

¿CUÁL ES LA LLAVE QUE NOS PERMITE PROCEDER O NO AL CONTROL JUDICIAL DE RAZONABILIDAD DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS SOCIALES?

Ana Valeria GUERCI ROMERO*

SUMARIO: *Introducción. 1. Avances doctrinarios respecto a diversos estándares utilizados por el sistema internacional. a) Principio de Progresividad. b) Principio de Igualdad y No Discriminación. c) Acceso a la Justicia. 2. Contenido mínimo de los Derechos sociales. a) Definición y desafíos por parte de sistema internacional de Derechos Humanos. b) Problemas que presenta a la hora de su aplicación por parte de los tribunales nacionales. 3. A manera de conclusión: ¿Cuándo es posible que el juez controle la razonabilidad del contenido de los Derechos sociales?*

Resumen: En este documento se procura poner de resalto la importancia de empezar a definir por parte de la doctrina los diversos estándares utilizados por el juez en la protección de los Derechos Sociales, arriesgándonos a cerrar una de las puertas abiertas respecto a el control de razonabilidad del contenido de los Derechos Sociales, buscando cerrarla, no desde el principio de la división de poderes sino desde el principio de no afectación de otros derechos fundamentales.

INTRODUCCIÓN

A través de este trabajo no buscamos reabrir los debates realizados en torno a la justiciabilidad o no de los Derechos sociales, considerando que dichas discusiones están siendo superadas satisfactoriamente por la doctrina argentina y consecuentemente recepcionados por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, partiendo de la base que los Derechos sociales son operativos, es decir, exigibles judicialmente.

* Universidad Nacional de San Juan, Argentina, anaguerci@hotmail.com

A lo largo de nuestra investigación observamos que la mayoría de los trabajos realizan un enfoque de los Derechos sociales con relación a su precaria exigibilidad judicial, buscando como horizonte ampliar su protección legal mediante la consagración de nuevas herramientas jurídicas. Si bien, estas investigaciones precedentes se han esforzado por concretar la exigibilidad de los Derechos sociales, lo cierto es que también han dejado muchas puertas abiertas que se deben empezar por cerrar.

Es por ello que, a lo largo del desarrollo de este trabajo exploraremos el camino inverso, trataremos de descubrir límites que pueden existir en el control judicial de razonabilidad de los Derechos sociales, tratando de consagrar una postura intermedia entre el "no control" que durante tantos años imperó y "un control con diversas ventanas abiertas" como sucede en la actualidad, buscando llegar a "un control con límites" o con el mismo significado pero con otra denominación a llegar "a un control constitucional". Lo que nos motivó a dicha investigación es que, a veces, la esfera judicial no se presenta como un espacio de resguardo o de protección de derechos amenazados, sino que en ciertas ocasiones aparece como un ámbito en el cuál se rompe el equilibrio de la división de funciones afectando otros derechos fundamentales, y por ello es necesario empezar por arriesgarnos a definir límites al control por parte del poder judicial.

Para llegar a cerrar una de las puertas, intentaremos afrontar los avances doctrinarios respecto a los diversos estándares internacionales que el juez aplica en el momento de ejercer el control judicial. Luego observaremos los problemas que presenta el estándar "contenido mínimo de los derechos" en el momento de su exigibilidad por parte de los tribunales. Y finalmente, a modo de conclusión, aspiraremos a descubrir la llave que permitirá la procedencia o no del control de razonabilidad del contenido de los Derechos sociales por parte del juez.

2. AVANCES DOCTRINARIOS RESPECTO A DIVERSOS ESTÁNDARES UTILIZADOS POR EL SISTEMA INTERNACIONAL

Aquí no nos ocuparemos de la variedad de procedimientos judiciales que existen (de alcance individual o colectivo), como así tampoco de las órdenes o remedios que pueden adoptar los jueces en el caso concreto, ya que consideramos que la base del problema no radica en si el juez puede o no dar instrucciones generales, o si puede modificar o ajustar políticas ya definidas,

sino que es necesario conocer la vara con que realiza tales actos, que es en definitiva lo que justificará o no su proceder desde el punto de vista constitucional.

Ahora bien, partimos de la base que toda materia es controlada judicialmente, siempre que dicho control se realice con herramientas constitucionales o internacionales, y no sea un control intuitivo o instintivo. Por ello, debemos analizar cada una de ellas, y observar los problemas que pueden acarrear sus indefiniciones. No debemos olvidar que existe peligro de que los jueces se transformen en escultores de los Derechos sociales, en vez, de ser los custodios de que se utilicen las herramientas necesarias para que los otros poderes sean quienes realicen una obra conforme a Derecho.

Desde el derecho internacional de los Derechos Humanos se han creado diversas obligaciones que se pueden agrupar de la siguiente forma:

- a) Obligaciones Generales: de respetar, proteger, garantizar y promover.
- b) Elementos Institucionales: disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad.
- c) Principios de aplicación: contenido esencial, progresividad y máximo uso de los recursos disponibles.

A los fines de este trabajo vamos a desarrollar algunos de ellos, seleccionando aquellos que consideramos que más relevancia han tenido en la teorización de las obligaciones en materia de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

a) Principio de Progresividad

Siguiendo a Laura Pautassi en su artículo "Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición" publicado en el libro *Medición de derechos en las políticas sociales*¹ decimos que dicho principio se haya en el Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) el cuál expresa que:

los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas

¹ ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, Laura, compiladores.

económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Es decir, que le está vedado al Estado sancionar normas jurídicas o adoptar políticas, programas y acciones de gobierno que empeoren la situación de los Derechos sociales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, en otras palabras se debe comprobar si la nueva norma suprime o restringe, derechos o beneficios acordados por la anterior. "La obligación de no regresividad" constituye una verdadera garantía de los ciudadanos y al mismo tiempo una limitación respecto a los tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial). Es dable destacar, que para llenar de contenido dicho principio se han propuestos diversos indicadores de progreso, de resultado, de proceso, entre otros, que buscan analizar si existe o no voluntad política para lograr el progreso de tales derechos. El problema que algunos autores observan es que no existe unanimidad respecto a ellos, como así también que deben lo suficientemente amplios de modo tal que no afecten la discrecionalidad del poder ejecutivo en su diseño y planificación.

También en el orden interamericano está el Protocolo de San Salvador (adicional a la CADH sobre DESC, 1988) que menciona diversos derechos; derecho a la salud, derecho al trabajo, derechos sindicales, derecho a la educación, derechos a la seguridad social, derechos a la alimentación, entre otros, que merecen y procuran la protección por parte de los Estados partes. Los Estados deberán entregar informes periódicos (tal como lo indica el Artículo 19 del Protocolo) respecto a las medidas progresivas que hayan adoptado en relación con los Derechos sociales ante el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos y serán evaluados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Dicha comisión podrá elaborar las observaciones y recomendaciones que estime pertinentes sobre la situación de los DESC. Cabe destacar que en el Sistema Universal de Derechos Humanos dicho principio se haya en el Artículo 2 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que establece "...los Estados Partes... se comprometen a adoptar medidas... para lograr progresivamente por todos los medios apropiados... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

¿Tiene excepciones dicho principio? Podemos decir que sí, siempre que la regresividad esté plenamente justificada por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno

del máximo de los recursos de que se dispone (Comité DESC, Observación General N° 3, *cit.*, párr. 9). El Estado deberá señalar concretamente qué otros derechos previstos en el Pacto (por caso, derecho a la salud, educación, vivienda, y no cualquier otro derecho) se vieron favorecidos por la medida adoptada.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó lo que sigue:²

...aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De éstas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas... consiste en que los Estados se 'comprometen a garantizar' que los derechos pertinentes se ejercerán 'sin discriminación...'. La otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del Artículo 2 en el sentido de 'adoptar medidas', compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración... Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del Artículo 2 es la de adoptar medidas 'para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]'. La expresión "progresiva efectividad" se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los Derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase

² Observación General No. 3 "La índole de las obligaciones de los Estados Partes.

debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo.

Consideramos importante la construcción de indicadores que materialicen o llenen de contenido dicho principio, y estimamos que a los efectos de llevar a cabo una mejor labor de "control del progreso y monitoreo de los Derechos sociales" debería crearse un organismo independiente (tal como lo es la Defensoría del Pueblo), que a través de estadísticas, encuestas, quejas, etcétera, controle con facultades sancionatorias (en caso de no colaboración por parte de las autoridades) y con legitimación judicial (de lo contrario sería utópico) la actuación regresiva por parte de los restantes poderes. Incluso creándose tal organismo, se podría solucionar el problema de la dificultad que tienen los más vulnerables de acceder a la justicia.

Por otra parte, si bien el Comité de DESC sólo justifica la regresividad cuando se pruebe que se beneficia a otros derechos del Pacto, dejamos la inquietud de si el beneficio debe ser necesariamente directo o puede ser indirecto, y si puede beneficiar otros derechos no mencionados en el Protocolo de San Salvador pero de igual importancia. Es decir, nuestra pregunta es por ejemplo, si igualmente se justificaría la regresividad si se prueba la necesidad de invertir en seguridad (justificando el problema que existe desde la protección al derecho a la vida y de poder transitar libremente sin temor) o en obras públicas (asfalto de caminos que permiten llegar en ambulancia a lugares de difícil acceso, protegiendo de esta manera indirectamente al derecho a la salud).

Finalmente, nos preguntamos lo siguiente: ¿Pueden existir concesiones caritativas en materia de Derechos sociales que sean por un tiempo determinado? Cabe resaltar, que hay diversos casos en que se otorgaban préstamos sólo por un tiempo, y cuándo éste finalizaba se ponía en discusión "que existe el principio de progresividad y no regresividad" y que tales personas no pueden quedar desamparadas sin un plan que de la misma manera o mejor respalde su derecho. En primer lugar, hay que analizar la naturaleza de tales prestaciones para ver si conforman la seguridad social y por ende son derechos constitucionales, o por el contrario, son pensiones graciables (Artículo 75 inciso 20) que puede otorgar el poder legislativo. La Corte Suprema Argentina en el caso "Reyes Aguilera" c/ Estado Nacional (4/9/2007) ya adelantó la postura que los beneficiarios de pensiones no contributivas (pensión por invalidez) son titulares de derechos subjetivos y no de meras concesiones caritativas, y

por ende, su concesión no queda exenta del control judicial de razonabilidad (igualmente que adelantó su postura respecto a que los planes de transferencia de ingresos también son derechos constitucionales). Nuestra pregunta es: ¿En ningún caso puede concederse por un tiempo una ayuda social? Y entonces: ¿A qué pensiones se refiere el Artículo 75 inciso 20? Por supuesto que si el problema desapareció está plenamente justificado su extinción, pero de no ser así ¿Debe o no procederse a una creación de subsidios temporarios? Con lo expuesto anteriormente, incluyendo la postura de nuestra Corte Suprema referido a que no puede dejarse desamparadas a las personas en la protección de sus Derechos sociales, por supuesto que la respuesta es que no pueden desaparecer (las pensiones sociales) sin una solución alternativa que igualmente respalde su situación. Nuestra inquietud es que dicha postura puede provocar una actitud temerosa a la hora de la creación de pensiones o ayuda sociales, es decir, que si bien jurídicamente es irreprochable, a nivel político puede provocar una abstención en sus creaciones. Hay una verdad y es que los recursos públicos a veces aumentan y otras no, entonces en la primera podrían concederse y luego no. Esto no significa que estemos avalando el argumento del estado referido a "la falta de presupuesto" como óbice válido para la omisión de la protección de los Derechos sociales, sino que no obstante los programas (habitacionales, de alimentación, de salud, etcétera) permanentes que existen, pueden crearse por un tiempo algunos que refuercen dichos planes, sin que ello implique violación al principio de progresividad.

En resumen, el estándar de progresividad tiene dos instancias de trascendencia jurídica: en primer lugar constituye un mecanismo para evaluar, a través de los informes de los Estados, el desarrollo de sus obligaciones internacionales. En este sentido, en que el grado de cumplimiento de los Derechos sociales se evalúa externa y globalmente, la progresividad es una herramienta de evaluación significativa a nivel diplomático, aunque de poca relevancia para el Poder Judicial doméstico, en la medida en que su intervención está limitada a la evaluación de casos específicos y concretos, y no de la situación general de cumplimiento de los derechos. Un nivel diferente en el que la progresividad opera como estándar de evaluación, y que sí es relevante a los fines de la decisión de causas judiciales locales, se encuentra en su proyección para analizar normas o prácticas estatales concretas que impactan sobre cierto derecho. Las normas y prácticas estatales específicas pueden analizarse en su dimensión de progresividad o regresividad.³

³ GARGARELLA, Roberto y Gustavo Maurino, "Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad", en *El derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires*, p. 82.

b) Principio de Igualdad y No Discriminación

Es necesario mencionar las definiciones que realizan el Comité de DESC, ya que en su Observación General N°13, manifestó que la “prohibición de discriminación no está supeditada ni a una implementación gradual ni a la disponibilidad de recursos y se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente”. Así también debemos expresar que el Comité en la Observación General No. 16, ha manifestado que “el disfrute de los Derechos Humanos sobre la base de la igualdad entre hombres y mujeres debe entenderse en sentido lato”. La garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos prevén la igualdad tanto de facto como de jure. La igualdad de jure (o formal) y de facto (o sustantiva) son conceptos diferentes pero conectados entre sí. La igualdad formal presupone que se logra la igualdad si las normas jurídicas o de otra naturaleza tratan igual a hombres y mujeres de una manera neutra. Por su parte, la igualdad sustantiva se ocupa de los efectos de las normas jurídicas y otras y de la práctica, y trata de conseguir no que mantengan, sino que alivien la situación desfavorable de suyo que sufren ciertos grupos.

En mayo del 2009, el Comité de DESC en su Comentario General No. 20 manifestó que tal como señala el Pacto, en su Artículo 2, párrafo 2: “Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o de cualquier otra condición social”, reafirmando el Comité estos principios señala que si bien no están explícitamente señaladas, se incluyen las discriminaciones basadas en la orientación sexual y la identidad de género, y todo hostigamiento contra personas transexuales e intersexuales se considera una forma de discriminación que viola lo establecido en el Pacto.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales interpretó en la Observación General No. 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”; en el sentido de que:

“La adopción de medidas legislativas, como se prevé concretamente en el Pacto, no agota por sí misma las obligaciones de los Estados Partes. Al contrario, se debe dar a la frase “por todos los medios apropiados” su significado pleno y natural... Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema

jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El Comité observa, por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos.

Si bien dicho principio aparece en forma clara en ciertos casos tal como sucede en “Reyes Aguilera c/ Estado Nacional” (desigualdad de tratamiento entre nacionales y extranjeros, violatorio del Artículo 20 CN), hay otros en que se confunde su contenido. Por ejemplo, si alegamos que hay discriminación por que en las ciudades alejadas hay escuelas en peores condiciones que las del centro de una provincia (porque tienen bancos más viejos, o por cualquier otro motivo), creemos que en dichos casos estamos desvirtuando dicho principio. Todos en igualdad de situaciones tienen derecho de acceder al goce de los derechos sin distinción arbitraria o irrazonable, pero el goce puede que difiera por la situación o circunstancia en que se halle la persona. Es decir, puede que existan diferencias en la construcción de las escuelas (del centro y de los pueblos más alejados) pero mientras que cumplan las condiciones de seguridad e higiene, (no amenaza grave a dicho derecho), dicha escuelas se van a ir mejorando progresivamente, sin que ello implique “desigualdad en los términos del Artículo 16 CN”. La igualdad en su contenido también va evolucionando, ya que van de la mano con la discrecionalidad de las políticas sociales, es decir, mientras que el acceso al derecho debe ser igual su contenido puede variar (por fundamentos que expondremos a continuación).

c) Acceso a la Justicia

Ante el incumplimiento de una obligación, y en virtud del debido proceso y de la “tutela judicial efectiva” (Convención Americana de Derechos Humanos) todo ciudadano tiene derecho de reclamar judicialmente el incumplimiento o la violación de algún derecho social. “Hay un derecho a acceder y gozar de Derechos sociales y correlativamente existe la responsabilidad de hacer efectivo su goce” (rendición de cuentas). Pero ¿cuál es el problema que presenta esta garantía?

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos elaboró en el 2007 un estudio sobre cuatro temas que ha estimado prioritarios respecto a la protección judicial de los DESC:

1. La obligación de remover los obstáculos económicos para garantizar el acceso a los tribunales;
2. Los componentes del debido proceso en los

procedimientos administrativos y judiciales relativo a Derechos sociales; verificar la existencia de criterios objetivos para el otorgamiento de servicios sociales, programas y beneficios asistenciales que limiten los márgenes de discrecionalidad y arbitrariedad de autoridades públicas, y la información de los mecanismos de reclamo y la existencia de mecanismos de monitoreo y fiscalización; 3. Los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de Derechos sociales, individuales y colectivos; y 4. La presencia de acciones que puedan ser empleadas en situación de urgencia y que funcionen como recursos sencillos y rápidos para reparar violaciones en circunstancias extraordinarias, la existencia de remedios cautelares o preventivos.

Para mitigar todas estas dificultades que se presentan en lo que respecta al acceso a la justicia, considero que una forma de hacerlo sería creando una organismo independiente "Defensoría de Derechos sociales" que pueda monitorear el progresivo cumplimiento de los Derechos sociales (recomendando a las autoridades), y que tenga legitimación procesal para proteger (sea individual o colectivamente) a los ciudadanos en caso de violaciones a sus derechos. Otra alternativa sería que se regule la legitimación de las ONG para reclamar (cuando exista incidencia colectiva de los aludidos derechos) en todos los casos su reparación, sin que se alegue por la jurisprudencia "que cuando tenga naturaleza patrimonial el derecho amenazado no se puede proceder por la vía del amparo".

2. CONTENIDO MÍNIMO DE LOS DERECHOS SOCIALES

a) Definición y desafíos por parte de Sistema Internacional de Derechos Humanos

Nos arriesgamos a decir que, el estudio y análisis del contenido de los derechos nos brinda el elemento necesario para observar dónde se halla un posible límite al juez en el momento de la exigibilidad judicial de los derechos, es por ello que vamos a tratar de desarrollarlo con mayor amplitud que los anteriores estándares.

Un punto relevante a iluminar es que la identificación de contenidos esenciales de los derechos no sólo establece rutas de acción a cargo de los Estados, sino también los límites de las restricciones posibles. Estas obligaciones mínimas existen con independencia de los recursos con que cuenten los paí-

ses. Sin embargo, los Principios de Limburgo y las Directrices de Maastricht establecen que dado que la escasez de recursos no libera a los Estados de sus obligaciones mínimas, en caso de no poder cumplirlas a cabalidad, deben demostrar que han realizado "todo esfuerzo a su alcance para utilizar la totalidad de los recursos que están a su disposición en pos de satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas".⁴

Diversos órganos internacionales (Comité de DESC, Corte Internacional de Derechos Humanos, CIDH) se esfuerzan por concretar mediante reglas (ya no como meros principios) lo mínimo que cada Estado debe respetar en materia de DESC, que por una cuestión de extensión sólo nos limitaremos a mencionar los que consideramos más relevantes.

Así el Comité de DESC ha considerado que este principio o estándar se encuentra en el Artículo 2.1 del PIDESC, al expresar que "un Estado en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones. Si el Pacto se ha de interpretar de manera que no establezca obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser (Comité de DESC, Observación General No. 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Parte", párr. 1 del Artículo 2 del Pacto, párr. 10).

El Comité ha avanzado en delimitar el contenido básico de varios de los derechos contemplados en el Pacto, así en el caso de la alimentación adecuada, ha señalado que este comprende la disponibilidad de alimentos en *cantidad y calidad suficientes* para satisfacer necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada, y la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros Derechos Humanos, Observación General No. 12, punto 8, CDESC. En idéntico sentido se pronunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al sostener que "el derecho a no padecer hambre se vincula esencialmente con el derecho elemental a una alimentación adecuada (Segundo informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú, CIDH, p. 175).

También el Comité de DESC ha plasmado su interpretación en la Observación General No. 14: "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", donde expresó que los "Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada

⁴VÁZQUEZ, Daniel y SERRANO, Sandra, "El contenido esencial de los Derechos Humanos", en *¿Hay Justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?*, p. 194.

uno de los derechos enunciados en el Pacto” (párr. 43). También menciona en dicha observación que el derecho a la salud surge como un derecho inclusivo que no solo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también factores determinantes de la salud, como acceso al agua limpia y potable, y a condiciones sanitarias adecuadas; suministro adecuado de alimentos; una nutrición adecuada; una vivienda adecuada; condiciones sanas en el trabajo y el ambiente; acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva y participación de la población en los procesos de toma de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud (párrs. 57 y 58). El Comité de DESC en su Observación General No. 4 sobre el Derecho a una vivienda digna, rescató el concepto de vivienda que reconoció la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda adecuada, el cual “significa disponer de un lugar donde poder aislarse si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”. En opinión del Comité, el Derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.

Sin excepciones, queda claramente establecido que el cumplimiento del contenido mínimo es obligatorio y no es pasible de excepciones, ni aún en situaciones de emergencias.⁵

La exigencia de respetar un contenido mínimo de cada derecho se complementa con la obligación que posee el Estado de utilizar, para la satisfacción de los DESC, el máximo de los recursos disponibles. En este sentido, el Artículo 2.1 del PIDESC establece:

Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, 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.

⁵ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General*, No. 12, párr. 28.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en sus *Observación General* No. 3: “Índole de las obligaciones de los Estados Partes” consideró que:

...Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...

La existencia de “dificultades económicas” o “políticas” para avanzar en el cumplimiento de los compromisos constitucionales no puede aceptarse como excusa válida por los tribunales, tanto como no aceptan como excusa válida la invocación de ese tipo de dificultades por parte de un deudor que manifiesta que “no puede” cumplir sus obligaciones.⁶ Es decir, se debe probar en caso concreto, el esfuerzo del Estado en concretarlos, no siendo suficiente con mencionar una leve dificultad u obstáculo económico.

Aquí sobre estos estándares “contenido mínimo de los derechos” y la “utilización máxima de sus recursos”, es donde advertimos la peligrosidad de su utilización por parte del poder judicial, que en un futuro puede llegar a traer aparejado el problema del “hiperjudicialismo”, es por ello que intentaremos arriesgarnos por cerrar una de las puertas que se encuentra abierta en dicho control.

b) Problemas que presenta a la hora de su aplicación por parte de los tribunales nacionales

El primer inconveniente que advertimos es al habernos formulado las siguientes preguntas: ¿Es posible definir el contenido mínimo de los Derechos Sociales? Y en su caso ¿A qué poder le corresponde hacerlo?

A veces sucede que dicho contenido está especificado en una ley o en un tratado internacional, pero otras veces no lo están o estándolo sólo nos brindan conceptos amplios o indefinidos, y en tales casos; ¿quién debe llenarlos de contenido?

Más allá de las discusiones respecto a cómo deben interpretarse el contenido mínimo de los DESC en el orden internacional; si como reglas (argumentación categórica) limitando la facultad del Estado de interpretar restrictivamente los derechos o como principios (ponderación como estrategia de

⁶ GARGARELLA, Roberto y MAURINO, Gustavo, “Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad”, *op. cit.*, p. 84.

argumentación jurídica) dejado conceptos amplios que deben ser cerrados por cada Estado de acuerdo a sus necesidades, lo cierto es que en una u otra postura, hay una puerta que queda abierta que intentaremos cerrar.

Si seguimos la primera postura la pregunta que se nos representa es la siguiente; ¿qué sucede cuando no existen reglas o existiendo éstas no son claras? Si optamos por la segunda postura nos preguntaremos: ¿Es posible ejercer el control de razonabilidad de los contenidos de tales derechos? Y en su caso: ¿Dónde se halla su límite?

Así supongamos que el poder ejecutivo brinde a los carenciados una cuota alimentaria de \$350 por familia, en dicho caso: ¿Puede un juez decir que el monto es insuficiente porque no se cumple con el contenido mínimo del derecho a la alimentación? ¿Podría el poder judicial obligar a que el poder ejecutivo aumente el monto de dichas cuotas?

Por supuesto que si en el mismo caso se presenta un cuadro de desnutrición y donde "derecho a la vida" corre peligro, el juez debe obligar a que el Estado lo proteja de alguna manera (debiendo el Estado brindar una solución; sea entregando bolsas de comida o algún subsidio o cualquier otra alternativa).

Destacamos que las normas jurídicas no contienen recetas rígidas ni programas de acción acabados, sino sólo marcos, orientaciones generales, así como ciertas garantías mínimas de procedimiento. Hay quienes consideran que la pretensión de derivar de los derechos reglas orientadoras o criterios de fiscalización, conlleva el riesgo de atar a las políticas sociales a esquemas rígidos, propios del mundo de lo jurídico, que no permiten responder a las variables coyunturas y obstaculizan la acción pública eficaz.⁷

Scheinin menciona que existe una razón verdadera que contribuye a frenar el desarrollo de la justiciabilidad de los DESC, y es la vaguedad de los textos normativos en los cuales se formulan los derechos, y la falta de una práctica institucional de interpretación de esos textos, debido principalmente a la ausencia de mecanismos apropiados de implementación.⁸ Hay ciertos autores entre ellos Manuel Calvo García, que sostienen que hay que centrarse en la definición de las violaciones que pueden realizar los Estados como medio más eficaz de conceptualizar el contenido positivo de los DESC, y para detectarse las violaciones debe elaborarse un sistema de indicadores y metas.

Consideramos que si fijamos contenidos mínimos muy amplios tales como "derecho a una alimentación suficiente" su determinación de nada sirve (conceptos superfluos), y si son muy precisos podrían violar la discrecionalidad

⁷ ABRAMOVICH, Víctor, "Revisión Judicial de las Políticas Sociales", p. 8.

⁸ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Hacia la exigibilidad de los Derechos sociales, económicos y culturales*.

en el diseño de políticas sociales. Todos deben gozar del derecho a una alimentación, y por esos los derechos son reclamables por vía judicial, pero la determinación del contenido pertenece a un ámbito ajeno al judicial, el que sólo podrá controlarlo con las varas antes mencionadas. Es difícil cuando no imposible, definir el contenido esencial de cada derecho social, y por eso hay poca elaboración doctrinaria sobre este punto, porque no puede haber recetas rígidas ajenas a la situación económica, política y social del país al cuál se aplican, condiciones tales que son variables. Sin embargo, sobre este punto no nos detendremos, valorando el esfuerzo por parte de la doctrina en tratar de concretar el contenido mínimo de estos derechos.

Víctor Abramovich y Christian Courtis expresan que:

la condición de justiciabilidad requiere identificar las obligaciones mínimas de los Estados en relación a los DESC y es este quizá el principal déficit del derecho internacional de los Derechos Humanos, tanto en la formulación de las normas que consagran los derechos, cuanto en las elaboraciones de los órganos internacionales encargados de la aplicación de los tratados y en los escasos aportes doctrinarios.⁹

El poder ejecutivo a través de la elaboración de su presupuesto, destina a cada área (salud, educación, vivienda, alimentación, etcétera) el porcentaje que tiene disponible para satisfacer de alguna manera dichos derechos de acuerdo a las necesidades de la sociedad. Para cada derecho diseña el plan o programa que considera que puede cubrir lo más extensamente posible a toda la población que está en semejantes situaciones, para evitar de esta manera la desigualdad (administrador de los recursos públicos).

Existe un gran esfuerzo por parte de la doctrina en controlar mediante estándares concretos tanto el procedimiento de elaboración como así también el impacto que a corto y mediano plazo producen las políticas que intenta tutelar tales derechos (capacidad de inclusión de la medida, índices que prevalecen en su formulación y metas o camino a seguir). En resumen, son todos los poderes los contribuyen a elaborar el núcleo de los Derechos sociales, es por ello que el diálogo debe ser un elemento indispensable cuando hablamos del control de políticas sociales.

No obstante lo expresado, el problema que trataremos de abordar es el que presenta el **contenido de los DESC (no definido) cuando requiere de un aumento presupuestario**, adelantando nuestra postura que salvo casos de urgencia en los demás casos (calidad de vida), el principio de "no afectación de otros derecho fundamentales" constituye una valla judicial.

⁹ *Ibidem*, p. 11.

El hecho de planificar el monto que se destina para cada derecho y la política que se debe adoptar, "es una facultad privativa de los otros poderes" que puede ser controlada con los restantes estándares y que en caso de omisiones puede ser exigida judicialmente. No obstante lo expuesto (facultad de otros poderes), el fundamento último de dicha prohibición es que puede *afectar otros derechos fundamentales*, entre ellos el de violar la igualdad de las personas en acceder al goce de ciertos derechos.

Tanto si adoptamos la postura de que el juez debe controlar las políticas mediante criterios internacionales o que el juez procede a efectuar un control de razonabilidad, una valla a su control (cuando se trata del estándar contenido mínimo de los DESC no definido en reglas y que requiere aumento presupuestario) creemos que se encuentra en este principio de "no afectar otros derechos fundamentales".

El principio de división de poderes es insuficiente, puesto que si existe una alternativa donde mejor respalde un derecho el juez no puede ponderar "la discrecionalidad de los otros poderes antes que la protección a un derecho fundamental", es por ello que la prohibición no se trata de una atribución delegada a otro poder sino en la consecuencia que la intervención judicial produce en el plano de los restantes derechos.

Si el juez exige el aumento de un subsidio en un caso particular, en primer lugar violaría la igualdad (ya que hay diversas personas en igual situación que seguramente por cuestión de presupuesto no puedan disfrutar del aumento) y por otro lado, afectaría otros derechos fundamentales, ya que ese recurso económico puede, por ejemplo, haberse destinado a la compra de camillas para un hospital.

Esta conclusión nos lleva a negar la posibilidad de que el juez fije prioridades presupuestarias, y no por convertirse en un "administrador de recursos públicos" sino porque afecta otros derechos que están íntimamente vinculados en el presupuesto. Si bien, es simpático y nos convence la frase de que hay que "controlar la inequitativa distribución de los ingresos", lo cierto es que llevado a la práctica presenta grandes dificultades e inconstitucionalidades." Allí donde el juez (sin estándares concretos) puede afectar derechos fundamentales, se encuentra del otro lado de la moneda la "discrecionalidad en asignación del presupuesto y en el establecimiento de las prioridades de los mismos"

Capaz que lo más óptimo sería fijar en las constituciones "porcentajes mínimos" que deberían ser respetados en el presupuesto que se elabore anualmente a los efectos de otorgarle mayor protección a los Derechos sociales.

Cabe destacar sobre este punto, que el Comité de DESC en reiteradas ocasiones instó a los Estados Parte a destinar "una proporción mayor del excedente del presupuesto nacional a la lucha contra la pobreza" (Argelia, 2001), así como también recomendó que se aumente la asistencia prestada a las personas que viven en situación de pobreza y que se les asignen recursos financieros adecuados para que puedan vivir con dignidad (Rusia, 1997). Por otra parte, la situación de la pobreza también fue evaluada desde la perspectiva de la distribución de la riqueza, siendo obligación de los Estados Parte adoptar medidas, tanto a nivel fiscal como social, para abordar la inequitativa distribución del ingreso (República Dominicana, 1997). En Bolivia instó al Estado a que "proporcione los recursos financieros necesarios para la educación de los niños y erradicación de la malnutrición infantil y que dé prioridad a la educación en su presupuesto, establezca programas de alfabetización de adultos, en especial en las zonas rurales, y que haga esfuerzos para incrementar los niveles de asistencia escolar de los niños menores de 9 años" (Bolivia, 2001).

Debemos resaltar que no quiero decir con lo expuesto en el párrafo anterior de que estoy de acuerdo que la "falta de presupuesto" sea un argumento válido para no respaldar los Derechos sociales, por el contrario, si el juez observa, por ejemplo, que no hay plan para proteger un desempleado, debe intimarlo a que lo elabore independientemente de lo que pueda argumentar el Estado.

Cada derecho social debe tener un programa que lo proteja, y por ello la frase "utilización máxima de sus recursos", es decir que ninguno debe quedar sin protección y en caso de haber excedente presupuestario debe ser destinado a su mayor tutela.

Si bien existe vasta jurisprudencia en materia de Derechos sociales en Argentina principalmente en Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los fines de fundamentar nuestra tesina nos ceñiremos respecto al derecho a una vivienda digna, limitándonos a citar dos jurisprudencias que presentan cuadros totalmente distintos; uno es "Q.C., S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo" Corte Suprema de Justicia de la Nación, y otro es "Alba Quintana, Pablo c/ GCBA s/ Amparo" Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En estos dos casos se ve claramente "la urgencia" respecto al primer caso (ya que se trata de una madre en representación de su hijo que padece de una enfermedad que le impide compartir baño y cocina en paradores nocturnos por el riesgo que ello conlleva, solicitando un subsidio para alojarse en un lugar acorde a su enfermedad) y "la calidad de vida" en el segundo caso (ya

que se trata de un enfermo cardíaco que quiere acceder a un subsidio que le permita alojarse en un hotel y no en paradores nocturnos donde prevé el gobierno de la ciudad). Mientras en el primer caso la Corte resuelve a favor de la amparista debido a la “manifiesta gravedad en que se encuentra”, en el segundo se resuelve negativamente fundándose en la “inexistencia de obligación incumplida por parte del Estado, y en el principio de la división de poderes”.

3. A MANERA DE CONCLUSIÓN:

¿CUÁNDO ES POSIBLE QUE EL JUEZ CONTROLE LA RAZONABILIDAD DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS SOCIALES?

El poder legislativo o el poder ejecutivo son escultores, es decir, son aquellos que dan la “forma” a los programas y planes sociales, y el poder judicial se debe limitar a brindar las herramientas legales e internacionales para que puedan ser ellos quienes construyan su propia obra.

¿Qué queremos significar con esta frase? En primer lugar, que se debe ser cuidadoso con el estándar que utiliza el juez en el caso concreto para invalidar una política social. Así el poder judicial deberá controlar la razonabilidad de los requisitos que se exigen para acceder a un plan social, velar por el cumplimiento del principio de igualdad y por la eliminación de todos los obstáculos que se presenten para reclamar administrativa o judicialmente un derecho. También podrá decir que no se cumple con la correspondiente publicidad, progresividad o con el contenido mínimo del derecho definido claramente en una ley o en un tratado internacional.

Sin embargo, la dificultad que se nos presenta es en lo respecta a el estándar “contenido mínimo de los derechos”, cuándo su contenido no aparece definido en forma clara en la ley o en un tratado, y el caso requiere de un aumento presupuestario. En dicho caso ¿es posible que el juez proceda a efectuar el control de razonabilidad? Y en su caso: ¿Dónde se puede hallar el límite judicial de dicho control?

Muchos autores definen el contenido mínimo de los derechos como la “amenaza grave de los mismos”, es decir que la urgencia es la vara que le permite exigir a juez el contenido de un derecho.

Compartimos el criterio de que cuando hay amenaza grave el juez exige su contenido sin más trámite, es por ello que tenemos la necesidad de diferenciar dos casos; los de urgencia (donde peligró derecho a la vida o a la salud),

y aquellos donde la calidad de vida o algún derecho mencionado en un tratado internacional o en la constitución es el centro del debate.

Los que encuadran dentro del segundo supuesto (debate del *quantum* del contenido del derecho) son los que nos preguntamos respecto a si es posible que proceda el control judicial, y en su caso ¿cuándo no procede?

Antes de continuar es necesario que se pregunte: ¿Cuál es la concepción que usted tiene para responder si procedería o no el control judicial de planes de gobierno que no respaldan “una cierta calidad de vida”? No nos olvidemos que comenzamos el trabajo sosteniendo el control judicial de los DESC (que por una cuestión de extensión no nos detuvimos en sus debates).

Desde la objeción de la separación de poderes; se dirá que son los legisladores los encargados constitucionalmente de resolver cuestiones que tienen que ver con el presupuesto. Desde una objeción democrática; se mencionará la falta de legitimidad de los jueces, es decir, que hay cuestiones que deben ser organizadas por la ciudadanía y no por los jueces que no tienen una mirada global de la problemática, ni cuentan con capacitación técnica respecto a ciertos temas.

La idea de separación de poderes que aparece como presupuesta en la objeción señalada, es aquella según la cual cada poder tiene funciones específicas que resolver, y ninguno de ellos debe entrometerse en las tareas de los demás poderes, bajo el riesgo de romper el equilibrio buscado, y disparar un grave riesgo de opresión y abuso de poder. Los jueces que conformaron la mayoría en los fallos analizados, por caso, postulan esta idea, cuando advierten contra la posibilidad de que, con sus decisiones en la materia, los “magistrados” puedan “*violar la división de poderes y, en última instancia, el principio de la soberanía del pueblo*”.¹⁰

Para bien o para mal, dicha idea de la “separación”, sin embargo, resultó duramente derrotada en los tiempos de la Convención Federal Norteamericana, y desde entonces es difícil que se piense en ella, tanto cuando se pretende describir los sistemas constitucionales vigentes en América, como cuando se teoriza sobre ellos. De allí que resulte llamativo que sea ésta la noción de “separación” que reaparece cuando se trata de la cuestión de los Derechos sociales. Sin embargo, el hecho es que es ésta —la postura derrotada— la visión que se utiliza en la objeción bajo estudio, que sostiene que los jueces no deben “interferir” con la actuación de los legisladores, ni “invadir” al Congreso, ni ocuparse de tareas que están centralmente a cargo de las ramas

¹⁰ GARGARELLA, Roberto y MAURINO, Gustavo, “Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad”, p. 70.

políticas. En conclusión, resulta sorprendente que se objete a la judicialización de los Derechos sociales diciendo que, de ese modo, los jueces "invaden" el lugar de los legisladores, se inmiscuyen en tareas para las que no están preparados, y amenazan con tomar el lugar de los políticos. Esta objeción, en principio, resulta inconcebible desde la idea de "frenos" que convive, esencialmente, con la "mutua interferencia" entre los poderes. El problema, en todo caso, puede surgir si no tomamos cuidado en las formas y casos de esa intervención judicial, pero nunca simplemente a partir del hecho de que estemos frente a una intervención judicial en un área que corresponde, en principio, y fundamentalmente, al legislador.¹¹

Creemos que la llave que nos permitirá cerrar y abrir una puerta en dicho control, es el principio de *no afectación de otros derechos fundamentales*, es decir que, el fundamento de la prohibición no se puede reducir exclusivamente a una cuestión de competencias (principio de división de poderes).

¿Cómo evaluaríamos el control judicial de los DESC si tenemos esta llave para hacerlo y no la de la división de poderes? Previo a ello nos debemos preguntar: ¿Dónde queremos en materia de DESC colocar nuestra mirada?

Así la Corte Suprema en caso Q.C., S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo, ha puesto en resalto la relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es la comunidad, finalizando con que no desconoce facultades de los restantes poderes para implementar programas destinados hacer operativo el derecho a la vivienda (párr. 11).

En el mismo caso la CSJN define la razonabilidad como una "garantía mínima del derecho fundamental", constituyendo una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos, es decir, que debe acreditarse una amenaza grave para la existencia misma de la persona para que proceda dicho control (párr. 12).

Inferimos que desde un análisis de los fundamentos del fallo de la CSJN que, si en un caso se pone en tela de juicio la "calidad de vida" y no amenaza grave de derechos, no procedería el control de razonabilidad presentándose como un obstáculo para ello "el principio de división de poderes". Desde nuestra interpretación concluimos que, para la CSJN sólo procede el control de razonabilidad si existe gravedad extrema u obligación incumplida, limitándose a intervenir en los demás casos (calidad de vida) por el principio de la división de poderes.

Nosotros respecto a dicho control diferenciamos dos casos; cuando requiere aumento presupuestario y cuando no. La llave que cierra la procedencia

¹¹ GARGARELLA, Roberto y Gustavo Maurino, *Ibidem*, p. 71, 4o. párrafo.

respecto del primero y la abre en la segunda es la de "no afectación de derechos fundamentales".

Cabe aclarar que aquí estamos hablando del contenido de los derechos y no del reconocimiento de los mismos, ya que en el último caso si existe un derecho internacional, constitucional o legal no reconocido en el programa de gobierno el poder judicial debe exigirlo aunque ello implique involucrarse en la repartición de los fondos públicos.

Por lo expresado precedentemente, sostenemos que respecto al primer caso (cuando requiere aumento presupuestario) el límite del juez se descubre desde el *punto de vista interpretativo*, ya que ante la ausencia de estándares definidos y desarrollados por órganos internacionales o por leyes nacionales, el juez se encuentra con un vacío instrumental. Así es que recurre en dichos casos a utilizar la herramienta de *la interpretación* para completar conceptos internacionales, constitucionales y legales, mediante el denominado control de razonabilidad.

Pero ¿qué problema presenta dicha interpretación que no se presenta en otros derechos? Creemos que en esta zona de penumbra interpretativa a diferencia de lo que ocurre con los derechos civiles y políticos donde el juez se enfrenta a una discreción más flexible (delimitada por principios y paradigmas), en estos casos no podemos hablar de discreción, ya que no se presentan alternativas legítimas, puesto que en todos los casos al materializar los conceptos abiertos (concepto jurídico indeterminado) incurre el juez en una afectación de innumerables derechos fundamentales, tornando ilegítimo la alternativa interpretativa adoptada por el juez. En otras palabras, lo criticable es la solución que el juez puede arribar mediante su interpretación, y es aquí donde consideramos por los fundamentos mencionados *supra*, que no puede el juez abrir el control.

Desde el punto de vista de la interpretación, creemos que aquí se encuentra el fundamento. El argumento respecto de que viola la división de poderes, es decir, competencias de otros poderes, es válido pero no suficiente. En primer lugar ya que hay innumerables casos donde pese a no corresponder a la competencia judicial (caso de vacío legal o de reglamentación administrativa) el juez reemplaza esa voluntad por mandato de tratados internacionales, que no permiten que un derecho contemplado en él quede desamparado por ausencia de prescripciones normativas, es decir que, el juez debe velar por el ejercicio legal y constitucional de dichas competencias. El problema reside en que al interpretar dichos derechos paralelamente afecta un sin número de otros derechos fundamentales, ya que todos ellos están íntimamente vinculados a

la distribución presupuestaria del Estado. El fundamento se halla en la consecuencia que conlleva dicho ejercicio y no en la pertenencia o no de dicha atribución a otro poder del Estado, entre los que podemos mencionar uno de los tantos derechos que puede ser violado como es de la igualdad en el acceso al goce de dichos derechos.

En conclusión, sostenemos que uno de los posibles límites que encuentra el juez en el control judicial del contenido de los Derechos sociales es que, ante la ausencia de estándares concretos, la interpretación (discreción) no tiene lugar en todos estos casos (de penumbra interpretativa) si ello implica afectación de otros derechos fundamentales.

Si sólo nos redujéramos al argumento de la “división de poderes” para no proteger un derecho fundamental sería semejante a sostener que lo que prima es respetar las competencias constitucionales antes que los derechos fundamentales, es por ello que recurrimos a la vía de la interpretación para deslindar lo legítimo de lo que no es. Y esta afirmación, podría conducirnos a sostener por ejemplo que, un Decreto de Necesidad y Urgencia emitido por el Presidente (caso de la Asignación Universal por Hijo) que protege una situación vulnerable, pese a no corresponder al Presidente, no podría el juez dejarlo sin validez (ya que afectaría a un sin número de personas), pese a que en el caso se viola la división de poderes (ya que debería ser el poder legislativo quien haga nacer por ley tales derechos).

Si bien intentamos cerrar cuándo no procedería el control de razonabilidad en el caso analizado, nos encontramos desde este fundamento propuesto con una nueva puerta: ¿Se puede controlar la razonabilidad de medidas que afecten la calidad de vida cuando ello no implique aumento presupuestario? ¿Podría el juez exigir que se analice otra medida que pueda mejor respaldar una situación de vulnerabilidad? ¿Qué riesgos o límites pueden existir?

¿El juez puede exigir que los restantes poderes analicen como paliar o mitigar una determinada medida que no respalda la calidad de vida? Para graficar la inquietud volveremos al ejemplo del subsidio; si hay un subsidio de \$500 y no alcanza para cubrir alimentos mínimos, ¿Podría el juez proponer a los poderes que estudien otra forma (dentro del mismo presupuesto), que mejor pueda proteger el derecho a una alimentación suficiente? ¿Podría el juez proponer que se estudie otra medida como podría ser en el caso representado la eficacia de la entrega de bolsas de comida en vez de un subsidio (ya que el Estado los adquiere por licitación a un menor costo y tal vez las personas puedan acceder a una mejor alimentación de esta manera)? En otras palabras, así como es indiscutible que el juez debe velar por la medida menos

restrictiva o lesiva a un derecho, de la misma manera ¿Podría el juez buscar que se presente una alternativa más protectora para respaldar una determinada situación de vulnerabilidad?

Y en este punto podemos resaltar la postura de Roberto Gargarella sobre “modelo de la democracia deliberativa”, en palabras del autor: “participar de un modo dialógico en la construcción del derecho, y ayudar así a las demás ramas del poder y a la ciudadanía en general, en este continuo proceso de reflexión constitucional”. Actuando de este modo, la justicia puede, a la vez, escapar de las dos principales líneas de acción alternativas con las que aparece tradicionalmente asociada: ya sea la imposición de su autoridad y voluntad, por encima de la de los órganos democráticos, ya sea el silencio cómplice, que ampara las violaciones de derechos (por acción u omisión) cometidas por los demás poderes, y que suele ocultarse bajo el ropaje de un poder judicial “ceñido estrictamente” al derecho, y por lo tanto subserviente del poder legislativo.

Y aquí donde diferenciamos; ya que mientras en los casos en los que se requiere de aumento presupuestario existen indefinidos afectados (ya que hay un universo de derechos que puede verse vulnerados), donde únicamente pueden dialogar sobre sus derechos mediante representantes en el Congreso, en otros, en los que se discute un plan específico (su eficacia y no exige mayor erogación económica) nos preguntamos; ¿Por qué no podría el poder judicial instar a un diálogo a los poderes u órganos involucrados, asegurando mediante procedimiento de discusión y estudio una decisión que pueda brindar mayor amparo a los derechos? Es decir, con esta nueva llave se podría proceder, pese a no existir una obligación incumplida, a colaborar o contribuir al fortalecimiento y evolución de los Derechos sociales.

Desde un análisis de la jurisprudencia de la CSJN en el caso citado sobre vivienda, podemos deducir que, postula “el principio de división de poderes” como una llave que cerraría el control de razonabilidad de contenidos de derechos que no manifiesten gravedad extrema o una obligación legal o internacional incumplida.

Cabe destacar que nosotros nos arriesgamos a sostener que el control de razonabilidad es dable cuando no implica por parte del juez afectar otros derechos fundamentales, observando dentro de este principio una doble cara; por un lado un *límite* en el control judicial del caso desmenuzado en el primer supuesto de este trabajo (cuando requiere aumento presupuestario), y por otro lado plantea un escenario *más favorable* a la protección de los Derechos sociales respecto de nuevas inquietudes.

“Que la interpretación disfrazada de discreción no sea el arma que dispare contra innumerables derechos fundamentales”; en esta frase queremos representar que es la prohibición de afectar derechos fundamentales lo que sostiene la prohibición judicial de hacerlo y no el principio de la división de poderes que es válido pero no suficiente, ya que lo justifica este límite no es que se trata de competencias de otro órgano, sino la consecuencia que ello produce en el plano de los restantes derechos fundamentales. “Que el principio de la división de poderes no sea la venda de senderos que conducen a fortalecer la protección de los Derechos sociales” en esta oración queremos sentar el debate respecto a la posibilidad de que el juez inste a los otros poderes a evaluar, analizar y estudiar, planes o programas que no se ajusten a una calidad de vida digna, en otras palabras a que pueda el poder judicial provocar el debate de un contenido pese a no existir una obligación internacional incumplida.

En resumen, es indudable la necesidad que existe de repensar las diversas formas que existen para el mejoramiento de la satisfacción de los Derechos sociales, y por ello no podemos dejar de observar y definir los estándares que utiliza el juez para invalidar tales políticas. Finalmente, “no ignoremos que la llave que elegimos para cerrar la puerta en control judicial de razonabilidad de contenido de los Derechos sociales puede ser aquella que cierre la puerta del camino hacia una mayor protección de los Derechos sociales...”

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Hacia la exigibilidad de los Derechos sociales, Económicos y Culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante tribunales locales*.
- ABRAMOVICH, Víctor y Pautassi, Laura, compiladores, *Revisión Judicial de las Políticas Sociales*, estudio de casos, Editores del Puerto, 2009.
- _____, compiladores, “La medición de derechos en las Políticas Sociales”, Ed. del Puerto, 2010.
- ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo, *El concepto de Derechos sociales fundamentales*, Ed. Legis, Segunda Edición 2012.

- GARGARELLA, Roberto, ¿Democracia deliberativa y Judicialización de los Derechos sociales? en *Perfiles Latinoamericanos*, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, publicaciones@flacso.edu.mx
- GARGARELLA, Roberto y MAURINO, Gustavo, “Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad”, en *El derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires*, Colección 4, Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, disponible en www.asesoria.jusbaires.gov.ar.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014.
- PAUTASSI, Laura, *Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social*, Ed. Biblos, 2010.
- PAUTASSI, Laura y GAMALLO, Gustavo, *¿Más derechos menos marginaciones?*, Ed. Biblos, 2012.
- ZAPATERO, Virgilio y GARRIDO GÓMEZ, Ma. Isabel, compiladores y editores, *Los Derechos sociales como una exigencia de la justicia. Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, España, Universidad de Alcalá.