

EL CONTROL JUDICIAL DE LAS POLÍTICAS SOCIALES

Lucas S. GROSMAÑ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El costo de los derechos (y su relevancia para los jueces)*. III. *Contra la tentación redistributiva*. IV. *Ante la escasez*. V. *Ningún derecho es absoluto (ni siquiera la salud)*. V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

En sistemas como el argentino, la Constitución impone límites a las decisiones de los poderes elegidos democráticamente. Estos límites se efectivizan a través de las eventuales declaraciones de inconstitucionalidad dictadas por jueces en casos concretos. No parece discutible que este sistema indefectiblemente generará algún nivel de estrés institucional, en particular porque el contenido de la Constitución no es obvio ni transparente y, por ende, distintos órganos del Estado pueden interpretarlo de manera diferente.

Este estrés puede ser especialmente agudo en los casos concernientes a derechos sociales, tales como el derecho a la salud, educación, vivienda, seguridad social o alimentación. Los poderes democráticos deciden en qué medida satisfacer las necesidades sociales a través de una serie de actos que van desde el diseño general del presupuesto hasta su ejecución en casos concretos. Al adoptar estas decisiones, nuestros gobernantes eligen priorizar ciertas necesidades sobre otras y, por ende, dejan algunas carencias sociales sin recursos públicos que las remedien. Podemos estar más o menos de acuerdo con alguna asignación en particular, y los poderes políticos podrán ser más o menos conscientes de sus precisas implicaciones en situaciones concretas, pero resulta innegable que las decisiones involucradas son, en un sentido relevante, democráticas.

Ahora bien, cabe preguntarse si tales decisiones están sujetas al control judicial, y si lo están, en qué medida. En este sentido, ¿podría un juez obli-

* Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Andrés, Buenos Aires, Argentina.

gar al Estado a gastar recursos de una manera distinta a la que democráticamente han elegido sus poderes políticos? Cabe recordar que no es otra cosa lo que la justiciabilidad de los derechos sociales implica. Si sostenemos que un juez está habilitado para decidir, en un caso concreto, que el derecho constitucional a la salud exige que el Estado gaste dinero allí donde no lo planeaba gastar —por ejemplo, que cubra un tratamiento médico no previsto en el presupuesto del área—, ello implica que ese juez tiene la potestad de decidir cómo se deben gastar los recursos públicos.

Por esta razón, Carlos Nino era reacio a aceptar la justiciabilidad de los derechos sociales. Según Nino:¹

Si “ejecutividad” [de los derechos sociales] quiere decir control judicial de constitucionalidad, incluso por omisión, esto llevaría a un inmenso desplazamiento de facultades de los órganos democráticos a los jueces; un juez... podría perfectamente torcer las conclusiones a que se ha llegado en el proceso político democrático acerca de la política social y económica preferible, acerca de la distribución de recursos y de los mecanismos e instituciones para proceder a esa distribución, ordenando que el gobierno proceda a tal o cual prestación.

En alguna medida, esta preocupación de Nino es no sólo cronológica sino conceptualmente previa a la reforma de 1994. En un sistema en el cual los jueces tienen la facultad —más aún, el deber— de controlar la constitucionalidad de las leyes, la incorporación de nuevos derechos en la Constitución implica la expansión del poder de los jueces a cuestiones que antes excedían su competencia. Cuando el “nuevo” derecho en cuestión se vincula con políticas sociales, esta expansión del poder de los jueces trae aparejada una correlativa reducción del poder del Congreso y del presidente, que son quienes tradicionalmente se encargan del diseño y la implementación de tales políticas.

En este sentido, el reconocimiento de los derechos sociales como derechos constitucionales —un fenómeno que ha caracterizado las reformas constitucionales recientes en buena parte del mundo, no sólo en Argentina— debe entenderse como una transferencia de poder desde los poderes políticos hacia el Poder Judicial. Cuestiones tales como el acceso a una vivienda digna o a un servicio de salud razonable, que antes se consideraban

¹ En la misma línea de Nino, Sunstein desaconsejaba a las nuevas democracias de Europa Oriental que incluyeran derechos sociales en sus Constituciones. Cabe señalar, sin embargo, que Sunstein más adelante reconsideró al menos parcialmente esta posición. Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 687 y 688.

eminentemente políticas —es decir, libradas al juicio y arbitrio de los poderes políticos— han pasado a ser un deber estatal ejecutable judicialmente.

Puede decirse, en consecuencia, que la institución del control constitucional de las leyes por parte de los jueces tiene hoy una extensión que no tenía en sus inicios.² El argumento de Nino puede poner en duda la conveniencia de incluir derechos sociales en la Constitución, pero no, en principio, la justiciabilidad de estos derechos una vez que han adquirido estatus constitucional.

Sin embargo, sería un grave error ignorar que la justiciabilidad de los derechos sociales impone a los jueces desafíos particulares, distintos de los que habitualmente enfrentan. Estos desafíos se derivan de la particular conexión que existe entre los derechos sociales y la escasez de recursos.

II. EL COSTO DE LOS DERECHOS (Y SU RELEVANCIA PARA LOS JUECES)

Todos los derechos son caros: todos dependen de partidas presupuestarias para hacerse efectivos. Sin presupuesto que financie un cuerpo de policías eficiente, de nada vale que se reconozca el derecho a la propiedad, a la integridad física o a la vida. Sin un sistema judicial adecuadamente dotado de fondos, ningún derecho valdrá más que el papel en el que está escrito. Sin los millones de pesos que cuesta cada elección, el derecho a elegir y ser elegido sería meramente nominal.³

En este punto, derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos sociales,⁴ por el otro, no parecen ser diferentes. Hacen falta recursos para otorgar vivienda digna o salud pública, pero también para que la ciudadanía vote, goce de su propiedad o pueda caminar por la calle sin ser asesinada por los más fuertes, numerosos o decididos. Éste ha sido precisamente el argumento que los defensores de los derechos sociales, como Van Hoof,⁵ Eide⁶

² Saba, Roberto, “Las decisiones constitucionales de Ulises. Acerca de las dificultades para la construcción colectiva de una práctica constitucional”, en varios autores, *Los límites de la democracia*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

³ Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York-Londres, W. W. Norton & Company, 1999.

⁴ Usaré el término “derechos sociales” para referirme de manera general a los derechos económicos, sociales y culturales.

⁵ Van Hoof, Godefridus J. H., “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views”, en Alston, P. y Tomasevski, K. (eds.), *The Right to Food*, Utrecht, 1984.

⁶ Eide, Asbjorn, “The International Human Rights System”, en Eide, Asbjorn *et al.* (eds.), *Food as a Human Right*, Tokio, The United Nations University, 1984.

y Abramovich y Courtis⁷ han esgrimido para resistir los embates de quienes insistían en que estos derechos resultaban meramente programáticos y, por ende, no justiciables.⁸

Sin embargo, que todos los derechos necesiten de fondos no significa que los jueces siempre deban enfrentar la cuestión de la escasez de recursos de igual manera. En efecto, por más costosos que sean los derechos civiles y políticos, ellos en general no enfrentan a los jueces a problemas de escasez, ya que la cuestión presupuestaria no es relevante para la decisión del pleito. En cambio, en un típico caso de derechos sociales, la cuestión presupuestaria es precisamente el punto por decidir. Por ejemplo, si una persona exige que el sistema público de salud cubra un tratamiento particularmente costoso que no está en el presupuesto del área respectiva, para decidir el caso el juez no puede evitar pronunciarse, implícita o explícitamente, sobre la constitucionalidad o legalidad de tal asignación presupuestaria.

Esto, claro está, no se aplica a todos los casos concernientes a derechos sociales. En algunos casos, el problema que enfrenta el juez no se vincula con cómo se asignaron los recursos presupuestarios, sino que es de otra índole. Así, si el Estado omite prestar un servicio médico a una persona por negligencia, el problema no es que el sistema de salud no tenga recursos, sino que se les usó mal. En tal caso, el juez no necesita introducirse en la cuestión presupuestaria para concluir que los derechos de la persona en cuestión han sido violados. Del mismo modo, si no fue por negligencia sino por discriminación que determinada persona fue excluida del sistema de salud, nuevamente el juez podrá condenar al Estado sin que ello implique, ni explícita ni implícitamente, juzgar el modo en que el presupuesto fue diseñado.

Para dar cuenta de la anterior distinción, he planteado⁹ que la justiciabilidad de los derechos sociales debe entenderse a partir de dos paradigmas de control judicial: el de la inclusión y el de la escasez.¹⁰ Bajo el paradigma

⁷ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

⁸ Para una versión clásica del argumento de la no justiciabilidad, véase Bossuyt, Marc, “La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels”, *Human Rights Journal*, vol. 18 4, 1975.

⁹ Grosman, Lucas, *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, Buenos Aires, Librería, 2008.

¹⁰ *Idem*, en donde trato también otro paradigma de control judicial: el paradigma del abuso, que se refiere a aquellos casos en los cuales el Estado viola derechos mediante sus propios actos —tortura policial, allanamiento de domicilio, privación ilegítima de la libertad, etcétera—. Por las razones que doy allí, no creo que este paradigma sea relevante para la justiciabilidad de los derechos sociales. En todo caso, cabe señalar que en los casos propios del paradigma del abuso, la escasez nunca puede constituir una defensa válida del gobierno.

de la inclusión, que presupone la existencia de recursos suficientes para lidiar con la carencia social cuya satisfacción se reclama, lo que el juez debe analizar es si la razón por la cual el individuo no recibe el servicio que necesita —un tratamiento médico, vivienda, educación, o lo que fuere— es constitucionalmente válida. Bajo el paradigma de la escasez, en cambio, el juez enfrenta casos en los que el gobierno no ha previsto recursos presupuestarios para satisfacer la necesidad social reclamada; la pregunta, entonces, es si debió hacerlo. Supongamos, por ejemplo, que no hay presupuesto previsto para que una persona reciba el costoso tratamiento médico que necesita para vivir, ¿es esto, en sí mismo, una violación de su derecho constitucional a la salud o a la vida? Analizaré esta pregunta con más detalle más adelante. Por el momento, quiero dejar en claro que el análisis del juez deberá ser muy diferente según se trate de reclamos que involucren recursos escasos o no.

Resulta muy problemático que los jueces encaren un caso propio del paradigma de la escasez como si perteneciera al de la inclusión; es decir, que presupongan que los recursos son suficientes cuando en realidad no lo son. La consecuencia de tal equivocación es que los recursos se reasignen privilegiando el orden de llegada o la habilidad para acceder a un tribunal. Tales criterios, claro está, no son necesariamente los mejores para distribuir recursos escasos, y el juez que así actuase estaría desplazando decisiones democráticas sin aportar una justificación suficiente.

De lo anterior no debería inferirse que el juez nunca puede ordenar que se cubra una prestación no prevista presupuestariamente. Tal tesitura extrema implicaría exceptuar a una ley en particular —la de presupuesto— del control judicial de constitucionalidad. Sin embargo, lo que resulta inaceptable es que el juez se aparte del presupuesto sin dar razones suficientes al respecto, y eso es precisamente lo que ocurre si presupone que los recursos son suficientes cuando no lo son. La escasez de recursos impone una particular carga argumentativa a los tribunales; si no la cumplen, no están tratando a los poderes democráticos con la deferencia que se merecen. Del otro lado, si tratan al presupuesto como sagrado y dan por sentado que donde no hay recursos asignados, no hay derecho, es la Constitución la que no es tratada con suficiente respeto. Es entre estos dos extremos —ignorar el presupuesto o considerarlo sagrado— donde debemos hallar el punto de equilibrio propio de una democracia constitucional. Aunque no creo que haya un único modo de encontrar este punto, en la siguiente sección procuraré trazar las

Véase Grosman, Lucas, *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, Buenos Aires, Librería, 2008.

coordinadas generales que los jueces deberían seguir en su tarea de hacer efectivos los derechos sociales.

III. CONTRA LA TENTACIÓN REDISTRIBUTIVA

El presupuesto asignado a la cobertura de las distintas necesidades sociales representa un juicio por parte de los poderes políticos acerca de la importancia relativa de cada necesidad. Es imposible que todos estemos de acuerdo con la particular asignación de recursos que el presupuesto representa. De hecho, muchas veces las decisiones políticas en la materia nos parecerán no sólo incorrectas, sino aberrantes, o consideraremos que algunos destinos de los fondos públicos no sólo no son prioritarios, sino que resultan prohibidos por las leyes —estoy pensando, por ejemplo, en fondos públicos destinados a financiar campañas partidarias—.

Tales juicios reprobatorios son más probables cuando tomamos conciencia de situaciones de necesidades insatisfechas. Tal vez no nos moleste especialmente, o incluso nos parezca simpático, que el gobierno dilapide cientos de millones de pesos en subsidiar el acceso a la televisión de partidos de fútbol, hasta que notamos las importantes necesidades que los fondos públicos omiten satisfacer. El costo de los recursos, bien entendido, es su costo de oportunidad: lo que dejamos de hacer, las necesidades que omitimos satisfacer por darles un destino alternativo.¹¹

Esa es precisamente la situación que enfrenta un juez en los casos vinculados con derechos sociales. En ellos, le toca lidiar con el reclamo de personas que no tienen suficiente dinero para pagar tratamientos médicos, acceder a una vivienda digna o alimentos suficientes, y le parece obvio que tales necesidades son más importantes que, por decir algo, financiar una vasta comitiva presidencial en viajes protocolares o el ya mencionado subsidio al acceso a la televisión del fútbol. En tales circunstancias, ¿cómo resistir el reclamo?

Sin embargo, tal aproximación al tema no es correcta. No es función del juez decidir cómo asignar recursos presupuestarios. Bien o mal, son los poderes políticos los encargados de hacerlo. Más aun, el solo hecho de que cuantiosos recursos se destinen a financiar emprendimientos que nos parezcan obviamente superfluos o socialmente innecesarios no nos debería

¹¹ Para ilustrar este punto de manera provocativa, mi colega Iván Reidel sugiere que las leyes (y decretos) podrían consignar el costo de oportunidad de los fondos cuya utilización disponen en términos de vidas humanas.

llevar a perder de vista que la escasez de recursos es un problema estructural, no meramente circunstancial, en los casos de derechos sociales. En efecto, incluso en los países más ricos y en los que un mayor porcentaje de los recursos públicos se gasta en fines sociales, nos encontraremos con que los recursos resultan insuficientes para cubrir la totalidad de los reclamos o necesidades sociales existentes. Esta condición de escasez estructural resulta especialmente clara en el caso de la salud, según analizaré más adelante, pero el punto es generalizable a otras necesidades sociales. Por eso, no deberíamos pensar que la escasez de recursos como circunstancia que afecta el goce de beneficios sociales es privativa de los países más pobres, corruptos o populistas; también los otros, los más ricos, solidarios e ilustrados se enfrentan a restricciones económicas y a la necesidad imperiosa de priorizar, elegir y sacrificar.

Con esta generalización no pretendo sugerir que todo es lo mismo ni que todas las sociedades deben meterse en una misma bolsa: las diferencias son de grado, pero no por eso menores, y ellas pueden ser suficientemente importantes como para determinar que un país sea decente y otro vergonzante. Pero necesitamos entender los derechos sociales y su justiciabilidad en un contexto en el que más temprano que tarde nos enfrentaremos a la escasez de recursos, y es por eso que nuestra conceptualización y ejecución de tales derechos debe ser sensible a esta circunstancia, en lugar de pretender circunvalarla so pretexto de que el Gobierno no gasta el dinero como corresponde.

Ahora bien, como dije antes, tomarse al presupuesto en serio —ser deferente con las decisiones democráticas que él refleja— y entender la escasez como una condición estructural no significa que los jueces deban rechazar automáticamente todo reclamo que exceda el presupuesto. El paradigma de la inclusión no es la única manera de hacer efectivos los derechos sociales. Dicho de otra manera, no es sólo por subejecución presupuestaria que se violan los derechos sociales. Al fin y al cabo, la ley de presupuesto no puede modificar la Constitución; es, en todo caso, una reglamentación de los derechos sociales constitucionalmente consagrados. Pero cabe preguntarse, entonces, si esa reglamentación altera el espíritu de la norma fundamental. Es esa, precisamente, la tarea de los jueces en los casos pertenecientes al paradigma de la escasez. Deben analizar si el hecho de que determinada necesidad social carezca de fondos asignados para su satisfacción constituye una violación de la Constitución. Cuando lo sea, nos encontraremos frente a la violación de un derecho social.

Si es inevitable que haya más necesidades que fondos, el mero hecho de que una necesidad resulte insatisfecha no basta para concluir que la Consti-

tución se ha visto vulnerada. Por eso, del hecho de que el Estado no solvente un costoso tratamiento médico que una persona precisa para preservar su salud no se sigue, necesariamente, que el derecho a la salud de esa persona está siendo vulnerado. El gobierno inexorablemente debe elegir qué necesidades sociales priorizará, ya que no puede satisfacerlas todas, y no es posible que esa decisión, sea cual fuere la dirección que tome, siempre viole la Constitución. Para decirlo de manera esquemática, si tengo necesidad de A y B, pero el dinero sólo me alcanza para pagar una de estas necesidades, puede ser que lo correcto (constitucional) sea elegir A, o elegir B, o que sea igualmente correcto (constitucional) elegir A o B; pero no puede ser que, elija lo que elija, siempre haga algo incorrecto (inconstitucional).

Por ende, el análisis del juez acerca de la constitucionalidad de determinada necesidad social no puede partir de la base de que la mera existencia de esa necesidad viola la Constitución. Su análisis debe ser más profundo y sofisticado; debe determinar en qué casos nos hallamos frente a necesidades suficientemente importantes desde el punto de vista de la Constitución como para que se justifique ordenar al gobierno que destine fondos a un beneficio que éste, democráticamente, prefirió postergar.

Como el anterior planteamiento sugiere, la resolución de un caso bajo el paradigma de la escasez requiere que el juez determine qué necesidades son prioritarias o impostergables según criterios constitucionales. Lo que el juez está haciendo, en definitiva, es controlar la constitucionalidad de la falta de asignación de recursos a una necesidad concreta, no analizando si tal o cual forma de distribuir el presupuesto es la mejor posible. Una cosa es considerar que determinada forma de asignar recursos es *desacertada*, y otra, muy distinta, que es *inconstitucional*. La división de poderes exige que sólo en el segundo caso el juez intervenga conminando al gobierno a prestar determinado servicio social carente de fondos presupuestarios.

IV. ANTE LA ESCASEZ

Cuando una empresa quiebra, sus recursos escasos se distribuyen ordenando jerárquicamente los distintos créditos en función de las disposiciones de la ley concursal. De esta jerarquización se sigue que algunos acreedores del fallido cobren y otros no. Podría pensarse que la escasez de recursos sociales nos plantea una situación similar: no todas las necesidades sociales pueden ser satisfechas y, en consecuencia, debemos ordenarlas jerárquicamente de acuerdo con el criterio impuesto por la Constitución; por ende, cuando el presupuesto omite satisfacer una necesidad social con rango superior a otras

que sí satisface, los jueces deben considerar que tal omisión viola la Constitución.

Este esquema “concursal”, sin embargo, no es adecuado para encarar casos de derechos sociales. En primer lugar, la Constitución no tiene nada análogo a un orden de prelación de necesidades sociales al que podamos recurrir sin más. En segundo lugar, incluso si existiera tal orden jerárquico, el juez debería conocer a la perfección no sólo el presupuesto, sino también la totalidad de las necesidades sociales que previsiblemente existirán en un año determinado. Ningún juez —de hecho, ninguna institución— estaría en posición de hacer tal análisis. Por eso, la tarea de los jueces en los casos del paradigma de la escasez no es análoga a la de un juez concursal. Las reglas que la guían no son tan precisas —se podría decir, siguiendo a Dworkin,¹² que no son reglas sino principios— y es por eso que la faz interpretativa de la función judicial cobra un papel preeminente. Más aún, el juez se mueve dentro de un marco de conocimiento limitado, y ello lo obliga, en ocasiones, a dar pasos tentativos.

Con esto en mente, creo conveniente que, para juzgar si la omisión de cubrir presupuestariamente una necesidad social contradice la Constitución, el juez apele al estándar de razonabilidad. Este estándar ha jugado un papel central en la judicialización de los derechos sociales en Sudáfrica, un país que ha sido tomado como modelo en materia de justiciabilidad de derechos sociales. La Constitución sudafricana posapartheid declara que “el Estado debe tomar medidas legislativas y de otra índole razonables para alcanzar la realización progresiva de los [derechos a la vivienda, la salud, la comida, el agua y la seguridad social]”. (Constitución de Sudáfrica, §26 y §27). El mismo estándar se aplica a la educación (*id.*, §29). A la hora de hacer efectivos estos derechos, la Corte Suprema sudafricana ha ido construyendo, a través de su jurisprudencia, el contenido de este estándar.¹³

¹² Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977.

¹³ Lo hizo, en particular, en tres casos seminales: *Soobramoney v. Minister of Health* (12 BCLR 1696, 1997), *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* (11 BCLR 1169 (CC), 2000) y *Minister of Health v. Treatment Action Campaign* (10 BCLR 1033, 2002). En *Soobramoney*, la Corte consideró razonable que un hospital público negara un tratamiento vital de diálisis a un paciente. Tal negativa resultaba de la aplicación de un criterio hospitalario tendiente a maximizar la utilización de recursos médicos escasos y de esa forma salvar la mayor cantidad de vidas posible. En *Grootboom*, la Corte emplazó al Gobierno a aliviar de manera urgente la situación de extrema precariedad habitacional de 900 personas. Según la Corte, el Estado no había cumplido con su deber de tomar medidas razonables para garantizar la realización progresiva del derecho, pero no reconoció un derecho incondicional a la vivienda, sino a que el Estado adoptara medidas razonables que protegieran a los necesitados. En *Treatment Action Campaign*, el gobierno se negaba a proveer

La experiencia sudafricana indica que el estándar de razonabilidad puede resultar de utilidad para lidiar con el tipo de dificultades y restricciones ínsitas en los casos de escasez. Por eso, creo que también en países como Argentina, los jueces deberían echar mano a este estándar a la hora de interpretar lo que cabe exigirle al Estado en materia de políticas sociales; es decir, a la hora de juzgar cuándo la omisión de satisfacer una necesidad social implica la violación de un derecho constitucional. La escasez de recursos determina que no todos los reclamos podrán ser satisfechos, que ninguna política social, por ambiciosa que sea, podrá erradicar las necesidades sociales. Le pregunta, entonces, es qué resulta razonable exigirle al Estado.

Sin embargo, el estándar de razonabilidad no es más que una cáscara vacía si no lo dotamos de contenido mediante criterios rectores. Por ello, debemos preguntarnos de qué criterios debe valerse el juez para juzgar la razonabilidad de una política social. Entiendo que la respuesta surge de la interacción de dos factores. En primer lugar, la importancia de la necesidad social en cuestión a la luz de la Constitución. En segundo lugar, el costo de satisfacer esa necesidad.

El primer factor, a su vez, comprende distintas variables. Para empezar, algunas necesidades son más intensas que otras, y por ende ameritan un esfuerzo mayor por parte del gobierno. En este sentido, no es equiparable la situación de quien necesita un tratamiento médico para no morir a la de quien lo necesita para mejorar su calidad de vida; ni la carencia habitacional de quien vive en la calle a la de quien vive en casa de un familiar. No planteo estos casos en pares para sugerir que el gobierno o el juez debería elegir entre uno y otro —no es así como se presenta la cuestión, como una alternativa entre dos o más necesidades concretas—, sino que lo hago simplemente para enfatizar que no todas las necesidades son igualmente importantes.

En otros casos, la mayor o menor importancia de la necesidad se deriva de la cantidad de personas afectadas. Por ejemplo, la provisión de una vacuna que salvaría la vida de miles de personas al año es más importante, desde esta óptica, que la de otra que sólo salvaría a unos pocos en igual lapso. Nuevamente, no planteo estas necesidades en pareja para sugerir que el gobierno debe elegir entre una u otra, ya que bien podría ser el caso que la Constitución exija que satisfaga ambas, sino para poner el acento en la diferente importancia de estas necesidades, y en consecuencia en el grado de esfuerzo que cabe demandar del gobierno en cada caso.

un medicamento que disminuía el contagio de VIH-sida madre-hijo. La Corte consideró que tal negativa resultaba irrazonable.

Una tercera cuestión para tener en cuenta a la hora de ponderar la importancia de una necesidad social es la vinculación entre ella y los ideales sociales con reconocimiento constitucional. Así, por ejemplo, a la hora de justificar la especial importancia de la educación pública, el juez Thurgood Marshall, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, destacó la estrecha conexión entre la educación y la democracia.¹⁴ En el mismo país, el constitucionalista Owen Fiss consideró que resulta inconstitucional excluir a los inmigrantes ilegales de los programas de asistencia social porque ello llevaría a profundizar una estructura social de castas, contrariamente a lo que el ideal constitucional de la igualdad —en palabras de Fiss, el principio anti-subordinación— exige.¹⁵

Como ya sostuve,¹⁶ en la Constitución argentina, un ideal constitucional que resulta fundamental a la hora de definir la razonabilidad de las políticas sociales es la igualdad estructural de oportunidades (en el texto constitucional, la igualdad *real* de oportunidades). Este ideal aspira a que los individuos efectivamente tengan posibilidades de desarrollarse social y económicamente en un plano de igualdad; es decir, que nuestra riqueza o condición social no determine de manera inexorable tales posibilidades. El papel de este ideal en la Constitución argentina es central; ella lo conecta con instituciones tan importantes como el sistema electoral (artículo 37), los impuestos (artículo 75, inciso 2), el goce de los derechos (artículo 75, inciso 23) y la educación (artículo 75, inciso 19).

El peso de esta tercera variable será mayor cuanto más importante sea el ideal en cuestión y más estrecha resulte la conexión entre la necesidad social de la que se trate y la frustración de tal ideal. Para ilustrar este punto, lo analizaré en relación con la educación. Mencione más arriba el ejemplo de la conexión entre la educación pública y la democracia, que fue analizada en el caso *San Antonio v. Rodriguez* por el juez Thurgood Marshall de la Corte Suprema de los Estados Unidos. En relación con tal caso, cabe observar que, en primer lugar, la democracia es un ideal de máxima importancia en el orden constitucional estadounidense, y también lo es en el nuestro.¹⁷ En segundo lugar, la conexión entre la dificultad de acceder a una educación

¹⁴ Voto del juez Thurgood Marshall en *San Antonio v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973).

¹⁵ Fiss, Owen, *A Community of Equals. The Constitutional Protection of New Americans*, Boston, Beacon Press, 1999.

¹⁶ Grosman, Lucas, *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, Buenos Aires, Librería, 2008.

¹⁷ Véase en especial artículos 36, 37 y 38 de la Constitución Nacional. También, los fallos de la Corte Suprema Patitó (2008), Fallos 331:1530, sobre la importancia de proteger la libertad de expresión por su conexión instrumental con la democracia, y Arenzón (1984),

pública de calidad y la frustración del ideal democrático es estrecha: el autogobierno presupone que el soberano cuente con información adecuada y capacidad de procesarla, y en esto la educación juega un rol central.

Al menos en el contexto argentino, no menos importante será el riesgo de que la falta de acceso a una educación adecuada frustre el ideal de la igualdad estructural de oportunidades antes mencionado. En efecto, a la hora de garantizar que todo individuo pueda desarrollarse y progresar socialmente sin importar el lugar donde nació, ninguna institución tendrá un impacto comparable al de la educación. Por eso, si los niños de clase baja no acceden a una educación de calidad, este ideal se verá profundamente afectado. Nuevamente, tanto la importancia del ideal involucrado como su conexión con la necesidad social analizada resultan particularmente fuertes.

Podemos advertir, en consecuencia, que si la posición económica resulta determinante para acceder a una educación de calidad al menos dos ideales constitucionales —la democracia y la igualdad estructural de oportunidades— se verían seriamente comprometidos. Más aún, estos ideales, y especialmente la igualdad estructural de oportunidades, exigen que la educación accesible sea adecuada a la luz de estándares no absolutos, sino relativos. En este sentido, cuando se evalúa la razonabilidad de una política de provisión de servicios sociales, es común que se lo haga bajo la guía de estándares mínimos. Tal criterio no sería satisfactorio en este caso. Para que la educación accesible para todos tenga un nivel constitucionalmente aceptable, debe ser comparable con aquella a la que los más ricos pueden acceder. Si no es así, como señaló Marshall en el caso ya mencionado, de poco sirve a los niños que habitan barrios pobres recibir una educación “suficiente” si los niños de barrios más ricos reciben una educación que es más que “suficiente”.

Vale la pena aclarar un par de cosas. En primer lugar, la democracia y la igualdad estructural de oportunidades exigen que el Estado garantice el acceso a una educación de calidad adecuada más allá de la condición económica, pero de manera alguna presuponen que tal acceso debe ser independiente de la capacidad intelectual del estudiante en instancias superiores de enseñanza. En otras palabras, no es éste un argumento a favor del ingreso irrestricto a la universidad, según se lo ha entendido en nuestro país —es decir, como un ingreso sin examen de aptitudes. De hecho, se me ocurre más de un contexto en el que la implicación bien podría ser precisamente la opuesta.¹⁸ En segundo lugar, tampoco debería inferirse de este argumento

Fallos 306:400, en particular el voto de Petracchi y Belluscio, sobre la aspiración de consolidar la democracia.

¹⁸ Desarrollar este punto excedería el marco de este trabajo, pero la idea es que si la

que la igualdad estructural de oportunidades o la democracia exigen que la educación de calidad competitiva sea necesariamente pública y gratuita. Lo que sí exigen es que, si no lo es, el gobierno se esfuerce por promover un sistema de ayuda financiera (público y/o privado) que garantice que el acceso a las universidades de mayor calidad no dependa de la capacidad económica del estudiante y su familia.

En definitiva, cuando la prestación de beneficios sociales se vincula estrechamente con ciertos valores centrales para el orden constitucional, su consecución demanda esfuerzos mayores. Por ende, los jueces, en tales casos, deberán ser más exigentes con el gobierno a la hora de determinar si su política social en la materia resulta razonable.

Finalmente, la cuarta variable que debemos tener en cuenta para determinar la importancia de la necesidad social se vincula con la categoría de persona que la padece. Si bien en un principio las necesidades de todos deberían contar de igual manera, no debemos descartar la posibilidad de que la Constitución priorice algunos grupos en particular. De hecho, la Constitución argentina parece especialmente preocupada por el bienestar social de los grupos más vulnerables.¹⁹

En resumen, el primer factor —esto es, la importancia de la necesidad social— depende en principio de cuatro variables: *a)* la intensidad de la necesidad; *b)* la cantidad de personas afectadas; *c)* cuán estrecha es la conexión entre la necesidad en cuestión y la frustración de ideales constitucionales, y *d)* el tipo de personas afectadas.

Cuanto más importante sea la necesidad, más deberemos exigir al Estado en su satisfacción, al punto de que ello no podrá depender de que exista una partida presupuestaria prevista a tal fin. En tales casos, los jueces deben trascender los límites presupuestarios. Al hacerlo, pueden presumir que el Estado tiene algún espacio para maniobrar, para reorganizar partidas presupuestarias, aumentar ingresos o reducir gastos. Sin embargo, este espacio de maniobra es limitado. Por ello, la presunción de “maniobrabilidad” se debilita a medida que aumenta el costo del beneficio social en cuestión. Es aquí donde entra a jugar el segundo factor, el costo de satisfacer la necesidad social. Según indiqué, ambos factores —importancia y costo de la necesidad— interactúan. Lo razonable, frente a cada caso concreto, dependerá

educación pública no es competitiva frente a cierta educación privada porque ésta involucra un examen de admisión y aquella no, tal condición contribuiría a frustrar la consecución del ideal democrático e igualitario señalado.

¹⁹ Véase artículo 75, inciso 23, que menciona expresamente a los niños, las mujeres, los ancianos y los discapacitados, y luego a los niños desamparados y las mujeres embarazadas.

del resultado de tal interacción. Por eso, el juez deberá tener el ojo puesto no sólo en la importancia de la necesidad, sino también en el costo de su satisfacción, a la hora de juzgar si la política pública en la materia es razonable o no. Cuando no lo sea, se podrá afirmar que la omisión del Estado resulta inconstitucional y que un derecho social ha sido violado.

Huelga decir que el juez no podrá dimensionar con precisión métrica cada una de las variables descritas ni habrá una única manera de resolver la tensión entre la importancia de una necesidad y su costo para determinar la razonabilidad de la política pública. Es inevitable, por ello, que el tribunal tenga un amplio margen de apreciación en estas cuestiones. Sin embargo, es importante que seamos conscientes de cuáles son los lineamientos generales que una decisión debería seguir para constituir un legítimo ejercicio del control de constitucionalidad en casos signados por la escasez. Es eso, precisamente, lo que el esquema propuesto aspira a lograr.

Sin perjuicio de ello, las particularidades de este tipo de casos necesariamente deben impactar en la forma de los remedios judiciales. En este sentido, no deberíamos esperar que los jueces pronuncien una sentencia que, de manera precisa, disponga lo que el Estado debe hacer. En muchos casos, no cabrá esperar tal exactitud, sino que los jueces deberán valerse de estándares más generales y flexibles. Más aún, en general no habrá una única política que resulte razonable exigirle al Estado, por lo cual deben ser los poderes políticos los que determinen de qué manera concreta se satisfará la necesidad en cuestión.

Obviamente, no existe una sola manera de llevar adelante este proceso. La idea general es que el juez dé el primer paso, espere que el gobierno reaccione, luego dé otro paso, y así sucesivamente. Idealmente, a cada paso el juez podrá darle más precisión a su orden. Siguiendo a Fiss,²⁰ podemos pensar en un “remedio en espiral”. Así, por ejemplo, supongamos que como primer paso el juez decide que resulta inconstitucional que el gobierno no garantice la provisión de determinado tratamiento en hospitales públicos ya que, en atención a la importancia de la necesidad involucrada y su costo, es razonable que el gobierno haga más de lo que hace. El gobierno, luego, propone determinada solución, cuya razonabilidad el juez debe evaluar, posiblemente con el aporte de expertos, de los actores, de *amici curiae* o de otros interlocutores relevantes. Así, poco a poco, irá hilando más fino hasta darle a su sentencia la forma de un remedio concreto que el gobierno deba cumplir.

Esta forma de diseñar el remedio no es muy diferente a la utilizada por la Corte Suprema argentina en casos como *Mendoza*, de 2008, relativo

²⁰ Fiss, Owen, *The Civil Rights Injunction*, Indiana, University Press, Bloomington, 1978.

al saneamiento del Riachuelo,²¹ o por la Corte Suprema colombiana en el caso de los desplazados (la famosa sentencia T-025). También se podría encuadrar en este modelo el caso *Brown v. Board of Education*, acaso el caso constitucional más famoso de nuestra era, en el que la Corte en un primer fallo²² declaró el principio aplicable (el sistema de educación “separados pero iguales” es inconstitucional) y luego, en un segundo fallo,²³ convocó a las partes a que presentaran argumentos adicionales, valiéndose un estándar vago (*with all deliberate speed*).²⁴ Por eso, podemos confiar en que si los jueces tienen claro el encuadre de fondo y las consideraciones relevantes para juzgar las políticas gubernamentales en la materia, existen procedimientos idóneos para adaptarse a las particulares circunstancias que rodean los casos de escasez.

V. NINGÚN DERECHO ES ABSOLUTO (NI SIQUIERA LA SALUD)

En nuestro país, el derecho a la salud ha sido la estrella de los derechos sociales en términos de justiciabilidad. Por ello, vale la pena dedicarle una sección específica y aplicar el esquema aquí propuesto a un puñado de casos reales.

Por lo dicho hasta aquí, no hay un derecho a la salud en abstracto; hay un derecho a que el Estado haga lo razonable para proteger la salud, donde lo razonable está determinado por la importancia de la necesidad y el costo de su satisfacción. Sin embargo, no ha sido éste el enfoque predominante en nuestros tribunales. Por el contrario, el derecho a la salud muchas veces aparece presentado como un derecho absoluto cuya efectividad no debería depender de consideraciones presupuestarias.

No es sorprendente que así sea. Resulta muy tentador pretender que, como sociedad, estamos comprometidos con lo que Dworkin²⁵ llama “el principio de rescate”. Este principio consta de dos premisas. La primera, que la vida y la salud son los bienes más importantes; que todo lo demás es menos importante y debe ser sacrificado en pos de tales bienes. La segunda, que aunque en nuestra sociedad existan diferencias de riqueza importantes, ninguna persona debería verse privada de acceder a un tratamiento médico sólo porque no puede pagarlo.

²¹ Fallos 331:1622.

²² 347 US 483.

²³ 349 US 294.

²⁴ “Con la máxima velocidad posible”.

²⁵ Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, p. 309.

Como dice Dworkin,²⁶ este principio sólo se puede sostener de la boca para afuera; en la práctica es totalmente inútil como guía para las políticas sanitarias. En efecto, por más importantes que sean la vida y la salud, no es verdad que su preservación siempre deba ser prioritaria en materia de gasto público. De hecho, no es así como conducimos nuestras vidas: gastamos en salud, claro está, pero no destinamos cada peso al cuidado de nuestra salud por el solo hecho de que ello tenga un impacto marginal beneficioso, en desmedro de cualquier otro uso de ese dinero. En este sentido, nadie contrata la mejor medicina prepagada, el mejor médico, el mejor hospital que pueda pagar con sus ingresos, porque si lo hiciera no tendría dinero para gastar en ninguna otra cosa. Lo que hacemos es algo distinto: destinamos una parte de nuestros ingresos a solventar gastos médicos, pero gastamos el resto en educación, vivienda, recreación, etcétera. Sin duda podríamos mejorar marginalmente el cuidado de nuestra salud gastando menos en vivienda o movilidad y más en salud, hasta el punto en el que el beneficio marginal de trasladar gasto de otras cosas a salud sea cero; pero, razonablemente, no lo hacemos; creemos que una vida plena exige que nuestro dinero se distribuya de otra manera. En definitiva, si gastáramos todo nuestro dinero en el cuidado de la salud, probablemente mejoraríamos nuestras perspectivas de vida, pero el precio que pagaríamos por ello sería el de vivir una vida que nos resultaría menos satisfactoria.

Lo mismo se aplica a la sociedad en general. Es muy discutible que gastemos en salud pública todo lo que deberíamos gastar, pero no lo es que no podríamos gastar todos los fondos públicos en salud. La salud es importante, pero eso no significa que cada peso que gastamos en otra cosa tenga mejor destino si se gasta en salud.

Tampoco podemos aspirar a que todos los individuos tengan acceso a los servicios de salud que sólo los más ricos pueden pagar, al menos en la medida en que mantengamos el sector privado de prestadores de servicios de salud.²⁷ Parece inevitable que, en un país en el que existen diferencias importantes de riqueza y un mercado de servicios de salud, no toda la población esté en condiciones de acceder a servicios de salud de igual calidad. No todos podremos atendernos en la Clínica Mayo.

Si esto es así, debemos preguntarnos qué servicios de salud debe garantizar el Estado para cumplir con el estándar de razonabilidad. En otras

²⁶ *Idem.*

²⁷ En realidad, ni siquiera en los países en los que la medicina es casi totalmente pública, como Canadá, se puede evitar que los más ricos accedan a servicios exclusivos para ellos; para eso, Canadá debería cerrar las fronteras con Estados Unidos, y esto, obviamente, sería inaceptable.

palabras: ¿cuándo un individuo tiene derecho a que el Estado financie con fondos públicos un tratamiento médico o un medicamento? La respuesta, claro está, no puede ser “siempre”.

Trataré de anclar esta cuestión en casos más concretos. No pretendo indicar de manera precisa cómo deberían resolverse estos casos —algunos judicializados, otros no— porque carezco de la información cuantitativa relevante, y discutir cuestiones empíricas con alguna seriedad excedería en mucho el marco de este trabajo. No obstante, aspiro a presentar el esquema general para encarar estos casos y, con el margen de imprecisión señalado, sugerir el camino que debería seguir su solución.

Empezaré por un caso en el que creo que los fondos públicos destinados a la salud son claramente insuficientes: el combate del mal de chagas. Esta es una enfermedad endémica presente en toda América Latina. En el Norte argentino, está especialmente extendida; en algunos lugares, la mayor parte de la población está infectada. El mal de chagas es una enfermedad social: una enfermedad de pobres. Afecta ante todo a quienes conviven con animales de granja en viviendas precarias, donde anida la vinchuca, el insecto vector del mal. Dado que el mal de chagas es no sólo consecuencia sino causa de pobreza —sus víctimas ven disminuida su capacidad productiva a raíz de la enfermedad, y se retroalimenta así un círculo vicioso de pobreza— este mal es especialmente preocupante desde el punto de vista de la igualdad estructural de oportunidades. Además, su impacto en la salud es muy serio y afecta a cientos de miles de personas. Por ende, la necesidad de políticas públicas que la combatan de manera efectiva es verdaderamente importante. En cuanto al segundo factor —el costo de tales medidas—, si bien no estoy en condiciones de brindar cantidades precisas, cabe recordar que no estamos hablando de traslados masivos a la Clínica Mayo, sino de fumigaciones, mejoras edilicias y campañas de concientización. En consecuencia, no parece arriesgado afirmar que lo que el Estado argentino hace para erradicar la enfermedad dista mucho de satisfacer el estándar de razonabilidad tal como lo definí. En esas condiciones, el derecho a la salud de las personas afectadas está siendo vulnerado.²⁸

Pasemos ahora a otro caso. Recientemente se decidió que el derecho a la salud incluye el derecho a que el Estado solvente los tratamientos de fer-

²⁸ Creo que el hecho mismo de que no sea éste un caso judicializado es significativo. Muchas veces, los problemas de salud más graves no son los que llegan a los estrados judiciales, ya que quienes los padecen con frecuencia carecen de las herramientas para actuar eficazmente en ese ámbito; de hecho, posiblemente ni siquiera logren visualizar este camino como una alternativa posible.

tilización asistida de parejas que no pueden tener hijos de otra manera.²⁹ Según se estableció en ese caso, los tratamientos en cuestión costaban, a valores de 2007, entre \$7,000 y \$14,000 cada uno. En promedio, se requieren varios tratamientos para llegar a un embarazo exitoso, y la sentencia estableció que se debían brindar hasta cinco tratamientos en la institución que los actores eligieran. Dado que esta dificultad de procrear afecta, según se consigna en el fallo, a entre el 10% y el 15% de todas las parejas, parece claro que estamos hablando de una erogación realmente importante para el Estado. El segundo factor, entonces, tiene un peso muy significativo en este caso.

¿Qué ocurre con el primero? ¿Cuán importante es esta necesidad? Sin dudas tener hijos puede constituir un aspecto central en el plan de vida de la mayoría de las parejas, no obstante, no es ésta una cuestión de vida o muerte, como sí lo son muchas de las necesidades médicas que el limitado presupuesto estatal debe solventar. Además, existen alternativas razonables distintas del embarazo, como la adopción. Se dirá que no es lo mismo, que las parejas prefieren el tratamiento *in vitro* a la adopción; pero ese no es el punto. No es cuestión de analizar qué es lo que las parejas prefieren, sino de entender si la necesidad en cuestión es suficientemente importante como para justificar el enorme peso de este tratamiento en las arcas públicas. Como el anterior análisis sugiere, me inclino por pensar que no resulta irrazonable que el Estado omita la cobertura de este servicio.

Obviamente, esta conclusión no se ve alterada por el hecho de que la Provincia de Buenos Aires, posteriormente, haya optado por garantizar que el tratamiento en cuestión sea financiado con fondos públicos. La pregunta es si ello es constitucionalmente obligatorio, no si es facultativo. Sobre esto, no me cabe duda alguna; es lo primero lo que cuestiono.

Si la anterior sugerencia resulta antipática, con el siguiente caso redoblo la apuesta. Muy recientemente, la justicia decidió que el derecho a la salud incluye el derecho a que el Estado financie costosas intervenciones quirúrgicas en el extranjero.³⁰ Creo que tal conclusión es imposible de generalizar y, por ende, insostenible.

Puede parecer que el caso de una persona que sólo salvará su vida si es operada en el extranjero es verdaderamente excepcional. Si así fuera, la

²⁹ *A., M. R. y otros c. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires*, Juzgado en lo Contencioso-administrativo y Tributario núm. 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 20/11/2007, LL 2008-A-148.

³⁰ *Bello c. OSECAC*, Cámara Federal de Córdoba, 21/10/2011. Si bien en el caso el Estado debía cubrir la parte que no fuera solventada por otros medios, eso no limita la premisa general de la sentencia: cuando el dinero no alcanza, es el Estado el que debe cubrir el costo del tratamiento en el exterior.

decisión no sería cuestionable, ya que el costo, a lo largo del tiempo, posiblemente sea insignificante: si la operación en cuestión cuesta cien mil dólares, pero estos casos aparecen, estadísticamente, una vez cada diez años, el costo ciertamente no sería alarmante. Lamentablemente, esto no es así. Las vidas que podríamos salvar si sistemáticamente enviáramos pacientes a sofisticados sanatorios del exterior son verdaderamente muy numerosas.

Permítaseme ilustrar el punto. Imaginemos que en determinado hospital público de la Provincia de Buenos Aires se realizan cien intervenciones quirúrgicas complejas por año, y que estadísticamente el 5% de los pacientes muere. Supongamos que esta tasa es bastante decente y nadie se escandaliza por ella. Ahora bien, supongamos también que en un sanatorio de máximo nivel internacional —nuevamente, la Clínica Mayo— la tasa de muertes en operaciones equivalentes no es 5%, sino 2%, como resultado de una combinación de mejores cirujanos, mejores anestelistas, mejor instrumental, mejores controles, etcétera. Esto quiere decir que, si derivásemos a la Clínica Mayo todos los pacientes del hospital público en cuestión que tienen que ser sometidos a cirugías complejas, salvaríamos la vida de tres personas al año. Esto, claro está, debería extenderse a todos los hospitales públicos del país, y la cantidad de vidas que salvaríamos será verdaderamente importante.

¿Por qué no hacerlo? ¿Por qué condenar a muerte a un número tan importante de personas? La respuesta, como el lector imaginará, es bastante obvia: no enviamos sistemáticamente pacientes a la Clínica Mayo porque ello sería demasiado caro. El dinero no nos alcanzaría o, en todo caso, invertirlo de esa manera nos condenaría a no gastar en ninguna otra cosa.

El hecho de que estas personas cuyas vidas omitimos salvar sean anónimas —que *ex ante* sólo sean una estadística, no una persona con nombre y apellido— no debería cambiar nuestro análisis en frío, más allá de que resulte emocionalmente determinante. Vidas son vidas, conozcamos o no el nombre de las personas concretas involucradas. Nuestra decisión de no derivar sistemáticamente pacientes al extranjero tiene un impacto predecible y sustancial en la salud de la población. Por ello, si de salvar vidas se trata, no creo que esta situación hipotética pueda ser distinguida exitosamente del caso real citado. Si ninguna consideración económica debiera interferir con nuestro afán de preservar la vida como bien supremo, la Clínica Mayo sería el inevitable destino de los pacientes argentinos. Que no lo sea —que no lo pueda ser— sugiere con alguna contundencia que algo está mal en la premisa.

En definitiva, creo que es muy difícil sostener la política de financiar costosas intervenciones en el extranjero, y que por ende los jueces deberían interpretar que el Estado cumple razonablemente con su obligación de ve-

lar por la salud con menos que eso. En principio, los tratamientos disponibles en el país parecen ser el techo de lo que razonablemente se puede exigir. No digo que no pueda haber excepciones; pero ellas, por lo que vengo sosteniendo, requieren una muy sólida justificación.

V. CONCLUSIÓN

Si bien en la anterior sección defendí una postura que, para los estándares argentinos, puede parecer antipática y restrictiva, quiero dejar en claro que, a mi juicio, ni el Estado argentino en general ni los jueces en particular están pecando por exceso de generosidad. Más bien, creo que el énfasis no se pone en el lugar correcto. Las carencias sociales más importantes son muchas veces las menos visibles: aquellas que padecen quienes difícilmente llegan a los tribunales o a las primeras planas de los diarios. Por eso, los fondos públicos, siempre escasos, no deberían asignarse por orden de llegada ni en función de la visibilidad pública o el impacto político de las necesidades involucradas, sino con el ojo puesto en la importancia de la necesidad a la luz de la Constitución.

El papel de los jueces es central en este esquema. De ellos depende controlar que la omisión de proveer un beneficio social sea razonable en términos constitucionales. Sólo cuando no lo sea se justificará que la política pública adoptada democráticamente se deje de lado y que el juez ordene que el gobierno destine fondos allí donde el presupuesto no los previó. La justificación, en tales casos, es insoslayable: la Constitución no tolera que ciertas carencias sociales sean desatendidas, y los poderes democráticos deben ser compelidos a actuar en consecuencia.