

**LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS  
SOCIALES EN LA ENCRUCIJADA ENTRE LAS EXIGENCIAS  
DE LA DEMOCRACIA Y LAS DEMANDAS DE LA JUSTICIA  
DISTRIBUTIVA**

**THE CONSTITUTIONAL PROTECTION OF SOCIAL RIGHTS AT THE  
CROSSROADS BETWEEN THE REQUIREMENTS OF DEMOCRACY  
AND THE DEMANDS OF DISTRIBUTIVE JUSTICE**



**Leticia Morales**

PhD em direito na Universitat Pompeu Fabra (Barcelona).

Pesquisadora associada da Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina)

Pesquisadora de pós-doc da McGill University (Canada))

[leticia.morales@mcgill.ca](mailto:leticia.morales@mcgill.ca)

Currículo: <http://mcgill.academia.edu/LeticiaMorales>



## **RESUMEN** |

La constitucionalización de los derechos sociales se sitúa en la encrucijada entre las exigencias de la democracia y las demandas de la justicia distributiva, dos cuestiones fundamentales de la filosofía política contemporánea cuya conexión ha sido indebidamente ignorada. En este trabajo se sostiene que estas dos importantes cuestiones están relacionadas y que, por lo tanto, es posible que surjan conflictos entre ellas. En particular, la protección robusta de los derechos sociales debe dar cuenta de las objeciones contrademocráticas que pesan de manera especial sobre el control judicial de constitucionalidad de las exigencias de la justicia distributiva.

## **PALABRAS-CLAVE** |

Derechos Sociales. Democracia. Justicia Distributiva. Protección Constitucional. Control Judicial.

## **ABSTRACT** |

*The constitutional protection of social rights is situated at the crossroads between the requirements of democracy and the demands of distributive justice, two leading issues in the contemporary political philosophy whose connection has been unduly neglected. In this paper I maintain that more attention must be given to the interaction of these two fundamental issues, especially where conflicts emerge. In particular, the robust protection of social right should be responsive to counter-democratic objections against the judicial review of requirements of distributive justice.*

## **KEYWORDS** |

Social Rights. Democracy. Distributive Justice. Constitutional Protection. Judicial Review.

## **SUMARIO** |

1. Introducción. 2. Las relaciones entre democracia y justicia distributiva. 3. Objeciones contra las cartas de derechos fundamentales en general. 3.1. La objeción contra la rigidez constitucional y el atrincheramiento de derechos . 3.2. La objeción contra el control judicial de constitucionalidad. 4. Las objeciones contra la constitucionalización de los derechos sociales.

4.1. La cuestión de la competencia judicial como argumento contrademocrático contra los derechos sociales constitucionales. 4.2. La cuestión de la legitimidad de los jueces respecto de los derechos sociales constitucionales. 5. Conclusiones. Referencias

## 1. INTRODUCCIÓN

Hace 60 años la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la cual se incluyó la categoría de los denominados *derechos sociales*.<sup>1</sup> Tales derechos, sin embargo, ya habían sido incorporados en documentos anteriores, considerados “avanzados” para la época.<sup>2</sup> Asimismo, en las constituciones de muchos Estados se han incluido derechos con contenido social, los cuales aparecen ahora junto a los primigenios civiles y políticos.<sup>3</sup>

No obstante el reinado a escala mundial y la vocación de universalidad de la consagración de tales derechos, así como la jerarquía normativa de los instrumentos que los enuncian, no existe consenso acerca del significado ni de las consecuencias que ella trae o debería traer aparejadas. No sólo subsisten grandes dificultades con relación a la eficacia de su implementación y de su eventual ejecutoriedad, sino que su alcance, e incluso su existencia misma, no dejan de suscitar perplejidad y cuestionamiento.

Ello se debe, en gran medida, a que la protección de las necesidades fundamentales de contenido social exige, en general, un funcionamiento activo del Estado a través de la prestación de servicios sociales y económicos por parte de sus instituciones políticas y, por ende, la asignación de recursos,

---

1. Los derechos sociales son aquellos que garantizan a todos los individuos sin distinción de nacionalidad, sexo, edad, etnia o clase social, el acceso a los medios materiales necesarios para llevar una vida decente y se refieren a cuestiones tan básicas como la alimentación y el agua, la vivienda, la sanidad, la educación y el trabajo así como el salario dignos. Estos derechos procuran asegurar la igualdad y la libertad real, improbable cuando las personas están limitadas por sus condiciones materiales de existencia (artículos 23-27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

2. El origen de la constitucionalización de algunos de los derechos sociales es previo a 1948. Los principales antecedentes del Estado social de derecho se encuentran en la Constitución de la República de Weimar de 1919, en la Constitución de México de 1917, y en la política del *New Deal* llevada adelante por el presidente de los Estados Unidos de Norteamérica Theodore Roosevelt, luego de la crisis de 1929.

3. En la mayoría de los Estados europeos su inclusión en las constituciones se gestó después de la II Guerra Mundial, y en las constituciones de América Latina desde la década del '60.

cuestión que se cristaliza, en última instancia, en la interrogación acerca del diseño institucional con el que ha de organizarse una sociedad, de su justicia y de su legitimidad. De ahí que el problema acerca de la justificación de los derechos sociales constituye un tema de debate y de renovado interés en la filosofía política contemporánea.

Así, algunos autores postulan la protección de esas necesidades a través de la institucionalización de derechos, y entre estos, se discute la cuestión de la jerarquía normativa que habría que acordarles a los mismos. Debe tenerse presente al respecto que, en ciertos sistemas jurídicos, los derechos sociales forman parte del núcleo constitucional de los derechos individuales, el cual ha sido tratado en el plano teórico con el concepto de “esfera de lo indecible”<sup>4</sup> o “coto vedado”.<sup>5</sup> Desde esta línea de pensamiento, la exigencia de resguardar dichos derechos fundamentales no negociables en una constitución rígida sería una condición necesaria de la democracia representativa.

Otros autores, en cambio, no están de acuerdo con este tipo de propuesta por considerarla, justamente, contraria a un régimen democrático. En efecto, desde una ideología democrática de corte liberal se ha sostenido que la existencia de un coto vedado conformado por derechos reconocidos a los individuos no parece plenamente compatible con el proceso de deliberación intrínseco al sistema democrático. Una variante radical de este argumento sostiene que la imposición de límites, aunque sean formales, al procedimiento democrático, debe ser producto de una determinada decisión, y como la regla de la mayoría es la única regla de decisión admitida, la constitución no puede ser rígida en absoluto.<sup>6</sup>

Como puede advertirse, tales problemas conducen a una de las cuestiones principales de la filosofía política contemporánea: la relativa al concepto y justificación de la democracia. Y, desde esta perspectiva se ha objetado que la constitucionalización de los derechos sociales entra en conflicto con la democracia.

---

4. FERRAJOLI, 2001.

5. GARZÓN, 1989, 1993, 1989, 1994: 115. Los derechos que integran el coto vedado “son aquellos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos, es decir, que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida”. GARZÓN, 1989: 209. Es decir, para GARZÓN quedarían comprendidos en este núcleo intangible, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales, pues estos no se diferencian sustancialmente de los primeros “sino que tienen la misma jerarquía”, y por lo tanto, deben ser incluidos en el coto vedado. Cf. GARZÓN, 1989: 210.

<sup>6</sup> Véase WALDRON, 2005: capítulo X.

A su vez, los principios que deberían gobernar la intervención del Estado o su abstención en la distribución de recursos, son materia de análisis de otra rama fundamental de la filosofía política contemporánea: la justicia distributiva. Esta incluye la pregunta por los derechos sociales, esto es, los derechos a la satisfacción de necesidades materiales, entre las cuales las más importantes son el derecho a una vivienda digna, el derecho a la salud, y el derecho a la educación básica.<sup>7</sup>

Desde esta otra perspectiva,<sup>8</sup> algunos autores postulan, a fin de dar adecuada cabida al respeto de la autonomía de las personas, concebida de manera estándar como la capacidad de diseñar, revisar y perseguir una concepción de lo bueno,<sup>9</sup> la necesidad de proteger esas necesidades a través de la institucionalización de derechos. Mientras otros, en cambio, han objetado que la constitucionalización de los derechos sociales entra en conflicto con los valores de libertad e igualdad.<sup>10</sup>

---

7. Se trata de tres derechos que todos los instrumentos jurídicos sobre derechos humanos mencionan como derechos sociales y económicos, o sea, respecto de los cuales no parecería haber duda de que forman parte de dicha clase. (Véanse, en especial, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Declaración Americana de Derechos Humanos).

8. En el presente trabajo me limito al marco de las doctrinas morales vinculadas al liberalismo político: sea, por un lado, la propuesta del denominado “liberalismo igualitarista” (o “distribucionista”), sostenida por autores como John RAWLS, Ronald DWORKIN, Carl WELLMAN y Cecile FABRE, entre otros, cuyas posiciones teóricas legitiman un papel activo del Estado, otorgan un lugar relevante al valor de la igualdad material a través de la distribución de recursos en el diseño de las instituciones políticas de nuestra sociedad e incluyen la defensa de los derechos sociales para la viabilidad de dicha distribución igualitaria (i.e., el acceso de todos los ciudadanos a los bienes esenciales o primarios), si bien con diferente alcance; sea, por el otro lado, la propuesta defendida por los denominados “neoliberales económicos” (o “libertarios”) como Milton FRIEDMAN, John HOSPERS, Friedrich HAYECK y Robert NOZICK, que basan sus teorías político-morales en derechos o libertades negativas, y propugnan un Estado mínimo (i.e., la no interferencia del Estado en la dinámica del mercado, y la no justificación de políticas distributivas) como el único modelo de Estado moralmente legítimo que no viola los derechos de nadie. Por lo tanto, excluyo las teorías morales críticas al liberalismo, las denominadas “concepciones adversas” (GEWIRTH, 1996), que cuestionan la concepción liberal de los derechos. En la actualidad, estas críticas radicales provienen principalmente de posiciones comunitaristas, de algunas corrientes feministas, en diversos grados, de autores republicanos y marxistas.

9. Cf. RAWLS, 1993: 72.

10. Por ejemplo, el liberalismo radical de NOZICK tiene su fundamento en la igualdad, concebida como una derivación del imperativo categórico kantiano que supone que todo individuo en la sociedad debe considerarse, y ser considerado, como un fin y no como un medio. La igualdad, así entendida, consiste en que todos por igual somos fines y no medios. Con fundamento en KANT, NOZICK advierte que todo individuo cuenta con el derecho natural a la propiedad de sí mismo (*self-ownership*) y, en consecuencia, posee derechos de propiedad absolutos sobre su persona. Cuando el individuo se inserta en la sociedad, el único camino para preservar el imperativo categórico es el de la propiedad privada y el mercado. Esto es, para este autor, el único criterio de justicia distributiva que respeta al individuo como fin en sí mismo, es la justicia que emana del libre intercambio (cf. NOZICK, 1974: 154-163). Asimismo, NOZICK concibe al Estado mínimo como la única fuente de justicia distributiva, cuestionando que sea éste el que *deba* satisfacer las necesidades que los derechos sociales tienen por objeto satisfacer.

Para esta última posición, la solución de los problemas que plantean las necesidades sociales debe dejarse a la cooperación voluntaria de las personas afectadas, a la caridad de los individuos, o bien al desarrollo del sistema económico, entre otras alternativas, pero en ningún caso debe ser el Estado el que intervenga para su satisfacción.

El problema de la constitucionalización de los derechos sociales se encuentra así en la encrucijada entre estas dos cuestiones fundamentales de la filosofía política contemporánea: la de la democracia y la de la justicia distributiva.<sup>11</sup> Desde ambas perspectivas se ha objetado (y también defendido) la constitucionalización de los derechos sociales, aunque, sorprendentemente, los desarrollos de cada una de estas disciplinas rara vez se conectan entre sí. Quienes se preocupan por las agudas discusiones sobre justicia distributiva no suelen señalar las consecuencias de sus argumentos para la cuestión de la democracia e, inversamente, la misma indiferencia caracteriza a los teóricos de la democracia respecto de la justicia distributiva.<sup>12</sup> La idea que parece subyacer a esta actitud, como observa Cécile Fabre, es que se trata de un conjunto de cuestiones independientes. En este trabajo, sin embargo, se sostiene que entre las exigencias de la democracia y las demandas de la justicia distributiva hay una relación y que, por lo tanto, es posible que surjan conflictos entre estos dos importantes conjuntos de requerimientos.

Una discusión pormenorizada de las dificultades involucradas en estas cuestiones que tienen como trasfondo el problema de la legitimidad de la democracia, me llevaría mucho más allá del objetivo de este trabajo.<sup>13</sup> Me limitaré, por lo tanto, en primer lugar a mencionar las posibles formas en que se relacionan la cuestión de la democracia y la cuestión de la justicia distributiva (2). Luego señalaré algunas de las aristas que presentan las objeciones elevadas contra las cartas de derechos fundamentales en general (3). Por un lado, la afirmación de que las cartas de derechos en tanto se encuentran incluidas en constituciones rígidas son contrademocráticas (en tanto se reduce significativamente el alcance de la toma de decisiones al disminuir o eliminar el proceso de deliberación democrático) y, por lo tanto, inaceptables (3.1).

---

11. Según este autor, "el Estado no puede usar su aparato coactivo con el propósito de hacer que algunos ciudadanos ayuden a otros o para prohibirle a la gente actividades para su propio bien o protección" (NOZICK, 1974: 7).

Cf. FABRE, 2000b: 2.

12. Véase FABRE, 2000b: 2.

13. Me he ocupado de analizar esta problemática en MORALES, 2014.

Por el otro lado, la objeción estándar elevada contra los derechos fundamentales constitucionales, esto es, que implican un déficit democrático en tanto que constitucionalizarlos significa confiar a los jueces, que no son representativos ni políticamente responsables, la tarea de protegerlos contra decisiones adversas de la mayoría democrática (3.2).<sup>14</sup>

Finalmente (4), me detendré en la consideración de dos problemas que derivados de las objeciones mencionadas en el apartado 3, se formulan específicamente con relación a los derechos sociales constitucionales, y que consisten en dos aspectos del problema del papel de los jueces: por un lado, la cuestión jurídica de la competencia (4.1); y, por el otro, la cuestión normativa de su legitimidad (4.2). Concluiré sosteniendo que las principales objeciones formuladas bajo los auspicios de la democracia contra la constitucionalización de los derechos sociales, como resultado de una cierta concepción de la justicia distributiva, no resultan ser convincentes.

## 2. LAS RELACIONES ENTRE DEMOCRACIA Y JUSTICIA DISTRIBUTIVA

Siguiendo parcialmente a Fabre, se puede decir que la democracia y la justicia distributiva están relacionadas y, en consecuencia, sus exigencias pueden colisionar, en cuatro formas. En primer lugar, podría no haber entre ellas una relación conceptual, sino normativa. La democracia entendida como regla de la mayoría y los principios de la justicia distributiva serían dos valores que, en caso de entrar en conflicto, deberían sopesarse para ver cuál valor se ha de sacrificar. En segundo lugar, podría ser que la justicia distributiva sea una “característica definitoria” del concepto de democracia. Un esquema institucional sólo contaría como democrático si distribuye los recursos en un modo justo. Si la mayoría democrática decidiera votar contra los principios de la justicia distributiva, podría decirse que la mayoría está equivocada sin que ello signifique que se incumple el compromiso hacia ambos valores, si bien, podría ser que se tuviera “que elegir entre un elemento de la democracia, la toma de decisiones por la regla de la mayoría, y otro, la justicia distributiva”. En consecuencia, las decisiones que resultaran de dicho procedimiento no tendrían legitimidad democrática; es decir, que las normas creadas por la mayoría en contra de, por caso, ciertos contenidos básicos de justicia social, no podrían ser consideradas democráticas. Por lo tanto, para el caso en que estas normas regulasen aspectos suficientemente

---

14. Puede verse una muy buena panorámica de todos los argumentos en BAYÓN, 2004.

15. Cf. FABRE, 2000b: 2-3 (la cuarta posibilidad no es mencionada por FABRE).

16. FABRE, 2000b: 3.



importantes recortando de manera significativa su alcance, no podría caracterizarse al régimen político en cuestión como un régimen legítimamente democrático en grado suficiente.<sup>17</sup>

En tercer lugar, podría ser que la justicia distributiva sea una “condición necesaria para la supervivencia y el funcionamiento de la democracia”, de modo que si lo que decide la mayoría democrática entrara en conflicto con los principios de la justicia distributiva, el esquema democrático continuaría existiendo en abstracto, pero dejaría de *funcionar* como tal.<sup>18</sup> En tal caso, habría que elegir entre la decisión de la mayoría sacrificando la existencia duradera de la democracia o mantener los principios de justicia sacrificando la toma de decisiones democrática. Por último, podría ser que la democracia sea una “condición necesaria de la justicia distributiva”, de manera tal que esta última sólo encontraría adecuada realización en un sistema democrático.<sup>19</sup> Esto es, para que las exigencias de justicia sean aplicables, los individuos deberían previamente encontrarse vinculados en un esquema democrático de asociación política. Bajo esta forma, la mayoría democrática y los principios de justicia distributiva no entrarían en disputa, sino que la no realización del valor de la democracia imposibilitaría que emerja el valor de la justicia.

Las relaciones entre la justicia distributiva y la democracia, entonces, incluyen tensiones de un tipo conocido, esto es, conflictos entre lo que exige la democracia y lo que exige la satisfacción de los derechos fundamentales.

### 3. OBJECIONES CONTRA LAS CARTAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN GENERAL

La controversia entre los derechos fundamentales y la democracia se plasma en varios aspectos del diseño institucional, destacándose los problemas relativos a la rigidez de la constitución y el atrincheramiento de los derechos (3.1), y al control judicial de constitucionalidad (3.2).<sup>20</sup>

17. Tal es la posición asumida en este trabajo. Véase un análisis extenso de este tipo de relación entre la democracia y la justicia distributiva en MORALES, 2014.

18. Cf. FABRE, 2000b: 3. Esta es la posición favorecida en FABRE, 2000b.

19. Véase SELEME, 2009.

20. Véase MARTÍ, 2006: 288. Para una clara y sintética exposición de los argumentos utilizados en favor y en contra de la rigidez constitucional y del control judicial de constitucional, véanse MARTÍ, 2006: 286-294; y ORUNESU, 2012: 190-206.

Estas y otras objeciones se han esgrimidos contra una carta de derechos fundamentales, de las que no es posible ocuparse por completo dentro del alcance de este trabajo. Me limitaré, pues, a examinar los dos problemas ya anunciados, que apuntan al corazón de los derechos constitucionales.

### 3.1. LA OBJECCIÓN CONTRA LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y EL ATRINCHERAMIENTO DE DERECHOS

El mecanismo de protección constitucional de ciertos derechos ha sido seriamente cuestionado desde una ideología democrática de corte liberal: la existencia de un coto vedado conformado por derechos reconocidos a los individuos no parece plenamente compatible con el debate democrático.

Este problema ha sido señalado, entre otros, por Jeremy Waldron<sup>21</sup> y James Allan<sup>22</sup>, quienes sostienen que si alguien pretende que los derechos individuales han de ser parte de una constitución rígida significa que piensa que su propia concepción de los derechos es mejor que la otras y, en consecuencia, ello cuenta como una razón para asegurar dicha formulación en la constitución de manera de dificultar su cambio.<sup>23</sup>

Esto trasluce una muestra de desconfianza hacia lo que otras personas podrían hacer con los derechos en el futuro. Para estos autores, el diseño institucional consistente en el atrincheramiento de los derechos en una constitución rígida debería rechazarse en la medida en que se apoya en una contradicción entre la constitucionalización de los derechos en nombre de la autonomía individual y lo que tal constitucionalización presupone, esto es, la falta de confianza respecto de los individuos. Según Waldron, si se asume que las personas son autónomas, que tienen dignidad, que son capaces de pensar y actuar moralmente y, por lo tanto, ser titulares de derechos, debería llevarnos a confiar en ellas como “titulares de responsabilidades políticas” así como convencernos de que aunque desacuerden con nuestras formulaciones sobre derechos no significa que sean “simplones o pícaros”,<sup>24</sup> o que nos dañarán cuando ejercitemos lo que consideramos nuestros derechos. En consecuencia, no deberíamos incapacitar las instituciones representativas a través del atrincheramiento de una particular concepción de los derechos en una constitución.<sup>25</sup>

---

21. Véase WALDRON, 1993 y 2005.

22. Véase ALLAN, 1996.

23. Cf. WALDRON 1993: 27.

24. WALDRON, 1993: 28. En el mismo sentido, ALLAN, 1996: 345.

25. Esta representa la posición primigenia de WALDRON, 1993, en contra de la adopción de una carta de derechos fundamentales. WALDRON afirmaba que una carta de derechos menoscabaría la

No obstante, como señala Fabre, no hay ninguna inconsistencia en reconocer, por un lado, capacidad moral a las personas para ser titulares de derechos y, por el otro lado, admitir su falibilidad moral, i.e., que muchas veces los individuos se comportan de manera deplorable.<sup>26</sup> Precisamente, “porque son seres morales es que nos horrorizamos por lo que hacen”.<sup>27</sup> De acuerdo con Fabre, se equivocan Waldron y Allan cuando afirman que deberíamos confiar en que la gente asumirá responsabilidades políticas y que no tratará de destruir los derechos de otros, puesto que decir que las personas son agentes morales, dignas de respeto y que, por lo tanto, tienen ciertos derechos, no implica que siempre respetarán los derechos de otros.<sup>28</sup> En coincidencia con los autores, se podría sostener que los individuos son agentes morales políticamente responsables cuya autonomía debe ser respetada y, a la vez, prever mecanismos jurídicos para el supuesto en que justamente esas personas pretendan lesionar la autonomía de otras violando sus derechos. Por consiguiente, no parece absurdo asegurar derechos en la constitución a fin de proteger los intereses de las personas contra posibles intentos de la mayoría de menoscabarlos.

El postulado de una esfera intangible que requiere la exclusión de algunos temas fundamentales de la negociación parlamentaria o de la votación ciudadana ha sido defendido extensamente. Según Ernesto Garzón, por ejemplo, desde el punto de vista jurídico positivo:

Los derechos incluidos en el coto vedado de los intereses universalizables o derechos humanos, no pueden ser objeto de recortes productos de negociaciones parlamentarias. Ellos constituyen el núcleo no negociable de una constitución democrático-liberal que propicie el Estado social de derecho. Para el coto vedado vale la prohibición de reforma y el mandato de adopción de medidas tendientes a su plena vigencia.<sup>29</sup>

---

legitimidad democrática porque destruiría la participación democrática (cf. WALDRON 1993: 46). En la misma línea véase ALLAN, 1996: 337, 345-351. Véase un análisis de las objeciones democráticas tradicionalmente elevadas contra el problema del atrincheramiento constitucional de derechos en constituciones rígidas en MARTI, 2006: 288-293; LINARES, 2008: 47-56. En la actualidad WALDRON, 2006 ya no sostiene que un régimen político que adopta una carta de derechos es menos democrático que uno que no lo hace.

26. Cf. FABRE, 2000b: 106. En sentido similar, véase CHRISTIANO, 2000: 536.

27. FABRE, 2000a: 91.

28. Cf. FABRE, 2000b: 106.

29. GARZÓN, 1993: 162.

En cambio, si lo que se pretende es dificultar la reforma de la carta constitucional de derechos por simple mayoría deberían adoptarse ciertos mecanismos institucionales tendientes a hacer efectiva esa dificultad.

Es habitual vincular la tesis del coto vedado con el compromiso respecto a la estructura institucional específica llamada *constitucionalismo*, nacido del modelo norteamericano. El constitucionalismo en su acepción restringida se caracteriza, de acuerdo con Bayón, por la conjunción de tres elementos esenciales:<sup>35</sup> el ya mencionado límite al poder político representado por los derechos fundamentales; la rigidez de la constitución, es decir, la previsión de un procedimiento de reforma de la constitución más exigente que el procedimiento legislativo ordinario que determina su superioridad jerárquica respecto a la ley y, por lo tanto, la indisponibilidad de los derechos básicos para el legislador; y el mecanismo del control judicial de constitucionalidad.

Este último, señala Bayón, aunque sería conceptualmente independiente de la idea de primacía constitucional, suele ser considerado, en la práctica, un instrumento necesario sin el cual aquélla carecería de garantías efectivas.<sup>36</sup> Si bien en la actualidad es más usual la utilización de una noción amplia de constitucionalismo de manera de calificar como estados constitucionales también aquellos sistemas jurídicos que presentan sólo alguno de los rasgos mencionados.<sup>37</sup>

Así, el diseño institucional requerido por la tesis del coto vedado es pensado como aquél que resulta de la combinación de estas piezas elementales: la primacía de una constitución rígida que incluya un catálogo de derechos básicos indisponibles para el legislador y la existencia de un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación ordinaria. La siguiente objeción elevada contra el diseño institucional señalado apunta, pues, a esta segunda pieza fundamental.

---

35. Cf. BAYÓN, 2004: 3.

36. Cf. BAYÓN, 2004: 69. Véase también LAPORTA, 2001: 461 quien con apoyo en NINO, 1992 destaca la apariencia de la fuerza del argumento que sostiene necesariamente la exigencia de un control judicial como garantía de la supremacía de la constitución.

37. Por ejemplo, Holanda (con una declaración de derechos pero sin control jurisdiccional de constitucionalidad), o Australia (con una constitución rígida que no incluye declaración de derechos). Véase BAYÓN 2004: 69, nota 4.

### 3.2. LA OBJECCIÓN CONTRA EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

Esta segunda objeción se dirige contra la intervención de los jueces en la adjudicación de derechos, es decir, cuestiona porqué se debería confiar en ellos para proteger los derechos antes que en órgano representativo, esto es, la legislatura. En otras palabras, se objeta la legitimidad democrática del control jurisdiccional de constitucionalidad porque dejar librado al poder judicial el resguardo del coto vedado y, por lo tanto, el control del dictado de leyes que cuentan con un consenso social generalizado, importaría sujetarse a la decisión de órganos contramayoritarios, que no son representativos ni políticamente responsables respecto del contenido de los derechos fundamentales.<sup>38</sup>

Esta crítica comparte el presupuesto de la que se dirige a objetar la carta de derechos, es decir, que la democracia implicaría necesariamente una igual consideración y sensibilidad a los intereses de cada uno de los miembros de la sociedad y toma de decisiones que les afectan. Si se admite que el poder judicial interprete el contenido de los derechos constitucionales que representan la voluntad popular o revoque decisiones tomadas por las mayorías se estaría violando el principio democrático de igual consideración de los intereses de cada uno.

La crítica mayoritaria al control robusto de constitucionalidad, de acuerdo con Víctor Ferreres, surge frente a la conjunción de tres elementos: la diferencia en el grado de legitimidad representativa de los jueces en comparación con los legisladores, la falta de determinación de las disposiciones constitucionales, y la rigidez de las constituciones.<sup>39</sup> Siguiendo a este autor, se suele señalar, por un lado, la menor legitimidad de origen de los jueces constitucionales en relación con los miembros electos para la representación de la ciudadanía en la legislatura. Por el otro lado, se destaca el carácter abstracto e indeterminado de los términos con los que se formulan las disposiciones en las cartas de derechos. Esto haría especialmente discrecional la tarea de interpretación constitucional realizada por los jueces, quienes serían los que establecerían el significado último de los términos comprendidos en las disposiciones constitucionales.

---

**38.** Como es habitual notar, la literatura académica sobre el control de constitucionalidad es enorme, tanto de parte de quienes presentan argumentos a favor como en contra. BICKEL, 1962: 16-18 caracterizó célebramente este problema como "la dificultad contramayoritaria" y se suele adoptar como punto de partida de la discusión nacida en el ámbito anglosajón, posteriormente extendida al ámbito hispanoamericano. Sobre la dificultad contramayoritaria, véanse GARGARELLA, 1996; FERRERES, 1997, 2000; y LINARES, 2008.

**39.** Cf. FERRERES, 1997: 42-46.

Finalmente, el cuadro se completa con la dificultad que encontraría la mayoría legislativa para contrarrestar el juicio adverso mediante la reforma del texto dado el grado de rigidez presente en este modelo constitucional. La consecuencia de la unión de estos tres factores, según Bayón, desencadenaría que el control robusto de constitucionalidad tendría un efecto contramayoritario específico.<sup>40</sup>

En los últimos años Jeremy Waldron se ha opuesto enfáticamente al mecanismo del control robusto de constitucionalidad de los derechos fundamentales desde una posición de defensa de la legitimidad democrática de la asamblea representativa.<sup>41</sup> Más recientemente, ha precisado su posición procurando identificar un “argumento nuclear contra el control judicial”, con independencia de sus manifestaciones históricas en un país determinado y de los problemas sobre los efectos de las decisiones en los casos particulares.<sup>42</sup> El objetivo de Waldron se dirige únicamente contra el control robusto de constitucionalidad de las leyes promulgadas por la legislatura electa en una comunidad.<sup>43</sup> Esto es, para el autor, sistemas en los que un tribunal judicial tiene “la autoridad para rechazar la aplicación de una ley en un caso particular [...] o para modificar los efectos de una ley para hacer su aplicación conforme con los derechos individuales (en una manera en que la propia ley no prevé)”.<sup>44</sup> Waldron caracteriza el control de constitucionalidad de la ley como robusto cuando las decisiones judiciales relativas a la conformidad o no de una ley con las cláusulas constitucionales “tienen efectos jurídicos inmediatos”.<sup>45</sup>

El autor se propuso identificar, entonces, los “casos centrales” (*core cases*) en los que la objeción al control de constitucionalidad es completamente aplicable, y distinguirlos de otros casos, los “casos no centrales” (*non-core cases*) o periféricos, en los que “el control judicial podría considerarse apropiado como una disposición anómala para tratar con patologías especiales”.<sup>46</sup>

---

40. Cf. BAYÓN, 2004: 73.

41. Véase WALDRON, 2005: 10-17, 211-312. Véase también WALDRON, 1993; 1998.

42. Véase WALDRON, 2006. Según este autor, “lo que se necesita es alguna comprensión general, no contaminada por las preocupaciones culturales, históricas y políticas de cada sociedad” (WALDRON, 2006: 1352). No obstante, el autor aclara que su argumento en contra del control judicial no es incondicional sino que está sujeto a ciertos rasgos institucionales y políticos que atribuye a las democracias liberales modernas (cf. WALDRON, 2006: 1353).

43. Cf. WALDRON, 2006: 1354.

44. WALDRON, 2006: 1354.

45. WALDRON, 2006: 1354-1357.

46. WALDRON, 2006: 1359.

Su argumento contra el control de constitucionalidad entonces es condicional a la existencia de las siguientes cuatro presunciones en una sociedad democrática contemporánea:<sup>47</sup>

- 1) hay instituciones democráticas que funcionan razonablemente bien, respetando los valores procedimentales de deliberación responsable y de igualdad política, plasmados a través de una legislatura representativa, elecciones políticas periódicas, y mecanismos que garantizan el debate en las instituciones políticas y en la sociedad;
- 2) hay instituciones judiciales, políticamente independientes, que también funcionan bien de manera razonable, y cuya finalidad es resolver los conflictos individuales aplicando el derecho, y autorizadas a controlar la legalidad y la constitucionalidad de los actos del poder ejecutivo, en las que sus miembros no son ni democráticamente elegidos, ni políticamente responsables por sus decisiones;
- 3) la mayoría de la sociedad está fuerte y seriamente comprometida con la idea del respeto a los derechos humanos individuales y de las minorías y, con esa finalidad, se ha dotado de una carta o declaración de derechos, dejando claro que existe una distinción tanto a nivel cultural como institucional entre asumir un compromiso fuerte con los derechos y la necesidad de que tal consenso se vea protegido por algún mecanismo institucional específico; y por último,
- 4) existen desacuerdos sustantivos sinceros y razonables sobre el contenido y alcance de los derechos, incluso respecto del propio núcleo de cada uno, que involucran cuestiones de filosofía política y moral con consecuencias fundamentales en la vida de mucha gente. Este es un punto crucial en la caracterización de Waldron que tiene particular vinculación con la condición enunciada en tercer lugar. El hecho de que la mayoría de las personas estén comprometidas con el respeto a los derechos fundamentales no impide que surjan conflictos sobre qué significa en realidad estar comprometidos con los derechos y qué se deriva de tal compromiso.

---

47. Cf. WALDRON, 2006: 1359-1369.

En sociedades con estas características, argumenta Waldron, donde existe un compromiso con los derechos pero se discrepa sobre los mismos y, a la vez, es necesario adoptar decisiones que faciliten la acción colectiva, el foro legislativo es el apropiado para tomar tales decisiones con carácter dispositivo. La legitimidad de un procedimiento de decisiones es para Waldron la respuesta al problema de los desacuerdos morales y políticos, y no la justificación por los méritos de ciertas decisiones que determinado procedimiento pueda arrojar.<sup>48</sup> No obstante la importancia de las razones referidas a la consecución de los mejores resultados, estas no lograrían según Waldron volcar la balanza a favor del control judicial sino que, en el mejor de los casos, equilibrarían las posiciones de ambas instituciones.<sup>49</sup>

En cambio, las razones a favor del valor del procedimiento democrático de toma de decisiones, dice el autor, “operan principalmente en descrédito del control judicial mientras dejan indemne la toma de decisiones legislativa”.<sup>50</sup> Permitir que los tribunales judiciales examinen las cuestiones controvertidas sobre derechos y controlen las decisiones que al respecto la legislatura adopta, dotando de efectos inmediatos a sus resoluciones, significa para Waldron una grave afectación a los requisitos de la legitimidad política en tanto que importantes valores políticos estarían en juego. Porque, continúa su razonamiento, “privilegiar el voto de la mayoría entre un pequeño número de jueces no electos y no responsables, priva del derecho de representación a los ciudadanos ordinarios y desdeña principios apreciados de representación e igualdad política en la resolución final de las cuestiones sobre derechos”.<sup>51</sup>

En este punto es importante recordar las características específicas y diferenciales que tienen el proceso de creación de normas y el proceso de su aplicación. Mientras que los jueces deben decidir sobre casos particulares, la legislatura debe deliberar en términos generales. Además, la exigencia de justificación expresa de las decisiones judiciales reviste a la función jurisdiccional de una nota particular que está ausente en la función legislativa.

---

48. Cf. WALDRON, 2006: 1371.

49. Cf. WALDRON, 2006: 1386, 1393. Como razones orientadas a los resultados a favor del control judicial de constitucionalidad, WALDRON menciona y critica el argumento de que los jueces están mejor preparados para tratar y resolver los casos particulares con trascendencia moral; el argumento de que una carta de derechos requiere que los jueces resuelvan los conflictos que se presentan entre formulaciones abstractas de derechos; y el argumento de que dado que los jueces están obligados a fundamentar sus sentencias ofrecen razones para sus decisiones (véase WALDRON, 2006: 1376-1386).

50. WALDRON, 2006: 1375.

51. WALDRON, 2006: 1353.

52. Cf. ORUNESU, 2012: 193.



Al sostenerse esta objeción, parecería olvidarse que los jueces, incluidos los jueces constitucionales, están sujetos a reglas estrictas de razonamiento y fundamentación. Sus decisiones, que deben estar justificadas, están constreñidas por decisiones previas y, en este sentido, se hallan bajo mayores exigencias que los legisladores. Podría ser que los jueces constitucionales tengan mayor libertad de acción que otros jueces, pero esto no implica que puedan hacer cualquier cosa que quieran con la constitución. Como tampoco significa que como resultado de su intervención la mayoría democrática pierda tanto poder que haga totalmente indeseable una carta de derechos. Para rechazarla sobre estas bases, de acuerdo con Fabre, se tendría que mostrar que la democracia tiene preeminencia sobre los derechos que protegen la autonomía.<sup>53</sup>

No obstante que se conceda que el control judicial de constitucionalidad funciona correctamente, se podría todavía objetar su incompatibilidad con los ideales democráticos porque serían los jueces quienes establecerían el contenido y alcance de los derechos a través de la tarea de interpretación. Quienes sostienen esta postura, parecen presuponer que los jueces tienen discrecionalidad para decidir si una norma es compatible o no con la constitución, y que las normas constitucionales, debido a que son formuladas en términos mayormente vagos, abstractos y valorativamente cargados, no establecen por sí ninguna respuesta clara sobre la constitucionalidad de una norma o acto, lo cual equivale a asumir una determinada concepción de la interpretación.

Pero como señala Orunesu, la objeción contramayoritaria no parece viable, sea que se presuponga una concepción de la indeterminación enmarcada en la teoría de la indeterminación radical, según la cual los textos constitucionales no brindarían ninguna pauta ya que la atribución de significado sería un acto de pura decisión, en este caso, del juez; sea que se asuma la tesis de la única respuesta correcta como teoría interpretativa, según la cual siempre es posible encontrar una interpretación unívoca en los textos constitucionales, y el juez sólo se limita a su tarea cognoscitiva.<sup>54</sup> En el primer caso, porque dado que la teoría de la indeterminación radical no puede ofrecer una reconstrucción satisfactoria de cómo funciona el derecho debido a que es incapaz de dar cuenta del seguimiento de reglas, sólo podría ser entendida como una crítica al funcionamiento del derecho en general.<sup>55</sup>

---

53. Cf. FABRE, 2000a: 92.

54. Cf. ORUNESU, 2012: 194-195.

55. Cf. ORUNESU, 2012: 195 y capítulo 1.

En el segundo caso, presuponer la tesis de la única respuesta correcta vuelve insostenible la objeción de la dictadura de los jueces porque en ese caso la brecha interpretativa constituye un sinsentido. La salida para el crítico sería presuponer la tesis de la indeterminación parcial, según la cual habrá casos claros y casos problemáticos de interpretación de las normas constitucionales. De acuerdo con Orunesu:

En los casos claros no existiría brecha interpretativa y los jueces sólo deberían controlar que se respeten los límites fijados por la constitución para ciertos derechos básicos, por lo que la objeción de la dictadura de la magistratura no resultaría plausible. Pero en los casos problemáticos los jueces sí tendrían discrecionalidad. De manera que el alcance de la objeción contramayoritaria desde este presupuesto se reduciría básicamente a los supuestos en los que la constitución resulta indeterminada.<sup>56</sup>

Se podría querer reducir la discrecionalidad del órgano de control optando por una constitución de detalle, pero todavía sería necesaria la intervención judicial a fin de remediar los errores o impresiones que surgen del nivel de generalidad en que las legislaturas deliberan.

En cuanto se refiere a la insuficiente representatividad de los tribunales constitucionales comparado con la legislatura, se podrían implementar mecanismos de selección de los jueces de modo de dotarlos de mayor legitimidad democrática. De todas maneras, ese es un problema conceptualmente diferente de la cuestión de si los tribunales constitucionales deben tener la potestad de declarar la invalidez de una norma por inconstitucional, o no.<sup>57</sup> En cuanto a los efectos de las decisiones judiciales, el hecho de que las declaraciones de inconstitucionalidad tengan carácter *erga omnes* es contingente. En los sistemas que se adopta este tipo de declaración de invalidez, se estará preservando la seguridad jurídica, con lo cual los individuos que se encuentren en situaciones semejantes recibirían un trato igualitario, y así se preservaría el principio de la igual consideración y respeto en el plano de la aplicación de las normas.

---

56. ORUNESU, 2012: 198.

57. Cf. ORUNESU, 2012.

#### 4. LAS OBJECIONES CONTRA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Sostener la conveniencia de la constitucionalización de los derechos individuales que protegen la autonomía, entre los cuales se encuentran los derechos sociales y económicos, es susceptible de una crítica que suele estimarse obvia: aun cuando se admita que los derechos sociales y económicos, junto con los derechos civiles y políticos, protegen la autonomía, se afirma que habría diferencias conceptuales irreductibles entre ambas categorías de derechos, de modo tal que se cuestiona la constitucionalización de los primeros, mientras se acepta la de los segundos.

Clásicamente se ha caracterizado a los derechos sociales y económicos como positivos (derecho a la provisión de algún bien o servicio), en oposición a los derechos civiles y políticos, a los que se ha considerado típicamente negativos (derechos a la no interferencia). Estos generarían solamente obligaciones negativas o de abstención, mientras que los primeros implicarían obligaciones positivas o de hacer, con lo cual se requiere que el Estado necesariamente destine recursos públicos para satisfacerlos.

La distinción conceptual entre derechos positivos y negativos posee valor teórico, si bien no para discriminar entre derechos sociales y económicos por un lado, y derechos civiles y políticos por el otro lado.<sup>58</sup> En efecto, los derechos sociales y económicos, al igual que los civiles y políticos, pueden comprender tanto derechos que impongan deberes positivos como deberes negativos. Así, el derecho a la libertad de expresión, por caso, comprende tanto la exigencia de que se imponga sobre los demás un deber de no censura, como la exigencia de acciones estatales positivas tendientes a asegurar su ejercicio. Igualmente, el derecho a la vivienda, no sólo comprende la exigencia a dar una vivienda a quien se encuentra en una situación de necesidad, sino también la exigencia de que no se impida realizar las medidas tendientes a obtenerla.

Es decir, la distinta “materia” que tales derechos regulan –esto es, civil o política en un caso y social o económica en el otro– no da lugar a ninguna diferencia estructural relevante. De tal modo, las objeciones importantes que se dirigen a los derechos sociales radican, en el fondo, en cuestiones de tipo normativo, pese a que muchas de ellas son presentadas como críticas de índole conceptual.<sup>59</sup>

---

**58.** Véase MORALES, 2014.

**59.** Por limitaciones de espacio no puedo extenderme aquí sobre esta cuestión. He analizado esta problemática en MORALES, 2014.

Despejado de formulaciones oscuras o ambiguas, subsisten problemas importantes que se esgrimen contra la constitucionalización de los derechos sociales: estos generarían algunas consecuencias que pesarían en contra de su constitucionalización, con independencia de que los otros derechos las generen también en algún grado. Al respecto se alza, por un lado, una objeción relativa a la competencia de los jueces y su formación: los derechos sociales tendrían una naturaleza tal que a fin de protegerlos los jueces tendrían que tomar decisiones para las cuales no serían ni jurídicamente competentes ni profesionalmente idóneos (4.1). Por el otro lado, se aduce una objeción relativa a la legitimidad del poder judicial respecto de la asignación de recursos estatales. De acuerdo con ella, los derechos sociales impondrían exigencias sobre el Estado a proveer bienes y servicios costosos; luego, al constitucionalizar esos derechos, se estaría habilitando a los jueces a intervenir en la asignación de recursos (concretamente, en la ley de presupuesto), función propia del gobierno, lo cual sería antidemocrático (4.2).

#### 4.1. LA CUESTIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL COMO ARGUMENTO CONTRADEMOCRÁTICO CONTRA LOS DERECHOS SOCIALES CONSTITUCIONALES

Frente a una demanda ante el órgano judicial constitucional de un particular que alega la violación de un derecho social en aquellos sistemas jurídicos donde los derechos sociales están tutelados robustamente (es decir, como derechos subjetivos protegidos con la garantía del control judicial de constitucionalidad), una posibilidad es que el juez ordene a la administración pública que cumpla con su obligación de satisfacer el derecho social vulnerado, y esto a su vez, significará que el Estado deba afectar recursos para su cumplimiento.

Un primer argumento en contra de la intervención de los jueces se apoya en una supuesta comprobación fáctica de la incompetencia técnica de los jueces para juzgar conflictos relativos a los derechos sociales. Se sostiene que, dada la naturaleza fundamentalmente prestacional de estos derechos, a fin de protegerlos los jueces tendrían que tomar decisiones para las cuales no son profesionalmente idóneos.<sup>60</sup> En otras palabras, los críticos señalan que los jueces carecen de la capacidad técnica y del conocimiento experto, necesarios en materias tan complejas como son las comprendidas por los derechos sociales, para darles adecuado resguardo.

---

60. Por ejemplo, CROSS, 2000: 893

Mediante esta dificultad, entonces, se afirma que los órganos judiciales no son aptos en términos de formación, información y especialización técnica para comprender y evaluar los hechos relevantes de los casos particulares sobre cuestiones socio-económicas, el manejo de las alternativas en disputa y, sobre todo, las necesidades presupuestarias –como los cálculos de costes, los niveles de beneficios sociales, etcétera–, y el diseño y articulación de remedios funcionales y apropiados.<sup>61</sup> Así, se impugna que los jueces tengan competencia técnica para valorar si un Estado ha empleado todos los esfuerzos para asegurar el respeto de los derechos sociales con el fin de dictaminar un posible incumplimiento de una obligación estatal.<sup>62</sup>

Ahora bien, una evaluación concluyente de esta dificultad requiere considerar cuál es, en concreto, el contenido y alcance de los derechos sociales. De acuerdo con Malcolm Langford, el conocimiento experto que los jueces necesitan para juzgar casos de violaciones de los derechos sociales estará determinado, en parte, por lo que le requerimos a estos.<sup>63</sup>

Supongamos, por ejemplo, que el poder legislativo argentino dicta una ley mediante la cual las viviendas ocupadas sin título legal deben ser desalojadas, e instruye al poder ejecutivo para que arbitre las medidas necesarias para proceder de inmediato a su cumplimiento. Como consecuencia de las acciones policiales de desalojo, muchas personas económicamente carenciadas pronto se encontrarán a la intemperie. Imaginemos que una de ellas presenta una acción de amparo ante un órgano jurisdiccional mediante la cual solicita la suspensión de la medida de desahucio, alegando la violación del derecho constitucional a la vivienda establecido en el artículo 14bis de la Constitución argentina. El juez encargado de resolver la acción debería decidir si hay un derecho en peligro de vulneración y, en su caso, ordenar el cese inmediato de la medida de desalojo.<sup>64</sup>

En apoyo de tal decisión, el juez argentino podría recurrir a consideraciones indicativas técnicas, tales como las directivas internacionales emitidas por un órgano externo.

---

61. Cf. HOROWITZ, 1977: 293.

62. Por ejemplo, véase LENTA, 2004: 21-22.

63. Cf. LANGFORD, 2008: 35.

64. En el sistema constitucional argentino está prevista la acción de amparo a particulares ante cualquier órgano judicial por la violación de un derecho fundamental..

Estas no son vinculantes para los jueces nacionales en el sistema jurídico argentino, sin embargo, podrían ser utilizadas como indicadores que faciliten su tarea.<sup>65</sup> Los instrumentos internacionales precisan un conjunto de acciones que pueden servir de pauta interpretativa a los jueces para evaluar actos del poder ejecutivo o leyes emanadas del poder legislativo. Esto es, mediante el control judicial de constitucionalidad los jueces evaluarían si los otros poderes del Estado (o los actores privados con obligaciones al respecto, según los distintos sistemas jurídicos positivos) han cumplido con ciertas obligaciones jurídicas derivadas del derecho social en cuestión. Para esto no sería necesario que los propios jueces sean especialistas en cuestiones sociales y económicas.

Por lo demás, dependiendo de los distintos sistemas jurídicos considerados, los tribunales se dividen de forma habitual según su especialidad. A la vez, es usual que los jueces recurran a los beneficios de las áreas de pericia y especialización de las distintas ramas del derecho. Así, por ejemplo, la existencia de tribunales específicos y especializados en varios países, tales como los Tribunales Laborales de Justicia. En este dominio, también hay que considerar el desarrollo del derecho laboral patrocinado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el nivel internacional.<sup>66</sup> Los criterios interpretativos expresados en sus observaciones son de fundamental ayuda para dirimir cuestiones técnicas en la materia en el nivel estatal. O, con una finalidad similar, puede pensarse en la incorporación al litigio de los informes de peritos expertos en distintas materias de criminología (pericias caligráficas, balísticas, dactiloscópicas, escopométricas, etcétera) disponibles para los jueces penales.

Es cierto que los jueces no tienen el conocimiento experto y especializado de todas las cuestiones complejas involucradas en los conflictos judiciales, en general, no sólo en los de contenido socioeconómico. Para ello el procedimiento jurisdiccional, de cualquier materia (tanto del derecho público, como del derecho privado), articula la intervención de distintos especialistas que incorporan al mismo los conocimientos técnicos y la experiencia, y colaboran en este sentido con el juez.

---

**65.** Véanse, entre otros, EIDE, 2001; y TOMASEVSKI, 2001.

**66.** Por ejemplo, en el ámbito europeo el Comité de Expertos Independientes lleva adelante una tarea en estas líneas. Una de sus funciones es supervisar el cumplimiento de los Estados con lo establecido en la Carta Social Europea. Como resultado, emite decisiones que se apoyan en estudios requeridos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y el Consejo de Europa.

De modo similar, cuando se trata de conocer sobre los hechos previos que llevaron al dictado de una determinada ley, el juez podría requerir la documentación relativa a los mismos (por ejemplo, actas parlamentarias, informes de comisiones, etcétera). En esta línea se orientan las nuevas teorías del diálogo constitucional que sostienen que el órgano jurisdiccional tiene mayor capacidad técnica para hacer frente a las fallas políticas en la realización de los derechos sociales.<sup>67</sup>

La objeción de la falta de competencia técnica de los jueces puede adoptar una segunda variante que hace referencia al *tipo de conflictos* que involucran las cuestiones sociales y económicas. Según se afirma, estos tendrían una naturaleza policéntrica de tal grado que los haría inadecuados para su protección judicial. Esto es, su consideración y decisión por parte de los jueces en un caso particular excedería las propias atribuciones de la función judicial por las repercusiones imprevisibles que se dispararían como consecuencia de una decisión judicial respecto del resto de los ciudadanos. Se trata de una controversia instalada en el debate filosófico-político británico sobre el diseño institucional de protección de los derechos a partir de un ensayo de Lon Fuller de 1978 y que es conocida como el problema del “policentrismo” (*polycentricity*).<sup>68</sup> En la actualidad la discusión sobre el policentrismo se ha extendido al ámbito internacional de los derechos sociales.<sup>69</sup>

En efecto, a partir del ensayo de Fuller, la doctrina según la cual las cuestiones policéntricas son inadecuadas para ser tratadas por los jueces ha tenido una influencia singular para impugnar la protección constitucional de los derechos sociales.<sup>70</sup> Es decir, en el contexto de conflictos particulares sobre la asignación de recursos socio-económicos pareciera que, tal como lo sugirió Fuller, el argumento del policentrismo adquiriría una fuerza mayor en contra de su protección judicial.<sup>71</sup> De allí que varios autores han adoptado este razonamiento para sostener que las exigencias al Estado de proveer con educación, vivienda y cuidado médico, por ejemplo, no deberían ser incluidas como derechos subjetivos en una constitución rígida con control judicial de

---

67. Véanse, entre otros, WALDRON, 2004, 2006; GARGARELLA, 2004, 2006; TUSHNET, 2004, 2008; BATEUP, 2005, 2009; y DIXON, 2007, 2012.

68. FULLER, 1978. El autor derivó la idea de policentrismo del científico húngaro-británico POLANYI citado en FULLER, 1978: 394. Véase KING, 2008: 102 quien destaca la naturaleza eminentemente libertaria de los trabajos filosóficos de POLANYI.

69. Véanse, entre otros, ABRAMOVICH y COURTIS, 2001: 249; LANGFORD, 2008b: 36-37; LIEBENBERG, 2008: 81; GROSMAN, 2008: 125-133; KING, 2008, 2012.

70. Para una reseña sobre la amplia aceptación de la doctrina de la policentricidad en materia de asignación de recursos públicos en la dogmática inglesa del Reino Unido, véase KING, 2008: 106-109.

71. Cf. FULLER, 1978: 400.

constitucionalidad porque ello habilitaría a los jueces a juzgar y decidir conflictos que tienen naturaleza policéntrica para los cuales su función sería inapropiada.<sup>72</sup>

Tal fue el criterio utilizado en el caso *Soobramoney*, por el juez Arthur Chaskalson, en su momento titular de la Corte de Justicia de Sudáfrica, quien justificó la negativa al recurso interpuesto por una persona con enfermedad renal crónica que necesitaba un tratamiento de diálisis para continuar viviendo, por tratarse de un problema de tipo policéntrico.<sup>73</sup> En dicha sentencia se hizo referencia a la existencia de tal característica mediante la alusión a una decisión de un tribunal inglés en la que se sostuvo que “es despreciable que la justicia disponga cómo deberían distribuirse los recursos médicos escasos”, y se advertía “del peligro de ordenar que los recursos sean utilizados por un paciente particular, lo cual podría tener el efecto de negar esos recursos a otros pacientes a quienes podrían brindárseles mayores beneficios”.<sup>74</sup> El juez Chaskalson incorporó esos criterios para evaluar el caso sudafricano y agregó que hay momentos en que se requiere adoptar “un enfoque holístico comprensivo” de las exigencias mayores de la sociedad, antes que focalizar sobre exigencias específicas de individuos particulares dentro de la sociedad.<sup>75</sup> En definitiva, quienes asumen esta crítica sostienen que los derechos sociales son de naturaleza policéntrica y en consecuencia deben quedar fuera de la competencia judicial.

La crítica a la justiciabilidad de los derechos sociales por su naturaleza policéntrica, sin embargo, pasaría por alto que el control judicial de constitucionalidad de derechos civiles y políticos, sin dudas, involucra la justiciabilidad de asuntos fuertemente policéntricos. Fuller reconoció que el policentrismo es una característica común presente en casi todo el derecho y que, por lo tanto, aparecería en prácticamente todos los conflictos a ser resueltos por el poder judicial, por lo que su relevancia dependería del grado en que se presenta.<sup>76</sup> Sostuvo que se trata de “una cuestión de saber cuándo los elementos policéntricos se han convertido en algo tan significativo y predominante que los propios límites de la justiciabilidad se han alcanzado”.<sup>77</sup>

---

72. Por ejemplo, véanse DAVIS, 1992; CROSS, 2000.

73. *Soobramoney v. Minister of Health, Kwa-Zulu-Natal* (CCT32/97) 1997 ZACC 17, 1998 (1) SA 765 (CC), 1997 (12) BCLR 1696 (27 November 1997); voto del juez CHASKALSON: considerandos 28-31.

74. *Soobramoney*: considerando 30.

75. *Soobramoney*: considerando 31.

76. FULLER, 1978: 403.

77. FULLER, 1978: 398-401.



Ahora bien, cómo distinguir el grado de policentrismo presente en asuntos sociales y económicos, del grado de policentrismo que exhibe el resto de los procedimientos sujetos al control de los jueces, los cuales muchas veces también involucran cuestiones socio-económicas, es la pregunta que queda sin una clara respuesta en este tipo de crítica.

Piénsese, por ejemplo, en el proceso judicial para determinar la condición de refugiados, o en el proceso judicial contra un individuo acusado de crímenes de lesa humanidad en otro país del juzgador. De acuerdo con Jeff King, si bien en este tipo de casos también existiría un “déficit de competencia institucional”, los tribunales a menudo estarían dispuestos “a examinar cuidadosamente los hechos, posiblemente introducir una interpretación forzada, o recurrir a un concepto con textura abierta como 'equidad' o 'razonabilidad' en un modo más exigente” en el contexto del control judicial.<sup>78</sup> En general, todas las cuestiones examinadas en procedimientos de control de constitucionalidad, y no sólo las socio-económicas, desatarían consecuencias de tipo policéntrico como las advertidas por Fuller ya que cada decisión judicial de un tribunal o una corte constitucional invariablemente afectará de un modo imprevisible a una multitud de personas no representadas ni participantes en el proceso judicial.

En este sentido, es interesante observar que Fuller concebía el proceso judicial según la tradición de su época.<sup>79</sup> Para este autor, era posible individualizar ciertas funciones asignadas convenientemente al poder judicial y distinguirlas de otras que por su propia naturaleza serían ajenas a su control. Su concepción del poder judicial correspondía al tipo de procedimiento del derecho civil, caracterizado por la justicia correctiva que procura resolver conflictos de tipo bipolar entre individuos con intereses limitados, pero dejaría fuera los procedimientos de derecho público, incluido el derecho constitucional de las sociedades democráticas actuales. Por ello, la de Fuller no sería una imagen adecuada de la función judicial como es concebida en las democracias contemporáneas, y así lo han puesto de manifiesto varios autores.<sup>80</sup>

---

78. KING, 2008: 123-124.

79. La versión inicial del ensayo de FULLER data de 1957, posteriormente revisada en varias ocasiones, según reseña su editor Kenneth WINSTON en FULLER, 1978: 353.

80. Véase, por ejemplo, STURM, 1991: 1355-1446, quien también señala que los tribunales constitucionales deciden en cuestiones de naturaleza policéntrica de manera habitual, como cuando resuelven demandas de violación de derechos humanos.

Por ejemplo, en un artículo que examina la posible omnipresencia de la policentricidad en el derecho, King sugiere que el derecho está plagado de contraejemplos.<sup>81</sup> Lo notable, según observa el autor, es que en muchos de ellos el problema del policentrismo no parece generar controversias respecto de la función judicial. King menciona, en particular, casos extraídos del derecho tributario inglés que mostrarían que el policentrismo es una característica omnipresente en las cuestiones tributarias, pero respecto de estas no se cuestionaría la competencia de los jueces. Para el autor, si bien el derecho tributario estaría plagado de policentrismo, allí el concepto no se discutiría porque los contribuyentes no admitirían la disminución de la intervención judicial dado que ven a los tribunales “como protegiéndolos contra el ejercicio de poder descontrolado y unilateral del gobierno, sea en la interpretación de una ley o en el ejercicio de la discreción administrativa”.<sup>82</sup> Sin embargo, observa King, estas cuestiones tendrían un eco directo con la preocupación de Fuller sobre las consecuencias no previstas y la falta de participación de las partes interesadas, porque la interpretación judicial de las leyes sobre evasión de impuestos puede tener importantes ramificaciones para la hacienda pública, la exportación e importación de productos, y la operación de los mercados y de las compañías comerciales nacionales e internacionales, entre otros ámbitos.

Análisis como el de King ayudan a iluminar el modo en el que el concepto de policentrismo es invocado de manera selectiva. Pero sobretodo, siguiendo a este autor, pueden servir para mostrar que para justificar la limitación al control jurisdiccional debe refinarse antes el concepto de modo de volverlo consistente con el papel de este control en la práctica jurídica contemporánea.<sup>83</sup>

#### 4.2. LA CUESTIÓN DE LA LEGITIMIDAD DE LOS JUECES RESPECTO DE LOS DERECHOS SOCIALES CONSTITUCIONALES

Si consideramos de nuevo el argumento waldroniano (referido en el punto 3) ahora respecto de los derechos sociales constitucionales, no se justificaría reducir, ni siquiera mínimamente, la esfera de toma de decisiones por mayoría en una sociedad con las características mencionadas, con el fin de garantizar las exigencias de justicia social.

---

81. Véase KING, 2008.

82. KING, 2008: 101.

83. Cf. KING, 2008: 124. Véase también KING, 2012: capítulo 7 para una propuesta que refina la idea primitiva de “adjudicación” reformulándola como “principio de restricción judicial”.

Para esa línea de crítica, el control de constitucionalidad de las leyes sobre derechos sociales sería ilegítimo desde el punto de vista representativo, por lo que no se justificaría *como cuestión de principio*.

Es interesante observar que la discusión filosófica de la constitucionalización de los derechos sociales respecto de la dificultad contramayoritaria se ha refinado lo suficiente en la última década como para circunscribir el ámbito en el que despliega su complejidad. En efecto, la objeción contramayoritaria se dirige específicamente al modelo robusto de protección constitucional de las leyes. Esto significa que están excluidos de su alcance los diseños constitucionales débiles de protección de derechos.<sup>84</sup> O dicho en otros términos, la objeción de legitimidad contra los sistemas constitucionales en los que las decisiones judiciales del órgano de control no tuvieran efectos inmediatos, o carácter de última palabra, se debilitaría. Ahora bien, si este no es el caso, se afirma que todavía podría disolverse la mencionada dificultad si las mayorías legislativas estuvieran facultadas para modificar las cláusulas sobre derechos constitucionales mediante simple mayoría (como en las constituciones flexibles). A medida que se fortalecen las piezas de la rigidez y el carácter de la decisión judicial, las variantes institucionales resultantes estarían afectadas con “mayor intensidad” por la dificultad contramayoritaria.<sup>86</sup>

Dado que en la mayoría de casos en que se argumenta a favor de los derechos sociales se sostiene que estos deberían incluirse en una constitución rígida que además incluya un mecanismo robusto de control de constitucionalidad de las leyes, quienes adoptan esta posición deberían dar cuenta entonces de esta crítica que apunta a un grave déficit de legitimidad. A juicio de Roberto Gargarella, por ejemplo, si se concibe a la democracia “como un sistema que promueve [...] la discusión pública, entonces contamos con buenas razones para limitar, aunque no anular, el rol de los jueces en el control de constitucionalidad”.<sup>87</sup> En una sociedad democrática la carga de la prueba, concluye el autor, la llevaría quien pretende limitar el debate público.

---

84. Véase BAYÓN, 2004; WALDRON, 2006; TUSHNET, 2008.

85. Véase, por ejemplo FERRERES, 1997.

86. Véase LINARES, 2008: capítulo VI sobre la intensidad de la dificultad contramayoritaria.

87. GARGARELLA, 2000: 61.

Los defensores de los derechos sociales constitucionales confían en que son los jueces quienes están en mejor posición para tomar decisiones que resguarden las exigencias de la justicia social.<sup>88</sup> Así, para quienes favorecen los derechos sociales garantizados en una constitución, las exigencias de justicia tienen una relevancia tal que justificaría protegerlas contra su posible violación por parte de los demás órganos del gobierno (sea el ejecutivo o la mayoría de la legislatura), con independencia de que ello pueda significar un coste en la legitimidad mayoritaria.<sup>89</sup> Precisamente, según esta posición, es porque se desconfía de la natural tendencia al menoscabo, o a una actitud de indiferencia, de los representantes electos respecto de los derechos sociales de los individuos menos favorecidos de la sociedad, que el control constitucional se justificaría.<sup>90</sup>

Sin embargo, para quienes parten de las exigencias de la legitimidad procedimental y en la línea del argumento waldroniano rechazan el control de constitucionalidad, no habría argumentos que válidamente se pudieran esgrimir para inclinar la balanza del lado de justificar la autorización al órgano de control para tomar decisiones sobre derechos sociales con autoridad final. En especial, no sería un argumento válido que estos se reivindicaran como requisitos de la justicia social que deberían guiar el comportamiento de todos los individuos de la sociedad, precisamente porque no hay acuerdo sobre qué exige la justicia social. En otras palabras, si se asume el razonamiento presentado para una sociedad que satisface las cuatro condiciones establecidas, el argumento waldroniano en contra de la revisión judicial parecería decisivo para rechazar la defensa de los derechos sociales constitucionales como exigencias de la justicia social, en tanto que cuál sea su contenido en una sociedad democrática caería dentro de la asunción cuarta referida, i.e., la existencia de los desacuerdos persistentes y razonables a su respecto. Como consecuencia, su conocimiento quedaría excluido del control robusto de constitucionalidad.

---

**88.** Es interesante observar que, en general, a los teóricos de la justicia que defienden la protección robusta de los derechos sociales constitucionales no les preocupa demasiado esta objeción dirigida a la falta de legitimidad mayoritaria del control judicial, en tanto que consideran que la legitimidad procedimental está subordinada a las exigencias de la justicia.

**89.** Véase FABRE, 2000b: 145. En el mismo sentido, BILCHITZ, 2008 afirma que “reconocer que hay alguna pérdida [democrática] no implica que el control judicial es ‘no democrático’ ni que está injustificado moralmente” (BILCHITZ, 2008: 108).

**90.** Véase, por ejemplo, EYLON y HAREL, 2006: 994, para una justificación del control judicial en tanto “guardián” (*watchdog*) del procedimiento de participación democrática.

Tampoco funcionaría la apelación a condiciones ideales de funcionamiento de las instituciones para justificar la intervención robusta del control jurisdiccional. Se sostiene que bajo condiciones ideales de funcionamiento tanto del órgano legislativo como del órgano jurisdiccional de control no habría razones para desconfiar que en el seno del legislativo no se respetarán los derechos individuales de todos pero, en cambio, confiar que el órgano de control los protegerá óptimamente.<sup>91</sup> Además, los desacuerdos razonables sobre los principios de justicia social existirían tanto entre los miembros del cuerpo político como entre los miembros del órgano jurisdiccional de control. Para los partidarios de la democracia, no se ha demostrado de manera concluyente y *a priori* por qué serían los miembros de este último quienes estarían en mejor posición para zanjar esos desacuerdos.<sup>92</sup>

Sin embargo, para sostener la plausibilidad del argumento waldroniano de una sociedad cuyas instituciones funcionan razonablemente bien (primera característica señalada por Waldron), es necesario presuponer el establecimiento y garantía de algunos derechos asegurados para todas las personas respecto de los cuales el hecho de los desacuerdos no los alcanzaría. Es en esta primera característica donde considero que se debe hacer explícito el acuerdo sobre la existencia de ciertas precondiciones mínimas de la democracia y su necesaria garantía para todos los miembros de la sociedad. Cuando Waldron sostiene que su descripción de esta primera asunción no implica ninguna noción controvertida, ello requiere asumir la existencia de un cierto consenso respecto de ciertos mínimos democráticos, ciertas precondiciones necesarias para que la característica de funcionamiento razonable de las instituciones legislativas democráticas tenga sentido. Entre estas, se encuentran *ciertas precondiciones materiales mínimas*, i.e., exigencias de contenido socioeconómico justificadas en el propio procedimiento democrático tales como educación básica, vivienda básica, y cuidado médico básico.<sup>93</sup>

Si es plausible sostener que no hay desacuerdos fundacionales sobre ciertas precondiciones mínimas (esto es, que existe acuerdo en que la garantía de ciertas precondiciones mínimas constituye un prerrequisito del propio procedimiento), ello significa, siguiendo el razonamiento waldroniano, que no tendríamos razones de principio para excluir un mecanismo de control judicial robusto de constitucionalidad en ese tipo de sociedad, respecto de la

---

91. Cf. BAYÓN, 2004; WALDRON, 2006.

92. Véanse, entre otros, GARGARELLA, 2000: 61; BAYÓN, 2004; WALDRON, 2006.

93. Véase MORALES, 2014.

protección de esas precondiciones. Es decir, el argumento de Waldron, una vez hechos explícitos sus presupuestos, deja abierta la posibilidad de justificar el modelo robusto de protección constitucional de los derechos sociales en una sociedad democrática. Las consideraciones a favor o en contra de tal mecanismo que entran a jugar son aquellas que dependen de cuestiones contingentes, tales como el grado de competencia judicial de los miembros del tribunal en cada sociedad concreta (cuál es el nivel de preparación de los jueces para examinar determinadas cuestiones, el grado de diálogo entre las distintas instituciones, etcétera). Sin embargo, ya no funcionaría la objeción de principio dirigida a la ilegitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad en lo que hace a la protección de las precondiciones materiales necesarias para la legitimidad democrática.

## 5. CONCLUSIONES

En el presente trabajo he tratado de mostrar la relevancia de la relación que media entre las exigencias de la democracia y las demandas de la justicia distributiva, y sus consecuencias para la justificación de la constitucionalización de los derechos sociales. En ese sentido he procurado argumentar que las exigencias de la democracia no van en contra de un mínimo de justicia social encarnada en ciertos derechos sociales básicos, aun cuando éstos están protegidos con la garantía del control judicial robusto de constitucionalidad. Dicho de otro modo, que las principales objeciones formuladas en nombre de la democracia contra la constitucionalización de los derechos sociales en tanto realización de la justicia distributiva, no son contrarias a la democracia, a menos que se la reduzca a ésta al mero ejercicio de la regla de la mayoría.

## REFERENCIAS

ABRAMOVICH, Víctor, y Christian COURTIS (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

ALLAN, James (1996). «Bill of Rights and Judicial Power-A Liberal's Quandary», *Oxford Journal of Legal Studies*, 16: 337-352.

BATEUP, Christine (2005). «The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue», *Brooklyn Law Review*, 71: 1109-1120.

— (2009). «Reassessing the Dialogic Possibilities of Weak-Form Bills of Rights», *Hastings International and Comparative Law Review*, 32(2): 529-599.

BAYÓN, Juan Carlos (2000). «Derechos, democracia, y constitución», *Discusiones*, Año 1, Nº 1, *Derechos y justicia constitucional*. Bahía Blanca: Universidad Nacional del Sur, 65-94.

— (2004). «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en E. BETEGON, F. LAPORTA, J. DE PARAMO, L. PRIETO (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2004, pp. 67-138.

BICKEL, Alexander (1962). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press.

BILCHITZ, David (2008). *Poverty and Fundamental Rights. The Justification and Enforcement of Socio-economic Rights*. Oxford: Oxford University Press.

CHRISTIANO, Thomas (2000). «Waldron on Law and Disagreement», *Law and Philosophy*, 19: 513-543.

CROSS, Frank (2000). «The Error of Positive Rights», *UCLA Law Review*, 48: 857-924.

DAVIS, Dennis (1992). «The Case Against the Inclusion of Socio-Economic Demands in a Bill of Rights Except as Directive Principles», *South African Journal on Human Rights*, 8: 475-490.

DIXON, Rosalind (2007). «Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-form Versus Weak-form Judicial Review Revisited», *International Journal of Constitutional Law*, 5(3): 391-418.

— (2012). «Weak-form Judicial Review and American Exceptionalism», *Oxford Journal of Legal Studies*, 32(3): 487-506.

DWORKIN, Ronald (1984). «Rights as Trumps», en Jeremy WALDRON (ed.), *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, pp. 153-167.

EIDE, Asbjorn (2001). «The Use of Indicators in the Practice of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights», en A. EIDE, C. KRAUSE, y A. ROSAS (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff, pp. 545-551.

EYLON, Yuval, y Alon HAREL (2006). «The Right to Judicial Review», *Virginia Law Review*, 92(5): 991-1022.

FABRE, Cecile (2000a). «A Philosophical Argument for a Bill of Rights», *British Journal of Political Science*, Vol. 30, Nº 1: 77-98.

— (2000b). *Social Rights under the Constitution*. Oxford: Oxford University Press.

FERRAJOLI, Luigi (2001). «Derechos fundamentales», en Antonio DE CABO, y Gerardo PISARELLO (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, pp. 19-56.

FERRERES, Víctor (1997). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA  
ENCRUJADA ENTRE LAS EXIGENCIAS DE LA DEMOCRACIA Y LAS  
DEMANDAS DE LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA | 59

— (2000). «Una defensa de la rigidez constitucional», *Doxa*, 23: 29-48.

FULLER, Lon (1978). «The Forms and Limits of Adjudication», *Harvard Law Review*, 92(2): 353-409.

GARGARELLA, Roberto (1996). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel.

— (2000). «Los jueces frente al “coto vedado”», *Doxa*, 1: 53-64.

— (2004). «In Search of a Democratic Justice. What Courts Should not Do: Argentina (1983-2002)», en S. GLOPPEN, R. GARGARELLA, y E. SKAAR (eds.), *The Accountability Function of the Courts in New Democracies*. London: Routledge, pp. 181-197.

— (2006). «Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights», en R. GARGARELLA, P. DOMINGO, y T. ROUX (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* London: Ashgate, pp. 13-34.

GARZÓN, Ernesto (1989). «Algo más acerca del “coto vedado”», *Doxa*, 6: 209-213.

— (1993). «Representación y democracia», en Ernesto GARZÓN, *Derecho, Ética y Política*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 631-650.

— (1994). «Instituciones suicidas», *Isegoría*, 9: 64-128.

GEWIRTH, Alan (1996). *The Community of Rights*. Chicago: University of Chicago Press.

GROSMAN, Lucas (2008). *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Buenos Aires: Librería.

HOROWITZ, Donald (1977). *The Courts and Social Policy*. Washington: The Brookings Institution.

KING, Jeff (2008). «The Pervasiveness of Polycentricity», *Public Law*, pp. 101-124.

— (2012). *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.

LANGFORD, Malcolm (2008). «From Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory», en Malcolm LANGFORD (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 3-45.

LAPORTA, Francisco (2001). «El ámbito de la Constitución», *Doxa*, 24: 459-483.

LENTA, Pablo (2004). «Democracy, Rights Disagreements and Judicial Review», *South African Journal on Human Rights*, 20: 1-31.

LIEBENBERG, Sandra (2008). «South Africa», en Malcolm LANGFORD (ed.): *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 75-101.



LINARES, Sebastián (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.

MARTÍ, José (2006). *La democracia deliberativa*. Barcelona: Marcial Pons.

MORALES, Leticia (2014). *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Barcelona: Marcial Pons (en prensa).

NINO, Carlos (1992). «A Philosophical Reconstruction of Judicial Review», *Cardozo Law Review*, 14(3/4): 799-846.

NOZICK, Robert (1988). *Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic Books, 1974. Citado por la traducción al castellano de Rolando TAMAYO, *Anarquía, Estado y Utopía*. México, FCE.

ORUNESU, Claudina (2012). *Positivism jurídico y sistemas constitucionales*. Barcelona: Marcial Pons.

ORUNESU, Claudina, Jorge RODRÍGUEZ, y Germán SUCAR (2001). «Inconstitucionalidad y derogación», *Discusiones*, 2: 11-58.

RAWLS, John (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press.

— (1993). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.

SELEME, Hugo (2009). «Legitimidad política, justicia y globalización», *Revista Argentina de Teoría Jurídica, Universidad Torcuato di Tella*, 1(2): Disponible en: <http://www.utdt.edu>, pp. 95-136.

STURM, Susan (1991). «A Normative Theory of Public Law Remedies», *Georgetown Law Journal*, 79: 1355-1446.

TOMASEVSKI, Katarina (2001). «Indicators», en A. EIDE, C. KRAUSE, y A. ROSAS (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff, pp. 531-543.

TUSHNET, Mark (2004). «Weak-Form Judicial Review: Its Implications for Legislatures», *New Zealand Journal of Public & International Law*, 2: 7-24.

— (2008). *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press.

WALDRON, Jeremy (ed.) (1984). *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press.

— (1993). «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, 13: 18-51.

— (1998). «Judicial Review and the Conditions of Democracy», *Journal of Political Philosophy*, 6(4): 335-355.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA  
ENCRUJADA ENTRE LAS EXIGENCIAS DE LA DEMOCRACIA Y LAS  
DEMANDAS DE LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA | 61

— (2004). «Some Models of Dialogue between Judges and Legislators», en G. HUSCROFT y I. BRODIE (eds.), *Constitutionalism in the Charter Era*. Toronto: LexisNexis Butterworths, pp. 7-47.

— (2005). *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999. Citado por la traducción al castellano de José MARTÍ y Águeda QUIROGA, *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.

— (2006). «The Core of the Case against Judicial Review», *The Yale Law Journal*, 115(6): 1346-1406.