

Examen de proporcionalidad y adjudicación judicial de derechos sociales constitucionales

Proportionality Test and Constitutional Social Rights Adjudication

Federico De Fazio

*Instituto Ambrosio L. Gioja, Universidad de Buenos Aires / CONICET, Argentina
federicodefazio@derecho.uba.ar*

Resumen: El objetivo de este artículo es hacer una reconstrucción racional del uso del examen de proporcionalidad en contextos de adjudicación judicial de derechos sociales constitucionales. Dicho trabajo de reconstrucción será desarrollado en dos pasos. En primer lugar, se tratará el interrogante referido a si el examen de proporcionalidad en su variante “por omisión” (es decir, aplicado al caso de los derechos de prestación) exhibe o no una estructura diferente con respecto a su, mucho más conocida e investigada, variante “por exceso” (es decir, aplicado al caso de los derechos de defensa). En segundo lugar, se describirán las reglas y formas de argumentación que están implícitas en el uso del examen de proporcionalidad por omisión y que componen a sus respectivos sub-exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu. Por último, se presentará un breve resumen a modo de conclusión.

Palabras clave: examen de proporcionalidad, derechos sociales constitucionales, teoría de la adjudicación judicial.

Abstract: The aim of this article is to reconstruct in a rational way the use of the proportionality test in contexts of constitutional social rights adjudication. Such a reconstruction will be developed in two steps. Firstly, I will address the question as to whether proportionality test in its “by omission” version (i.e. used to apply positive rights) shows or not a different structure in comparison with its, much better known and investigated, “by excess” version (i.e., used to apply negative rights). Secondly, I will describe the rules and forms of reasoning that are implied in the use of proportionality test by omission and integrate, respectively, the sub-tests of suitability, necessity and proportionality stricto sensu. Finally, I will present a brief summary as a conclusion.

Keywords: proportionality test, constitutional social rights, theory of judicial adjudication.

I. Introducción

La incorporación de derechos sociales¹ dentro del catálogo de derechos fundamentales de una Constitución plantea varios problemas para la teoría del derecho. Uno de esos problemas se sitúa dentro del ámbito específico de la teoría de la adjudicación judicial y está relacionado con el hecho de que la mayoría de las cláusulas constitucionales que pretenden garantizar derechos sociales están redactadas de manera muy imprecisa, esto es, por medio de formulaciones sucintas y con términos ambiguos o excesivamente vagos.

Así, por ejemplo, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que goza de rango constitucional en numerosos países latinoamericanos, reza: “Los Estados-parte en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de [...] vivienda adecuado”.

Por supuesto, nadie duda de que, como significado de la citada cláusula, se extrae una norma que prescribe realizar el derecho a la vivienda. Sin embargo, el verdadero inconveniente radica en que el texto no explicita cuál es el grado exacto en que debe ser realizado. Las interpretaciones que de él se hagan pueden ir desde la exigencia de un nivel de realización máximo (que implique la entrega de una propiedad inmueble con todas las comodidades imaginables) hasta un nivel de realización mínimo (que solamente obligue a reservar una cama en un albergue público) pasando por múltiples posibilidades intermedias. Este mismo inconveniente es trasladable al resto de los derechos sociales. Por lo tanto, el interrogante concreto que la teoría de la adjudicación debe resolver es el siguiente: ¿en qué casos está prescripto otorgar judicialmente derechos sociales y en qué casos no?

Dentro del estado del arte que se ha referido directa o indirectamente a este interrogante es posible distinguir entre tres posiciones básicas: “teoría escéptica”,² “teoría del contenido esencial”³ y “teoría de los principios”. En este trabajo se pondrá el foco exclusivamente sobre esta última teoría con el propósito de profundizar algunas de sus principales hipótesis. La teoría de los principios sostiene que, como significado de ese tipo de cláusulas constitucionales, se extraen normas con estructura de principios que ordenan optimizar derechos sociales (Alexy, 1986, p. 465). Por lo tanto, y siempre en los propios términos de esta teoría, un derecho social debe ser otorgado si y solo si puede demostrarse que el mismo ha sido “sub-optimizado”, es decir, realizado en un grado menor de aquel que era óptimo a la luz de las posibilidades fácticas u otros principios o razones disponibles. A primera vista, esta concepción puede parecer demasiado extraña. Sin embargo, aparece implícita con mucha frecuencia dentro del ámbito de la práctica judicial (Contiades y Fotiadou, 2012, p. 684).⁴

Ahora bien, aun suponiendo (tal como aquí se hace) el rendimiento explicativo de la teoría de los principios,⁵ son varios los problemas que restan por resolver. Uno de ellos es de índole metodológico y gira en torno a la siguiente pregunta: ¿cuál es el procedimiento de argumentación que permite justificar que un determinado derecho social ha sido sub-optimizado? La respuesta inmediata que nos ofrece cualquier defensor de la teoría de los principios es que dicho procedimiento debe ser rastreado dentro de lo que en el derecho público se conoce como “examen de proporcionalidad”. No obstante, esta respuesta simple resulta insuficiente (al menos hasta el momento) por problemas tanto de orden *descriptivo* como *lógico* y *normativo*. Los problemas *descriptivos* se relacionan con el hecho de que, dentro de la escasa bibliografía que se ha dedicado a este tema, no existe acuerdo con respecto a cuál es la estructura que adopta el examen de proporcionalidad frente a casos concernientes a derechos de prestación en general y sociales en particular. Los problemas *lógicos* se vinculan con las numerosas objeciones que históricamente se han dirigido en contra de la racionalidad de la ponderación. Por último, los problemas *normativos* refieren a cuál es la autoridad que cuenta con mayor legitimidad o capacidad técnica para tomar decisiones relativas a derechos sociales sobre la base de juicios de proporcionalidad.

El objetivo exclusivo de este trabajo será resolver los problemas del primer tipo (es decir, *descriptivos*), en virtud de que constituye un presupuesto necesario para la adecuada discusión (y eventual solución) de los problemas pertenecientes a los niveles *lógico* y *normativo*. A tales fines, se realizará una reconstrucción racional⁶ del uso del examen de proporcionalidad en contextos de adjudicación judicial de derechos sociales. Dicho trabajo de reconstrucción será desarrollado en dos pasos. En primer lugar, se tratará el interrogante referido a si el examen de proporcionalidad en su variante “por omisión” (es decir, aplicado al caso de los derechos de prestación) exhibe o no una estructura diferente con respecto a su, mucho más conocida e investigada, variante “por exceso” (es decir, aplicado al caso de los derechos de defensa). Sobre este punto se defenderá la hipótesis de que, desde el punto de vista de la teoría de la adjudicación judicial, existe una identidad estructural el examen de proporcionalidad por omisión y por exceso. En segundo lugar, se describirán las reglas y formas de argumentación que están implícitas en el uso del examen de proporcionalidad por omisión y que componen a sus respectivos sub-exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*. Esto permitirá poner en evidencia que, de acuerdo con el examen de proporcionalidad por omisión, un derecho social se encuentra sub-optimizado cuando existe una omisión que lo limita y que o bien no es idónea para fomentar a un fin legítimo o bien es innecesaria para hacerlo o bien su adopción provoca un nivel de afectación del derecho social mayor que el nivel de satisfacción del fin legítimo que pretende restringirlo. Por último, se presentará un breve resumen a modo de conclusión.

II. La tesis de la identidad estructural

Dentro de la bibliografía especializada, existe un importante debate con respecto a cómo debe ser representado el uso del examen de proporcionalidad en contextos de adjudicación judicial de derechos de prestación en general y sociales en particular. Más específicamente, no resulta claro si el examen de proporcionalidad por omisión exhibe una estructura idéntica o diferente en comparación con el (mucho más conocido e investigado) examen de proporcionalidad por exceso.

Sobre este asunto, la mayoría de los autores se inclinan por aceptar la tesis de que existe una diferencia estructural entre el examen de proporcionalidad por omisión y por exceso (Alexy, 2011, p. 369; Bernal, 2017, p. 512; Borowski, 2007, p. 104; Clérico, 2009, p. 323; Klatt y Meister, 2012, pp. 85 y ss.). Esta tesis se asienta sobre una distinción lógica que divide a los derechos de prestación y a los de defensa.

Así, los derechos de defensa exhiben siempre un objeto con estructura conjuntiva (Alexy, 1986, p. 420). Esto quiere decir que, si está prohibido limitar un derecho de defensa, entonces están prohibidas *al mismo tiempo todas y cada una* de las acciones positivas que tiendan a limitarlo. Por ejemplo, si está prohibido el homicidio, entonces está prohibida *toda* especie de acción homicida. Es por ello que el examen de proporcionalidad por exceso simplemente requiere que sus sub-exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu* sean aplicados *una sola vez* sobre la acción positiva efectivamente adoptada por parte del destinatario del derecho.

Sin embargo, esto no es necesariamente así para el caso de los derechos de prestación. Tal como lo ha puesto en evidencia Alexy, los derechos de prestación pueden exhibir un objeto con estructura disyuntiva (Alexy, 1986, p. 420). Esto significa que, si está ordenado promover un derecho prestacional, ello no implica que estén prescriptas *al mismo tiempo todas y cada una* de las acciones positivas tendientes a promoverlo. Por ejemplo, el mandato de rescatar al que se está ahogando no exige adoptar *todas* las acciones positivas que permiten su rescate; a saber, lanzarse a nadar, arrojar un salvavidas o acercarse con un bote. Más bien, implica que debe adoptarse o bien la primera acción o bien la segunda o bien la tercera. De este modo, una decisión óptima concerniente a derechos de prestación exige evaluar no sólo la proporcionalidad de la omisión que lo limita, sino también de cada una de las acciones positivas que se presentan como alternativas posibles para su satisfacción. A partir de esto, gran parte de los especialistas señalan que el examen de proporcionalidad por omisión es “fundamentalmente diferente” a su variante por exceso (Klatt y Meister, 2012, p. 88), ya que requiere que sus sub-exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu* sean aplicados *dos o más veces* dependiendo de cuántas acciones positivas alternativas existan.

Es probable que la tesis de la diferencia estructural entre el examen de proporcionalidad por omisión y por exceso resulte adecuada como parte de la teoría de la argumentación legislativa (algo que, por cierto, requiere de una investigación paralela). No obstante, no parece funcionar del todo bien cuando se miran las cosas desde el punto de vista de la teoría de la adjudicación judicial y ello, fundamentalmente, como consecuencia de dos argumentos.

El primer argumento es normativo y está vinculado con ciertas asunciones básicas que existen acerca de la función o competencia del poder judicial. Así, normalmente suponemos que los jueces deben limitarse a calificar deónticamente acciones que ya han tenido lugar en un tiempo y espacio determinado. Esto significa que, en el contexto de la adjudicación de derechos sociales, su función se circunscribe a evaluar si una determinada omisión adoptada por parte de un destinatario está prohibida o facultada dentro de un sistema jurídico, y que excede el marco de su labor escoger cuál de todas las acciones positivas que resultan alternativas posibles para su satisfacción es la mejor o más óptima. Esto último, se suele sostener, forma parte del margen de discrecionalidad del destinatario, como por ejemplo el legislador (Barak, 2012, p. 432). El segundo argumento es de orden empírico y se relaciona con el hecho de que es posible identificar algunos casos jurisprudenciales que han alcanzado una justificación suficiente, sin la necesidad de ingresar en un razonamiento más complejo que aquel representado por la versión clásica (o más simplificada) del examen de proporcionalidad. Más adelante serán analizados tres ejemplos de resoluciones judiciales que dan respaldo a esta idea.

Si estos dos argumentos son admisibles, entonces cabe concluir (a contramano de lo que la mayoría de los especialistas creen) que, desde el punto de vista de la teoría de la adjudicación judicial, existe una identidad estructural entre el examen de proporcionalidad por omisión y por exceso. Pues, al igual que su variante por exceso, el examen de proporcionalidad por omisión únicamente requiere que sus sub-exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu* sean aplicados *una sola vez* sobre la omisión efectivamente adoptada por parte del destinatario del derecho, y ello con independencia de cuántas medidas alternativas existan para su satisfacción. Por supuesto, toda vez que el examen trabaja con valores relativos y no absolutos, los jueces deben establecer algún tipo de comparación entre la omisión efectivamente adoptada y las acciones positivas alternativas. Pero esa comparación no precisa desplegar un examen de proporcionalidad más complejo, sino que (como se verá más adelante) puede ser perfectamente llevada a cabo dentro del ámbito del sub-examen de necesidad.

III. La estructura del examen de proporcionalidad por omisión

Una vez fundada la tesis de la identidad estructural se encuentra allanado el camino para hacer una reconstrucción fructífera acerca de cómo es el uso del examen de proporcionalidad por omisión en contextos de adjudicación judicial de derechos sociales. Por ello, en lo que sigue se describirán las reglas y formas de argumentación que componen a sus respectivos sub-exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*.

A. El sub-examen de idoneidad

Una primera manera de fundamentar que un derecho ha sido sub-optimizado en lo que respecta a sus posibilidades fácticas es a través del sub-examen de idoneidad (Alexy, 1986, p. 101; Clérico, 2009, p. 43). Según su definición estándar, el sub-examen de idoneidad requiere que toda medida que limite a un derecho contribuya, por lo menos, con el fomento de algún fin legítimo. De la definición presentada pueden desagregarse cuáles son las dos exigencias que el sub-examen de idoneidad impone sobre cualquier omisión que resulte lesiva respecto de un derecho social: en primer lugar, que persiga un fin legítimo y, en segundo lugar, que sea técnicamente adecuada para fomentarlo.

1. La determinación y legitimidad del fin

La primera exigencia supone evaluar la legitimidad del fin que la omisión fomenta o pretende fomentar. Un fin puede ser definido como un estado de cosas que, explícita o implícitamente, se procura promover por medio de una determinada medida (Clérico, 2009, p. 47). Ahora bien, en este punto es posible elevar tres interrogantes: en primer lugar ¿pueden las omisiones perseguir fines? En segundo lugar ¿cómo es posible saber cuál es el fin que una determinada omisión persigue? En tercer lugar ¿cuándo puede considerarse si un fin es o no legítimo? Una respuesta sobre estas tres cuestiones requiere de algunas precisiones adicionales.

Con respecto al primer interrogante, hay quienes creen que preguntarse por el fin que persigue una omisión es un sinsentido; pues, una omisión no puede causar ninguna consecuencia. Esta objeción representa una variante de la máxima de Saliceto que reza: *ex nihilo nihil fit* (de la nada, nada se sigue). Sin embargo, como ha sido puesto en evidencia por Nino (siguiendo en esto a Hart y Honoré), esta máxima se basa en una concepción de la causalidad que resulta incompatible con nuestros usos habituales del lenguaje; pues, tiene pleno sentido argüir que ciertas omisiones son (o pueden ser) causas de determinados eventos, como cuando decimos que la falta de lluvia causó la pérdida de la cosecha o que la falta de atención médica oportuna causó la muerte del paciente (Nino, 1989, p. 238). Esto es así porque la noción de causalidad no la

vinculamos 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, p. 231).⁷ De esta manera, no parece haber ningún obstáculo conceptual que impida indagar en torno a cuál es el fin o las consecuencias que una determinada omisión persigue o pretende perseguir.

En relación al segundo interrogante, debe puntualizarse que es posible determinar cuál es el fin perseguido por una omisión a través de dos clases de argumentos que son admisibles para interpretar las normas en general: los argumentos teleológico-objetivos y genéticos.⁸ Los primeros buscan comprender cuál es la razón subyacente (consciente o inconsciente) que motiva la adopción de una determinada medida, mientras que los segundos la voluntad expresa del agente decisor. Por supuesto, el uso de estos dos argumentos puede dar lugar a situaciones de vaguedad o penumbra. Sin embargo, ello no significa que, dentro de contextos concretos de argumentación, no puedan encontrarse casos claros. Esto último se puede verificar en la práctica jurídica, por ejemplo, cuando los tribunales o las partes aducen, sin mayores cuestionamientos, que una determinada omisión tuvo el fin, explícito o implícito, de “evitar tratamientos farmacológicos innecesarios frente a la inexistencia de diagnósticos certeros” (CSJN argentina, Fallos 326:4931, 3º), “garantizar la estabilidad y previsibilidad presupuestaria de los seguros sociales” (CC colombiana, T-271/95, 4º) o “no perjudicar la pretensión de otros individuos más necesitados” (CC sudafricana, 32/97, 58º). Por supuesto, los fines explicitados pueden poseer un mayor o menor grado de abstracción. Por ello, se impone al intérprete la regla argumentativa que ordena determinar su contenido semántico de la manera más precisa posible (Clérico, 2009, p. 50). Mientras más detallada sea la determinación del fin, tanto más fácil podrá ser controlada su proporcionalidad (Clérico, 2009, p. 49).

Por último, el tercer interrogante refiere a cuándo puede considerarse si un fin es o no legítimo. En este sentido, la teoría constitucional suele considerar que un fin es ilegítimo cuando su promoción se encuentra definitivamente prohibida por la Constitución (Clérico, 2009, p. 85). De esta manera, no puede fungir como una razón válida para limitar a un derecho social. Frente a esta clase de situaciones, la omisión debe ser declarada inválida sin la necesidad de profundizar en torno a si la relación entre los principios en juego es o no proporcionada. Un ejemplo hipotético es aquel en el que se rechazara la entrega de un medicamento a un individuo o grupo de individuos en razón de su condición racial. Contrariamente, un fin es legítimo cuando su fomento no está definitivamente prohibido por la Constitución (Clérico, 2009, p. 85), es decir, cuando o bien está permitido o bien está ordenado. En estos casos, el fin sí puede fungir como razón válida para limitar a un derecho social. Aunque debe aclararse que, en esta instancia, siempre se trata de una razón *prima facie* y nunca definitiva; pues,

la legitimidad de un fin no garantiza su proporcionalidad. Únicamente una razón proporcionada puede ser, a la vez, definitiva.

2. La idoneidad de la omisión

La segunda exigencia supone verificar empíricamente si la omisión resulta técnicamente adecuada para fomentar al fin legítimo previamente determinado. Esta exigencia está guiada por las siguientes dos reglas de argumentación:

(S-I.1) Si la omisión que limita a un derecho social es idónea para fomentar a un fin legítimo, entonces debe examinarse si la misma resulta necesaria y/o proporcionada *stricto sensu*.

(S-I.2) Si la omisión que limita a un derecho social no es idónea para fomentar a un fin legítimo, entonces debe aceptarse que la misma es desproporcionada en sentido amplio y, por lo tanto, que el derecho social ha sido sub-optimizado en lo que refiere a sus posibilidades fácticas.

La forma lógica del argumento que permite fundamentar la ausencia de idoneidad de una omisión puede ser representada del siguiente modo:

- | | |
|-------------------------------------|-----------|
| (A.S-I) (1) O <i>opt</i> F | |
| (2) $(\neg A_p) \rightarrow \neg F$ | |
| (3) O $\neg(\neg A_p)$ | (1) y (2) |
| (4) Ph $\neg A_p$ | (3) |

La proposición (1) es la premisa normativa del argumento. Esta premisa representa al mandato de optimizar al fin legítimo previamente determinado y aquí simbolizado genéricamente como “F”. La proposición (2) constituye una premisa empírica. En esta se indica que la omisión de una acción positiva “ $\neg A_p$ ” no contribuye con la realización del fin “F”. Por último, (3) representa una primera conclusión que indica que es obligatorio no omitir en razón de (1) y (2) o, lo que es equivalente por inferencia directa de (3), que está prohibido omitir.

Con todo, aun aceptando la validez formal de esta estructura simbólica, es posible elevar nuevos interrogantes. Particularmente, pueden presentarse dudas con respecto a cuál es el procedimiento de argumentación que permite justificar externamente a la premisa (2), esto es, de qué modo puede fundamentarse empíricamente que una omisión carece de idoneidad para fomentar a un fin legítimo. Sobre esto cabe decir que esta clase de argumentación está guiada por las reglas que refieren a las relaciones *medio-fin* (Clérico, 2009, p. 46). Una relación *medio-fin* puede ser justificada empíricamente por medio de tres criterios básicos: cuantitativos, cualitativos o probabilísticos (Clérico, 2009, p. 57). Los criterios cuantitativos indican si una medida contribuye o no con la realización de un fin en un número mayor, igual o menor. Los criterios cualitativos indican si una medida contribuye o no con

la realización de un fin de una mejor, igual o peor manera. Por último, los criterios probabilísticos indican si una medida contribuye o no con la realización de un fin con un grado de seguridad alto, mediano o bajo. Siendo así, lo que dentro del sub-examen de idoneidad debe demostrarse es si una determinada omisión fomenta o no, ya sea en un sentido cuantitativo, cualitativo o probabilístico, al fin legítimo que persigue o pretende perseguir.

Ahora bien, teniendo en cuenta que una omisión puede fomentar en diferentes aspectos y grados a un determinado fin, puede presentarse un segundo interrogante. Este interrogante refiere a si, dentro del contexto de la teoría de la adjudicación judicial, esa relación de fomento debe ser entendida en un sentido *fuerte o débil* (Clérico, 2009, p. 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, como cualitativo y probabilístico. De acuerdo con este criterio, una omisión puede ser descartada por ausencia de idoneidad en todos aquellos casos 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. El primer argumento es de índole competencial e indica que si, como resultado del sub-examen de idoneidad, solamente permanecieran como válidas aquellas omisiones que resulten las más eficaces técnicamente, entonces quedaría seriamente comprometida parte de la discrecionalidad reconocida a favor del poder legislativo. El segundo argumento es de racionalidad y apunta que, si la relación de fomento fuera entendida en sentido fuerte, muchas omisiones quedarían excluidas de antemano del escrutinio correspondiente a los sub-exámenes de necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*. De esta forma, se estarían dejando afuera otros posibles argumentos relevantes para la decisión, socavando parcialmente su racionalidad. Por tanto, solo cabe la alternativa de una interpretación débil (Clérico, 2009, p. 59). Una relación de fomento es entendida en un sentido débil cuando se exige que la omisión deba realizar al fin, por lo menos, en algún sentido y grado. De acuerdo con este segundo criterio, solamente pueden quedar descartadas por ausencia de idoneidad aquellas omisiones que no realizan absolutamente en nada al fin.

Un ejemplo que ilustra cómo esta reconstrucción del sub-examen de idoneidad está implícita en el contexto de la práctica judicial, se extrae del fallo *Asociación Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud de la Nación argentina* dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina. Allí, la mencionada asociación cuestionó la constitucionalidad de un decreto emitido por el Ministerio de Salud nacional, por medio del cual se excluía del plan médico obligatorio la cobertura de medicamentos para aquellos enfermos de esclerosis múltiple que no hubieran sufrido “dos brotes o exacerbaciones durante los últimos dos años” (CSJN argentina, Fallos 326:4931, 1º). La omisión de cubrir los medicamentos ocasionó

una colisión entre el derecho a la salud y el fin, explícitamente alegado por el Estado, de “evitar tratamientos farmacológicos innecesarios frente a la inexistencia de diagnósticos certeros” (CSJN argentina, Fallos 326:4931, 3º). El caso se resolvió con la ayuda de una pericia médica. La pericia arrojó que el hecho de no sufrir “dos brotes o exacerbaciones durante los últimos dos años” no representa un criterio médico-científico que permitiera inferir la inexistencia de la enfermedad y, por lo tanto, el carácter innecesario de un tratamiento farmacológico. Por el contrario, los peritos adujeron que el tratamiento temprano de pacientes con esclerosis múltiple sin manifestaciones externas permite reducir significativamente el progresivo avance de la enfermedad. Por tanto, la omisión de otorgar los medicamentos representaba una limitación al derecho a la salud de los demandantes, sin por ello realizar el fin buscado de evitar tratamientos innecesarios para aquellos pacientes que carezcan de diagnósticos certeros. Es precisamente como consecuencia de esta ausencia de idoneidad que la Corte declaró la inconstitucionalidad de la medida y esto 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” (CSJN argentina, Fallos 326:4931, 8º).

B. El sub-examen de necesidad

Una segunda manera de fundamentar que un derecho ha sido sub-optimizado en relación con sus posibilidades fácticas es a través del sub-examen de necesidad (Alexy, 1986, p. 101). También de acuerdo con su definición estándar, el sub-examen de necesidad requiere que toda medida que limite a un derecho sea necesaria para contribuir con el fomento de un fin legítimo (Clérico, 2009, p. 101). Si se aplica esta definición al contexto específico de la adjudicación de derecho sociales, se sigue que lo que el sub-examen de necesidad exige es verificar si existe alguna medida alternativa a la omisión (es decir, alguna acción positiva) que permita promover, por lo menos, en un mismo nivel al fin legítimo, pero que a la vez resulte menos lesiva con respecto al derecho social. Esta *doble comparación* justifica que el sub-examen de necesidad deba ser segmentado analíticamente en dos pasos (Clérico, 2009, p. 103). Así, un primer paso está focalizado en determinar si la o las medidas alternativas a la omisión fomentan, por lo menos, en un mismo nivel al fin legítimo. Un segundo paso está centrado en determinar si la o las medidas alternativas a la omisión limitan en un menor nivel al derecho social o, lo que es lo mismo, si permiten optimizarlo.

1. La igual idoneidad de las medidas alternativas

Las reglas de argumentación que se corresponden con este primer paso son las siguientes:

(S-N.1) Si no existe una medida alternativa que fomente al fin legítimo, por lo menos, en un mismo nivel que la omisión, entonces debe entenderse que esta última es necesaria y proseguirse con el análisis de su proporcionalidad *stricto sensu*.

(S-N.2) Si existe una medida alternativa que fomente al fin legítimo, por lo menos, en un mismo nivel que la omisión, entonces debe determinarse si esa medida alternativa resulta menos lesiva con respecto al derecho social.

La estructura del argumento que permite justificar la existencia de una medida alternativa igualmente idónea puede ser representada del siguiente modo:

- (A.S-N.1) (1) $O_{opt} F$
(2) $(M_{alt} \rightarrow F) \vee [(\neg A_p) \rightarrow F]$
(3) $O (M_{alt} \vee \neg A_p)$ (1) y (2)

La proposición (1) constituye la premisa normativa. Allí se halla representada la obligación de optimizar al fin legítimo “F”. La proposición (2) es una premisa empírica que indica que la adopción de una medida alternativa “ M_{alt} ” contribuye con la realización del fin “F” de igual manera que la omisión “ $\neg A_p$ ”. Por último, (3) es la conclusión. Esta indica que, en razón de (1) y (2), están ordenadas, disyuntivamente, o bien la medida alternativa “ M_{alt} ” o bien la omisión “ $\neg A_p$ ”, puesto que son indiferentes con respecto a “F”.

Como puede apreciarse, en este paso de la argumentación no se trata de evaluar la mera idoneidad de la medida alternativa en relación con el fin legítimo. Tampoco se trata de determinar si ella garantiza su máximo nivel 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. Por lo tanto, se trata de un examen acerca de su idoneidad, aunque tomando en cuenta una “pauta de comparación fija” (Clérico, 2009, p. 108).

Por supuesto, es posible que surjan cuestionamientos metodológicos con respecto a cómo puede ser justificada externamente la proposición (2). Así, pueden presentarse, al menos, dos preguntas: en primer lugar, ¿cómo pueden ser identificadas las medidas alternativas a la omisión bajo examen? En segundo lugar, ¿cuáles son los criterios que permiten determinar que una medida alternativa realiza un fin en un igual o mayor nivel que la omisión? El primer interrogante es el más fácil de responder. Existe una medida alternativa cuando ésta es idónea para promover en algún sentido y grado al fin legítimo. A tales efectos, vale lo ya dicho en relación con el sub-examen de idoneidad. El segundo interrogante presenta mayores complejidades, ya que no es claro si la medida alternativa debe realizar en un igual o mayor grado al fin legítimo en todos sus aspectos (cuantitativos, cualitativos o probabilísticos) o si es suficiente con demostrar que lo hace solamente en alguno de ellos. Sobre este punto vale la

regla de argumentación que exige que la igual o mayor idoneidad debe ser examinada *prima facie* en todos sus sentidos (Clérico, 2009, p. 111). Esta regla colabora con la identificación de las medidas alternativas a ser examinadas; pues, permite una considerable reducción de posibilidades (Clérico, 2009, p. 109). Con todo, no se trata de una regla definitiva, ya que es posible imaginar contextos en los que puedan ser justificadas medidas alternativas que solo promuevan en un igual o mayor grado a un fin en relación con algún o algunos aspectos, pero no en relación con otros. En estos supuestos, quien pretenda sostener la validez de la medida alternativa está obligado a fundamentar que la misma es igual o más idónea en aquel o aquellos aspectos que resultan relevantes a los fines de la decisión (Clérico, 2009, p. 111).

2. La menor lesividad de las medidas alternativas

Las reglas de argumentación pertenecientes a este segundo paso son:

(S-N.3) Si existen medidas alternativas que fomenten al fin legítimo, por lo menos, en un mismo nivel que la omisión, pero que también limiten en un igual o mayor nivel al derecho social, entonces debe entenderse que ésta es necesaria y proseguirse con el análisis de su proporcionalidad *stricto sensu*.

(S-N.4) Si existen medidas alternativas que fomenten al fin legítimo, por lo menos, en un mismo nivel que la omisión y que limiten en un menor nivel al derecho social, entonces debe aceptarse que la omisión es desproporcionada en sentido amplio y, por lo tanto, que el derecho social ha sido sub-optimizado en lo que refiere a sus posibilidades fácticas.

La estructura lógica del argumento que permite fundamentar la menor lesividad de una o varias medidas alternativas puede ser representada a través del siguiente esquema:

- | | | |
|-----------|--|---------------------|
| (A.S-N.2) | (1) $O_{opt} DS$ | |
| | (2) $(M_{alt} \rightarrow DS) > [(\neg A_p) \rightarrow DS]$ | |
| | (3) $O \neg(\neg A_p)$ | (1), (2) y (A.S-N1) |
| | (4) $Ph \neg A_p$ | (3) |

La proposición (1) representa al deber de optimizar al derecho social “DS”. La proposición (2) es una premisa empírica que indica que la medida alternativa “ M_{alt} ” promueve en mayor nivel al derecho social “DS” en comparación con la omisión “ $\neg A_p$ ”. La proposición (3) es la conclusión del razonamiento de acuerdo con la cual es obligatorio no omitir en razón de (1), (2) y (A.S-N1) o, lo que es equivalente por inferencia directa en (3), que está prohibido omitir.

Por supuesto, aquí también se trata de demostrar que la medida alternativa resulta menos lesiva de acuerdo con una “pauta de comparación fija”, esto es, en contraste con la omisión. Con relación a cómo se fundamenta esto, valen las ya reconstruidas reglas y formas del sub-examen de idoneidad y del primer paso del sub-examen de necesidad.

Un ejemplo que ilustra cómo esta reconstrucción del sub-examen de necesidad se encuentra subyacente dentro del contexto de la práctica judicial se verifica en 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 del Poder Ejecutivo, mediante la cual se le rechazó el otorgamiento de un subsidio mínimo vital legalmente establecido para personas en su condición. El motivo por el cual el organismo omitió hacerle entrega del subsidio se basó en el hecho de que la solicitante no portaba con su cédula de identidad. Como consecuencia de dicho rechazo, se originó una colisión entre el derecho a un mínimo vital y el fin legítimo alegado por la administración relativo a “evitar defraudaciones o suplantaciones y brindar seguridad a las personas víctimas del desplazamiento respecto de la entrega del subsidio” (CC colombiana, T-561/12, 3.1º). La Corte hizo lugar al pedido de la actora. El principal argumento utilizado fue que la omisión de hacer entrega del subsidio por carencia de cédula de identidad resultaba una medida innecesaria; pues, en el caso existía una medida alternativa a la omisión que permitía fomentar en un mismo nivel al fin de evitar defraudaciones, pero sin limitar al derecho al mínimo vital. Esta medida alternativa consistía en hacer entrega del subsidio en todos aquellos casos en que el o la demandante pueda identificarse por medio de uno o más certificados firmados por funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC). Esto lo hizo explícito la Corte por medio del siguiente enunciado: “[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” (CC Colombiana, T-561/12, 4.2º).

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

Una tercera manera de fundamentar que un derecho ha sido sub-optimizado, aunque esta vez en lo que respecta a sus posibilidades normativas, es a través del sub-examen de proporcionalidad *stricto sensu* o juicio de ponderación (Alexy, 1986, p. 100). Según su entendimiento tradicional, el sub-examen de proporcionalidad *stricto sensu* exige evaluar cuál es la relación de peso o importancia entre los intereses o principios en pugna (Alexy, 1986, p. 146; Dworkin, 1997, p. 43). Dentro del ámbito específico de la adjudicación de derechos sociales, lo que la ponderación exige es que toda omisión que limite a un derecho social garantice una relación de equilibrio o compensación entre los niveles de afectación al derecho social y de satisfacción del fin legítimo. En lo que sigue se buscará precisar qué es lo que esto significa.

1. La ley de la ponderación

La idea básica que está detrás de esta clase de argumento ha sido reconstruida por Alexy por medio de lo que él ha denominado “ley de la ponderación” (Alexy, 1986, p. 186). Esta reza lo siguiente:

(A) “Cuanto más intensa sea (...) la afectación a un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.

A partir de este enunciado primitivo, es posible derivar dos reglas de argumentación que permiten orientar el uso del sub-examen de proporcionalidad *stricto sensu* en contextos de adjudicación judicial de derechos sociales:

(S-P.1) Si el nivel de afectación del derecho social es igual o menor que el nivel de satisfacción del fin legítimo que la omisión persigue, entonces debe aceptarse que ésta es proporcionada en sentido amplio.

(S-P.2) Si el nivel de afectación del derecho social es mayor que el nivel satisfacción del fin legítimo que la omisión persigue, entonces debe aceptarse que ésta es desproporcionada en sentido amplio.

Ahora bien, en este punto aparece el problema relativo a cómo debe ser representada la estructura simbólica de esta clase de argumentos. En este sentido, Alexy ha propuesto su famosa “fórmula del peso” (Alexy, 2003, p. 443). No obstante, dicha fórmula puede ser descartada de antemano en virtud de no ser significativa o inteligible; pues, como lo ha puesto de relieve Zuleta, la fórmula del peso trabaja con una escala de intervalos que sirve para medir propiedades no aditivas (como la temperatura) y, por lo tanto, no permite el uso de operaciones aritméticas (Zuleta, 2018). Alternativamente, aquí se propone la siguiente simbolización que, según entiendo, puede ser más clara:

- | | | | |
|---------|---|----------------------------|-----------|
| (A.S-P) | (1) [(NDS > NF) C] | \rightarrow [(DS P F) C] | |
| | (2) (NDS > NF) C ₁ | | |
| | (3) (DS P F) C ₁ | | (1) y (2) |
| | (4) DS \rightarrow Ph \neg A _p | | |
| | (5) C ₁ \rightarrow Ph \neg A _p | | (3) y (4) |

La proposición (1) representa a la premisa normativa mayor de la ponderación. Esta proposición indica que si, dadas ciertas circunstancias, el nivel de afectación del derecho social es mayor que el nivel de satisfacción del fin legítimo, entonces el derecho social debe gozar de una precedencia condicionada por sobre el fin que le colisiona. La proposición (2) representa a una premisa normativa menor donde se fundamenta que, en las circunstancias particulares “C₁”, el nivel de afectación del derecho social es, en efecto, mayor que el nivel de satisfacción del fin legítimo. La proposición (3) representa una primera conclusión del argumento que indica que, dadas esas circunstancias “C₁”, el derecho social merece gozar de precedencia condicionada sobre el fin legítimo en virtud de (1) y (2). La proposición (4) señala que el derecho social demanda, como consecuencia jurídica, prohibir la omisión. Por último, la proposición (5) es una nueva

conclusión que indica que, siempre que se cumpla con el supuesto de hecho compuesto por las circunstancias “C₁”, se encuentra prohibido omitir.

2. Niveles de afectación y satisfacción

Por supuesto, en el apartado anterior no se dice nada con respecto a cómo se justifica externamente la premisa (2). Por ello, se torna necesario describir cuáles son los criterios que la práctica jurídica utiliza para fundamentar los *niveles de afectación y satisfacción* de cada uno de los principios o intereses en juego. Sobre este asunto, lo primero que debe decirse es que los criterios usados para asignar valor o contenido semántico a estos términos pueden ser distinguidos según el grado de abstracción que ocupan dentro del proceso de argumentación. Así, en un primer grado se encuentran las presunciones *iuris tantum*,⁹ mientras que en un segundo grado cobran relevancia los argumentos consecuencialistas.

Una presunción *iuris tantum* es una prioridad que *prima facie* se le asigna a un principio por sobre otro en virtud de razones incondicionadas, es decir, que no están directamente relacionadas con las pérdidas y ganancias que la omisión provoca sobre los principios en el caso concreto. Así, por ejemplo, los derechos sociales suelen gozar una presunción *iuris tantum* por sobre los fines que le colisionan, al menos, en dos situaciones posibles. Una primera situación se da cuando el derecho social ya ha obtenido precedencia condicionada por sobre el fin legítimo en casos precedentes o análogos dentro de una misma jurisdicción. Ello, fundamentalmente, como consecuencia del requerimiento de universalidad (o justicia formal) que ordena respetar a las decisiones ya tomadas en el pasado (Alexy, 1978, p. 334; MacCormick, 1978, p. 73 y ss). Una segunda situación acontece cuando el caso individual cumple con el supuesto de hecho de una norma que ordena reforzar la protección del derecho social. El ejemplo más obvio al respecto se produce cuando resulta aplicable la norma del derecho internacional que prohíbe adoptar “medidas regresivas” (Abramovich y Courtis, 2002, p. 92 y ss.).

La posibilidad de asignar una presunción *iuris tantum* a favor de alguno de los principios no debe ser sobrestimada ni subestimada. No debe ser sobrestimada porque no permite, por sí sola, obtener un resultado como producto de la ponderación. Ciertamente, solo significa que el principio goza de una prioridad *prima facie*, aunque normalmente se entiende que esa prioridad puede ser derrotada según cuáles sean los efectos ocasionados sobre los principios en el caso en concreto. Con todo, tampoco debe ser subestimada; pues, si en el nivel correspondiente a las consecuencias se diera un empate de razones o relación de equilibrio, esa prioridad *prima facie* debería consolidarse como definitiva.

Por su parte, los argumentos consecuencialistas son utilizados para confirmar o derrotar presunciones *iuris tantum* (y así justificar una relación de precedencia definitiva entre los principios) sobre la base de razones condicionadas, es decir, directamente relacionadas con las pérdidas y ganancias que la omisión provoca sobre los principios en el caso concreto. Esto permite explicar por qué, ante una misma situación de colisión entre principios, la relación entre pérdidas y ganancias puede ser de una determinada manera en unas circunstancias "C₁", mientras que puede ser diferente en otras circunstancias "C₂". Para corroborarlo basta con citar dos ejemplos provenientes del sistema jurídico colombiano. Así, en la sentencia T-271/95 la Corte Constitucional determinó que el rechazo de cubrir medicamentos antirretrovirales, por parte del seguro social, a favor de una persona infectada con el virus del HIV y sin recursos económicos suficientes, implica un perjuicio de tal magnitud para el derecho a la salud que no alcanza a ser compensado por el beneficio obtenido en términos de estabilidad y previsibilidad presupuestaria (CC colombiana, T-271/95, 4º). Mientras que, en la sentencia T-073/07 la misma Corte consideró que el rechazo de cubrir una pomada, por parte del seguro social, a favor de un niño que sufre acné y cuya familia no evidencia dificultades económicas, supone un daño menor para el derecho a la salud que sí puede ser compensado por la ganancia que se obtiene desde el punto de vista de la estabilidad y previsibilidad presupuestaria (CC colombiana, T-073/07, 5º).

Ahora bien, esto último puede llevar a pensar que, en última instancia, la ponderación supone sustituir un modelo universalista de toma de decisiones por otro *ad-hoc* o particularista (Moreso, 2007, p. 234). Sin embargo, esto no es del todo así o, al menos, no describe con suficiente precisión el modo en que la ponderación es usada dentro del contexto de los sistemas jurídicos. Si bien es cierto que la determinación de las pérdidas y ganancias de los principios depende de los efectos que provoca una omisión en unas circunstancias individuales, ello no significa que se prescinda totalmente de criterios generales que permitan guiarla. Así, dentro del dominio de sistemas constitucionales estables y consolidados, suelen tener un papel relevante los llamados *mandatos de consideración* (Clérico, 2009, p. 214). Los mandatos de consideración pueden ser definidos como variables (por lo general, de fuente jurisprudencial) que, en referencia a una determinada colisión entre principios, ordenan o prohíben considerar ciertas propiedades fácticas como relevantes a la hora de asignar niveles de pérdidas y ganancias de los principios. Quizá el ejemplo más clásico en el que el uso de mandatos de consideración forma parte del sentido común provenga de las colisiones que se producen entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la protección del honor. Allí, la teoría constitucional suele identificar una serie de mandatos de consideración que facilitan la fundamentación de pérdidas y ganancias de los principios en juego como, por ejemplo: si se trata o no de un asunto de interés público; si se trata o no de un funcionario público; si se trata o

no de una expresión injuriente, entre otros posibles. Exactamente lo mismo puede ocurrir con aquellas colisiones en las que intervenga, al menos, un derecho social. Como ejemplo al respecto puede remitirse, nuevamente, a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de entrega de medicamentos no previstos por el catálogo legal. En dicho contexto, es posible reconstruir, como mínimo, dos mandatos de consideración que ayudan a determinar las relaciones de pérdidas y ganancias entre el derecho a la salud y el fin de garantizar estabilidad y previsibilidad presupuestaria de los seguros sociales. Estos mandatos de consideración ordenan tomar en cuenta si el rechazo de la cobertura del medicamento representa o no un riesgo para la vida o integridad física del titular o si éste cuenta o no con recursos económicos suficientes para afrontar el costo de forma privada. Por lo tanto, en lugar de hablar de un modelo de ponderación *ad-hoc* resulta preferible hablar, al menos en el marco de prácticas constitucionales estables y consolidadas, de un modelo de ponderación *orientado por criterios generales* de argumentación (Clérico, 2009, p. 180).

A modo de ejemplificar cómo es utilizado de manera completa el sub-examen de proporcionalidad *stricto sensu* dentro de la práctica judicial es conveniente seguir trabajando con la recientemente citada *Sentencia T-271/95*. Como se indicó, el caso trató sobre una persona infectada con el virus del HIV y sin recursos económicos suficientes, que presentó una acción de tutela en razón de que su seguro social le había rechazado la cobertura de medicamentos antirretrovirales no incluidos en el catálogo legal. Como consecuencia de dicho rechazo, se trabó una colisión entre el derecho a la salud y el fin legítimo (alegado por el destinatario) que ordena garantizar la estabilidad y previsibilidad presupuestaria. La Corte declaró inconstitucional el rechazo de la cobertura en razón de que el nivel de afectación del derecho a la salud era mayor que el nivel de satisfacción del fin tendiente a mantener un presupuesto estable y previsible. Esto lo hizo explícito a través de las siguientes palabras: “La sala [...] no desconoce los motivos de índole presupuestal que conducen a la elaboración de una lista restringida y estricta [...]; sin embargo, ratifica que el deber de atender la salud y conservar la vida del paciente es prioritario” (CC colombiana, T-271/95, 14º). Ello, en primer lugar, porque el derecho a la salud contaba con una presunción *iuris tantum* a su favor como consecuencia de vincularse con el derecho a la vida, el cual (de acuerdo con la Corte) se caracteriza “[...] por ser el de mayor connotación” dentro del sistema jurídico colombiano (CC colombiana, T-271/95, 4º). En segundo lugar, porque las pérdidas ocasionadas al derecho a la salud eran mayores que las ganancias obtenidas en términos de estabilidad y previsibilidad presupuestaria. Pues, por un lado, la falta de anti-retrovirales implicaba, para el afectado, un “acortamiento de su expectativa de vida”, un “deterioro en su integridad física” y una “obstrucción de su plan de vida personal” (CC colombiana, T-271/95, 9º). Pero, por el otro lado, el rechazo de la cobertura de los medicamentos no traía consigo beneficio alguno para el fin de

estabilidad y previsibilidad presupuestaria, debido a que solventar los medicamentos no sólo era menos costoso sino también más previsible que una futura atención médica del paciente como consecuencia de la falta de tratamiento farmacológico (CC colombiana, T-271/95, II.B.1°).

IV. Resumen

Este artículo se propuso realizar una reconstrucción racional del uso del examen de proporcionalidad en contextos de adjudicación judicial de derechos sociales. Tal trabajo de reconstrucción fue desarrollado en dos pasos.

El primer paso estuvo destinado a resolver el interrogante referido a si el examen de proporcionalidad en su variante por omisión exhibe o no una estructura diferente con respecto a su, mucho más conocida e investigada, variante por exceso. Sobre este punto se defendió la hipótesis de que, desde el punto de vista de la teoría de la adjudicación judicial, existe una identidad estructural el examen de proporcionalidad por omisión y por exceso. Pues, al igual que su variante por exceso, el examen de proporcionalidad por omisión únicamente requiere que sus sub-exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu* sean aplicados *una sola vez* sobre la omisión efectivamente adoptada por parte del destinatario del derecho, y ello con independencia de cuántas medidas alternativas existan para su satisfacción.

El segundo paso estuvo dirigido a describir las reglas y formas de argumentación que están implícitas en el uso del examen de proporcionalidad por omisión y que componen a sus respectivos sub-exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*. Esto permitió poner en evidencia que, de acuerdo con el examen de proporcionalidad por omisión, un derecho social se encuentra sub-optimizado cuando existe una omisión que lo limita y que o bien no es idónea para fomentar a un fin legítimo o bien es innecesaria para hacerlo o bien su adopción provoca un nivel de afectación del derecho social mayor que el nivel de satisfacción del fin legítimo que pretende restringirlo.

Referencias bibliográficas

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, 2002: *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta.
- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1971: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Astrea.
- Alexy, Robert, 1978: *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt A/M, Suhrkamp.
- _____, 1986: *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt A/M, Suhrkamp.

- _____, 2003: "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison". *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 4, pp. 433-449.
- _____, 2011: "Sobre la estructura de los derechos de prestación". En Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.). *Desafíos a la ponderación*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Arango, Rodolfo, 2005: *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá, Legis.
- Barak, Aharon, 2012: *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Bernal Pulido, Carlos, 2017: "The Constitutional Adjudication of Positive Social and Economic Rights by Means of the Proportionality Analysis". En Borowski, Martin, Paulson, Stanley and Sieckmann, Jan-Reinald (comp.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie*. Tübingen, Mohr Siebeck.
- Böckenförde, Ernst, 1993: *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden, Nomos.
- Borowski, Martin, 2007: *Grundrechte als Prinzipien*. Baden-Baden, Nomos.
- Clérico, Laura, 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, Gustavo y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Contiades, Xenophon y Fotiadou, Alkmene (2012): "Social Rights in the Age of Proportionality: Global Economic Crisis and Constitutional Litigation". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 3, pp. 660-686.
- De Fazio, Federico, 2019: *Teoría principialista de los derechos sociales*. Barcelona, Marcial Pons.
- Dworkin, R., 1997: *Taking Rights Seriously*. New York, Bloomsbury.
- Ferraz, Octavio, 2008: "Poverty and Human Rights". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 3, núm. 28, pp. 585-603.
- Klatt, Matthias, 2015: "Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance". *International Journal of Constitutional Rights*, vol. 13, núm. 2, pp. 354-382.
- Klatt, Matthias y Meister, Moritz, 2012: *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford, Oxford University Press.
- Lehmann, Karin, 2006: "In Defense of the Constitutional Court: Litigating Socio-Economic Rights and the Myth of the Minimum Core", *American University International Law Review*, vol. 22, núm. 1, pp. 163-197.
- MacCormick, Neil, 1978, *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, Clarendon Press.
- Morales, Leticia, 2018: "The Discontent of Social and Economic Rights". *Res Publica*, vol. 24, núm. 2, pp. 257-272.
- Moreso, José Juan, 2007: "Alexy y la aritmética de la ponderación". En Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*. México, Fontamara.

- Nino, Carlos, 1989: *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires, Astrea.
- Parra Vera, Oscar, 2006: “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”. En Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires, Del Puerto.
- Tushnet, Mark, 2008: *Weak Courts, Strong Rights*. New Jersey, Princeton.
- Young, Katherine, 2008: “The Minimum Core of Economic and Social Rights”. *Yale Journal of International Law*, vol. 33, núm. 1, pp. 113-175.
- Zuleta, Hugo, 2018: “Fundamentos racionales del principio de proporcionalidad en la concepción de Robert Alexy”. *Conferencia dictada en las XXXII Jornadas de la AAFD “Derecho, Política y Moral”*, Universidad de Buenos Aires, 22-24 de agosto del 2018.

Agradecimientos

Quiero agradecer a Laura Clérico, Jan Sieckmann y Florencia Leiva por las observaciones hechas a este artículo.

Notas

- 1 El término derechos sociales es ambiguo. Por ello, aquí, los derechos sociales serán entendidos en un sentido estricto, es decir, como derechos subjetivos de un titular frente a un destinatario a una prestación fáctica, esto es, la entrega de un bien material o la prestación de un servicio. (Alexy, 1986, p. 454; Arango, 2005, pp. 59 y ss.). Desde ya, esto no excluye que, en otros contextos, resulte posible hacer uso de un concepto más amplio de los derechos sociales. Sin embargo, a los fines de este trabajo es preferible asumir el concepto estricto propuesto, ya que permite concentrar los esfuerzos en torno a los aspectos más problemáticos y discutidos que se relacionan con la adjudicación judicial de los derechos sociales.
- 2 La “teoría escéptica” rechaza que, a partir de cláusulas tan imprecisas, pueda determinarse cuándo corresponde otorgar un determinado derecho social (Böckenförde, 1994, p. 79; Ferraz, 2008, p. 586; Tushnet, 2008, p. 228). Sin embargo, esta teoría padece el déficit de presuponer una concepción demasiado acotada de la argumentación jurídica, conforme la cual solamente son admisibles aquellas proposiciones normativas cuyo respaldo proviene de argumentos basados en la literalidad del texto constitucional. En este sentido, basta con analizar los actuales desarrollos de la teoría de la argumentación jurídica como, así también, algunos casos jurisprudenciales para advertir que una teoría semejante es, cuanto menos, exagerada.
- 3 La “teoría del contenido esencial” afirma que, como significado de las cláusulas constitucionales, se extraen normas que ordenan realizar el grado más básico o esencial de los derechos sociales (Parra Vera, 2006, pp. 53-78). Siendo así, un derecho social debe ser otorgado si y solo si ha sido realizado por debajo de su grado básico o esencial. A pesar de su plausibilidad intuitiva, esta teoría cuenta con la desventaja de que aún no ha podido explicitar algún criterio normativo último o procedimiento de argumentación que permita determinar

en abstracto cuál es el contenido esencial que se corresponde con cada uno de los derechos sociales (Lehmann, 2006, p. 185; Morales, 2018, pp. 258 y ss.; Young, 2008, pp. 113-175).

- 4 En este sentido, Contiades y Fotiadou han detectado, a partir de la década de los años noventa, una tendencia internacional en la adjudicación judicial de derechos sociales que paulatinamente va reemplazando a la teoría del “contenido esencial” por la “teoría de los principios” a través del uso extendido del examen de proporcionalidad (Contiades y Fotiadou, 2012, p. 684).
- 5 Una defensa del rendimiento explicativo de la “teoría de los principios” para captar la estructura de las normas constitucionales que prescriben derechos sociales puede encontrarse en: De Fazio, 2019, pp. 72 y ss.
- 6 De acuerdo con Alchourrón y Bulygin, una reconstrucción racional es el “método por medio del cual un concepto inexacto y vago –que puede pertenecer al lenguaje ordinario o a una etapa preliminar en el desarrollo de un lenguaje científico– es transformado en un concepto exacto o, por lo menos, más exacto que el primitivo” (Alchourrón y Bulygin, 1971, p. 29).
- 7 Del mismo modo, Nino pone de relieve que también son razones normativas las que permiten asignar causalidad a las acciones positivas. Así, por ejemplo, la presencia de oxígeno en la atmósfera es una condición necesaria para que un incendio se produzca. Sin embargo, sería absurdo que un inspector de seguros denunciara tal hecho como la causa de un incendio en una fábrica (Nino, 1989, p. 328).
- 8 Sobre las reglas y formas de los argumentos teleológico-objetivos y genéricos, puede verse Alexy, 1978, p. 291 y 295.
- 9 Estas presunciones también han sido denominadas como “pesos relativos en abstracto”. Véase Alexy, 2003.

Recepción: 11 octubre 2018
Revisión: 04 septiembre 2019
Aceptación: 01 noviembre 2019