mínimo nivel de vida igual.

Los derechos sociales adjudicados por el poder judicial también podrían fortalecer la legitimidad de un Estado democrático por otras dos razones:

- a) Los cambios legales no solo deben ser efectuados por el poder legislativo. “Los tribunales pueden desempeñar un papel positivo al proporcionar un foro³⁰ donde los desfavorecidos y los marginados en la política representativa pueden hacer oír sus voces, fomentando así la participación democrática”.³¹ De esta manera,

26 Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard, Harvard University Press 1985. p. 70.

27 Lane Schepelle, Kim, “A Realpolitik Defense of Social Rights” en: *Texas Law Review*, Junio de 2004. p. 1921.

28 Walzer, Michael, “Philosophy and Democracy” en: *Political Theory*, Vol. 9 No. 3, 1981. p. 391-392.

29 Rawls, John, *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

30 Recordar lo argumentado párrafos atrás sobre el Foro por Agbor.

31 Sheeran, Scott & Rodley, Nigel (Eds.), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, Londres: Routledge Publishing, 2013. p. 552.

las resoluciones judiciales pueden generar cambios jurídicos para las personas que no quedan adecuadamente representadas por el poder legislativo.

- b) No todas las resoluciones judiciales relativas a los derechos sociales requieren la intervención del poder ejecutivo o legislativo. “La aplicación judicial de los derechos sociales tiene el potencial de promover la deliberación democrática sin necesariamente desplazar la toma de decisiones de los poderes políticos del gobierno”.³² Por lo tanto, el principio de separación de poderes puede mantenerse y la participación judicial puede lograr cambios jurídicos sin reformas legislativas o vulneraciones a las facultades del ejecutivo.

La justiciabilidad reduce la desigualdad

En el debate sobre la conveniencia de la justiciabilidad de los derechos sociales, a veces se sostiene que los tribunales tienen un mejor razonamiento moral que las legislaturas, y que esta es una de las razones por las que se les debe confiar la autoridad final sobre ciertos temas relacionados con los derechos individuales y de minorías.³³ Sobre este razonamiento, Dworkin ha argumentado que los tribunales “aseguran que las cuestiones más fundamentales de la moral política se presentarán y debatirán como cuestiones de principio y no solo de poder político”.³⁴

Siri Gloppen va un paso más allá y coincide con Agbor al argumentar que los tribunales pueden favorecer la transformación social, particularmente en los países pobres y en vías de desarrollo. Gloppen sostiene que los tribunales tienen una posición privilegiada para lograr una “transformación socio-moral”, que define como “la alteración de las desigualdades estructuradas y las relaciones de poder en la sociedad de manera que reduzcan el peso de las circunstancias moralmente irrelevantes”.³⁵

B. Argumentos en contra

En contraste con la mayoría de los académicos que apoyan la justiciabilidad de los derechos sociales, hay otro grupo que contradice los anteriores tres argumentos conforme a los siguientes razonamientos:

32 Gloppen, Siri “Dialogic Justice in the Enforcement of Social Rights” en: Gloppen, Siri & Ely Yamin, Alicia *Litigating Health Rights*, Cambridge, Harvard University Press, 2011. p. 238.

33 Cfr. Waldron, Jeremy “The Core of the Case against Judicial Review” en: *Yale Law Journal* Vol. 115, 2006. pp. 1386–1395.

34 Dworkin, Ronald, *Op. Cit.* p. 70.

35 Gloppen, Siri, “Courts and Social Transformation” en: Gargarella, Roberto, Domingo, Pilar & Roux, Theunis (eds.) *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the poor?* Farnham, Ashgate, 2006. pp. 37-38.

La justiciabilidad no se basa en un poder independiente

Una razón contra la justiciabilidad de los derechos sociales es que presupone la independencia del poder judicial. Aunque no existe una definición unánime de independencia judicial, se acepta que como mínimo implica “la libertad de control absoluto por parte de otras instituciones gubernamentales... {y} cierto grado de libertad con respecto a los litigantes y la opinión pública ... requiriendo la capacidad de los jueces para tomar decisiones y resolver controversias sin temor a represalias”.³⁶

Aunque los académicos que defienden la justiciabilidad de los derechos sociales consideran que de entre los tres poderes el judicial tiene la mejor oportunidad de ser independiente, los académicos de los Estudios Jurídicos Críticos, entre muchos otros, han contraargumentado por años que los ministros, jueces y magistrados tienen prejuicios y presiones que constantemente afectan su neutralidad.³⁷

Steven Voigt además señala que en algunos países el gobierno puede evitar intencionalmente las confrontaciones con el poder judicial. Esto, ya que mantener la apariencia de contar con un poder judicial independiente puede ser beneficioso para sus intereses. Según Voigt, un poder judicial que aparenta ser independiente aumenta la legitimidad de un gobierno ya que “la independencia judicial está relacionada con el crecimiento económico”.³⁸ Esta estrategia se ha utilizado reiteradamente para legitimar gobiernos a nivel nacional e internacional.

Georg Vanberg añade que “establecer y mantener la independencia judicial requiere que los actores políticos con la capacidad de atacar o socavar la autonomía judicial no tengan interés en hacerlo”.³⁹ La pregunta obligada es ¿Por qué sería del interés de los actores políticos respetar la independencia judicial? Las respuestas son múltiples: para ganar credibilidad, contar con un mediador entre otros agentes políticos, controlar una vía institucional que confirme sus derechos de propiedad, desviar la atención de la aplicación informal del poder, etc. Es decir, por razones que no necesariamente se relacionan con la justicia, el respeto a la independencia o la armonía entre los poderes públicos.

Y si bien es cierto que los fenómenos mencionados son más agudos en los regímenes populistas, el uso de castigos (aunque no se administren de forma oficial) para los jueces que se alejan del *statu quo* también tiene lugar en los países democráticos. En este sentido, entre las medidas disciplinarias y de restricción que pueden utilizarse contra el poder judicial, es posible encontrar:

36 Vanberg, Georg, “Establishing and Maintaining Judicial Independence” en: Caldeira, Gregory, Kelemen, Daniel & Whittington, Keith (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

37 Cfr. por ejemplo los postulados de Peter Gabel, Duncan Kennedy y Roberto Unger.

38 Voigt Feld, Steven, “Economic growth and judicial independence: cross country evidence using a new set of indicators” en: *European Journal of Political Economy* Vol. 19, 2003. p. 516.

39 Vanberg, Georg, *Op. Cit.* p. 116.

Manipulaciones con relación al nombramiento judicial y permanencia en el cargo, así como el establecimiento de requisitos a modo para para bloquear el nombramiento de jueces indeseables; sanciones disciplinarias contra jueces “excesivamente independientes”; juicio político o destitución de jueces activistas; o la introducción de restricciones jurisdiccionales serias que limitan las facultades de protección de derechos humanos.⁴⁰

Cabe destacar que estas medidas disciplinarias y de restricción no solo tienen efectos frente a los jueces a quiénes van dirigidas, sino que también funcionan como una advertencia a otros miembros del poder judicial para que se abstengan del activismo que afecte los intereses de ciertos agentes políticos. Con frecuencia, esto ha generado tribunales conservadores, ineficaces o pasivos. Aunado a lo anterior, resulta fundamental señalar que todas estas consideraciones se exacerban cuando se trata de derechos sociales debido a su naturaleza prestacional.

En este mismo orden de ideas, Stephen Holmes y Cass Sunstein reconocen que en la práctica, “el nivel de protección que reciben los derechos sociales se determina políticamente y no judicialmente... {Las condiciones políticas determinan} si dichos derechos son reconocidos y protegidos o no”.⁴¹ En este sentido, los jueces son conscientes de la probabilidad de que un derecho sea realmente respetado por los organismos titulares, incluso antes de que decidan sobre la cuestión de fondo. Este conocimiento incluye un análisis de costo/beneficio sobre el efecto de las resoluciones judiciales para la carrera y futuro de ministros, magistrados y jueces.

Asimismo, en muchos casos los jueces son conscientes de que sus decisiones serán ignoradas. Esto resulta particularmente probable cuando sus resoluciones van en contra de las otras ramas del poder público. Si ese es el caso, pueden simplemente decidir abstenerse de emitir una resolución o desestimar un asunto. Lo anterior crea una apariencia de justiciabilidad que en la práctica es ineficaz, lo cual resulta aún peor que la limitación, desde un principio, de la imposibilidad de reclamar judicialmente un derecho social.

La justiciabilidad se ve afectada por las deficiencias de los tribunales

Los tribunales pueden tener tres tipos principales de deficiencias que afectan su desempeño y a su vez, la justiciabilidad de los derechos sociales. El primer tipo de deficiencia se refiere a la falta de información para emitir un juicio (indeterminación). El

40 Rosevear, Evan & Hirschl, Ran, “Constitutional Law Meets Comparative Politics: Socio-economic Rights and Political Realities” en Campbell, Tom, Ewing, K.D. y Tomkins, Adam, *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays*, Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 223.

41 Holmes, Stephen & Sunstein, Cass, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York, W.W. Norton. 1999. p. 121.

segundo tipo de deficiencia se refiere a la falta de apoyo democrático (ilegitimidad). El tercer tipo de deficiencia se refiere a la falta de competencia técnica (incapacidad).

Con respecto al primer tipo de deficiencia (indeterminación), dado que los derechos sociales tienden a estar redactados de forma imprecisa y a ser regulados de manera ambigua, obligan a los tribunales a juzgar mediante criterios indeterminados. Como consecuencia, los tribunales tienen el mandato de elegir “entre los valores en disputa sin ningún criterio de selección, frente a información imperfecta e incertidumbre normativa, y debiendo emitir una sentencia que logre un resultado eficaz y específico”.⁴² Y si los derechos sociales son materializados mediante criterios indeterminados, esto implica que podrían interpretarse de modo que en la práctica restrinjan, en lugar de facilitar, los derechos sociales.

Con respecto al segundo tipo de deficiencia (ilegitimidad), es importante recordar que en los países democráticos es prerrogativa de la mayoría, representada en el poder legislativo, decidir sobre los activos y gastos nacionales. Por lo tanto, al adjudicar y administrar los recursos públicos, el poder judicial estaría violando tanto la separación de poderes como los principios representativos de un Estado democrático. Lo anterior porque “[un] tribunal no es el lugar adecuado para llevar a cabo la necesaria negociación democrática de recursos públicos”.⁴³

Con respecto al tercer tipo de deficiencia (incapacidad), los tribunales tienen las siguientes limitaciones técnicas y prácticas:

En primer lugar, los tribunales carecen de los poderes de investigación necesarios relacionados con la asignación y distribución de recursos. Un juez tampoco puede conocer a fondo los niveles mínimos de cumplimiento, los órganos estatales involucrados o las prácticas de implementación de los derechos sociales, ni cuestionar y evaluar a todas las partes afectadas.

En segundo lugar, “la revisión judicial de los derechos sociales individuales es imposible, ya que lleva a los jueces a evaluar las políticas sociales gubernamentales sobre la base de casos individuales que no están necesariamente conectados entre sí”.⁴⁴ Esto se conoce en la doctrina como el problema del policentrismo judicial.⁴⁵

42 Hershkoff, Helen, “Positive Rights and State Constitutions: The Limits of Federal Rationality Review”, en: *Harvard Law Review*, Vol. 112. No. 6. pp. 1191-1194.

43 Deval Desai, “Courting” legitimacy: democratic agency and the justiciability of economic and social rights”, en: *Annual, Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, Vol. 4. No. 1, 2009. p. 25.

44 Fabre, Cecile, *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, Oxford, Oxford University Press, 2003. p.109.

45 Tratado extensamente por Lon Fuller en su teoría sobre la adjudicación de derechos. Cfr. Villaseñor Rodríguez, Fernando, “La imposibilidad de neutralidad en las teorías modernas de la adjudicación” en: Gómez Alcalá, Rodolfo y Díez Gargari, Rodrigo (coords.) *Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica: Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario*, Ciudad de México, Porrúa/CIIJ-ELD, 2013. pp. 293-315.

En tercer y último lugar, incluso suponiendo que los tribunales decidan establecer o revisar un programa, ley o acción específica que haga efectivo un derecho social, ¿Cómo pueden garantizar su implementación y monitorear su eficiencia? ¿Deberían integrar una comisión bi o tripartita con los miembros del poder judicial y del poder ejecutivo? ¿Deberían mandar informes periódicos de evaluación y progreso? ¿O simplemente considerarían que el órgano o el poder obligado actuarán de buena fe?

La justiciabilidad puede funcionar contra los pobres

Una razón muy importante para argumentar en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales tiene que ver con la manera en que afectan a los pobres. Charles Epp ha señalado que “las transformaciones y triunfos de los derechos sociales dependen de un litigio generalizado y sostenido... esto a su vez requiere del apoyo de organizaciones de defensa de dichos derechos, una profesión legal diversa y sofisticada, una amplia gama de fuentes de financiamiento y esfuerzos coordinados a nivel federal e incluso internacional”.⁴⁶ Suponiendo que los derechos sociales se delimitaran principalmente mediante el litigio por particulares, sería injusto pedir el mismo activismo a las personas con suficientes recursos económicos y de tiempo frente a aquellas otras que no los tienen.

También hay abundante literatura sobre cómo los derechos justiciables han aumentado, en lugar de reducir, la brecha de desigualdad en los países en desarrollo. Carlos Portugal Gouvêa ha documentado cómo, al volver el derecho a la salud constitucionalmente justiciable, se creó un monopolio de medicamentos retrovirales dentro de la clase media alta que contaba con los recursos para litigar y presionar judicialmente al Estado brasileño.⁴⁷ En este mismo sentido los estudios de Lucie Lamarche en Sudamérica informan que las demandas de derechos sociales hechas por los pobres suelen ser desestimadas, y que el poder judicial decide de manera rutinaria no adjudicar los derechos sociales alegando “falta de jurisdicción”.⁴⁸

Otro ejemplo sobresaliente se puede encontrar en las obras de Jacob Mchangama y Christian Bjørnskov, quienes analizaron más de 40 constituciones con derechos sociales justiciables. Sus hallazgos sugieren que ni la constitucionalización ni la justiciabilidad de derechos sociales tuvieron efectos positivos o a largo plazo para la población. Además, en algunos casos, y debido a los limitados recursos gubernamentales que solo favorecían a los litigantes de clase alta, la introducción de derechos sociales justicia-

46 Epp, Charles, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998. pp. 18-19.

47 Portugal Gouvêa, Carlos, “Social Rights against the Poor” en: *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Vol. 7, 2013. p. 454.

48 Lamarche, Lucie, *Beyond the Rhetoric of Social Rights for the Poor: The Need to Promote a Methodology aimed at Reinforcing International and National Institutions*, Seminario sobre Dimensiones Humanas y Éticas sobre la Pobreza, Sao Paulo, UNESCO Poverty Project, 2003.

bles ha significado menos recursos presupuestarios para proteger a los verdaderamente desfavorecidos.⁴⁹

Una crítica similar se puede encontrar en las obras de Chris Smith. Smith reconoce que la doctrina legal y los procesos judiciales pueden ser significativamente desventajosos para las personas en situación de pobreza. Debido a los aspectos técnicos, la oscuridad en la redacción de las leyes y principalmente, los requisitos procesales, los grupos económicamente desfavorecidos que buscan una reforma social no pueden participar en la exigencia o ejecución judicial de sus derechos.⁵⁰ Un problema muy claro es que la falta de dinero implica pocos litigios estratégicos y demandas presentadas por aquellos individuos sin privilegios, excluyendo así el sistema jurídico a las personas a quienes más debería proteger.⁵¹

En este sentido, la exclusión institucionalizada de “los más pobres entre los pobres, los analfabetos, los que son tan carentes de recursos que no tienen siquiera una idea de sus derechos”⁵² ocurre con frecuencia, ya que los tribunales tienden a favorecer, incluso sin intención, a los individuos que pueden pagar los servicios de abogados especializados y sostener un litigio prolongado. Dichos individuos tienden a litigar cualquier caso en que el beneficio sea mayor a la inversión inicial y, por lo tanto, logran que el gobierno asigne recursos para sectores de la población que muchas veces no tienen una necesidad urgente. Incluso si los tribunales decidieran hacer valer los derechos sociales, dado que los recursos son necesariamente limitados, su adjudicación solo protegería a algunos individuos (la minoría litigante) a expensas de otros (la mayoría no litigante).⁵³ En este sentido, los litigios de derechos sociales sirven para reforzar privilegios preexistentes en lugar de disminuir desigualdades, lo cual genera un fenómeno de justiciabilidad contra los pobres.

C. Síntesis

En esta aproximación inicial pudimos identificar tres argumentos principales a favor de la justiciabilidad de los derechos sociales (independencia, democracia e igualdad) y los contrastamos con argumentos que constituyen respuestas directas en su contra (dependencia, incapacidad, y desigualdad).

Un primer elemento común en ambas posturas tiene que ver con los propios derechos sociales. Mientras que para los defensores de la justiciabilidad su falta de delimitación

49 Bjørnskov, Christian & Mchangama, Jacob, “Do Social Rights Affect Social Outcomes?” en: *American Journal of Political Science*, Vol. 63, No.2, 2019. Pp. 452-466

50 Smith, Chris, *Courts and the Poor*, California, Contemporary World Issues, 2003. pp. 73-88.

51 Epp, Charles *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998. p. 203.

52 Portugal, Gouvêa, *Op. Cit* p. 463.

53 Motta Ferraz, Octavio Luiz, “Harming the Poor through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil” en: *Texas Law Review*, Junio de 2011. p. 1663.

precisa da lugar a interpretaciones creativas e incluyentes, para sus detractores ésta implica indeterminación, vaguedad y ausencia de certeza jurídica. Antes de decidirnos sobre una u otra postura sin embargo, deberíamos responder a las interrogantes ¿es posible establecer una definición precisa y universal sobre los derechos sociales en su conjunto?, ¿es posible definir cada derecho social en lo específico? Y, de ser posibles ambas opciones, ¿debería elegirse una o ambas?

Un segundo elemento común en ambas posturas es una visión monolítica sobre el poder judicial. Mientras que para los defensores este poder es facilitador, proactivo y autónomo, para sus detractores es obstructor, pasivo y dependiente. Una reflexión pertinente en este sentido sería, ¿de cuál poder judicial estamos hablando? En nuestra opinión, esta pregunta refleja la posibilidad de variaciones significativas y al menos una duda razonable sobre la universalidad operativa de la justiciabilidad de los derechos sociales.⁵⁴

Un tercer y último elemento común estriba en la certeza sobre el potencial transformador de los derechos sociales y del poder judicial. Mientras que para sus defensores este poder da voz y reconocimiento a los grupos desfavorecidos revolucionando así a la sociedad, para sus detractores es cómplice y legitimador de los actores políticos manteniendo el *statu quo*. Aquí caben dos preguntas que, de hecho, están condicionadas entre sí.

La primera pregunta es ontológica, ¿realmente el poder judicial puede transformar a la sociedad en su conjunto adjudicando derechos sociales? A fin de responder debemos evitar la falacia de petición de principio, es decir, para que podamos exigirles transformación social a los jueces (cualquiera que sea su sentido) primero tenemos que asegurarnos que esté dentro de sus posibilidades fácticas; *deber* implica *poder*. Más concretamente, deberíamos asegurarnos que las sentencias *individuales* sobre derechos sociales *puedan* tener efectos *generales*.

La segunda pregunta es teleológica; suponiendo la plausibilidad del potencial transformador, ¿sería deseable que realice por el poder judicial? ¿Queremos que sean los jueces quienes transformen a la sociedad decidiendo sobre el destino de sus recursos? Aunque el ACNUDH ya se ha pronunciado en el sentido de que tanto derechos civiles y políticos como sociales requieren recursos para su protección y garantía,⁵⁵ lo cierto es que éstos últimos requieren además, casi todas las veces, de una valoración *predominantemente económica*. Siendo así, deberíamos asegurarnos que los jueces sean verdaderamente los funcionarios más adecuados para hacer este tipo de valoraciones.

54 En este sentido, sería menos ambicioso pero tal vez más realista valernos del análisis del derecho comparado en vez de ceñirnos a los estándares universalistas del derecho internacional para estudiar este punto.

55 Ver I. D.

3. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En este texto presentamos un balance teórico en torno a la justiciabilidad de los derechos sociales. Después de identificar una narrativa sobre el surgimiento de estos derechos y su relación con el Estado de bienestar, especificamos como su desarrollo en el derecho internacional y su incorporación en los derechos nacionales les generó una naturaleza a la vez ambigua y compleja. Parte de esta complejidad fue explicada al abordar el tema sobre “el problema de los derechos sociales” y sus repercusiones para la justiciabilidad de estos derechos.

Conforme con lo anterior, entramos finalmente a la discusión fundamental, atendiendo a los tres principales argumentos a favor y en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales. Dejando a un lado las múltiples contrarréplicas de ambas posturas (que debido a la extensión del presente no pudimos incluir en esta ocasión), identificamos una serie de comprensiones y prejuicios comunes que, en nuestra opinión, obligan a hacer replanteamientos básicos y demuestran que nos encontramos ante una discusión inacabada. En este sentido, consideramos que la breve síntesis y las preguntas que formulamos al final de nuestra exposición pueden servir como líneas orientadoras para complementar el debate actual y provocar otros nuevos sobre este tema.

4. FUENTES DE CONSULTA

Agbor, Avitus “Shifting the Matrix from Legal Passivity to a New Domestic Legal Order: Towards the Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in Cameroon” en: *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 25 No. 2, 2017.

Asamblea General de la ONU, “Declaración Universal de los Derechos Humanos,” Preámbulo. París, 1948, Disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (consultado el 18 de julio de 2019).

Asamblea General de la ONU, “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), 1966. Artículo 2. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf/ (consultado el 18 de julio de 2019).

Bjørnskov, Christian & Mchangama, Jacob, “Do Social Rights Affect Social Outcomes?” en: *American Journal of Political Science*, Vol. 63, No.2, 2019.

Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996.

Cranston, Maurice “Human Rights, Real and Supposed”, en: Raphael, David D. (ed.), *Political Theory and the Rights of Man*, Londres, Macmillan, 1967.

Declaración y programa de acción de Viena, adoptada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena, Austria, el 25 de junio de 1993, UN doc. /CONF.157/23. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2033.pdf> (consultada el 18 de julio de 2019).

Deval Desai, “Courting” legitimacy: democratic agency and the justiciability of economic and social rights”, en: *Annual, Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, Vol. 4. No. 1, 2009.

- Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard, Harvard University Press 1985.
- Epp, Charles, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998.
- Esping-Andersen, Gøsta, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1990.
- Fabre, Cecile, *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- Fried, Charles *Right and Wrong*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.
- Gloppen, Siri, “Courts and Social Transformation” en: Gargarella, Roberto, Domingo, Pilar & Roux, Theunis (eds.) *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the poor?* Farnham, Ashgate, 2006.
- Gloppen, Siri “Dialogic Justice in the Enforcement of Social Rights” en: Gloppen, Siri & Ely Yamin, Alicia *Litigating Health Rights*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.
- Hershkoff, Helen, “Positive Rights and State Constitutions: The Limits of Federal Rationality Review”, en: *Harvard Law Review*, Vol. 112. No. 6.
- Holmes, Stephen & Sunstein, Cass, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York, W.W. Norton. 1999.
- Lamarche, Lucie, *Beyond the Rhetoric of Social Rights for the Poor: The Need to Promote a Methodology aimed at Reinforcing International and National Institutions*, Seminario sobre Dimensiones Humanas y Éticas sobre la Pobreza, Sao Paolo, UNESCO Poverty Project, 2003.
- Lane Schepelle, Kim, “A Realpolitik Defense of Social Rights” en: *Texas Law Review*, Junio de 2004.
- Mantouvalou, Virginia, “The Case for Social Rights” en: Gearty, Conor & Mantouvalou, Virginia, *Debating Social Rights*, Oxford: Hart Publishing, 2010.
- Mapulanga-Hulston, Jackie “Examining the Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights” en: *The International Journal of Human Rights*, Vol.6 No. 4, 2002.
- Marshall, Thomas, *Class, Citizenship and Social Development*, Nueva York, Doubleday, 1964.
- Motta Ferraz, Octavio Luiz, “Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil” en: *Texas Law Review*, Junio de 2011.
- Polanyi, Karl, *La Gran Transformación*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- Portugal Gouvêa, Carlos, “Social Rights against the Poor” en: *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Vol. 7, 2013.
- Rawls, John, *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.
- Rosevear, Evan & Hirschl, Ran, “Constitutional Law Meets Comparative Politics: Socio-economic Rights and Political Realities” en Campbell, Tom, Ewing, K.D. y Tomkins, Adam, *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays*, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Samodra, Wibawa *Learning from Lorenz Von Stein’s Idea of Social State*, Speyer, Universidad Alemana de Ciencias Administrativas, 2009.

- Scheinin, Martin, "Economic, Social and Cultural Rights", en: Asbjorn Eide, Catarina Krause, y Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Londres, Kluwer Law International, 2001.
- Sheeran, Scott & Rodley, Nigel (Eds.), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, Londres: Routledge Publishing, 2013.
- Soboka Bulto, Takele "The Utility of Cross-Cutting Rights in Enhancing Justiciability of Socio-Economic Rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights" en: *University of Tasmania Law Review*, Vol. 29 No.2, 2010.
- Smith, Chris, *Courts and the Poor*, California, Contemporary World Issues, 2003.
- Tveiten, Margit, "Justiciability of Socio-Economic Rights: Reflections on Norwegian and South African Debate and Experience" en: Barth Eide, Wenche y Kracht, Uwe (eds.), *Food and Human Rights in Development-Volume I: Legal and Institutional Dimensions and Selected Topics*, Cambridge, Intersentia, 2005.
- Voigt Feld, Steven, "Economic growth and judicial independence: cross country evidence using a new set of indicators" en: *European Journal of Political Economy* Vol. 19, 2003.
- Vanberg, Georg, "Establishing and Maintaining Judicial Independence" en: Caldeira, Gregory, Kelemen, Daniel & Whittington, Keith (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Viljoen, Frans, *International Human Rights Law in Africa*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Villaseñor Rodríguez, Fernando, "La imposibilidad de neutralidad en las teorías modernas de la adjudicación" en: Gómez Alcalá, Rodolfo y Díez Gargari, Rodrigo (coords.) *Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica*, Ciudad de México, Porrúa/CIIJ-ELD, 2013.
- Waldron, Jeremy "The Core of the Case against Judicial Review" en: *Yale Law Journal* Vol. 115, 2006.
- Walzer, Michael, "Philosophy and Democracy" en: *Political Theory*, Vol. 9 No. 3, 1981.
- Young, Katharine, *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

