

RLF^P

Revista
Latinoamericana de
Filosofía
Política

Centro de Investigaciones Filosóficas

ISSN 2250-8619 • Vol. VII • N° 6 • 2018 • Buenos Aires • Argentina

**DERECHOS SOCIALES Y
EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD**
Federico De Fazio

DERECHOS SOCIALES Y EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD

FEDERICO DE FAZIO

Universidad de Buenos Aires / Becario posdoctoral del Conicet

Av. Figueroa Alcorta, 2263, 1° Piso (Instituto "A. L. Gioja"),

Buenos Aires, Argentina

federicodefazio@derecho.uba.ar

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto realizar una reconstrucción racional acerca del uso del examen de proporcionalidad en contextos de adjudicación de derechos sociales. Sostiene la tesis de que un derecho social se encuentra vulnerado cuando la omisión de una o varias acciones positivas fácticas que lo limita es desproporcionada en sentido amplio, es decir, que o bien carece de idoneidad o bien es innecesaria o bien desproporcionada en sentido estricto.

Palabras clave: Derechos Sociales, Examen de Proporcionalidad, Racionalidad

ABSTRACT

This article aims to realize a rational reconstruction of the use of the proportionality analysis in order to adjudicate social rights. It supports the thesis that a social right is violated when the omission of one several factual positive actions, which limits it, is disproportionate in a broadly sense, i.e., that either it lacks suitability or unnecessary or it is disproportionate in a narrow sense.

Keywords: Social Rights, Proportionality Analysis; Rationality.

1. Introducción

Una clásica objeción dirigida en contra de la exigibilidad judicial de los derechos sociales¹ plantea el siguiente interrogante: ¿es posible determinar racionalmente cuándo un derecho social ha sido vulnerado? Existen tres teorías que pretenden dar respuesta a este interrogante y que pueden ser denominadas, respectivamente: *teoría convencionalista*² (Tushnet 2008: 228; Ferraz 2008: 587), *teoría del contenido esencial*³ (Parra Vera 2006) y *teoría de los principios* (Alexy 1986: 465; Arango 2005: 200 y ss.; Borowski 2006: 175 y ss.; Clérico 2009: 322 y ss.; Young 2012: 126 y ss.). En este artículo solamente se pondrá el foco sobre esta última.

La *teoría de los principios* sostiene que un derecho social ha sido vulnerado cuando el grado de su realización es menor a aquel que era posible de acuerdo con las circunstancias fácti-

1. Aquí los derechos sociales serán definidos en un sentido estricto, es decir, como derechos subjetivos que gozan de rango constitucional y cuya estructura está compuesta por: un sujeto titular “a”, que representa a una persona física; un sujeto destinatario “b”, que puede ser tanto al Estado como a una persona física o jurídica de derecho privado y un objeto “A_{pr}”, que simboliza una acción positiva fáctica, esto es, la entrega de un bien material y la prestación de un servicio (De Fazio 2018). Este concepto estricto no excluye la posibilidad de fundamentar conceptos más amplios que resulten adecuados para reconstruir otros contextos de discurso como, por ejemplo, la reconstrucción dogmática del contenido un derecho social en particular. Sin embargo, a los efectos del presente trabajo, es preferible inclinarse por el concepto estricto propuesto, ya que permite circunscribir la discusión sobre los contornos más problemáticos de los derechos sociales.

2. La teoría convencionalista sostiene que un derecho social ha sido vulnerado cuando el grado de su realización es menor de aquel que ya ha sido determinado por medio del texto constitucional, un precedente judicial o el consenso dogmático.

3. La teoría del contenido esencial sostiene que un derecho social ha sido vulnerado cuando el grado de su realización es menor al grado de su realización más básico o mínimo. Esta teoría ha sido fuertemente objetada (Lehmann 2006 y Young 2012).

cas y jurídicas,⁴ es decir, cuando ha sido realizado en un grado menor al grado de su cumplimiento óptimo. Si bien, en un primer vistazo, esta teoría puede parecer demasiado abstracta, resulta sumamente reconstructiva de la argumentación que se evidencia dentro de la práctica jurídica. Así, se halla presunta cada vez que los jueces hacen uso de frases del siguiente tenor: “la demandada no realizó el máximo esfuerzo para lograr con los recursos disponibles la plena efectividad del derecho que se ha reclamado” (CSJN 335: 452, 14°) o “no se ha demostrado en la causa la existencia de muy graves circunstancias de orden económico o financiero que impidan acatar en lo inmediato el mandato constitucional de disponer, cuando menos, una recuperación sustancial del deterioro sufrido por la prestación [jubilaria] del actor” (CSJN 330: 4866, 18°).

Ahora bien, incluso admitiendo lo anterior, cabe preguntarse cuál es la clase de argumento que permite justificar que un derecho social ha sido realizado en un grado menor al grado de su cumplimiento óptimo. La respuesta inmediata de esta teoría es que ese argumento se encuentra sistematizado dentro de aquello que el derecho público conoce como el *examen de proporcionalidad*⁵ (Alexy 1986: 465; Arango 2005: 200; Bo-

4. Esta teoría tiene como presupuestos, por un lado, la distinción estricta entre reglas y principios y, por el otro, el concepto de los principios como “mandatos de optimización”, es decir, como normas que exigen que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas existentes (Alexy 1986: 75). Una fundamentación referida a la adecuación de estos dos presupuestos no puede ser hecha aquí. Pero sí ha sido realizada en otro lugar (De Fazio 2017: 52 y ss.). También es necesario aclarar que, toda vez que se hace foco sobre la argumentación judicial para la resolución de casos particulares, el análisis acerca de cuál es el grado de realización de un derecho social no es realizado en relación con la política pública en general, sino con el caso individual que se encuentra bajo estudio.

5. En un sentido similar y en relación con la jurisprudencia de la Corte Constitucional Sudafricana, Cass Sunstein ha señalado que “aquello que la Corte Constitucional sudafricana básicamente ha hecho es adoptar un modelo de derecho administrativo [para la adjudicación] de derechos sociales” (Sunstein 2001: 13).

rowski 2006: 191; Clérico 2009: 332; Young 2012: 126).⁶ Sin embargo, los autores que afirman esto no han sido lo suficientemente explícitos con relación a cómo debe ser representada la estructura del examen de proporcionalidad para el análisis particular de los derechos sociales.⁷ Por otra parte, también existen serias objeciones en contra de su racionalidad. Por eso, el objetivo del presente artículo será efectuar una reconstrucción racional⁸ del examen de proporcionalidad por omisión que permita avanzar sobre estas cuestiones.⁹

Tal reconstrucción estará guiada por la siguiente hipótesis: *un derecho social se encuentra realizado en un grado menor al grado de su cumplimiento óptimo cuando la omisión de una o*

6. El examen de proporcionalidad es tradicionalmente entendido como una estructura de argumentación compuesta por tres sub-exámenes: idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*. Reconstrucciones clásicas de este examen pueden encontrarse en: (Schlink 1976; Clérico, 2009).

7. En este sentido, Laura Clérico señala que el examen de proporcionalidad por omisión (Untermaßverbot) ha tenido un desarrollo mucho menor en comparación con la cantidad de estudios que existen sobre el examen de proporcionalidad por exceso (Übermaßverbot) (Clérico 2009: 320).

8. Una reconstrucción racional consiste en la transformación de nociones vagas e inexactas, habitualmente empleadas en el marco de la teoría y práctica jurídica, por otras nociones más precisas y exactas que también puedan ser aplicadas en la mayoría de los contextos en que son usadas las anteriores (Alchourrón y Bulygin 1975: 29).

9. Esta investigación pretende profundizar aquello que solamente fue planteado o sugerido por la *teoría de los principios* en relación con el examen de proporcionalidad por omisión. Sin embargo, se separa de sus planteos más tradicionales que afirman que el examen de proporcionalidad por omisión tiene una estructura diversa y más compleja en comparación con el más conocido examen de proporcionalidad por exceso (Alexy 2011; Borowski, 2006: 104; Clérico 2009: 323). Aquí se asume la tesis que indica que desde el punto de vista de la argumentación judicial el examen de proporcionalidad por omisión exhibe la misma estructura que su variante por exceso, aunque con la diferencia dogmática de que lo que se analiza en el primero es una acción negativa, mientras que en el segundo es una acción positiva. Una fundamentación al respecto ha sido hecha en otro lugar (De Fazio, 2017: 149).

*varias acciones positivas fácticas que lo limitan es desproporcionada en sentido amplio, es decir, que o bien carece de idoneidad o bien es innecesaria o bien desproporcionada en sentido estricto.*¹⁰ Qué es lo que esto significa será clarificado a lo largo del presente trabajo. De esta manera, primeramente, se precisarán cuáles son los presupuestos que deben darse para que resulte adecuado hacer uso del examen de proporcionalidad (II). Luego, se expondrán cada uno de los sub-exámenes que integran el examen de proporcionalidad, esto es, los sub-exámenes de idoneidad (III), de necesidad (IV) y de proporcionalidad *stricto sensu* (V). Por último, se presentarán unas palabras finales a modo de cierre (VI).

II. Los presupuestos del examen de proporcionalidad por omisión

Para que resulte adecuado hacer uso del examen de proporcionalidad por omisión deben darse dos presupuestos (Bernal 2003: 614). En primer lugar, que exista la omisión de una o varias acciones positivas fácticas. En segundo lugar, que esa omisión limite a un derecho social. Resulta evidente que pueden plantearse interrogantes tanto conceptuales como metodológicos respecto de ambos presupuestos. Por razones analíticas es preferible estudiarlos por separado.

10. Se hablará de “proporcionalidad” o “desproporción” en sentido amplio para referirse al resultado del juicio de proporcionalidad como un todo, es decir, del examen compuesto por los tres sub-exámenes de idoneidad, necesidad y ponderación. En cambio, se hablará de “proporcionalidad” o “desproporción” en sentido estricto para referirse, únicamente, al resultado del último sub-examen, esto es, el de ponderación.

II.1. Omisión de una o varias acciones positivas fácticas

Las omisiones que aquí interesan son aquellas omisiones a acciones positivas fácticas, es decir, a la entrega de un bien material o la prestación de un servicio (Arango 2005: 110).¹¹ Una acción positiva fáctica puede ser representada estructuralmente de la siguiente manera:

$$(1) A_{pf}$$

Por lo tanto, la estructura de las omisiones de acciones positivas fácticas puede ser inferida directamente a través de su negación:

$$(2) \neg A_{pf}$$

Si esto es así, entonces puede afirmarse que el contenido de tales omisiones es *dependiente* de cuál o cuáles sean las acciones positivas fácticas que forman parte del objeto de los derechos sociales. Sin embargo, aquí pueden plantearse dos interrogantes relativos a cómo puede determinarse cuál o cuáles son las acciones positivas fácticas que son exigidas por los derechos sociales.

Un primer interrogante está relacionado con la indeterminación de las disposiciones constitucionales. Por lo general, a partir de las disposiciones constitucionales no pueden extraerse directamente normas que expliciten cuáles son las

11. Los derechos a una acción positiva son distinguibles según exijan una acción normativa o fáctica. Una acción positiva normativa refiere a la creación de normas. Ejemplos al respecto son los llamados “derechos de protección frente a terceros” o “derechos de organización y procedimiento”. En cambio, una acción positiva fáctica refiere a la entrega de un bien material o la prestación de un servicio. Por ejemplo, el otorgamiento de un subsidio mínimo vital, de una vivienda, de un medicamento o de un servicio de salud (Alexy 1986: 395 y ss.).

acciones positivas fácticas que deben ser adoptadas por parte del obligado de un derecho social (Böckenförde 1993: 77; Ferraz 2008: 587). Esto, por supuesto, representa una dificultad. No obstante, no significa que su determinación resulte imposible. Pues, si se entiende (presuponiendo en esto a la *teoría de los principios*) que los derechos sociales son algo que debe ser realizado en la mayor medida posible, entonces todas las acciones positivas fácticas que contribuyan con su maximización están *prima facie* ordenadas.¹² La identificación de cuál o cuáles son las acciones positivas fácticas que contribuyen con ese mayor grado de realización depende de las reglas de la argumentación empírica; en particular, de los argumentos que justifican relaciones *medio-fin* (Clérico 2009: 46). Las relaciones *medio-fin* pueden ser justificadas empíricamente por medio de criterios cuantitativos,¹³ cualitativos¹⁴ o probabilísticos¹⁵ (Clérico 2009: 46). Por lo tanto, lo que en esta etapa de la argumentación debe demostrarse es si una o varias acciones positivas fácticas contribuyen, ya sea en un sentido cuantitativo, cualitativo o probabilístico, con un mayor grado de realización de un derecho social. Esto sucede, por ejemplo, cuando se aduce que el otorgamiento de un determinado medicamento o de un servicio de atención médica contribuye, en alguno o varios de esos sentidos, con un mayor grado de realización del derecho a la salud de un

12. En este sentido, Sieckmann entiende que los principios o argumentos normativos que prescriben derechos de prestación representan “mandatos universales de validez” (Sieckmann 2012: 46).

13. Los criterios cuantitativos indican si una medida contribuye con la realización o no-realización de un fin en un número mayor, igual o menor (Clérico 2009: 57).

14. Los criterios cualitativos indican si una medida contribuye con la realización o no-realización de un fin de una mejor, igual o peor manera (Clérico 2009: 57).

15. Los criterios probabilísticos indican si una medida contribuye con la realización o no-realización de un fin con un alto grado de seguridad, con un mismo grado de seguridad o con un bajo grado de seguridad (Clérico 2009: 57).

sujeto titular o demandante. Con todo, es preciso aclarar que, en este momento del discurso, no es necesario fundamentar que ese mayor grado de realización es, a la vez, óptimo. Esto último solo puede obtenerse como resultado del examen y dependerá de cuáles sean las razones que hablan en contra del otorgamiento definitivo del derecho social en cuestión.

Un segundo interrogante está relacionado con el potencial carácter disyuntivo del objeto de los derechos sociales. Así, los derechos sociales pueden exigir tanto acciones positivas fácticas definidas como disyuntivas (Alexy 1986: 420; Clérico 2011: 395; O’Neil 1996: 132; Sieckmann 1990: 39). Exigen acciones fácticas definidas cuando solamente pueden ser maximizados por medio de una única medida técnicamente idónea. Tal es el caso, por ejemplo, de cuando solamente existe un único medicamento adecuado para realizar en un mayor grado el derecho a la salud de un titular. Ante esta clase de supuestos, no puede haber dudas respecto de cuál es la acción positiva fáctica que está *prima facie* ordenada.

No obstante, sí se generan mayores perplejidades cuando un derecho social exige una acción positiva fáctica disyuntiva, es decir, cuando el mismo puede ser maximizado alternativamente a través de más de una medida idónea. Por ejemplo, cuando el derecho a la vivienda de un titular puede ser maximizado o bien por la entrega de un inmueble en propiedad o bien por medio de la renta de un inmueble a su favor o bien mediante la entrega de un subsidio. En estos casos no puede entenderse que todas las acciones positivas fácticas están ordenadas al mismo tiempo, sino que es obligatorio adoptar al menos una de ellas (Alexy 1986: 421). Por lo tanto, aquí sí se da una genuina situación de indeterminación. Con todo, ello no representa en sí mismo un problema. Pues el examen de proporcionalidad puede ser perfectamente desplegado en todos sus pasos incluso cuando lo que se analiza es la omisión de varias acciones positivas fácticas disyuntivas. Esto está presupuesto frecuentemente en la práctica jurídica cuando los jueces analizan un amparo o una tutela en virtud de la “fal-

ta de políticas públicas adecuadas” (CSJN 335: 452, 16° del voto de Petracci) o “necesarias” (CCC T-760/08, 2.2.1 o “[...] la ausencia de servicios para aquellos en situación crítica [...]” (CCS CCT 11/10, 63° del voto de Yacoob), sin por ello hacer referencia a una acción positiva fáctica concreta que deba ser realizada. Además, el carácter disyuntivo del objeto de los derechos sociales tampoco impide llegar a un resultado como producto del examen. Pues, si como resultado de un juicio de proporcionalidad se obtiene que un derecho social ha sido vulnerado, entonces el demandado no es libre para elegir entre adoptar o no alguna de las acciones positivas fácticas alternativas. Está obligado a adoptar al menos una. Ello, sin perjuicio de que cuente con un margen de discrecionalidad para escoger cuál de ellas llevar a cabo (Alexy 2002: 24).

II.2. Limitación a un derecho social

Ahora bien, la determinación de la omisión de una o varias acciones positivas fácticas es un presupuesto necesario, más no suficiente para que resulte admisible hacer uso del examen de proporcionalidad. Se requiere, además, que esa omisión provoque una limitación en el grado de realización de un derecho social. Para demostrar esto último es necesario fundamentar dos cosas.

Lo primero que debe fundamentarse es que el grado de realización de un determinado derecho social ha sido limitado. Limitación a un derecho social resulta cuando ha sido realizado en un grado menor al grado de su cumplimiento pleno. Su demostración se obtiene comparando el grado de su realización actual con el grado de su realización total (Sieckmann 2006: 187). No obstante, debe aclararse que la limitación a un derecho social no implica necesariamente su vulneración. Más bien, solamente representa un argumento que *prima facie* habla en contra de permitir la omisión de una o varias acciones positivas fácticas. La única forma de justificar que un derecho social ha sido vul-

nerado es demostrando que el mismo ha sido “sub-optimizado”, es decir, limitado sin razones suficientes. Pero ello solo puede obtenerse como resultado del examen de proporcionalidad por omisión y no antes.

Lo segundo que debe fundamentarse es que existe una relación causal entre tal limitación y la omisión de una o varias acciones positivas fácticas previamente determinada. Una respuesta al respecto se infiere directamente de aquello que ya fuera dicho en relación con la determinación de la omisión y el uso de argumentos que justifican relaciones *medio-fin*. Pues, si ya se ha fundamentado que una o varias acciones positivas fácticas contribuyen, ya sea en un sentido cuantitativo, cualitativo o probabilístico con un mayor grado de realización de un principio de derecho social, entonces puede inferirse, sin más, que su omisión contribuye con su no-realización y, por tanto, con su limitación.

Ahora bien, esto último puede dar lugar a una clásica objeción filosófica que aduce que una omisión no puede ser causa de ninguna consecuencia. Ello representa una variante de la máxima de Saliceto que reza: *ex nihilo nihil fit* (Nino 1989: 326). Sin embargo, esta objeción es inadmisibles. Supone una concepción de la causalidad que resulta incompatible con nuestros usos más habituales del lenguaje (Nino 1989: 327). En este sentido, es perfectamente inteligible aducir que ciertas omisiones son causas de determinados eventos, como cuando decimos que la falta de lluvia causó la pérdida de una cosecha o que la falta de una atención médica oportuna causó la muerte del paciente (Nino 1989: 238). Esto pone en evidencia que la noción de causalidad no está vinculada a factores fácticos como el carácter positivo o negativo de la acción, sino a factores normativos, es decir, a un deber o expectativa de conducta esperada (Nino, 1989: 331).¹⁶ Por lo tanto, no existe

16. A la inversa, Nino pone de relieve que también son razones normativas las que asignan causalidad a las acciones positivas. Así, por ejemplo, la

obstáculo conceptual para identificar una relación causal entre la omisión de una o varias acciones positivas fácticas y la limitación de un derecho social.

Una vez que se encuentran cumplidos los dos presupuestos referidos tanto a la determinación de la omisión de una o varias acciones positivas fácticas como a la limitación de un derecho social como consecuencia de aquella, es posible pasar al análisis de los argumentos específicos que integran el examen de proporcionalidad por omisión. Como se verá, la utilización en contextos adecuados de cualquiera de estos argumentos permite dar cuenta de cuándo un derecho social ha sido “sub-optimizado”.

III. El sub-examen de idoneidad

Un primer argumento que permite justificar que un derecho social ha sido realizado en un grado de cumplimiento menor al óptimo se encuentra representado por el sub-examen de idoneidad (Clérico 2009: 39). De acuerdo con él, toda omisión de una o varias acciones positivas fácticas que limite a un derecho social debe, por lo menos, contribuir con el fomento de algún fin legítimo. De esta definición pueden desagregarse cuáles son las dos exigencias que el sub-examen de idoneidad establece. En primer lugar, que la mencionada omisión persiga un fin legítimo. En segundo lugar, que sea técnicamente adecuada para fomentarlo.

presencia de oxígeno en la atmósfera es una condición necesaria para que un incendio se produzca, pero sería absurdo que un inspector de seguros denunciara tal hecho como la causa de un incendio en una fábrica (Nino 1989: 328).

III.1. La determinación y legitimidad del fin

La primera exigencia supone evaluar la legitimidad del fin que la omisión de una o varias acciones positivas fácticas pretende fomentar. Un fin puede ser definido como un estado de cosas que, explícita o implícitamente, se procura promover a través de una determinada medida (Clérico 2009: 41). Ahora bien, esta exigencia puede dar lugar a dos interrogantes.

Un primer interrogante es metodológico y refiere a cómo se determina cuál es el fin o estado de cosas que la omisión persigue. A tales efectos valen las reglas de los argumentos interpretativos; en particular, de los argumentos teleológico-objetivos (Alexy 1978: 295) y genéticos (Alexy 1978: 291). Ello no suele presentar mayores problemas en la práctica y se verifica, por ejemplo, cuando se aduce que la omisión de entregar una vivienda digna tuvo el fin explícito o implícito de garantizar el “equilibrio presupuestario” (CSJN 335: 452, 13° del voto de la mayoría) o de “no perjudicar la pretensión de otros individuos más necesitados” (CC de Sudáfrica CCT 32/97, 58° del voto de Sachs).

Ahora bien, incluso admitiendo la posibilidad de determinar el fin que es perseguido por la omisión, aún persiste un interrogante jurídico-normativo. Éste refiere a cuándo puede considerarse que un fin es o no legítimo. Un fin es ilegítimo cuando su promoción está definitivamente prohibida por una norma constitucional (Clérico 2009: 85). Cuando tal es el caso, la omisión no puede fungir como razón válida para limitar el grado de realización de un derecho social. Un ejemplo hipotético es aquel en el que se rechazara la entrega de un medicamento a un individuo en virtud de su condición racial. En cambio, un fin es legítimo cuando su fomento no está definitivamente prohibido por una norma constitucional (Clérico 2009: 85), es decir, que o bien está permitido o bien está ordenado. En estos casos, el fin sí puede fungir como una razón válida para limitar a un derecho social. Aunque siempre se trata de una razón *prima facie*, pues, como se verá más adelante, la legitimidad de un fin no garantiza de por sí su proporcionalidad.

III.2. La idoneidad de la omisión de una o varias acciones positivas fácticas

La segunda exigencia supone verificar si la omisión de una o varias acciones positivas fácticas es idónea para promover la realización del fin legítimo previamente determinado. Si logra demostrarse que la omisión que limita a un derecho social no es técnicamente adecuada para fomentar al fin que persigue, entonces la misma es desproporcionada en sentido amplio y, con ello, queda justificado que el derecho social ha sido realizado en una medida de cumplimiento menor a la que era fácticamente posible u óptima.

Pero, ¿cómo puede justificarse que una omisión no es idónea para promover la realización de un fin legítimo? Aquí valen, nuevamente, las reglas de los argumentos que justifican relaciones *medio-fin*. En concreto, debe demostrarse que la omisión de una o varias acciones positivas fácticas no contribuye en un sentido cuantitativo, cualitativo o probabilístico con la realización del fin que pretende fomentar.

Ahora bien, teniendo en cuenta que una omisión puede realizar en diferentes grados y aspectos a un determinado fin, puede preguntarse si esa relación de fomento debe ser entendida en un sentido *fuerte* o *débil* (Clérico 2009: 59). Es entendida en un sentido *fuerte* cuando se exige que la omisión deba realizar al fin en el mayor grado posible tanto en su aspecto cuantitativo, cualitativo o probabilístico (Clérico 2009: 59). De acuerdo con este criterio, una omisión puede ser declarada prohibida por falta de idoneidad en todos aquellos supuestos en que no sea la medida más eficaz para alcanzar el fin deseado. Sin embargo, esta interpretación no puede ser aceptada en virtud de dos argumentos. Un primer argumento es institucional e indica que si, como resultado del sub-examen de idoneidad, solamente permanecieran como válidas las omisiones más eficaces, entonces quedaría seriamente comprometida la competencia del legislador (Clérico 2009: 40). El segundo argumento es de racionalidad y sostiene que, si la relación de fomento

fuera entendida en sentido *fuerte*, entonces muchas omisiones quedarían excluidas de los otros sub-exámenes de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Esto implicaría dejar afuera de antemano a otros posibles argumentos relevantes para la decisión (Clérico 2009: 41). Pero, la consideración de todos los argumentos posibles es un presupuesto para cualquier decisión racional. Por lo tanto, solamente cabe la alternativa de que las relaciones de fomento sean entendidas en un sentido *débil* (Clérico 2009: 59), esto es, cuando solamente se exige que la omisión promueva al fin en algún grado y sentido. De acuerdo con este segundo criterio, solamente pueden ser prohibidas por falta de idoneidad aquellas omisiones que no fomentan absolutamente en nada al fin legítimo.

Si se acepta la interpretación *débil* del sub-examen de idoneidad, entonces pueden reconstruirse cuáles son los posibles resultados que este último puede arrojar (Clérico 2009: 40). Así, cuando la omisión de una o varias acciones positivas fácticas contribuye en algún grado y sentido con el fomento de un fin legítimo, entonces debe ser tenida por idónea y proseguir a evaluar su necesidad y/o proporcionalidad en sentido estricto.

En cambio, cuando la omisión de una o varias acciones positivas fácticas no contribuye en ningún grado ni sentido con la promoción de un fin legítimo, entonces debe ser tenida por técnicamente inadecuada y, por lo tanto, como desproporcionada en sentido amplio. Con ello, queda justificado que el derecho social ha sido realizado en un grado de cumplimiento menor al que era óptimo de acuerdo con sus posibilidades fácticas. Un ejemplo de este último supuesto se extrae de un fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina conocido bajo el nombre *Asociación Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud de la Nación argentina*. Allí, la mencionada asociación presentó un amparo para que se declare inconstitucional un decreto emitido por el Ministerio de Salud, por medio del cual se excluía la cobertura de medicamentos a aquellos enfermos de esclerosis múltiple que no hubieran sufri-

do “dos brotes durante los últimos dos años” (CSJN 326:4931: 1°). El fin explícito que esa omisión pretendía promover era el de “evitar tratamientos farmacológicos innecesarios” (CSJN 326:4931: 3°). Sin embargo, la pericia médica arrojó que el hecho de no sufrir “dos brotes durante los últimos dos años” no representa un criterio médico-científico que permita concluir el carácter “innecesario” del tratamiento farmacológico. Por el contrario, los peritos adujeron que la medicación temprana de pacientes con esclerosis múltiple sin manifestaciones externas permite recudir significativamente el avance de la enfermedad. Por lo tanto, la omisión de otorgar los medicamentos, por un lado, limitaba el derecho a la salud de los pacientes con esclerosis múltiple, pero, por el otro, no promovía el fin buscado de “evitar tratamientos innecesarios”. Como consecuencia de ello, la Corte Suprema declaró su inconstitucionalidad y lo hizo explícito a través de la siguiente frase: [La pericia médica] echa por tierra el único argumento del Ministerio de Salud para sostener la validez de la resolución, esto es, evitar de este modo tratamientos innecesarios frente a la inexistencia de diagnósticos certeros (CSJN, 326:4931, 8°).

Por supuesto, un tercer resultado posible es que, luego de realizado el sub-examen de idoneidad, persistan dudas tanto respecto de la legitimidad del fin como de la adecuación técnica de la omisión. En estos casos, debe tenerse al fin como legítimo o a la omisión como idónea y proseguir con los otros sub-exámenes. Esto es así, en virtud de las mismas razones que apoyan la interpretación *débil* del sub-examen de idoneidad, esto es, razones vinculadas a las competencias institucionales y la racionalidad en la toma de decisiones.

IV. El sub-examen de necesidad

Un segundo argumento que permite justificar que un derecho social ha sido realizado en un grado menor al óptimo se encuentra representado por el sub-examen de necesidad (Clé-

rico 2009: 70). De acuerdo con él, toda omisión de una o varias acciones positivas fácticas que limite a un derecho social debe ser necesaria para contribuir con el fomento del fin legítimo. En este sentido, si puede demostrarse que existe alguna medida alternativa a la omisión (esto es, una acción positiva fáctica) que permite promover, por lo menos, en un mismo grado al fin legítimo, pero que a la vez limita en un menor grado al derecho social, entonces debe tenerse a la omisión como desproporcionada en sentido amplio.

De la definición anterior se deriva que la estructura del sub-examen de necesidad puede ser desdoblada analíticamente en dos pasos (Clérico 2009: 70). Así, el primer paso está focalizado en la determinación de si se verifican o no medidas alternativas a la omisión que puedan fomentar (por lo menos) en un mismo grado al fin legítimo. El segundo paso consiste en determinar si esa o esas medidas alternativas limitan en un menor grado al derecho social o, lo que es lo mismo, si permiten su maximización.

IV.1. La igual idoneidad de las medidas alternativas

Como ya se advirtió, en este primer paso de argumentación debe fundamentarse que existe alguna medida alternativa a la omisión, es decir, alguna acción positiva fáctica, que permite promover al fin legítimo (por lo menos) en un mismo grado de realización. Aquí, no se trata de evaluar la mera idoneidad de la medida alternativa en relación con el fin legítimo. Tampoco se trata de evaluar si la misma garantiza su grado máximo de realización posible. Más bien, lo que debe fundamentarse es que la medida alternativa fomenta al fin legítimo, al menos, de igual manera que la omisión. En este sentido, implica un examen acerca de su idoneidad, aunque tomando en cuenta una “pauta de comparación fija” (Clérico 2009: 108).

Desde ya, aquí es posible plantear interrogantes metodológicos tanto respecto de cómo pueden ser identificadas las me-

didadas alternativas como respecto de cuáles son los criterios que permiten determinar que una medida alternativa permite promover a un fin en un igual o mayor grado en comparación con la omisión que se examina. El primer interrogante es el más fácil de responder. Existe una medida alternativa cuando ésta es técnicamente adecuada para fomentar en algún grado y sentido al fin legítimo que es perseguido por la omisión. A tales efectos, vale lo ya dicho en relación con el sub-examen de idoneidad. El segundo interrogante presenta mayores complejidades. Pues, no es claro si la medida alternativa debe realizar en igual o mayor grado al fin legítimo en todos sus aspectos cuantitativos, cualitativos y probabilísticos o si es suficiente con demostrar su igual idoneidad solamente en alguno de ellos. En principio es lógico exigir que esa igual idoneidad deba ser examinada en todos sus sentidos (Clérico 2009: 111). Sin embargo, esto puede no ser así en todos los contextos de argumentación, ya que es posible imaginar situaciones en las que se fundamente la validez de medidas alternativas que promueven en un igual o mayor grado al fin en relación con un aspecto, pero no en relación con otro. En estos supuestos, debe fundamentarse que aquellos aspectos en que la medida alternativa resulta igual o más idónea son los “relevantes”, mientras que los demás aspectos no lo son (Clérico 2009: 111).

Como resultado de este primer paso pueden obtenerse tres resultados diferentes. Si la medida identificada como alternativa no es, al menos, igualmente idónea que la omisión, entonces la misma debe ser tenida por necesaria y pasar directamente al sub-examen de proporcionalidad en sentido estricto.¹⁷ En cambio, si lo es, entonces debe analizarse si además

17. Tal sería el caso, por ejemplo, si se omitiera hacer entrega de un medicamento producido localmente en razón de su costo y existieran otros laboratorios internacionales que también fabrican el mismo compuesto pero cuya importación hace su costo más elevado que el anterior.

resulta menos lesiva con respecto al derecho social.¹⁸ Esto implica dirigir el análisis hacia el segundo paso del sub-examen de necesidad. Por último, también puede ser que surjan dudas con respecto a si una medida alternativa es o no igualmente idónea que la omisión. En estos supuestos, debe tenerse a la omisión como necesaria.

IV.2. La menor lesividad de las medidas alternativas

En este segundo paso debe fundamentarse si alguna de las medidas alternativas previamente identificadas resulta menos lesiva en relación con el derecho social, es decir, si su adopción permite un mayor grado de su realización en comparación con la omisión que se encuentra bajo análisis. Aquí, nuevamente, se trata de un examen acerca de su idoneidad sobre la base de una “pauta de comparación fija” (Clérico 2009: 108).

Como producto de este segundo paso, también pueden obtenerse tres resultados diferentes. Si la medida alternativa (previamente identificada como igualmente idónea) no promueve en un mayor grado a un derecho social, entonces la omisión debe ser considerada necesaria y proseguir con el análisis acerca de su proporcionalidad en sentido estricto.

En cambio, si una medida alternativa (previamente identificada como igualmente idónea) garantiza un mayor grado de realización del derecho social, entonces la omisión es innecesaria y, por tanto, desproporcionada en sentido amplio. Con ello, queda nuevamente demostrado que un derecho social ha sido realizado en un grado de cumplimiento menor al que era óptimo de acuerdo con sus posibilidades fácticas. Un ejemplo

18. Tal sería el caso de cuando un gobierno rechaza hacer entrega de un medicamento en razón de su costo y un laboratorio privado ofreciera donárselo. Algo semejante se presentó en la sentencia CCT 8/02 resuelto por la Corte Constitucional de Sudáfrica.

en este último sentido se extrae de la sentencia *T-561/12* dictada por la Corte Constitucional de Colombia. Allí, una mujer víctima del desplazamiento forzado solicitó la inconstitucionalidad de una decisión administrativa, que le rechazó el otorgamiento de un subsidio mínimo vital legalmente establecido para personas en su condición. El motivo del rechazo se basó en el hecho de que la mujer carecía de su cédula de identidad.¹⁹ El fin legítimo alegado por la administración era el de “evitar defraudaciones y suplantaciones y brindar seguridad a las personas víctimas del desplazamiento respecto de la entrega del subsidio” (CCC T-561/12, 3.1°). La Corte, finalmente, hizo lugar al pedido de la actora, bajo el argumento de que la omisión de hacer entrega del subsidio por ausencia de cédula de identidad resultaba innecesaria. Pues, en el caso existía una medida alternativa a la omisión que permitía fomentar en un mismo grado al fin de “evitar suplantaciones”, aunque sin limitar el derecho al mínimo vital de la mujer. Esta medida alternativa consistía en hacer entrega del subsidio bajo la condición de que la mujer pudiera acreditar su identidad por medio de un certificado firmado por los funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC), un certificado de cédula en trámite y su contraseña personal de seguridad social.

Así lo explicitó la Corte al decir: [E]n este caso, la peticionaria aportó dos certificados de funcionarios públicos que tienen atribuciones legales estrechamente ligadas a la fe pública en relación con el registro civil de las personas. Esto lleva a considerar que, en efecto, puede haber medidas alternativas que tengan la misma eficacia que la presentación de la cédula para asegurar la entrega del dinero a los destinatarios (CCC T-561/12, 4.2°).

19. Es preciso aclarar que la mujer había perdido su cédula en el acto de mudanza y que, además, el Estado colombiano demoraba mucho la emisión de la nueva cédula.

Por último, también pueden persistir dudas con respecto a si una determinada medida alternativa es o no menos lesiva en relación con el derecho social. En estos casos, debe presumirse la necesidad de la omisión, por las mismas razones que fundamentan la interpretación *débil* del sub-examen de idoneidad.

V. El sub-examen de proporcionalidad *stricto sensu*

Un tercer argumento que permite justificar que un derecho social ha sido realizado en un grado menor al óptimo se encuentra representado por el sub-examen de proporcionalidad *stricto sensu*. A diferencia de los dos anteriores, este sub-examen recibe su fundamento en el deber de optimizar a los derechos sociales también en lo que refiere a sus posibilidades normativas, esto es, en relación con la importancia de las normas jurídicas y demás razones prácticas que hablan en sentido contrario (Alexy 1986: 100).

De acuerdo con el sub-examen de proporcionalidad *stricto sensu* la importancia de la satisfacción del fin legítimo debe ser proporcional con la intensidad de la afectación del derecho social. Esta exigencia puede ser sintetizada por medio de la siguiente variante de la “ley de la ponderación” previamente reconstruida por Robert Alexy (Alexy 1986: 186):

(A) Cuanto más intensa sea la afectación a un derecho social, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del fin legítimo.

La cuestión es cómo debe ser interpretada esta regla de argumentación dentro del marco de una práctica constitucional consolidada. En particular, debe definirse qué se entiende por “intensidad de la afectación” e “importancia de la satisfacción”. Una primera interpretación, que suele ser denominada *lineal* (Clérico 2009: 201), reduce los términos “intensidad de

la afectación” e “importancia de la satisfacción” a los respectivos grados de limitación y de realización de los intereses en juego. Así, supone que, para justificar una restricción, el grado de realización del fin legítimo debe crecer en forma proporcional de acuerdo con el grado de limitación del derecho social. Asumo que esta interpretación es adecuada para reconstruir numerosos juicios de ponderación. No obstante, no permite dar cuenta de aquellos juicios en los que participa un derecho social que cuenta con una presunción a su favor, lo cual trae aparejado una inversión de la carga de la argumentación en cabeza del demandado. Esto, por ejemplo, se pone especialmente en evidencia en todos aquellos casos en que existe una situación de “regresividad” respecto de un estado de cosas anterior²⁰ (Abramovich y Courtis 2002: 96 y ss.). Por ello, a esta primera interpretación *lineal* debe complementársele una segunda interpretación *progresiva* (Clérico 2009: 205). Esta última supone que, para justificar una restricción de aquellos derechos sociales que cuentan con una presunción a su favor, el grado de realización del fin legítimo debe crecer de forma “más que proporcional”, es decir, por encima del punto que resulta proporcional en relación con el grado de limitación del derecho social (Clérico 2009: 205).

La insuficiencia de la interpretación *lineal* y la complementación propuesta por la interpretación *progresiva* permiten poner de relieve cuáles son los factores que componen a los términos “intensidad de la afectación” e “importancia de la satisfacción” y que integran a la ley de la ponderación. Así,

20. Esta teoría dogmática referida al principio de no-regresividad se origina en la observación general n° 3 dictada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU). Allí, en el considerando 9°, el Comité sostiene: “Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.

no sólo deben considerarse a los grados de limitación del derecho social y de realización del fin legítimo, sino además sus respectivas presunciones a favor o, como se lo ha denominado de un modo más técnico, sus respectivos pesos relativos en abstracto (Sieckmann 2006: 196). Por tanto, aquello que aquí fue nombrado como la “intensidad de la afectación” de un derecho social debe ser entendido como un valor compuesto por la conjugación de su grado de limitación y su peso relativo en abstracto. Por su parte, aquello que aquí fue nombrado como la “importancia de la satisfacción” de un fin legítimo debe ser entendido como un valor compuesto por la conjugación de su grado de realización y su peso relativo en abstracto (Sieckmann 2006: 169). Por ende, es necesario precisar nuevamente a la “ley de la ponderación” de la siguiente manera:

(A”) Cuanto mayor sea el valor compuesto por el peso relativo abstracto y el grado de limitación de un derecho social, tanto mayor debe ser el valor compuesto por el peso relativo abstracto y el grado de realización del fin legítimo.

Con todo, la precisión de la estructura interna de la ponderación es un elemento necesario, más no suficiente para demostrar su racionalidad. Pues, aún deben ser clarificados cuáles son los criterios que permiten justificar materialmente tanto los grados de pesos relativos en abstracto como los grados de limitación o realización. Lo dicho se hará en lo que sigue.

V.1. Pesos relativos abstractos

Con el término “peso relativo en abstracto” se hace referencia a un valor o importancia que puede ser asignado a un interés sobre la base de razones que son incondicionadas, esto es, que no están directamente relacionadas con las circunstancias concretas del caso en las cuáles éste entra en colisión

(Sieckmann, 2006: 183). Esta asignación de valor puede ser representada gradualmente a través de una escala triádica que distinga entre pesos “altos”, “medianos” o “bajos” (Clérico, 2009: 221), aunque también pueden utilizarse variantes más simples o más complejas según las necesidades del discurso.

Ahora bien, en este punto cabe preguntarse cuándo puede considerarse que un derecho social goza de un peso abstracto “alto” en comparación con el fin legítimo que pretende restringirlo. Existen, al menos, dos situaciones. Una primera situación se da cuando el derecho social ya ha obtenido una precedencia en casos jurisprudenciales precedentes o análogos (De Fazio 2017: 122 y ss.). Ello, en virtud del principio de universalidad que exige que las decisiones anteriores sean *prima facie* seguidas, salvo que existan razones de mucho peso para no hacerlo (Alexy 1986: 505). Una segunda situación se da cuando el derecho social se conecta relevantemente con otra norma constitucional que ya cuenta con una importancia en abstracto “alta”. Un ejemplo al respecto se extrae de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación argentina. En el caso *Q.C.S.Y. c/ GCABA s/ Amparo* una mujer sin pareja ni familia residiendo en el país, desempleada y que tenía bajo custodia a un hijo que padecía una discapacidad severa se presentó ante el Estado reclamando una solución definitiva a su problema habitacional. El Estado rechazó su solicitud alegando el fin legítimo de “mantener el equilibrio presupuestario”. La Corte decidió hacer lugar a la demanda y uno de los argumentos que utilizó para fundamentar su juicio de ponderación se apoyó en el peso relativo abstracto “alto” que adquiere el derecho a la vivienda cuando se conecta con la norma constitución del artículo 75 inc. 23 que ordena brindar protección prioritaria a los grupos vulnerables como mujeres, niños y personas con discapacidad. Esto es, precisamente, lo que presupone la Corte al alegar que “(...) cuando se demuestra que el Estado, al elegir prioridades presupuestarias, ha dejado en situación de desamparo a personas en grado de extrema vulnerabilidad (...) se impone la presunción de que *prima facie* no ha implemen-

tado políticas públicas razonables, ni tampoco ha realizado el máximo esfuerzo exigido (...)” (CSJN 335: 452, 16° del voto de Petracci).

Con todo, la asignación de un peso relativo abstracto “alto” en favor de un derecho social no permite justificar, por sí solo, que el mismo ha sido “sub-optimizado”. Solamente indica que, quien quiera revertir esa presunción tendrá la carga de alegar razones de suma importancia. Esto supone fundamentar que el grado de realización del fin legítimo supera el umbral de proporcionalidad en relación con el grado de limitación del derecho social implicado. Por último, debe mencionarse que cuando no pueda asignarse un peso relativo “alto” ni en favor del derecho social ni del fin legítimo, estos factores se neutralizan entre sí (Alexy 2003: 440). Por lo tanto, el resultado de la ponderación estará condicionado, exclusivamente, por la determinación del grado de limitación del derecho social y el grado de realización del fin legítimo.

V.2. Grados de limitación y de realización

Por su parte, con los términos “grado de limitación” y “grado de realización” se hace referencia, respectivamente, a niveles de cumplimiento de los intereses que son atribuidos sobre la base de razones condicionadas, es decir, directamente relacionadas con las circunstancias concretas del caso en las cuales entran en colisión. Esta asignación de valor también puede ser representada gradualmente a través de una escala triádica que distinga entre grados de limitación o de realización “altos”, “medianos” o “bajos” (Clérico, 2009: 227). Aunque, vale reiterarlo, nada impide que puedan utilizarse variantes más simples o más complejas, si el contexto de argumentación así lo requiere.

Ambos factores se determinan comparando el grado de realización actual del derecho social o del fin legítimo con el grado de su realización plena o total. Aquí vale lo ya dicho respecto

de los argumentos que justifican relaciones *medio-fin*. Lo importante es destacar que, a diferencia de lo que sucede con la asignación de pesos relativos en abstracto, la determinación de los grados de limitación y realización depende de las circunstancias del caso en concreto. Solamente de esta manera puede explicarse por qué la Corte Constitucional de Colombia considera que la falta de entrega de medicamentos anti-retrovirales en favor de personas infectadas con el virus del HIV y sin recursos económicos suficientes representa una limitación “alta” de su derecho a la salud (CCC T-271/95: 4°), mientras que la falta de entrega de una pomada para el tratamiento del acné en favor de un menor de edad solamente representa una limitación “baja” (CCC T-073/07, 5°).

No obstante, y más allá de la necesidad de tomar en cuenta las circunstancias del caso concreto, es esperable que, tras el desarrollo y consolidación de la práctica constitucional, comiencen a aflorar criterios generales para la asignación de grados de limitación o de realización. Estos criterios generales son denominados “mandatos de consideración” (Clérico 2009: 214) y constituyen variables dogmáticas que, en referencia con una determinada colisión de normas, ordenan *prima facie* considerar o no considerar una determinada propiedad fáctica como relevante para la asignación de grados. Esto es bien conocido dentro de la dogmática que trata la colisión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la protección del honor. En estos casos suelen identificarse algunos mandatos de consideración como, por ejemplo: si se trata o no de un asunto de interés público; si se trata o no de una persona pública; si la expresión fue injuriosa o no; etc. (Moreso 2009: 280). Exactamente lo mismo sucede en el caso de los derechos sociales (De Fazio 2017: 187). Por ejemplo, si se analiza la jurisprudencia colombiana en materia de entrega de medicamentos, es posible reconstruir dogmáticamente un mandato de consideración que ordena *prima facie* tomar en cuenta si el rechazo de la cobertura del medicamento representa o no un riesgo para la vida o integridad física de la persona reclaman-

te. Así, en aquellos casos en que pueda demostrarse que sí representa un riesgo cierto, entonces se entiende que el derecho a la salud es limitado en un grado “alto” (CCC T-271/95). En cambio, cuando no existe tal riesgo, el grado de su limitación tiende a caer (CCC T-073/07).

V.3. Resultados del sub-examen de proporcionalidad stricto sensu

Como producto del sub-examen de proporcionalidad en sentido estricto también pueden surgir tres resultados. Si la importancia en la satisfacción del fin legítimo (esto es, el valor compuesto por su peso relativo abstracto y su grado de realización) es igual o mayor que la intensidad de la afectación de un derecho social (esto es, el valor compuesto por su peso relativo abstracto y el grado de su limitación), entonces la omisión de una o varias acciones positivas fácticas debe ser considerada proporcionada en sentido amplio. De esta manera, no puede hablarse de vulneración, ya que el derecho social ha sido realizado en el mayor grado posible tanto en lo que respecta a sus posibilidades fácticas como jurídicas. Más bien, cabe hablar de una restricción justificada o razonable.

En contraposición, si la importancia en la satisfacción del fin legítimo (esto es, el valor compuesto por su peso relativo abstracto y su grado de realización) es menor que la intensidad de la afectación de un derecho social (esto es, el valor compuesto por su peso relativo abstracto y el grado de su limitación), entonces la omisión de una o varias acciones positivas fácticas debe ser considerada desproporcionada en sentido amplio. En estos casos, sí puede hablarse de una vulneración, puesto que el derecho social pudo haber sido optimizado en relación con sus posibilidades normativas y no se lo hizo. Un buen ejemplo en este sentido se extrae de la sentencia *T-271/95* dictada por la Corte Constitucional de Colombia. Allí se trataba de una persona infectada con el virus del HIV y sin recursos económicos suficientes que presentó una acción de tutela, en virtud

de que su seguro social le había rechazado la cobertura de aquellos medicamentos anti-retrovirales no previstos por el plan médico obligatorio. El fin legítimo alegado por el seguro social era el resguardo de la previsibilidad presupuestaria. La Corte, sin embargo, hizo lugar a la tutela, en razón de que la satisfacción del fin legítimo no era lo suficiente importante como para justificar una afectación tan intensa al derecho a la salud del demandante. Así, de acuerdo con la Corte, la intensidad de la afectación del derecho a la salud era “alta”. Pues, el derecho a la salud contaba con un peso relativo abstracto “alto”, en razón de vincularse con el derecho a la vida que se caracteriza “por ser el de mayor connotación” (CCC T-271/95, 4°). Además, el grado de su limitación también era “alto”, ya que la falta de los anti-retrovirales significaba para el afectado un “acortamiento de su expectativa de vida”, un “deterioro de su integridad física” y una “obstrucción de su plan de vida personal” (CCC T-271/95, 9° y ss.). En cambio, la satisfacción del fin referido a la previsibilidad presupuestaria no era lo suficientemente importante, ya que, en primer lugar, no contaba con un peso relativo abstracto tan “alto” en comparación con el derecho a la salud. En segundo lugar, porque el rechazo de la cobertura de los medicamentos tampoco significaba un grado “alto” de su realización en concreto, puesto que solventar los medicamentos no sólo era menos costoso sino también más predecible que una futura atención médica del paciente como consecuencia del no tratamiento farmacológico (CCC T-271/95: II.B.1°).

Por último, un tercer resultado posible es que persistan dudas en la determinación tanto de la intensidad en la afectación del derecho social como de la importancia en la satisfacción del fin legítimo. En estos casos, no puede saberse a ciencia cierta si el derecho social ha sido vulnerado o no. Una propuesta de solución es considerar que, ante casos dudosos, debe darse deferencia al legislador y presumir que su omisión está permitida. Ello en razón de la competencia que le asisten para adoptar políticas públicas. Sin embargo, la plausibi-

lidad de esta propuesta no es evidente. Pues, también pueden alegarse razones de competencias para fundamentar que los jueces están autorizados a proteger a los derechos sociales. Quizá, una hipótesis al respecto es sostener que, ante casos dudosos, deben ponderarse las normas de competencia que autorizan tanto al legislador como al juez a tomar decisiones (Sieckmann 2008: 200 y ss.). Pero esta hipótesis no puede ser desarrollada aquí.

V.4. Objeciones dirigidas en contra de la racionalidad de la ponderación

Una reconstrucción del examen de proporcionalidad como la que aquí se ofrece constituye un elemento necesario, más no suficiente para dar por comprobada la racionalidad de esta clase de argumento. Esto es así en virtud de que aún persisten numerosas objeciones que históricamente se han elevado en contra de la ponderación que se desarrolla dentro del marco del sub-examen de proporcionalidad *stricto sensu*. Por ello, se torna necesario considerar algunas de las objeciones más relevantes y formular algún tipo de respuesta.

Una primera objeción aduce que la “ley de la ponderación” no garantiza racionalidad, en razón de carecer de pautas materiales que brinden certeza con respecto a su resultado. En este sentido, es sindicada como una mera *fórmula vacía*, dentro de cuyo ámbito caben las más diversas concepciones materiales de la ponderación (Müller y Christensen 2004: 54). Sin embargo, esta objeción padece el déficit de presuponer un concepto de racionalidad demasiado exigente (Bernal 2006: 198). Su punto de partida es que solo pueden ser racionales aquellas decisiones que emanen de juicios que garanticen certeza sobre su resultado. Esto es algo que puede serle exigido a las ciencias puramente formales como la lógica o la matemática, pero no la argumentación jurídica. En este último ámbito únicamente cabe pensar en una concepción procedimental de la

racionalidad, conforme la cual una decisión es racional no necesariamente en virtud de su certeza, sino del seguimiento de ciertas reglas de argumentación (Alexy 1978: 356). Efectivamente, una reconstrucción lo más detalla posible de la “ley de la ponderación”, como la que aquí se ofrece, pretende cumplir con este propósito. Por otro lado, si bien es cierto que la “ley de la ponderación” no se compromete de antemano con ningún resultado material en particular, eso no significa que resulte trivial. Pues, en primer lugar, nos dice cuáles son las premisas que deben ser fundamentadas para justificar que un determinado derecho social ha sido sub-optimizado en relación con sus posibilidades normativas. En segundo lugar, permite reducir el grado de incertidumbre del resultado por medio de la atribución de pesos relativos en abstracto y la observancia de “mandatos de consideración” que surgen de sentencias jurisprudenciales anteriores (Clérico 2015: 88 y ss.).

Una segunda objeción se relaciona con la fundamentación material de los factores que componen a la “ley de la ponderación”. Esta indica que no existen criterios objetivos que permitan fundamentar racionalmente la asignación de grados de pesos relativos en abstracto y de limitación o de realización de los intereses. Por lo tanto, la atribución de dichos valores queda exclusivamente librada al *decisionismo subjetivo* del juzgador (Habermas 2005: 332). Empero, a lo largo del presente artículo se ha puesto en evidencia que la atribución de dichos valores está guiada por las reglas de la interpretación jurídica en general y las reglas de la argumentación empírica. Que estas reglas condicionan las posibilidades del discurso queda confirmado si se imagina, por ejemplo, lo absurdo que sería pretender fundamentar que el rechazo de la cobertura de medicamentos anti-retrovirales para aquellas personas infectadas con el virus del HIV que no cuentan con recursos económicos para obtenerlos constituye solamente un grado de limitación “bajo” de su derecho a la salud (De Fazio 2017: 199).

Ahora bien, incluso aceptado que la “ley de la ponderación” no es trivial y que es posible fundamentar racionalmente sus

premisas, cabe pensar en una tercera objeción. Esta indica que la ponderación entre un derecho social y otros intereses, como por ejemplo el “el equilibrio presupuestario”, presupone la comparación entre elementos que carecen de una unidad de medida común. Por tanto, se trata de una comparación entre elementos *inconmensurables* (Aleinikoff 1987: 973). Es verdad que la ponderación trabaja con entidades inconmensurables. Ello se debe, fundamentalmente, al hecho de que aún no ha podido fundamentarse convincentemente un orden léxico o escalonado entre normas constitucionales y morales en general. Con todo, esto no significa que no puedan ser objetos de comparación de acuerdo con algún criterio de valoración (Afonso da Silva 2011: 285). Pues, de la misma manera que las peras y las manzanas pueden ser comparadas en razón de su sabor o dulzura o la música de Bach y Madonna pueden ser comparadas en razón de su calidad compositiva, los intereses pueden ser comparados de acuerdo con la importancia de su aplicación en un caso concreto (Dworkin, 1997: 43). Ahora bien, en este punto podría interrogarse cuál es el criterio que permite comparar la importancia de la aplicación de los intereses en juego (Aleinikoff, 1987, p. 973). Este criterio está representado por aquellas escalas ordinales que son utilizadas de manera implícita por todo aquel que se propone fundamentar restricciones o violaciones a derechos constitucionales en general. En este trabajo se ha seguido la propuesta de explicitar una escala triádica que discrimina entre grados “altos”, “medianos” o “bajos” de intensidad o importancia. Con todo, como ya se ha aclarado, esta escala puede ser o bien simplificada o bien complejizada según las necesidades del discurso jurídico en particular.

Una última objeción puede ser denominada *particularista* y sostiene lo siguiente: toda vez que el resultado de la ponderación está parcialmente determinado por el grado de limitación del derecho social y el grado de realización de un fin legítimo, cuya determinación dependen de las especiales circunstancias del caso, la utilización de este argumento culmina

sustituyendo un modelo de toma de decisiones universalista por uno *ad-hoc*. De esta manera, solamente puede resolver justificadamente casos individuales, pero no extrapolar sus resultados (Moreso 2009: 234). A esta objeción cabe responder que como resultado de un juicio de ponderación se justifica una norma que no sólo resuelve el caso individual, sino que también puede ser universalizada para casos futuros a través de los argumentos referidos al uso de precedentes y analogías (De Fazio 2017: 122 y ss.).

VI. Palabras finales

Este artículo partió de presuponer que la *teoría de los principios* es una concepción adecuada para explicar cuándo un derecho social ha sido vulnerado. Esta teoría sostiene dos tesis: (i) un derecho social se encuentra vulnerado cuando el grado de su cumplimiento es menor al grado de su realización óptima (tanto en lo que refiere a sus posibilidades fácticas como jurídicas) y (ii) la forma de justificarlo es a través del *examen de proporcionalidad*. Sin embargo, los autores que la sustentan no han sido lo suficientemente explícitos respecto a cómo debe ser representada la estructura del examen de proporcionalidad para el análisis concreto de los derechos sociales. Además, existen muchas objeciones dirigidas en contra de la racionalidad de la ponderación.

Es por ello que el presente artículo tuvo el objetivo de ofrecer una reconstrucción racional acerca del examen de proporcionalidad por omisión. Tal reconstrucción estuvo guiada por la siguiente hipótesis: *un derecho social se encuentra realizado en un grado menor al grado de su realización óptima cuando la omisión de una o varias acciones positivas fácticas que lo limita es desproporcionada en sentido amplio, es decir, que o bien carece de idoneidad, o bien es innecesaria o bien desproporcionada en sentido estricto*. Así, en primer lugar, una omisión carece de idoneidad cuando no es técnicamente adecuada

para promover el fin legítimo que persigue o pretende perseguir. En segundo lugar, una omisión es innecesaria cuando existe una medida alternativa a ella (esto es, una acción positiva fáctica) que, por un lado, permite promover por lo menos en igual medida al fin legítimo que persigue, pero a la vez es menos lesiva respecto del derecho social, es decir, que permite un mayor grado de su realización. Por último, una omisión es desproporcionada en sentido estricto cuando la importancia de la satisfacción del fin legítimo que persigue es menor que la intensidad de la afectación del derecho social.

Es de esperar que la reconstrucción propuesta haya permitido, por un lado, explicitar a grandes rasgos la estructura del examen de proporcionalidad por omisión y, por el otro, demostrar su racionalidad. Con todo, no representa más que un avance. Es aún mucho lo que esta novedosa e incipiente línea de investigación tiene para ofrecer. Su debido desarrollo es de suma importancia por dos motivos. En primer lugar, por su notable relevancia práctica. En efecto, se trata de una forma de argumento que se encuentra habitualmente presupuesta en la práctica jurídica y en la dogmática de los derechos sociales constitucionales y humanos. En segundo lugar, porque brinda información que puede ser relevante a la hora de debatir acerca de la legitimidad del poder judicial para adjudicar derechos sociales. En general, las teorías que son renuentes a aceptar su exigibilidad judicial se apoyan sobre el presupuesto de que existe un desacuerdo razonable respecto de cuándo puede considerarse que un derecho social resulta vulnerado (Tushnet 2008: 228). Empero, una teoría precisa acerca del examen de proporcionalidad permite reducir significativamente el ámbito de ese desacuerdo razonable.

Agradecimientos

Este texto fue presentado a modo de ponencia en el Coloquio SADF 2017 titulado “El futuro de la filosofía práctica”.

Quiero agradecer las preguntas y comentarios de los participantes a dicho evento; en particular, a Julio Montero, Eduardo Rivera López, Francisco García Gibson y Ezequiel Monti.

REFERENCIAS

- Abramovich, V. y Curtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Alchourrón, C., y Bulygin, E. (1975), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Aleinikoff, T. (1987). Constitutional Law in the Age of Balancing. *The Yale Law Journal*, Vol. 96, N° 5, pp. 943-1005.
- Alexy, R. (1978). *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt A/M: Suhrkamp.
- , (1986). *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt A/M: Suhrkamp.
- , (2002). “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”. *Revista española de derecho constitucional*, N° 66, pp. 13-64
- , (2003) Die Gewichtsformel. En: Jickeli, J., Kreutz, P. y Reuter, D. (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. Berlin: De Gruyter.
- , (2011) Sobre la estructura de los derechos de prestación. En: Beade, G. y Clérico, L., *Desafíos a la ponderación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Afonso da Silva, V. (2011). “Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision”. *Oxford Journal of Legal Studies*, N° 31, pp. 273-301.
- Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- , (2006). The Rationality of Balancing. *ARSP*, Vol. 92, N° 2, pp. 195-208.

- Böckenförde, E. (1994). *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos.
- Borowski, M. (2006). *Grundrechte als Prinzipien*. Baden-Baden: Nomos.
- Clérico, L. (2009). *La estructura del examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba.
- , (2011). Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad. En: Beade, G. y Clérico, L., *Desafíos a la ponderación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- , (2015). Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación. *Anuario de filosofía del derecho*. XXXI, pp. 73-99.
- De Fazio, F. (2017). *Teoría jurídica de los derechos sociales*. Tesis de doctorado - Universidad de Buenos Aires: Buenos Aires.
- , (2018). El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales. *Revista derecho del Estado*, N° 41, en prensa.
- Ferraz, O. (2008). Poverty and Human Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28, N° 3, pp. 585-603.
- Habermas, J. (2005). *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Lehmann, K. (2008). The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content. *Yale International Law Journal*, N° 33, pp. 113-175.
- Moreso, J. (2009). *La Constitución: modelo para armar*. Barcelona: Marcial Pons.
- Müller, F. y Christensen, R. (2004). *Juristische Methodik*. Berlin: Duncker und Humblot.
- Nino, C. (1989). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea.
- O'Neil, O. (2006). *Towards Justice and Virtue: A Constructive Account of Practical Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Parra Vera, O. (2006). El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad. En: Courtis, C. (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, pp. 53-78.
- Schlink, B. (1976). *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Sieckmann, J. (1990). *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos.
- , (2006). *El modelo de los principios del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- , (2008) *Recht als normatives System. Die Prinzipientheorie des Rechts*. Baden-Baden: Nomos.
- , (2012) *The Logic of Autonomy. Law, Morality and Autonomous Reasoning*, Oxford, Hart Publishing.
- Suntsein, C. (2001). Social and Economic Rights? Lessons from South Africa. *Public Law Working Paper N° 12*, University of Chicago.
- Tushnet, M. (2008). *Weak Courts, Strong Rights*. New Jersey: Princeton University Press.
- Young, K. (2012). *Constituting Economic and Social Rights*. Oxford: OUP.

Fecha de recepción, 30 de octubre de 2017

Fecha de aceptación, 8 de febrero de 2018