




ESTIMACIONES  
(PARA CORREGIR)

Dra. Ana Julia  
**Milicic**

*Fiscal Adjunta del M.P.A.*

myf

488



# Los Derechos Humanos y el rol de los Jueces en las modernas democracias

### El avance del constitucionalismo: la reconfiguración del Estado y sus órganos de gobierno

Con el avance del constitucionalismo (proceso jurídico y político que procura la racionalización del poder político y la limitación del gobierno a través de la ley, para el respeto de los derechos individuales y colectivos) la concepción que se sostenía sobre muchos derechos constitucionales ha cambiado de manera significativa. Tal es así que, modernamente, a muchos derechos se les otorga una nueva mirada gracias a la interpretación que corresponde realizar a la luz del bloque de normas con jerarquía constitucional (instaurado en nuestra Carta fundamental en 1994, a través del art. 75, inc. 22). Ciertamente, fue la jerarquización constitucional que recibieron ciertos tratados de derechos humanos como consecuencia de la reforma constitucional de 1994 lo que permitió el proceso de “**judicialización de la Constitución**”, el cual procura se concrete el “**derecho de la Constitución**”. Ya no se concibe a la Constitución

solamente como un instrumento de racionalización del poder político que otorga el marco del proyecto político fundamental a ser realizado por los poderes constituidos, sino que hoy en día la Constitución Nacional es vista principalmente como una carta que aglutina principios, valores, derechos fundamentales que tienen a la persona y a su dignidad como centro.

La jerarquización constitucional de determinados tratados de Derechos humanos ha implicado la receptación de la **dignidad humana como un paradigma básico fundamental para el ejercicio de cualquier otra libertad**. Dentro de esta concepción es que podemos hablar del **principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana**. Este principio procura que toda persona sea principio, sujeto y fin de toda organización política, de toda política pública. Por lo cual, vemos al humanismo con uno de los principales valores a ser defendidos desde el derecho constitucional.

Es decir, el escenario ha cambiado y es a raíz de esta fuerza irradiante y la

trascendental concepción que se tiene de los derechos humanos en la actualidad, que la postura clásica que sostenía que muchos derechos catalogados como programáticos era derechos en expectativa hasta que se dé su reglamentación legislativa, ha sufrido un **cambio de paradigma interpretativo**, lo cual ha incidido radicalmente en la interpretación de todos los derechos, incluidos los sociales. Se reconoce el **derecho de todos a la satisfacción de las necesidades existenciales mínimas** (salud, educación, vivienda digna, a la estabilidad laboral y a la seguridad social, entre otros). Por lo tanto, ahora podemos afirmar firmemente que todos los derechos plasmados en la Constitución son operativos y que exigen efectiva realización material. El Estado tiene un deber de aseguramiento positivo, por lo que, ante su violación o falta de virtualidad es posible interponer una acción judicial encaminada a vencer los obstáculos que impiden su ejercicio.

En efecto, luego de los históricos y atroces acontecimientos mundiales que sufrió la humanidad durante el

siglo XX bajo los diferentes regímenes totalitarios (nazismo, fascismo, franquismo, estalinismo, entre otros), **la comunidad internacional logró ponerse de acuerdo acerca del reconocimiento normativo que merecían los derechos humanos.** Había quedado demostrado que los Estados, que debían ser los encargados de garantizar las libertades y derechos fundamentales establecidos por el derecho interno, se habían convertido en aparatos de represión y violadores sistemáticos de los mismos, transfigurándose en Estados Terroristas. Estas terribles e inhumanas formas de conducción estatal provocaron la **necesidad internacional de generar pautas comunes de comportamiento exigibles a nivel supranacional.** Se logró, a través del reconocimiento de los derechos humanos, proporcionar un marco común de normas y valores básicos universales a asegurar por la comunidad internacional. La Carta de las Naciones Unidas fue el punto de partida del progresivo reconocimiento normativo de la dignidad de la persona humana. El reconocimiento de la universalidad de los derechos huma-

nos no sólo establece estándares mínimos de comportamientos exigidos a los Estados, sino que **también instituye procedimientos jurisdiccionales de complementación supranacional** de las competencias y jurisdicciones internas en materia de derechos humanos, lo cual supuso la instauración de **estructuras de control** necesarias para la consolidación y plena vigencia del respeto a la dignidad y al valor de la condición humana.

Fue así que los sistemas regionales europeo (Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Roma, 1950) y americano (Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1969) implementaron la constitución de tribunales regionales con competencia para entender en presuntas violaciones imputables a los Estados partes de esos Convenios. Toda violación al derecho internacional de los derechos humanos genera responsabilidad internacional del Estado transgresor. Esto significa que el compromiso por parte de los Estados no implica meramente la aceptación

de un catálogo de derechos considerados imprescindibles para toda persona, sino que sobre todo conlleva la asunción estatal de obligaciones en aras a garantizar el respeto, la protección y la adopción de medidas tendientes a su realización. Es decir, si bien es sumamente valioso que se haya dado un acuerdo internacional y posterior regulación normativa de los derechos humanos en diferentes catálogos, debe puntualizarse que su aceptación establece **obligaciones ineludibles para los Estados**, los cuales deben actuar de determinada manera y abstenerse de ciertos actos.

### **Asunción de una nueva dinámica de gobierno**

Este cambio de paradigma normativo e interpretativo generado a raíz de la instauración del bloque de constitucionalidad, sin dudas tiene sus repercusiones en el ámbito interno de los Estados, puesto que al complementarse el control de convencionalidad con el control de constitucionalidad, tal situación ha llevado a que **todos los dere-**

**chos y garantías constitucionales y convencionales tengan mayor fuerza expansiva y operativa.** De modo tal que ello ha significado que aquéllos derechos constitucionales que antaño no podían ser reclamados por ser considerados “meramente programáticos”, o aquellas cuestiones que antes eran consideradas “meramente políticas”, actualmente no sólo se las pueden demandar judicialmente sino que también se ha generado un cambio en los roles tradicionales de los órganos de gobierno, los cuales han sido objeto de una dinámica transformación. En el plano político, se han dado profundas transformaciones como consecuencia de la crisis del sistema representativo a partir de la decadencia y debilitamiento de los partidos políticos, el desvanecimiento de espacios de mediación política, el fuerte protagonismo que encarnan las nuevas tecnologías aplicadas a la información y comunicación (mass y social media), que han llevado a la exteriorización y visibilidad de diversos pluralismos y la erosión de identidades e ideologías fijas. Así como antiguamente se aspiraba al establecimiento de valores ho-

mogéneos (uniformidad), actualmente se procura la concientización de la existencia de una multiplicidad de intereses dispersos (diversidad y pluralidad). **El sistema de protección de los derechos humanos contribuye a evolucionar el rol que debe asumir el Estado a través de todos sus órganos internos y las respuestas que debe dar a las diversas demandas sociales.**

Ante este panorama, se concibe que **el Estado se ha transformado y el órgano judicial no ha quedado excluido del cambio.** En efecto, esta metamorfosis ha significado una reconfiguración de la histórica función del órgano judicial como poder moderador en los conflictos que pudieran suscitarse entre los poderes legislativo y ejecutivo, **pasando a ser un poder depositario de una alta demanda de expectativas sociales, interventor en el control y ejecución de las políticas públicas estatales, erigiéndose inclusive en promotor de las mismas.** Esta renovadora transformación del rol del juez, es fácilmente advertible ante el elevado índice de litigiosidad y ante la alta demanda de actuación del

órgano judicial en conflictos sociales, económicos y políticos con efectos en la comunidad política. Los órganos políticos de origen popular directo se hallan mucho más orientados a la satisfacción de intereses en lo inmediato y los grandes problemas sociales se trasladan principalmente al órgano judicial, el cual no está sometido a procesos electorales.

Desde el Estado ya no se plantea un proyecto general con estabilidad, sino que ante una organización social fragmentada en razón del creciente pluralismo, **el sistema de gobierno democrático exige una nueva gobernanza**, es decir, nuevas formas en las cuales el Estado deba intervenir en la realidad, trascendiendo las categorías clásicas de atribución de funciones de gobierno.

El robustecimiento de derechos, producido a través del proceso de jerarquización constitucional de un gran número de tratados internacionales de derechos humanos, generó mayores instrumentos en manos de los ciudadanos y posibilidades de partici-

pación a fin de poder reclamar jurídicamente ante el órgano judicial.

En este marco necesariamente se debe plantear que **existe un nuevo rol judicial**, donde los jueces tienen una función diferente a la de ser meros aplicadores de una norma prefijada que da solución a un conflicto a través de una resolución jurídica definitiva. En otras palabras, **en estos contextos los jueces asumen la gran responsabilidad de ser los articuladores de políticas públicas generadas por los órganos políticos, llegando inclusive a ser los promotores de políticas públicas ante ausencia de las mismas**. Este cambio también produce consecuencias en el proceso judicial, el cual ya no será biface (donde encontremos la parte demandante y la parte demandada) sino que se darán nuevas formas procesales como la realización de audiencias públicas, *amicus curiae*, intervención de diferentes actores procesales con diversa representación estatal y social (configurándose así un proceso judicial multipartes), donde **las decisiones en políticas públicas asumen un carácter de provisionalidad y revisabilidad**.

La tarea judicial escapa a la interpretación racional-normativa para la obtención de una respuesta jurisdiccional a través de una resolución judicial. Ahora los jueces van a tener a su cargo el control de causas judiciales en las cuales se va a analizar: el proceso de toma de decisión en diferentes materias de políticas públicas (relativas al medioambiente, tarifas de servicios públicos esenciales, educación, vivienda, etc.), el desarrollo de las mismas, el control de razonabilidad y de legalidad de las medidas que se adopten dentro del proceso de implementación y el examen de responsabilidad que corresponde en razón de su efectiva ejecución.

Por lo cual, indudablemente **el rol de los jueces ha variado enormemente**. Resolver un conflicto social supone una tarea mucho más compleja y delicada que dar una respuesta jurídica tras la aplicación del silogismo normativo. Y si bien puede sostenerse que la consagración constitucional de derechos programáticos implica la fijación de estándares y objetivos de actuación para el Estado (metas que el Estado debe ase-

gurar), ello tampoco supone que ante la ausencia de reglamentación el Estado nada puede o deba realizar.

En resumen, debemos tener en cuenta que a raíz de los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional se permite la exigibilidad en concreto de cierto contenido esencial de todos los derechos, en particular de los derechos sociales, económicos y culturales (DECS) y que esa exigibilidad implica su plena justiciabilidad. Esto significa sencillamente que los DECS se pueden reclamar en sede judicial. Por lo tanto, hoy podemos afirmar que los derechos sociales son justiciables, que **los derechos sociales son derechos humanos exigibles**.

**¿Se puede controlar judicialmente la ejecución o inejecución de políticas públicas por parte del Estado? ¿Existe el control judicial de las políticas públicas?**

Por un lado, debe tenerse en cuenta que la ejecución de políticas públicas

depende del presupuesto de los Estados y éste, por definición, es limitado. Por otro lado, debe señalarse que la protección judicial de los derechos sociales no debe ser equiparada al activismo judicial. Entonces **¿hasta qué punto el goce y disfrute de los derechos sociales puede quedar librado al proceso político, y hasta qué punto los tribunales poseen legitimidad para incidir en las políticas públicas?**

En primer lugar, cabe señalar que el avance del control judicial de las políticas públicas no debe ser entendido como la sustitución del legislador o del administrador por parte del juez, sino como un reconocimiento a la función que realmente le cabe al órgano judicial, que es la de controlar la actuación de los órganos estatales conforme a la Constitución Nacional y tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. Cuando se acude la órbita judicial es porque las demás vías se hallan obstruidas o cerradas, es la última instancia, puesto que el acceso a la justicia no es sencillo y mucho menos económico. Además, debe

precisarse que el abordaje de las políticas públicas por parte del órgano judicial generalmente se instrumenta a través de la vía del amparo, para cuestiones urgentes que los órganos políticos legislativo y ejecutivo no pudieron resolver. Se presentan demandas judiciales o amparos para obtener tutela jurisdiccional en cuanto al otorgamiento de protección para el ejercicio de determinados derechos fundamentales. Por ejemplo, vemos que se acude a la justicia ante casos donde se quiere establecer un límite a la superpoblación carcelaria, cuando se demandan mayores controles a las industrias y gobiernos para el control de la contaminación y mejora del medioambiente, cuando se controvierte qué tipo de educación deben brindar las escuelas públicas, etc.

Por lo tanto, hoy por hoy podemos afirmar que **existe un achicamiento de las cuestiones políticas no justiciables**. Nuestra experiencia institucional ha mostrado una tendencia hacia la reducción de la órbita de no intervención del órgano judicial en las llamadas “cuestiones políticas”.

Progresivamente la función judicial se fue extendiendo en determinadas materias que antaño eran consideradas exclusivamente políticas, y en la actualidad se ha avanzado hasta incluso abordar el control de las omisiones de los órganos legislativo y ejecutivo en cuanto a la falta de satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales. Es decir, ya no sólo se da la revisión judicial de los actos del estado sino que también se examinan las omisiones a los deberes que se tienen que cumplir en aras de velar por la protección y aseguramiento de los derechos constitucionales y convencionales. Es por eso que al presente podemos afirmar firmemente **la plena justiciabilidad de los derechos sociales**.

En el contexto actual, el Poder Judicial posee injerencia en el desarrollo de políticas públicas, quizás a diferentes niveles y con distintos grados que el legislador o el administrador, pero esta realidad debe ser reconocida sin lugar a dudas. Es admite la intervención judicial en materias en las cuales no hubiera podido darse años

atrás. Si bien el control judicial de las políticas públicas ha ido evolucionando con prudencia, admitiéndose la autolimitación que le cabe al juzgador en muchos aspectos de la política social, lo cierto es que el Poder Judicial (con la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la cabeza) ha intervenido en diferentes casos en los que se ha ordenado desarrollar o modificar políticas públicas. Se trata de un proceso en evolución, ya que esta tendencia ha sido imitada por los tribunales inferiores, tanto del fuero federal, nacional, provincial y de la C.A.B.A.

### **Derechos sociales y políticas públicas: ¿cuál es el fundamento que le otorga legitimidad al control judicial de las políticas públicas?**

Sin lugar a dudas es el **"bloque de constitucionalidad"**, instaurado con la reforma de la Constitución Nacional de 1994, el que **actúa como eje que habilita el control judicial de las políticas públicas**. No debemos perder de vista que el control judicial de las políticas públicas tiene como prin-

cipal misión procurar la operatividad concreta de los principios y valores de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional a través de la interpretación judicial.

El derecho progresa y procura tutelar cada vez más a la persona en su dignidad, en su humanidad, y es en este marco donde podemos ver que la interpretación judicial juega un rol crucial. En efecto, los jueces son primordialmente quienes deben custodiar el respeto y cumplimiento por todos los órganos del poder de los principios y valores fundantes, respondiendo a las reales y concretas exigencias de una sociedad globalizada, pluralista, con diversidad cultural, desigualdad social, con mayor individualismo y reconocimiento de autonomías personales. De lo que se debe tener consciencia es que el gobierno ya no se encuentra limitado únicamente por la norma constitucional sino también por mandatos y principios que surgen del bloque de convencionalidad, los cuales habilitan un examen judicial expansivo de las acciones y omisio-

nes del Estado, pudiendo el órgano judicial controlar y hasta promover políticas públicas.

La tarea que deben llevar a cabo los jueces se basa en mantener vigentes en concreto aquellos principios y valores fundamentales que surgen del bloque de constitucionalidad. Los jueces deben dar respuestas a las reales exigencias de una sociedad democrática, pluralista, globalizada, dinámica, participativa como la actual, lo cual supone un mayor activismo judicial y una interpretación legal más creativa y política.

En efecto, ante la crisis de representatividad del Poder Legislativo, el desprestigio de muchos titulares del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial emerge con un fuerte activismo, al ser los jueces los guardianes de los derechos fundamentales amparados por normas constitucionales y convencionales. Lo que las personas demandan al órgano judicial es la materialización de la justicia, la operatividad de los derechos humanos garantizados por el Estado, que dichos derechos asuman



la forma de una vivienda digna, la posibilidad de recibir educación, mayor calidad de salud, un plato de comida, un ambiente sano, entre otros.

Ante este contexto, los jueces tienen un importante rol que cumplir en cuanto a la protección de los DECS de aquellos sectores excluidos de hecho del proceso político. No se trata de llevar la gestión de las decisiones políticas de los órganos legislativo y ejecutivo ante los tribunales, sino del control jurisdiccional del cumplimiento de sus obligaciones jurídicas (constitucionales, convencionales y legales).

### **Procesos judiciales colectivos y el control judicial de las políticas públicas**

Con frecuencia, en análisis de las políticas públicas se da en el marco de procesos judiciales colectivos, en los cuales la implementación de la sentencia requiere que el órgano judicial avance sobre el accionar o las omisiones de los órganos ejecutivo y legislativo. Estos tipos de procesos judiciales

suelen ser complejos e intervienen múltiples partes procesales.

La denominada justicia colectiva ha tenido su origen en Estados Unidos, ante demandas judiciales entabladas con el objeto del reconocimiento de la igualdad material en el ejercicio de los derechos civiles, políticos y sociales de determinados grupos sociales, que han sido canalizadas ante la judicatura mediante litigios complejos (complex litigation) o litigios de reforma estructural (structural reform). Estos procesos colectivos se han implementado en casos como la segregación racial en el sistema educativo, las condiciones de las instituciones carcelarias y psiquiátricas, las acciones para combatir la discriminación de género y por discapacidad, acciones en defensa de consumidores y usuarios, en defensa del medioambiente, entre otros.

**Una de las principales características de estos procesos judiciales colectivos es que versan sobre la aplicación o inaplicación de políticas públicas, es decir que, lo que se**

**halla bajo la lupa es si los DECS se encuentran vulnerados por ciertas condiciones generales o estructurales que deberían ser adecuadamente atendidas por el Estado.**

Estos tipos de litigios estructurales permiten a los magistrados judiciales la posibilidad de formar parte de la toma de decisiones acerca de las políticas públicas. Ciertamente, en estos procesos se da la intervención judicial a través del control de la gestión de las políticas públicas, donde el juez generalmente se topa con un primer obstáculo que es la ausencia de normas procesales apropiadas para el tratamiento de conflictos colectivos complejos. En los hechos, no existe regulación procesal sobre el amparo colectivo en nuestro país, por lo cual, tal omisión legislativa se ha visto equilibrada por el activismo judicial.

Los jueces, al decidir sobre la razonabilidad de una política pública, deberán evaluar:

**a) si existen políticas públicas destinadas a atender los DESC, y en caso**

**afirmativo, si las medidas adoptadas son adecuadas para lograr el resguardo del contenido mínimo de los DESC;**

**b) si representan un desarrollo progresivo del disfrute de los DESC;**

**c) si se dispone del máximo de los recursos estatales para el cumplimiento de tales obligaciones;**

**d) si la aplicación de los recursos disponibles es adecuada a los fines de garantizar la igualdad, no discriminación, la participación de las personas afectadas, el acceso a la información y la tutela judicial de las mismas.**

**Los DESC requieren una acción positiva estatal.** La inacción de los órganos legislativo y ejecutivo provoca que los reclamos sociales se canalicen judicialmente ante la judicatura, al ser los jueces los guardianes últimos de las normas con jerarquía constitucional. La tutela judicial de los DESC supone una trascendencia colectiva, que se traduce en la realización de acciones efectivas por parte del Estado que sin dudas exceden el mero reclamo individual. Es por ello que **los jueces efectúan el control**

**judicial de políticas públicas en el marco de procesos colectivos,** donde necesariamente deben aplicarse métodos de diálogos entre las diferentes reparticiones públicas con el objeto de arribar a soluciones estructurales. **En el campo de los DESC, se habilita la judicialización de la política.** El órgano judicial debe intervenir ante la insuficiencia de la actividad gubernativa, y en este contexto, los tribunales judiciales exhortan o exigen a los órganos legislativo y ejecutivo que adopten determinadas acciones positivas de políticas públicas, dentro de determinados plazos, para satisfacer los DESC.

Así como la declaración de inconstitucionalidad o inconveniencia de una norma es concebida como la última ratio a la cual debe acudir un juez a la hora de efectuar una interpretación en pos de favorecer la aplicación de un derecho, cuando nos encontramos ante las omisiones de los otros órganos de gobierno, la judicatura debe siempre buscar una solución equilibrada que impida convertirse en una intromisión imprudente en

las atribuciones de los otros poderes. Debe existir un máximo de cautela por parte del activismo judicial. Los representantes de origen electivo pueden elegir entre diferentes alternativas para proteger los DESC, pero no están habilitados a omitir toda clase de política pública.

**Gestionar una política pública no es lo mismo que realizar una interpretación judicial de normas a través de silogismos, razonamientos y argumentaciones.** Por el contrario, cuando la judicatura interviene en el control de las políticas públicas, tal tarea implicará mayor creatividad por parte del juez, quien deberá combinar una serie de decisiones, diseñar un plan de acción con el involucramiento de diferentes áreas gubernamentales, medir sus responsabilidades, considerar una gran cantidad de variables que escapan al análisis tradicional del órgano judicial. Esta intervención judicial se hace en un marco de coordinación y diálogo con las autoridades demandadas. Por otro lado, si existen partes que no fueron emplazadas,

el juez deberá darles intervención, puesto que la resolución del conflicto se genera a partir de la colaboración de todas las partes o terceros que sean útiles en el desarrollo y ejecución de la política pública. **La sentencia judicial condenatoria procura no sólo declarar la afectación a los DESC sino también brindar remedios generales o estructurales para evitar su reiteración. Por lo cual, la ejecución de toda sentencia colectiva demanda flexibilidad.**

El control de la implementación de la política pública conlleva una evaluación de los resultados obtenidos, donde pueden modificarse las decisiones oportunamente acordadas y consensuadas por las partes cuando ello sea necesario. En efecto, en esta etapa se da la rendición de cuentas pero siempre dentro de un marco de diálogo institucional, donde se analizarán los avances en la concreción de las metas trazadas, las razones invocadas por las partes sobre los tiempos y formas de cumplimiento y/o incumplimientos de las responsabilidades establecidas. En esta fase, el juez deberá analizar

la razonabilidad de las justificaciones de los retrasos o incumplimientos de las partes, debiendo promover y encauzar las alternativas necesarias y útiles para lograr la ejecución de la sentencia en aras de dar satisfacción a la protección y garantía de los DESC. Esencialmente, la principal función del juez será la de ejercer un control que asegure la continuidad de la implementación de la política pública definida.

Por lo cual, podemos concluir que así como en la etapa del dictado de una sentencia condenatoria el juzgador analiza la situación reclamada por los demandantes y la respuesta estatal para determinar –previo control de constitucionalidad y convencionalidad- si existe responsabilidad ante la afectación de los DESC (rol de control judicial clásico); una vez que se dicte una sentencia condenatoria, el rol que asuma el juez será de coordinación, debiendo mediar para lograr acuerdos entre las partes al ejercer su revisión, pudiendo incluso retrotraer etapas o modificar decisiones previamente adoptadas si así lo re-

quieran las coyunturas que se presenten. Esta particularidad propia de los procesos colectivos, donde el control judicial se manifiesta en un ámbito de diálogo interorgánico e interdisciplinario, en el cual prima el consenso en la adopción de las acciones más adecuadas para alcanzar las metas establecidas en la sentencia condenatoria, vemos que se aplacan las tensiones que genera la intervención judicial en competencias propias del ejecutivo y legislativo, ajustándose al verdadero diseño trazado por las Constitución Nacional. **Es aquí donde radica el desafío de un Poder Judicial moderno, en poder encontrar un equilibrio en los términos en los cuales se desarrolla el diálogo institucional en materia de políticas públicas justiciables.**

En los procesos colectivos que versen sobre bienes colectivos o sobre intereses individuales homogéneos que producen efectos regulatorios generales, la sentencia judicial debe establecer cuáles son las competencias del órgano ejecutivo y del legislativo que deberán ser asumidas en el diseño y

ejecución de las políticas públicas. El órgano judicial intervine cuando la implementación de una política pública o la ausencia de la misma lesionan derechos fundamentales. De modo tal que, **la intervención judicial se traducirá en un diálogo democrático que se canalizará a través de un proceso judicial**, ello a fin de promover la efectiva tutela de derechos constitucionalmente reconocidos, pudiéndose fijar plazos o modalidades de control.

### **Conclusión: no existen cuestiones sociales no justiciables**

La judicialización de los derechos sociales ha implicado que los tribunales judiciales no se limiten meramente a realizar un examen de constitucionalidad clásico, sino que se ha justificado el avance del control de constitucionalidad y de convencionalidad sobre la razonabilidad de las políticas públicas implementadas por los poderes políticos. Esto es, cuando se halle en juego la demanda de protección de un DESC, al juez ya no le bastará efectuar un análisis

normativo, sino que deberá articular un accionar judicial dialógico con los otros órganos políticos, regulando la intervención de los actores y la fijación de parámetros de acción. En definitiva, el órgano judicial ya no debe circunscribir su actuación al ejercicio de un control de constitucionalidad restrictivo (como legislador negativo) sino que se demanda que su función sea ejercida de manera constructiva (como legislador positivo), coordinando y participando de la agenda pública, contribuyendo en la configuración de aquellas políticas públicas cuando exista responsabilidad estatal por omisión constitucional. En concreto, el Poder Judicial debe construir una nueva dinámica a raíz de la cual pueda implementar esta necesaria acción institucional.

Es por ello que, **cuando estamos ante la judicialización de los DESC, nos encontramos ante una verdadera expresión de la democracia deliberativa**. En efecto, frente a los DESC: no hay cuestiones sociales no justiciables. El control de razonabilidad a cargo de los jueces permite compatibilizar la

división de poderes, la discrecionalidad política de los órganos ejecutivo y legislativo, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos requieran la tutela judicial en casos de desamparo.

La justiciabilidad de los derechos sociales debe estar guiada por el control y protección de la igualdad estructural de oportunidades. El proceso judicial será entonces un proceso dialógico, en el cual la intervención judicial ya no se manifestará a través de la invalidación total de una norma inconstitucional o de un decreto de la administración. Por el contrario, **en los procesos en donde estén en juego los DESC, los jueces pueden y deben adoptar medidas que promuevan el proceso de deliberación pública en vistas a asegurar una igualdad estructural de oportunidades**. Cuando la justicia se enmarca en un proceso dialógico propio de la democracia deliberativa, se desarrolla el diálogo institucional necesario para la instrumentación de políticas públicas constitucionales y convencionales inclusivas. ■