

# JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. DISCUSIÓN TEÓRICA\*

## *JUSTICIABILITY OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. A THEORETICAL DISCUSSION.*

RODOLFO FIGUEROA G-H.\*\*

RESUMEN: En Chile, así como en otros países, se discute si es apropiado que las cortes hagan justiciables los denominados derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Se han dado diversas razones para justificar la oposición a tal justiciabilidad. Básicamente, las objeciones se pueden reducir a dos. En primer lugar, se ha dicho que los jueces no están institucionalmente capacitados para abordar los asuntos involucrados en los DESC, que son esencialmente políticas públicas, las que, por su naturaleza, implican complejos asuntos de administración. En segundo lugar, se ha dicho que los tribunales no tienen legitimidad para revisar y, eventualmente, dejar sin efecto o modificar las políticas públicas del Estado, bajo el pretexto de que están en juego los DESC.

Este trabajo tiene por objeto explicar estas dos objeciones y cuestionar su mérito y alcance. Esto último se hace revisando literatura angloamericana, con la finalidad de demostrar que las objeciones antes mencionadas no representan una barrera infranqueable para que los jueces, dentro de ciertos límites, puedan proporcionar alguna justiciabilidad a los DESC.

**Palabras clave:** justiciabilidad, derechos económicos y sociales, argumentos.

ABSTRACT: In Chile, as well as in other countries, there is a discussion as to whether it is appropriate for courts to make economic, social and cultural rights (ESR) justiciable. Several reasons have been given to oppose to such justiciability. Basically, those objections could be reduced to two. In the first place, it has been said that judges are not institutionally capable of addressing those issues embedded in ESR, which are essentially public policies, which by its own nature involve complex administrative issues. In second place, it has been claimed that courts do not have legitimacy to review, and eventually to overrule or even to modify public policies of the State, under the excuse that ESR are at stake.

The objective of this article is to explain both objections and to challenge their merit and reach. The latter is attempted through an analysis of Anglo-American literature, with the

---

\* En el volumen 36 N° 2 de esta misma revista se publicó un artículo de mi autoría titulado "Justificación del rol de las cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la protección de la salud". Es necesario aclarar que ese título no corresponde al contenido del artículo allí publicado, como tampoco el *abstract* que le sigue. Más bien, dicho artículo aborda las diferencias que es posible advertir entre los derechos civiles y políticos, por una parte, y los derechos económicos, sociales y culturales, por otra. El objetivo de dicho trabajo es examinar hasta qué punto tales diferencias son correctas o sustentables. El título que se dio a ese artículo, así como su *abstract*, corresponden más bien al contenido del presente artículo.

\*\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales. LL.M y S.J.D. Universidad de Wisconsin. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Diego Portales. Correo electrónico: rodolfo.figueroa@udp.cl

purpose of demonstrating that the aforementioned objections do not represent an insurmountable barrier for judges for providing ESR some justiciability, under certain limits.

**Key words:** Justiciability, economic and social rights, arguments.

## I. INTRODUCCIÓN

Hace algunos años comenzó a discutirse en Chile sobre la justificación del rol de las cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Quizá algunos de los debates más interesantes se pudieron presenciar durante el Congreso Mundial de Derecho Constitucional que tuvo lugar Chile, en la sede de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en el año 2004. Creo no equivocarme si dijera que en nuestra cultura jurídica la justiciabilidad de los DESC no tiene buena acogida. Un buen ejemplo es aquella sentencia de la Corte Suprema en el caso de VIH/SIDA, de 2001, en el cual señaló que el tema de tener acceso a un tratamiento de triterapia "... corresponde a un problema de Salud Pública, cuyas políticas deben ser definidas y aplicadas por las autoridades pertinentes (...) que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que (...) se pretenden, habida cuenta que en su otorgamiento han de tenerse en cuenta variados parámetros, entre otros (...) el relativo a los costos que ellos involucren y los fondos de que se dispongan para ello"<sup>1</sup>. Dicho en otras palabras, en temas de salud que involucren recursos fiscales, los jueces no deben ejercer ningún rol de control y la autoridad administrativa posee discrecionalidad fuerte.

Existen dos objeciones básicas<sup>2</sup> en contra de que las cortes hagan justiciables<sup>3</sup> los DESC. Una puede ser llamada la objeción de incapacidad y la otra la objeción de

---

<sup>1</sup> La sentencia señala: "3°) Que corresponde dilucidar, como cuestión previa al análisis de las garantías constitucionales que se han estimado infringidas, si los hechos denunciados tienen efectivamente el carácter de arbitrarios o ilegales, como se ha planteado por los recursos y resuelto por los jueces de primera instancia. Cabe consignar, respecto de ello, que de conformidad con el artículo 11 de la Ley 18.469 que "Regula el ejercicio del Derecho Constitucional a la protección de la salud y crea un Régimen de Prestación de Salud", según reza su título, tales prestaciones se deben otorgar por los servicios e instituciones que dependen del Ministerio de Salud, de acuerdo con el Decreto Ley 2.763, y ellas se concederán por esos organismos a través de sus establecimientos, con los recursos físicos y humanos de que disponen. El inciso 3° establece que el Ministerio de Salud fijará las normas de acceso, calidad y oportunidad de las prestaciones a los beneficiarios. De lo anterior resulta que lo planteado *corresponde a un problema de Salud Pública, cuyas políticas deben ser definidas y aplicadas por las autoridades pertinentes del Ministerio indicado, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que, como en el caso de autos, se pretenden, habida cuenta que en su otorgamiento han de tenerse en cuenta variados parámetros, entre otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que ellos involucren y los fondos de que se dispongan para ello*". Rol 3.599-2001, de 10 de septiembre de 2001 (remarcado agregado).

<sup>2</sup> En verdad, PIETERSE (2004) p. 383, identifica tres objeciones: problemas de legitimidad institucional, problemas de competencia institucional y problemas de ideología y cultura. Por su parte, MICHELMAN (2003) p. 1, también identifica tres objeciones: la objeción institucional, la objeción mayoritaria y la objeción contractaria. Sin embargo, consideraré aquí solo las dos objeciones más comunes.

<sup>3</sup> En este trabajo utilizo el anglicismo justiciable, como traducción de *justiciable*, que empleo en este texto en el sentido de: someter a conocimiento y decisión de una corte, con el objetivo de obtener una declaración que haga exigible el derecho.

ilegitimidad. En términos simples –señala un autor– los jueces no están llamados a involucrarse en las materias atinentes a la distribución de recursos públicos; no están institucionalmente equipados para enfrentar los complejos requerimientos que involucran estas materias<sup>4</sup>. Otro autor lo explica del siguiente modo: las cortes carecen de apoyo mayoritario; no pueden tener en consideración las consecuencias policéntricas<sup>5</sup> de las decisiones presupuestarias, y tampoco tienen el expertizaje<sup>6</sup> financiero que es requerido para involucrarse en este tipo de decisiones<sup>7</sup>. En una “sociedad bien ordenada”<sup>8</sup> –señala Mureinik– los legisladores tiene responsabilidad política (*political accountability*), los asesores de la administración proporcionan expertizaje y el gobierno fija el balance entre expertizaje y política, “pero los jueces no son ni electos ni expertos”<sup>9</sup> y, por ello, están mal situados para tener responsabilidad política o emitir juicio experto<sup>10</sup>. Conectando esto con los DESC, muchas de las objeciones dirigidas en contra de ellos se reducen a una: esos derechos pueden ser realizados o implementados de muchas maneras y los jueces carecen del expertizaje y la responsabilidad política que los cualificaría para poder elegir entre las diferentes alternativas para realizar esos derechos<sup>11</sup>.

Este artículo explica y somete a análisis crítico ambas objeciones, tal como aparecen presentadas en la literatura de habla inglesa, y pretende demostrar que ambas no constituyen impedimentos serios para oponerse a que los jueces puedan hacer justiciables los DESC<sup>12</sup>, en particular en el caso del derecho a la salud. Si bien la discusión no está centrada en el caso chileno, muchos de los argumentos y sus objeciones son aplicables a Chile. Ambas objeciones se relacionan y sobreponen<sup>13</sup>, pero para efectos de claridad expositiva, serán explicadas y comentadas por separado.

<sup>4</sup> ROUX (2004) p. 92. Ver también TUSHNET (2004).

<sup>5</sup> Anglicismo de *policentric*.

<sup>6</sup> Anglicismo de *expertise*, que se define como: “*expert skill or knowledge; expertness*”. Dada esta definición, emplear la voz castiza *experiencia* en la traducción no captura el significado de la palabra en inglés. Por ello se prefiere el anglicismo.

<sup>7</sup> Explicando sin adherir, PIETERSE (2007) p. 527; también PIETERSE (2004) p. 393. Ver también BOLLYKY (2002) p. 162; KENDE (2003) pp. 152-5; DAVIS (2006) p. 323; SYRETT (2005) p. 317.

<sup>8</sup> MUREINIK (1992) p. 465.

<sup>9</sup> MUREINIK (1992) p. 466.

<sup>10</sup> MUREINIK (1992).

<sup>11</sup> MUREINIK (1992).

<sup>12</sup> Como aclaración, valga señalar que en este artículo no se aborda la discusión más general, suscitada por autores como M. Tushnet y J. Waldron, que cuestionan la legitimidad de las cortes para ejecutar un control judicial fuerte (como lo llama Waldron, en “The Core of the Case Against Judicial Review”, en *The Yale Law Journal*, vol. 115, N° 6) sobre la legislación con el objetivo de hacer exigibles los derechos constitucionales, cualquiera de ellos, incluyendo los derechos civiles y políticos. En este trabajo se da por supuesto que los derechos constitucionales son controlables por las cortes (incluyendo en esa expresión a los Tribunales Constitucionales) y apunta a la discusión más específica que formula dos objeciones a las cortes para efectuar dicho control en el caso más específico de políticas del Estado atinentes a los DESC y, en particular, al derecho a la salud.

<sup>13</sup> HUNT (1996) p. 25. COTTRELL y GHAI (2004) p. 84.

## II. OBJECIONES AL ROL DE LAS CORTES HACIENDO JUSTICIABLES LOS DESC

### 1. INCAPACIDAD DE LAS CORTES

Un autor explica esta objeción en los siguientes términos: las cortes no son los organismos apropiados para intentar cambios socioeconómicos eficientes; carecen del conocimiento técnico y de la capacidad de acceder<sup>14</sup> y procesar la información que es requerida para analizar y decidir estos asuntos, cargados de consideraciones políticas, que exigen complejos equilibrios de intereses. Las disputas referidas a derechos económico-sociales implican adentrarse en este tipo de análisis, que las cortes no pueden desempeñar adecuadamente. Las cortes están equipadas para resolver disputas discretas acerca de asuntos específicos que llegan a su conocimiento, de modo reactivo. Son incapaces del involucramiento sostenido en la planificación e implementación de las políticas que es necesario para generar una transformación socioeconómica significativa; e incluso, cuando ellas puedan efectivamente abordar esas disputas, tienen limitados poderes para emitir remedios judiciales efectivos<sup>15</sup>.

La Corte Suprema Federal de los EE.UU. también ha mencionado este argumento, cuando señaló que las cortes adolecen de falta de conocimiento especializado y de experiencia necesaria como para ejercer una interferencia prematura en las decisiones informadas adoptadas en los niveles estatales y locales<sup>16</sup>.

Sunstein explica esta objeción en estos términos:

“Las cortes carecen de las herramientas para hacer exigibles esas garantías (los DESC). Si tratan de hacerlo, inevitablemente se verán involucradas en una posición de administradores, lo que puede mermar el prestigio de toda la empresa constitucional. ¿Cómo pueden las cortes supervisar prioridades presupuestarias? Si el Estado proporciona muy poca ayuda a aquellos que requieren vivienda, puede ser porque el Estado esté concentrando su ayuda en el empleo, o en programas de salud, o en educación para la infancia. ¿Se puede suponer que las cortes supervisen la globalidad de los programas del gobierno, para asegurar que el Estado esté poniendo énfasis en las áreas correctas? ¿Cómo puede una corte adquirir el conocimiento, o realizar los juicios de valor, que le permitirían hacer esa tarea?”<sup>17</sup>.

Continúa señalando este autor: “Las cortes carecen de las herramientas de la burocracia. Ellas no pueden crear programas gubernamentales; carecen de la visión sistémica de las políticas del gobierno. En tales circunstancias, no es realista esperar que las cortes puedan hacer exigibles muchos derechos positivos”<sup>18</sup>. Si los jueces son puestos a ejercer esta labor, probablemente adoptarán malas decisiones políticas porque no están

<sup>14</sup> Anglicismo del verbo *to access*.

<sup>15</sup> Explicando sin endosar, BRAND (2006) p. 225; BOLLYKY (2002) p. 162.

<sup>16</sup> Citado por KENDE (2003) p. 154. También, SUNSTEIN (1996) p. 45.

<sup>17</sup> SUNSTEIN (2001) p. 3 (traducción libre).

<sup>18</sup> SUNSTEIN (1993) p. 37 (traducción libre). Explicando el mismo argumento, pero sin adherir a él, ver BREMS (2001) p. 447; JACKMAN (1992) p. 18; y ABRAMOVICH y COURTIS (2002) p. 42.

institucionalmente estructurados ni equipados para procesar y resolver sobre las complejidades que involucra el *policy making process*. Pieterse –sin adherir– explica:

“Considerando la naturaleza finita de los presupuestos y el hecho de que existe una multiplicidad de maneras aparentemente válidas de distribuirlos, las decisiones concernientes a la realización de los derechos socioeconómicos son típicamente consideradas “predominantemente policéntricas”, debido al impacto a escala social que tienen y a sus implicancias presupuestarias prácticamente inevitables. Las cortes se consideran mal situadas para adoptar decisiones policéntricas, debido a las diversas particularidades del proceso de litigación. Esto se debe a que por razones logísticas, no todas las partes afectadas pueden ser parte de los procedimientos; porque no es posible anticipar todas las consecuencias en relación con los litigantes individuales entre quienes hay que hacer justicia, y porque la evidencia ante las cortes solo puede reflejar de manera inadecuada los diversos intereses en juego implicados por el asunto policéntrico”<sup>19</sup>.

Por su parte, Christiansen señala que las objeciones de incompetencia institucional dirigidas a las cortes se centran en limitaciones procedimentales, en la capacidad de las cortes para obtener y acceder importantes cantidades de información, y en el problemático asunto de los poderes para emitir órdenes<sup>20</sup>. Aplicada esta objeción al derecho a la salud, la situación sería peor aún porque las cortes tendrían que revisar decisiones administrativas que racionan recursos públicos en un ámbito técnico como la salud. Estas decisiones –señala un autor– son “por su naturaleza policéntricas, en el sentido de que una sutil variación en la decisión de racionamiento puede tener un impacto significativo en los intereses de un número de receptores de ayuda médica potencialmente vasto. Ellas envuelvan la fusión de dos tipos de decisiones que típicamente son consideradas como fuera de las capacidades judiciales, decisiones atingentes a política presupuestaria y financiera, por una parte, decisiones médico-clínicas, por la otra”<sup>21</sup>.

La Corte Constitucional Sudafricana aludió a este problema cuando enfrentó el problema de determinar el núcleo mínimo del derecho al acceso a la salud en el caso TAC: “las cortes no están institucionalmente equipadas para hacer las investigaciones empíricas y políticas de largo alcance que son necesarias para determinar los estándares del contenido mínimo”<sup>22</sup> y citó el caso Soobramoney<sup>23</sup>, donde señaló que algunas veces el Estado necesita adoptar un “enfoque holístico”<sup>24</sup> en estas materias.

<sup>19</sup> PIETERSE (2004) p. 393.

<sup>20</sup> CHRISTIANSEN (2007) pp. 349 y ss. El identifica el problema del demandante, el problema de información y el problema del remedio.

<sup>21</sup> PIETERSE: (2007) p. 527 (traducción libre).

<sup>22</sup> TAC, Caso CCT 8/02. MINISTER OF HEALTH, First Appellant; *et al. versus* TREATMENT ACTION CAMPAIGN, First Respondent; *et al.* Together with INSTITUTE FOR DEMOCRACY IN SOUTH AFRICA, First Amicus Curiae *et al.* Heard on: 2, 3 and 6, May 2002. Decided on: 5 July 2002, Considerando 37.

<sup>23</sup> Caso CCT 32/97. THIAGRAJ SOOBARAMONEY, Appellant, *versus* MINISTER OF HEALTH (KWAZULU-NATAL), Respondent. Heard on: 11 November 1997. Decided on: 27 November 1997.

<sup>24</sup> Caso CCT 32/97. THIAGRAJ SOOBARAMONEY, Appellant, *versus* MINISTER OF HEALTH (KWAZULU-NATAL), Respondent. Heard on: 11 November 1997. Decided on: 27 November 1997.

## 2. ILEGITIMIDAD

Esta es la segunda objeción en contra de que las cortes se involucren en la justiciabilidad de los DESC. Revisar políticas públicas y los procesos de decisión político-administrativos que ocurren al interior de los órganos políticos del Estado es ilegítimo porque rompe el principio de separación de poderes. Un autor argumenta que es inapropiado asignar a los jueces la interpretación de los valores sociales e interferir en la distribución de recursos públicos porque no han sido elegidos y porque esa es una función del Parlamento. Adoptar algún remedio en materia de derechos sociales es una tarea muy similar al rol político del Parlamento, cuando diseña e implementa programas<sup>25</sup>. Otro autor señala que los jueces no han sido elegidos y por ello no son directamente responsables (*accountable*) ante la ciudadanía, como sí lo es el parlamento; ni indirectamente, como lo es el Ejecutivo<sup>26</sup>. Otra perspectiva sobre esta objeción es la siguiente: un esfuerzo judicial por proteger los DESC puede tener el efecto de impedir o comprometer la deliberación política en asuntos cruciales, porque socavaría la capacidad de los ciudadanos de elegir, según sus propios intereses, el tipo de bienestar y los programas sociales que los beneficien<sup>27</sup>. Tushnet explica, por su parte, que cuando las cortes hacen exigibles los derechos sociales, desplazan las decisiones del Parlamento acerca de cómo las políticas sociales debe ser priorizadas y obligan al Parlamento a elevar o reasignar impuestos, y agrega que una Constitución con derechos sociales exigibles es aún más antidemocrática que las tradicionales, solo con derechos y libertades civiles<sup>28</sup>.

Esta preocupación por los recursos revela que bajo esta objeción a la justiciabilidad de los DESC yace una difundida (aunque incorrecta) distinción entre los DESC y derechos civiles y políticos (DCP). Los DESC serían derechos positivos, requerirían intervención del Estado y serían costosos, mientras los DCP serían derechos negativos, requerirían mera abstención de parte del Estado y carecerían de costo. Esta distinción entre los DESC y los DCP tiene como propósito presentar un argumento en contra de la revisión judicial de los DESC, particularmente en virtud de la dependencia de tales derechos en los recursos fiscales. Koch explica este punto: la dependencia en recursos públicos es a menudo vista como un obstáculo para la exigibilidad de los DESC. Agrega que, según algunos, esta exigibilidad limitaría la libertad del Parlamento para decidir políticas económicas. Finalmente, apunta que a menudo se alega que dado que la judicatura carece de legitimidad democrática, debería ser sumamente auto-restrictiva respecto de los DESC<sup>29</sup>.

El argumento continúa de la siguiente manera: los derechos negativos, consistentes en libertades, podrían ser protegidos por una decisión que invalida o revoca un acto que infringe el derecho. Las cortes sería los órganos apropiados para adoptar ese tipo de

<sup>25</sup> CHRISTIANSEN (2007) pp. 347-8.

<sup>26</sup> PIETERSE (2004) p. 390.

<sup>27</sup> SUNSTEIN (2007) p. 3.

<sup>28</sup> TUSHNET (2004) p. 1897.

<sup>29</sup> KOCH (2002) p. 31.



decisiones y no habría impedimentos para que lo hicieran. Por el contrario, un derecho positivo requiere que algo sea hecho. El problema es que cientos de alternativas estarían disponibles para implementar un derecho positivo, todas ellas dependientes de una evaluación política (objeción de ilegitimidad). Cuando la pertinente autoridad política ha realizado esa valoración es difícil pensar en un remedio judicial en contra de ella. "Nadie puede determinar un remedio sin elegir entre diferentes alternativas"<sup>30</sup>. Eso pondría a los jueces a elegir entre alternativas políticas, algo para lo cual carecen de legitimidad y experticia: "...un derecho económico puede ser implementado en más de una forma y los jueces carecen de la experticia y responsabilidad (*accountability*) que los calificaría para poder elegir entre las distintas alternativas"<sup>31</sup>. Los jueces no pueden adoptar decisiones sobre el uso de recursos públicos porque estos derechos demandan una gran cantidad de recursos. Mureinik explica –sin endosar el argumento– en estos términos: los DESC implican una enorme cantidad de recursos y los jueces no deben decidir acerca de cómo se gastan los recursos públicos. Ellos no están a cargo del presupuesto fiscal y, de todos modos, no tienen las calificaciones necesarias para evaluar cómo efectuar los gastos, o determinar cuánto puede gastar la sociedad en ciertos programas, o cuáles son o deberían ser las prioridades sociales. Quien decida sobre estos asuntos requiere dos cosas esenciales: experticia y responsabilidad política<sup>32</sup>.

Algunos autores llaman a esta la "objeción política", como Hunt. Sin adherir a ella, explica que la realización de los DESC involucraría decisiones políticas de gran envergadura, comparadas con las relativas a los DCP. Los jueces podrían decidir acertadamente casos que involucraran los últimos, pero los casos de DESC deberían ser dejados a los legisladores, ministros y otros actores junto con sus equipos<sup>33</sup>. Vierdag apunta que la implementación de los derechos sociales es una materia política, no una materia del derecho y, por ello, no una materia de derechos<sup>34</sup>. Plant explica esta visión, sin adherir a ella: los deberes asociados a los DESC son susceptibles de negociación política, no están completamente definidos, como es el caso de los derechos negativos. La indeterminación de los derechos y deberes sociales hará que la disputa en torno de ellos sea permanente, a diferencia de lo que ocurre con los derechos negativos<sup>35</sup>.

De acuerdo con este punto de vista, la realización más efectiva de los derechos sociales dependería de decisiones políticas, precisamente el tipo de decisión que los jueces no deben adoptar porque carecen de dos requisitos esenciales: experticia y responsabilidad política<sup>36</sup>. Aparte de esto, ejecutar tal función vulneraría el principio de separación de poderes<sup>37</sup>. Este principio impide que las cortes den instrucciones al Parlamento acerca de cómo invertir o gastar los recursos públicos<sup>38</sup>.

<sup>30</sup> MUREINIK (1992) p. 468 (traducción libre).

<sup>31</sup> Explicando sin endosar, MUREINIK (1992) (traducción libre).

<sup>32</sup> MUREINIK (1992) p. 465.

<sup>33</sup> HUNT (1993) p. 153.

<sup>34</sup> Ver VIERDAG (1978) p. 103.

<sup>35</sup> Explicando sin adherir, PLANT (2003) p. 8.

<sup>36</sup> Explicando sin endosar, MUREINIK (1992) p. 465.

<sup>37</sup> Explicando sin adherir, DE VILLIERS (1995) pp. 606-7.

<sup>38</sup> En el mismo sentido, MELISH (2002) p. 33.

### III. RÉPLICA A LAS OBJECIONES

En esta sección se presentarán argumentos en contra de las objeciones de incapacidad e ilegitimidad que se dirigen en contra de las cortes respecto de hacer justiciables los DESC. Tal como se hizo en la sección anterior, las objeciones se verán por separado a pesar de encontrarse interrelacionadas.

#### A. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA OBJECCIÓN DE INCAPACIDAD

1. Una primera respuesta a esa objeción se centra en la presuposición de simetría que se encuentra implicada en la objeción de incapacidad. Aparentemente, la objeción plantea que la judicatura no tiene, o no puede reunir, toda la información que los órganos políticos tienen o pueden conseguir.

La respuesta a esa objeción es que la simetría respecto de las cantidades de información que los jueces han de manejar para resolver los casos no es necesaria. La razón es que las cortes no elaboran la política. Por ello, no necesitan disponer de toda la información que requirieren aquellos que sí elaboran las políticas.

La objeción puede reformularse en el sentido de que las cortes no tendrían ni siquiera la cantidad de información que es necesaria para ejercer un apropiado control sobre las políticas.

La respuesta a esta objeción es que las cortes pueden revisar las políticas bajo ciertos criterios, como la razonabilidad y, para ello, las cortes –y el proceso judicial– son capaces de reunir una cierta cantidad de información relevante para ejecutar el *judicial review*. La experiencia en diversas cortes, como es el caso de Sudáfrica, lo demuestra.

Otra respuesta a esa objeción es que nadie –ni siquiera los órganos político-administrativos– manejan siempre toda la información que existe atinente a una determinada materia. Lo que los órganos usualmente hacen es reunir y procesar ciertas cantidades limitadas de información, bajo parámetros de eficiencia. El gobierno probablemente compila aquellas cantidades de información que considera apropiadas para diseñar e implementar las políticas. Pues bien, en la misma manera, las cortes pueden reunir solamente la cantidad de información que consideren apropiada y necesaria para evaluar y controlar las políticas. Como señala Ghai, las cortes en la India han estado apoyándose en paneles de expertos para analizar la información, para remitir informes y recomendaciones, etc., como una forma de brindar apoyo a las cortes en este aspecto<sup>39</sup>. Además, los amigos de la curia y otras partes en un proceso pueden proporcionar, y a menudo lo hacen, información relevante para la materia que se encuentra bajo escrutinio.

Otra forma de responder a esa objeción se relaciona con la dinámica que puede asumir el proceso de revisión judicial. La idea básica es que el gobierno –demandado– probablemente proporcionará a la corte la información que sea relevante para justificar la política que se encuentra bajo revisión. Cuando una política es puesta bajo escrutinio, el gobierno necesita justificarla, con el objetivo de pasar un *test* de razonabilidad (asumiendo que ese es el *test*); el gobierno tiene que probar que la política es razonable. Para

<sup>39</sup> COTTRELL y GHAI (2004) p. 84. También PIETERSE (2004) pp. 395-396.



hacer eso, el gobierno probablemente va a presentar a la corte una selección de información, relacionada con la política bajo análisis, que posiblemente no solo es la más relevante para revisar esa política, sino que eventualmente se encontrará formateada o sistematizada en una forma que permita al gobierno presentar su caso de la manera más clara y sólida posible. Esto ciertamente facilitará a la corte el manejo de la información. Visto desde esta perspectiva, las cortes pueden procesar las cantidades de información que se alleguen al proceso y no necesariamente se encontrarán siempre mal situadas para ejercer la función de control de las políticas.

2. Una segunda respuesta se centra en la perspectiva global que se encuentra imbuida en la objeción de incapacidad. De acuerdo con tal objeción, las cortes carecen de la perspectiva global que sería necesaria para evaluar políticas públicas, y por ello se encuentran mal situadas.

La respuesta para dicha objeción apunta al rol distintivo que ejercen las cortes cuando revisan las políticas, comparado con aquel que desempeñan los cuerpos políticos<sup>40</sup>. Cuando las cortes revisan la política pública, no están analizando la sabiduría o pertinencia de la misma, que es un tipo de análisis que ciertamente requiere una perspectiva global y, además, enormes cantidades de información. Por el contrario, cuando las cortes revisan la política, lo hacen con el propósito de hacer justiciable un derecho constitucional y proporcionar un remedio jurídico a demandantes individualizados. Cuando las cortes adjudican en materias de DESC, están resolviendo casos particulares; no están elaborando una política global para la totalidad de la población ni están evaluando su conveniencia en gran escala. No es necesario que las cortes se encuentren en una perspectiva global o sumamente amplia para resolver casos de derechos constitucionales. Solo la posición del demandante es considerada. Por otra parte, las cortes no juzgan la sabiduría de una política, solo su constitucionalidad. Por ejemplo, en los famosos casos ante la corte constitucional sudafricana, la corte consideró un específico paciente que necesitaba diálisis (e invocaba su derecho constitucional a la salud), o un grupo determinado de personas que necesitaban un lugar para instalar sus viviendas (e invocaban el derecho constitucional a la vivienda), o un grupo de personas que necesitaba acceso a una droga para prevenir la transmisión vertical de VIH/Sida, etc. En estos casos, la corte no necesitó disponer de toda la información que fue considerada por los cuerpos políticos que elaboraron la política, ni necesitó estar situada en una perspectiva global para revisarla. En esos casos, la corte sudafricana fue llamada a ejecutar un rol distinto de aquel que realizan los órganos políticos (revisar la política, no elaborarla); que requería una perspectiva distinta (abordar casos individuales, no toda la población),

<sup>40</sup> La administración diseña la política pública, mientras que la judicatura no; la administración decide cómo implementar la política, mientras que la judicatura no; la administración actúa basada en criterios de bienestar social y efectuando cálculos agregativos, mientras que la judicatura no razona así; la administración emplea consideraciones sociales globales, abordando la población en términos impersonales y estadísticos, mientras que la judicatura no; el trabajo de la administración es lidiar con la política pública, y por ello es proactiva, mientras que la judicatura actúa bajo requerimiento, motivada por la violación de un derecho constitucional, y por ello es reactiva.

y que iba a tener impacto en un ámbito distinto (en casos individuales, no en toda la población). Las cortes pueden ejecutar esta función exitosamente incluso careciendo de perspectivas globales y con información limitada.

La racionalidad de esta respuesta aparece en el caso canadiense *Gosselin*<sup>41</sup>:

"Si bien puede ser cierto que las cortes están mal equipadas para decidir asuntos políticos que incluyan la distribución de recursos públicos, eso no implica que las cortes deban abstenerse de hacer justiciables estas materias. En este caso, la pregunta que surge es si el Estado está bajo la obligación positiva de proporcionar medios básicos de subsistencia para quienes no pueden proveérselos por sí mismos. Lo que aquí se discute es qué tipos de reclamos los individuos pueden plantear contra el Estado. El rol de las cortes como intérpretes del catálogo de derechos y guardianes de las libertades fundamentales frente a infracciones provenientes de la legislatura o de la administración requiere que los jueces resuelvan estos reclamos basados en derechos"<sup>42</sup>.

Luego, la corte canadiense agregó una importante distinción: en principio, uno puede responder la pregunta de si existe o no un derecho en la carta de derechos sin entrometerse en el asunto de cuánto debe gastar el Estado en orden a implementar ese derecho. Solo este último aspecto es, propiamente hablando, no justiciable<sup>43</sup>.

Algunos objetores podrían replicar señalando que si bien la corte no hace la política, con su decisión, la corte puede generar un impacto enorme en la política, por ejemplo, si accede a dar tratamiento de salud a ciertos pacientes.

La respuesta a esa objeción es que ha habido muchos casos en diversos países en que las cortes han adoptado decisiones en materia de DCP que han tenido un fuerte impacto en las políticas del gobierno y en su presupuesto, como por ejemplo, cuando se declaran inconstitucionales ciertos procedimientos legales o ciertas prácticas de la policía, pero nadie ha objetado esa función de parte de las cortes en esos casos. Por tanto, es incoherente hacerlo respecto de los DESC.

3. Una tercera respuesta apunta al aspecto de policentricidad que implica la objeción de incapacidad. Como se dijo antes, según esta objeción los jueces se encuentran mal situados para abordar y resolver casos que envuelven aspectos policéntricos.

Pieterse disputa que los jueces se encuentren mal situados para adjudicar DESC. Él sostiene que es erróneo retratar la situación de la revisión judicial de los DESC como todo o nada debido al aspecto de policentricidad. Ciertamente, las cortes no pueden manejar todos los aspectos involucrados en un caso dado, pero eso no significa que las cortes deban abstenerse por completo de revisar los casos. Como señala un autor, la policentricidad de una disputa requiere que los jueces observen cierta cautela y estén

<sup>41</sup> *Gosselin v. Quebec* (2002-12-19). SCC. Citado por COTTRELL y GHAI (2004) p. 87.

<sup>42</sup> COTTRELL y GHAI (2004) p. 87 (traducción libre).

<sup>43</sup> COTTRELL y GHAI (2004).

atentos a las consecuencias sociales que puedan tener sus decisiones, pero no significa que deban abstenerse de involucrarse en los derechos sociales<sup>44</sup>. A diferencia del Ejecutivo y del Legislativo, las cortes son aptas para proporcionar remedios individualizados a los peticionarios; pueden producir resultados más rápido que las ramas políticas del Estado; los jueces son especialistas en la interpretación del derecho, tienen experiencia y educación, y el proceso judicial es racional y deliberativo<sup>45</sup>. Pieterse agrega que los grados de involucramiento de la judicatura en materias policéntricas varían dependiendo del contexto. Aparte de ello, señala que existen aspectos policéntricos en virtualmente cualquier disputa ante las cortes. Por otra parte, los DCP no son menos policéntricos que los DESC<sup>46</sup>.

En resumen, existen varias respuestas a la objeción de incapacidad que, al menos, debilitan su fuerza y demuestran que las cortes tienen alguna capacidad institucional para resolver casos que involucren los DESC.

## B. RESPUESTAS A LA OBJECCIÓN DE ILEGITIMIDAD

1. Una primera respuesta consiste en negar derechamente la pertinencia de la objeción de ilegitimidad, cuando existe deber constitucional de proteger los derechos. Cuando los DESC se encuentran reconocidos en y protegidos por la Constitución, entonces los jueces tienen un deber inevitable de hacerlos respetar<sup>47</sup>. Esto no es ilegítimo<sup>48</sup>. Por el contrario, se encuentra exigido por la propia Constitución. Este es el caso de Chile, en que la Constitución tiene un catálogo de derechos –que es justiciable– donde los jueces no tienen impedimentos constitucionales para hacer respetar los derechos constitucionales, y donde existen diversos preceptos que obligan al Estado a respetar y promover los derechos, como el artículo 5 inciso 2. Lo mismo ocurre con la Constitución sudafricana, donde el artículo 7(2) manda al Estado respetar, proteger, promover y realizar los derechos contenidos en el catálogo de derechos.

Esta respuesta se aplica también a casos que involucren el derecho a la salud y en que se cuestionen decisiones administrativas que distribuyan recursos fiscales. Si tales decisiones son impugnadas por infringir derechos constitucionales, entonces las cortes no tienen más opción que someter tales decisiones administrativas a alguna forma de escrutinio judicial<sup>49</sup>.

En algunas ocasiones, las discusiones sobre el rol apropiado que los jueces deberían tener enfrente de la justiciabilidad de los DESC se plantean y desenvuelven como si

<sup>44</sup> PIETERSE (2004) p. 394.

<sup>45</sup> PIETERSE (2004) p. 395.

<sup>46</sup> PIETERSE (2004) p. 395.

<sup>47</sup> En el contexto de Constituciones que protegen los DESC, "...development of a deliberative judicial role in respect of rationing questions appears a relatively straightforward and perhaps uncontroversial step". SYRETT (2005) p. 319. También PIETERSE: (2007) p. 528: "...since the extent to which socio-economic rights may be enforced at any given time is circumscribed by the resources at the state's disposal, the justiciability of socio-economic rights means that some form of scrutiny of financial and budgetary decisions, however limited, is both unavoidable and necessary".

<sup>48</sup> PIETERSE (2004) pp. 391-2.

<sup>49</sup> PIETERSE (2007) p. 527.

no existieran reglas relativas a la función judicial o a los derechos involucrados. Si ese fuera el caso, en principio, existirían distintas alternativas en relación con el referido rol de las cortes. Sin embargo, si en un país existe una Constitución vigente, que reconoce derechos junto con reglas y principios que gobiernan la función judicial, entonces, no todas las alternativas posibles están disponibles. Por ejemplo, podemos considerar el caso inglés *R v. Cambridge District Health Authority, ex parte B*, donde la corte emitió su conocida declaración relativa a las decisiones que deben adoptar los funcionarios administrativos:

“Es necesario adoptar decisiones dificultosas y agónicas para poder distribuir un presupuesto limitado del mejor modo posible para lograr el máximo beneficio para el mayor número de pacientes. Esta no es una decisión que las cortes puedan adoptar”<sup>50</sup>.

Esta decisión fue citada en el caso sudafricano *Soobramoney*, para respaldar la decisión del hospital de negar tratamiento médico al peticionario. Sin embargo, el sistema inglés es muy diferente del sudafricano<sup>51</sup>. La justiciabilidad del derecho al acceso a la salud es una cuestión constitucional en Sudáfrica, mientras que en Inglaterra es un asunto meramente administrativo<sup>52</sup>. En efecto, ese derecho se encuentra reconocido por la Constitución sudafricana, al igual que en Chile, mientras que en el Reino Unido no es así<sup>53</sup>. Considerando que el contexto de reglas constitucionales es diferente en Sudáfrica, la cita del famoso caso inglés en el caso *Soobramoney* es un error, precisamente porque ignora esas diferencias. Para el caso de Chile, existen reglas en la Constitución que reconocen el derecho a la protección de la salud y que regulan la función judicial<sup>54</sup>, incluyendo obligaciones para los jueces de respetar y promover los derechos constitucionales<sup>55</sup>. Bajo este esquema, la discusión sobre el rol de los jueces no está abierta a cualquier alternativa posible. Los jueces en Chile tienen el deber de hacer respetar los derechos constitucionales. En consecuencia, para el caso de Chile, en principio, no es necesaria una teoría de la justificación del ejercicio de la revisión judicial de las políticas públicas cuando involucren derechos constitucionalmente reconocidos y protegidos, salvo por el hecho de que existe una cultura judicial que parece inclinarse en la posición contraria. La Constitución chilena no es como la Constitución de Irlanda del Norte, o la Constitución de India, en las cuales los derechos sociales se recogen como directivas

<sup>50</sup> Citado en Caso CCT 32/97. THIAGRAJ SOOBARAMONEY, Appellant, *versus* MINISTER OF HEALTH (KWAZULU-NATAL), Respondent. Heard on: 11 November 1997. Decided on: 27 November 1997. Considerando 30 (traducción libre).

<sup>51</sup> Por ejemplo, el artículo 7(2) de la Constitución sudafricana manda al Estado respetar, proteger, promover y realizar los derechos contenidos en el Bill of Rights.

<sup>52</sup> SYRETT (2005) p. 318.

<sup>53</sup> Más aún, “...fundamental rights as the right to life could not be read as being incorporated into English law...” PARKIN (1995) p. 868.

<sup>54</sup> Como el principio de inexcusabilidad, el deber del artículo 5º, las normas de los artículos 6º y 7º de la Constitución, etc.

<sup>55</sup> *Ibid.*

políticas no obligatorias para el Estado<sup>56</sup>. El derecho a la protección de la salud se encuentra reconocido en la Constitución y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y los jueces en Chile están explícitamente requeridos de respetar y promover los derechos reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Así pues, la discusión sobre el rol de los jueces frente a los DESC no está abierta a cualquier alternativa<sup>57</sup>.

2. La objeción en comento supone que aquellas violaciones de derechos constitucionales que implican aspectos presupuestarios y de política pública son inmunes al remedio judicial. Dicha suposición no es correcta<sup>58</sup>, a menos que propongamos que la Constitución no sea exigible, algo que está fuera de discusión en el caso de Chile y de muchos países del mundo occidental. Otra vez la experiencia de Sudáfrica muestra cómo se pueden someter los DESC a revisión judicial.

Esa suposición parece estar relacionada con la distinción entre DESC y DCP vista más atrás. Dicha distinción ha sido desacreditada por vasta doctrina internacional producida desde los años 90 en adelante. Todos los derechos involucran mayor o menor gasto de parte del Estado y, del mismo modo, "todas las decisiones en contra del gobierno tienen repercusiones financieras que afectan en alguna medida la distribución de recursos escasos"<sup>59</sup>. Siendo ese el caso, la objeción bajo análisis llevaría a que las cortes no ejercieran ningún control sobre ningún tipo de derecho, algo que probablemente los sostenedores de la objeción no estarían dispuestos a aceptar. Esa objeción era exitosa cuando el asunto podía formatearse en dos categorías: la totalidad de los DESC

---

<sup>56</sup> En el caso de la Constitución de Irlanda, en general los DESC se recogen como "DIRECTIVE PRINCIPLES OF SOCIAL POLICY", en el artículo 45. En el caso de la Constitución de India, la sección IV se titula "DIRECTIVE PRINCIPLES OF STATE POLICY", y el artículo 37 declara que lo contenido en esta sección no es obligatorio para el Estado: "Application of the principles contained in this Part.— The provisions contained in this Part shall not be enforceable by any court, but the principles therein laid down are nevertheless fundamental in the governance of the country and it shall be the duty of the State to apply these principles in making laws".

<sup>57</sup> A veces estas discusiones se presentan como si el Estado aún no se hubiere creado. En tal hipótesis, discutiendo qué orientación debería tener el Estado, evidentemente existen diversas alternativas: un Estado mínimo, con agencias de protección al estilo Nozick; un Estado liberal, con énfasis solo en los llamados DCP, al modo de Hayek; un Estado social, que incorpora los DESC, como el que han retratado Rawls y Dworkin; un Estado tipo Leviatán, etc. Sin embargo, el Estado ya se encuentra constituido, y en Chile se trata de un Estado social, con específicas orientaciones en la Constitución. Junto con ello, se trata de un Estado de bienestar, con agendas de políticas sociales y programas de asistencia a la comunidad que ya se encuentran implementados. Y más importante aún, el Estado ya está cobrando impuestos para financiar sus programas sociales y proporcionar beneficios a la población. Estos son los DESC. Por ello, los defensores de los DESC y de la revisión judicial sobre ellos no están pidiéndole al Estado que haga algo que no está ya haciendo o que haga algo que no deba hacer. Por esta razón, lo que está en juego es si el Estado es *accountable* por lo que está haciendo, si tales programas sociales satisfacen los derechos, si las políticas sociales están en armonía con la Constitución.

<sup>58</sup> Ver BOLLYKY (2002) p. 165.

<sup>59</sup> KING (2007) p. 197 (traducción libre). Él agrega que la cuestión es cuándo la limitación de recursos se constituye en una barrera para la revisión judicial. Distingue entre *discretionary allocative decision-making* y *allocative impact*. *Ibid.*

estaba fuera del control judicial y la totalidad de los DCP quedaba dentro. Pero cuando descartamos ese formato<sup>60</sup>, o todos los derechos quedan dentro del control judicial o todos quedan fuera. Dado que los derechos no pueden quedar fuera –porque ello tornaría el capítulo III de la Constitución en un capítulo puramente decorativo de la misma– todos los derechos han de quedar dentro del ámbito de la revisión judicial.

Empero, esta réplica no pone fin a la objeción porque lo que parece importante para los objetores no es una categoría particular de derechos –los DESC–, sino que los jueces se involucren en aspectos que son demasiado vagos o indeterminados, o que generen impacto en el presupuesto fiscal, algo que obviamente está asociado a los DESC; en este sentido, el punto central del problema estaría dado por el tipo de obligaciones involucradas en estos casos, más que por el tipo de derechos. Y, por ello, ese problema se plantearía si todos los derechos quedaran dentro de la esfera de la revisión judicial. En consecuencia, la objeción en contra de la revisión judicial podría ser actualizada en el sentido de dirigirse en contra de ciertos tipos de obligaciones, más en que contra de cierto tipo de derechos.

La respuesta a esta versión mejorada de la objeción es que los DCP seguirían siendo afectados por la objeción, pues tales derechos también poseen obligaciones vagas e indeterminadas; por ende, ellos no deberían ser objeto de revisión judicial, algo que seguramente los objetores no estarían felices de aceptar. Como quiera que fuere, los objetores tendrían la carga de determinar qué tipos de obligaciones deberían ser puestas en una lista de cuarentena frente al control judicial. Seguramente, eso es bastante difícil. Como Shue ha puesto de manifiesto<sup>61</sup>, ya es suficientemente difícil determinar todas las obligaciones que emanan de cualquier derecho. Por esa razón, la única forma en que la objeción pueda mantenerse es por la vía de proponer que los jueces determinen caso a caso qué obligaciones pueden ser justiciables y cuáles no debido a sus implicancias presupuestarias, su vaguedad o su contenido manifiestamente político.

Sin embargo, visto así el asunto, la objeción deja de ser un problema para nadie, debido a que lo que los defensores de la justiciabilidad de los DESC han querido siempre es precisamente que la justiciabilidad de cada derecho/obligación se determine caso a caso, y no en términos generales y abstractos. Así las cosas, la discusión se focalizaría en casos específicos, que es la forma adecuada de abordar la justiciabilidad de los DESC.

Finalmente, Mureinik cree que la objeción en contra de la intervención judicial en materia de DESC está basada en una cierta concepción sobre la revisión judicial, que es una concepción mecánica de la misma, como carente de elementos subjetivos o volitivos<sup>62</sup>. En su opinión, dicha concepción no corresponde a lo que las cortes hacen:

---

<sup>60</sup> HUNT (1993) p. 157, donde dice: "In Summary, there appears to be no conceptual or juridical reason why social rights, like civil and political rights, cannot be adjudicated upon by a tribunal in the manner described. That is not to say that the problems associated with implementing the two categories of rights are identical. But it is suggested that the juridical difficulties traditionally associated with the implementation of social rights have been overstated". También ver HUNT (1993) pp. 68-69.

<sup>61</sup> SHUE (1980).

<sup>62</sup> MUREINIK (1992) p. 469.



cuando una corte ejecuta la revisión constitucional de una ley, exige que se presente la justificación que existe tras la legislación. Entonces, el gobierno deberá proporcionar esa justificación y, finalmente, la corte determinará si la justificación es suficiente. Esa operación no puede ser mecánica<sup>63</sup>.

3. Otra respuesta a la objeción de ilegitimidad está relacionada con la forma de comprender el principio de separación de poderes. La objeción asume que la doctrina de separación de poderes impide que los jueces puedan ejercer control sobre las políticas de la administración, en tanto ellas involucren recursos fiscales. Por ello, cualquier intento de control sería ilegítimo.

Pues bien, tal entendimiento del principio de separación de poderes ha sido cuestionado. Melish observa que dicha doctrina está basada en la idea de controlar los poderes del Estado, en la idea de *accountability*, pero no tiene como objetivo blindar a los poderes del Estado frente al control. De acuerdo con su postura, la doctrina de separación de poderes implica que tanto el Ejecutivo como el Legislativo adoptan decisiones, crean el derecho y ratifican los tratados, pero cuando las normas entran en efecto, el Poder Judicial debe controlar si esas ramas del Estado están cumpliendo con sus deberes. Hacer esto —dice Melish— no constituye una violación del principio de separación de poderes, sino, por el contrario, su cumplimiento; esta es la razón por la cual la referida doctrina fue formulada<sup>64</sup>. Entendida en este sentido, la doctrina de separación de poderes no es socavada por la idea de justiciabilidad de los DESC.

Otra perspectiva en esta misma respuesta se centra en el entendimiento del control judicial. La distinción que debe establecerse es entre formular o elaborar una política y controlarla. Las cortes pueden revisar las decisiones políticas —plasmadas en normas, ciertamente— sin adoptar ellas las políticas, y pueden revocar una decisión sin tener que indicarle a la administración o al gobierno cómo debe esa política ser elaborada o reformulada<sup>65</sup>. La objeción que se comenta parece entender la doctrina de separación de poder en el sentido de que cualquier revisión judicial implicaría que el Poder Judicial estaría sustituyendo al poder político, al gobierno, al congreso. Sin embargo, ese no tiene por qué ser el caso. Mureinik pone como ejemplo el derecho a alimentación. Señala: considerando el compromiso constitucional de erradicar el hambre (en Sudáfrica), la pregunta que la corte debería hacerse es esta:

“Esta ley, o este programa administrativo, o incluso este presupuesto anual, ¿está justificado? Para responder esa pregunta, ciertamente las cortes deberían estar conscientes de que existen muchas teorías acerca de cómo erradicar la pobreza, y que es prerrogativa del gobierno elegir entre ellas, precisamente porque tiene responsabilidad política y la experticia necesaria. Una corte nunca está investida de titularidad para interferir con un programa honesto y racional destinado a

<sup>63</sup> MUREINIK (1992) p. 470.

<sup>64</sup> MELISH (2002) pp. 37-39.

<sup>65</sup> HUNT (1993) p. 156.

erradicar la pobreza solo porque desaprueba la teoría política o económica que subyace a él. Una corte debe estar obligada a respetar todas las opciones del gobierno, sea que estén inspiradas en el marxismo o en el monetarismo, sean social demócratas o liberales. Pero una corte sí tendrá titularidad para requerir del gobierno que explique cómo ha pensado erradicar la pobreza. Solo eso ya serviría para mejorar la calidad del gobierno porque todo funcionario que adopte decisiones que esté consciente del riesgo de ser llamado a justificarlas, siempre va a considerar el asunto más de cerca que si ese riesgo no existiera. Y si ante la corte el gobierno no es capaz de ofrecer una justificación plausible del programa que ha diseñado; si no es capaz de mostrar un esfuerzo sincero y racional para erradicar la pobreza, entonces el programa del gobierno deberá ser invalidado. La corte, entonces, estará revisando las decisiones políticas, no adoptándolas<sup>66</sup>.

Allí vemos un ejemplo de controlar la política sin hacerla. Mureinik concluye su argumento declarando que si las cortes ejecutan una función política cuando controlan políticas del gobierno, esa es la misma función que realizan cuando revisan los DCP<sup>67</sup>. Fuera de eso, los jueces están acostumbrados, y son especialmente competentes, para interpretar normas generales y darles efectos legales en un contexto jurídico<sup>68</sup>.

Podemos agregar que incluso en el Reino Unido, a pesar del famoso caso ex parte B, de la doctrina de la no justiciabilidad y del estándar *Wednesbury*, existe una creciente doctrina que está llamando la atención sobre cambios que ya están ocurriendo en ese contexto, que revelan que ha existido una sobresimplificación del principio de separación de poderes<sup>69</sup>. En cualquier caso, este principio no puede ser entendido como un impedimento para que los jueces puedan hacer exigible la Constitución<sup>70</sup>.

Mureinik está consciente de la posibilidad de abuso cuando se ejerza el control judicial; señala que esta es una seria dificultad, pero no es una dificultad intrínseca a la

---

<sup>66</sup> MUREINIK (1992) pp. 471-2 (subrayado agregado) (traducción libre).

<sup>67</sup> MUREINIK (1992) p. 472. SCOTT y MACKLEM (1992) p. 71, suscriben la misma postura: "[C]ourts and agencies charged with interpreting constitutional guarantees have demonstrated in the civil and political rights context that they are quite capable of judging whether positive duties on the state have been met. Competence in this regard is a matter of will and experience. The same applies to judging whether a state has lived up to its duties with respect to the positive dimensions of social rights. As demonstrated by judicial experience in the context of civil and political rights, the fact that rights involve the imposition of positive duties on the state has not acted as a barrier to judging and seeking to ensure compliance".

<sup>68</sup> MELISH (2002) p. 34.

<sup>69</sup> PALMER (2000) p. 76: "The oversimplification of a division of powers doctrine as a justification for judicial refusal to intervene in resource allocations disputes is highlighted by the series of rationing disputes with which we are concerned in this paper. In ex parte B, a decision which is premised on the notion that there can be no evaluative role for courts which is distinct from that of administrators, the Court of Appeals declined to review the exercise of discretion by Health Authority administrators. In contrast, in *Gloucestershire and Tandy* the House of Lords has demonstrated a readiness to intervene in resource allocation decisions taken at the highest executive level, albeit through the exercise of statutory interpretation of local authority duties".

<sup>70</sup> KLUG (2002) p. 813: "A rigid notion of separation of powers would result in denying the judiciary its ability to fulfill its constitutional obligations".

idea de justiciabilidad de los DESC sino más bien se vincula en términos más generales con la idea de abuso del poder estatal. Su argumento es este: si impidiéramos que los jueces ejecutaran este tipo de control, sería sustancialmente más fácil para la legislatura y para el Ejecutivo abusar de su propio poder. Entonces, él pregunta ¿qué hace sugerir que el abuso del legislador o del Ejecutivo es menos dañino o más aceptable que el abuso del Poder Judicial?<sup>71</sup>.

Conectando esta respuesta con aquella proporcionada a la objeción de incapacidad, podemos apuntar que el estándar de razonabilidad permite a las cortes revisar medidas o decisiones presupuestarias o financieras sin involucrarse en la elaboración de la política presupuestaria o financiera<sup>72</sup>. Por ejemplo, según cierto autor, el tipo de acercamiento que es posible advertir en los casos Soobramoney, Grootboom y TAC –del Tribunal Constitucional de Sudáfrica– revelan una buena dosis de deferencia frente a la administración y de flexibilidad en el tipo de control. Esos casos muestran, en opinión de ese autor, que la corte esta dispuesta a apoyar las políticas del gobierno en tanto ellas sean razonables<sup>73</sup>. En esa opinión, se aprecia una postura pro gobierno<sup>74</sup>.

Finalmente, puede ser útil recordar la doctrina de la Corte Constitucional de Sudáfrica, relativa a los poderes de las cortes y al principio de separación de poderes en el caso TAC<sup>75</sup>. La corte recuerda, en ese caso, que en diversas oportunidades ha señalado dos cosas sobre estos temas: a) Si bien no hay líneas claras que separen el rol de la legislatura, del Ejecutivo y de las cortes, existen ciertas materias que prominentemente están dentro del dominio de unas u otras ramas del gobierno. Todas las ramas del gobierno deben ser sensibles a esta separación y respetarla. b) Esto no significa, sin embargo, que las cortes no puedan o no deban emitir órdenes que tengan impacto en las políticas<sup>76</sup>.

Habiendo establecido eso, la corte explica su argumento. Las ideas centrales del mismo son las siguientes:

<sup>71</sup> MUREINIK (1992) p. 473.

<sup>72</sup> PIETERSE (2007) p. 534.

<sup>73</sup> En Sudáfrica, el control constitucional suele ser el de razonabilidad. Primero, porque los derechos involucrados en los casos más famosos de DESC de la jurisprudencia de ese país (Soobramoney, Grootboom, TAC, P.E. Municipality, Khosa) están reconocidos en los artículos 26 y 27, que aluden expresamente a la razonabilidad. Segundo, porque la cláusula constitucional de limitación de los derechos, contenida en el artículo 36, hace referencia explícita a la razonabilidad.

<sup>74</sup> KENDE (2003) p. 153. Agrega que el rechazo de la corte a la solicitud de determinar el contenido mínimo del derecho “provides the government with flexibility in dealing with multiple social problems”. *Ibid.* p. 153. Este no parece ser un buen argumento. Varios autores han explicitado su escepticismo acerca de la posibilidad de adjudicar DESC sin determinar su contenido mínimo. Luego, él agrega que Grootboom –donde la corte no emitió una orden para el gobierno– “demonstrates that a court can issue a powerful remedial order that still gives the legislature latitude on implementation”. *Ibid.* p. 153. Esta no parece ser una buena perspectiva, tampoco, porque la corte en Grootboom ha sido criticada precisamente por no haber ejercido jurisdicción supervisora.

<sup>75</sup> Un tema al cual la corte dedicó 19 considerandos (Considerandos 96-114). TAC: (n. 22).

<sup>76</sup> TAC, Caso CCT 8/02. MINISTER OF HEALTH, First Appellant; *et al. versus* TREATMENT ACTION CAMPAIGN, First Respondent; *et al.* Together with INSTITUTE FOR DEMOCRACY IN SOUTH AFRICA, First Amicus Curiae *et al.* Heard on: 2, 3 and 6, May 2002. Decided on: 5 July 2002, Considerando 98.

- El deber primario de las cortes es hacer respetar la Constitución y la ley.
- La Constitución (de Sudáfrica, art. 7) requiere que el Estado respete, proteja, promueva y realice los derechos de la carta de derechos.
- Si una política del Estado es impugnada por ser inconsistente con la Constitución, las cortes tienen que considerar si el Estado, al diseñar e implementar esa política, ha dado cumplimiento a sus obligaciones constitucionales.
- Si una corte estima pertinente, en un caso cualquiera, declarar que el Estado ha fallado en cumplir con sus obligaciones constitucionales, entonces tiene la obligación de decirlo; esa obligación está establecida por la Constitución.
- Si eso constituye una intrusión en el dominio del Ejecutivo, se trata de una intrusión que es exigida por la Constitución misma<sup>77</sup>.

El argumento de la corte sudafricana es que la Constitución reconoce el principio de separación de poderes y, además, exige (no solo permite) que las cortes controlen las políticas del Estado. Por ello, el principio de separación de poderes debe ser entendido como aquel que requiere la revisión judicial. Cualquier comprensión de ese principio que tenga el efecto de inmunizar al Estado frente a la revisión judicial es contraria a la Constitución. La corte agregó, citando un caso:

“Estigmatizar una orden de ese tipo como una ruptura de la separación de poderes entre el Ejecutivo y el Judicial es negar un valor fundacional de la República de Sudáfrica, llamado supremacía de la Constitución e imperio de la ley. El catálogo de derechos, que consideramos que ha sido infringido, es obligatorio para todos los órganos del Estado, y es nuestro deber constitucional asegurar un remedio apropiado para aquellos que han sufrido la transgresión de sus derechos fundamentales”<sup>78</sup>.

Por las mismas razones, las cortes tienen titularidad para emitir órdenes en contra del gobierno. La corte sudafricana rechazó el argumento de que el principio de separación de poderes solo le permite a las cortes emitir órdenes declarativas. Este razonamiento se aplica a los DESC, señaló la corte: “Los derechos que el Estado está obligado a respetar, proteger, promover y realizar incluyen los derechos socioeconómicos de la Constitución”<sup>79</sup>. Más aún:

<sup>77</sup> TAC, Caso CCT 8/02. MINISTER OF HEALTH, First Appellant; *et al. versus* TREATMENT ACTION CAMPAIGN, First Respondent; *et al.* Together with INSTITUTE FOR DEMOCRACY IN SOUTH AFRICA, First Amicus Curiae *et al.* Heard on: 2, 3 and 6, May 2002. Decided on: 5 July 2002, Considerando 98.

<sup>78</sup> TAC, Caso CCT 8/02. MINISTER OF HEALTH, First Appellant; *et al. versus* TREATMENT ACTION CAMPAIGN, First Respondent; *et al.* Together with INSTITUTE FOR DEMOCRACY IN SOUTH AFRICA, First Amicus Curiae *et al.* Heard on: 2, 3 and 6, May 2002. Decided on: 5 July 2002, Considerando 103 (traducción libre).

<sup>79</sup> TAC, Caso CCT 8/02. MINISTER OF HEALTH, First Appellant; *et al.*; *versus* TREATMENT ACTION CAMPAIGN, First Respondent; *et al.* Together with INSTITUTE FOR DEMOCRACY IN SOUTH AFRICA, First Amicus Curiae *et al.* Heard on: 2, 3 and 6, May 2002. Decided on: 5 July 2002, Considerando 100 (traducción libre).

“Una disputa concerniente a los derechos socioeconómicos es probable que requiera de la corte evaluar una política del Estado y emitir una decisión sobre si es o no consistente con la Constitución. Si determina que tal política es inconsistente con la Constitución, está obligada a emitir una declaración en tal sentido en los términos del artículo 172 (1)(a). Pero eso no es todo. El artículo 38 de la Constitución contempla que si un derecho del catálogo de derechos es infringido, una corte debe proporcionar remedio apropiado. Posee amplios poderes para hacerlo y, adicionalmente a la declaración que está obligada a efectuar en los términos del artículo 172(1)(a), la corte puede emitir cualquier orden que sea ‘justa y equitativa’”<sup>80</sup>.

La corte citó casos de jurisdicciones extranjeras, en relación con los remedios que las cortes pueden decretar<sup>81</sup>, y concluyó que su breve exploración de tales jurisdicciones muestra claramente que en ninguna de ella se considera que emitir una orden para el Estado constituye una ruptura de la separación de poderes<sup>82</sup>. Finalmente, la corte concluyó con una importante clarificación relativa al espacio de maniobra que es necesario asegurar y reservar para el gobierno:

“Un factor que debe tenerse en mente es que la política debe ser flexible. Puede ser cambiada en cualquier momento y el Ejecutivo siempre tiene libertad para hacer los cambios de política que considere apropiados. El único constreñimiento es que las políticas sean consistentes con la Constitución y la ley. Las órdenes de las cortes relativas a decisiones políticas adoptadas por el Ejecutivo deben, por esto, ser formuladas en términos que no impidan al Ejecutivo efectuar tales opciones legítimas”<sup>83</sup>.

4. Otra réplica a la objeción de ilegitimidad consiste en argumentar que los jueces sí hacen política. Hunt explica esta respuesta. El observa que los jueces habitualmente adoptan, y han adoptado, decisiones políticas en el sentido de determinar el contenido

<sup>80</sup> TAC, Caso CCT 8/02. MINISTER OF HEALTH, First Appellant; *et al. versus* TREATMENT ACTION CAMPAIGN, First Respondent; *et al.* Together with INSTITUTE FOR DEMOCRACY IN SOUTH AFRICA, First Amicus Curiae *et al.* Heard on: 2, 3 and 6, May 2002. Decided on: 5 July 2002, Considerando 101 (traducción libre).

<sup>81</sup> TAC, Caso CCT 8/02. MINISTER OF HEALTH, First Appellant; *et al.*; *versus* TREATMENT ACTION CAMPAIGN, First Respondent; *et al.* Together with INSTITUTE FOR DEMOCRACY IN SOUTH AFRICA, First Amicus Curiae *et al.* Heard on: 2, 3 and 6, May 2002. Decided on: 5 July 2002, Considerando 107 para los EE.UU.; Considerando 108 para India; Considerando 109 para Alemania; Considerando 110 para Canadá; Considerando 111 para el Reino Unido.

<sup>82</sup> TAC, Caso CCT 8/02. MINISTER OF HEALTH, First Appellant; *et al. versus* TREATMENT ACTION CAMPAIGN, First Respondent; *et al.* Together with INSTITUTE FOR DEMOCRACY IN SOUTH AFRICA, First Amicus Curiae *et al.* Heard on: 2, 3 and 6, May 2002. Decided on: 5 July 2002, Considerando 112.

<sup>83</sup> TAC, Caso CCT 8/02. MINISTER OF HEALTH, First Appellant; *et al. versus* TREATMENT ACTION CAMPAIGN, First Respondent; *et al.* Together with INSTITUTE FOR DEMOCRACY IN SOUTH AFRICA, First Amicus Curiae *et al.* Heard on: 2, 3 and 6, May 2002. Decided on: 5 July 2002, Considerando 114 (traducción libre).

de una política. En la jurisdicción del *common law* los jueces siempre han estado involucrados en la formulación del derecho y de la política, y que la creación judicial del derecho no es ni incidental ni periférica con respecto a la política en general<sup>84</sup>. Hunt cita tres opiniones en este respecto. Según Lord Reid: "hubo un tiempo en que era considerado casi indecente sugerir que los jueces creaban derecho, solo lo declaraban. Aquellos con gusto por los cuentos de hadas, parecían haber pensado que en la cueva de Alí Babá estaba escondido el *Common Law* en todo su esplendor y que a requerimiento del juez descendía sobre él el conocimiento mediante las palabras mágicas Ábrete, Sésamo... Pero ya no creemos en cuentos de hadas"<sup>85</sup>. En la opinión de Sir Richardson, "... los jueces crean derecho y al hacerlo necesariamente sopesan consideraciones de política pública"<sup>86</sup>. Finalmente, según Wade: "los jueces están con la política hasta el cuello, como lo han estado siempre a través de la historia"<sup>87</sup>.

Hunt arguye que cuando los jueces deciden casos que implican DCP, se involucran en la decisión sobre una política, como por ejemplo, en el caso *Brown vs. Board of Education* en EE.UU.<sup>88</sup>. Siendo esa la situación, entonces los jueces se pueden involucrar en la política también cuando deciden asuntos económicos, como cuando obligan a los padres a proporcionar alimentos y vivienda a sus hijos<sup>89</sup>. Hunt finaliza su argumento señalando que a nivel local y regional, así como también a nivel internacional, existen muchos ejemplos de casos de derechos humanos en que las cortes deciden sobre DCP que implican consideraciones políticas. Por ende, si la dimensión política no es un obstáculo para los DCP, entonces tampoco debe serlo para los DESC<sup>90</sup>.

5. Otra respuesta –relacionada con la primera– se centra en la idea de discreción administrativa. La objeción de ilegitimidad confiere a las autoridades administrativas una enorme dosis de discreción. Como un autor lo señala, la negativa de las cortes a desarrollar principios sustantivos ha dejado a las autoridades públicas una discreción demasiado amplia en relación con los valores que deben ser considerados al adoptar las decisiones<sup>91</sup>.

La réplica para dicha objeción consiste en señalar que la discreción administrativa en el ámbito de derechos que están constitucionalmente reconocidos, no carece de límites. Pieterse lo explica del siguiente modo:

"Una deferencia absoluta respecto de las decisiones financieras y presupuestarias de las ramas políticas tendría el efecto de garantizarles discreción ilimitada sobre la manera como los recursos deban ser distribuidos para satisfacer las obligaciones

<sup>84</sup> HUNT (1993) pp. 154-5; JACKMAN (1992) pp. 23-24.

<sup>85</sup> HUNT (1996) p. 65 (traducción libre).

<sup>86</sup> HUNT (1996) p. 66 (traducción libre).

<sup>87</sup> HUNT (1996) (traducción libre).

<sup>88</sup> HUNT (1993) p. 155.

<sup>89</sup> HAYSOM (1992) p. 458.

<sup>90</sup> HUNT (1996), p. 67.

<sup>91</sup> JAMES y LONGLEY (1995) p. 372. La misma opinión, en SYRETT (2005) p. 372.



constitucionales. Esto extraería de los derechos socioeconómicos todo su potencial de remedio, dado que implicaría que el Estado podría justificar cada una de sus incumplimientos con los derechos socioeconómicos aseverando que los recursos son escasos o, más cínicamente, podría achicar sus responsabilidades constitucionales por la vía de asignar montos mínimos a la implementación de los derechos socioeconómicos. Tal discreción ilimitada también complicaría considerablemente un escrutinio significativo de las decisiones de racionamiento debido a que impediría que las cortes pudieran indagar el hecho de la escasez de recursos que subyace a tales decisiones, oscureciendo las bases y los criterios para adoptar decisiones de racionamiento y disminuyendo la responsabilidad de los agentes decisores<sup>92</sup>.

El control sobre la discreción y la arbitrariedad administrativa no es ilegítimo porque es un deber constitucional. En este sentido, esta respuesta se relaciona con la primera. Controlar la discreción administrativa no consiste en que las cortes se involucren en el proceso de deliberación presupuestaria, solo en su revisión. Como un autor indica, la inhabilidad de las cortes para involucrarse en el proceso de decisión financiero-presupuestaria no las inhabilita para ejercer una labor de escrutinio sobre esas políticas con el objetivo de indagar si resultan compatibles, o en conformidad, con la Constitución<sup>93</sup>.

Las cortes pueden ejercer una revisión judicial por la vía de indagar si son efectivos los reclamos de escasez de recursos que el Estado o la administración habitualmente plantea, algo que las cortes no hicieron en los casos de VIH/SIDA en Chile en el año 2001; o pueden declarar que los recursos asignados son ostensiblemente inadecuados para satisfacer las obligaciones impuestas por la Constitución; o declarar que la política de asignación de recursos falla en reflejar las prioridades constitucionales, o que los recursos se han gastado mal o se han asignado incorrectamente<sup>94</sup>. Las cortes deben elaborar estándares de revisión que aseguren un margen de discreción suficiente para los decisores, al tiempo que demandan una justificación apropiada por las infracciones de los derechos constitucionales<sup>95</sup>.

En una perspectiva un poco más general, y en relación con los DESC, Ghai y Cottrell señalan que las cortes pueden ejercer un rol importante en relación con los DESC por la vía de a) elaborar el contenido de los derechos, b) indicar las responsabilidades del Estado, c) identificar las vías mediante las cuales los derechos han sido violados por el Estado, y d) sugerir los parámetros conforme los cuales la política deba ser realizada, realzando la prioridad de los derechos humanos<sup>96</sup>. Agregan estos autores que existe una línea fina entre dos actividades: una cosa es que las cortes señalen que una

<sup>92</sup> PIETERSE (2007) p. 528 (traducción libre).

<sup>93</sup> PIETERSE (2007). En el mismo sentido, KLUG (2002) p. 819: "...the mere fact that economic conditions and political processes provide the basis for the availability of government resources does not mean that there is no scope for reviewing the subsequent decisions on resource allocation".

<sup>94</sup> PIETERSE (2007) p. 528.

<sup>95</sup> PIETERSE (2007).

<sup>96</sup> COTTRELL y GHAI (2004) p. 86.

política tiene ciertas fallas y así lo declare, y otra cosa es que las cortes determinen cómo deberían ser esas políticas, o que las formulen<sup>97</sup>.

Podemos agregar que esto no debiera ser un obstáculo para que las cortes puedan actuar. Por el contrario, eso debería motivar a las cortes a identificar esa línea, con la finalidad de hacer todo lo que esté a su alcance sin traspasar dicha línea, todo con el objetivo de cumplir con su deber constitucional de salvaguardar los derechos fundamentales.

Esta respuesta es especialmente aplicable a la situación chilena, donde el derecho a la protección de la salud es un derecho constitucional, donde las cortes tienen un deber establecido por la Constitución de respetar y promover los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales, y donde la proscripción de la arbitrariedad (sea administrativa o incluso legislativa) es un estándar explícito reconocido por la Carta Fundamental.

6. La objeción de ilegitimidad que estamos comentando podría adquirir especial fuerza cuando hablamos de controlar judicialmente las decisiones administrativas de distribución de recursos fiscales en el ámbito de la salud. En este asunto, el solapamiento de las dos objeciones es prístino porque las decisiones administrativas que racionan recursos fiscales constituye evidentemente un asunto de expertos, de modo que las cortes serían aún más incapaces de involucrarse en él (objeción de incapacidad) y tendrían aún menos legitimidad para hacerlo (objeción de ilegitimidad). Con todo, esta objeción resulta particularmente centrada en la dimensión de ilegitimidad si es que el asunto se configura bajo el esquema de las *decisiones trágicas*. Como señaló una corte británica en el famoso caso *ex parte B*<sup>98</sup>, la escasez de recursos fiscales pone a la autoridad administrativa bajo la necesidad de adoptar decisiones trágicas que sacrifican las necesidades de algunos en pro del bienestar de muchos. La corte señaló en ese caso:

"No tengo duda que en un mundo perfecto cualquier tratamiento que solicitare un paciente o su familia debería ser proporcionado si los doctores tuvieran disponibilidad para ello, independientemente del costo del mismo, particularmente si una vida se encuentra en juego. Sin embargo, en mi opinión sería cerrar los ojos al mundo real si la corte procediere sobre la base de que vivimos en tal mundo perfecto. Es de común conocimiento que todo tipo de autoridades de salud son constantemente presionadas para alcanzar metas. No pueden pagar todas las enfermedades que querrían; no pueden proporcionar todos los tratamientos que querrían;

<sup>97</sup> COTTRELL y GHAI (2004).

<sup>98</sup> Una niña de 10 años padecía de un linfoma no-Hodgkins y de cierto tipo de leucemia. Fue sometida a quimioterapia dos veces, a radiación sobre todo el cuerpo y a trasplante de médula. Sufrió una recaída y los médicos estimaron que ningún otro tratamiento médico tendría utilidad. Su padre obtuvo la opinión de un experto, según quien nuevas quimioterapias podrían tener un 20% de probabilidades de generar una remisión completa del cáncer, junto con un segundo trasplante de médula. El hospital rehusó aprobar ese tratamiento médico, bajo consideraciones de eficiencia presupuestaria. El padre impugnó esa negativa. Caso: *R v. Cambridge Health Authority*, *ex parte B* [1995] 2 All ER 129.

no pueden comprar todo el costoso equipamiento médico que querrían; no pueden llevar a cabo toda la investigación que querrían; no pueden construir todos los hospitales y unidades especializadas que querrían. Es necesario adoptar decisiones dificultosas y agónicas para poder distribuir un presupuesto limitado del mejor modo posible para lograr el máximo beneficio para el mayor número de pacientes. Esta no es una decisión que las cortes puedan adoptar"<sup>99</sup>.

Considerando que esta objeción resalta asuntos tanto técnicos como de legitimidad, la respuesta a ella los considerará a ambos.

Ha existido una interesante discusión desde los 90 que ha puesto esta objeción en perspectiva y ha cuestionado sus suposiciones y su alcance:

6.1. Esta lógica de las decisiones trágicas ha sido cuestionada en el sentido de que las decisiones trágicas no son exclusivamente profesionales o técnicas, sino inherentemente éticas en su naturaleza, basadas en aspectos valóricos más que fácticos, y que operan en un campo de palpable incerteza<sup>100</sup>. La consecuencia de ello es que la autoridad administrativa tiene muchas alternativas de decisión política disponibles y razonables para elegir. Por ende, no existe solo una e inevitable decisión trágica que adoptar. Fuera de eso, los criterios para adoptar una decisión en ese ámbito, "por ejemplo, acerca del riesgo, de las posibilidades de recuperación, de los costos y benéficos, son difíciles de determinar y están sujetos a numerosas interpretaciones. Consecuentemente, tales criterios a menudo envuelven valores no articulados, que no solo determinan las prioridades sino que influyen de hecho la percepción de los problemas y la factibilidad de las soluciones"<sup>101</sup>. La lógica de las decisiones trágicas, lo que hace es oscurecer la naturaleza política de tales decisiones y proporcionar un escudo que las blinda frente al control, tornando las cortes en impotentes en cuanto a controlar las decisiones y otorgar guía para los criterios de política<sup>102</sup>.

6.2. El hecho de que estas decisiones involucren dimensiones morales aparte de consideraciones técnicas, genera la base para argumentar que tales decisiones deben ser compartidas con otros actores, y que no sean reservadas solo para los profesionales de la salud. Por ejemplo, Fleck rechaza el argumento de que expertos, de la naturaleza que sea, tengan el poder o la autoridad para adoptar decisiones en materia de distribución y racionamiento; el racionamiento en materia de salud es fundamentalmente un problema moral y político, y no fundamentalmente un problema económico, de gestión, organizacional o tecnológico<sup>103</sup>. Otro autor comparte la misma idea: decisiones de racionamiento

<sup>99</sup> R v. Cambridge Health Authority, ex parte B [1995] 2 All ER 129, p. 137 (traducción libre).

<sup>100</sup> JAMES y LONGLEY (1995) p. 372. La misma opinión en SYRETT (2005) p. 318. Debido a la escasez de recursos, el racionamiento es inevitable. También PIETERSE (2007) p. 514: "Such decisions are influenced by a variety of moral, financial and medical considerations".

<sup>101</sup> JAMES y LONGLEY (1995) (traducción libre).

<sup>102</sup> JAMES y LONGLEY (1995).

<sup>103</sup> FLECK (1992) p. 1599 (cursiva en el original). Sin embargo, él no necesariamente apoya la idea de revisión judicial en estos asuntos.

to de recursos en el ámbito de la salud no son solamente clínicas, sino también políticas<sup>104</sup>. Si bien las cortes no tienen conocimiento clínico ni científico, ellas sí pueden revisar decisiones de racionamiento clínico<sup>105</sup>. Otro autor aborda este punto de la siguiente manera:

“[L]a decisión de que tenga sentido proporcionar un cierto tratamiento a un paciente o grupo de pacientes no es exclusivamente una decisión médica. Cuando el sector público falla en proporcionar un régimen de tratamiento que es médicamente necesario y se encuentra disponible en el sector privado, entonces el asunto es claramente uno de política de salud y de recursos y, por ello, implica una implementación progresiva del derecho a obtener servicios de salud”<sup>106</sup>.

6.3. Esta réplica se centra ahora en los aspectos técnicos de la objeción. La objeción descansa sobre el argumento de competencia técnica: los doctores conocen mejor que los demás estos asuntos y por ello necesariamente adoptarán siempre las mejores decisiones. Parkin responde que la experticia clínica no representa una garantía de una sabia distribución de recursos públicos para salud. Agrega que el argumento de la competencia técnica:

“[e]s limitada en la sociedad de hoy por varios factores. Si bien se reconoce la competencia de los médicos, los efectos de sus decisiones cada vez más son vistos como una materia en la cual el paciente individual no solo tiene una opinión, sino que además tiene derecho a expresarla. Adicionalmente, la sospecha de que decisiones individuales no son solamente médicas, sino que pueden estar influidas por consideraciones presupuestarias, inevitablemente debilita la fuerza del *professionalist approach*. Esto se acentúa si se percibe que, entre los factores a considerar para adoptar decisiones, se consideran aspectos como el estilo de vida del paciente, su edad, su posición. Experticia clínica no es garantía de una sabia distribución de recursos”<sup>107</sup>.

Los suscriptores de la objeción pueden contraargumentar que si los doctores no garantizan la adopción de buenas decisiones en materias clínicas, menos pueden hacerlo los jueces.

La respuesta para esa posible contraargumentación consiste en señalar que el argumento fue malentendido. Alegar que el expertizaje clínico no es garantía de una sabia distribución de recursos públicos en salud no implica que haya que reemplazar a los expertos clínicos por los jueces. El objetivo del argumento es otro: deshabilitar la

<sup>104</sup> PIETERSE (2007) p. 530.

<sup>105</sup> PIETERSE (2007) “Attempts to shield rationing decisions influenced by political, administrative or market-related considerations from judicial scrutiny by depicting them as clinical or scientific should be guarded against”.

<sup>106</sup> KLUG (2002) p. 812 (traducción libre).

<sup>107</sup> PARKIN (1995) pp. 874-5 (traducción libre).

armadura del *juicio clínico experto* diseñada para bloquear el control judicial. El argumento es que si el juicio clínico experto no es garantía de correctas decisiones, entonces resulta razonable sostener que ese juicio experto deba ser sometido a escrutinio, con la finalidad de incrementar la responsabilidad (*accountability*) administrativa. Este comentario se conecta con el siguiente.

7. Una respuesta importante a la objeción de ilegitimidad está relacionada con la idea de *accountability*. Este asunto ha sido mencionado con anterioridad cuando se habló de control sobre la discreción administrativa, pero en esa parte se relaciona con decisiones de racionamiento en el ámbito de la salud.

Ciertamente, un problema relevante cuando se habla de decisiones de racionamiento de recursos en el ámbito de la salud es hacer dichas decisiones *accountable*. Las decisiones de racionamiento habitualmente sacrifican las vidas y el bienestar de las personas. Por ello –señala un autor– cada vez más los estudiosos del derecho están sugiriendo que las decisiones y procesos de racionamiento se basen en criterios visibles y consistentes, que sean susceptibles de justificación racional y puedan ser sometidos a un escrutinio objetivo, con el objetivo de asegurar que sean consistentes con ideas como responsabilidad, equidad y justicia<sup>108</sup>. Esto es particularmente cierto en aquellas sociedades donde el derecho a la salud es un derecho reconocido por la Constitución, como el caso de Chile. El objetivo –señala un autor– es empoderar<sup>109</sup> al público y enriquecer el proceso democrático por la vía de tornar más visibles las decisiones jurídicas en materia de salud. Consecuencialmente, ello debería redundar en que la legislatura fuera más sensible a los valores públicos y menos permeable a la influencia de grupos de interés<sup>110</sup>. Las cortes pueden desempeñar un rol relevante en ese proceso, contribuyendo a que las decisiones de racionamiento sean explícitas y revisables:

“Si bien las cortes no pueden asegurar que la sociedad disponga de recursos suficientes para satisfacer las necesidades de salud de sus miembros, al menos puede asegurar que la sociedad tome conciencia de las consecuencias de las decisiones políticas en esta materia y que el sacrificio de los intereses individuales que entrañan las decisiones de racionamiento sea deliberado en público y justificado”<sup>111</sup>.

Las cortes pueden funcionar como instancias de deliberación sobre opciones de racionamiento de recursos. Ellas pueden proporcionar oportunidades para un debate más abierto que aquel que se produce al interior de las agencias administrativas o incluso en el proceso político<sup>112</sup>:

<sup>108</sup> PIETERSE (2007) pp. 514-5.

<sup>109</sup> Anglicismo del verbo *to empower*.

<sup>110</sup> BLOCHE (2003) p. 302.

<sup>111</sup> PIETERSE (2007) p. 536 (traducción libre).

<sup>112</sup> SYRETT (2005) p. 321.

“El racionamiento y la priorización son partes integrales de las funciones de las autoridades de salud. Pero la calidad de las decisiones puede ser mejorada por la vía de realzar la naturaleza esencialmente moral de las decisiones que se adoptan en buena parte de la administración pública. Las cortes tienen un rol que jugar en la estructuración del proceso de decisión y asegurando que la elección de la política, aunque sea razonable, sea explicada y justificada”<sup>113</sup>.

Luego, estos autores hacen una importante clarificación:

“Este no es un argumento destinado a defender que los jueces interfieran con las decisiones, sino a que contribuyan a refinar el proceso de adopción de decisiones y, consecuentemente, reducir la sensación de injusticia y, finalmente, el recurso a la litigación. Las dificultades inherentes en la determinación de aquellos principios que permitan realizar este tipo de función ejecutar esta tarea son enormes, pero no deben ser consideradas un obstáculo irremontable por parte de las cortes. La tarea de las cortes aquí apunta directamente a nuestras nociones de democracia y control del poder estatal”<sup>114</sup>.

Los objetores a la revisión judicial prefieren el ideal de *political accountability* en vez de revisión judicial de las políticas públicas. Sin embargo, en el ámbito de la administración de salud, la *political accountability* puede ser muy difícil de ejecutar y lograr debido a las complejidades de la burocracia y la administración organizacional. Las responsabilidades a veces están localizadas en cuerpos u organismos cuasi independientes, que escapan a la *political accountability*, o en directores que son designados, no elegidos y, por ello, también sustraídos a dicha forma de control<sup>115</sup>. La separación de la política del proceso operacional de adopción de decisiones puede producir una situación en que sea difícil saber a quién debe hacerse responsable y por qué decisiones<sup>116</sup>. Del mismo modo –señala un autor– la decisión de quién obtiene qué ha sido tradicionalmente adoptada en una forma tal que la responsabilidad por ella no es claramente identificable y por ello la racionalidad de dicha decisión no puede ser cuestionada<sup>117</sup>. Es aquí donde se hace necesario el rol de las cortes.

---

<sup>113</sup> El original, más extenso, señala: “Rationing and prioritizing is an integral part of the functions of a health authority. But by highlighting the essentially moral nature of choices inherent in much public administration the quality of decision-making may be improved. The courts have a part to play in structuring decision-making and ensuring that the policy choice made, even if reasonable, is explained and justified. The public interest in fairness requires the severing of reasons from the shackles of Wednesbury reasonableness where fundamental rights are threatened. This requires not only that all relevant factors are taken into account but also that they are subjected to a rigorous and open analysis before a conclusion is reached”. JAMES y LONGLEY (1995) p. 373 (traducción libre).

<sup>114</sup> JAMES y LONGLEY (1995) (traducción libre).

<sup>115</sup> PARKIN (1995) p. 875.

<sup>116</sup> PARKIN (1995).

<sup>117</sup> PARKIN (1995).



Lo que las cortes pueden hacer cuando revisen decisiones administrativas que distribuyen recursos públicos es someter esas decisiones de racionamiento a criterios objetivables; hacer tales decisiones públicas y abiertas; proporcionar a la administración principios sustantivos que guíen el proceso de toma de decisiones, cuando eso sea posible; hacer valer y respetar el principio de no arbitrariedad en el ámbito de la administración pública, y reducir el margen de discrecionalidad<sup>118</sup>. En este punto, Parkin retorna a la objeción de incapacidad: el temor de que las cortes están mal equipadas para responder esta pregunta yerra el objetivo; todos permaneceremos mal situados para responder dicha pregunta en tanto no se adopten pasos para poner dicha decisión, y el procedimiento mediante el cual se adoptó, en el dominio público<sup>119</sup>.

En este punto también volvemos a enfrentar la lógica de las decisiones trágicas: el discurso de decisiones trágicas, como en el caso ex parte B, oscurece el hecho de que las consideraciones presupuestarias y las limitaciones de recursos públicos son un asunto político y no un fenómeno natural; son una consecuencia de opciones<sup>120</sup>; también oscurece los intereses y motivaciones de los actores y agentes que realizan esas opciones de racionamiento, los criterios con los cuales las realizan, y las consideraciones que producen mayor impacto en la formulación y aplicación de tales criterios<sup>121</sup>. Finalmente, tal discurso sirve para disminuir, o incluso excluir, el escrutinio institucional sobre el proceso de adopción de decisiones<sup>122</sup> y fortalece las objeciones en contra de la intervención judicial controladora en el proceso discrecional de adopción de decisiones<sup>123</sup>.

Sin embargo, el discurso trágico tiene un lugar pequeño cuando el derecho al acceso a la salud es un derecho constitucional (en Chile, el derecho a la protección de la salud). Considerando que las infracciones a los derechos constitucionales no pueden ser aceptadas a menos que estén justificadas, entonces la denegación de servicios de salud debe ser sometida a escrutinio judicial<sup>124</sup>. Los individuos pueden impugnar las decisiones políticas y administrativas que afecten su derecho a la salud, y las cortes inevitablemente van a tener que decidir si esas decisiones de racionamiento están justificadas<sup>125</sup>. Más aún, los contenidos de los derechos constitucionales deberían servir como directivas para orientar el proceso de racionamiento<sup>126</sup>. Bloch cree que las cortes deben influir en las leyes sobre salud: las cortes debe poner menos atención en las cuestiones formales de consistencia formal doctrinaria y mayor atención a la coherencia de los mensajes que envíen a los actores en las esferas de la salud. Las cortes deben evitar centrarse en el único parámetro de costo-beneficio. Incluso cuando los jueces deciden entre prioridades en competencia, algo inevitable, deben explicitar las bases normativas de sus decisiones<sup>127</sup>.

<sup>118</sup> PARKIN (1995).

<sup>119</sup> PARKIN (1995) p. 876.

<sup>120</sup> PIETERSE (2007) p. 516.

<sup>121</sup> PIETERSE (2007) p. 517.

<sup>122</sup> PIETERSE (2007) p. 518.

<sup>123</sup> PIETERSE (2007).

<sup>124</sup> PIETERSE (2007) p. 519.

<sup>125</sup> PIETERSE (2007) p. 520.

<sup>126</sup> PIETERSE (2007) p. 520.

<sup>127</sup> BLOCHE (2003) p. 321.

En esta parte, Pieterse hace una conexión con la interpretación constitucional. En su opinión, las cortes no deben insistir en interpretaciones de la Constitución libres de valoración o de priorización, las que no solo amenazan con paralizar el desarrollo una jurisprudencia sobre derechos socioeconómicos que sea significativa y centrada en las necesidades, sino que además ahogue el diálogo acerca del desarrollo necesario de principios sustantivos que puedan guiar los procesos de racionamiento en materias de salud<sup>128</sup>. Luego agrega que el rol de los jueces como guardianes e intérpretes primarios de la Constitución los pone en una buena situación para desempeñar esa labor, aunque las cortes no son los únicos actores<sup>129</sup>.

Podemos conectar esta idea con la Constitución chilena y la forma en que el derecho a la protección de la salud se encuentra reconocido. La Constitución establece que el Estado tiene el deber primario de garantizar la ejecución de las acciones de salud. Si el Estado tiene este deber, entonces es posible inferir que en las decisiones de racionamiento de los recursos públicos debe tenerse presente que alguna parte de ellos debe ser asignada para asegurar la ejecución de las acciones de salud. Este deber constitucional debe ser susceptible de control, como cualquier otro deber. En consecuencia, las cortes deben poder controlar las decisiones administrativas de racionamiento de recursos en materia de salud, para determinar si se está cumpliendo con este deber. Obviamente, para hacer esa determinación, las cortes requieren de parámetros, como la razonabilidad en el caso de la experiencia sudafricana, u otros que será necesario precisar, aunque no en este momento, puesto que el objetivo en este trabajo es justificar la necesidad y pertinencia del control judicial, y no especificar el tipo y la forma de ejercerlo.

Se puede concluir esta parte señalando que este deber constitucional se hace más nítido si consideramos el derecho internacional, particularmente si tenemos presente que el PIDESC es parte del derecho chileno. El derecho internacional, como el PIDESC, establece no solo el deber de los Estados de asegurar el acceso a cierto estándar de salud, sino además la necesidad de controlar la actividad del Estado en este respecto. Dicho de otro modo, la revisión judicial de las políticas de salud es una exigencia que es posible fundar también en el derecho internacional.

8. Otra réplica a la objeción de ilegitimidad política se relaciona con varias suposiciones que subyacen a esa objeción, en materias de hecho:

8.1. La objeción de ilegitimidad sostiene que si los jueces se encargan de hacer exigibles los DESC (y, por ende, de controlar las políticas que los intenten ejecutar), entonces los órganos políticos se verán despojados de sus atribuciones de deliberación en materia de políticas públicas. Tushnet parece endosar esta posición, como se vio en la primera parte.

Esa suposición puede ser equivocada. Es posible que los órganos políticos deliberen y aprueben una ley y que luego esa ley sea impugnada por infringir la Constitución.

<sup>128</sup> PIETERSE (2007) p. 527.

<sup>129</sup> PIETERSE (2007).

Así las cosas, la población (representada por los órganos políticos) no se ve despojada de su capacidad de decisión.

Posiblemente, Tushnet replicaría que la población se vería privada de aquello que fue deliberado y acordado (y plasmado en esa ley); que la decisión mayoritaria será reemplazada por la visión minoritaria de algunos jueces.

La respuesta a esa objeción es que la mayoría de la población (los órganos políticos) tiene titularidad en un sistema democrático para deliberar a aprobar las leyes que estime pertinente y que esa deliberación y esas leyes no sean anuladas o reemplazadas por una minoría, con una condición: que no sean contrarias a la Constitución. Este punto es importante. Ciertamente, no sería defendible aquella posición que sostuviera que la mayoría puede imponer sobre el resto de la población decisiones que sean inconstitucionales. Eso sí sería ilegítimo, en un sistema democrático, si es que la Constitución ha de tener alguna vigencia (valga aquí la lógica de *Marbury*). Por supuesto, existen distintas versiones de lo que se entiende por un sistema democrático, y de ellas dependerá si el argumento o su réplica hacen sentido. Pues bien, la noción de democracia que se utiliza para analizar esta objeción es la de una democracia constitucional, que es diferente de una democracia entendida como mayoritarismo<sup>130</sup>. Bajo la noción de democracia constitucional, la revisión judicial no es antidemocrática; al contrario, ella fortalece la democracia en la medida en que protege los derechos individuales reconocidos por la Constitución<sup>131</sup>.

8.2. Otra suposición de hecho de la objeción de ilegitimidad, que es presentada como argumento, es que la ciudadanía se verá privada de autodeterminación si los jueces intervienen en las decisiones de políticas de bienestar.

La respuesta a ello es que eso no es lógicamente necesario. No siempre que los jueces constitucionales ejercen su jurisdicción, los ciudadanos se ven privados de su autodeterminación. Podría ser lo contrario. En efecto, es posible, bajo ciertas condiciones, que los órganos políticos del Estado sean reacios a hacer exigibles o a realizar ciertos derechos sociales que la ciudadanía demanda. En ese caso, la ciudadanía no se podrá autodeterminar, y el único remedio será esperar a que llegue el momento en que pueda reemplazar a los integrantes de tales órganos políticos (suponiendo que el sistema electoral y el funcionamiento del sistema político lo permiten). Sin embargo, la ciudadanía podría buscar remedio en la jurisdicción constitucional, y obtener de los jueces aquellas decisiones que los representantes políticos han denegado. Si este es el caso, entonces no es cierto que siempre la ciudadanía se ve privada de autodeterminación. Puede ser el caso contrario: que la revisión judicial la incremente.

8.3. La objeción de ilegitimidad también asume que el razonamiento judicial está, en algún sentido, libre de consideraciones políticas e ideológicas; por ello, si los jueces son puestos a deliberar sobre los DESC (que tienen relación con políticas de bienestar y,

<sup>130</sup> Anglicismo de *majoritarianism*.

<sup>131</sup> PIETERSE (2004) p. 392.

por ello, con consideraciones políticas e ideológicas), deberán realizar ese tipo de consideraciones que supuestamente serían ajenas al razonamiento jurisprudencial.

Una réplica a esta perspectiva la hemos visto ya, cuando aludimos a Mureinik, quien ha denunciado que en dicha objeción aparece sugerida una concepción mecánica del razonamiento judicial. Dicha concepción no se corresponde con el modo como es en la práctica el razonamiento judicial de carácter constitucional. Dicho de otro modo, dicha concepción puede ser prescriptiva (como era la postura de la Escuela Clásica de la Exégesis) pero no describe la realidad del razonamiento legal. La interpretación y adjudicación implican, en diversa medida, consideraciones políticas e ideológicas, dependiendo del caso que se tenga que resolver. Como señala un autor, la tradicional línea brillante que separa el dilema derecho/política en materia de adjudicación es simplista<sup>132</sup>. Dicha perspectiva colapsa al menos en dos puntos, señala Klare: Primero, el trabajo legal –las prácticas interpretativas en la que jueces, litigantes y comentaristas interactúan– constituye, parcialmente, los materiales legales, y por ello, los imbuye de significados cargados valóricamente. Segundo, jueces y otros partícipes en la adjudicación constantemente adoptan decisiones, consciente y inconscientemente, acerca de cómo emplear su energía y recursos intelectuales<sup>133</sup>.

Klare apunta que las consideraciones políticas y morales subyacentes en la idiosincrasia de quienes adoptan las decisiones (algo que no se limita a los jueces) afectan el significado del material legal que ellos mismos utilizan<sup>134</sup>. Luego, agrega:

“En breve, los valores personales y políticos del juez y sus sensibilidades no pueden ser excluidos del proceso de interpretación y adjudicación. No porque los jueces sean débiles y cedan ante la tentación política, sino porque la exclusión a que llama el ideal tradicional del imperio de la ley es, simplemente, imposible (...) Los valores políticos y morales del juez, por tanto, juegan un rol rutinario, normal e inerradicable en la adjudicación”<sup>135</sup>.

Es necesario precisar que estas explicaciones que menciona Klare, en verdad, son conocidas desde hace un largo tiempo. No hay razón para dar crédito a aquella perspectiva decimonónica<sup>136</sup> implícita en la objeción de que el razonamiento podría ser ideológicamente libre.

9. Una última réplica a la objeción de ilegitimidad está relacionada con la idea de que nuestras concepciones sobre qué asuntos deben o no caer dentro de la esfera judicial, varían con el tiempo, son obviamente contingentes, como señala Parkin: Es posible presentar una lista relativamente larga de áreas que, a lo largo de la historia, hemos considerado que no correspondían al ámbito del derecho. Esta lista podría incluir la

<sup>132</sup> KLARE (1998) p. 161.

<sup>133</sup> KLARE (1998) pp. 162-163.

<sup>134</sup> KLARE (1998).

<sup>135</sup> KLARE (1998) p. 163 (traducción libre); PIETERSE (2004) pp. 397-8.

<sup>136</sup> PIETERSE (2004) p. 398.

discriminación racial y sexual, las relaciones industriales, el funcionamiento del mercado, las relaciones familiares, las relaciones sexuales entre esposos, el funcionamiento de poderes discrecionales, decisiones acerca de mantener tratamientos que preserven la vida, y muchas más, todas las cuales ahora, en mayor o menor medida, consideramos que pertenecen al ámbito del derecho<sup>137</sup>.

Parkin está implicando que este reclamo de ilegitimidad no es nuevo, sino que ha sido presentado y descartado con anterioridad. Respecto de los asuntos de salud, se dice que no pertenecen a la arena judicial, así como se ha dicho de otros aspectos en el pasado y que ahora damos por descontado que sí pertenece a la esfera judicial. Palmer sostiene que esta perspectiva ya está cambiando en el sistema judicial británico<sup>138</sup>, y Parkin agrega que lo que sucede ahora con la salud no es diferente de lo que ocurre en otra áreas: el argumento policéntrico puede igualmente aplicarse a muchas otras áreas de distribución de recursos en las cuales las cortes ejercen regularmente supervisión bajo suposiciones ordinarias de derecho público. ¿Hasta qué punto el cuidado de la salud es un caso especial?, termina preguntándose este autor<sup>139</sup>.

Concluyendo esta parte, la objeción de ilegitimidad es susceptible de varias réplicas, que cuestionan:

- Su pertinencia (no es pertinente objetar el control judicial sobre los DESC puesto que se trata de derechos reconocidos por la Constitución y los jueces tienen el deber de hacer respetar la Constitución).
- Su entendimiento de la doctrina de separación de poderes (como un escudo que torna inmune a la administración frente al control judicial y garantiza discrecionalidad ilimitada).
- Su coherencia (en la medida en que se opone a la revisión de los DESC por ser políticamente sensibles, pero no se opone a eso cuando se trata de los DCP, que también implican consideraciones políticas).
- Sus supuestos de hecho (como que el racionamiento de recursos es un asunto técnico, o que la distribución de recursos en el ámbito de la salud siempre involucra una decisión trágica inevitable donde no existen más opciones).
- Sus diversas fallas en:
  - Distinguir entre controlar la política y elaborarla.
  - En reconocer que las cortes sí pueden revisar las políticas sin evaluar su mayor
    - menor idoneidad o sabiduría, bajo ciertos estándares, como la razonabilidad.
    - Reconocer que existen formas de revisión que son compatibles con asegurar el necesario margen de discrecionalidad y flexibilidad que la administración necesita para poder funcionar eficientemente, y finalmente,

<sup>137</sup> PARKIN (1995) p. 873.

<sup>138</sup> PALMER (2000) p. 76.

<sup>139</sup> PARKIN (1995) p. 874.

– Su negligencia para reconocer los avances que sobre el tema del control judicial de los DESC existen en el mundo contemporáneo, como Sudáfrica, en relación con las posibilidades y extensión de la revisión judicial.

#### IV. CONCLUSIÓN

Las dos objeciones en contra del rol de las cortes haciendo justiciables los DESC, en particular el derecho a la protección de la salud, han sido objeto de varias respuestas. Algunas tienen mayor fuerza que otras e incluso, en un caso, asumen puntos de vista opuestos, cuando se dijo que los jueces al controlar la política no hacen política y luego otra respuesta señaló que los jueces siempre han hecho política. El objetivo de este artículo ha sido presentar todas las respuestas, y el lector debe sacar sus propias conclusiones.

A título personal, tiendo a pensar que las objeciones que se han comentado a veces son exageradas o sobredimensionadas, como por ejemplo, la objeción de policentricidad. La revisión judicial del derecho a la salud, incluyendo el complejo asunto de las decisiones de racionamiento de recursos escasos, es posible en la práctica y no solo contribuye al principio democrático de hacer al gobierno *accountable* por sus decisiones en esta área, sino que además contribuye a mejorar el proceso de toma de decisiones políticas por la vía de hacer que los criterios que aparecen concernidos sea explícitos y públicos.

En suma, me parece que las objeciones de incapacidad e ilegitimidad, en el mejor de los casos, constituyen un llamado a la cautela, a la autorrestricción, a la flexibilidad, pero no a la inmovilidad ni a la abdicación de parte de los jueces respecto de su rol como tales.

Un comentario final. En mi opinión, estas réplicas justifican el rol de las cortes controlando la política pública de la administración y el derecho legislado en relación con el derecho a la protección de la salud. Sin embargo, el rol de las cortes ejecutando este control debe estar limitado por ciertos estándares, que no es posible abordar aquí.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Cristián (2002): *Los Derechos Sociales Como Derechos Exigibles* (España Trotta) 254 pp.
- BLOCHE, Gregg (2003): "The Invention of Health Law", *California Law Review*, vol. 91: pp. 247-332.
- BOLLYKY, Thomas (2002): "R IF C > P +B: A paradigm for Judicial Remedies of Socio-Economic Rights Violations", *South African Journal of Human Rights*, vol. 18: p. 161.
- BRAND, Danie (2006): "Socio-Economic Rights and Courts in South Africa: Justiciability on a Sliding Scale", *Justiciability Of Economic And Social Rights. Experiences From Domestic Systems* (Fons Coomans, Intersentia).
- BREMS, Eva (2001): *Human Rights: Universality And Diversity* (Martinus Nijhoff Publishers) 574 pp.

- CHRISTIANSEN, Eric (2007): "Adjudicating Non-Justiciable Rights: Socio-Economic Rights and the South African Constitutional Court", *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 38: pp. 321-385.
- COTTRELL, Jill & GHAI, Yash (2004): "The Role of the Courts in the Protection of Economic, Social and Cultural Rights", en: *Economic, Social & Cultural Rights In Practice. The Role Of The Courts In Implementing Economic, Social And Cultural Rights* (Y. Ghai & J. Cottrell, eds. Interights): pp. 58-59.
- DAVIS, Dennis (2006): "Adjudicating the Socio-Economic Rights in the South African Constitution: Towards Deference lite?", *South African Journal of Human Rights*, vol. 22.
- DE VILLIERS, Bertus (1995): "Social and Economic Rights", en: *Rights And Constitutionalism* (Van Dyk, David; Dugard, John; De Villiers, Bertus; Davis, Dennis; Clarendon Press) 382 pp.
- FLECK, Leonard M.(1992): "Models of Rationing: Just Health Care Rationing a Democratic Decisionmaking Approach", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 140: pp. 1597-1636.
- HAYSOM, Nicholas (1992): "Constitutionalism, Majoritarian Democracy and Socio-Economic Rights", *South African Journal of Human Rights*, vol. 8.
- HUNT, Paul (1993): "Reclaiming Economic, Social and Cultural Rights", *Waikato Law Review*, vol. 1: pp. 141-163.
- HUNT, Paul (1996): *Reclaiming Social Rights. International And Comparative Perspectives* (Dartmouth Publishing Company) 313 pp.
- JACKMAN, Martha (1992): "Constitutional Rhetoric and Social Justice: Reflections on the Justiciability Debate", en: *Social Justice And The Constitution: Perspectives On A Social Union For Canada* (Bakan, Joel & Schneiderman, David, eds., Carleton University Press) 176. pp.
- JAMES, Rhoda y LONGLEY, Diane (1995): "Judicial Review and Tragic Choices: Ex Parte B", en: *Public Law*: p. 367.
- KENDE, Mark (2003): "The South African Constitutional Court's Embrace of Socio-Economic Rights: A Comparative Perspective", *Chapman Law Review*, vol. 6: p. 137.
- KING, Jeff A (2007): "The Justiciability of Resource Allocation", *Modern Law Review*, vol. 70 N° 2: pp. 197-224.
- KLARE, Karl (1998): "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", *South African Journal of Human Rights*, vol. 14: pp. 146-188.
- KLUG, Heinz (2002): "Five Years On: How Relevant is the Constitution to the New South Africa?", *Vermont Law Review*, vol. 26: pp. 803-819.
- KOCH, Ida (2002): "Social Rights as Components in the Civil Right to Personal Liberty: Another Step Forward in the Integrated Human Rights Approach?", *Netherlands Quarterly Of Human Rights*, vol. 20: pp. 29-51.
- MELISH, Tara (2002): *Protecting Economic, Social And Cultural Rights In The Inter-American Human Rights System. A Manual On Presenting Claims* (Orville H. Schell Jr. Center for International Human Rights, Yale Law School, Centro de Derechos Económicos y Sociales) 473 pp.



- MICHELMAN, Frank I. (2003): "The Constitution, Social Rights, and Liberal Justification", *International Journal Of Constitutional Law*, vol. 1: pp. 13-34.
- MUREINIK, Etienne (1992): "Beyond a Charter of Luxuries: Economic Rights in the Constitution", *South African Journal of Human Rights*, vol. 8: pp. 464-474.
- PALMER, Elizabeth (2000): "Resource Allocation, Welfare Rights – Mapping the Boundaries of Judicial Control in Public Administrative Law", *Oxford Journal Of Legal Studies*, vol. 20: pp. 63-88.
- PARKIN, Alan (1995): "Allocating Health Care Resources in an Imperfect World", *Modern Law Review*, vol. 58, N° 6: pp. 867-878.
- PIETERSE, Marius (2007): "Health Care Rights, Resources and Rationing", *South African Law Journal*, vol. 124: pp. 514-563.
- PIETERSE, Marius (2004): "Coming to Terms with Judicial Enforcement of Socio-Economic Rights", *South African Journal of Human Rights*, vol. 20: pp. 383-417.
- PLANT, Raymond (2003): "Social and Economic Rights Revisited", *The King's College Law Journal*, vol. 14: pp. 1-20.
- ROUX, Theunis (2004): "Legitimizing Transformation: Political Resources Allocations in the South African Constitutional Court", *Democratization And The Judiciary. The Accountability Function Of Courts In New Democracies* (Gloppen, S. Gargarella, R. & Skaar, E., eds., Frank Cass) pp. 92-112.
- SCOTT, Craig y MACKLEM, Patrick (1992): "Constitutional Ropes Of Sand Or Justiciable Guarantees? Social Rights In A New South African Constitution", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141: pp. 1-148.
- SHUE, Henry (1980): *Basic Rights. Subsistence, Affluence And U.S. Foreign Policy* (Princeton University Press) 248 pp.
- SUNSTEIN, Cass (1993): "Against Positive Rights", *East European Constitutional Review*, vol. 1-3 (Winter) pp. 35-38.
- SUNSTEIN, Cass (2001): "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa", *John M. Olin Law and Economics Working Paper*, N° 124 (The Law School, University of Chicago) pp. 123-132.
- SUNSTEIN, Cass (1996): *Legal Reasoning And Political Conflict* (Oxford University Press) 220 pp.
- SYRETT, Keith (2005): "Deference or Deliberation: Rethinking the Judicial Role in the Allocation of Healthcare Resources", en *Medicine and Law*, vol. 24: pp. 309-322.
- TUSHNET, Mark (2004): "Constitutional Courts in the Field of Power Politics: Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review", *Texas Law Review*, vol. 82.
- VIERDAG, E.W (1978): "The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 9: pp. 69-105.