

Documentos de trabajo PROESA

**REVISIÓN DE LITERATURA: JUSTICIABILIDAD DE
LOS DERECHOS ECONÓMICOS
SOCIALES Y CULTURALES CON ENFOQUE
EN EL DERECHO A LA SALUD.**

Andrea Jaramillo
Documentos PROESA #15

**REVISIÓN DE LITERATURA: JUSTICIABILIDAD DE LOS
DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES CON
ENFOQUE EN EL DERECHO A LA SALUD.**

Andrea Jaramillo

Documentos PROESA #15

DOCUMENTOS PROESA

ISSN: 2256-4128

Marzo de 2017

Comité Editorial:

Ramiro Guerrero, Ms

Sergio I. Prada, PhD

Victoria E. Soto, PhD

Yuri Takeuchi, MD

PROESA – Centro de Estudios en Protección Social y Economía de la Salud
Cl 18 # 122-135 Universidad Icesi Casa Rocha segundo piso
Tel: +57(2)3212092 Cali Colombia
www.icesi.edu.co/proesa
www.proesa.org.co

Literature review: justiciability of Economic, Social and Cultural Rights with focus on health

Andrea Jaramillo

Abstract

The participation of legislative bodies around the world about the Economics, Social and Cultural Rights makes relevant to investigate its justiciability. In the Colombian case, it has been a considerable amount of tutelas to demand rights of this kind, especially in health. In academic debates there is a debate about the participation of judges in those cases. This paper presents a literature review on this topic, particularly in the right to health. To understand the discussion, it is important to know the judicial intervention scope and account for the public cost to guarantee the right. That's why the discussion involves both lawyers and economist, and what are developed in this paper are precisely those arguments and counterarguments that have been debated on the justiciability discussion.

REVISIÓN DE LITERATURA: JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES CON ENFOQUE EN EL DERECHO A LA SALUD.

Andrea Jaramillo

Resumen

La participación que han tenido las ramas legisladoras a lo largo del mundo en torno a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace relevante una indagación sobre su justiciabilidad. Para el caso colombiano, se ha presentado una cantidad considerable de tutelas para exigir derechos de esta naturaleza, especialmente en salud. En el ámbito académico se ha desarrollado un debate sobre la participación de los jueces en estos casos. Este trabajo se plantea llevar a cabo una revisión de literatura sobre el tema con énfasis en el derecho a la salud. Para entender la discusión, es importante conocer el alcance de la intervención del poder judicial y dar cuenta de los costos públicos de garantizar el derecho. Es por esto, que la discusión parte de del discurso tanto de abogados como de economistas, y lo que se desarrolla en esta investigación son argumentos y contraargumentos que se han extendido a lo largo de la discusión sobre justiciabilidad.

Contenido

1. INTRODUCCIÓN	6
2. CONCEPTOS Y/O DEFINICIONES CLAVE	8
3. RESULTADOS.....	9
5. CONCLUSIONES	48
6. BIBLIOGRAFÍA:	52

1. INTRODUCCIÓN

Se pretende llevar a cabo una revisión de literatura (en adelante RL) en torno a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales; poniendo el acento en el derecho a la salud, y en el necesario racionamiento de los recursos para garantizarlo.

La relevancia de este tema se encuentra en la necesidad de reflexionar desde una perspectiva interdisciplinaria sobre una realidad evidente en gran parte de los ordenamientos jurídicos del mundo: la creciente participación de la rama judicial en la resolución de casos sobre derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC) en los cuales se solicita la obtención de una declaración que haga exigible el derecho. En nuestro contexto colombiano, sin duda alguna, la tutela se ha convertido en el mecanismo judicial más usado por los ciudadanos para reclamar la exigibilidad de sus derechos socio-económicos; en especial el derecho a la salud. Nuestra Corte Constitucional¹ ha protegido el derecho a la salud por fuera de los límites del POS, ordenando el acceso a medicamentos o procedimientos muy costosos, que no pueden alcanzar la cobertura universal².

Este fenómeno ha generado un gran debate. Se cuestiona el valor y el alcance de la intervención judicial en materia de DESC debido a que estos derechos están ligados a la lógica de las políticas públicas socio-económicas, y dependen fundamentalmente del complejo proceso de *policy-making*, y de asignación de recursos provenientes del presupuesto público financiado de manera colectiva. Esto mismo se ha argumentado con mayor fuerza en relación con el derecho a la salud, pues en estos casos las cortes deben revisar decisiones adoptadas por la administración en las cuales se racionan recursos públicos en un ámbito técnico como la salud³

Esta específica relación entre el derecho, la política y la economía no se ha abordado mediante un diálogo constructivo entre el discurso de los abogados y el discurso de los economistas. Esto ha afectado el modo en que el Estado ha orientado su práctica estatal en relación con los DESC. Es importante entonces, llamar la atención sobre la necesidad de entender los derechos desde la lógica de sus costos públicos. No podemos anclarnos a las posturas idealistas, de naturaleza deontológica que pretende abogar por una concepción absoluta o maximalista de los derechos.

Los derechos son relativos, ya que dependen del presupuesto y del gasto público. Todos los derechos, sin excepción alguna, tienen un costo derivado de su protección, razón por la cual, no pueden ser satisfechos al 100%, ni del mismo modo. En ese sentido, es viable afirmar lo siguiente:

¹ El fenómeno de la constitucionalización del derecho ha generado numerosas de tensiones y ajustes en las relaciones entre derechos y políticas sociales.

² Ramirez y de Roux (2005).

³ Figueroa (2009) p. 591.

los derechos en gran medida son políticos, pues su protección o no, es producto del debate político, en el cuál se hacen numerosas transacciones y concesiones sobre el nivel en que deben protegerse y sobre la priorización de los mismos⁴.

Entender que los derechos son relativos y que pueden ser limitados, no les quita legitimidad a los mismos, ni implica que vayamos a reducir nuestro compromiso de protegerlos. Por oposición a ello, entender esta realidad, permite que superemos antiguos paradigmas y que avancemos hacia una relación dialógica entre las diferentes ramas del poder, y en ese sentido, hacia una mayor articulación de los derechos con las políticas públicas. Para acercarnos a tal dirección, tenemos que realizar pedagogía en derechos, y empapar a todos los actores institucionales y sociales, sobre lo que implica el problema de la escasez, y sobre la lógica política en la que se mueven los derechos.

Para lograr una mayor claridad, conviene citar a los autores Holmes y Sunstein (2000): *“Cualesquiera sean los méritos de lo que “debería ser”, no tiene mucha importancia frente a lo que “es”. Imaginar que el derecho no es tocado por las negociaciones que son usuales en las finanzas públicas sólo puede cegarnos a las realidades políticas de la protección de los derechos”*.

Ante la necesidad de pensar la lógica de las políticas públicas y de los derechos, basado en la evidencia, surge la realización de esta RL. Y es que resulta crucial entender las diferentes aproximaciones a este debate, para reflexionar acerca de sus límites y posibilidades. En ese sentido, en una primera medida, la revisión se dirige a identificar, clasificar y caracterizar un volumen vasto de literatura que desde diferentes enfoques, ha abordado los argumentos que defienden y atacan la intervención judicial en materia de DESC. Después de presentar los hallazgos de esta revisión, el lector podrá contar con una pequeña guía para abordar selectivamente el gran volumen de literatura que se ha producido sobre el tema desde los años 90 hasta acá.

Es importante aclarar que el análisis se hará desde un lente interdisciplinar que pretende superar el diálogo de sordos que se daba entre economistas y abogados. En otras palabras, se pretende crear un diálogo entre iguales, donde las dos disciplinas se lean mutuamente.

1. OBJETIVOS:

- A) Exponer el debate en torno a la justiciabilidad de los DESC, con enfoque en el derecho a la salud. Lo que implica: exponer los argumentos en contra y a favor de la revisión judicial de las políticas sociales (salud). Para dar cumplimiento a este objetivo se indagará en los aspectos más relevantes abordados por la literatura en torno a la justiciabilidad de los DESC.
- B) Exponer cuáles son los alcances y las modalidades de intervención del poder judicial en las políticas sociales.

⁴ Ramírez & de Roux (2005).

- C) Ahondar en los costos del derecho a la salud. Para lo cual debemos exponer: i) el racionamiento y la priorización en el campo de la salud. ii) cómo puede ser justa la distribución, y; iii) cómo garantizar procesos de priorización basados en la transparencia democrática.

2. CONCEPTOS Y/O DEFINICIONES CLAVE

- DESC: en esta RL se entiende por derechos económicos, sociales y culturales aquellos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (en adelante el PIDESC). Tales como: el derecho al trabajo, derechos laborales individuales y colectivos, incluyendo el derecho de huelga, derecho a la seguridad social, derecho a la protección de la familia, derecho a un nivel de vida adecuado, incluyendo alimentación, vestido y vivienda, derecho a la salud, derecho a la educación, derecho a participar en la vida cultural.
Es importante aclarar que en la tradición constitucional se habla de “derechos sociales” y en el derecho internacional de los derechos humanos se denominan “derechos económicos, sociales y culturales”⁵. En este trabajo se utilizarán las dos expresiones.
- Justiciabilidad: implica someter una disputa en torno a un derecho, a conocimiento y decisión de una corte, con el objetivo de obtener una declaración que haga exigible el derecho.
- Política pública: De acuerdo con el autor André Roth una política pública “es un conjunto conformado por uno o varios objetivos colectivos considerados necesarios o deseables y por medios y acciones que son tratados, por lo menos parcialmente, por una institución u organización gubernamental con la finalidad de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática”.
los 4 elementos que conforman la política pública: (i) Intervención de una institución pública, (ii) percepción de una situación problemática o socialmente relevante, (iii) definición de objetivos concretos para solucionarla o hacerla manejable, y (iv) un proceso de implementación y evaluación, que se debe hacer en todas las etapas.
- Principios y Reglas:
- Razonabilidad: Siempre que se haga referencia dentro del texto al análisis de razonabilidad que hace el juez respecto a las políticas, programas o medidas tomadas por el poder político, realmente se estará hablando del test de razonabilidad o proporcionalidad. Dicho test, tal como lo expone Arnold (2012), debe verificar que se cumpla con cada uno de los siguientes requisitos:
 - 1) La finalidad perseguida debe ser legítima.
 - 2) Debe ser adecuada o idónea para la promoción de dicho objetivo legítimo (adecuación).
 - 3) Debe ser necesaria, y entre varias alternativas de intervención debe preferirse la que afecte menos a los derechos involucrados.
 - 4) Debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, la gravedad de la intervención ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención. “Por tanto los instrumentos y los medios aplicados deben

⁵ Abramovich y Courtis (2002) p. 19.

justificarse en su grado de gravedad: la gravedad de las intervenciones debe ser proporcionada a la urgencia o necesidad de los objetivos. Si éstos no son urgentes o no son muy necesarios, los instrumentos utilizados deberán ser de menor intensidad. Este último requisito parece ser el más importante para la protección de la libertad individual. Conlleva una ponderación entre el interés del individuo, manifestado en su derecho fundamental, y el interés público. Esta ponderación debe tener en cuenta la situación particular del individuo, y desde luego, no puede suponer la anulación o negación del derecho”⁶.

3. RESULTADOS

Con la finalidad de presentar los hallazgos de esta revisión de literatura, los cuales responden a los objetivos formulados inicialmente, el texto seguirá la siguiente estructura: en primer lugar, se abordará de manera general el debate en torno a la justiciabilidad de los DESC. Allí el lector podrá encontrar las objeciones más comunes que se han formulado en contra de que los jueces hagan exigibles este tipo de derechos, las cuales giran básicamente en torno a una diferenciación de naturaleza conceptual y normativa, entre los derechos civiles y políticos (DCYP), y los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). En ese mismo apartado se especificará cuáles de esas objeciones cobran mayor relevancia en el contexto del derecho a la salud, y se desarrollarán aquellos argumentos. Tanto a nivel general, como a nivel especial (salud), se expondrán los contraargumentos más fuertes que desde la academia se han producido para dismantelar tales objeciones. En segundo lugar, se expondrá cuáles son los alcances y las modalidades de intervención del poder judicial en las políticas sociales. Y en tercer y último lugar, se ahondará en el costo de los derechos, específicamente en el costo del derecho a la salud y en la necesidad de racionar y priorizar prestaciones sanitarias, dada la inevitable escases de recursos frente a la creciente e infinita demanda por cuidado sanitario. Este acápite será crucial para entender que reflexionar acerca de los costos públicos de los derechos nos permitirá comprometernos aún más con la vigencia y protección de los mismos, dado que el tema en esencia nos involucra en cuestiones de ética y de justicia distributiva, y nos obliga a pensar qué tipo de modalidades de intervención judicial permiten una mayor articulación de los derechos con las políticas públicas, respetando el lugar de la política y el juego democrático. En tercer y último lugar se harán unas breves conclusiones.

⁶ Arnold *et al* (2012) p. 71

EL DEBATE EN GENERAL

La idea de que los jueces se involucren en casos donde el demandante solicita que se haga exigible un derecho económico, social o cultural ha sido fuertemente cuestionada a través de los años. Tal cuestionamiento se ha basado principalmente en un discurso tendiente a diferenciar radicalmente a los DCYP y a los DESC⁷. La difusión a gran escala de este discurso se introdujo en el pensamiento y en la opinión pública de gran parte del mundo, creando el siguiente paradigma: los derechos civiles y políticos si se consideran derechos plenos; por oposición a los derechos sociales, los cuales tienen un mero valor simbólico o político, pero escaso valor jurídico⁸. En las siguientes líneas, el lector podrá encontrar los argumentos más relevantes que construyeron el anterior paradigma; así como los contraargumentos más sólidos que contribuyeron a desmantelarlo o debilitarlo.

ARGUMENTOS Y CONTRAARGUMENTOS: LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DESC UNA CUESTIÓN POLÉMICA.

Objeciones que recaen sobre la esencia misma de los derechos (DESC)

Para empezar con la exposición de este árido debate, conviene presentar un panorama general: “Los derechos sociales son vistos como positivos y, por ello, involucran acción de parte del gobierno; son intensos en cuanto al uso de recursos y por ello, son caros de proteger; son progresivos y, por ello, requieren tiempo para ser implementados; son vagos en términos de las obligaciones que imponen, y finalmente, implican complejos, policéntricos y difusos intereses en los bienes colectivos”⁹. A continuación, se tomará cada argumento por separado, y se presentará su respectiva réplica.

Los derechos positivos VS derechos negativos

La distinción más importante que se encuentra en la literatura, tanto de habla inglesa, como de habla hispana, es aquella que clasifica a los DCYP como derechos de naturaleza negativa, y a los DESC como derechos de naturaleza positiva. Esta dicotomía nos remite necesariamente a considerar los derechos de libertad y los derechos de bienestar, la distinción entre acciones y omisiones por parte del Estado; así como el costo o no de los derechos. Cada uno de estos rasgos consolidan un sólo argumento que se puede desagregar para efectos de mayor claridad. Así pues, históricamente se conquistaron primero los DCYP, razón por la cual adquirieron el nombre de derechos de primera generación y de libertad. Luego, llegó la conquista de los DESC, a los cuales se les denominó derechos de segunda generación y de bienestar¹⁰. Se ha dicho que aquellos derechos clásicos de libertad determinan la forma en que los individuos pueden actuar, más no garantizan ningún tipo de

⁷ Se plantea que la diferenciación es de naturaleza. Algunos autores que defienden tal postura son: Kelley (1998) p. 23; Cranston (1967) pp. 50-51; Eide, 1989 p. 36

⁸ Abramovich y Courtis (2014) p. 1.

⁹ Scott y Macklem (1992) p. 24. Citado y traducido por Figueroa (2009) p.

¹⁰ De Villers (1995) pp. 602-603; Alston (1982) p. 310.

resultado. Lo contrario se dice de los derechos de bienestar, los cuales persiguen resultados y titularidades -de bienes y servicios-, para garantizar los dictados de la justicia social, asegurando un nivel mínimo que logre satisfacer las necesidades más básicas¹¹.

Lo anterior, permite entender que la categorización de derechos negativos vs derechos positivos¹² nos conduce a la idea de abstención e intervención por parte del Estado. Los DCYP al ser negativos, requieren que el Estado se abstenga de todo tipo de intervención; mientras que los DESC, al ser positivos y al implicar reclamos de bienes o servicios, requieren necesariamente una fuerte intervención por parte del Estado. Para ejemplificarlo, los DCYP requieren que el estado se “abstenga de matar, de torturar, de imponer censura, de violar correspondencia, de afectar la propiedad privada, mientras que los derechos sociales exigirían dar prestaciones de salud, educación o vivienda”¹³. Los unos excluyen el aparato gubernamental, los otros lo invitan con entusiasmo¹⁴. Los unos requieren un aparato legal y unos programas gubernamentales relativamente pequeños, mientras los otros requieren un gran aparato estatal dotado de complejidades, así como de programas asistenciales a gran escala¹⁵.

Todo esto nos lleva al punto clave, al que se sirve de fundamento para impedir la justiciabilidad de los DESC: el argumento presupuestario, que sostiene que los derechos socio-económicos al demandar una gran cantidad de recursos, por exigir la puesta en marcha del poder estatal en forma vigorosa, no debe llegar al conocimiento de los jueces, pues estos no tienen legitimidad ni experticia para adoptar decisiones relativas al gasto fiscal, ni para decidir de forma óptima cuales deben ser las prioridades sociales. Tales cuestiones deben ser competencia de las autoridades políticas, quienes tienen responsabilidad y experticia, atributos de los que no goza el poder judicial¹⁶. La versión de este argumento respecto a los DCYP, sostendría que los jueces son las autoridades idóneas para decidir casos que involucren este tipo de derechos pues estos no involucran mayor gasto público, y por ende, el control judicial se “limitaría a la anulación de aquellos actos realizados en violación a aquella obligación de abstención”¹⁷.

Es importante aclarar que el ataque a las cortes por no tener legitimidad y experticia para involucrarse en aspectos de gasto público, se abordará a profundidad más adelante, pues ambos aspectos son las dos objeciones más fuertes a la justiciabilidad de los DESC, sobre todo a la justiciabilidad del derecho a la salud, y por ello, requiere un análisis mucho más detallado, donde entran en juego otros factores que exceden el tema abordado en este acápite. Por ello, tampoco los contra-argumentos a estas objeciones serán abordados inmediatamente.

¹¹ Kelley (1998) pp. 22-24.

¹² “Un derecho positivo es un reclamo de algo –como un bien, un servicio- mientras que un derecho negativo es un derecho a que algo no sea hecho, que alguna imposición no se ejecute” Fried (1978) p. 110. Citado y traducido por Figueroa (2009) p. 314.

¹³ Abramovich y Courtis (2014) p. 1.

¹⁴ Autores que explican el argumento: Hunt (1993) p. 149; Alston *et al* (1987) p 159; Vierdag, (1978) p. 80; Plant (2003) p. 8; Koch (2002) p. 31; y Abramovich *et al* (2002) pp. 21-22-

¹⁵ Kelley (1998) p. 26.

¹⁶ Murcinik (1992) p. 465-466.

¹⁷ Abramovich y Courtis (2014) p. 1.

El contraargumento a la rígida clasificación entre derechos positivos vs derechos negativos.

Después de haber presentado la anterior dicotomía (derechos positivos vs derechos negativos), es necesario hacer la siguiente pregunta: ¿esta es una clasificación coherente de diferentes tipos de derechos?, ¿tiene sentido?, ¿es útil para analizar el modo en que los derechos cobran vigencia en la práctica?. Esta cuestión ha sido analizada de manera exhaustiva por varios autores, dentro de los cuales se destacan los razonamientos de: Shue (1980), Eide (1989; 1992), Van Hoof, Hunt (1996), Mureinik, Holmes y Sunstein (2011), y Abramovich (2002), Brems, Scott, Turk; quienes desde diferentes aproximaciones han concluido que esta dicotomía realmente es falsa e inocua. A continuación, se presentarán las razones para afirmar tal cosa. Para empezar, desde el año 1980, el autor Shue planteó que los derechos tienen naturaleza mixta, pues todos sin excepción alguna, tienen tres niveles de obligaciones: “a) obligaciones de evitar privar un derecho, b) obligaciones de proteger de la privación y c) obligaciones de auxiliar al privado de su derecho”¹⁸. Esta clasificación fue replanteada por Eide¹⁹ (1989, 1992) y por Van Hoof (1996), bajo un esquema interpretativo más amplio que abarca 4 niveles de obligaciones estatales para hacer efectivos los derechos, independientemente de que sean considerados civiles, políticos, económicos o culturales. Estos niveles abarcan las siguientes obligaciones: 1) obligaciones de respetar: estas requieren que todo el aparato estatal (órganos y funcionarios) se abstenga de obstaculizar o impedir el acceso o el goce a los bienes que constituyen el objeto del derecho. 2) Obligaciones de proteger: requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para prevenir e impedir que otros individuos o grupos impidan a su titular el acceso o el goce a esos bienes. 3) Obligaciones de asegurar: exige que el Estado adopte las herramientas y medidas necesarias para asegurar que el titular del derecho acceda al mismo, cuando no puede hacerlo por sí mismo. 4) Obligaciones de promover: implica el deber de crear y desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien²⁰. Esto evidencia que todo derecho requiere para su efectividad, obligaciones positivas y negativas; pues “las obligaciones de respetar están fundamentalmente ligadas a obligaciones negativas o de abstención, y las de proteger, asegurar y promover involucran un mayor activismo estatal y por ende un mayor número de obligaciones positivas o de conducta”²¹. Los 4 niveles de obligaciones nos enseña que la distinción positivo/negativo es susceptible de aplicarse a las obligaciones que emanan de los derechos²², más no a los derechos mismos, y que la única forma de satisfacer los derechos es cumpliendo con los 4 niveles de obligaciones.

Después de entender que todos los derechos, independientemente de su denominación implican obligaciones positivas, es necesario dejar por sentado que todos los derechos son costosos. Esta es la consecuencia lógica que se deriva del esquema de los 4 niveles de obligaciones, y la tesis principal que defienden Holmes y Sunstein (1999) en su libro *“The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes”*,

¹⁸ Figueroa (2009) p. 321.

¹⁹ Eide (1989) p. 37; Eide (1992) p. 5

²⁰ Abramovich y Courtis (2014) p. 2; Eide (1992) p. 5; Hunt (1992) p.31;

²¹ Abramovich y Courtis (2014) p. 2.

²² El primero que propuso aplicar la clasificación positivo-negativo a las obligaciones que emanan de los derechos fue Scott (1989) pp. 834-835. Posteriormente otros autores han sostenido la misma idea, por ejemplo: Abramovich y Courtis (2014) p.1.

para dismantlar la idea de que sólo los DESC son derechos positivos. Los autores se enfocan primordialmente en dejar claro que las libertades individuales (también) dependen fundamentalmente de la contribución colectiva administrada por los funcionarios públicos²³. El libro reflexiona acerca de la relación entre el goce efectivo de los derechos, y la capacidad y voluntad del Estado para garantizarlos destinando dinero para ello. A través de varios ejemplos, Holmes y Sunstein demuestran con cifras y estadísticas que los derechos civiles son excesivamente costosos para el Estado, y que por ello, las libertades individuales y los derechos privados no se garantizan únicamente por medio de la inversión -privada-, sino principalmente por medio del gasto público.

Es importante traer a colación algunos de los ejemplos que usan los autores para ilustrar su tesis y demostrar que los derechos civiles implican una gran cantidad de obligaciones positivas: A) la reglamentación (legislativa y administrativa) de los derechos, tendiente a definir el alcance y los límites de estos. B) El ejercicio del poder de policía: “para garantizar el derecho a la vida no basta simplemente ordenar a los agentes del Estado que se abstengan de matar; hay que desarrollar programas activos de educación y control de los miembros de la fuerza pública”²⁴. C) La protección frente a las interferencias ilícitas del propio Estado y de otros particulares. D) La imposición de condenas por parte del poder judicial en caso de vulneración: esta rama del poder no puede operar sin una gran inyección de fondos públicos, la defensa de los derechos depende de la vigilancia judicial, y esta cuesta -como mínimo- lo que cuesta reclutar, entrenar, equipar, pagar y monitorear a los custodios judiciales de nuestros derechos básicos. E) La protección al derecho de propiedad: se gasta gran cantidad de recursos públicos en la justicia civil y penal, gestionando la tarea del cuerpo policial, administrando los registros de propiedad inmuebles, automotores y otros registros especiales, los servicios de catastro, la fijación y control de la zonificación y uso del suelo, etcétera. Todas estas actividades implican un costo para el Estado sin el cual el derecho no podría ser garantizado²⁵.

Para fortalecer el argumento, a continuación, se citan algunas de las cifras más llamativas relativas a los costos públicos de defender derechos o libertades individuales en Estados Unidos. Los autores tomaron estos datos del presupuesto de Estados Unidos para 1996²⁶:

- Manejo de registros relacionados con la propiedad: 203 millones de dólares.
- Protección de patentes y marca registradas: 82 millones de dólares.
- Manejo federal de emergencias: 3.614 millones de dólares.
- Defensa Nacional: 20.497 millones de dólares.
- Tribunales de distrito: 1.183 millones de dólares.
- Programa de reducción de delitos violentos: 30 millones de dólares.

²³ Holmes y Sunstein (2011) p. 33.

²⁴ De Roux y Ramirez (2004) p. 13.

²⁵ Abramovich y Courtis (2014) p. 2.

²⁶ Holmes y Sunstein (2011) p. 255.

Una vez expuesto lo anterior, es preciso culminar este apartado afirmando que, de acuerdo a varios autores²⁷, las diferencias entre los DCP y los DESC realmente no son de naturaleza, sino de grado, porque ambos tipos de derechos involucran obligaciones positivas y negativas, y ambos tipos de derechos resultan costosos de proteger. Por eso, se afirma que la distinción o clasificación estudiada es más bien ideológica que conceptual²⁸, y que la diferencia más notable entre los dos tipos de derechos es que los DESC no tienen la misma tradición jurídica (en términos históricos e interpretativos) que los DCP²⁹.

Ahora bien, si consideramos entonces que los DCYP son igualmente costosos, entonces ¿Estariamos dispuestos a afirmar que estos tampoco son justiciables?

Obligaciones indeterminadas VS obligaciones determinadas

Otro de los obstáculos a la revisión judicial de los DESC consiste en afirmar que estos derechos son excesivamente vagos o indeterminados, es decir, que “existe una falta de especificación concreta del contenido de estos derechos”³⁰. Se dice que las obligaciones que tienen los Estados frente a los DESC en virtud del derecho internacional son bastante imprecisas, ya que aquellas normas determinan que los individuos poseen derecho a la salud, a una vivienda adecuada, o a la alimentación; pero no ofrecen orientación respecto a su contenido normativo y a las obligaciones de las partes³¹. Esto resulta problemático, pues si no hay precisión terminológica, no es viable asegurar los derechos en un contexto jurídico; es decir, estos pierdan la posibilidad de ser demandados ante una corte³². Por otro lado, la vaguedad no se predica únicamente del contexto internacional, autores como De Villiers (1995) han afirmado que esta se presenta igualmente en el contexto nacional (al interior de los diferentes países); y que ello también impide su justiciabilidad³³. Tal imprecisión plantea también problemas presupuestarios, ya que las obligaciones que provienen de los derechos deben tener límites, y dado que estos derechos involucran obligaciones de proteger, asegurar, y promover, las obligaciones parecen infinitas sino se establece claramente aquellos límites³⁴.

Ahora bien, lo contrario a lo expuesto con anterioridad se ha dicho respecto a los DCP. La vaguedad de los DESC es comúnmente contrastada con la precisión y especificidad de los DCP.

²⁷ Brems (2001) p. 444; Shue (1984) p. 84; Abramovich (2002) pp. 24-25.

²⁸ Türk (1992) p. 26.

²⁹ Hunt (1996) p. 69; Van Hoof (1984) pp. 97-98.

³⁰ Abramovich y Curtis (2014) p. 7.

³¹ Melish (2002) pp. 33-34. Citado por Figueroa (2009) p. 318.

³² Figueroa (2009) p. 318.

³³ De Villiers (1995) pp. 606-607.

³⁴ Figueroa (2009) p. 318.

El ataque al argumento de las obligaciones indeterminadas VS las obligaciones determinadas

El anterior argumento formulado en términos de obstáculo a la justiciabilidad de los DESC, ha sido analizado por varios doctrinantes, así como por organismos y tribunales internacionales competentes y expertos en la materia. Tal análisis ha arrojado 6 importantes conclusiones. La primera conclusión destaca que el problema de la vaguedad no es exclusivo de los derechos sociales, por el contrario:

“la determinación del contenido de todo derecho de raigambre constitucional se ve afectado por el mismo inconveniente, que radica, en el fondo, en la vaguedad característica del lenguaje natural en que se expresan las normas jurídica. ¿Qué significa “propiedad”? ¿Cuál es el tipo de “expresión” protegida por la prohibición de censura previa? ¿Cuál es el alcance de la noción de igualdad? Sin embargo, esta dificultad jamás ha llevado a la afirmación de que los derechos civiles no sean derechos, o no sean exigibles judicialmente, sino más bien a la tarea de especificación de su contenido y límites, a partir de distintos procedimientos de afinamiento de su significado – *principalmente, la reglamentación legislativa y administrativa, la jurisprudencia y el desarrollo de la dogmática jurídica*”³⁵.

Entendiendo que la primera conclusión plantea que todos los derechos enfrentan el problema de la vaguedad, es necesario complementar esta premisa. Para ello, debemos remitirnos nuevamente al esquema de 4 niveles de obligaciones, pues este nos muestra que la claridad o vaguedad de las obligaciones, depende del tipo de obligación que se analice y no del tipo de derecho involucrado. En ese sentido, las obligaciones de respetar de todos los derechos son bastante claras: se debe abstenerse de privar a un individuo de sus derechos. En cambio, las obligaciones de proteger, asegurar y promover, tienden a ser más imprecisas, pues es más complejo, por ejemplo: determinar qué es lo debido para cumplir efectivamente un derecho³⁶. Por último, respecto de esta premisa, se ha afirmado que aquellos que defienden la distinción insalvable entre DESC y DCP en términos de vaguedad y precisión, lo han hecho comparando obligaciones de proteger, asegurar y promover de los DESC, con obligaciones de respetar de los DCP. Es decir, una comparación sin sentido, pues no se encuentra al mismo nivel y por ende, cualquier análisis se torna inútil³⁷; pues si hacemos el ejercicio inverso, concluiríamos sin fundamentos que los DCP no podrían ser justiciables, cosa que tampoco es así.

La segunda gran conclusión, tiene que ver con el hecho de que la vaguedad o precisión de los DESC o de cualquier otro derecho, depende fundamentalmente de un juicioso ejercicio interpretativo, el cual, generalmente, va ligado a la práctica constitucional. En otras palabras, la precisión de los derechos no hace parte de la esencia de los mismos “sino de una práctica de interpretación, sostenida a través del tiempo”³⁸. Es por ello que se afirma que los DESC son menos precisos que los DCP, pues históricamente estos han sido excluidos del control judicial, y por ello, no han sido objeto de

³⁵ Abramovich y Courtis (2014) p. 7.

³⁶ Hunt (1996) p. 34. Citado y traducido por Figueroa (2009) p. 329.

³⁷ Scott y Macklem (1992) p. 76. Citado y traducido por Figueroa (2009) p. 329.

³⁸ Figueroa (2009) p. 330.

una práctica continua de interpretación judicial, como si ha pasado con los DCP. Sin embargo, el proceso interpretativo respecto de los DCP aún no ha llegado a su fin. Los tribunales siguen precisando estos derechos y resolviendo problemas relativos a estos. Por ello, ambos tipos de derechos “están sujetos a la práctica constitucional y a la interpretación, un proceso que incrementa la precisión de tales derecho a través del tiempo, independientemente de la mayor ventaja que en dicho proceso los DCP puedan exhibir comparados con los DESC”³⁹. En este punto, es menester agregar que la labor interpretativa que se ha dado en el seno de la comunidad internacional (organismos y tribunales), respecto de los DESC, ha contribuido enormemente a acotar su contenido y alcance. Destacan las Observaciones Generales del Comité de DESC, órgano encargado de interpretar oficialmente las cláusulas del PIDESC; los principios de Limburgo de 1987, y las directrices de Maastricht de 1997.

Después de haber presentado 2 de las 5 conclusiones, es importante señalar que las tres que hace falta por presentar, restan importancia a la imprecisión de los derechos, o más bien, destacan algunos rasgos necesarios o positivos de aquella imprecisión.

Bajo esta línea, la tercera conclusión se relaciona con la idea de que la falta de especificación del contenido de un derecho es un rasgo típico de las normas constitucionales o de tratados de derechos humanos, “dado que se trata de las normas de mayor nivel de generalidad del orden jurídico”⁴⁰. De acuerdo con Abramovich y Courtis (2014), existen varias razones para considerar esta generalidad desde una óptica positiva: “permite mayor flexibilidad y adaptabilidad a instrumentos normativos cuya modificación es normalmente más gravosa que la de la legislación ordinaria, ofrece a los órganos encargados de especificar el contenido de los derechos contenidos en esos instrumentos un margen de elección compatible con la prudencia y necesidad de evaluación de la oportunidad que requiere la toma de cualquier decisión política, preserva la brevedad y concisión que hacen de estos documentos el catálogo de principios fundamentales del Estado de Derecho”⁴¹. Por otro lado, “del reconocimiento de la deseable generalidad del texto de una constitución o de un tratado de derechos humanos, sin embargo, no se sigue la imposibilidad absoluta de señalar casos en los que, pese a la inexistencia de especificación ulterior de su contenido, un derecho resulta violado: si ello fuera así, sería imposible decir que la reglamentación de un derecho es inconstitucional, y ello equivaldría a privar completamente de significado al lenguaje en el que se expresan una Constitución o un tratado de derechos humanos”⁴².

La cuarta conclusión, afirma que en algunos casos es posible saber la conducta debida (determinar un deber legal) por medio de la vía fáctica, a pesar de que no haya ningún material jurídico que la determine. Esto puede suceder cuando fácticamente sólo es viable uno o un número limitado de cursos de acción para lograr el respeto, la protección, garantía o promoción de un derecho. “Por

³⁹ Figueroa (2009) p. 331.

⁴⁰ Abramovich y Courtis (2014) p. 8.

⁴¹ Abramovich y Courtis (2014) p. 8. Basados en Fabre “Social Rights Under Constitution” pp. 156-157.

⁴² Abramovich y Courtis (2014) p. 8.

ejemplo, en el contexto del derecho a la asistencia sanitaria, en materias vinculadas con el desarrollo de tratamientos médicos, producción de medicamentos o vacunas ante cuadros concretos de enfermedad, la discrecionalidad del Estado para optar entre cursos de acción alternativos resulta claramente limitada⁴³.

La quinta conclusión, señala que no es estrictamente necesario que el análisis judicial verse “sobre la determinación de una conducta concreta a ser exigida por el Estado”. Ello debido a las cortes pueden analizar la conducta desplegada por el Estado, a partir de criterios de razonabilidad, u otros que permitan determinar lo adecuado o apropiado de la medida. Estos criterios no son extraños a la tradición de control judicial de actos de los poderes políticos. En suma, los jueces pueden analizar la idoneidad de las medidas elegidas por el Estado en orden a hacer efectivo un derecho, a pesar de no estar totalmente desarrollado.

Obligaciones de cumplimiento inmediato VS obligaciones de cumplimiento progresivo

Este es otro criterio que se invoca para distinguir entre los DESC y los DCYP, el cual se deriva de la famosa distinción derechos positivos vs derechos negativo. El argumento consiste en afirmar que los DCP son exigibles de inmediato, ya que para su satisfacción requieren sólo obligaciones negativas o abstenciones; mientras que los DESC se podrían exigir únicamente de manera gradual o progresiva, pues las obligaciones que demandan para su satisfacción son positivas o de acción, y están sujetas a que el Estado recaude los recursos necesarios, y disponga de los métodos o herramientas necesarias para ello. La siguiente cita complementa el razonamiento anterior: “en el caso de los DCP no existe ninguna razón por la cual no puedan ser asegurados en su totalidad, todos al mismo tiempo, mientras que los DESC usualmente se implementarán de a poco, uno por uno. Por otras parte, el disfrute de los DCP puede y debe ser universal, mientras que en el caso de los DESC eso es selectivo⁴⁴”.

El contraargumento a la idea de inmediatez VS progresividad

El anterior criterio diferenciador tiene debilidades que han sido desnudadas. Se ha dicho que el esquema de los 4 niveles de obligaciones nos permite atacar tal concepción, ya que si analizamos los DCP junto con sus obligaciones de proteger, asegurar y promover; podremos concluir que este tipo de obligaciones también requieren implementación progresiva. Y en el mismo sentido, si analizamos los DESC junto con todas sus obligaciones de respetar podremos afirmar que estas serán de implementación inmediata⁴⁵. Tal ejercicio analítico demuestra que la distinción falla: pues ambos derechos tienen tipos de obligaciones que pueden ser implementadas tanto de manera inmediata como progresiva⁴⁶. Para dar fortaleza a este argumento, y demostrar que los DCP enfrentan problemas para implementar sus obligaciones positivas, conviene recordar que la jurisdicción constitucional e internacional respecto al derecho al debido proceso “ha objetado demoras

⁴³ Abramovich y Courtis (2014) p. 8.

⁴⁴ Vierdag (1978) p. 82. Citado y traducido por Figueroa (2009) p. 319.

⁴⁵ Brems (2001) p. 447; Eide *et al* (1995) p. 38.

⁴⁶ Figueroa (2009) p. 332.

razonables respecto de acusados que esperan un juicio, y se ha declarado que los Estados deben incrementar la capacidad del sistema judicial, construyendo nuevas cortes y contratando más jueces y personal administrativo⁴⁷. Esto es claramente complejo y costoso de implementar.

Para dar fuerza a la anterior réplica, es importante resaltar que Comité DESC en su Observación General N° 3, y el principio de Limburgo N° 8, han dejado claro que no todas las obligaciones que se derivan del PIDESC, en relación con los DESC, son progresivas; existen varias que son de cumplimiento inmediato. Por ejemplo, la obligación de no discriminación⁴⁸, las de incorporar las disposiciones del Pacto a la legislación nacional, y ofrecer recursos judiciales que permitan exigir los derechos ante los tribunales. El Comité DESC ha cumplido una función interpretativa sumamente importante, pues ha acotado el concepto de progresividad, estableciendo que no puede ser interpretado en el sentido de “privar todo contenido significativo a la respectivas obligaciones de los Estados,” sino que deben ser entendidos en concordancia con el objetivo general del Pacto: trazar claras obligaciones de los Estados para dar plena efectividad a los DESC⁴⁹. Ello implica que: “los Estados no pueden escudarse en el desarrollo progresivo para cruzarse de brazos y dejar de esforzarse por hacerlos realidad”⁵⁰. Si bien es cierto que los Estados no puede garantizar los DESC totalmente de manera inmediata, si pueden asegurar unos niveles mínimos esenciales de cada uno de esos derechos, cómo también adoptar todas las medidas posibles tendientes a dar efectividad a estos derechos. Esta ha sido la interpretación del mencionado Comité⁵¹ DESC.

Todas estas interpretaciones obligadas pretenden dejar claro, de acuerdo con Figueroa, que: “(...) no existen restricciones presupuestarias ni consideraciones basadas en la escasez de recursos que impidan al Estado diseñar y comenzar a implementar planes con el propósito de asumir el cumplimiento de su deber de promocionar una implementación progresiva a los DESC, según sus propias capacidades financieras y de gestión⁵²”.

Objeciones que recaen directamente sobre la rama judicial: en clave del derecho a la salud.

Después de presentar las objeciones que recaen sobre la esencia de los DESC, en comparación con los DCYP, es momento de exponer aquellas que recaen directamente sobre el poder judicial, aunque cabe hacer la salvedad de que estas segundas objeciones se derivan necesariamente de las primeras, la cuales son transversales a todo el debate de la justiciabilidad de los DESC. Estas objeciones se analizan en clave del derecho a la salud, ya que en este contexto se hacen particularmente fuertes, pues se considera que: “(...) en temas de salud que involucren recursos fiscales, los jueces no deben ejercer ningún rol de control y que la autoridad administrativa posee discrecionalidad fuerte”⁵³.

⁴⁷ Figueroa (2009) p. 333, citando a Scott y Macklem (1992) pp. 47, 50-51.

⁴⁸ Esta obligación esta claramente establecida en el Art. N° 1 inciso 2, y en los los Principios de Limburg N°s: 22, 37 y 49.

⁴⁹ De Roux y Ramirez (2004) p. 14.

⁵⁰ De Roux y Ramirez (2004) p. 14.

⁵¹ En la Obligación General N° 3.

⁵² Figueroa (2009) p. 334.

⁵³ FIGUEROA (2009) p. 588.

El mejor modo de introducir al lector en este segundo módulo de argumentos es presentando los hallazgos de la revisión de literatura realizada por el Autor Figueroa en el año 2009, así como los planteamientos de: Quinche (2010), Henao (2013), Abramovich y Courtis (2014).

En ese sentido, las dos grandes objeciones que se han formulado en contra de que las cortes hagan justiciables los DESC, en especial el derecho a la salud, son: la objeción de incapacidad y la objeción de ilegitimidad.

La objeción de incapacidad

Esta objeción plantea que los jueces no tienen el bagaje ni la experticia necesaria para tomar decisiones complejas en materia de distribución de recursos públicos⁵⁴. Los argumentos que se invocan para defender esta idea, son básicamente tres. El primero de ellos⁵⁵, se enfoca en la falta de conocimiento técnico y en la dificultad que tienen los jueces para acceder y procesar la información⁵⁶ requerida para decidir asuntos políticos, donde se deben hacer complejos equilibrios de intereses para lograr cambios socio-económicos eficientes. Bajo esa lógica, los jueces no son actores adecuados ni capacitados para involucrarse en la planificación e implementación de políticas públicas –relativas a DESC-, ni para lograr una transformación socioeconómica determinante. “No están en capacidad de supervisar el complejo proceso de asignación eficaz de los recursos por parte del poder ejecutivo, ni tampoco pueden determinar las asignaciones erradas del pasado”⁵⁷.

La labor del juez se debe limitar entonces, a la resolución de las disputas de carácter específico que llegan a su conocimiento de modo “reactivo”. Para entender el argumento en términos prácticos, conviene citar a Sunstein (2001), quien explica –sin adherir- las preocupaciones de aquellos que aluden tal incapacidad judicial. En resumen, si las cortes intentan hacer exigibles este tipo de derechos, invadirán necesariamente la órbita de la administración. Y es que:

“¿cómo pueden las cortes supervisar prioridades presupuestarias? Si el Estado ha decidido destinar menos recursos para garantizar el derecho a la vivienda, seguramente es porque ha destinado más recursos en materia de salud –por ejemplo- (...) “¿Se puede suponer que las cortes supervisen la globalidad de los programas del gobierno, para asegurar que el Estado esté poniendo énfasis en las áreas correctas? ¿Cómo puede una corte adquirir el conocimiento, o realizar los juicios de valor, que le permitirían hacer esa tarea?”⁵⁸.

Ahora bien, el segundo argumento pone el acento en la visión sistémica que se necesita para crear e implementar políticas públicas en materia de DESC. El complejo “*Policy-making-process*” requiere las

⁵⁴ FIGUEROA (2009) p. 589. Basado en Roux (2004) y Tushnet (2004).

⁵⁵ FIGUEROA (2009) p. 590. Basado en Brand (2006), Bollyky (2002) Quienes exponen el argumento sin adherirse a él.

⁵⁶ Se afirma que la información que llega al conocimiento de los jueces, en virtud de los procesos es imparcial

⁵⁷ Holmes y Sunstein (2011)

⁵⁸ Sunstein (2001) p. 3 citado y traducido por FIGUEROA (2009) p. 590.

herramientas propias de la burocracia para atender problemáticas socio-económicas a gran escala⁵⁹. Figueroa expone esta objeción, de la mano de Pieterse (2004), quien sin adherirse al argumento, lo explica con total claridad:

“Considerando la naturaleza finita de los presupuestos y el hecho de que existe una multiplicidad de maneras aparentemente válidas de distribuirlos, las decisiones concernientes a la realización de los derechos socio-económicos son típicamente consideradas “predominantemente poli-céntricas”, debido al impacto a escala social que tienen y a sus implicancias presupuestarias prácticamente inevitables (...)”⁶⁰.

Holmes y Sunstein (2011), presentan el argumento –sin adherir- en forma de cuestionamientos:

“¿Cómo puede un juez medir su urgencia en comparación con la de otros problemas sociales que compiten sobre la atención gubernamental y sobre los cuáles no sabe casi nada?, ¿Cómo podrían, al decidir un caso particular, tomar en cuenta los límites anuales del gasto gubernamental? A diferencia de la legislatura un tribunal se dedica en forma exclusiva a un único caso, por ello no pueden considerar un amplio espectro de necesidades sociales en conflicto para después decidir cuánto dinero asignar a cada una (...)”⁶¹

El tercer argumento que invocan quienes desaprueban la justiciabilidad de los DESC, se enfoca en analizar aspectos clave del proceso judicial que resultan inadecuados para adoptar decisiones en materia de DESC. El hecho de que el proceso judicial se desenvuelva en una lógica particular y excluyente, donde solo participan aquellos que ejercen la acción judicial, sirve de fundamento para afirmar que los jueces no pueden recoger la información y la evidencia necesaria para tener en perspectiva los diversos intereses en juego. Además, dicha lógica particular también impide que sean parte del proceso todas aquellas personas que enfrenten vulneraciones similares de sus DESC. En otras palabras, los jueces al no tener la perspectiva sistémica, cuando ordenan pagar o cumplir prestaciones en casos concretos, pueden llegar a desbalancear la acción estatal en beneficio de unos pocos que intervienen en los respectivos procesos, y en perjuicio de quienes no están representados en ellos⁶², pero se ven afectados por el mismo incumplimiento (lo cual ataca el derecho a la igualdad).

Éste desbalance se le atribuye, en parte, a los mecanismos procesales tradicionales (procesos individuales) que fueron creados bajo la lógica individual y privada de los DCP, y que no cumplen los requisitos para proteger los DESC, por su falta de adecuación. Esto quiere decir que los DESC no se pueden fallar adecuadamente mediante procesos judiciales que fueron creados para solucionar conflictos individuales, pues la mayoría de derechos sociales tienen incidencia colectiva, y estos procesos no permiten involucrar a “tal colectividad”.

⁵⁹ Sunstein (1993) p. 37 citado y traducido por FIGUEROA (2009) p. 590.

⁶⁰ Pieterse (2004) p. 393. Citado y traducido por FIGUEROA (2009) p. 591.

⁶¹ Holmes y Sunstein (2011)

⁶² De Roux y Ramírez (2004) p. 11.

De acuerdo con Pieterse (2007), si se analizan todos estos argumentos a la luz del derecho a la salud, la situación se vuelve más compleja, pues: “las cortes tendrían que revisar decisiones administrativas que racionan recursos públicos en un ámbito técnico como la salud”⁶³. Las decisiones en materia del derecho a la salud son especialmente sensibles, por al menos dos razones: 1) Son decisiones de naturaleza policéntrica, ya que una pequeña variación en una decisión de racionamiento tendrá “un impacto significativo en los intereses de un número de receptores de ayuda médica potencialmente vasto”⁶⁴. 2) Son decisiones de naturaleza dual, pues involucra dos tipos de razonamiento: a) el razonamiento político-presupuestario y b) el razonamiento médico-clínico; ambos considerados ajenos a la lógica y a la capacidad judicial.

La objeción democrática o de legitimidad

Se afirma que si los jueces se involucran en la revisión de políticas públicas y en los procesos de decisión administrativa que se dan en los órganos políticos, están rompiendo el principio de separación de poderes⁶⁵. Esto en la medida en que no han sido electos popularmente, y por ende, no tienen legitimidad para interferir en la distribución de los recursos públicos. De acuerdo con Pieterse (2004), cuando otra autoridad adopta algún tipo de reparación en materia de derechos sociales está ejerciendo un rol político similar al del parlamento o congreso, cuando diseña e implementa programas o políticas públicas⁶⁶.

Bajo esta línea, los jueces al no ser electos popularmente no son directamente responsables ante la ciudadanía, como sí lo son directamente el congreso, e indirectamente el ejecutivo⁶⁷. En tal responsabilidad (accountable) se basan algunos, como Tushnet (2004), para afirmar que cuando un tribunal interviene en pro de la protección de los DESC puede obstaculizar o comprometer la deliberación política en asuntos decisivos, porque “le arrebató la capacidad a los ciudadanos de elegir, según sus propios intereses, el tipo de bienestar y los programas sociales que los beneficien”.⁶⁸ Por otro lado, Tushnet explica que cuando los cortes hacen exigibles los derechos sociales, interfieren directamente en las decisiones de carácter legislativo, especialmente aquellas que determinan cómo y cuáles políticas sociales deben ser priorizadas. Dicha interferencia obliga al legislativo a elevar o reasignar impuestos, lo cual obstaculiza su tarea. Por esta razón, este autor adopta una postura extremista, al punto de afirmar que una Constitución con derechos sociales exigibles es más antidemocrática que las tradicionales que sólo consagran derechos y libertades civiles y políticas⁶⁹.

⁶³ FIGUEROA (2009) p. 591.

⁶⁴ Pieterse (2007) p. 527, citado y traducido por FIGUEROA (2009) p. 591.

⁶⁵ FIGUEROA (2009) p. 592.

⁶⁶ Christiansen (2006) pp. 347-348, citado y traducido por FIGUEROA (2009) p. 592.

⁶⁷ Pieterse (2004) p. 390, citado y traducido por FIGUEROA (2009) p. 592.

⁶⁸ Sunstein (2007) p. 3, citado por FIGUEROA (2009) p. 592.

⁶⁹ Tushnet (2007) p. 1897, citado por FIGUEROA (2009) p. 592.

Detrás de estos aspectos críticos de la objeción democrática, subyace la corriente histórica que ha distinguido entre los DESC y los DCP. A pesar de haberla estudiado con anterioridad, conviene retomarla brevemente, pues permitirá entender cómo esta distinción enlaza la objeción democrática con la objeción de incapacidad, y, además reforzará la importancia de entender esta dicotomía que permea todo el debate. El razonamiento es sencillo: cuando el derecho objeto de estudio es de naturaleza socioeconómica, los jueces invaden órbitas funcionales que no les corresponde, pues al ser derechos positivos, que demandan acción, deben evaluar cientos de alternativas disponibles para implementarlo o hacerlo exigible, para lo cual no se encuentran capacitados (incapacidad), pues estas decisiones son inherentes a la evaluación política, y cuando dicha evaluación ha sido realizada por la autoridad pertinente, un remedio judicial en contra no parece tener cabida. La siguiente cita esclarecerá el argumento:

“Nadie puede determinar un remedio sin elegir entre diferentes alternativas (...) un derecho económico puede ser implementado en más de una forma y los jueces carecen de la experticia y responsabilidad (*accountability*) que los calificaría para poder elegir entre las distintas alternativas”⁷⁰.

Para cerrar la exposición de la objeción de ilegitimidad, es importante recapitular en breve lo narrado con anterioridad. Así pues, quienes adoptan este punto de vista frente a la justiciabilidad de los DESC, afirmarán que: el modo más efectivo de realizar los DESC es mediante decisiones políticas, y no mediante decisiones judiciales; ya que las cortes al no contar con apoyo mayoritario, carecen de legitimidad y experticia para tener en cuenta las consecuencias policéntricas de las decisiones presupuestarias. En caso de que se involucrasen en aquellas decisiones, habrán transgredido el principio de separación de poderes pues “este principio impide que las cortes den instrucciones al Parlamento acerca de cómo invertir o gastar los recursos públicos”⁷¹.

Después de exponer las dos grandes objeciones que se formulan en contra de la justiciabilidad de los DESC, se presentarán los argumentos que cuestionan el alcance de aquellas objeciones, con la finalidad de ofrecer las dos caras de la disputa.

Argumentos en contra de la objeción de incapacidad

Existen tres líneas de argumentación diferentes que atacan esta objeción. La primera de ellas, se enfoca en dismantelar la idea de que las cortes deben tener el mismo tipo y cantidad de información que los órganos políticos:

“la simetría respecto de las cantidades de información que los jueces han de manejar para resolver los casos no es necesaria. La razón es que las cortes no elaboran la política. Por ello, no necesitan disponer de toda la información que requieren aquellos que sí elaboran las políticas”⁷².

⁷⁰ Mureinik (1992) p. 468 –sin adherirse al argumento-. Citado por FIGUEROA (2009) p. 593.

⁷¹ MELISH (2002) p. 33; citado por FIGUEROA (2009) p. 593.

⁷² FIGUEROA (2009) p. 594.

Aquello que realmente necesita el poder judicial para proceder al *judicial review*, es cierto tipo y cierta cantidad de información relevante. De hecho, ni siquiera los órganos políticos y administrativos manejan toda la información existente en las diversas materias que están bajo su responsabilidad. El gobierno suele compilar la información selectivamente, es decir, dependiendo de si la considera apropiada y necesaria para diseñar e implementar las políticas”⁷³.

En ese sentido, la rama judicial puede también recoger la información que considere idónea para evaluar y controlar las políticas. Además, de acuerdo a lo que señalan Ghai (2004) y Pieterse (2004), las cortes pueden apoyarse en paneles de expertos para analizar y evaluar la información. También pueden recibir información de los amigos de la curia (*amicus curiae*), y de otras partes del proceso que pueden hacer valiosos aportes para analizar la materia que se encuentre en estudio.

Otra forma de responder a esta objeción, de acuerdo con Figueroa (2009), es atendiendo a la dinámica que puede asumir el proceso de revisión judicial. Si el Estado es demandado, deberá ofrecerle a la corte la información relevante para justificar la política objeto de revisión, con la finalidad de pasar el *test* de razonabilidad. El mejor modo de demostrar que la política es razonable, es presentando la información más importante, en una versión que suele ser sistematizada y sólida. Bajo esta lógica, las cortes estarían en capacidad de procesar y analizar la información crucial que se allega al proceso, y no tendrían sesgos insalvables para controlar las políticas.

La segunda línea de argumentación para atacar la objeción de incapacidad se dedica a analizar la idea de que las cortes carecen de la perspectiva global necesaria para evaluar políticas públicas. Se responde directamente a esta objeción apelando al rol distintivo que ejercen las cortes cuando revisan las políticas públicas. Cuando las cortes desempeñan este papel de revisión, no se detienen a pensar la política en términos macro o a gran escala—para toda la población—. El papel que cumplen las autoridades judiciales es completamente opuesto al papel que cumplen los órganos políticos. Los jueces están llamados a revisar la política pública, no a elaborar la misma. “Cuando las cortes revisan la política, lo hacen con el propósito de hacer justiciable un derecho constitucional y proporcionar un remedio jurídico a demandantes individualizados”⁷⁴. La lógica que subyace a este tipo de tareas es un lógica individual, es decir, guiada por el caso concreto, donde se alega una vulneración del derecho. No es estrictamente necesario que los tribunales adopten una perspectiva macro para juzgar la constitucionalidad de una determinada política frente a un caso concreto. En este punto conviene citar al autor para lograr entender el punto con mayor claridad:

“La administración diseña la política pública, mientras que la judicatura no; la administración decide cómo implementar la política, mientras que la judicatura no; la administración actúa basada en criterios de bienestar social y efectuando cálculos agregativos, mientras que la judicatura no razona así; la administración emplea consideraciones sociales globales, abordando la población en términos impersonales y estadísticos, mientras que la judicatura no; el trabajo de la administración es lidiar con la política pública, y por ello es proactiva, mientras que la

⁷³ FIGUEROA (2009) p. 594.

⁷⁴ FIGUEROA (2009) p. 594.

judicatura actúa bajo requerimiento, motivada por la violación de un derecho constitucional , y por ello es reactiva”⁷⁵.

Lo anterior, permite entender dos lógicas completamente diferenciadas, pero complementarias, que permiten la armonía entre derechos fundamentales y políticas sociales. En este punto, se debe señalar que el rol de carácter específico que desempeñan las cortes dentro del Estado social de derecho, implica que estas como intérpretes y protectoras del listado de derechos resuelvan reclamos concretos por las infracciones en que incurran ya sea el órgano legislativo o administrativo.

Ahora bien, la tercera y última línea de argumentación que ataca la objeción de incapacidad, pone el acento en la idea de que los jueces no son aptos para abordar y resolver casos que involucren aspectos policéntricos; y a su vez, en aquella que afirma que los mecanismos procesales tradicionales son inútiles para remediar las violaciones de DESC. En esa línea, Pieterse (2004), sostiene que el hecho de que las cortes no puedan manejar todos los aspectos involucrados en un caso, no implica que estas deban abstenerse por completo de revisar los mismos. Cuando un juez se enfrenta a una disputa que tiene múltiples intereses en juego, debe intervenir con cierta prudencia, extendiendo su perspectiva focal por excelencia a una más amplia, a efectos de no perder de vista las consecuencias sociales que pueda tener sus decisiones. Lo anterior, se expone con la finalidad de transmitir la siguiente idea: el hecho de que el lente judicial no sea global por excelencia, no implica que sus observadores –los jueces- deban abstenerse de involucrarse en los DESC, o que no puedan ampliar su perspectiva e integrar elementos y principios de otras disciplinas a sus razonamientos.

Por otro lado, se cuestiona que se le niegue la posibilidad a las cortes de hacer exigibles los DESC, bajo el argumento de que no existen instrumentos procesales especializados para remediar las violaciones de ciertas obligaciones provenientes de estos derechos; pues de la inexistencia de tales instrumentos “no se sigue de ningún modo la imposibilidad técnica de crearlos y desarrollarlos”⁷⁶. Es perfectamente posible imaginar y crear nuevos instrumentos procesales aptos para llevar a cabo estos reclamos de DESC. De hecho, en la actualidad ya se han creado nuevas herramientas procesales:

“las nuevas perspectivas de la acción de amparo/tutela individual y colectiva, los recientes desarrollo en materia de medidas cautelares, las posibilidades de planteo de acciones de inconstitucionalidad (...), la legitimación del ministerio público o del defensor del pueblo para representar intereses colectivo, son ejemplos de esta tendencia”⁷⁷.

⁷⁵ Figueroa (2009) p. 595. Esta cita, a mi juicio, es crucial pues permite entender dos lógicas diferenciadas, pero complementarias. No es posible que un política pública cumpla su función a cabalidad, si no existe un órgano listo para atender los fallos de la puesta en práctica de aquella. Es necesario que existe un órgano que razone en términos micro y que pueda aproximarse al ciudadano de un modo directo y personal, en pro de sus derechos.

⁷⁶ Abramovich y Curtis (2014) p. 14.

⁷⁷ Abramovich y Curtis (2014) p. 14.

Por último, se esboza que prácticamente en toda disputa existen aspectos policéntricos; y que los DCP no son menos policéntricos que los DESC, razón por la cual si se ataca u obstaculiza la revisión judicial en virtud de la idea de policentricidad, deberá obstaculizarse por la misma razón la revisión judicial de los DCP, cosa que no parece tener cabida en ningún sistema jurídico.

Las anteriores réplicas permiten ver que el argumento de la incapacidad judicial no es tan fuerte e insalvable como parece, y demuestra que las cortes tienen capacidad institucional para resolver disputas en materia de DESC.

Argumentos en contra de la objeción de legitimidad.

Teniendo en cuenta que la objeción de legitimidad plantea rasgos más problemáticos a la hora de pensar en la justiciabilidad de los DESC, por el hecho de tocar aspectos tan sensibles como la voluntad popular, y la separación de poderes, la literatura se enfoca más en este tipo de análisis que en los demás. A continuación, se expondrán las 9 réplicas clave.

Consagración de los DESC por la vía constitucional

Parece que cuando se debate el tema de la justiciabilidad de los DESC, se olvida que en múltiples ordenamientos jurídicos alrededor del mundo existen reglas constitucionales relativas a la función judicial o a los derechos involucrados. No es pertinente la objeción de legitimidad cuando existe un deber constitucional de proteger los derechos, pues cuando los DESC se encuentran reconocidos y protegidos por la Constitución, los jueces tienen un deber inevitable de hacerlos respetar⁷⁸. En este sentido, las cortes adquieren plena legitimidad por mandato directo de la norma de normas: la Constitución. Esta respuesta vale también para aquellos casos que involucren el derecho a la salud y en donde se cuestionen decisiones administrativas que distribuyan recursos fiscales. Si estas decisiones se impugnan por vulnerar derechos constitucionales, entonces las cortes deben someter dichas decisiones a escrutinio judicial. No se puede considerar que “las violaciones de derechos constitucionales que implican aspectos presupuestarios y de política pública sean inmunes al remedio judicial⁷⁹”. Bollyky (2002) ha expuesto que dicha suposición es incorrecta, pues supondría afirmar que la Constitución no tiene fuerza vinculante, y por lo mismo, no es exigible (algo que esta fuera de la discusión de muchos países del mundo occidental).

Ahora bien, no podemos olvidar que el análisis respecto a las decisiones que se adopten en materia de DESC, y específicamente decisiones relativas al derecho a la salud; varía dependiendo el contexto. En algunos países la justiciabilidad del derecho al acceso a la salud es una cuestión constitucional, mientras que en otros es un asunto meramente administrativo. Por ejemplo: en Inglaterra, Gales, Escocia, Irlanda del Norte o India; los derechos sociales – entre ellos el derecho a la salud- son directivas políticas no obligatorias para el Estado. En esos contextos es más factible que se den argumentaciones del siguiente tipo:

⁷⁸ FIGUEROA (2009) p. 597

⁷⁹ FIGUEROA (2009) p. 599.

“Es necesario adoptar decisiones dificultosas y agónicas para poder distribuir un presupuesto limitado del mejor modo posible para lograr el máximo beneficio para el mayor número de pacientes. Esta no es una decisión en la cual las cortes puedan interferir”⁸⁰.

Sin embargo, este tipo de fundamento no puede esgrimirse tan sencillamente en contextos donde el derecho a la protección de la salud se encuentre reconocido en la Constitución y reforzado por instrumentos internacionales como el PIDESC. En países como Chile, Colombia, Argentina, Brasil, España o Sudáfrica; los jueces están obligados a garantizar y promover los derechos reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales ratificados y vigentes. En ese sentido, Figueroa (2009) afirma que “no es necesaria una teoría de la justificación del ejercicio de la revisión judicial de las políticas públicas cuando involucren derechos constitucionalmente reconocidos y protegidos”⁸¹.

Errada interpretación del principio de separación de poderes

La tercera réplica tiene que ver con la manera en que se ha interpretado el principio de separación de poderes. Si recapitulamos, nos encontramos con que esta objeción asume que los jueces no tienen legitimidad para controlar las políticas de la administración, si estas involucran recursos públicos. Figueroa ilustra de la mano de Melish (2002), cómo se ha interpretado erróneamente este principio cardinal del Estado Social de Derecho. Empieza destacando que la esencia de la doctrina de separación de poderes, es la de controlar los poderes del Estado y no la de blindar al mismo de tal control. En tal sentido, el ejecutivo y el legislativo tienen sus funciones determinadas; crean el derecho y las políticas, ratifican los tratados; pero una vez entran en vigencia, le corresponde al poder judicial controlar si estas dos ramas se han ceñido a la legalidad. Visto así, el control en vez de ser una violación del mencionado principio, es una expresión de su cumplimiento⁸². Es crucial que el lector comprenda que el principio de separación de poderes no “establece una separación estricta e insuperable de las funciones de los poder públicos, sino un sistema de frenos y contrapesos que permite que un órgano verifique el funcionamiento de los otros (sin perder la especialidad sobre la función que tradicionalmente le corresponde ejercer)”⁸³. De este modo, es completamente viable que el juez ordene algo que influya en las labores de los demás poderes. Esto no debe entenderse en sentido peyorativo, más bien, debe asumirse que esta dinámica permite una colaboración armónica entre las distintas ramas del poder.

Otra perspectiva que se debe abordar, tiene que ver con el adecuado entendimiento del control judicial. Una cosa es elaborar e implementar una política, y otra muy diferente es controlarla. Como hemos visto, quienes defienden la objeción de legitimidad consideran que cualquier revisión judicial de las políticas sociales implica sustituir al poder político, al congreso o al gobierno. El siguiente argumento contra ataca esa idea:

⁸⁰ VER cita número 50.

⁸¹ FIGUEROA (2009) p. 598.

⁸² Melish (2002) p 37-39. Citado por FIGUEROA (2009)p. 601.

⁸³ Quinche y Rivera (2010) p. 129.

“Las cortes pueden revisar las decisiones políticas –plasmadas en normas, ciertamente– sin adoptar ellas las políticas, y pueden revocar una decisión sin tener que indicarle a la administración o al gobierno cómo debe esa política ser elaborada o reformulada”⁸⁴.

Mureinik (1992) plantea que el poder judicial, a la hora de controlar una política pública en materia de DESC deberá preguntarse lo siguiente: “Esta ley, o este programa administrativo, o incluso este presupuesto anual, ¿está justificado?”. Lo interesante no está en la pregunta, sino en el razonamiento para responderla, pues implica que las cortes: (I) respeten la órbita del poder político, entendiendo que es prerrogativa de éste, decidir cuál es la mejor teoría para abordar una problemática social, dadas las múltiples alternativas existentes. (II) Entiendan que tienen plena legitimidad para solicitarle al gobierno que explique cómo ha pensado abordar la problemática social –DESC-. (III) Se preparen para invalidar toda aquella política que no ofrezca por parte del poder político una justificación plausible, racional, necesaria y proporcional. De lo anterior, resulta clave el principio de razonabilidad, pues es el que permite a las cortes revisar medidas presupuestarias sin involucrarse en la elaboración de la política como tal⁸⁵.

En suma, el principio de separación de poderes deber ser entendido como aquel que necesita el control judicial, en la medida en que impide que el ejecutivo y el legislativo abusen de su poder; y verifica que las políticas sean consistentes con la Constitución y la ley. Dicho control deberá respetar la flexibilidad inherente de la política pública, emitiendo órdenes dirigidas hacia el ejecutivo, en términos que no le impida decidir acerca de las opciones legítimas para estructuras los programas o políticas sociales.

Los jueces hacen política

La cuarta réplica a la objeción de legitimidad consiste en sostener que los jueces realmente si hacen política. Figueroa explica por medio de los argumentos de Hunt (1993) (1996), que a través de la historia los jueces han pasado de ser meros declaradores de derecho, a ser verdaderos creadores de derecho. La jurisdicción del *common law* influyó de manera directa en dicha evolución, pues en esta los jueces se han considerado creadores por excelencia. Bajo esta línea, los jueces al crear derecho necesariamente deben sopesar consideraciones de política pública que determinan el contenido de la misma. Esta forma de concebir la función judicial, destierra la idea de que la rama judicial está completamente subordinada a los órganos políticos, y que sólo aplican normas expedidas por tales órganos⁸⁶.

Para culminar este argumento, se dice que esta involucración de los jueces en la políticas se ha dado en todos los campos, incluyendo el campo de los DCP, el ejemplo que se cita es el de *Brown vs Board of education* en EEUU. Entonces, “si la dimensión política no es un obstáculo para los DCP,

⁸⁴ Figueroa (2009). P. 601 parafraseando a Hunt (1993) p. 156.

⁸⁵ Pieterse (2007) p. 534, citado por Figueroa (2009) p. 603.

⁸⁶ Quinche y Rivera (2010) p. 129.

entonces tampoco debe serlo para los DESC”⁸⁷.

¿Discreción administrativa ilimitada?

La quinta réplica se centra en develar cómo la objeción de legitimidad le otorga una discrecionalidad desmedida a las autoridades administrativas. Pieterse (2007) muestra los riesgos de sostener un discurso que tienda a eliminar los límites de la discreción administrativa en el ámbito de los derechos socioeconómicos:

“Una deferencia absoluta respecto de las decisiones financieras y presupuestarias de las ramas políticas tendría el efecto de garantizarles discreción ilimitada sobre la manera como los recursos deban ser distribuidos para satisfacer las obligaciones constitucionales. Esto extraería de los derechos socioeconómicos todo su potencial de remedio, dado que implicaría que el Estado podría justificar cada una de sus incumplimientos con los derechos socioeconómicos aseverando que los recursos son escasos o, más cínicamente, podría achicar sus responsabilidades constitucionales por la vía de asignar montos mínimos a la implementación de los derechos socioeconómicos. Tal discreción ilimitada también complicaría considerablemente un escrutinio significativo de las decisiones de racionamiento debido a que impediría que las cortes pudieran indagar el hecho de la escasez de recursos que subyace a tales decisiones, oscureciendo las bases y los criterios para adoptar decisiones de racionamiento y disminuyendo la responsabilidad de los agentes decisores”⁸⁸.

En este punto conviene retomar lo expuesto más atrás: controlar la discreción administrativa no implica que las cortes se involucren en el proceso de decisión financiero-presupuestario, sólo en su revisión y compatibilidad constitucional⁸⁹. Dicha revisión consiste en indagar si los reclamos de escasez que plantea la administración son efectivos o no. En tal proceso se puede determinar que: (i) los recursos asignados son inadecuados para satisfacer las obligaciones constitucionales o legales; (ii) la política de asignación de recursos falló en reflejar las prioridades constitucionales, (iii) o que los recursos se han gastado mal o se han asignado incorrectamente⁹⁰. Para determinar aspectos como los anteriores, las cortes tienen el deber de elaborar estándares de revisión que permitan un margen de flexibilidad a las decisiones de política pública y a su vez, que exijan una justificación apropiada por infracciones constitucionales o legales.

Otros autores como Ghai y Cottrell (2004) exponen que las cortes en relación con los DESC deben:

“a) elaborar el contenido de los derechos, b) indicar las responsabilidades del Estado, c) identificar las vías mediante las cuales los derechos han sido violados por el Estado, y d) sugerir los parámetros conforme los cuales la política deba ser realizada, realzando la prioridad de los

⁸⁷ Hunt (1996) p. 67, citado por Figueroa (2009) p. 606.

⁸⁸ Pieterse (2007), citado y traducido por Figueroa (2009) p. 607.

⁸⁹ Klug (2002) p. 819. Citado por Figueroa (2009) p. 607

⁹⁰ Pieterse (2007) p. 528. Citado por Figueroa (2009) p. 607.

derechos humanos”⁹¹.

EL DEBATE EN ESPECIAL (Salud)

RÉPLICA A LA OBJECCIÓN DE LEGITIMIDAD EN EL ÁMBITO DE LA SALUD:

Ataque al argumento de las decisiones trágicas

Cuando aplicamos la objeción de legitimidad al ámbito del derecho a la salud, nos encontramos con la siguiente idea: controlar judicialmente decisiones administrativas que racionan recursos fiscales en materia de salud es completamente inadecuado, pues este es un asunto técnico que requiere el criterio de expertos, de modo que las cortes serían incapaces de involucrarse y tendrían aún menos legitimidad para hacerlo. La sexta réplica se concentra en atacar esta línea de argumentación. Para ilustrar el debate, es pertinente empezar por el famoso caso británico ex parte B⁹² en el cual una corte denegó un tratamiento médico por consideraciones de eficiencia presupuestaria. A continuación se cita a la corte para ver sin sesgo alguno, las dos líneas de argumentación contrapuestas:

“No tengo duda que en un mundo perfecto cualquier tratamiento que solicitare un paciente o su familia debería ser proporcionado si los doctores tuvieran disponibilidad para ello, independientemente del costo del mismo, particularmente si una vida se encuentra en juego. Sin embargo, en mi opinión sería cerrar los ojos al mundo real si la corte procediere sobre la base de que vivimos en tal mundo perfecto. Es de común conocimiento que todo tipo de autoridades de salud son constantemente presionadas para alcanzar metas. No pueden pagar todas las enfermeras que querrían; no pueden proporcionar todos los tratamientos que querrían; no pueden comprar todo el costoso equipamiento médico que querrían; no pueden llevar a cabo toda la investigación que querrían; no pueden construir todos los hospitales y unidades especializadas que querrían. **Es necesario adoptar decisiones dificultosas y agónicas para poder distribuir un presupuesto limitado del mejor modo posible para lograr el máximo beneficio para el mayor número de pacientes. Esta no es una decisión que las cortes puedan adoptar**”⁹³ (negritas fuera de texto).

En los años 90 la lógica de las decisiones trágicas fue empleada para tomar decisiones de racionamiento de recursos. Sin embargo, desde esa misma época tal objeción ha sido fuertemente cuestionada. Se ha señalado que el fundamento para tomar tales decisiones trágicas no es únicamente profesional o técnico, sino por el contrario, ético. Es decir, basado en consideraciones de valor más que fácticas⁹⁴. En suma, la lógica de las decisiones trágicas oculta la naturaleza eminentemente política de estas, pretendiendo blindarlas de todo tipo de control judicial. Sin embargo, cuando nos detenemos en el proceso para llegar a tales decisiones, vemos como las autoridades administrativas deben enfrentarse a una gran cantidad de alternativas disponibles. Ello evidencia que no es tan cierto que exista una única decisión trágica que adoptar. Además, los criterios que

⁹¹ Cottrell y Ghai (2004) p. 86, citado por Figueroa (2009). P. 607.

⁹² Una niña de 10 años padecía de un linfoma no-Hodgkins y de cierto tipo de leucemia. Fue sometida a quimioterapia dos veces, a radiación sobre todo el cuerpo y a trasplante de médula. Sufrió una recaída y los médicos estimaron que ningún otro tratamiento médico tendría utilidad. Su padre obtuvo la opinión de un experto, según quien nuevas quimioterapias podrían tener un 20% de probabilidad de generar una remisión completa del cáncer, junto con un segundo trasplante de médula. El hospital rehusó aprobar ese tratamiento médico, bajo consideraciones de eficiencia presupuestaria. El padre impugnó esa negativa. Caso R vs Cambridge Health Authority, ex parte B (1995) 2 All ER 129.

⁹³ R vs Cambridge Health Authority, ex parte B (1995) 2 All ER 129, p.137; citado y traducido por Figueroa (2009) p. 609.

⁹⁴ James y Longley (1995), citado por Figueroa (2009) p. 609..

entran en juego a la hora de analizar las posibilidades de recuperación de un paciente (costos y beneficios), son realmente complejas y están sujetas a una infinidad de interpretaciones.

“(…) Consecuentemente, tales criterios a menudo envuelven valores no articulados, que no sólo determinan las prioridades sino que influyen de hecho la percepción de los problemas y la factibilidad de las soluciones”⁹⁵.

Partiendo de la base de que las “decisiones trágicas” involucran consideraciones no sólo técnicas sino también morales, es viable argumentar que en ellas deben intervenir expertos de otras disciplinas diferentes a la salud. Autores como Fleck (1992) consideran que no sólo los expertos (de la disciplina que sea) deben tener la autoridad para involucrarse en decisiones de distribución de recursos, pues el racionamiento en materia de salud es un problema fundamentalmente moral y político; y no sólo económico, clínico, de gestión, administrativo, organizacional o tecnológico⁹⁶.

Ahora bien, el aspecto puramente técnico de esta objeción, afirma que los doctores son aquellos que toman las mejores decisiones para distribuir recursos públicos de la salud. Esta idea se ha debilitado, asegurando que la experticia clínica no garantiza siempre una buena distribución de recursos. El argumento central de autores como Parkin (1995), se basa en sostener que si en las decisiones de este tipo se involucran aspectos de índole presupuestaria como su fundamento, inevitablemente se debilita la fuerza del “*professionalist approach*”⁹⁷.

Es plausible que aquellos que defienden la objeción argumenten que si los profesionales de la salud no garantizan la adopción de buenas decisiones en materia de salud, menos pueden hacerlo los jueces. Sin embargo, a aquellos habría que decirles que “alegar que el expertizaje clínico no es garantía de una sabia distribución de recursos públicos en salud no implica que haya que reemplazar a los expertos clínicos por los jueces”⁹⁸. La esencia de la réplica es otra completamente diferente. Esta se propone dismantelar el argumento del juicio clínico experto elaborado para bloquear el control judicial. La fortaleza del argumento radica entonces en dejar claro que, si el razonamiento clínico no es garantía de correctas decisiones entonces, tal juicio experto deber ser sometido a escrutinio o control judicial, con la finalidad de incrementar la responsabilidad (*accountability*) administrativa.

Accountability en materia de salud

La séptima réplica a la objeción de legitimidad tiene que ver con la lógica del *accountability*. Si bien anteriormente se abordó el tema de la responsabilidad administrativa y del control a la discrecionalidad de esta –de modo general-; en este apartado se abordará este mismo tópico, pero con un enfoque hacia la lógica de las decisiones de racionamiento en el ámbito de la salud. A la hora de introducirnos en este asunto, Figueroa (2009) destaca la importancia de que las decisiones de

⁹⁵ James y Longley (1995), citado por Figueroa (2009) p. 609.

⁹⁶ Fleck (1992) p. 1599. Sin embargo, él no necesariamente apoya la idea de revisión judicial en estos asuntos.

⁹⁷ Parkin (1995) pp. 874-875. Citado por Figueroa (2009) p. 610.

⁹⁸ Figueroa (2009) p. 610.

racionamiento en materia de salud sean controladas por las cortes, en la medida en que estas decisiones suelen sacrificar la vida y el bienestar de las personas. Por ello, varios doctrinantes han afirmado que estas decisiones y procesos deben basarse necesariamente en criterios visibles que sean verificables y justificables desde la óptica de la racionalidad; para poder someterlos posteriormente a un escrutinio objetivo, en aras de asegurar que aquellos vayan acorde a las nociones de equidad y de justicia⁹⁹. Esto cobra aún mayor relevancia en aquellas sociedades donde el derecho a salud es un derecho consagrado por la vía constitucional.

El objetivo de acuerdo a Bloche (2003) es:

“empoderar al público y enriquecer el proceso democrático por la vía de tornar más visibles las decisiones jurídicas en materia de salud. Consecuencialmente, ello debería redundar en que la legislatura fuera más sensible a los valores públicos y menos permeable a la influencia de grupos de interés¹⁰⁰”.

El rol de las cortes cobra sentido y permite que las decisiones de racionamiento sean explícitas y revisables. Su labor es un puente importante entre la sociedad (electores y administrados) y el poder político, en la medida en que permite cuestionar las decisiones políticas de racionamiento en materia de salud. El escenario judicial se presta como instancia de deliberación sobre diversas alternativas de racionamiento de recursos, pues permite “un debate más abierto que aquel que se produce al interior de las agencias administrativas o incluso en el proceso político”¹⁰¹.

Siguiendo la línea de James y Longley, quienes recogen adecuadamente la esencia de lo expuesto con anterioridad:

“El racionamiento y la priorización son partes integrales de las funciones de las autoridades de salud. Pero la calidad de las decisiones puede ser mejorada por la vía de realzar la naturaleza esencialmente moral de las decisiones que se adoptan en buena parte de la administración pública. Las cortes tienen un rol que jugar en la estructuración del proceso de decisión y asegurando que la elección de la política, aunque sea razonable, sea explicada y justificada”¹⁰².

Estos autores aclaran que su argumentación no pretende afirmar que los jueces están legitimados a interferir en las decisiones del órgano político, sino que estos cumplen un papel fundamental al “refinar el proceso de adopción de decisiones y, consecuencialmente reducir la sensación de injusticia (...)”. Bajo esta línea, se puede afirmar que los jueces contribuyen a fortalecer las nociones de democracia, y de control del poder estatal.

A pesar del razonamiento anterior, algunos objetores a la revisión judicial de las políticas sociales abogan por el ideal del *political accountability*, sin embargo, Parkin (1995), da cuenta de que un control de este tipo es problemático debido al complejo funcionamiento de la burocracia y de su administración organizacional, donde “las responsabilidades a veces están localizadas en cuerpos u

⁹⁹ Pieterse (2007) pp. 514-5. Citado por Figueroa (2009) p. 611

¹⁰⁰ Bloche (2003) p. 302. Citado por Figueroa (2009) p. 611.

¹⁰¹ Syrett (2005) p. 321. Citado por Figueroa (2009) p. 611.

¹⁰² James y Longley (1995) p. 373. Citado y traducido por Figueroa (2009) p. 612.

organismos cuasi independientes, que escapan a la *political accountability*, o en directores que son designados, no elegidos y, por ello, también sustraídos a dicha forma de control”¹⁰³.

En virtud de lo anterior, las cortes reclaman su intervención. Dicha intervención, cuando se dirige a decisiones administrativas que distribuyen recursos públicos, debe basarse en criterios objetivables y en principios sustantivos que guíen el proceso de toma de decisiones. De este modo, las cortes son órganos idóneos para hacer valer el principio de no arbitrariedad en el ámbito de la administración pública, y para reducir el margen de discrecionalidad. Bajo esta lógica, el discurso de las decisiones trágicas tiene poca fuerza cuando se ubica en un contexto en el cual el derecho al acceso a la salud es constitucional, pues la denegación de servicios de salud deber ser sometida a escrutinio judicial¹⁰⁴, para verificar si la decisión de racionamiento está justificada o no¹⁰⁵.

El argumento del *accountability* se fortalece si analizamos la interpretación constitucional, la cual desde la óptica de Pieterse (2007), debe estar cargada de valoraciones que permitan el desarrollo de la jurisprudencia sobre derechos socio-económicos. Dichas valoraciones permiten que se haga un enfoque en las necesidades y en los principios que deben guiar los procesos de racionamiento en materia de salud¹⁰⁶.

La última idea que sustenta la réplica a la objeción de legitimidad, basada en la necesidad del *accountability*, toma su fuerza del derecho internacional. Si analizamos las fuentes internacionales, encontramos un instrumento de gran relevancia: el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), el cual establece tanto el deber de los Estados de asegurar el acceso a cierto estándar de salud, como también la necesidad de controlar la actividad del Estado. Es decir que, la revisión judicial de las políticas de salud es una exigencia impuesta por este convenio de índole internacional. Por ello, no es una opción para aquellos países que hayan ratificado el pacto, sino una obligación.

Ataque a varias suposiciones que subyacen a la objeción de legitimidad

La octava réplica a la objeción de legitimidad se concentra en dismantelar varias de las suposiciones que se encuentran detrás de la objeción. Así pues, se procederá a retomar brevemente cada suposición, y a contrastar cada una de ellas con cada contra-argumento.

Cómo se expuso al principio, Tushnet sostiene que si los jueces hacen exigibles los DESC, por medio de la revisión judicial, despojan a los órganos políticos de sus atribuciones para deliberar todo lo relativo a las políticas públicas. Para Figueroa esta suposición es equivocada, puesto que la intervención judicial llega en un momento posterior, cuando el órgano político ya ha deliberado y aprobado una ley o programa específico. Precisamente cuando una ley ha sido impugnada, luego de

¹⁰³ Parkin (1995) p. 875. Citado y traducido por Figueroa (2009) p. 612.

¹⁰⁴ Cuando el individuo la impugne por afectar su derecho.

¹⁰⁵ Pieterse (2007) p. 520. Citado por Figueroa (2009) p. 613.

¹⁰⁶ Pieterse (2007) p. 527. Citado por Figueroa (2009) p. 614.

que se surta el proceso político, por infringir la constitución, la corte interviene antes que para despojar al pueblo (representado en los órganos políticos) de su capacidad de decisión, para protegerlo y asegurar la vigencia de sus derechos y decisiones. “Posiblemente, Tushnet replicaría que la población se vería privada de aquello que fue deliberado y acordado (y plasmado en esa ley); que la decisión mayoritaria será reemplazada por la visión minoritaria de algunos jueces”¹⁰⁷.

La respuesta que da el autor a este contra-argumento se basa en considerar que la mayoría de la población, a través de sus órganos representativos, tiene titularidad en un sistema democrático que tiene la facultad de deliberar y aprobar un conjunto de leyes -que no pueden ser anuladas o reemplazadas por una minoría- con la condición de que sean acorde con la constitución. “Ciertamente, no sería defendible aquella posición que sostuviera que la mayoría puede imponer sobre el resto de la población decisiones que sean inconstitucionales. Esto sería ilegítimo en un sistema democrático (...)”¹⁰⁸. De acuerdo a lo anterior, es viable afirmar que bajo la noción de democracia constitucional, la revisión judicial no es antidemocrática; al contrario, fortalece la democracia en la medida en que protege los derechos reconocidos por la Constitución.

La segunda suposición que encontramos en la objeción de legitimidad, es aquella que sostiene que la ciudadanía se verá privada de autodeterminación si los jueces intervienen en las decisiones de políticas de bienestar. El autor responde que ello no es lógicamente necesario, pues es posible que los órganos políticos actúen en ocasiones, en contra de la exigibilidad de los derechos sociales que la ciudadanía demanda. En esos eventos, los ciudadanos no podrán auto-determinarse, y en ese sentido, deberán esperar a que llegue el momento de elecciones para reemplazar a los integrantes de tales órganos políticos; o demandar ante la jurisdicción constitucional para obtener por parte de los jueces aquellas decisiones que los representantes políticos han denegado. “Si este es el caso, entonces no es cierto que siempre la ciudadanía se ve privada de autodeterminación. Puede ser el caso contrario: que la revisión judicial la incremente”¹⁰⁹.

La tercera suposición inmersa en la objeción de legitimidad asume que el razonamiento judicial está libre de consideraciones políticas e ideológicas. Por ello, si los jueces se involucran en la deliberación de los DESC -la cual es por naturaleza política e ideológica-, deberán abarcar asuntos ajenos a sus capacidades y posibilidades. La respuesta a esta suposición, sostiene que existe una concepción errada respecto al modo en que funciona realmente la práctica y el razonamiento judicial constitucional. Klare (1998) señala que la línea tradicional que separa el dilema derecho/política en materia de adjudicación es simplista. Las razones para afirmar lo anterior, son: (I) El razonamiento legal en la práctica diaria se enfrenta a materiales legales, los cuales están altamente cargados de valoraciones. (II) Las consideraciones políticas y morales de los jueces suelen afectar el significado del material legal que ellos utilizan. Es preciso citar al autor para esclarecer el punto:

¹⁰⁷ Figueroa (2009) p. 615.

¹⁰⁸ Figueroa (2009) p. 615.

¹⁰⁹ Figueroa (2009) p. 615.

“En breve, los valores personales y políticos del juez y sus sensibilidades no pueden ser excluidos del proceso de interpretación y adjudicación. No porque los jueces sean débiles y cedan ante la tentación política, sino porque la exclusión a que llama el ideal tradicional del imperio de la ley es, simplemente, imposible (...) Los valores políticos y morales del juez, por tanto, juegan un rol rutinario, normal e inerradicable en la adjudicación”¹¹⁰.

El universo de lo que es susceptible de revisión judicial es contingente

La novena y última réplica a la objeción de legitimidad se relaciona con la idea de que “nuestras concepciones sobre qué asuntos deben o no caer dentro de la esfera judicial, varían con el tiempo, son obviamente contingentes (...)”¹¹¹. Tal como lo relata Parkin¹¹² (1995), a lo largo de la historia existe una amplia gama de áreas que se han considerado excluidas del derecho¹¹³. Lo que quiere decir este autor es que el reclamo de legitimidad no es nuevo, sino que ya ha sido presentado y descartado con anterioridad, respecto de otras materias. Lo que sucede es que ahora se dirige a los asuntos de salud. Para cerrar este punto, conviene traer a colación uno de los argumentos de Parkin (1999) quien sostiene que “el argumento policéntrico puede igualmente aplicarse a muchas otras áreas de distribución de recursos en las cuales las cortes ejercen regularmente supervisión bajo suposiciones ordinarias de derecho público”¹¹⁴.

Del debate expuesto con anterioridad podemos aprender que las objeciones de incapacidad y legitimidad son argumentos importantes que invitan a los jueces a desempeñar su labor de manera cautelosa y guiada por principios y criterios sólidos; más no se constituyen en obstáculos insalvables para proceder a la revisión judicial de las políticas de DESC. Tal como lo vimos, en las democracias contemporáneas, los jueces se constituyen en actores clave, pues contribuyen a limitar la discrecionalidad administrativa y crean puentes entre la sociedad y el Estado.

Para cerrar esta primera parte del texto, se puede concluir que la justiciabilidad de los DESC, como la de cualquier otro tipo de derecho, aunque presenta cuestiones sensibles y problemáticas, es realmente necesaria e inevitable en todo sistema que se haga llamar democrático. Ahora bien, en términos prácticos, el desarrollo jurisprudencial (local, regional e internacional) en materia de derechos sociales demuestra que la exigibilidad judicial de éstos, y en especial del derecho a la salud, es claramente reconocida y permite “ir superando los cuestionamientos teóricos que negaban cualquier rol judicial en relación con estos derechos”¹¹⁵. Esto permite entender que en la actualidad el debate está en una segunda fase, donde no se discute si debe o no haber justiciabilidad de los DESC, sino más

¹¹⁰ Klare (1998) p. 163; Pieterse (2004) pp. 397-398. Citado por Figueroa (2009) p. 616.

¹¹¹ Figueroa (2009) p. 616.

¹¹² Parkin (1995) p. 873. Citado por Figueroa (2009) p. 617.

¹¹³ Aspectos como la discriminación racial y sexual, las relaciones industriales, el funcionamiento del mercado, las relaciones familiares, el funcionamiento de poderes discrecionales, entre otros, son ejemplos de materias que antes no se consideraba que fueran parte del ámbito del derecho, y que ahora se reconoce como tal.

¹¹⁴ Parkin (1995) p. 874.

¹¹⁵ Abramovich & Pautassi (2009) p.1.

bien, que tipo de modalidades de intervención judicial permiten una mayor articulación de estos con las políticas públicas, respetando el ámbito de acción de las instituciones democráticas¹¹⁶.

MODALIDADES DE INTERVENCIÓN DEL PODER JUDICIAL EN LAS POLÍTICAS

Antes de ahondar en las modalidades de intervención judicial, es importante recordar que el debate sobre los límites de actuación del poder judicial con relación al poder político y administrativo, se hace especialmente fuerte en sociedades donde las Cortes se han visto obligadas a ejercer una gran activismo en pro de asegurar la vigencia de los DESC, ante situaciones de grave crisis de representación de las instituciones democráticas, donde la brecha entre las promesas del gobierno y la implementación efectiva de las mismas es abismal¹¹⁷. De ahí se explica porque la justicia constitucional ha extendido el alcance de su intervención, “reclamando para sí un nuevo rol dentro de las democracias contemporáneas, confrontando a las restantes instancias del poder público con las obligaciones estatales en DESC, y participando de forma creciente en todo el ciclo de políticas públicas”¹¹⁸. La razón por la cual se retoma este aspecto, es para justificar porque en la actualidad es tan importante el análisis de los alcances de la intervención judicial, pues en la ardua tarea de proteger la constitución, los jueces han sido duramente criticados, y así como han sido los principales garantes de derechos, también han contribuido a desbalancear la acción del Estado en términos globales. Es por ello que es crucial entender ¿Qué tipos de intervenciones judiciales permiten una relación dialógica con las demás ramas del poder, en pro de asegurar la máxima compatibilidad entre derechos y políticas sociales?.

Para reflexionar acerca de la anterior pregunta, debemos enfocarnos en los diversos ámbitos y alcances de las intervenciones judiciales. Para ello, tomaremos la tipología de modelos de intervención judicial propuesta por Abramovich y Pautassi (2009), y retomada por Rossi y Filippini (2010), quienes intentan entender el: a) el tipo de decisiones judiciales, b) aquello sobre lo que ordenan los tribunales y c) cómo lo ordenan.

Tipos de casos en función de la materia de decisión ()*

1. **Casos donde se decide invalidar políticas sociales por ser contrarias a estándares jurídicos:** en estos casos los jueces se limitan a examinar si las políticas se adecúan a los estándares jurídicos, y se pronuncian invalidando la política o aspectos particulares de la misma. El examen de adecuación se hace a partir de: a) la interpretación de los derechos constitucionales y tratados internacionales, y de b) criterios y principios como los de razonabilidad, progresividad, igualdad y no discriminación, debido proceso, entre otros. Es viable afirmar que este tipo de decisiones no determina nuevas

¹¹⁶ Abramovich & Pautassi (2009) p.6.

¹¹⁷ Abramovich & Pautassi (2009) p.6.

¹¹⁸ Galvis (2011) p. 6.

prestaciones a cargo del Estado sino que funcionan como límites a la acción del gobierno¹¹⁹, impulsándolo a corregir sus falencias¹²⁰.

2. **Casos donde se decide ordenar la implementación de políticas públicas previamente definidas por el gobierno o el congreso y no ejecutadas por las burocracias locales:** estos casos se dan por trabas administrativas, problemas presupuestarios, etc. Lo importante es saber que en este tipo de decisiones los jueces funcionan como un puente que comunica al poder burocrático los reclamos de la ciudadanía en cuanto al déficit en su administración¹²¹. De acuerdo a Abramovich y Pautassi (2009), estos no son casos que generen grandes niveles de tensión en el gobierno o el congreso. Por último, en estos casos los jueces también suelen interpretar el alcance de las políticas ya creadas y aún no implementadas.
3. **Casos donde se decide ordenar la creación de nuevas políticas públicas o la implementación de reformas estructurales de los sistemas de protección social:** estas decisiones se toman ante la ausencia de legislación o de políticas concretas, a partir de la aplicación directa de los derechos constitucionales y sus diversas garantías. Por ello, estas decisiones suelen ser mucho más polémicas o problemáticas que las estudiadas con anterioridad, ya que de ellas se derivan nuevas prestaciones a cargo del Estado, respecto a cómo brindar servicios o distribuir bienes.

Conviene citar a los autores para esclarecer el punto:

“(…)este supuesto de intervención es quizá la expresión más extrema de activismo judicial, en especial por la carga de deberes administrativos que conlleva y la injerencia directa en decisiones sobre distribución presupuestaria. Por lo general, los tribunales resultan bastante renuentes a involucrarse en este tipo de casos, y si avanzan lo hacen en supuestos excepcionales y situaciones límite donde no sólo están en juego el respeto de ciertos contenidos mínimos de derechos sociales, sino también su garantía respecto de sectores sociales excluidos o discriminados”¹²².

4. **Casos donde se ordena reestructurar o modificar aspectos parciales de las políticas públicas o de los sistemas de protección social:** Estas decisiones básicamente “extienden el alcance de las prestaciones y servicios a supuestos no contemplados y a beneficiarios excluidos”¹²³. En este supuesto se encuentra el litigio (por medio de tutelas) sobre acceso a servicios médicos en Colombia, ya que la Corte Constitucional ha revisado, ampliado y reformulado las prestaciones ya definidas por el sistema de salud¹²⁴.
5. **Casos donde se decide reestructurar los procedimientos para la elaboración o implementación de las políticas, los espacios de participación o los niveles de información pública disponibles sobre ellas:** en estos casos lo que importa no es el contenido o alcance de la política, sino sus respectivos procedimientos para crearla y ponerla en marcha. Es vital que la información relevante sobre las políticas esté al alcance de la población, que la sociedad civil o los

¹¹⁹ Los DESC se constituyen básicamente en son esos límites.

¹²⁰ Abramovich y Pautassi (2009) p. 51.

¹²¹ Abramovich y Pautassi (2009) p. 52.

¹²² Abramovich y Pautassi (2009) p. 53

¹²³ Abramovich y Pautassi (2009) p. 53

¹²⁴ Abramovich y Pautassi (2009) P. 54

grupos afectados puedan participar previamente, mediante espacios de diálogo y deliberación; para que así puedan contribuir a la construcción de las mismas¹²⁵.

Los autores son claros en afirmar que en la realidad es complejo encontrar tipos puros de la anterior clasificación, pues los casos judiciales suelen combinar aspectos de uno y otro tipo, razón por la cual se aclara que esta tipología funciona como un modelo que, pese a ser hipotético, es sumamente útil para la comprensión del fenómeno.

Ahora bien, para complementar el entendimiento de la intervención judicial en las políticas sociales o de DESC, es necesario introducirnos en los tipos de remedios que pueden adoptar los jueces ante los casos tipos de casos que deben resolver.

Variedad de remedios adoptados por los jueces

Los tipos de remedios adoptados por los jueces están determinados por: a) las reglas de procedimiento, b) el tipo de tribunal, c) el tipo de sistema de justicia constitucional y d) las tradiciones y la cultura judicial.

1. **Remedios declarativos:** en este tipo de remedios el juez se limita a declarar la validez o invalidez de una norma o de una política. Es decir que en ningún momento ordena medidas concretas (como prestaciones por ejemplo) para adoptar. La forma en la que el juez determina si esa norma o política es constitucional, es analizando si la misma se adecua o no a los estándares jurídicos. Se afirma que los remedios declarativos son útiles para que los órganos políticos replanteen sus políticas en consonancia con las directrices constitucionales¹²⁶.
2. **Remedios que contienen ordenes detalladas y completas (generalmente de cumplir con prestaciones y servicios):** este tipo de remedio suele darse en varios de los casos que se clasificaron anteriormente de acuerdo a la materia de decisión, por ejemplo: en aquellos en los cuales se ordena la implementación de políticas públicas previamente definidas (2*); esto en la medida en que pueden proferir ordenes concretas sobre lo que debe hacerse para implementar aquella política que no se había puesto en marcha. También puede darse en aquellos casos en los que los jueces ordenan reestructurar o modificar aspectos parciales de las políticas públicas o de los sistemas de protección social (4*). Estas son las dos variantes en las que más se disponen órdenes precisas y completas (ante casos de alcance más individual que colectivo). Sin embargo, este tipo de remedio o solución detallada, también puede presentarse en decisiones donde el juez ha ordenado la creación de nuevas políticas públicas o la implementación de reformas estructurales. Si bien esta es una posibilidad que no podemos ignorar, cabe aclarar que no es muy frecuente, ya que: “es sin duda el supuesto más conflictivo, pues de adoptarse (...) los tribunales no sólo impondrían al gobierno la definición de una política sino que estarían definiendo también esa política en su sentencia”¹²⁷.

¹²⁵ Abramovich y Pautassi (2009) P. 54

¹²⁶ Abramovich y Pautassi (2009) P. 58

¹²⁷ Abramovich y Pautassi (2009) P. 59

3. **Remedios que contienen instrucciones generales para definir una política y un sistema de supervisión:** este tipo de remedio tal como su nombre lo dice, dispone directrices generales para el gobierno o el congreso, acompañado de un mecanismo de verificación de cumplimiento de aquellas directrices. Suele denominarse como sistema de comando y control. Los jueces adoptan con frecuencia este tipo de remedio, ya sea en aquellos casos en los que deciden ordenar la creación de nuevas políticas públicas o reformas estructurales de las mismas (3*); o en aquellos otros en los que ordenan modificar aspectos parciales de las políticas públicas (4*). En estos dos tipos de casos (3*) y (4*) no es usual que se adopten remedios detallados, ya que requieren ciertos conocimientos técnicos e información que le compete a la función legislativa o ejecutiva¹²⁸.

La esencia de este tipo de remedio es la de ofrecerle un marco orientador al poder político y a la administración, para que puedan proceder a formular o a reestructurar la política. En ese sentido, la sentencia se dirige a establecer los elementos mínimos que debe tener la política para poder ser compatible con la constitución. A su vez, establece objetivos y metas para poder medir el cumplimiento en cierto límite temporal.

En suma: “este tipo de remedio, reenvía a la esfera política la definición final de la línea concreta de intervención pública para resolver el conflicto de manera ajustada a los estándares jurídicos, resguardando un campo de acción importante para el gobierno y el congreso y, al mismo tiempo, resguardando el espacio del propio poder judicial que se reserva la facultad de supervisar el cumplimiento de la instrucción”¹²⁹.

La fortaleza de este tipo de remedio es que concilia los intereses y las funciones de las diferentes ramas del poder, en el sentido de que la rama judicial conserva su facultad de control y supervisión, mientras que le brinda la libertad necesaria a la política democrática para que decida que curso de acción es el mejor, después de “ponderar el impacto de esas decisiones sobre todo el sistema y considerando la complejidad de intereses múltiples que se ponen en juego. De modo que, lejos del tradicional silogismo judicial, los tribunales difieren parte de la decisión a la esfera política”¹³⁰.

4. **Remedios que contienen instrucciones generales para definir una política y además para diseñar un procedimiento de diálogo y concertación:** Este es el tipo de remedio judicial más innovador y garantista, ya que incluye la creación de un mecanismo de diálogo y concertación para que se defina de manera participativa el tipo de política concreta que reparará los derechos afectados. Este nuevo remedio es también denominado litigio de reforma estructural, y su finalidad es “procurar y asegurar no sólo un margen prudente de actuación de la instancia judicial frente a la competencia propias de las instancias políticas, sino también la participación ciudadana a fin de dotar

¹²⁸ Abramovich y Pautassi (2009) P. 60

¹²⁹ Abramovich y Pautassi (2009) P. 60

¹³⁰ Abramovich y Pautassi (2009) P. 62

de mayor legitimidad social a las decisiones que se adoptan en el marco, de por sí acotado del proceso”¹³¹.

La anterior tipología pone de presente la amplia gama de opciones de intervención que tienen los jueces para relacionarse con el sistema político en pro de asegurar los DESC. Respecto a los remedios judiciales habrá que decir que los mismos no son excluyentes, sino que en determinados casos pueden llegar a ser complementarios. Por ejemplo, cuando los jueces perciben que el poder político ejerce resistencia en el cumplimiento de sus lineamientos generales, se ven obligados a convertir los mismos en mandatos mucho más precisos y detallados¹³². Sin embargo, este tipo de decisiones judiciales no suelen ser las más inteligentes, ya que son las que reciben más cuestionamientos por parte del poder político, y tienden a deteriorar la calidad de la relación entre uno y otro poder; y por ende a reducir las probabilidades de que el fallo sea acatado de manera efectiva¹³³. En otras palabras entre más roces se den con el poder político es más alta la probabilidad de que el fallo sea ignorado.

Bajo esa línea, se comparte la postura que defienden los autores Abramovich y Pautassi (2009), al considerar que los remedios que dan amplio margen de acción al poder político e integran mecanismos de participación de los actores afectados, suelen contribuir a : (i) “reducir los riesgos de distorsiones en el funcionamiento de la administración”¹³⁴, (ii) proteger el rol de los jueces como legítima autoridad ante la opinión pública y la sociedad civil, (iii) lograr reacciones políticas adecuadas en términos de acatar el fallo, (iv) “preservar la función judicial de garante de los derechos sin desplazar a quienes cuentan con la información, la capacidad técnica y la responsabilidad de definir las políticas”¹³⁵, y (v) a que el escenario judicial se convierta en un escenario de debate y deliberación que contribuya a fortalecer la arena pública¹³⁶.

Tipos de procesos judiciales en los que deciden los jueces

A continuación analizaremos los procesos individuales y colectivos¹³⁷ y como estos influyen en la actividad judicial.

1. **Procesos de alcance individual:** se garantiza el derecho de una sola persona. En este tipo de procesos los jueces suelen proteger los derechos por medio de ordenes más concretas, que extienden el alcance de las prestaciones definidas por el Estado. Parece ser que detrás del razonamiento de los

¹³¹ Abramovich y Pautassi (2009) p. 63

¹³² Abramovich y Pautassi (2009) p. 76

¹³³ Rossi y Filippini (2010) p. 22

¹³⁴ Abramovich y Pautassi (2009) p.72

¹³⁵ Abramovich y Pautassi (2009) p.72

¹³⁶ En este punto, conviene destacar que de acuerdo a los estudios que se han hecho sobre la judicialización de las políticas sociales en Suramérica es viable afirmar que los jueces, en términos generales, se involucran como actores estratégicos dándole un margen amplio al sistema político para que reaccione ante la problemática en cuestión. Además, los jueces suelen hacer alianzas con la sociedad civil y con la burocracias para lograr una mayor adhesión a sus fallos (Abramovich y Pautassi, 2009, p. 49).

¹³⁷ “El alcance del proceso determina las cuestiones de hecho que serán objeto de la prueba y la discusión en el caso, e influye decididamente en el tipo de remedio que podrá considerar el tribunal” (Abramovich y Pautassi; 2009: p.72).

jueces subyace la idea de que al estar adjudicando un solo derecho, menos serán los roces con el poder político, y por ende, menos serán cuestionados en su labor (al no tener un alcance colectivo directo). Pero lo cierto es que “no siempre los casos individuales implican menor injerencia en el sistema de justicia sobre las áreas de acción política”¹³⁸. En los casos de salud, por ejemplo, los jueces tienden a proferir decisiones específicas dirigidas a cubrir servicios médicos, tratamientos y medicamentos. El problema es que estas decisiones “individuales” son tomadas constantemente por múltiples jueces y por ende, terminan teniendo grandes impactos sistémicos. La problemática básicamente es la siguiente:

“(…) la sumatoria de casos individuales descoordinados puede también provocar serias distorsiones sobre los sistemas de protección social y las políticas públicas, si los tribunales al asegurar determinadas prestaciones o coberturas, no consideran el impacto de sus decisiones sobre el conjunto del sistema, o no valoran adecuadamente las consecuencias de los compromisos presupuestarios que conllevan sus fallos. La sumatoria de miles de decisiones judiciales individuales equivale a una imposición judicial al poder político de un curso de acción concreto y determinado, de alcance general o colectivo”¹³⁹.

Este no es el único problema que existe, otro muy grave es que se genera una especie de doble sistema, pues aquellos que llevan a juicio sus reclamos obtienen unas prestaciones, mientras que los que no acuden a los tribunales reciben otras prestaciones; lo cual genera un problema de seguridad jurídica y de afectación al derecho a la igualdad.

Si bien es cierto que este fenómeno genera problemáticas en términos sistémicos¹⁴⁰; también es cierto que el mismo puede ser útil para que el gobierno detecte las problemáticas de política pública y de salud que se están dando, y así pueda tomar decisiones en orden a solucionarlas. Claro que esto depende necesariamente de “la capacidad de reacción del sistema político y de su plasticidad para entender la serie de litigios como señal de alarma y adaptar en consecuencia la agenda política”¹⁴¹.

- 2. Procesos de alcance colectivo:** se protegen derechos de grupos. En este tipo de casos los jueces pueden abordar de manera más adecuada problemáticas de índole sistemática, ya que el operador

¹³⁸ Abramovich y Pautassi (2009) p.78.

¹³⁹ Abramovich y Pautassi (2009) p.78

¹⁴⁰En Colombia la amplia jurisprudencia garantista de la Corte Constitucional en materia de derecho a la salud, además de contribuir a la protección de una gran cantidad de ciudadanos, generó un efecto negativo, pues los mismos prestadores de salud empezaron a exigir a los usuarios que demandaran ante la justicia, cuando no era claro si su caso estaba cubierto o no por el POS. Los prestadores además: “fueron estableciendo nuevos procedimientos y modificaciones del sistema con el fin en muchos casos de obstaculizar el acceso a nuevas prestaciones fijadas por la corte constitucional. Esto produjo mayor litigiosidad y una suerte de rutinización de la acción de tutela que afectó a los usuarios. El gobierno y los prestadores privados de salud fueron consintiendo la aplicación de las decisiones de la corte, pero sin alterar en función de la jurisprudencia constitucional de la corte, las reglas de funcionamiento del sistema” (Abramovich y Pautassi, 2009; 83). Luego la Corte profirió una sentencia de alcance general (T-760 de 2008), agrupando varias acciones de tutela, en la cual se fijaron reglas básicas, impulsando al gobierno a crear una nueva regulación del sistema de salud que fuese compatible con la vasta jurisprudencia constitucional. “La corte emitió instrucciones al gobierno para que procediera a actualizar las prestaciones básicas, a ajustar los procedimientos para acceder a esas prestaciones, eliminando todas las trabas y obstáculos burocráticos y a agilizar los mecanismos para el reembolso a los prestadores privados de los fondos de compensación respecto de prestaciones no previstas originalmente en el plan médico obligatorio. Así el tribunal decidió corregir el enfoque de caso por caso por otro tendiente a examinar el sistema de salud en su conjunto y promover ajustes a los estándares constitucionales” (Abramovich y Pautassi, 2009: 83).

¹⁴¹ Abramovich y Pautassi (2009) p.79

jurídico deberá tener una mirada más amplia. Los casos de índole colectivo pueden ser más fructíferos en la medida en que sean presentados por actores sociales que tengan vínculos con los sectores afectados y que sepan identificar adecuadamente sus intereses¹⁴².

De lo anterior podemos concluir que, los jueces deben ampliar su perspectiva y tratar de entender que cada política pública o programa hace parte de un sistema más amplio en el cual se enfrentan múltiples intereses y necesidades que piden urgentemente la atención del Estado. Por ello, la acción judicial sin coordinación con el sistema político puede “implicar desajustes peligrosos en el funcionamiento de la administración”¹⁴³.

Bajo esa línea, las dinámicas que se presentan en las sociedades modernas respecto a los DESC y en especial respecto al derecho a la salud, hacen que sea necesario que se analice a profundidad aquellas condiciones sociales e institucionales que permiten a la rama judicial seguir garantizando los derechos sin desbalancear o desplazar a las instituciones democráticas. Por ello, las reflexiones deben enfocarse en aspectos relacionados con el diseño institucional, tales como: “la conformación de los tribunales, la forma de elección y remoción de los magistrados, las condiciones de independencia e imparcialidad frente al poder político y a intereses particulares, los sistemas de control de constitucionalidad e incluso las reglas para fundamentar decisiones judiciales en el campo de las políticas sociales”¹⁴⁴.

Después de haber ahondado en las modalidades de intervención judicial de manera general, es momento de reflexionar más específicamente respecto al alcance de la intervención judicial en casos donde se racionan y priorizan prestaciones sanitarias, ante la escasez de recursos. Para ello, debemos introducirnos en aspectos de justicia distributiva y en el entendimiento de los grandes costos del derecho a la salud.

¿Qué implica entender los costos del derecho a la salud?

Como se vio en la primera parte, todos los derechos sin excepción alguna son costosos de proteger. Tal como lo enseñaron Holmes y Sunstein en su libro (2009)¹⁴⁵, el goce efectivo de los derechos, su calidad y extensión, depende de la capacidad y voluntad del Estado para garantizarlos destinando recursos del erario público. Todos los derechos dependen de decisiones políticas tendientes a canalizar recursos escasos en vista de los siempre cambiantes problemas y oportunidades¹⁴⁶. Entender el costo de los derechos nos permite entender que estos se pelean en la arena política, y que dependen de los recursos públicos que se destinen para su protección. Esta realidad incuestionable ha sido percibida con escepticismo, pues se piensa que hablar de los derechos en términos de sus costos genera el riesgo de que terminen desprotegidos. Sin embargo, sucede todo lo

¹⁴² Abramovich y Pautassi (2009) p. 84

¹⁴³ Abramovich y Pautassi (2009) p. 84

¹⁴⁴ Abramovich y Pautassi (2009) p. 84-85

¹⁴⁵ Holmes y Sunstein (2009).

¹⁴⁶ Holmes y Sunstein (2009).

contrario, la idea de que los derechos cobran vigencia a partir de su reconocimiento estatal por medio de la inyección de fondos, es valiosa para protegerlos aún más, pues nos permite adoptar una visión mucho más amplia del bien público, y a mejorar la práctica estatal tendiente a hacerlos efectivos.

Esta es la finalidad de este acápite, reflexionar acerca de los costos públicos del derecho a la salud, y aprender sobre las cuestiones inherentes a esta lógica de las políticas públicas. La idea es aproximarnos al razonamiento que subyace en el poder político al momento de determinar cuántos recursos destinar para subsidiar la salud, y de decidir ¿cuánto? ¿cómo? y ¿qué? prestaciones sanitarias va a proveer, y a quienes. No es posible analizar ninguna de estas cuestiones sin entender : I) que implica racionar y priorizar en el campo de la salud, ii) cómo puede ser justa la distribución, y; iii) cómo garantizar procesos de priorización basados en la transparencia democrática.

Para introducirnos en esta lógica debemos reconocer que todas “las decisiones de inversión de los Estados se producen en un marco de escasez”¹⁴⁷. Esta realidad se agudiza en relación con el cuidado sanitario, pues todos los sistemas públicos de salud del mundo encuentran un desequilibrio entre la demanda de asistencia sanitaria –siempre creciente- y los recursos disponibles –siempre limitados-¹⁴⁸. Tal marco de escasez lleva a los Estados a hacerse la siguiente pregunta: “¿Con los recursos públicos disponibles, cuáles tecnologías sanitarias deberían financiarse para lograr el mayor bienestar posible de la población?”¹⁴⁹. Si bien esta pregunta evidencia que la lógica del racionamiento y de la priorización es una constante en los sistemas de salud del mundo, la misma ha generado gran controversia, pues se cuestiona ¿si es moralmente correcto limitar la asistencia sanitaria?, dado que el derecho a la asistencia sanitaria es una extensión del derecho a la vida y un componente esencial de la dignidad humana. A continuación, se ofrecerán argumentos que dan cuenta de la necesidad de adoptar una estrategia de racionamiento dentro de un sistema de salud. Posteriormente, se explicará cómo se ha reconducido el debate en esta materia para satisfacer los principios de transparencia democrática y de justicia distributiva.

La brecha existente entre las necesidades sanitarias y su posibilidad de satisfacerlas, se alimenta o acrecienta por medio de presiones sobre el gasto en salud, provenientes de la oferta y la demanda. En primer lugar, la demanda por servicios de salud, tal como lo expone el Banco Interamericano de Desarrollo (BID, 2015) es cada vez mayor por 4 factores clave: (i) cambios demográficos y cambios en los perfiles epidemiológicos. Las poblaciones son cada vez más longevas (menores tasas de mortalidad y menores tasas de fertilidad), y presentan más patologías crónicas (en vez de infecciosas o agudas) las cuales son de larga duración o de por vida. (ii) mayores expectativas asociadas a mayores niveles de ingresos: los estudios demuestran que a medida que se incrementan los ingresos reales, la demanda agregada para el cuidado de la salud se eleva¹⁵⁰. (iii) mayor acceso a información respecto a las opiniones tecnológicas disponibles para abordar los problemas de salud; y (iv)

¹⁴⁷ Holmes y Sunstein (2009).

¹⁴⁸ Syrett (2007)

¹⁴⁹ BID (2015) p. 8.

¹⁵⁰ Ringel (2002), Feldstein (1971), McLaughlin (1987), Di Matteo (1998); citados por el BID (2015) p. 14.

crecientes esfuerzos para lograr la cobertura universal en salud. En segundo lugar, la oferta ejerce fuertes presiones sobre el gasto, ya que cada día se crean nuevas y mejores tecnologías sanitarias y esto aumenta considerablemente los costos de la asistencia sanitaria al punto que se afirma que este en la actualidad es “el mayor determinante del crecimiento del gasto en salud”¹⁵¹.

Las anteriores consideraciones permiten entender porque tanto la doctrina¹⁵², cómo la práctica estatal a nivel internacional entiende que el racionamiento del cuidado sanitario es inevitable, y dada esta realidad, ya no se discute si debe o no haber racionamiento, sino más bien ¿Cómo debe ser dicho racionamiento?, y bajo qué criterios se deben limitar las prestaciones sin vulnerar el principio de justicia. El autor Keith Syrett (2007) se dedica a esta cuestión para entender cómo el racionamiento puede ser aceptado públicamente cómo legítimo. Para ello, empieza presentando una tipología de los diversos tipos existentes, y concluye que para limitar el alcance de la cobertura de salud, se debe dejar atrás los mecanismos de racionamiento implícito¹⁵³ y avanzar hacia mecanismos explícitos, pues estos permiten dejar a un lado el argumento del juicio clínico como fundamento último y exclusivo de las decisiones de distribución de recursos, así como ejercer un control sobre la forma en la que se hace el gasto en salud¹⁵⁴. Es importante mencionar que la razón principal para desechar un mecanismo de racionamiento implícito tiene que ver con su contribución a la inequidad, pues crea un terreno fértil para aplicar criterios diferenciales o decisiones arbitrarias a la hora de manejar casos similares. “Tiende a privilegia a quienes tienen las conexiones o la capacidad de pago para superar los obstáculos burocráticos”¹⁵⁵. Habiendo expuesto a grandes rasgos las falencias del racionamiento implícito, es menester entender en qué consisten los mecanismos de racionamiento explícito. Así pues, estos:

“establecen de forma clara y pública los criterios y procesos que aplican a todos los ciudadanos para definir qué se cubre y qué no se cubre, manteniendo explícitos los objetivos de bienestar global y de equidad que se buscan alcanzar con los recursos públicos disponibles. Esto equivale a priorizar, ordenando necesidades y preferencias con base en criterios y procesos establecidos de forma pública y consensual”¹⁵⁶.

¹⁵¹ BID (2015) p. 16, citando a How Changes in Medical Technology Affect Health Care Costs (2007) www.kff.org

¹⁵² Syrett (2007); Marlasca (2009) p. 15; Gutiérrez y Urrutia (2012).

¹⁵³ Básicamente en los mecanismos de racionamiento implícito lo que se hace es limitar los servicios médicos sin explicarle a la persona excluida porque ni bajo qué criterios se ha tomado esa decisión. “El racionamiento implícito se da cuando esta tarea le es delegada a terceros: a las fuerzas de mercado —caso en el cual los ciudadanos con menos recursos tienen acceso a menos prestaciones—, a los proveedores —caso en el cual el racionamiento se da a través de colas y listas de espera— o a las cortes — caso en el cual el nivel de acceso a las prestaciones depende del nivel de acceso a la justicia” (Gutiérrez y Urrutia, 2012: 402).

¹⁵⁴ Keith Syrett (2007)

¹⁵⁵ Guerrero y Bossert (2011) p. 15.

¹⁵⁶ Gutiérrez y Urrutía (2012): “Racionar y priorizar son pues conceptos diferentes: el racionamiento se puede dar sin ningún tipo de priorización. El racionamiento es inevitable, la priorización no”.

La tendencia en el mundo actual va por esta línea, independientemente del nivel de desarrollo del país, pues el racionamiento explícito debido a que constituye un proceso visible que aplica condiciones iguales para todos, tiende a ser más equitativo y a tratar de modo uniforme casos similares¹⁵⁷. Paradójicamente, la principal desventaja del racionamiento explícito se encuentra en su rasgo más atractivo: la transparencia; pues al visibilizar las negaciones o limitaciones que se hacen con fundamento en criterios presupuestarios, pluriéticos, políticos y médicos; se afecta la estabilidad política de los sistemas de salud, dado que es muy complejo “lograr un consenso sobre los principios fundamentales subyacentes para guiar las decisiones de asignación”¹⁵⁸. Este punto es clave para dejar claro que el racionamiento explícito, aunque ofrece la mejor posibilidad para limitar prestaciones sanitarias, es controversial y requiere ser aceptado públicamente cómo legítimo. Existen dificultades para que se acepte cómo legítimo, ya que: (i) conceptualmente los sistemas jurídicos adoptan la salud como derecho fundamental y por ende, el Estado tienen la obligación de garantizarlo. (ii) en la práctica, limitar prestaciones perjudica necesariamente a algún segmento de la población.

Además de esto, generalmente el concepto de priorización ha sido visto desde una perspectiva negativa, o de “falta de compromiso del Estado con la salud”¹⁵⁹. Pero lo cierto es que la definición de prioridades es determinante para que el proceso de racionamiento se haga con fundamento en criterios éticos y legítimos que cumplan con el principio de justicia.

Para entender cómo puede legitimarse este proceso decisorio, debemos introducirnos en algunas cuestiones clave de justicia distributiva del derecho a la salud que están envueltas en los procesos de priorización y racionamiento. En ese sentido, debemos partir de la siguiente base: la única forma de que el racionamiento sea aceptable es si “la mayoría de las personas con una noción de bien común considera que la asignación de los recursos es justa y legítima”¹⁶⁰. Si esto es así, conviene hacer referencia a la noción de justicia, la cual tienen que ver con:

“el tipo de exigencia que podemos hacer ante el deber que tienen los demás frente a nosotros. El concepto de justicia implica que hay un motivo especial por el cual se nos deben las obligaciones que consagramos en forma de un derecho. En el campo de la asistencia sanitaria, la justicia distributiva exige que la sociedad distribuya proporcionalmente las cargas, y beneficios sociales entre todos los miembros de la sociedad”¹⁶¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, debemos indagar en el fundamento filosófico de la asistencia sanitaria. Para ello, es crucial destacar que este fundamento ha sido construido por Norman Daniels quien ha aplicado el principio de igualdad de oportunidades creado por John Rawls, al campo de la salud. La forma en la que Daniels lo hace, es afirmando que existe una relación inherente entre la salud y las oportunidades; y por ello, tenemos la obligación de garantizar la salud, pues ya hemos

¹⁵⁷ Guerrero y Bossert (2011) p. 15.

¹⁵⁸ Syrett (2007). En ese sentido, las modalidades implícitas son políticamente más estables, pues se esconden bajo el juicio clínico; y no se hace transparente el hecho de que tales decisiones se apoyan en las limitaciones de recursos "

¹⁵⁹ Gutiérrez y Urrutia (2012) p. 405

¹⁶⁰ Gutiérrez y Urrutia (2012)

¹⁶¹ Gutiérrez y Urrutia (2012) p. 411

convenido como sociedad en proteger la igualdad de oportunidades¹⁶². La propuesta de Daniels es sumamente interesante, pues logra conciliar la inevitable escasez de recursos, con la imperiosa necesidad de que el Estado garantice a sus ciudadanos el derecho a la asistencia sanitaria.

Pero ¿cómo lo hace?, ¿cómo concilia estos dos realidades innegables? A través de dos postulados cardinales que sostienen su teoría¹⁶³. En primer lugar, afirma que el derecho a la asistencia sanitaria es socialmente relativo, en la medida en que el contenido y alcance del mismo dependerá necesariamente de “los recursos disponibles en una sociedad determinada y del consenso que en ella exista sobre lo que son las expectativa legítimas de sus miembros”¹⁶⁴. En segundo lugar, sostiene que el derecho a la asistencia sanitaria es realmente el derecho a un mínimo decente de asistencia sanitaria. Con este planteamiento deja atrás de manera definitiva aquellos reclamos que abogan por que tengamos derecho al mejor servicio sanitario disponible. Como se dijo anteriormente, la idea del mínimo sanitario es muy interesante pues se enfoca en asegurar que el cuidado sanitario ofrecido por el Estado permita asegurar una vida digna a sus ciudadanos, sin dejar de lado el hecho de que el sistema sólo puede proteger a las personas “dentro de los límites impuestos por la escasez y el desarrollo tecnológico”¹⁶⁵.

Teniendo claro lo anterior, es viable sostener que como ciudadanos podemos exigirle al Estado un mínimo sanitario, entendiendo que en ocasiones ese Estado podrá decirnos que no podemos acceder a “x” o “y” servicio, por aquello de los recursos. Este punto es clave, pues nos introduce al punto álgido del racionamiento: “¿Bajo qué circunstancias puede (y debe) un paciente, familiar o médico tratante aceptar la legitimidad de que le sea negado un servicio necesario y razonable a raíz de una decisión de priorización de recursos en salud?”¹⁶⁶. Es decir, ¿cómo pueden aquellos considerar que la decisión que los afecta es justa y legítima, aun cuando están en desacuerdo con la misma?

De acuerdo con Gutiérrez y Urrutia (2012) quienes se basan en los planteamientos de Norman Daniels: “Una decisión desfavorable es justa y legítima cuando es el producto de una deliberación en la cual las razones que fueron tomadas en cuenta nos parecen relevantes y admisibles (...) ante el juicio de todas las partes afectadas”¹⁶⁷. Daniels (2008) considera que debemos garantizar que el procedimiento mediante el cual se toman las decisiones de racionamiento y priorización en salud sea justo e imparcial, para poder ser aceptado como legítimo por parte de las personas afectadas. Es común preguntarse ¿Por qué el enfoque está en el procedimiento? Porque los principios sustantivos de la justicia distributiva, son demasiado generales y “no ofrecen respuestas completas”¹⁶⁸ a las

¹⁶² Gutiérrez y Urrutia (2012) p. 413

¹⁶³ Zúñiga (2011) p. 204

¹⁶⁴ Zúñiga (2011) p. 204

¹⁶⁵ Zúñiga (2011) p. 204

¹⁶⁶ Gutiérrez y Urrutia (2012) p. 413

¹⁶⁷ Gutiérrez y Urrutia (2012) p. 415

¹⁶⁸ “los criterios normativos disponibles únicamente proporcionan principios demasiado generales como para ser útiles a la hora de decidir el orden de prioridades cuando nos enfrentamos al cumplimiento de las obligaciones prestacionales que se derivan del derecho a la salud en casos individuales y concretos. Por ende, son necesarios un proceso y una institucionalidad que permitan tomar decisiones en dichos casos de forma justa y legítima”. (Gutiérrez y Urrutia, 2012: 406).

preguntas sobre priorización”¹⁶⁹. Por ello, para que el procedimiento sea considerado justo y legítimo, deberá permitir un espacio de deliberación donde los afectados puedan cuestionar a la administración y exponer sus argumentos, asegurando que todos, sin excepción alguna, sean tratados con igual consideración¹⁷⁰. En suma, la administración tiene el deber de rendirle cuentas a la ciudadanía respecto a los fundamentos que ha tenido para tomar la decisión de racionamiento y respecto a la razonabilidad de la misma.

Gutiérrez y Urrutia (2012) reseñan las 4 condiciones que Daniels (2008) considera necesarias para que el método para resolver las problemáticas pueda ser considerado justo y legítimo:

1. **Publicidad:** los límites para acceder a prestaciones y servicios de salud, y los respectivos fundamentos para establecer esos límites deben ser de acceso público. Esto es fundamental ya que cuando se toman las decisiones respecto a cómo proteger los derechos y hasta donde, se ven involucrados juicios de valor controvertidos, que invitan a que la toma de decisiones se de forma abierta y democrática.
2. **Relevancia:** las decisiones de priorización deben explicar: “cómo la entidad decisora busca proveer el mayor valor en términos de prestaciones de salud dados los recursos limitados disponibles(...)Se debe exponer la evidencia, las razones y los principios que son aceptados como relevantes por todos los afectados”¹⁷¹.
3. **Revisión y apelación:** los afectados deben tener mecanismos de defensa a su disposición para cuestionar las decisiones de racionamiento, y a su vez, debe haber una instancia en la cual se pueda “revisar y mejorar las políticas a la luz de evidencia o argumentos nuevos”¹⁷².
4. **Regulación:** debe existir una regulación que asegure que las condiciones de publicidad, relevancia, revisión y apelación sean cumplidas. Esto quiere decir que las decisiones de priorización deben institucionalizar un procedimiento que asegure las cuatro condiciones y permita aquel espacio deliberativo.

En resumen, este procedimiento lo que pretende es lograr que “las decisiones sobre la priorización hayan tenido en cuenta las preocupaciones de todos los afectados y puedan servirles como garantía a los jueces de que el sistema ya contempla los derechos de todos los colombianos, y por ende les permita fallar de forma coherente y legítima”¹⁷³. Es por esto que a la hora de pensar en un procedimiento o estrategia de racionamiento y priorización debemos crear inmediatamente el siguiente mapa mental: un escenario en el cuál se asignan recursos con la participación de todos los actores afectados y dando espacio a todos los tipos de valoraciones que puedan influir en las

¹⁶⁹ Guerrero y Bossert (2011) p. 15.

¹⁷⁰ “Puede que los afectados no estén de acuerdo con el peso que se le dio a las razones en su contra, con tal de que estén de acuerdo en que dichas razones son admisibles y relevantes al proceso deliberativo a la mano, y que sus razones fueron escuchadas. En ese caso pueden quedar satisfechos de que la decisión se tomó con base en razones adecuadas, que todos los argumentos fueron tenidos en cuenta y que, por ende, el proceso es legítimo, así no estén satisfechos con su resultado final” (Gutiérrez y Urrutia; 2012: 415).

¹⁷¹ Gutiérrez y Urrutia (2012) p. 417

¹⁷² Gutiérrez y Urrutia (2012) p. 417

¹⁷³ Gutiérrez y Urrutia (2012) p. 411

decisiones de cobertura; ya sean culturales, técnicos, político o sociales¹⁷⁴. Esto en definitiva quiere decir que reconocer que el racionamiento es inevitable nos lleva a volverlo mucho más transparente y equitativo.

De acuerdo a lo ya expuesto, es determinante que este procedimiento opere efectivamente, sin embargo, no podemos olvidar que siempre va estar la posibilidad de que aquellos que cuestionan a la administración -por ser afectados con sus decisiones- no queden satisfechos con la respuesta y justificación ofrecida por esta. Y es que parece que es inevitable que el racionamiento explícito genere inestabilidad, pues el mismo es la principal evidencia de que este tipo de decisiones no se toman sólo con fundamento a consideraciones médicas o clínicas sino a otras de tipo: ético, social, político y cultural. Por ello, cuando una persona tiene esa sensación de que ha sido tratada de manera injusta, puede llevar su reclamo a juicio para que un juez determine si la administración cumplió o no con el debido proceso a la hora de racionar, y si la justificación ofrecida es razonable. A continuación se expondrá los planteamientos fundamentales de Keith Syrett (2007), quien considera que las cortes cumplen un rol crucial en las decisiones de racionamiento, y que la única forma de reducir la intromisión de la justicia en aquellas decisiones de la administración es cumpliendo con el debido proceso dentro de la institución -a la hora de determinar cómo distribuir recursos sanitarios y a quienes beneficiar con tales recursos-; así como ofreciendo mecanismos de solución de diferencias.

Este autor sostiene en su libro *“Law, legitimacy and the rationing of health care”* que la intervención judicial en el área del racionamiento de servicios sanitarios ha sido vista desde una perspectiva demasiado sesgada, la cual ha ignorado el gran potencial que tiene el uso de los instrumentos legales por parte de los jueces a la hora de controlar la toma de decisiones de los órganos públicos. La intervención judicial, en vez de ser indeseable, es completamente necesaria desde la perspectiva de Syrett (2007), siempre y cuando sea una intervención que ponga el acento en el procedimiento que se surtió dentro de la entidad pública y en la razonabilidad de las medidas. El lo llama “enfoque de procedimiento” o “justicia de procedimiento” que evalúa la “actuación razonable”. En otros términos, el autor aboga por una intervención en la cual los jueces entrarían a garantizar que el proceso de racionamiento haya sido transparente, equitativo, participativo, deliberativo y dado en el marco ético de “la actuación razonable”. Es decir, aquel proceso en el cual la administración motiva suficientemente su decisión, y ofrece varias instancias, para resolver disputas e inconformidades por medio de apelaciones que ofrecen la oportunidad de revisar las decisiones y proponer mejoras¹⁷⁵. Esto quiere decir que el autor no aboga por una intervención sustancial donde los jueces determinen la manera exacta de proteger un derecho, a quienes y hasta donde.

Lo anterior explicó la siguiente pregunta: ¿Qué tipo de intervención judicial es deseable en relación con las decisiones de racionamiento de prestaciones sanitarias? A continuación se explicará ¿Por qué Syrett (2007) considera que la intervención judicial es necesaria? o más bien ¿Por qué considera que la intervención judicial aporta enormes beneficios al proceso de racionamiento y priorización de

¹⁷⁴ Keith Syrett (2007)

¹⁷⁵ Keith Syrett (2007).

prestaciones sanitarias?

La principal razón es la siguiente: los jueces contribuyen a legitimar las decisiones de asignación de recursos tomadas por los órganos políticos. Esto en la medida en que el proceso judicial permite que se de una amplia deliberación entre la administración política, la sociedad civil y los jueces, respecto a las cuestiones más sensibles que involucra el proceso de racionamiento y priorización. Los procesos judiciales al exigir que los órganos políticos expliquen abiertamente que criterios justifican sus decisiones, suelen proporcionar información clave sobre la aceptabilidad y la razonabilidad de los mismos. En ese sentido, los jueces garantizan la transparencia y la rendición de cuentas en la toma de decisiones del sistema de salud; y promueven la justicia dialógica.

De modo que la función judicial lejos de obstruir la actividad política, puede ayudar a cualificar las políticas y los procesos de toma de decisión en materia de salud; creando espacios de diálogo entre los poderes, garantizando nuevas vías de participación¹⁷⁶

5. CONCLUSIONES

Los resultados de esta RL nos lleva a concluir lo siguiente:

- Hoy por hoy es obsoleto discutir, tanto si debe o no debe haber racionamiento de prestaciones sanitarias, como si debe o no debe haber intervención judicial en el campo de las políticas públicas, en especial, en aquellas políticas de racionamiento y priorización.
- Teniendo en cuenta que la exigibilidad de los derechos está sujeta a limitaciones presupuestarias, en la actualidad los procesos de racionamiento y priorización son necesarios e inevitables, razón por la cual la discusión se enfoca en cómo debe ser dicho racionamiento, y bajo qué criterios se deben limitar las prestaciones sin vulnerar el principio de justicia. Tal como se expuso, la mejor forma de racionar prestaciones sanitarias es haciéndolo mediante un procedimiento explícito, abierto y democrático; dentro del cual los funcionarios políticos y administrativos expresan sus razonamientos y justificaciones; y permitan a las partes afectadas cuestionar las mismas. Dicho procedimiento deberá cumplir con un enfoque de derechos, que tendrá como obligaciones mínimas: (i) la prohibición de restringir un servicio, medicamento o tratamiento médico de manera irrazonable; o implementarlo de manera discriminatoria. (ii) La protección reforzada de grupos sociales en situación de desigualdad estructural. (iii) El cumplimiento del debido proceso a la hora de organizar un servicio o gestionar un programa: “plazos razonables, información adecuada, espacios de participación a los usuarios, decisiones fundamentadas en los marcos legales, criterios objetivos y razonables, posibilidad de quejas o reclamos ante abusos o rechazos arbitrarios, adecuada notificación de las decisiones o trámites, etc”¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Abramovich y Pautassi (2009) p. 44

¹⁷⁷ Abramovich y Pautassi (2009), p. 2

Esto implica que el reconocimiento de derechos sociales, y en especial el reconocimiento del derecho a la salud como un derecho constitucional influye enormemente en la institucionalidad de las políticas de salud, acotando el margen de discrecionalidad, al punto que define un marco para “organizar el acceso, la prestación, la evaluación y control de los programas y servicios”¹⁷⁸. Lo anterior, nos lleva a afirmar lo siguiente: la aplicación de los principios del derecho es condición necesaria para que las decisiones de racionamiento y priorización sean legítimas. Ahora bien, en materia de DESC y en especial en materia de derecho a la salud, el orden jurídico es flexible, “pues el marco de derechos no impone cargas agobiantes al gobierno, pues las normas jurídicas no contienen recetas rígidas ni programas de acción acabados, sino sólo marcos, orientaciones generales, así como ciertas garantías mínimas de procedimiento”.

- En la actualidad la mayoría de democracias del mundo cuentan con un modelo particular de Estado, el Estado Social de Derecho; el cual aboga por la distribución de bienes básicos, el reconocimiento de un piso mínimo de igualdad, la inclusión de los tratados de derechos humanos en las constituciones, la constitucionalización del derecho, el perfeccionamiento de las garantías para que los titulares de derechos se defiendan ante limitaciones arbitrarias en el ejercicio de los mismos, el control recíproco entre los diferentes poderes, entre otros. Todas estas características o rasgos fundamentales del tipo de estado que rige a la mayoría de naciones del mundo han llevado a que hoy por hoy sea inevitable y necesario que haya justiciabilidad de las políticas sociales, y en especial de las políticas de salud (racionamiento y priorización). Por ello, la discusión actual gira entorno a qué tipo de modalidades de intervención judicial permitan una mejor articulación de los derechos con las políticas públicas, respetando el lugar del poder político.

Como se vio, el modelo de intervención judicial que permite una relación más dialógica y constructiva con las instituciones políticas (congreso y gobiernos) es aquel que profiere ordenes que contienen instrucciones generales para definir la política, un sistema de supervisión y un procedimiento de diálogo y concertación. Es decir, ordenes que: (i) ofrecen los elementos mínimos que debe tener la política o programa, dándole libertad al poder político para que decida qué curso de acción es el mejor, después de “ponderar el impacto de esas decisiones sobre todo el sistema y considerando la complejidad de intereses múltiples que se ponen en juego. (ii) Instauran un sistema de comando y control (supervisión) estableciendo metas y objetivos en un límite de tiempo determinado. (iii) Crean un mecanismo de diálogo y concertación para que se defina de manera participativa el tipo de política concreta que reparará los derechos afectados; dotando de mayor legitimidad social las decisiones.

¹⁷⁸ Abramovich y Pautassi (2009), p. 2

Ahora bien, el modelo de intervención judicial preciso que asegura que las decisiones de racionamiento y priorización sean aceptadas como justas y legítimas por la sociedad, es aquel que pone el acento en la justicia de procedimiento y en la actuación razonable. Es decir aquel en el cual los jueces verifican que se haya cumplido con el debido proceso, es decir que hayan sido observadas las condiciones de publicidad, relevancia, revisión y apelación; y regulación. Y lo más importante, aquel modelo en el cual el acceso al poder judicial opera como un mecanismo de participación y confrontación de entre la sociedad política y la sociedad civil.

Pero el hecho de que existan formas o modelos de intervención judicial más deseables que otros, en aras de lograr una verdadera acción estratégica entre las diferentes ramas del poder en pro de asegurar la vigencia de los DESC y del derecho a la salud; no implica que el modelo de sistema constitucional no le brinde a los jueces un amplio poder sobre el legislador y el gobierno. Todo lo contrario, al derivarse de las normas constitucionales una gran cantidad de obligaciones negativas y positivas que deben ser tenidas en cuenta por el poder político a la hora de crear y ejecutar sus programas, el juez, como interprete último de la constitución: “no sólo cuenta con la facultad de invalidar decisiones legislativas contrarias a las normas y principios constitucionales, sino que puede en aplicación directa de la constitución puede obligar al legislador y al gobierno a asegurar por vía de acciones positivas las directivas constitucionales”¹⁷⁹.

Esto quiere decir que cuando los canales institucionales tradicionales fallan, los jueces están invitados formalmente a ejercer mayor activismo, y a cumplir un nuevo rol dentro de la democracia. Este nuevo rol puede entenderse mucho mejor de la mano de Abramovich y Pautassi (2009):

“El acto de relacionar derechos con políticas y en especial con políticas sociales, abre la puerta para una mayor intervención judicial en la fiscalización de la acción del gobierno y autoriza que personas y organizaciones sociales puedan cuestionar, impugnar, y pedir en los tribunales cambios en esas políticas al confrontarlas con ciertos marcos jurídicos constitucionales. Por lo tanto, el escenario de decisión sobre las políticas sociales se hace más complejo, y autoriza la acción de jugadores nuevos, que suelen actuar con lógicas y discursos habitualmente desconocidos y, en ocasiones, desconcertantes para los jugadores tradicionales”¹⁸⁰.

Ahora bien, el hecho de que los jueces tengan la facultad de intervenir de varias formas, dado el caso concreto, no implica que los mismos no deban entender que todos los derechos tienen costos de oportunidad, y que por ende, cuando se exige un derecho se debe desistir de otros derechos¹⁸¹. Este es el verdadero desafío que enfrenta el poder judicial, el de tener conciencia de los costos de los derechos a la hora de exigir que se garanticen los mismos. Es decir que el poder judicial está obligado a prestar atención a la gran variedad de demandas rivales que compiten por atención del Estado. El poder judicial esta obligado a pensar en los posibles usos alternativos del dinero; “puesto que la ley confía a los jueces la tarea de proteger derechos costosos, los estudios de la jurisprudencia no pueden

¹⁷⁹ Abramovich y Pautassi (2009) p. 5

¹⁸⁰ Abramovich y Pautassi (2009) p. 8-9

¹⁸¹ Holmes y Sunstein (2011) p. 245.

ignorar su costo”¹⁸². Es por ello que “un desafío importante y serio para toda reforma institucional es definir cómo los jueces pueden mantener su independencia y a la vez aceptar una mayor responsabilidad hacia el fisco”¹⁸³.

Para cumplir con este nuevo desafío se ha propuesto: 1) Capacitar a los jueces 2) Crear un jurisdicción especial y 3) Composición mixta: es decir que los jueces juzguen acompañados de profesionales en economía de la salud. Sin embargo, todas estas propuestas deben ser revisadas con cuidado, ya que la implementación de las mismas es igualmente costosa.

- Realmente es erróneo pensar que las estrategias políticas y las estrategias legales constituyen mundos aparte. Ambas estrategias son complementarias y necesitan del trabajo en equipo para atender las necesidades en materia de DESC. Además, es viable afirmar que los reclamos. En este punto se comparte la postura de Victor Abramovich (2007) quien afirma que:
“En principio, toda estrategia de reclamo de derechos, en especial en casos que expresan conflictos colectivos o situaciones de intereses individuales homogéneas, tiene un claro sentido político. Además, en el marco de las acciones de exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales, una clave de éxito es la posibilidad de articular los diferentes campos, de modo que la resolución del caso legal contribuya a transformar las deficiencias institucionales, las políticas de Estado o las situaciones sociales que están en la raíz del conflicto. Por lo general, las estrategias legales exitosas resultan ser aquellas que van acompañadas de la movilización y el activismo en el ámbito público de los protagonistas del conflicto real que subyace y sostiene el proceso. En ocasiones, las vías legales vienen a resguardar o a hacer efectivas las “conquistas” obtenidas en el plano político (...) De este modo, en un sistema institucional con fuertes falencias no son definitivos ni los triunfos judiciales en materia de derechos sociales ni los triunfos políticos, y obtenerlos obliga a utilizar todas las vías de reclamo y acción posibles” (Abramovich, 2004; 21 – 74).

¹⁸² Holmes y Sunstein (2011) p. 245-246

¹⁸³ Holmes y Sunstein (2011) p. 245-246

6. BIBLIOGRAFÍA:

Abramovich, V., Pautassi, L. (2009). *La revisión judicial de las políticas sociales: Estudio de casos*. Editores del Puerto

Alston, P. (1982). A third generation of solidarity rights: progressive development or Obfuscation of International Human Rights Law?. *Netherlands International Law Review*, 29(03), 307-322.

Alston, P., & Quinn, G. (1987). The nature and scope of states parties' obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Quarterly*, 9(2), 156-229.

Arnold, R., Martínez Estay, J. I., & Zúñiga Urbina, F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios constitucionales*, 10(1), 65-116.

Bloche, M. G. (2003). The invention of health law. *California Law Review*, 247-322.

Bollyky, Thomas (2002): "R IF C > P +B: A paradigm for Judicial Remedies of Socio-Economic Rights Violations", *South African Journal of Human Rights*, vol. 18: p. 161.

Brems, E. (2001). *Human rights: Universality and diversity* (Vol. 66). Martinus Nijhoff Publishers.

Christiansen, E. C. (2006). Adjudicating non-justiciable rights: Socio-economic rights and the South African constitutional court. *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 38, 321.

Cranston, M., & Raphael, D. D. (1967). *Human rights, real and supposed*.

Courtis, C. (2007). La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos. *La protección judicial de los derechos sociales*, 117.

Courtis, C., & Abramovich, V. (2014). Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales.

Cottrell, J., & Ghai, Y. (2004). The role of the courts in the protection of economic, social and cultural rights. *Economic, Social and Cultural Rights in practise*. London: *Interreights*.

De Villiers, B., Van Dyk, D., Dugard, J., De Villiers, B., & Davis, D. (1995). Rights And Constitutionalism. *Rights And Constitutionalism*.

Eide, A. (1989). Realization of social and economic rights and the minimum threshold approach. *Human Rights Law Journal*, 10(1-2), 35-51.

Eide, A. (1992). National Sovereignty and International efforts to realize human rights. *Human Rights in Perspective: A Global Assessment*, 3-29.

Figuroa, G. H. (2009). Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: discusión teórica. *Revista chilena de derecho*, 36(3), 587-620.

Figuroa G. H. (2009). Justificación del rol de las cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la protección de la salud. *Revista chilena de derecho*, 36(2), 313-342.

Fried, C. (1978). *Right and wrong* (Vol. 153). Harvard University Press.

Giedion, U. Muñoz AL, Avila A (2012)“Series de notas técnicas sobre procesos de priorización de salud Introducción a la Serie de Priorización Explícita en Salud” Banco Interamericano de Desarrollo BID.

Guerrero, R., & Bossert, T. (2011). Proesa.

Gutierrez, C., & Urrutia, J. (2012) Hacia un Sistema de Priorización en salud para Colombia. *La Salud en Colombia*.

Holmes, S., & Sunstein, C. R. (2000). *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. WW Norton & Company.

Hunt, P. (1993). Reclaiming economic, social and cultural rights. *Waikato L. Rev.*, 1, 141.

James, R., & Longley, D. (1995). Judicial review and tragic choices:" Ex Parte B". *Public law*, (3), 367-373.

Klare, K. E. (1998). Legal culture and transformative constitutionalism. *S. Afr. J. on Hum. Rts.*, 14, 146.

Kelley, D. (1998). *A life of one's own: Individual rights and the welfare state*. Cato Institute.

Kende, Mark (2003): “The South African Constitutional Court’s Embrace of Socio-Economic Rights: A Comparative Perspective”, *Chapman Law Review*, vol. 6: p. 137.

Marlasca, A. (2009). El derecho a la salud y el racionamiento en los servicios de salud. *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*.

Melish, T. J. (2002). Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims.

Mureinik, Etienne (1992): “Beyond a Charter of Luxuries: Economic Rights in the Constitution”, *South African Journal of Human Rights*, vol. 8: pp. 464-474.

Parkin, A. Allocating Health Care Resources in an Imperfect World’(1995). *MLR*, 58, 867.

Pérez, J. C. H. (2014). El juez constitucional: un actor de las políticas públicas. *Revista de Economía Institucional*, 15(29).

Pieterse, M. (2007). Health care rights, resources and rationing. *South African Law Journal*, 124(3), 514-536.

Pieterse, Marius (2007): “Health Care Rights, Resources and Rationing”, *South African Law Journal*, vol. 124: pp. 514-563.

Plant, R. (2003). Social and economic rights revisited. *King's Law Journal*, 14(1), 1-20.

Pieterse, Marius (2004): “Coming to Terms with Judicial Enforcement of Socio-Economic

Rights”, *South African Journal of Human Rights*, vol. 20: pp. 383-417.

Quinche y Rivera (2010). El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos. *Vniversitas*, 59(121),

Ramírez, J. C., & De Roux, C. V. (Ed.). (2005). *Derechos económicos, sociales y culturales, política pública y justiciabilidad* (Vol. 4). United Nations Publications

Rossi, J., & Filippini, L. (2010). El derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales. *Derechos sociales: Justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre-Universidad de Los Andes.

Scott, C., & Macklem, P. (1992). Constitutional ropes of sand or justiciable guarantees? Social rights in a new South African constitution. *University of Pennsylvania Law Review*, 141(1), 1-148.

Shue, H. (1980). Basic Rights: Substance. *Affluence, and US Foreign Policy* (Princeton, NJ, 1980), 23.

Sunstein, C. (1993). Against positive rights. *E. Eur. Const. Rev.*, 2, 35.

Syrett, Keith (2005): “Deference or Deliberation: Rethinking the Judicial Role in the Allocation of Healthcare Resources”, en *Medicine and Law*, vol. 24: pp. 309-322.

Syrett, K. (2007). *Law, legitimacy and the rationing of health care: A contextual and comparative perspective* (Vol. 6). Cambridge University Press.

Türk, D. (1992). *The realization of economic, social and cultural rights*. UN.

Tushnet, M. (2003). Social welfare rights and the forms of judicial review. *Tex. L. Rev.*

Van Hoof, G. J. (1984). The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views. *The right to food*, 97, 106-107.

Vierdag, E. W. (1978). The legal nature of the rights granted by the international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Netherlands Yearbook of International Law*, 9, 69-105.

Zúñiga-Fajuri, A. (2011). Teorías de la justicia distributiva: una fundamentación moral del derecho a la protección de la salud. *Convergencia*, 18(55), 191-211.

Acerca de PROESA

PROESA es un centro de estudios en economía de la salud fundado por la Universidad Icesi y la Fundación Valle del Lili. Hace investigación de alta calidad y genera evidencia relevante para la orientación de las políticas públicas en protección social y economía de la salud a nivel nacional e internacional.



Calle 18 No - 122-135, Universidad Icesi - Casa Rocha
Teléfono: +57(2) 321-20-92
Cali - Colombia
www.icesi.edu.co/proesa/