ACTIVISMO JUDICIAL Y DERECHOS SOCIALES: UN ENFOQUE POSTPOSITIVISTA *

Alí Lozada **

Universidad de O'Higgins
alilozada@gmail.com

RESUMEN. Este trabajo es una aproximación postpositivista a la práctica del activismo judicial en la adjudicación de prestaciones basadas en derechos sociales y, en general, en derechos fundamentales. Centralmente, se pergeña un elenco de cuatro escenarios alternativos en los que operaría tal adjudicación, el que puede servir como herramienta para el examen crítico del activismo judicial en casos concretos.

Palabras clave: activismo judicial, derechos fundamentales, derechos sociales, postpositivismo.

Judicial Activism and Social Rights: a Postpositive Approach

ABSTRACT. This paper attempts a post-positive approach to the practice of judicial activism in the adjudication of benefits based on social rights and, in general, on fundamental rights. Centrally, a set of four alternative scenarios where such adjudication would operate is sketched, which can serve itself as a tool for the critical examination of judicial activism in specific cases.

Keywords: fundamental rights, judicial activism, postpositivism, social rights.

* Fecha de recepción: 26 de marzo de 2018. Fecha de aceptación: 27 de abril de 2018.

Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación Postdoctoral *Modelos de argumentación jurídica con principios formales y reglas de origen judicial (Precedente y jurisprudencia): una reconstrucción teórica basada en el caso chileno* (núm. 3180579 - 2018) financiado por el FONDECYT de Chile, así como en el Proyecto de Investigación *Una teoría postpositivista del Derecho* (DER2017-86643-P) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España.

** El autor agradece a Manuel ATIENZA, Juan RUIZ MANERO, Isabel LIFANTE VIDAL, Josep AGUILÓ y Guillermo LARIGUET por leer versiones preliminares de este trabajo y contribuir con sus comentarios a la mejora del mismo; los errores que subsisten, sin embargo, son atribuibles enteramente al autor.

DOI: 10.14198/DOXA2018.41.11

1. SOBRE EL ACTIVISMO JUDICIAL Y SU TEST

La aproximación que, a propósito de los derechos sociales, voy a realizar al tema del activismo judicial tiene carácter tentativo, y constituye un intento por comprender esta materia a la luz de la concepción postpositivista del Derecho, cuya peculiaridad básica estaría en asumir que el Derecho es una práctica social de naturaleza doble: es el producto de dinámicas autoritativas pero, a la vez, se orienta a la realización de ideales de justicia; por lo que en ella coexisten, respectivamente a esos dos aspectos, tanto valores formales como valores sustantivos.

Empezaré con la estipulación conceptual siguiente: el *activismo judicial* es una forma de comportamiento jurisdiccional arbitrario que consiste en tomar decisiones caracterizadas por dos rasgos: i) son idóneas para *realizar* valores constitucionales *sustantivos* (paradigmáticamente, los derechos fundamentales), a costa de ii) *interferir injustificadamente* en una línea de actuación, actual o potencial, reservada *de manera definitiva* —es decir, no meramente *prima facie*— a la legislación o a la administración en virtud de valores constitucionales *formales* (como la seguridad jurídica, el principio democrático o la división de poderes)[1]. Una decisión judicial incurre en tal *interferencia injustificada* cuando viola una cierta *obligación de deferencia* definitiva hacia las respectivas autoridades legislativas o administrativas. La existencia o no de una tal obligación de deferencia resulta, mediata o inmediatamente —según se trate, respectivamente, de un caso fácil o difícil, como se explicará en breve—, de una operación de balanceo entre, por un lado, los valores sustantivos, que son *razones para la interferencia* y, por otro lado, los valores formales, que son, por el contrario, *razones para la deferencia*.

En el contexto de tal operación de balanceo, existe una obligación de deferencia *prima facie*, o lo que es lo mismo, una prohibición de interferencia *prima facie*. De manera que siempre que una decisión judicial idónea para realizar valores sustantivos omita ser deferente con (interfiera en) la legislación o la administración, incurrirá, *prima facie*, en activismo judicial. Desde luego, esto no impide que en algunos casos

[1] La teoría de los principios jurídicos contemporánea, propia de la concepción postpositivista del Derecho, será el lente con el que abordaré el tema del activismo judicial y los derechos sociales. Sin embargo, en lugar de hablar de *principios* sustantivos por oposición a *principios* formales hablaré de *valores* sustantivos y de *valores* formales. Lo que no contraría la concepción postpositivista estándar de los principios jurídicos, para la que hay una suerte de equivalencia matizada entre principios y valores: para ALEXY (2002: 147), la diferencia entre los unos y los otros reside únicamente en su carácter deontológico y axiológico, respectivamente; y para ATIENZA y RUIZ MANERO (2004: 151 y ss.), tanto los principios —y demás normas— como los juicios de valor tienen un «carácter bifronte»: todo principio, así como todo juicio de valor, es simultáneamente guía de conducta y criterio de valoración. Si opto por hablar de valores en lugar de principios es porque el aspecto de los principios que, en este punto, quiero poner en primer plano es el axiológico, el de criterio de valoración —que es el aspecto propiamente *ponderable* de los principios (*vid.* LOZADA, 2016)—, pues en él se dilucida centralmente, en mi opinión, el carácter activista o no de una decisión judicial. Por otro lado, me refiero a valores *formales* en el sentido de los principios *formales* de ALEXY (2002), *mutatis mutandis* coincidente con el sentido de las razones *autoritativas* de SUMMERS (1978), pero no con el de las razones *institucionales* de este mismo autor, pues estas serían razones de segundo orden respecto de las razones sustantivas (*vid.* ATIENZA, 2005: 228): lo que simplemente busco mostrar con esta reconstrucción tentativa es que al examen del activismo judicial subyace, en último término, la doble naturaleza que el postpositivismo atribuye al Derecho, la sustantiva o de justicia y la formal o autoritativa.

concretos el resultado del balance sea que está definitivamente prohibido ser deferente, o sea, que es definitivamente obligatorio interferir; en estos supuestos, por tanto, si la jurisdicción es deferente con (no interfiere en) la legislación o la administración se socavarían injustificadamente valores constitucionales sustantivos cuya tutela está paradigmáticamente confiada a la jurisdicción.

Opto, entonces, por asumir que el activismo judicial es injustificado por definición. Esta elección analítica hace que, en lugar de la cuestión de cuándo el activismo está justificado y cuándo no lo está, la pregunta que deba plantearse sea la de cuándo un comportamiento judicial es activista y cuándo no lo es. Con esto pretendo conjurar el prejuicio *neoconstitucionalista* (sobre esta etiqueta, *vid.* ATIENZA, 2017), que al asignar al «activismo judicial» carga emotiva *favorable* induce a presuponer el carácter justificado de cualquier interferencia en la legislación o en la administración, eclipsando los valores formales de la constitución y confiriendo valor absoluto a los valores sustantivos en juego; de este modo, el prejuicio neoconstitucionalista hace que el activismo de los jueces sea visto como una forma de activismo político y, por tanto, igual de justificada que, por ejemplo, el tipo de activismo propio de una ONG animalista. En contraste, el concepto de activismo judicial arriba estipulado hace que, *prima facie*, la interferencia judicial no esté justificada. Pero no vuelve imposible que en algunos casos dicha interferencia sí lo esté. Con esto último intento, por otro lado, conjurar el prejuicio *formalista*, que al asignar al «activismo judicial» carga emotiva *desfavorable* induce, en cambio, a presuponer el carácter *in*justificado de cualquier interferencia en la legislación o en la administración, eclipsando los valores sustantivos de la constitución por la vía de absolutizar los valores formales y, por ende, confinar la jurisdicción en el terreno estrecho de la mera aplicación subsuntiva de reglas, soslayando sistemáticamente las razones que subyacen a estas. En efecto, el que los jueces no deban ser activistas no quiere decir que deban ser formalistas: su lealtad a los valores formales no les constriñe a dejar de lado su rol tutelar de los valores sustantivos cada vez que, a la luz de los primeros, la decisión judicial interfiera en la legislación o en la administración.

Llamaré *test del activismo* a la operación racional dirigida a establecer si una determinada decisión judicial dictada (o a dictarse) en un caso concreto ha violado (o violaría) una obligación de deferencia y, por tanto, ha incurrido (o incurriría) en activismo judicial. Esta operación, ciertamente, ha de ser sensible a las peculiaridades del entorno institucional concreto en que se inscribe la decisión judicial de que se trate; la deferencia exigida no puede ser del mismo grado, por ejemplo, en la jurisdicción constitucional que en la jurisdicción ordinaria, o en Alemania que en Colombia. Sin embargo, el test del activismo no tiene carácter particularista, sino universalista: se enfoca en la elucidación de si en el sistema jurídico existe una regla pertinente al caso concreto que obligue a la jurisdicción a ser deferente con (le prohíba interferir en) los órganos legislativos o administrativos cuando un determinado conjunto de condiciones de aplicación, o sea, un cierto caso abstracto, se configure; para, únicamente si tal regla obligatoria existe, pasar a la verificación de si esta se ha incumplido o no.

En la práctica del test del activismo hay casos fáciles y casos difíciles. En los *fáciles*, o bien, se cuenta con una regla *autoritativa* que *obliga* a ser deferente (prohíbe

interferir), o bien, se cuenta con una regla *autoritativa* que *prohíbe* ser deferente (obliga a interferir); no cabe, pues, la existencia de reglas *autoritativas* que *permitan* a la jurisdicción ser deferente[2]. Si lo que hay es una *prohibición de deferencia*, de acuerdo con nuestra definición, será conceptualmente imposible que la decisión bajo examen, sea o no deferente con los órganos legislativos y administrativos, incurra en activismo judicial. Y si lo que hay es una *obligación de deferencia*, simplemente habrá que aplicar la regla silogísticamente al caso concreto: si y solo si este es subsumible en aquella, la decisión judicial en cuestión será activista.

En cambio, en los casos *difíciles*, donde no se cuenta con regla autoritativa alguna que obligue a, o que prohíba, ser deferente, primeramente habrá que elucidar si, tras balancear los valores en liza, es válido acuñar una regla *no autoritativa* que *obligue a la jurisdicción a ser deferente* cuando se configure el caso abstracto resultante de la universalización de las propiedades relevantes del caso concreto bajo examen; para solamente ahí pasar a comprobar si la decisión judicial en cuestión es activista, mediante la verificación de si el caso concreto es o no subsumible en la regla resultante de la ponderación.

2. TEST DEL ACTIVISMO Y DERECHOS SOCIALES

Como se ve, lo que hago no es más que aplicar al examen del activismo judicial el núcleo de la teoría postpositivista estándar que, especialmente y *mutatis mutandis*, comparten ALEXY, ATIENZA, DWORKIN, el segundo MACCORMICK, RUIZ MANERO y SUMMERS. De acuerdo con mi enfoque, el comportamiento judicial activista presupone la presencia en el caso concreto de una tensión tal entre valores formales (razones para la deferencia) y valores sustantivos (razones para la interferencia) que, o bien, está justificado afectar a los primeros para evitar una afectación de los segundos, o bien, está justificado lo contrario. Como se ha mostrado, en los casos fáciles, la solución viene dada por una regla autoritativa; mientras que, en los difíciles, la solución requiere balancear las afectaciones alternativas de uno y otros valores constitucionales en juego: cuanto mayor sea la afectación a los valores formales mayor deberá ser la afectación a los valores sustantivos para que la interferencia jurisdiccional en la legislación o la administración sea debida, es decir, para que la obligación de deferencia *prima facie* que tiene la jurisdicción ceda el paso a una prohibición de deferencia definitiva; dicho de otro modo, para que una determinada decisión *prima facie* activista devenga definitivamente no activista.

El test del activismo consiste en los casos difíciles, como puede advertirse, de una operación compleja, que lo es en mayor medida cuando de adjudicar derechos sociales se trata, ya que en este campo los desacuerdos sobre la deferencia a las autoridades legislativas o administrativas son apreciablemente mayores que en otros tipos de derechos fundamentales, pues la decisión gira en torno a la adjudicación o no de una prestación gravosa para los recursos, más o menos escasos, del Estado. De ahí que el pre-

[2] Que la deferencia sea un tipo de comportamiento judicial necesariamente guiado por normas de mandato es, en mi opinión, una proyección del ideal del Estado de Derecho. No puedo, sin embargo, detenerme aquí a fundamentarlo.

sente trabajo pretenda contribuir al desarrollo del test del activismo en la adjudicación de derechos sociales mediante algo tan modesto como específico: el pergeñamiento de una —todavía rudimentaria— *serie de cuatro escenarios argumentativos* para la práctica del test del activismo en casos donde se plantee el que llamaré *problema capital de la justiciabilidad de los derechos sociales*.

Tales *escenarios argumentativos* son esquemas-marco que funcionan como tipos ideales para el análisis, evaluación y construcción de justificaciones jurisdiccionales; y básicamente se componen de tres elementos: *a)* un (típico) *problema argumentativo central*, consistente en una plasmación del problema capital de la justiciabilidad de los derechos sociales; *b)* unas (típicas) *razones operativas vertebradoras*, en torno a las cuales discurre el balance de los valores sustantivos y formales en juego, y entre las cuales resalta una *razón operativa focal*, y *c)* un (típico) *nivel de deferencia debida* que equivale a un determinado grado de socavamiento hipotético de los principios formales que intervienen en el balance antes explicado, de modo que una decisión que interfiere en la legislación o la administración escapará del activismo siempre que el grado de socavamiento hipotético de los principios sustantivos en colisión superen al grado de socavamiento mencionado en primer lugar.

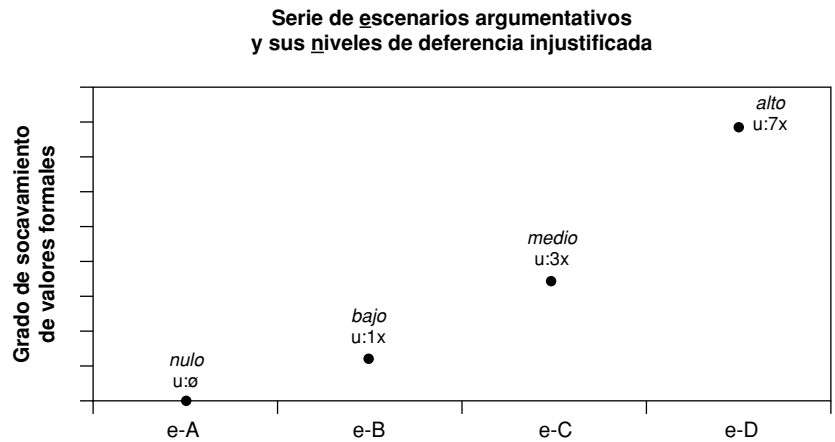
La serie de escenarios argumentativos será presentada en orden ascendente, de menor a mayor nivel de deferencia debida, y describiendo una progresión geométrica. La finalidad de esto último no es otra que poner de manifiesto que, a medida que se transita de un escenario al siguiente —del A al B, del B al C y del C al D—, el nivel de deferencia debida se incrementa en una porción cada vez más elevada, describiendo con ello el hecho de que no en todos los indicados escenarios el grado de socavamiento de los principios formales es el mismo y tampoco, por tanto, lo es el grado de socavamiento de los valores sustantivos requerido para vencer la obligación de deferencia *prima facie*. Vale decir, la deferencia exigida a la jurisdicción respecto de las autoridades legislativas o administrativas será más o menos intensa según cuál sea el escenario argumentativo en que se incardine un determinado caso concreto: cuanto más alto sea el nivel de deferencia exigido mayores posibilidades habrá de que una decisión judicial dirigida a proteger valores constitucionales sustantivos incurra en activismo. El primer escenario argumentativo de la serie —el A— tendrá un nivel de deferencia debida nulo, por cuanto —como se verá después— corresponde a casos en los que la deferencia a las autoridades legislativas o administrativas conlleva simultáneamente la realización de derechos sociales. La figura de la página siguiente busca ilustrar todo esto[3].

Estos cuatro escenarios argumentativos, por cierto, no son tipos de decisiones judiciales necesariamente activistas o necesariamente no activistas, sino que pretenden ser marcos para la aplicación del test del activismo, o sea, para determinar si una determinada decisión incurre o no en activismo judicial.

Pero antes de presentar esta serie de escenarios de deferencia, según he anunciado, recalaré en la cuestión de cuál es el problema capital de la justiciabilidad de los derechos sociales.

---

[3] Las asignaciones numéricas, huelga decir, son arbitrarias.



3. EL PROBLEMA CAPITAL DE LA JUSTICIABILIDAD DE LOS LLAMADOS «DERECHOS SOCIALES», QUE VIENE A SER EL DE TODOS LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1. Como se sabe, en la literatura sobre derechos fundamentales sociales ha sido más o menos frecuente definirlos como aquellos derechos subjetivos cuyos correlatos consisten en deberes positivos a cargo del Estado.

Esta comprensión está presente, por ejemplo, en la teoría de los derechos fundamentales (el *garantismo*) de Luigi FERRAJOLI (2011), para quien los derechos sociales (o «positivos») son aquellos cuya *garantía primaria* consiste en un deber de hacer, es decir, en una obligación a cargo del Estado, mientras que —para el mismo autor— los derechos de libertad (o «negativos») son definidos como los correlativos a garantías primarias consistentes en deberes de no hacer, o sea, en prohibiciones. Así, para el garantismo ferrajoliano, mientras los sociales son derechos que establecen *vínculos* a los poderes públicos, los de libertad les imponen *límites*; los primeros son susceptibles de ser violados solo por omisión y los segundos, en cambio, solo por acción. Para FERRAJOLI, esas dos clases de derechos se diferencian por algo más: los derechos de libertad tienen a sus garantías primarias (prohibiciones correlativas) siempre positivizadas en la Constitución, por lo que una ley contraria a esos derechos va a configurar siempre una *antinomia* ley-constitución. Lo que no ocurre con los derechos sociales, cuyas violaciones van a consistir siempre en *lagunas*, es decir, en la falta de creación legislativa de sus garantías primarias (obligaciones correlativas).

Vistos así los derechos sociales, el problema capital de su justiciabilidad se formularía en estos términos (en adelante, **problema *Pds***): ¿Está justificado que la jurisdicción adjudique un deber positivo correlativo a un derecho social?

3.2. Es muy conocida la distinción tradicional entre, por un lado, los derechos civiles y políticos, cuyos correlatos serían siempre deberes negativos y, por otro lado, los derechos sociales, cuyos correlatos, en cambio, consistirían solo en deberes positivos. Y también son conocidas las objeciones a dicha distinción formuladas por autores

como SHUE (1980), VAN HOOF (1984), CURTIS y ABRAMOVICH (2002). El argumento central de esta crítica *pro derechos sociales* ha sido que tanto con estos como con los derechos civiles y (si bien en distintas proporciones) puede corresponderse un haz de deberes tanto positivos como negativos.

Es claro que esta crítica no disuelve *Pds*, pero sí conduce a replantearlo. Nótese, para empezar, que la «correlación» entre derechos y garantías consiste en una relación *biunívoca* (uno-a-uno) entre derechos y garantías: por ejemplo, FERRAJOLI (2011) concibe a los derechos y a las garantías como figuras deónticas lógicamente equivalentes, por lo que las unas se pueden deducir inmediatamente de las otras conforme al cuadrado deóntico; en consecuencia, los derechos carecen de prioridad frente a los deberes[4]. La crítica *pro derechos sociales*, en cambio, presupone la negación de tal relación biunívoca, puesto que *un* derecho (del tipo que sea) podría corresponderse con *uno o varios* deberes, ya positivos, ya negativos. Esto implica algo crucial: si se acepta la posición de los mencionados críticos, la relación entre derechos y deberes no puede ser ya de carácter esencialmente lógico-deóntico, los derechos ya no pueden ser reducidos a meras figuras deónticas deducibles inmediatamente de los deberes; lo que abre la posibilidad de que los derechos gocen de algún tipo de prioridad frente a los deberes.

En una dirección tal se dirige el ya célebre trabajo de Francisco LAPORTA (1987). Allí, siguiendo a MACCLOSKEY y MARSHALL, él propuso entender los derechos como «títulos» morales, y distinguirlos así de sus «técnicas de protección». Estas últimas consistirían en posiciones hohfeldianas activas (pretensiones, potestades, libertades, inmunidades) y mantendrían con los primeros una relación de fundamentación; o sea, los derechos gozarían de prioridad justificativa —además de conceptual— respecto de sus técnicas de protección:

> Es decir, que no es que [en el caso de las *pretensiones*] tengamos «derecho a X» porque se nos atribuya una acción o se nos reconozca una pretensión con respecto a X, sino que se nos atribuye tal acción y se nos reconoce tal pretensión *porque* tenemos o podríamos tener derecho a X; que no tenemos [en el caso de las *potestades*] derechos sobre otro individuo B porque el sistema nos confiera un poder normativo sobre B, sino que nos confiere tal poder *porque* tenemos derecho sobre B; que no tenemos [en el caso de las *libertades*] derecho a elegir entre diversos cursos de acción porque tengamos normas de libertad al respecto, sino que tenemos esa libertad normativa *porque* tenemos derecho a elegir; que no tenemos [en el caso de las *inmunidades*], en fin, derecho a mantener cierto estatus normativo porque los demás carezcan del poder de cambiar las normas que definen este status, sino que estos carecen del poder de cambiar esas normas *porque* tenemos derecho a tal status (LAPORTA, 87: 27 y s.).

Serían, por tanto, esas técnicas de protección con estructura hohfeldiana, y no los derechos que las fundan, las que tendrían correlación lógica con las respectivas posiciones hohfeldianas pasivas (deberes, sujeciones, no derechos, incompetencias).

Con esto, y por lo que respecta a los *deberes fundamentales* (los correspondientes a las *pretensiones* fundamentales), los derechos fundamentales dejan de ser meras figuras deónticas correlativas a tales deberes, como sucedía en la teoría de FERRAJOLI, y pasan a ser los bienes o valores morales que dotan de justificación a esos deberes; es

[4] Aunque, a este respecto, FERRAJOLI parece haber cambiado de opinión en FERRAJOLI y RUIZ MANERO, 2012: 57 y ss.

decir, entre derechos fundamentales y deberes fundamentales no hay más una relación de índole *lógico-deóntica*, sino *axiológica*. Y, en tal virtud, ya no tiene sentido afirmar que un determinado derecho (sea civil y político, sea social) es «positivo» o «negativo»: esto puede predicarse únicamente de sus técnicas de protección con estructura hohfeldiana y, por ende, de los deberes correlativos a estas últimas. Así, a un mismo derecho fundamental puede corresponderle uno o varios deberes fundamentales, ya positivos, ya negativos. De manera que, por un lado, habrá deberes negativos que se fundamenten en derechos sociales (como, por ejemplo, la prohibición de interferir en la libertad sindical), cuya adjudicación no conlleva una problemática muy intensa; y, por otro lado, la problemática de la adjudicación de deberes positivos, de mayor grado que la anterior, deja de ser exclusiva de los «**d**erechos **s**ociales» y pasa a serlo de todo tipo de **d**erechos **f**undamentales.

Por tanto, *Pds* puede reformularse de la siguiente manera (**problema *Pdf***): ¿Está justificado que la jurisdicción adjudique un deber positivo anclado axiológicamente en un derecho fundamental?

3.3. Robert ALEXY (2002) etiqueta como «derechos a prestaciones en sentido amplio» a los derechos que se tienen a un acto positivo del Estado, es decir, a los derechos que son el correlato de deberes positivos. Y llama «derechos a prestaciones en sentido estricto» o «derechos sociales» a los que tienen por correlato a acciones positivas *fácticas*, es decir, no consistentes en actos normativos. De lo que se sigue que ALEXY, al igual que FERRAJOLI, llama derechos a las que LAPORTA denomina técnicas de protección. Pero eso no implica que ALEXY se distancie, como sí ocurre con el garantismo ferrajoliano, de la distinción entre lo que es un derecho fundamental y lo que son sus técnicas hohfeldianas de protección. Lo que ocurre es que la terminología alexyana elije llamar «derechos» a estas últimas y «razones para derechos» a las titulaciones (bienes, valores morales) de LAPORTA.

Lo anterior permite acotar la problemática capital de los derechos sociales a la adjudicación de prestaciones en sentido estricto (en adelante, «prestaciones fundamentales» o simplemente «prestaciones»), dejando fuera a las acciones positivas que no traen consigo gravamen para los recursos, más o menos escasos, del Estado. Entenderemos, entonces, por «prestaciones» a las acciones consistentes en una transferencia monetaria y/o en el suministro de un servicio a cargo del Estado.

Adicionalmente, ALEXY distingue entre dos tipos de prestaciones que podrían ser objeto de adjudicación con fundamento en un derecho social: las prestaciones provenientes de reglas *explícitamente estatuidas* por la autoridad normativa competente y —en caso de laguna ferrajoliana— las prestaciones establecidas por reglas *argumentativamente adscriptas*.

Todo esto conduce a precisar *Pdf* en el sentido siguiente (**problema *Pdf'***): ¿Está justificado que la jurisdicción adjudique una prestación, aunque ella no provenga de una regla explícitamente estatuida, sino de una regla argumentativamente adscripta por el hecho de estar anclada axiológica y directamente en un derecho fundamental?

3.4. Nótese que, de acuerdo con *Pdf'*, la adjudicación de una cierta prestación presupone la existencia de una *regla* —estatuida o adscripta— que establezca el

correspondiente deber prestacional con anclaje en el *bien* o *valor moral* en que consiste un determinado derecho fundamental. Hemos asumido (congruentemente con FERRAJOLI y ALEXY) que el contenido de tales deberes prestacionales son *acciones*, por lo que la reglas de las que hablamos son, más precisamente hablando, *reglas de acción*, en la terminología de ATIENZA y RUIZ MANERO (2004). Quienes consideran también como «piezas» del Derecho, junto a estas últimas, a las que llaman *normas de fin*. Como indica su denominación, estas no mandan ejecutar determinadas acciones, sino alcanzar ciertos *fines*, es decir, *estados de cosas* producidos mediante acciones.

La incorporación de esto último a nuestro análisis permite precisar que los deberes prestacionales suponen la producción de *reglas de acción* (en adelante, «reglas prestacionales»). Y permite, además, incorporar algo nuevo: La «progresividad» de los derechos fundamentales —y no solo de los llamados «derechos sociales»— demanda la producción gradual de reglas prestacionales; este proceso, no obstante, se halla sujeto, por un lado, a un criterio de valoración y, por otro, a un parámetro normativo. Aquel criterio viene dado por el *bien* o *valor moral* en que consiste el derecho fundamental. Y aquel parámetro normativo consiste en la *norma de fin* que prescribe alcanzar un determinado estado de cosas en orden a la realización del derecho fundamental, estado de cosas respecto del cual las *reglas prestacionales* operan como medios.

De esta manera, *Pdf'* puede precisarse todavía más (**problema *Pdf"***): ¿Está justificado que la jurisdicción adjudique un deber prestacional, aunque este no provenga de una regla de acción autoritativa, sino de una regla de acción adecuada para el cumplimiento de una norma de fin axiológica y directamente anclada en un derecho fundamental?

3.5. Así pues, *Pdf"* sería el problema capital que buscábamos identificar. Los escenarios que serán presentados a continuación, como ya se anticipó, se componen de sendos problemas centrales que vienen a ser plasmaciones del mencionado problema capital de los derechos fundamentales. Es decir, todos ellos versan sobre la *adjudicación de prestaciones* basadas en derechos fundamentales (en adelante, «prestaciones fundamentales»).

4. UNA SERIE DE ESCENARIOS ARGUMENTATIVOS PARA LA APLICACIÓN DEL TEST DEL ACTIVISMO

4.1. Escenario A: de la adjudicación por mera subsunción

Partamos del siguiente caso[5]: Talía, cuando tenía tres años, fue tratada de una dolencia grave en un hospital público, donde le hicieron una transfusión que la contagió de SIDA. Pocos años después, cuando el director de la escuela en la que ella estudiaba supo que la niña padecía dicha enfermedad, le impidió asistir a clases «has-

[5] Basado en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 1 de septiembre de 2015, en el caso *González Lluy y otros vs. Ecuador* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

ta que se solucione el problema». Sin embargo, la constitución que cobija a Talía, en su art. 58, establece una regla según la cual el Estado tiene la obligación de brindar instrucción primaria gratuita a todos sus ciudadanos en virtud del derecho fundamental a la educación. De manera que el Estado habría violado una regla prestacional expresa.

Casos como este corresponden al escenario argumentativo A, cuyo **problema central** es el siguiente: ¿Está justificado adjudicar una prestación fundamental dispuesta por una regla de acción? La argumentación conducente a solucionar el problema tendrá, entonces, como **razón operativa vertebradora** y —a la vez— **focal** a la susodicha *regla de acción*. Por lo que la forma de la justificación será necesariamente subsuntiva: Será obligatorio adjudicar a Talía la prestación de instrucción primaria gratuita, ordenando su inmediata readmisión en la Escuela, siempre que su caso se incardine en las condiciones de aplicación de la regla del art. 58 de la Constitución[6].

Los casos correspondientes al escenario A, por tanto, serán siempre casos fáciles, pues lo que se pone en cuestión es la aplicabilidad o no de una regla prestacional a un cierto caso concreto, pero no la validez de dicha regla. En este escenario, además, los valores formales, que apoyan la deferencia al edictor de la regla prestacional, no colisionan con los valores sustantivos, que apoyan el contenido de dicha regla, por lo que no hay interferencia jurisdiccional de ningún tipo. Por ello, el **nivel de deferencia debida** es necesariamente *nulo* (ejemplificativamente, 0X).

4.2. Escenario B: de la adjudicación por ponderación

Veamos otro caso[7]: el art. 58 de la Ley de Seguridad Social de un país establece entre las condiciones para acceder a la pensión de viudedad que quien lo reclame haya estado casado por el fuero civil con el cotizante fallecido durante quince años. María estuvo casada con su esposo fallecido durante veinte, pero no por el fuero civil, sino por el rito gitano. Y por ello, a pesar de que los demás requisitos estaban cumplidos, el Estado le denegó la pensión de viudedad.

Si sometiéramos este caso al escenario A, constataríamos que la regla prestacional establecida en el citado art. 58 no es aplicable al caso de María y, por tanto, no está justificado adjudicar la prestación en cuestión en el marco del escenario antedicho. Sin embargo, casos como el de María podrían incardinarse en el escenario argumentativo B, que tiene como **problema central** el siguiente: ¿Está justificado adjudicar una prestación fundamental dispuesta por una regla de acción que excluye de su ámbito de aplicación al caso concreto *sub judice*, pero que su inclusión *prima facie* se cimienta, por un lado, en un principio en sentido estricto (y sus valores subyacentes) y, por otro lado, en un derecho fundamental?

---

[6] He usado como ejemplo una regla prestacional contenida en una disposición constitucional. Sin embargo, en el escenario A caben también reglas prestacionales establecidas por disposiciones infraconstitucionales, incluidas las regulaciones atinentes a programas sociales específicos.

[7] Basado en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3.ª), de 8 de diciembre de 2009, en el caso *Muñoz Díaz c. España*.

La argumentación enderezada a solucionar dicho problema central tendrá dos **razones operativas vertebradoras**. En primer lugar, y como **razón operativa focal**, un *principio en sentido estricto* que apoya la inclusión del caso concreto en el ámbito de aplicación de la regla prestacional. Los principios en sentido estricto son normas de acción que ATIENZA y RUIZ MANERO (2004) diferencian de las reglas de acción porque mandan ejecutar o no ejecutar determinada acción con carácter meramente *prima facie* y no de manera perentoria. En primer lugar, los principios en sentido estricto que intervienen como razones operativas vertebradoras en el escenario B son, entre otros, el principio de no discriminación y el de no regresividad de derechos. Y, en segundo lugar, un *derecho fundamental* en cuanto bien o valor sustantivo. En este marco y volviendo al ejemplo reciente, la regla prestacional del art. 58 de la Ley de la Seguridad Social puede ser remodelada con miras a incluir el caso de María teniendo por fundamentos al principio de no discriminación y al derecho fundamental a la seguridad social. De manera que estará justificado adjudicar a María la pensión de viudedad solo si su derecho a la seguridad social (y otros conexos, como los derechos colectivos de la etnia gitana), conjuntamente con el valor de la igualdad, subyacente al principio de no discriminación, consiguen vencer en la ponderación a valores formales como la seguridad jurídica y la división de poderes, que apuntan a mantener la exclusión envuelta en el artículo recientemente citado.

Generalizando esto último: la adjudicación de la prestación fundamental, en el escenario B, es posible solo si el peso del derecho fundamental en juego (y sus conexos), conjuntamente con el peso de los valores constitucionales subyacentes al principio en sentido estricto también en juego, es *suficientemente* superior al peso de los principios que operen en sentido contrario. Si bien se observa, el escenario B configura una particular ponderación en torno a la adscripción o no de una regla prestacional que viene a ser una extensión (y, por tanto, un fragmento) de una regla prestacional de partida (en nuestro ejemplo, el art. 58 de la Ley de Seguridad Social). Esto indica que, en este escenario, a diferencia del A, las razones para la deferencia son divergentes de las razones para la interferencia. Las primeras vienen dadas por el socavamiento hipotético de valores formales y las segundas, en el de valores sustantivos. El grado mínimo de socavamiento de estos últimos requerido para que la deferencia jurisdiccional a las autoridades legislativas y administrativas deje de ser obligatoria va a depender de un cierto **nivel de deferencia debida** propio de este escenario argumentativo. El cual, en mi opinión, es *bajo* (ejemplificativamente, 1X) en comparación con los escenarios subsiguientes, ya que, a diferencia de aquellos, en este existe ya una regla prestacional y de lo que se trata simplemente es de corregir una exclusión normativa notoriamente arbitraria: no es que las autoridades legislativas o administrativas han usado defectuosamente su discrecionalidad, es que no la tenían para excluir el caso en cuestión del ámbito de aplicación de una regla prestacional establecida por ellas mismas.

4.3. Escenario C: de la adjudicación por adecuación restringida

Ahora tomemos este caso[8]: Sonia emigró a la metrópoli de un país bastante más desarrollado que el suyo; ahí quedó embarazada de su hijo Jordi, quien nació con encefalopatía no evolutiva, que le afectaba la visión, la audición y la motricidad. Para cuidar de él, Sonia tuvo que renunciar a conseguir un trabajo que le permitiese sufragar una vivienda. Fue beneficiaria de un subsidio habitacional concedido por el Municipio de acuerdo con el Reglamento del Programa para «Familias en Situación de Calle», en el que se fijaba en un año la duración máxima del subsidio, prorrogable solo por un año más; lapso que, en el caso de Sonia, ya se había cumplido; y ninguna otra prestación habitacional estaba disponible en su ciudad de acogida. Su carencia de medios para sufragar una vivienda, sin embargo, no se había superado.

Claramente, este caso no puede enmarcarse ni en el escenario A ni en el B, pues no existe una regla prestacional que sirva como punto de partida para la adjudicación por vía de subsunción o de ponderación. No obstante, casos como el de Sonia podrían encuadrarse en el escenario argumentativo C, cuyo **problema central** sería este: ¿Está justificado adjudicar una prestación que, si bien no está dispuesta por una regla de acción ni está sustentada en una extensión interpretativa de aquella, constituye sin embargo un medio adecuado para el cumplimiento de una regla de fin conexa con una directriz anclada en un derecho fundamental?

Aquí las **razones operativas vertebradoras** son varias: Para empezar, y como **razón operativa focal**, está una *regla de fin*. Como ya se adelantó, las *normas* de fin mandan alcanzar determinados *estados de cosas* mediante la elección discrecional de acciones, por tanto, la argumentación basada en ellas no tiene la forma ni de la subsunción ni de la ponderación, sino de la adecuación (*vid.* ATIENZA, 2006, *passim*): dado un determinado fin a conseguir, hay que justificar la elección del medio más idóneo posible. Siguiendo con alguna libertad a ATIENZA y RUIZ MANERO (2004), las normas de fin son de dos tipos, reglas de fin y directrices; se diferencian entre sí porque «en la aplicación de las reglas de fin (a diferencia de lo que ocurre con las directrices) [...] debe lograrse tal fin en la mayor medida posible (o en una determinada medida), sin preocuparse de cómo afecte a otros fines; dicho de otra manera, hay cierto grado de discrecionalidad, pero no deliberación en sentido estricto» (ATIENZA, 2006: 221; *vid.* también LIFANTE VIDAL, 2002). Esta distinción podemos ilustrarla mediante el caso de Sonia. Al Parlamento Municipal le está impuesta la *directriz* de realizar en la mayor medida posible el *derecho fundamental* a la vivienda de los habitantes de la Ciudad, para lo que debe dictar las líneas maestras de la política pública en la materia junto con la asignación presupuestaria correspondiente, proporcionadamente con lo establecido para otras directrices pertinentes. Mientras que al Ejecutivo Municipal le está impuesta una regla de fin inscrita en la política pública y presupuesto fijado previamente por el Parlamento Municipal, regla que manda diseñar los medios más idóneos posibles para satisfacer los objetivos especificados en dicha política de vivienda. De manera que la regla prestacional establecida en el Reglamento del Programa para «Familias en Situación

[8] Basado en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, de 24 de abril de 2012, en el caso *Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo.*

de Calle» (el subsidio habitacional), emitido por el Ejecutivo Municipal, constituiría el medio más idóneo posible para alcanzar los objetivos de la política establecida por el Parlamento Municipal. Esto puede describirse como una suerte de cadena de razones: regla prestacional - regla de fin - directriz - derecho fundamental. Tratándose del escenario C, como se ha visto, inexiste una regla prestacional, por lo que las razones operativas vertebradoras serán, una regla de fin, una directriz y un derecho fundamental.

Retornando al caso de Sonia, la ausencia de una regla prestacional aplicable a su caso puede interpretarse como el incumplimiento de la regla de fin antes señalada; es decir, puede argumentarse que el no establecimiento de prestaciones adicionales al subsidio para «Familias en Situación de Calle» por parte del Ejecutivo Municipal constituye un ejercicio defectuoso del poder discrecional —sobre este concepto, *vid.* LIFANTE VIDAL, 2002— que le viene conferido por la regla de fin que ordena alcanzar los objetivos de la política de vivienda fijada por el Parlamento Municipal mediante la elección (discrecional, pero no arbitraria) de los mejores medios disponibles. Junto a esto, es posible sostener también que, para corregir tal deficiencia en el uso del poder discrecional, está justificado que la jurisdicción adjudique una determinada prestación a favor de Sonia, acuñando así una regla de acción que obligue a realizar dicha prestación en todos los casos en que se presenten las propiedades relevantes del caso de Sonia. Dicha regla prestacional vendría a ser, pues, un medio ineludible para el cumplimiento de la mencionada regla de fin impuesta al Ejecutivo Municipal. En este sentido, puede afirmarse que, en el escenario C, la adjudicación se efectúa —de manera primordial— mediante una adecuación restringida efectuada por la jurisdicción; pues tiene que practicarse dentro de los límites institucionales (incluidos los presupuestales) vinculados a la regla de fin de que se trate, límites enmarcados, a su vez, en el cumplimiento de una directriz anclada en un derecho fundamental.

Conforme a lo dicho párrafos arriba, toda interferencia jurisdiccional consistente en una adjudicación prestacional por adecuación restringida está *prima facie* prohibida, por lo que se justificará solamente si el peso del derecho fundamental en juego (y el de sus conexos) es *suficientemente* superior que el de los valores formales que operan en sentido contrario. Puesto que la adjudicación propia del escenario C conlleva un grado de socavamiento de los valores formales superior al del escenario B, pero inferior —como se mostrará— que el escenario D, el **nivel de deferencia debida** atribuible al escenario que nos ocupa es, en mi opinión, *medio* (ejemplificativamente, 3X). Hay al menos dos parámetros que cuentan a la hora de ponderar si el socavamiento de los valores sustantivos en juego superan o no al socavamiento alternativo de los valores formales en colisión; vale decir, a la hora de apreciar si la decisión judicial es o no activista. En primer lugar, el *grado de vulnerabilidad* del titular del derecho debe ser alto; en nuestro ejemplo, Sonia era una mujer pobre y madre soltera de un niño gravemente discapacitado, por lo que era menos difícil de justificar la adjudicación de una prestación a ella que a un hombre desempleado, soltero y sin hijos. Y, en segundo lugar, el *costo marginal* inherente a la adjudicación prestacional debe ser bajo (*vid.* GROSMAN, 2008: 33); en nuestro ejemplo, era menos difícil de justificar la adjudicación a Sonia de una prestación consistente en la renovación del subsidio para «Familias en Situación de Calle» que en el alojamiento en una habitación de hotel por encima de ese costo.

4.4. Escenario D: de la adjudicación por adecuación ampliada

Tomemos, finalmente, el siguiente caso[9]: Irene vivía en un asentamiento informal; ella y sus vecinos habitaban en chabolas, sin agua ni cloacas, y solo el 5 por 100 de esas chabolas tenían electricidad. En tales condiciones, ninguna autoridad tenía atribuido, mediante una regla de fin, el poder discrecional de alcanzar la máxima realización posible del derecho a la vivienda de los habitantes de aquel asentamiento informal.

Claramente, para casos como este el escenario C resulta inapropiado. Pero sí lo es el escenario D, en el que se plantea el siguiente **problema central**: ¿Está justificado apremiar el diseño de reglas que fin que conduzcan, a su vez, a la acuñación de una regla prestacional con fundamento en una directriz anclada en un derecho fundamental, cuando ninguna regla prestacional aplicable al caso está dispuesta por una regla de acción, ni está sustentada en una extensión interpretativa de aquella, ni constituye un medio adecuado para el cumplimiento de una regla de fin?

En nuestro caso, la jurisdicción debía considerar si estaba justificado o no apremiar a los órganos estatales pertinentes para que diseñen e implementen, en el marco de los recursos disponibles, un programa integral y coordinado que asegure progresivamente el derecho a la vivienda de Irene y sus vecinos. Tal apremio podía consistir, entre otras cosas, en el establecimiento de órganos responsables, plazos perentorios, mecanismos obligatorios de deliberación pública, estándares mínimos de calidad prestacional, medidas de supervisión, etc. (desde luego, no constituye apremio alguno la simple exhortación a los órganos legislativos y administrativos para que avancen como a bien tengan en la realización de los derechos). En términos normativos, esto se traduce en el apremio para el diseño de reglas de fin y para el cumplimiento de estas mediante la acuñación de prestaciones fundamentales; la adjudicación de estas prestaciones, entonces, ya no es directa como en los escenarios anteriores, sino indirecta. Las **razones operativas vertebradoras**, en el escenario que nos ocupa son: por un lado y como **razón operativa focal**, una *directriz* y, por otro lado, el *derecho fundamental* en el que esta se ancla. La decisión de apremiar a los órganos legislativos y administrativos en la forma indicada se justificará siempre que el grado de socavamiento hipotético de este derecho fundamental sea *suficientemente* mayor que el socavamiento hipotético de los valores formales en contrario; y este último será mayor cuanto más intenso sea el apremio. A mi juicio, el hecho de que el escenario D implique para la jurisdicción incursionar de lleno en el ámbito de la política de derechos, hace que el correspondiente **nivel de deferencia debida** sea, comparado con los anteriores, *alto* (ejemplificativamente, 7X).

4.5. Síntesis

Lo expuesto sobre los cuatro escenarios de adjudicación de derechos fundamentales puede expresarse, en suma, de la siguiente manera:

[9] Basado en la Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica, de 4 de octubre de 2000, en el caso *República de Sudáfrica vs. Grootboom*.

	Escenario A ***De la adjudicación por subsunción***	**Escenario B** ***De la adjudicación por ponderación***	**Escenario C** ***De la adjudicación por adecuación restringida***	**Escenario D** ***De la adjudicación indirecta***
Problema central	¿Está justificado adjudicar una prestación fundamental dispuesta por una regla de acción?	¿Está justificado adjudicar una prestación fundamental dispuesta por una regla de acción que excluye de su ámbito de aplicación al caso concreto *sub judice,* pero que su inclusión *prima facie* se cimienta, por un lado, en un principio en sentido estricto (y sus valores subyacentes) y, por otro lado, en un derecho fundamental?	¿Está justificado adjudicar una prestación que, si bien no está dispuesta por una regla de acción ni está sustentada en una extensión interpretativa de aquella, constituye sin embargo un medio adecuado para el cumplimiento de una regla de fin conexa con una directriz anclada en un derecho fundamental?	¿Está justificado apremiar el diseño de reglas que fin que conduzcan, a su vez, a la acuñación de una regla prestacional con fundamento en una directriz anclada en un derecho fundamental, cuando ninguna regla prestacional aplicable al caso está dispuesta por una regla de acción, ni está sustentada en una extensión interpretativa de aquella, ni constituye un medio adecuado para el cumplimiento de una regla de fin?
Razones operativas nucleares	— Regla prestacional (razón focal).	Por un lado: — Principio en sentido estricto (razón focal). — Valores subyacentes a dicho principio. — Derecho fundamental. Por otro lado: — Valores formales opuestos.	— Regla de fin (razón focal). — Directriz. — Derecho fundamental.	— Directriz (razón focal). — Derecho fundamental.
Nivel de deferencia debida (grado de socavamiento de los principios formales)	Nulo (ø)	Bajo (1X)	Medio (3X)	Alto (7X)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., 2002: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta.

ALEXY, R., 2002: *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ATIENZA, M., 2005: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

— 2006: *El Derecho como argumentación,* Barcelona: Ariel.

— 2017: «Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: Una defensa del constitucionalismo postpositivista», *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid: Trotta, 117-146.

ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., 2004: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos,* 2.ª ed., Barcelona: Ariel.

FERRAJOLI, L., 2011: *Principia iuris,* t. I, Madrid: Trotta.

FERRAJOLI, L., y RUIZ MANERO, J., 2012: *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid: Trotta.

GROSMAN, L., 2008: *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la constitución*, Buenos Aires: Libraria.

LAPORTA, F., 1987: «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4: 23-46.

LIFANTE VIDAL, I., 2002: «Dos conceptos de discrecionalidad jurídica», *Doxa*, 25.

LOZADA, A., 2016: «El postpositivismo de la "optimización": sobre el concepto de principio jurídico de R. Alexy», *Doxa*, 39: 227-252.

SHUE, H., 1980: *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton: Princeton University Press.

SUMMERS, R. S., 1978: «Two Types of Substantive Reasons. The Core of a Theory of Common Law Justification», *Cornell Law Review*, 63: 707-788.

VAN HOOF, G. J. H., 1984: «The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views», en P. ALSTON y K. TOMAŠEVSKI (eds.), *The right to Food,* Dordrecht/Utrecht: Martinus Nijhoff, 97-110.