

# ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES CONSTITUCIONALES POSITIVOS

**Proportionality analysis in the protection of positive constitutional economic and social rights**

CARLOS BERNAL<sup>1</sup>  
Universidad de La Sabana (Colombia)  
cbernal1@udayton.edu

## Cómo citar/Citation

Bernal, C. (2025).

Análisis de proporcionalidad en la protección de los derechos económicos y sociales constitucionales positivos.  
*Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 29(2), 45-76.  
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.29.2.02>

## Resumen

Este artículo plantea un modelo de análisis de proporcionalidad para la aplicación de derechos económicos y sociales constitucionales positivos. Este modelo es clave para responder a tres preguntas: (i) Primero, ¿cuál es el alcance de la competencia de los tribunales constitucionales para determinar el contenido sustantivo de los

---

<sup>1</sup> Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Dayton y de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana (Colombia), y comisionado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Exmagistrado de la Corte Constitucional de Colombia. Dirección de correo electrónico: cbernal1@udayton.edu. Agradezco a Richard Albert, Robert Alexy, Carsten Bäcker, Martin Borowski, Virgilio Afonso Da Silva, Victor Ferreres, Malcolm Langford, Lawrence Sager y Katharine Young por sus valiosos comentarios a borradores de este artículo. Fueron también de gran ayuda los comentarios que recibí en el simposio sobre derechos fundamentales, realizado en Bayreuth (Alemania) para celebrar el 75 cumpleaños de Robert Alexy, y en el seminario del grupo de estudios constitucionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas, en Austin.

derechos económicos y sociales constitucionales positivos cuando los titulares de los derechos alegan que sus destinatarios han violado esos derechos mediante el incumplimiento de las obligaciones que estos traen consigo? (ii) Segundo, ¿cómo deben fundamentar los tribunales constitucionales la determinación de ese contenido sustantivo? Y, (iii) tercero, ¿cómo deben los tribunales constitucionales elegir los medios apropiados de protección de los derechos cuando ellos mismos han establecido una violación de estos derechos?

### **Palabras clave**

Proporcionalidad; ponderación; derechos económicos y sociales; derechos constitucionales.

### **Abstract**

This article outlines a model of proportionality analysis for the adjudication of positive constitutional economic and social rights. This model is the key for answering three questions: (i) First, to what extent constitutional courts hold the power to determine the substantive content of positive constitutional economic and social rights, when the right-holders claim that their addressees have violated those rights by failing to comply with what they require? (ii) Second, how constitutional courts should ground the determination of that substantive content? And, (iii) third, how constitutional courts should choose appropriate remedies when they have established a violation of one of those rights.

### **Keywords**

Proportionality; weighing; economic and social rights; constitutional rights.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DEL CONTENIDO SUSTANTIVO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES POSITIVOS: 1. La tipología de las disposiciones constitucionales que contienen derechos económicos y sociales. 2. La falta de determinación de los derechos económicos y sociales constitucionales positivos. 3. La anulación judicial y la determinación del contenido sustantivo de los derechos sociales positivos. III. LA ESTRUCTURA DEL ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD Y LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO SUSTANTIVO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES: 1. El análisis de proporcionalidad y las libertades. 2. La proporcionalidad en la aplicación de los derechos sociales. 3. Un modelo dialógico de proporcionalidad para la aplicación constitucional de los derechos económicos y sociales positivos: 3.1. *El análisis interpretativo*: 3.1.1. *La inclusión prima facie*. 3.1.2. *Un análisis de las razones de la falta de satisfacción del derecho en el nivel más alto razonable*. 3.1.3. *Una ponderación normativa*. 3.2. *El análisis empírico*. 4. Proporcionalidad y recursos deliberativos para reparar las violaciones positivas a los derechos sociales. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

La institucionalización de los derechos económicos y sociales positivos en las constituciones (en adelante: derechos sociales positivos), junto con la asignación a los tribunales constitucionales y supremos de la competencia para hacerlos cumplir, da lugar a tres preguntas centrales: (i) la pregunta sobre el contenido sustantivo, (ii) la pregunta sobre la justificación y (iii) la pregunta sobre las órdenes idóneas para reparar las vulneraciones a los derechos sociales.

La pregunta sobre el contenido sustantivo es si los tribunales constitucionales tienen competencia para determinar el contenido sustantivo de los derechos sociales positivos, cuando los titulares de los derechos alegan que sus destinatarios los han violado, al desconocer las obligaciones correlativas. En caso de una respuesta positiva, surge la pregunta sobre la justificación: ¿cómo deben fundamentar los tribunales constitucionales la determinación de ese contenido sustantivo? Los tribunales han utilizado varios criterios para fundamentar sus decisiones al respecto. Entre ellos cuentan la razonabilidad, el núcleo mínimo y el análisis de proporcionalidad. En este sentido, surge la pregunta de cuál de estos criterios es el más adecuado. Finalmente, se plantea la pregunta sobre los remedios: ¿cómo deben los tribunales elegir los recursos apropiados para reparar las violaciones a los derechos sociales positivos?

Estas preguntas son centrales para la decisión de casos constitucionales reales. Dos ejemplos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia pueden ayudar a explicar este punto. En San José Campo de Lajas, una pequeña aldea del municipio de Sardinata, en el Catatumbo, una región empobrecida por el conflicto interno colombiano, unos estudiantes de primaria y secundaria utilizaban un viejo puente para ir a la escuela. Debido a fallas estructurales, el puente dejó de ser transitable. Ante esta adversidad, un maestro de la escuela comenzó a ayudar a los estudiantes a cruzar el río a pie o mediante el uso de botes rudimentarios. Esta solución trajo consigo un nuevo desafío: el río estaba infestado de caimanes. El peligro era latente. Un día un caimán atacó a una joven, que perdió la vida.

La personería del municipio interpuso una acción de tutela y solicitó el amparo del derecho fundamental a la educación de los niños involucrados, así como la reconstrucción del puente. El juez de primera instancia rechazó la demanda, con el argumento de que el municipio había respondido formalmente al peticionario y había aducido falta de recursos.

Debido a la gravedad del peligro para los estudiantes, la Corte Constitucional seleccionó el caso para su revisión. El problema jurídico central consistía en determinar si la omisión de las autoridades, es decir, la decisión de no reconstruir el puente constituía una violación del derecho a la educación. El art. 67 de la Constitución Política de Colombia garantiza el derecho a la educación. La jurisprudencia constitucional ha interpretado este artículo de conformidad con la Observación General N.º 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, y ha reconocido que este derecho tiene una dimensión como derecho de protección. En esta dimensión, el derecho a la educación comprende los componentes de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. En este caso particular se encontraba en juego el componente de la accesibilidad. A este respecto, la educación debe ser accesible para todas las personas. El acceso se refiere tanto a la dimensión física como económica.

Este caso puede iluminar el significado y el alcance de las preguntas antes planteadas. La pregunta sobre el contenido sustantivo se concreta en determinar qué autoridad tiene la competencia para determinar si el puente debe ser reconstruido: la Administración pública o la Corte Constitucional. En segundo lugar, la pregunta sobre la justificación indaga cómo debe fundamentar la Corte Constitucional la decisión que adopte para solucionar el caso. En fin, la pregunta sobre los remedios es: ¿cuál sería un remedio adecuado para cumplir con el requisito de accesibilidad del derecho a la educación de los peticionarios? ¿Es apropiado reconstruir el puente? ¿Es suficiente? ¿Cómo deben ir los estudiantes a la escuela mientras tanto?

Un segundo ejemplo proviene de la Sentencia T-91/2018 de la Corte Constitucional de Colombia. Diez estudiantes solicitaron a las autoridades educativas de un pequeño pueblo que abrieran una escuela secundaria. El Ministerio de Educación Nacional denegó la solicitud. El Ministerio adujo restricciones financieras y que un decreto que condiciona la apertura de una escuela secundaria a que por lo menos haya veintidós estudiantes listos para avanzar a este nivel educativo. Tras la negativa, los estudiantes interpusieron una acción de tutela solicitando la protección de su derecho a la educación.

Para resolver el caso, la Corte Constitucional tenía por lo menos tres posibilidades. En primer lugar, en cuanto a la pregunta del contenido sustantivo, la Corte habría podido ser deferente a las autoridades políticas y dejar en sus manos la decisión definitiva. De esta manera, la Corte habría podido acatar el decreto y rechazar la pretensión de ordenar la apertura de la escuela secundaria. Alternativamente, la Corte habría podido afirmar que los estudiantes tenían el derecho específico de tener una escuela secundaria en su pueblo. Sin embargo, esta pregunta se encuentra íntimamente ligada con la pregunta referente a la justificación. ¿Cómo se debe justificar cualquiera de esas decisiones? Por último, se encuentra la pregunta sobre los remedios a adoptar, a saber, la necesidad de determinar si la forma más adecuada de proteger el derecho es, efectivamente, ordenando la construcción de una nueva escuela secundaria en la localidad.

Atribuir una solución a estos interrogantes sobre el contenido sustantivo, la justificación y los recursos tiene relevancia tanto teórica como práctica. Desde el punto de vista teórico, este artículo muestra que, a pesar de tan diversas y valiosas contribuciones existentes en la literatura, todavía hay un vacío sobre por qué el análisis de proporcionalidad es útil para responder esas preguntas y, más importante aún, qué modelo de análisis de proporcionalidad está a disposición de los tribunales constitucionales para la aplicación de los derechos económicos y sociales positivos. Desde la perspectiva práctica, esbozar un modelo de proporcionalidad para responder a las preguntas anteriores puede ayudar a los tribunales constitucionales a tomar decisiones más racionales y eficaces, y que también sean más respetuosas de los principios de separación de poderes y del Estado de derecho.

Dentro de este marco, este artículo defiende tres tesis: la tesis de la supremacía judicial, la tesis de la proporcionalidad y la tesis de las soluciones dialógicas. De acuerdo con la tesis de la supremacía judicial, en una democracia constitucional, las autoridades políticas (a saber, la rama legislativa y la Administración pública) tienen competencia *prima facie* para determinar el contenido sustantivo de los derechos económicos y sociales constitucionales positivos. Sin embargo, los tribunales constitucionales tienen supremacía para anular la decisiones legislativas y administrativas cuando las autoridades

políticas adopten decisiones desproporcionadas en relación con el contenido sustantivo de los derechos sociales. Ahora bien, el uso del poder de anulación presupone la capacidad de los tribunales para identificar cuándo las autoridades toman decisiones desproporcionadas. Esto vincula la primera tesis con el uso del análisis de proporcionalidad. Luego, este artículo afirma que el análisis de proporcionalidad es el criterio más adecuado del que disponen los tribunales para fundamentar sus decisiones sobre el contenido sustantivo de los derechos económicos y sociales constitucionales positivos. El artículo también describe un modelo de análisis de proporcionalidad que puede servir para ese propósito. En comparación con los criterios de razonabilidad y el núcleo mínimo, el análisis de proporcionalidad crea un mayor grado de transparencia en el razonamiento judicial, interfiere menos en la separación de poderes y tiene en cuenta la desventaja epistémica de los jueces para la determinación del contenido sustantivo de esos derechos. Finalmente, la tesis de las soluciones dialógicas señala que el modelo de análisis de proporcionalidad, que incluye elementos de involucramiento y deliberación significativos, también es más adecuado para guiar la selección de las soluciones disponibles, que permitan reparar las violaciones de los derechos sociales positivos.

Para fundamentar estas tesis, este artículo tiene la siguiente estructura. La segunda parte aborda la pregunta sobre el contenido sustantivo. En esa parte, se analiza el tema de la determinación judicial del contenido sustantivo de los derechos económicos y sociales positivos. Este análisis proporcionará una justificación para la tesis de la supremacía judicial. La tercera parte analiza de forma crítica la literatura existente sobre el tema de si los tribunales deben utilizar el análisis de proporcionalidad para justificar la determinación del contenido sustantivo de los derechos sociales positivos. Adicionalmente desarrolla un modelo de análisis de proporcionalidad que resulta adecuado para la aplicación de esos derechos. La cuarta parte aborda el planteamiento de las soluciones dialógicas.

## **II. LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DEL CONTENIDO SUSTANTIVO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES POSITIVOS**

### **1. LA TIPOLOGÍA DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES QUE CONTIENEN DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES**

La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales se ha convertido en una estrategia generalizada para abordar los problemas de pobreza, las necesidades básicas insatisfechas, la falta de recursos para asegurar una vida digna y una distribución desigual de oportunidades y riquezas (King, 2012: 11).

Las constituciones han adoptado diversas formas para proteger los derechos económicos y sociales. Algunas constituciones han incluido disposiciones que institucionalizan derechos no justiciables o meramente declarativos, es decir, derechos que los tribunales no pueden hacer cumplir. Esas constituciones facultan solo a las autoridades políticas para determinar el contenido sustantivo de los derechos económicos y sociales. Las decisiones de esas autoridades son definitivas, es decir, no pueden ser objeto de impugnación por vía judicial.

Las constituciones también pueden ofrecer una protección por vía judicial a los derechos económicos y sociales. Este tipo de institucionalización constitucional es muy importante en contextos en los que históricamente las autoridades políticas se han mostrado reticentes a garantizar esos derechos por medio de políticas económicas y sociales. Existen varios ejemplos en América Latina. Uno de ellos aparece en los arts. 42 a 77 de la Constitución Política de Colombia de 1991. Estos artículos garantizan la protección por vía judicial de los derechos constitucionales de los niños, las mujeres embarazadas, los adolescentes, las personas de la tercera edad, las personas con discapacidad, así como los derechos a recibir una pensión, a la atención médica, la vivienda, la recreación, el trabajo digno y la educación. La Corte Constitucional ha señalado que todas las personas están facultadas para hacer uso de la acción de tutela para exigir el cumplimiento de esos derechos.

Las disposiciones que institucionalizan la protección judicial de los derechos económicos y sociales constitucionales se fundamentan en diversos tipos de posiciones jurídicas (Alexy, 2022a: 173). Como lo explica Michelman (2008: 670), dichas disposiciones fundamentan tres tipos de posiciones para los titulares de derechos. Ellas son: posiciones de no interferencia del Estado y otros individuos con respecto al acceso y disfrute de los derechos sociales por parte de su titular, de acuerdo con las condiciones adecuadas y beneficiosas ya reconocidas en la constitución y en la ley (pretensiones negativas); posiciones relativas a la igualdad de acceso y disfrute de los derechos sociales para todos sus titulares (pretensiones de igualdad); y posiciones sobre la promoción, protección, disfrute y garantía del acceso de los titulares de derechos a los niveles adecuados de protección y acceso a los beneficios conferidos por los derechos económicos y sociales (pretensiones positivas) (Shue, 1980: 120). Las posiciones positivas se correlacionan con las obligaciones gubernamentales para garantizar que las personas puedan ejercer el derecho pertinente y evitar que otras personas limiten el derecho (Barak, 2012: 46).

Este artículo se centra en las pretensiones positivas los derechos constitucionales económicos y sociales. En esta dimensión, estos derechos son posiciones jurídicas que tienen una estructura triádica en la que un titular ostenta un poder jurídico frente a un obligado, quien, correlativamente, tiene

una obligación. El objeto del poder jurídico y, al mismo tiempo, de la obligación, es una acción que el obligado debe realizar a favor del titular del derecho o a favor de un tercero (Alexy, 2009: 10). La realización de la acción en un modo determinado conducirá a la satisfacción del derecho en un determinado nivel.

## 2. LA FALTA DE DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES CONSTITUCIONALES POSITIVOS

Como sucede con todo tipo de derechos, en palabras de Dworkin, los casos de aplicación judicial de derechos sociales positivos son a veces casos difíciles (Dworkin, 1975: 1958). Son casos en los que la Constitución no determina la acción que el obligado debe desarrollar para satisfacer el derecho. Esto se debe a las circunstancias lingüísticas e institucionales en las que se desarrolla la aplicación de estos derechos. Estas circunstancias incluyen el hecho de que las disposiciones constitucionales que institucionalizan los derechos sociales positivos son vagas, ambiguas y de textura abierta; que estos derechos pueden entrar en colisión con otros derechos o principios constitucionales; que puede haber desacuerdos sobre la forma apropiada de resolver esas colisiones; que los objetivos establecidos por las disposiciones que institucionalizan derechos sociales están condicionados por su implementación jurídica y por la expedición de políticas públicas, por una planificación técnica, la construcción de infraestructura y gastos; finalmente, que, dependiendo del sistema de control de constitucionalidad existente, puede haber un control de constitucionalidad positivo, abstracto o concreto de los derechos sociales, y las decisiones de los jueces sobre estos derechos pueden variar según el tipo de control.

Con respecto a la indeterminación, las constituciones, en general, institucionalizan derechos sociales positivos abstractos e incondicionales en lugar de listas específicas de acciones concretas que deben realizar las instituciones públicas y privadas obligadas por estos derechos. Además, algunas disposiciones constitucionales protegen esos derechos de manera flexible. Las constituciones garantizan el acceso a los beneficios en lugar de establecer ciertos beneficios *per se*. Por ejemplo, las secciones 26 y 27 de la Constitución de Sudáfrica otorgan «acceso» a una vivienda adecuada, servicios de atención de la salud, alimentos y agua suficientes y seguridad social. Otras disposiciones confieren derechos sobre determinados bienes. Por ejemplo, el art. 30 de la Constitución de Ecuador otorga a cada persona el derecho a una «vivienda adecuada». Disposiciones como esta última describen los bienes a los que tienen derecho las personas de forma genérica. Por lo tanto, la pregunta relevante, en casos como el de este ejemplo, es: ¿cuál es el significado de

«adecuada» en el contexto del art. 30 de la Constitución de Ecuador? Además, algunas disposiciones constitucionales exigen la creación de políticas, como una «política de salud» (art. 32 de la Constitución de Ecuador) o un «plan de vivienda» (art. 51 de la Constitución Política de Colombia). A pesar de su valor discursivo potencial, no describen los detalles de las políticas relevantes ni cuándo deben expedirse. Finalmente, esas disposiciones constitucionales no suelen especificar cómo considerar las restricciones financieras ni la escasez de recursos para asignar los beneficios de todos los derechos sociales positivos a una amplia gama de titulares de derechos.

Además, la mayoría de las disposiciones constitucionales sobre derechos económicos y sociales carecen de determinación sobre el nivel y el modo de satisfacción de los derechos positivos exigidos por la Constitución. Mientras que el nivel de cumplimiento se refiere a las metas específicas que las autoridades políticas y los poderes privados obligados deben cumplir (por ejemplo, proveer educación primaria, intermedia y secundaria gratuita para todos), el modo de cumplimiento se refiere a los medios apropiados que se requieren para alcanzar ese nivel (por ejemplo, un sistema de escolarización pública, un sistema de escolarización mixto público y privado, o un sistema de escolarización privada con becas públicas). En consecuencia, es difícil identificar, en abstracto y en casos concretos de control de constitucionalidad, lo que puede llamarse el «opuesto jurídico definitivo» (Lübbe-Wolff, 1998: 323). Este concepto se refiere a la conducta lícita que deben llevar a cabo los obligados para cumplir con lo que exigen los derechos sociales positivos en juego en cada caso. Para establecer si un derecho ha sido violado y cómo reparar la violación, los jueces primero deben determinar cuál es el contrario jurídico definitivo.

### **3. LA ANULACIÓN JUDICIAL Y LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO SUSTANTIVO DE LOS DERECHOS SOCIALES POSITIVOS**

Cuando una Constitución protege los derechos económicos y sociales positivos justiciables, las autoridades políticas tienen un poder *prima facie* para determinar el nivel constitucionalmente exigido y el modo de satisfacción de esos derechos. Adicionalmente, los jueces tienen también la facultad de controlar la constitucionalidad de esa determinación y, de ser el caso, anular o declarar inconstitucionales las decisiones del legislador y la Administración pública. El ejercicio de este poder judicial no tendría sentido si los jueces no pudieran anular las decisiones tomadas por las autoridades políticas. Sin el poder judicial supremo, no habría diferencia entre derechos sociales positivos justiciables y no justiciables.

En este punto, la pregunta relevante es: ¿qué criterio metodológico jurídico puede guiar a los tribunales en el uso de la facultad de anular las

decisiones políticas y administrativas que determinan el contenido sustantivo de los derechos sociales positivos? Los jueces que hacen cumplir esos derechos han utilizado los criterios de razonabilidad y del núcleo esencial. Un ejemplo de uso paradigmático de la razonabilidad se encuentra en la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional de Sudáfrica en la aplicación judicial en los casos contenidos en las secciones 26.2 y 27.2 de la Constitución de Sudáfrica de 1996. De acuerdo con estas disposiciones, la Corte Constitucional de Sudáfrica ha sostenido que el alcance de los deberes positivos de las autoridades políticas para lograr la satisfacción de los derechos socioeconómicos está «definido y limitado» por el criterio de razonabilidad (*Minister of Health vs Treatment Action Campaign*, 2002). Este criterio reduce el alcance del poder de anulación judicial y exige que los jueces sean deferentes en extremo con las decisiones tomadas por las autoridades políticas y administrativas. En este sentido, al utilizar el criterio de razonabilidad, los jueces declinan llevar a cabo la tarea de determinar el contenido sustantivo de los derechos económicos y sociales (Bilchitz, 2014: 710). En cambio, los jueces se limitan a analizar si la acción u omisión política o administrativa relevante en cada caso es irracional. Por lo tanto, no sorprende que académicos y jueces hayan sostenido que el criterio de razonabilidad no es suficiente para una protección adecuada de los derechos sociales positivos (Pillay, 2013: 200). Además, después de un análisis del caso *Mazibuko*, un caso clave sobre la dimensión positiva del derecho al agua en Sudáfrica, un comentarista señaló que el uso de la razonabilidad había llevado a la muerte de los derechos socioeconómicos (O'Connell, 2011: 532).

Por esta razón, algunos autores afirman que los derechos sociales positivos deben interpretarse judicialmente mediante la identificación de su contenido mínimo (Bilchitz, 2007). El uso del término «contenido mínimo» es el resultado de un trasplante jurídico propio del dominio del derecho internacional de los derechos humanos (Young, 2008: 113). Según el Comité de Derechos Económicos y Sociales de Naciones Unidas, el contenido mínimo de un derecho social es el correlativo a las obligaciones inderogables del Estado, cuya violación da lugar a responsabilidad internacional objetiva. A nivel nacional, el contenido mínimo también equivale a un conjunto de derechos específicos que deben satisfacerse en cualquier circunstancia. La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ofrece una variedad de ejemplos sobre el uso de este criterio. La Corte adoptó una doctrina de mínimo vital, según la cual, todo ciudadano tiene el derecho fundamental a disfrutar de los medios necesarios para un nivel básico de subsistencia (Sentencia T-760/2008, entre otras).

Un ejemplo sobre la dimensión positiva del derecho fundamental al agua puede ayudar a comprender la forma diversa en que los tribunales utilizan los

criterios de razonabilidad y del mínimo esencial. La Corte Constitucional de Sudáfrica empleó el criterio de razonabilidad en *Mazibuko v. City of Johannesburg* (2009). En ese caso, los ciudadanos de Phiri, un suburbio de Soweto, desafiaron por inconstitucional una política de agua de la ciudad de Johannesburgo. En lugar de una tarifa plana, como se usaba anteriormente, la nueva política ofrecía una provisión de 6 kilolitros de agua por hogar, por mes, sin cargo. Más allá de esta cantidad, los ciudadanos tenían que pagar por adelantado el agua (agua prepago). La ciudad planeó instalar medidores de agua prepago para implementar el sistema.

En la Corte Suprema, Tsoka sostuvo que la instalación de medidores de agua prepago violaba la Constitución, y que la asignación de agua básica gratuita era inadecuada. Se consideró que 6 kilolitros mensuales por hogar equivalen a un promedio de 25 litros por persona, por día, cantidad que se consideró irrazonable. Se evidenció que 6 kilolitros era la cantidad que un hogar utilizaría aproximadamente en dos semanas. El juez Tsoka consideró que los residentes de Phiri deberían recibir 50 litros de agua gratis por persona, por día. Sin embargo, esta decisión no abordó en absoluto el problema de los costos para la ciudad asociados con el aumento de la cantidad de agua gratuita.

Tras la interposición de un recurso de apelación, la Corte Suprema de Apelaciones sostuvo que en Phiri 42 litros de agua por persona por día era una cantidad suficiente. Tras ello, la Corte Constitucional decidió revisar el caso y consideró que la política no violaba la sección 27 de la Constitución. La jueza O'Regan sostuvo que era institucionalmente inapropiado que un tribunal intentara determinar con precisión el margen exacto de protección de cualquier derecho social y económico en particular. Ante esto, la Corte se negó a determinar el contenido sustutivo del derecho al agua y a adjudicar una respuesta exacta a la pregunta de cuál es la cantidad de agua suficiente para satisfacer el derecho. Remitió a la respuesta ya aportada por las autoridades políticas, según la cual resulta suficiente una cantidad mensual de 6 kilolitros por hogar.

Este resultado no es incompatible con los fundamentos teóricos de la razonabilidad como criterio débil y deferente para la interpretación judicial de los derechos. El contenido mínimo constituye un criterio que podría usarse para superar los problemas que enfrenta la razonabilidad. La sentencia T-740/2011 de la Corte Constitucional de Colombia proporciona un ejemplo del uso del contenido mínimo. En este caso la demandante, quien carecía de capacidad económica para pagar la factura del agua, interpuso una acción de tutela y alegó que la suspensión del servicio por parte de la empresa prestadora, una empresa privada de agua, vulneraba su derecho fundamental al agua. Debido a su condición de pobreza, la tutelante solicitó una condo-

nación del pago de las facturas. Basada en el informe de la OMS de 2003, la Corte Constitucional sostuvo que el contenido mínimo del derecho fundamental al agua concede el derecho a cada persona a recibir una cantidad de 50 litros de agua diarios. La Corte ordenó a la empresa demandada que proporcionara a la demandante y a cada miembro de su familia esta cantidad de agua por un período ilimitado sin hacer ningún tipo de cobro. No obstante, añadió que la empresa tiene el derecho a solicitar al Estado el reembolso del 50 % del precio del agua proporcionada a la demandante.

La protección efectiva de un derecho positivo al agua mediante la determinación de su contenido mínimo ofrece algunas ventajas. El control judicial que se lleva a cabo por este medio es más fácil, claro y predecible. La aplicación de este es una cuestión de todo o nada. En una situación concreta, o se cumple con la provisión del contenido mínimo, o no se cumple; por ejemplo, en casos de urgencia, se concede la protección del mínimo vital para subsistir, o lo mismo ante una privación económica extrema. Sin embargo, la claridad de este tipo de aplicación es solo aparente e implica múltiples inconvenientes. Como explica Tushnet, el uso del contenido mínimo exige a los tribunales constitucionales ejercer un escrutinio intenso de las políticas y los programas adoptados por las autoridades políticas (Tushnet, 2004: 1903). El criterio del contenido mínimo atribuye a los jueces una posición de supremacía incuestionable. Terminan determinando el contenido mínimo y, con ello, tomando decisiones sobre el contenido sustantivo, el nivel adecuado y el modo de cumplimiento de los derechos sociales positivos, a pesar de carecer de prioridad epistémica y de legitimación política para representar a los ciudadanos. Esto puede entrar en conflicto con los principios de separación de poderes y de un gobierno representativo y responsable. Las disposiciones que establecen derechos económicos y sociales en realidad no determinan por sí mismas su contenido mínimo. En consecuencia, cuando los jueces se refieren a este concepto, adoptan una determinación que en realidad no existe. Por lo tanto, el uso de este criterio exige a los tribunales, y no a las autoridades políticas elegidas democráticamente, determinar el contenido del núcleo. Los jueces no son políticamente responsables de estas decisiones. Esto socava gravemente la institucionalización de los valores democráticos en la sociedad. Esto también colisiona con la separación de poderes y el principio de eficiencia administrativa. En comparación con las autoridades administrativas, los jueces tienen una desventaja epistémica para determinar las formas más eficientes para satisfacer los objetivos de las políticas.

Además, no existen criterios únicos que sean confiables para determinar el contenido mínimo. El caso colombiano sobre el derecho al agua proporciona una clara ilustración de este argumento. Si bien se acepta que 50 litros diarios de agua por persona es el contenido mínimo del derecho al agua, no

queda claro por qué la Corte Constitucional se considera legitimada para ordenar a una empresa privada que satisfaga este derecho, sin contraprestación económica. Además, el contenido mínimo, al menos en teoría, no es sensible al contexto. En consecuencia, lleva a los tribunales a renunciar a cualquier evaluación de las posibilidades concretas de satisfacer los derechos sociales positivos dentro de un marco macroeconómico específico del Estado. En el caso colombiano de la Sentencia T-740/2011, por ejemplo, la Corte Constitucional no consideró el impacto financiero sistémico de su decisión para las empresas públicas y privadas prestadoras del servicio de agua. Esa decisión se ha convertido en un precedente, cuya ejecución puede ser reclamada por cualquier ciudadano en idénticas o análogas circunstancias. Así, cada ciudadano en situación de vulnerabilidad tiene derecho constitucional a reclamar 50 litros de agua diarios gratuitos. Como consecuencia, las empresas públicas y privadas de agua son ahora las encargadas de financiar el acceso gratuito al agua, al que tienen derecho los ciudadanos en situación de vulnerabilidad.

### III. LA ESTRUCTURA DEL ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD Y LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO SUSTANTIVO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

La teoría de la anulación judicial establece un punto intermedio entre la razonabilidad y el contenido mínimo. De acuerdo con esta postura de anulación judicial, el poder legislativo y la Administración pública tienen una facultad *prima facie* para determinar el contenido sustantivo de los derechos económicos y sociales constitucionales positivos. Sin embargo, los jueces pueden anular ese poder cuando las autoridades políticas intenten determinar el contenido sustantivo de los derechos de una forma desproporcionada. Ahora bien, el uso del poder de anulación presupone que los jueces pueden identificar cuándo las autoridades toman decisiones desproporcionadas. Esto vincula la teoría de la anulación judicial con el uso del análisis de proporcionalidad.

Esto se alinea con un cuerpo de literatura relevante, que sugiere que el uso de la proporcionalidad en la aplicación de los derechos sociales positivos puede, al mismo tiempo, superar las deficiencias de razonabilidad y el criterio del contenido mínimo. Por un lado, la proporcionalidad llevará a los jueces a tomar en serio los derechos sociales positivos y a no ser excesivamente deferentes con las autoridades políticas. Por otro lado, en comparación con el contenido mínimo, el uso del análisis de proporcionalidad creará un mayor grado de transparencia en el razonamiento judicial, interferirá menos con la

separación de poderes y con los principios del gobierno representativo y responsable, y considerará la desventaja epistémica que tienen los tribunales constitucionales para llevar a cabo la determinación del contenido sustantivo de esos derechos. Por lo tanto, también contribuirá a la eficiencia administrativa.

En este sentido, hace algunos unos años, David Bilchitz (2014: 710), por un lado, y Xenophon Contiades y Alkmene Fotiadou (2014: 750), por el otro, sostuvieron una vibrante discusión sobre qué criterio de control es apropiado para justificar decisiones judiciales relativas a la aplicación constitucional de derechos sociales positivos. Bilchitz argumenta que la doctrina del contenido mínimo es la que tiene mayor potencial para consolidar la base doctrinal necesaria para hacer efectivas las obligaciones positivas del Estado, y que la de proporcionalidad es un marco analítico cuya aplicación es imposible sin un estándar sustantivo como el definido por el contenido mínimo. Frente a esta perspectiva, Contiades y Fotiadou reiteran su confianza en el potencial que tiene la proporcionalidad para ocuparse de la aplicación de los derechos sociales y económicos.

El potencial empleo de la proporcionalidad en este contexto da lugar a un interrogante: ¿Qué estructura argumentativa debe tener el análisis de la proporcionalidad para ser utilizado como criterio para la aplicación constitucional de los derechos sociales positivos? Como se discute a continuación, la literatura no ha proporcionado una respuesta satisfactoria a este interrogante. En este artículo, presentaré un modelo de proporcionalidad que dará respuesta a esta pregunta. La estrategia metodológica para desarrollar este modelo aplica una idea central de las *Investigaciones filosóficas* de Wittgenstein (Wittgenstein, 2001, §§ 65-71). Esta idea defiende que pueden existir conceptos aplicables a una instancia paradigmática sobre la base de la semejanza o el parecido de familia (en alemán *Familienähnlichkeit*) (Strawson, 1959). La idea de Wittgenstein es que las entidades encajan en un concepto, y podría pensarse que esto es así porque cumplen con un conjunto de condiciones necesarias y suficientes para tal fin. Sin embargo, en realidad no lo hacen, sino que, en cambio, están conectadas por una serie de similitudes superpuestas, sin que exista entre ellas una propiedad común. En este sentido, cuando se analiza un concepto (como el concepto de juego, utilizado por Wittgenstein), es necesario recorrer los diferentes usos de la palabra por medio de una red de similitudes, superposiciones y entrecruzamientos. No existen límites en el uso del mismo concepto, ni tampoco existen condiciones necesarias y suficientes que puedan compartir todas las entidades que se subsumen en el mismo concepto.

Con fundamento en esta idea, comenzaré por exponer una concepción del análisis de proporcionalidad que ha sido utilizada por los jueces para la aplicación de las libertades. Luego, introduciré algunos ajustes a esa concepción,

que la hacen apropiada para la aplicación de los derechos sociales. Esta estrategia permitirá que el modelo aquí presentado mantenga su parecido de familia con el análisis de proporcionalidad y, al mismo tiempo, se acomode a las propiedades específicas de los derechos económicos y sociales positivos.

## 1. EL ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD Y LAS LIBERTADES

Desde sus orígenes alemanes, el análisis de proporcionalidad ha migrado a través de jurisdicciones y varios campos del derecho (Bernal, 2013: 484). La mayoría de los jueces y doctrinantes lo entienden como un conjunto de tres subprincipios vinculados entre sí: idoneidad, necesidad y ponderación —o proporcionalidad en sentido estricto—. Cada subprincipio establece una exigencia que toda limitación a un derecho fundamental debe cumplir. El subprincipio de idoneidad exige que las limitaciones sean apropiadas para contribuir a lograr un fin legítimo. El subprincipio de necesidad exige que las limitaciones implementen la opción menos restrictiva entre todos los medios que sean igualmente adecuados para lograr el fin perseguido. Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto exige que toda limitación a un derecho fundamental sea capaz de lograr el fin perseguido en una medida que justifique el grado de limitación del derecho. Desde la perspectiva de estos subprincipios, el titular de un derecho fundamental puede alegar que existe una vulneración de su derecho si existe una limitación que incumpla por lo menos una de las exigencias de la proporcionalidad.

Explicaré brevemente las tres etapas del análisis de proporcionalidad en relación con las libertades. Para llevar a cabo el análisis de proporcionalidad se debe partir del supuesto de que una ley, un acto administrativo o una acción de cualquier otro poder público o privado haya limitado una libertad fundamental. Las libertades fundamentales son un conjunto de posiciones jurídicas imputables mediante interpretación al ámbito de aplicación de una disposición de derecho fundamental. La posición jurídica básica garantizada por una libertad fundamental es el derecho de *a* frente a *b* de que *b* no obstaculice que *a* lleve a cabo  $\varphi$ . En esta posición, *a* es el titular del derecho, *b* el titular del deber, es decir, cualquier institución pública o individuo particular obligada por la libertad, y  $\varphi$  cualquier acción protegida por la Constitución. Una limitación de una libertad fundamental es una obstrucción de hecho o de derecho al ejercicio de ciertos aspectos de la libertad protegidos por un derecho fundamental. La realización de cualquier acción por parte de *b* que obstruya el actuar  $\varphi$  de *a*, es una limitación de la libertad de *a* para  $\varphi$ .

Los jueces deben hacer una doble evaluación para establecer si se ha limitado una libertad fundamental: primero, deben evaluar si la acción bajo control representa una obstrucción de una posición jurídica del titular del

derecho; segundo, si esa posición cae dentro del alcance de la protección de una disposición de derecho fundamental. La primera evaluación se denominará la «existencia de la limitación», y la segunda la «interpretación de la disposición constitucional».

Los jueces suelen comenzar por la segunda evaluación. Para ello, analizan el alcance de las disposiciones de derechos constitucionales pertinentes. Las disposiciones de derecho fundamental son enunciados normativos de la Constitución que institucionalizan derechos. Cada uno de esos enunciados tiene un ámbito semántico. El ámbito semántico es un conjunto de posiciones jurídicas y normas que pueden adscribirse a cada disposición por medio de la interpretación. Estas posiciones y normas expresan el significado de las disposiciones de derecho fundamental. Indican qué derechos concretos pueden fundarse en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución.

En casos concretos, la pregunta relevante es si la posición jurídica presuntamente limitada cae dentro del ámbito de una disposición de derecho fundamental. La expresión «caer dentro del ámbito» se puede entender de una manera más restringida o amplia. Un enfoque más amplio ofrece una mayor garantía a los derechos fundamentales. Desde la perspectiva del método de interpretación literal, una comprensión más amplia de los derechos fundamentales permite la inclusión de cualquier posición jurídica dentro del ámbito semántico de una disposición de derecho fundamental si la posición tiene al menos una propiedad que, considerada de forma aislada, vincula la posición con el ámbito semántico de la disposición pertinente.

La segunda pregunta es si la acción objeto de estudio representa una limitación de una posición jurídica del titular del derecho. Desde la perspectiva de una interpretación favorable a los derechos fundamentales, el concepto de limitación también debe interpretarse de una manera amplia. En consecuencia, toda acción de hecho o de derecho que tenga un efecto adverso real o potencial sobre el ejercicio de una libertad debe ser considerada como una limitación de dicha libertad.

Una vez los tribunales han establecido que existe una limitación de una libertad de derecho fundamental, analizan si la limitación puede justificarse. Para tal fin, utilizan el análisis de proporcionalidad. Para empezar, el subprincipio de idoneidad exige que las limitaciones sean adecuadas para contribuir a la consecución de un fin legítimo. Esta definición implica dos elementos: el fin legítimo y la adecuación. Un fin es legítimo si no está prohibido por la Constitución de manera explícita o implícita. Además, la limitación de una libertad de derecho fundamental no procede si no es adecuada, es decir, si no puede contribuir en nada a la consecución del fin legítimo.

Además, el subprincipio de necesidad permite que las autoridades políticas limiten los derechos fundamentales solo mediante la opción menos

restrictiva, entre todas las medidas disponibles, que son igualmente adecuadas para conseguir el fin perseguido. Analizar la necesidad de una limitación implica comparar los medios implementados por las autoridades políticas con medios alternativos. Esta comparación examina si alguno de los medios alternativos disponibles cumple con dos exigencias: si es al menos tan adecuado como el medio elegido para contribuir a la consecución del fin perseguido; y si limita menos el derecho fundamental pertinente. Si algún medio alternativo cumple con estos dos requisitos, los jueces constitucionales deben declarar inconstitucional la limitación objeto de estudio.

Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto exige que toda limitación de un derecho fundamental sea capaz de lograr el fin perseguido en una medida que justifique el grado de limitación del derecho. Este análisis implica una comparación entre el alcance de la limitación del derecho fundamental y el alcance del fin perseguido. Esto se lleva a cabo en dos pasos. El primero es determinar el grado de limitación del derecho fundamental y el grado en que se ha conseguido o se espera conseguir el fin perseguido. El segundo consiste en comparar estos grados.

Los grados la limitación del derecho y de obtención del fin perseguido dependen de dos tipos de variables: normativas y empíricas. Las variables normativas se refieren a la importancia o al significado del derecho fundamental y del fin perseguido. Las variables empíricas se relacionan con la eficacia de la acción objeto de examen para limitar el derecho fundamental y lograr el fin perseguido.

A pesar de compartir el mismo estatus constitucional, desde el punto de vista normativo, los derechos y posiciones de derecho fundamental pueden ser más o menos significativos. Esto se establece al verificar su relación con los valores sociales. Así, por ejemplo, la protección de la vida es más importante que la protección de la libertad por cuanto para poder ejercer la libertad es necesario estar vivo. Asimismo, las posiciones jurídicas de la libertad de expresión relacionadas con el ejercicio del poder político son más significativas que otras posiciones jurídicas vinculadas a esta libertad, porque las primeras se vinculan con el principio de Estado representativo y democrático. En adición, fines de distinta importancia pueden justificar una limitación de la libertad. El cumplimiento de otros derechos fundamentales o de principios constitucionales debe tener la más alta trascendencia. Los fines legislativos deberían tener menos importancia, y los fines gubernamentales y privados una importancia aún menor. Finalmente, los fines legislativos o gubernamentales urgentes son más significativos que los fines no urgentes.

Desde la perspectiva empírica, una limitación a un derecho fundamental puede ser más o menos efectiva para limitar el derecho, así como para lograr la finalidad perseguida. Esta eficacia depende de su rapidez, duración, proba-

bilidad, de la magnitud del alcance del derecho que se restringe y de la finalidad que se persigue.

Los tribunales constitucionales suelen integrar premisas normativas y empíricas en el análisis de proporcionalidad, con el objetivo de analizar esas variables. Esas premisas pueden tener varios grados de fiabilidad. El grado de fiabilidad de esas premisas debe influir en la comparación entre el alcance de la limitación y el alcance del logro. Por ejemplo, cuanto más confiable sea la premisa que demuestre que la limitación es grave, más grave será la limitación. Además, cuanto menos confiable sea la premisa que demuestre que la limitación es grave, menos grave será la limitación.

Según Alexy, es posible comparar el alcance de la limitación del derecho fundamental y el alcance de la finalidad perseguida mediante la aplicación de una escala triádica, compuesta por los grados leve, moderado y grave. Un juicio holístico que abarque una evaluación de las premisas normativas y empíricas, y su confiabilidad resultaría en la atribución de uno de esos valores al grado de la limitación del derecho y al grado de la consecución del fin. Una comparación entre los juicios holísticos conduciría al resultado del análisis de proporcionalidad en sentido estricto. Esta comparación se lleva a cabo mediante la aplicación de la regla de la ponderación. Según esta regla, cuanto mayor sea el grado de incumplimiento o menoscabo (del derecho fundamental), tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción (del fin perseguido).

En consecuencia, si el alcance de la consecución del fin perseguido es inferior al alcance de la limitación del derecho, la limitación no estaría justificada.

## 2. LA PROPORCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Una pregunta central de este artículo es: ¿qué ajustes necesita este concepto de proporcionalidad para que los jueces puedan usarlo a la hora de aplicar los derechos sociales positivos? Aaron Barak (2012: 422) y Matthias Klatt y Moritz Meister (2012: 85) han sugerido modificaciones a la estructura de proporcionalidad con el fin de adecuarla a la aplicación de los derechos positivos. Sin embargo, estos autores siguen en lo esencial la propuesta de Robert Alexy sobre el mismo punto (2009: 10, 2022b). Por esta razón, solo analizaré el modelo de proporcionalidad de Alexy para la aplicación de los derechos positivos o, como él los llama, derechos de protección. Los derechos de protección son una especie de derechos positivos porque exigen del titular del deber la realización de una acción positiva. Esta misma estructura debería aplicarse a los derechos sociales positivos.

El punto de partida del modelo de proporcionalidad propuesto por Alexy es un conjunto de suposiciones plausibles que pueden reformularse de esta manera:

1. Existen diferentes niveles y formas de dar cumplimiento a los derechos de protección.
2. El titular del deber de hacer efectivo un derecho de protección no está obligado a emprender todos los cursos de acción posibles para dar cumplimiento al derecho. De hecho, no está obligado a adoptar simultáneamente aquellas medidas que resulten redundantes entre sí.
3. En ocasiones, el deber de hacer efectivo un derecho de protección colisiona con el deber de no limitar las libertades. Si surge una colisión de este tipo, cuanto más se consiga satisfacer el derecho de protección con la medida adoptada, correlativamente, tanto más se limitarán las libertades que se encuentran en colisión. De igual manera, cuanto menos limite una medida las libertades, menor será también el cumplimiento de los derechos de protección que se encuentran en conflicto.
4. En cuanto al análisis del deber de hacer efectivos los derechos a la protección, el principio de proporcionalidad debe intentar primero reducir el rango de los posibles niveles y modos de cumplimiento de los derechos, y luego hacer una evaluación de cuáles posibles cursos de acción son más o menos satisfactorios. Alexy utiliza el escenario del deber positivo de proteger al *nasciturus* del aborto —tal como lo concibe la jurisprudencia constitucional alemana— con el propósito de ilustrar su modelo. En este escenario, reduce el espectro de posibles medidas aplicables a cuatro cursos de acción:

La primera medida, *M1*, es una estricta prohibición, que permite el aborto solo si la vida de la madre se encuentra en peligro. La *M2* consiste en una prohibición débil que permite el aborto por motivos sociales. La *M3* abandona el sistema de prohibición y excepción y exige únicamente que la persona haya consultado un consejero, exigencia de la que también dependerá la posibilidad de recibir ayuda económica. Por último, la *M4*, que consiste simplemente en permitir el libre aborto durante los primeros tres meses de gestación (Alexy, 2009: 10).

Con fundamento en estos supuestos, en relación con el análisis del deber de satisfacer los derechos de protección, Alexy sostiene que lo que importa para efectos del principio de proporcionalidad, es determinar si está justificado el «impacto que la omisión de [una] medida de protección» tiene sobre

el derecho positivo. Esto dependerá de si existe una justificación para que las autoridades políticas no hayan adoptado una medida más satisfactoria que la que decidieron implementar. Este es el argumento central de esta postura.

A pesar de estas correctas suposiciones, el modelo de Alexy tiene algunas deficiencias. En primer lugar, no aborda la estructura de los subprincipios de idoneidad y necesidad. Estos subprincipios comprenden premisas empíricas que también deben ser consideradas en el análisis de proporcionalidad. En segundo lugar, al menos en su ejemplo, Alexy asume que, en caso de colisión entre un derecho positivo y una libertad, el curso de acción que protege el derecho positivo al más alto nivel es desproporcionado con la libertad. También asume que la mínima medida de protección es desproporcionada con el derecho positivo por no ser capaz de prever su cumplimiento en un grado suficiente. Estas suposiciones son injustificadas. Alexy no muestra ningún argumento para sustentarlas. De hecho, contrariamente a la intuición de Alexy, muchos tribunales constitucionales y supremos han encontrado que *M4*, es decir, la medida más débil de protección del derecho del *nasciturus*, es constitucional. Finalmente, Alexy también asume que *M2* y *M3* son proporcionales. De ello deriva entonces que las autoridades políticas gozan de un margen de discrecionalidad para elegir entre estas dos medidas. Sin embargo, Alexy plantea el problema partiendo de la suposición de que *M2* y *M3* son proporcionales. No obstante, este es exactamente el problema que debe resolverse.

### **3. UN MODELO DIALÓGICO DE PROPORCIONALIDAD PARA LA APLICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES POSITIVOS**

Este artículo sugiere un modelo diferente de proporcionalidad para la aplicación constitucional de los derechos sociales positivos. Este modelo es dialógico. Se fundamenta en el presupuesto de que, en contraste con el enfoque general del análisis de proporcionalidad relativo a las libertades, la proporcionalidad en el campo de los derechos sociales positivos no puede ser un asunto exclusivamente de naturaleza judicial. Los jueces deben crear un diálogo entre titulares y destinatarios de los derechos del que surjan las premisas normativas y fácticas que permitan adoptar una decisión judicial.

A diferencia del análisis de proporcionalidad para la aplicación de las libertades, el análisis de proporcionalidad para la aplicación constitucional de los derechos sociales positivos debe llevarse a cabo en dos etapas. Este análisis debe determinar, en primer lugar, si se ha vulnerado un derecho social positivo y, en segundo lugar, si tal vulneración es justificable. Dentro de este marco, la primera etapa debe consistir en un análisis interpretativo, y la segunda, en un

análisis empírico. En conjunto, los dos análisis apuntan a determinar si un derecho de este tipo en poder de un titular de derechos (*a*) no ha sido adecuadamente satisfecho por el destinatario de deberes (*b*), mediante un modo de acción adecuado (*m*) que conduciría a la consecución de un nivel adecuado de cumplimiento (*n*).

Los casos de derechos sociales positivos comienzan con una afirmación formulada por el demandante (*a*), según la cual, él es el titular de un derecho que debe satisfacerse de una cierta manera (*m*), y (*b*) es el destinatario de un deber de protección y está obligado a llevar a cabo acciones correspondientes a un modo de satisfacción (*m*) del derecho, con el fin de obtener un nivel de satisfacción (*n*). El análisis de proporcionalidad tiene como objetivo determinar si las afirmaciones del demandante con respecto a (*n*) y (*m*) están fundamentadas.

### 3.1. *El análisis interpretativo*

El análisis interpretativo consiste en una deliberación sobre el nivel de cumplimiento (*n*). Su objetivo es determinar si la posición jurídica según la cual (*a*) tiene derecho a obtener de (*b*) el nivel de cumplimiento (*n*) de su derecho se encuentra dentro del ámbito de protección de la disposición constitucional que institucionaliza el derecho social positivo pertinente. Esta etapa comprende tres pasos: (1) una indagación sobre la inclusión *prima facie*; (2) una evaluación de las razones que intentan justificar la falta de cumplimiento al más alto nivel razonable de satisfacción del derecho; y (3) una ponderación normativa.

#### 3.1.1. *La inclusión prima facie*

La inclusión *prima facie* es un análisis del ámbito de las disposiciones de derechos fundamentales sociales pertinentes por medio de la interpretación jurídica. Cuando los jueces llevan a cabo este análisis, deben determinar si el nivel de cumplimiento (*n*), alegado por el actor, se encuentra dentro de este ámbito de protección.

En esta etapa, la pregunta central es: ¿cuál es el nivel de satisfacción del derecho social positivo relevante que la Constitución exige? Contrario a lo que afirman algunos autores que avalan las teorías del contenido mínimo, el ámbito normativo de las disposiciones constitucionales sobre derechos sociales no comprende niveles mínimos de satisfacción que solo son suficientes para procurar lo básico para las necesidades básicas. Si así fuera, entonces el nivel de satisfacción de los derechos sociales que la Constitución exige sería el mismo para todas las sociedades, independientemente de sus posibilidades

financieras y de otras circunstancias de hecho. Por ejemplo, en circunstancias de severas restricciones financieras, es justificable que la legislación y la jurisprudencia constitucional garanticen el acceso a la educación gratuita hasta el octavo grado. No obstante, este nivel de satisfacción del derecho a la educación puede volverse desproporcionado si el desarrollo y el cambio en las circunstancias financieras permiten que el gobierno garantice para toda la población el acceso gratuito a toda la escuela secundaria.

La afirmación opuesta tampoco sería plausible. El ámbito normativo no puede incluir posiciones jurídicas correspondientes a niveles máximos de satisfacción de los derechos sociales para todos los individuos. Una garantía máxima de este tipo implicaría, por ejemplo, atribuir a cada individuo el derecho a obtener una casa lujosa, el derecho al acceso universal a la educación privada de posgrado pagada por el gobierno en universidades privadas de primer nivel o un nivel de cobertura de salud que incluyera todo tipo de tratamientos cosméticos. Esta afirmación carece de plausibilidad porque, al maximizar el alcance de los derechos sociales, se reduciría a un mínimo inaceptable el alcance de la justicia distributiva en una sociedad de libre mercado.

Por lo tanto, la interpretación del ámbito normativo de las disposiciones constitucionales sobre derechos sociales debe hacerse con fundamento en lo que llamaré el principio del más alto nivel razonable. De acuerdo con este principio, las disposiciones constitucionales sobre derechos sociales garantizan el más alto nivel razonable de satisfacción. Por lo tanto, lo que debe determinarse al comienzo del análisis de proporcionalidad es si una interpretación más amplia, pero no evidentemente irrazonable, del ámbito normativo de la disposición relevante permitiría incluir en dicho ámbito la posición jurídica que se examina. Desde la perspectiva del método literal, esta postura permite la inclusión de cualquier posición jurídica si la posición, no siendo evidentemente irrazonable, tiene al menos una propiedad que, tomada aisladamente, la vincule con el ámbito semántico de la disposición correspondiente. Desde el punto de vista del método finalístico, el entendimiento más amplio permite la inclusión de posiciones jurídicas por medio de argumentos teleológicos con la siguiente estructura:

1. Una disposición constitucional de derechos sociales ( $p$ ) prescribe el derecho a obtener un estado de cosas ( $e$ ).
2. Si el titular del derecho ( $a$ ) no puede exigir el derecho a ( $\varphi$ ), y ( $\varphi$ ) no es evidentemente irrazonable, entonces ( $s$ ) no puede obtenerse.

Conclusión: ( $p$ ) establece los fundamentos *prima facie* ( $a$ ) para reclamar el derecho de acceso a ( $\varphi$ ).

En todo caso, no se puede adscribir a una posición jurídica una disposición de derechos sociales, si aquella no cabe dentro del ámbito semántico de esta, o si cae dentro del ámbito de una cláusula de limitación constitucional de derechos sociales.

En este análisis interpretativo, los jueces deben examinar las variables relacionadas con el nivel de cumplimiento (*n*). Con respecto a (*n*), por ejemplo, en *Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Nat* (1998), la Corte Constitucional de Sudáfrica interpretó la frase «a nadie se le puede negar tratamiento médico de emergencia» del art. 27 de la Constitución. Dicha Corte determinó que dar tratamiento de diálisis a un paciente con insuficiencia renal crónica no podía ser considerado como un «tratamiento médico de emergencia», aun si se llevaba a cabo una interpretación amplia de esta disposición. En este sentido, la Corte sostuvo que la pretensión del derecho a obtener tratamiento de diálisis en esas condiciones se situaría fuera del ámbito semántico del art. 27 de la Constitución, relativo a no negar tratamientos médicos de emergencia.

Además, la pretensión principal en ese caso era determinar si era constitucional un programa público de diálisis renal que solo incluía a pacientes «elegibles para un trasplante de riñón» y «libres de enfermedades vasculares o cardíacas significativas». El demandante no podía ser incluido en este programa porque padecía una enfermedad vascular. Más allá del hecho de que el paciente no necesitaba un tratamiento de emergencia, en un caso como este, un análisis de proporcionalidad exigirá la inclusión *prima facie* de una posición jurídica según la cual el actor tiene derecho al tratamiento de diálisis. Esta inclusión *prima facie* no es irrazonable y permitiría que los jueces determinen si el nivel de satisfacción del derecho a la salud por parte de un programa público que excluya de diálisis a pacientes con enfermedades vasculares es proporcionado o no.

### 3.1.2. Un análisis de las razones de la falta de satisfacción del derecho en el nivel más alto razonable

La segunda indagación de la primera etapa del análisis de proporcionalidad consiste en determinar si existe una razón normativa legítima para no otorgar validez definitiva a la posición jurídica, que fue *prima facie* incluida en la primera parte del análisis. Los destinatarios de deberes en relación con los derechos sociales positivos deben aportar las razones legítimas pertinentes al diálogo que se presenta durante el control de constitucionalidad. Esas razones normativas pretenderán justificar que no se puede garantizar el más alto nivel razonable de satisfacción del derecho.

En aras de respetar el principio de separación de poderes y hacer una deferencia a las autoridades políticas, debe construirse un concepto de razón

normativa legítima de manera negativa y débil. De acuerdo con esta línea de razonamiento, una razón normativa es legítima si la Constitución la prohíbe *expressis verbis* o de manera implícita. En consecuencia, cualquier otro derecho o fin constitucional o legislativo no prohibido puede considerarse una razón normativa legítima. Un ejemplo de razón normativa legítima sería el principio del equilibrio de las finanzas públicas. En *Soobramoney*, por ejemplo, este principio fue una razón normativa en contra de la inclusión de todos los pacientes en el programa de diálisis. En todo caso, la exigencia de una razón normativa legítima para la falta de satisfacción en el más alto nivel razonable de un derecho haría inconstitucional la mera falta de acción legislativa o administrativa.

### 3.1.3. Una ponderación normativa

La etapa interpretativa de la proporcionalidad debe concluir con una ponderación normativa. Este es un caso de proporcionalidad en sentido estricto. En este contexto, la proporcionalidad exige que la importancia de la razón normativa identificada en la segunda parte del análisis normativo justifique la relevancia de la falta de satisfacción del derecho social positivo en juego en el más alto nivel razonable.

Este análisis implica una comparación entre dos magnitudes: la importancia de la razón normativa y la relevancia de la falta de satisfacción del derecho en el más alto nivel razonable. La segunda magnitud depende de si el destinatario del deber ha estado absolutamente inactivo para cumplir con el derecho o ha implementado una acción, una política o un programa para cumplir con el derecho en un nivel por debajo del nivel más alto razonable de satisfacción. Si lo segundo es el caso, entonces el valor de la segunda magnitud corresponde a la diferencia entre la medida realmente implementada y el nivel más alto razonable de cumplimiento.

Aquí nuevamente es posible comparar las dos magnitudes en juego, por ejemplo, con fundamento en una escala triádica: leve, moderado y grave. El valor que se debe atribuir a esas magnitudes depende de variables normativas. Las autoridades políticas deben brindar premisas sobre estas variables en el diálogo que tiene lugar en el control de constitucionalidad.

Un ejemplo al respecto se encuentra en la citada Sentencia T-740/2011 de la Corte Constitucional de Colombia, sobre el derecho al agua. En esta sentencia, la Corte Constitucional de Colombia resolvió una medida cautelar en la que la demandante, que carecía de capacidad económica para pagar la factura del agua, alegó que la suspensión del servicio por parte de una empresa privada violaba su derecho fundamental al agua y solicitó una condonación al deber de pagar las facturas de agua. A pesar de la falta de una disposición que

garantice el derecho al agua en la Constitución colombiana, la Corte reconoció la validez de este derecho, a causa de sus vínculos con el derecho a la vida y a la dignidad humana. El asunto más relevante en este caso era si la accionante tenía derecho a recibir de una empresa privada agua gratuita ilimitada o, en otras palabras, si la constitución garantiza la satisfacción del derecho al agua en el nivel de agua gratuita ilimitada para las personas que no cuentan con capacidad financiera para pagar la factura. El análisis de las variables normativas consiste en considerar la colisión entre la provisión de agua gratuita y el principio de sostenibilidad financiera del servicio de agua. Las autoridades políticas deberían llevar al diálogo constitucional una evaluación holística del impacto que tendría la provisión de esta cantidad de agua para las políticas dirigidas a garantizar servicios de agua sostenibles para el mayor número posible de ciudadanos en el marco del mercado actual. Otorgar agua gratuita e ilimitada al actor y (por el principio de igualdad y la doctrina del precedente, necesariamente) a todas las personas que estén en la misma situación o en una situación análoga sería irrazonable. Tendría un efecto extremadamente negativo sobre el principio de sostenibilidad financiera de los servicios de agua. Al mismo tiempo, no otorgar este nivel irrazonable de cumplimiento, en comparación con un nivel inferior razonable, tendría solo un efecto negativo «leve» en cuanto el derecho al agua del demandante. Es predecible que, si las personas reciben agua gratuita ilimitada, no utilizarán este recurso escaso según sea necesario. Muy seguramente, el resultado sería un desperdicio injustificado de agua.

De esta manera, la ponderación normativa debe partir de un nivel razonablemente alto de satisfacción del derecho. De acuerdo con la Observación General N.º 15 (2002) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el informe de 2003 sobre «Cantidad de agua doméstica, nivel de servicio y salud» de la Organización Mundial de la Salud, en la Sentencia T-740/2011, la Corte Constitucional de Colombia examinó el derecho a una cantidad diaria gratuita de 50 litros por persona. En esta sentencia la Corte consideró esta cantidad como razonable y proporcionada. La proporcionalidad de 50 litros por persona podría establecerse si, por ejemplo, hay evidencia de que la diferencia entre el agua gratuita e ilimitada y los 50 litros por día por persona es solo leve, y el impacto de esta cantidad en la sostenibilidad financiera del servicio de agua también es leve. Si la primera magnitud es mayor que la segunda (por ejemplo, porque esta cantidad de agua pone en peligro una vida digna), entonces se debe optar por un mayor nivel de cumplimiento del derecho. Si la segunda magnitud es mayor que la primera (por ejemplo, porque en las circunstancias actuales el sistema de agua no puede permitirse proporcionar a los ciudadanos 50 litros de agua gratis por persona), entonces se debe elegir un nivel de cumplimiento más bajo (*hrl-1*). Por ejemplo, esto podría explicar por qué en *Mazibuko*, en circunstancias de sequía, la Corte

Constitucional de Sudáfrica acordó que el programa del Gobierno para proporcionar 25 litros diarios por persona de agua gratis era razonable.

En la concepción dialógica de la proporcionalidad, las autoridades políticas deberían tener la capacidad de enunciar la lista de posibles niveles de satisfacción del derecho, ordenarlos de mayor a menor ( $hrl$ ,  $hrl-1$ ,  $hrl-2\dots$ ,  $lrl$ ) y de especificar las razones normativas para elegir uno de ellos como el adecuado. Este es un conocimiento especializado que de ninguna manera se encuentra en el texto de la Constitución o en las metodologías de interpretación constitucional. Los jueces necesitan este tipo de conocimiento para determinar cuáles son los grados superiores e inferiores en los que se puede satisfacer un derecho social positivo. Los jueces no deberían establecer estos datos por sí mismos. De lo contrario, el análisis de proporcionalidad podría terminar basándose en un conjunto de supuestos judiciales injustificados.

Los jueces deben utilizar el conocimiento proporcionado por las autoridades políticas como el conjunto de premisas relevantes para el análisis de proporcionalidad. De esta forma, los jueces mantendrán su supremacía para apreciar la manifiesta irrazonabilidad e inverosimilitud de las alegaciones normativas de los parlamentos y gobiernos. Además, pueden evaluar estas afirmaciones utilizando algunos criterios de ponderación. Estos criterios de ponderación podrían acomodar algunas de las intuiciones plausibles detrás de los estándares de razonabilidad y el contenido mínimo. Los siguientes son ejemplos de criterios de ponderación:

- **Vulnerabilidad:** siempre que una persona se encuentre en situación de vulnerabilidad, existen más razones para considerarla titular de un derecho a tener acceso a un cierto nivel ( $n$ ) de un derecho social positivo a ( $\varphi$ ) si ( $n$ ) se relaciona con su vulnerabilidad.
- **Contenido** mínimo internacional: si una posición jurídica cae bajo el contenido mínimo internacional de un derecho social, la falta de satisfacción de dicha posición debe ser considerada como una limitación grave al derecho social positivo relevante.
- **Satisfacción de las necesidades básicas para la supervivencia:** si el objeto de una posición jurídica representa la satisfacción de una necesidad básica para la supervivencia, su falta de satisfacción representará una grave limitación al derecho social positivo bajo el cual cae dicha posición.

### 3.2. El análisis empírico

La etapa empírica del análisis de proporcionalidad para la protección de derechos sociales positivos es un análisis de la relación entre el modo ( $m$ ) y el

nivel (*n*) de satisfacción del derecho social positivo relevante. Este análisis aborda asuntos empíricos que son análogos al objeto de los subprincipios de idoneidad y necesidad en el análisis de proporcionalidad de la libertad.

Una vez determinado el nivel de cumplimiento (*n*) en la primera etapa de proporcionalidad, surgen dos interrogantes. En primer lugar, si el modo de cumplimiento (*m*) que el actor considera adecuado es el idóneo para obtener (*n*). Segundo, si ese modo de cumplimiento (*m*) es necesario. En otras palabras, si entre todos los cursos de acción que son igualmente aptos para lograr (*n*), (*m*) es la opción menos restrictiva desde el punto de vista de la razón normativa frente al pleno cumplimiento del derecho socioeconómico.

El punto principal de la idoneidad es la adecuación. En principio, las autoridades políticas y administrativas gozan de un margen de apreciación o discrecionalidad para seleccionar la modalidad de cumplimiento. Por ello, el análisis de la adecuación debe construirse con una concepción débil y deferente. De esta manera, debe descartarse todo modo de cumplimiento que no contribuya en absoluto al logro del nivel de satisfacción perseguido (*n*). Además, la falta de adecuación debe demostrarse mediante premisas empíricas confiables, que deben basarse en conocimientos científicos o creencias sociales generalmente aceptados.

El análisis de necesidad implica comparar (*m*) con otros cursos de acción alternativos. Esta comparación examina si alguno de los medios alternativos cumple con dos requisitos: si es al menos tan adecuado como (*m*) para contribuir al logro de (*n*); y si es la opción menos restrictiva desde el punto de vista de la razón normativa frente a un mayor nivel de satisfacción del correspondiente derecho social positivo (*n+1*).

Si no existen otros medios alternativos que puedan lograr (*n*), entonces (*m*) es necesario. Adicionalmente, el análisis de la necesidad es muy complejo. La medida en que (*m*) y los medios alternativos pueden contribuir a lograr (*n*) puede evaluarse mediante varios criterios: cantidad, calidad, probabilidad, velocidad y eficacia. Estos criterios también aplican para el análisis de la forma en que interfieren con la razón normativa frente a un mayor nivel de satisfacción del derecho social positivo relevante (*n+1*). En este punto los tribunales necesitan conocimientos —financieros y técnicos— sobre todas estas variables. Solo las autoridades políticas y administrativas pueden aportar este conocimiento y exponer los argumentos para elegir el modo de cumplimiento más adecuado. En relación con este aspecto, los jueves deben ser deferentes con las autoridades políticas a menos que sus argumentos sean evidentemente irrazonables. Esto preservará el poder de las autoridades políticas para elegir e implementar cursos de acción que sean, por ejemplo, más efectivos, pero más lentos para lograr el fin perseguido o menos intrusivos, pero más propensos a restringir libertades constitucionales que los medios alternativos. Desde esta

perspectiva, las consideraciones políticas, administrativas y técnicas no pueden ser sustituidas por la interpretación constitucional.

En síntesis, esta sección propone un modelo para la aplicación judicial de los derechos sociales positivos por medio del análisis de proporcionalidad. Este análisis tiene dos pasos: un análisis interpretativo y un análisis empírico. En el análisis interpretativo, los jueces deben determinar el nivel constitucionalmente perseguido de satisfacción del derecho relevante (*n*). Esta etapa comprende dos indagaciones: primero, una inclusión *prima facie* del nivel de protección perseguido por la disposición constitucional de derechos relevante, y el examen de las razones para la falta de satisfacción del derecho en el más alto nivel razonable; en segundo lugar, un análisis sobre si existe una razón normativa legítima para no otorgar validez definitiva a la posición jurídica, que fue *prima facie* determinada en la primera parte del análisis; tercero, una ponderación normativa entre la razón normativa identificada en la segunda indagación y la razón normativa perseguida por la disposición constitucional, que justifica la relevancia de la falta de satisfacción del derecho social positivo en el más alto nivel razonable posible.

La etapa empírica consiste en un análisis de la relación entre el modo y el nivel de satisfacción del derecho social positivo relevante. Una vez determinado el nivel de satisfacción en la primera etapa de la proporcionalidad, surgen dos interrogantes. En primer lugar, si el modo de satisfacción que el actor considera adecuado es idóneo para conseguir el fin perseguido. Segundo, si ese modo de cumplimiento es necesario. En ambos análisis, este modelo fundamenta una visión según la cual los tribunales deberían ser deferentes con las autoridades políticas y administrativas y deberían buscar el diálogo con ellas. De esta forma, este modelo es respetuoso con el principio de separación de poderes y crea incentivos para el diseño e implementación de políticas económicas y sociales efectivas.

#### **4. PROPORCIONALIDAD Y RECURSOS DELIBERATIVOS PARA REPARAR LAS VIOLACIONES POSITIVAS A LOS DERECHOS SOCIALES**

Este modelo dialógico de análisis de proporcionalidad es consistente con una estrategia deliberativa para elegir medios para reparar las vulneraciones de los derechos sociales positivos. Existen diferentes remedios disponibles para reparar las vulneraciones de esos derechos. Entre ellos se cuentan los remedios débiles (como establecer objetivos para las autoridades políticas o emitir recomendaciones, exhortaciones u órdenes declarativas); los remedios procesales (como medidas para promover el compromiso, el diálogo y la participación de las partes interesadas); los remedios sustantivos fuertes (incluidas las órdenes concretas o la exigencia de plazos determinados para que el Estado

muestre los resultados perseguidos); y una combinación de remedios fuertes con una estrategia de retener y ejercer la jurisdicción para supervisar la ejecución de los remedios adoptados. Esta lista establece una progresión de los remedios, de los más débiles a los más fuertes.

Podría decirse que los remedios débiles, por sí mismos, no crean suficientes incentivos para que las autoridades políticas y administrativas reparen las vulneraciones a los derechos sociales positivos. En contraste, existe literatura relevante que aplaude el uso de remedios fuertes acompañados del ejercicio de la jurisdicción de supervisión del cumplimiento de las órdenes judiciales. Por ejemplo, como ha destacado David Landau, los defensores del uso de los remedios fuertes argumentan que esta postura «trae resultados» (2014: 215). Adicionalmente, Kent Roach y Geoff Budlender han argumentado que «en algunos casos puede ser necesaria la utilización de remedios más fuertes que impliquen una reparación obligatoria [...], y particularmente cuando los gobiernos son incompetentes o intransigentes con respecto a la implementación de los derechos» (2005: 327).

Ahora bien, de acuerdo con el modelo dialógico de análisis de proporcionalidad presentado anteriormente, aquí se sugiere un modelo de remedios deliberativos. De esta manera, los tribunales constitucionales deben deliberar con las partes interesadas relevantes sobre el nivel y el modo de protección del derecho y debe catalizar el compromiso entre ellos para seleccionar e implementar las soluciones apropiadas. Esta estrategia ha sido probada y utilizada en Sudáfrica y se conoce como la estrategia de solución mediante la creación de un «compromiso significativo» (Liebenberg, 2012: 1). Su implementación consiste en que el Tribunal Constitucional llama a las partes del proceso y a otras partes interesadas a que se comprometan entre sí a diseñar un plan para reparar la violación de los derechos fundamentales afectados y a informar del correspondiente avance al Tribunal y a otras agencias estatales de supervisión (Bernal *et al.*, 2019: 671). La razón de estos experimentos es intentar maximizar la efectividad en la realización de los derechos sociales y, al mismo tiempo, minimizar la interferencia con el principio de separación de poderes. Naturalmente, dentro del modelo o análisis de proporcionalidad, la estrategia seleccionada debe cumplir con las exigencias de las etapas normativas y empíricas explicadas. El papel del Tribunal se centra en catalizar el diálogo y supervisar la implementación de los remedios seleccionados.

La mencionada Sentencia T-91/2018 de la Corte Constitucional de Colombia ofrece un ejemplo claro de cómo los jueces sí pueden desempeñar este papel. Durante el proceso, la Corte inició un diálogo con las autoridades educativas sobre la posibilidad de abrir la escuela secundaria solicitada por los peticionarios. Para comenzar, la Corte preguntó qué posibilidades había para ofrecer a los estudiantes cupos en las clases de secundaria en las localidades

vecinas. El Ministerio de Educación identificó dos escuelas secundarias a 20 kilómetros de distancia, en donde los estudiantes podrían continuar su educación. En la sentencia, la Corte decidió ordenar a las autoridades iniciar un diálogo significativo con los demandantes y acordar dos asuntos: en qué escuela secundaria continuarían los estudiantes su educación y cómo podrían las autoridades educativas financiar el transporte. El diálogo entre los tutelantes y las autoridades fue muy fructífero y, al cabo de unos días, lograron un acuerdo. Los estudiantes pudieron matricularse en una escuela secundaria y el Gobierno municipal se comprometió a financiar el correspondiente transporte.

Un resultado similar se logró mediante la mencionada Sentencia T-209/2009. Luego de establecer que la falta de provisión de un medio de transporte seguro a la escuela constituía una limitación desproporcionada del derecho a la educación (en el componente de accesibilidad), la Corte ordenó a la Defensoría del Pueblo, a los padres de familia de los estudiantes y a las autoridades administrativas comprometerse significativamente para seleccionar una solución apropiada al problema. Al hacerlo, la Corte aprovechó la prioridad epistémica de las partes. Por lo general, los titulares de los derechos y las autoridades llamadas a protegerlos están mejor posicionados que la Corte para determinar cuál es el modo más eficiente de protección del derecho en circunstancias de limitaciones financieras. Además, con esta aproximación, la Corte generó un mayor grado de compromiso de las autoridades administrativas, quienes se involucraron en el proceso de búsqueda de una solución adecuada. La Corte redujo su papel al de catalizar la deliberación entre las partes y controlar la proporcionalidad y factibilidad de las soluciones por ellas seleccionadas. Esta medida es más respetuosa con el principio de separación de poderes que la implementación de remedios fuertes.

El uso de esta estrategia dio sus frutos con resultados sorprendentes. El municipio reparó el puente dañado de manera pronta. Adicionalmente, construyó otro puente en una zona que lo necesitaba, hizo las reparaciones necesarias a la escuela, cambió el techo e instaló nuevos baños y, por primera vez, se logró el acceso a servicios públicos. La Corte Constitucional solo tuvo que certificar los acuerdos entre las partes y supervisar la culminación de los proyectos.

### **Bibliografía**

- Alexy, R. (2009). On Constitutional Rights to Protection. *Legisprudence*, 3 (1), 1-17.  
Disponible en: <https://doi.org/10.1080/17521467.2009.11424683>.
- Alexy, R. (2022a). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Alexy, R. (2022b). *Social Constitutional Rights and Proportionality*. Oxford: The Oxford Handbook of Economic and Social Rights. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780197550021.013.27>.
- Barak, A. (2012). *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139035293>.
- Bernal, C. (2013). The Migration of Proportionality across Europe. *New Zealand Journal of Public and International Law*, 11 (3), 483-515.
- Bernal, C., González, D., Barraza, M. F., Esguerra, N., Jaramillo, S. G. y Benítez, V. F. (2019). 2018 Global Review of Constitutional Law: Colombia. *International Journal of Constitutional Law*, 17 (2), 671-680. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/moz050>.
- Bilchitz, D. (2007). *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199552160.001.0001>.
- Bilchitz, D. (2014). Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, 3, 710-739. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mou044>.
- Contiades, X. y Fotiadou, A. (2014). Social Rights in the Age of Proportionality: Global Economic Crisis and Constitutional Litigation. *International Journal of Constitutional Law*, 3, 660-686. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mor080>.
- Dworkin, R. (1975). Hard Cases. *Harvard Law Review*, 88 (6), 1057-1109. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1340249>.
- King, J. (2012). *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139051750>.
- Klatt, M. y Meister, M. (2012). *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199662463.001.0001>.
- Landau, D. (2014). Aggressive Weak-Form Remedies. *Constitutional Court Review*, 5, 244-268. Disponible en: <https://doi.org/10.2989/CCR.2013.0009>.
- Liebenberg, S. (2012). Engaging the Paradoxes of the Universal and Particular in Human Rights Adjudication: The Possibilities and Pitfalls of «Meaningful Engagement». *African Human Rights Law Journal*, 12 (1) 1-24.
- Lübbe-Wolff, G. (1998). *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*. Tubinga: Mohr Siebeck.
- Michelman, F. (2008). Socio-economic Rights in Constitutional Law: Explaining America Away. *International Journal of Constitutional Law*, 6, 667-700. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mon013>.
- O'Connell, P. (2011). The Death of Socio-Economic Rights. *Modern Law Review*, 74 (4), 532-553. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.2011.00859.x>.

- Pillay, A. (2013). Economic and Social Rights Adjudication: Developing Principles of Judicial Restraint in South African and the United Kingdom. *Public Law*, 3, 599-621.
- Roach, K. y Budlender, G. (2005). Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: When is it Appropriate, Just and Equitable? *South African Law Journal*, 15 (1), 327-350.
- Shue, H. (1980). *Basic Human Rights*. Princeton: Princeton University Press.
- Strawson, P. (1959). *Individuals. An Essay in Descriptive Metaphysics*. Londres: Methuen.
- Tushnet, M. (2004). Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review. *Texas Law Review*, 82, 1903-1905.
- Wittgenstein, L. (2001). *Philosophical Investigations. The German Text, with a Revised English Translation*. Oxford: Blackwell.
- Young, K. (2008). The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content. *Yale Journal of International Law*, 33, 113-175.