

LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES SOCIALES EN AMÉRICA LATINA

*CONSTITUTIONAL SOCIAL RIGHTS
IN LATIN AMERICA*

Carlos Bernal Pulido*

Resumen

En este trabajo se responde a dos preguntas: la primera, si existe una convergencia en la protección constitucional de los derechos sociales en los países de Latinoamérica; y la segunda ¿qué puede explicar la existencia o ausencia de dicha convergencia? Se sostiene que, a pesar de la convergencia de las constituciones de América Latina en la inclusión de cláusulas de derechos sociales en circunstancias similares, un análisis de la jurisprudencia de las cortes constitucionales y supremas de los países más representativos revela que solo existe una convergencia limitada y, correlativamente, una divergencia extendida, en relación con los criterios para aplicar estos derechos. Si bien, el comienzo de una práctica de migración intrarregional de ideas constitucionales puede explicar la convergencia, las divergencias en este aspecto se deben a las diferencias en las relaciones entre el Poder Judicial y las autoridades políticas en cada país.

* Macquarie Law School, Sidney, Australia.

Palabras clave: Derechos sociales, constituciones latinoamericanas, control de constitucionalidad en Latinoamérica, derechos fundamentales, criterios para el control de constitucionalidad.

Abstract

This paper aims to answer two questions: first, whether there is convergence in the constitutional protection of economic and social rights in Latin American countries; and secondly, what can explain the existence or absence of convergence. I will argue that despite the convergence of Latin American constitutions in the entrenchment of economic and social rights under similar circumstances, an analysis of the case law of Latin American apex courts shows that there is only limited convergence and, correlatively, extended divergence concerning the standards of adjudication of those rights. While the beginning of a practice of intra-regional migration of constitutional ideas may account for the convergence, differences in the strength of the judiciary vis-à-vis political authorities may explain the divergence.

Keywords: Economic and Social Rights, Latin American Constitutions, Latin American Constitutional Review, Constitutional Rights, Standards of Review.

1. Introducción

En este trabajo se responde a dos preguntas: en primer lugar, si existe convergencia en la protección de los derechos sociales en los países de Latinoamérica; y en segundo lugar, ¿qué puede explicar la existencia o ausencia de dicha convergencia? Dentro de este contexto, con 'protección constitucional' solo se hará referencia a dos aspectos: la forma en que las disposiciones constitucionales institucionalizan los derechos sociales, por una parte, y los criterios que las cortes constitucionales y supremas emplean para resolver casos constitucionales con fundamento en dichas disposiciones, por otra. Asimismo, con el término 'criterio' se designará el conjunto de directrices que, en forma de metodología, orienta a los Jueces a lo largo del proceso de solución de casos concretos con base en las disposiciones constitucionales de derechos sociales.

Los Jueces utilizan criterios para evaluar si las acciones y omisiones de quienes tienen a cargo los deberes que son correlativos a los derechos sociales vulneran tales derechos (por lo general, se refieren a instituciones del Estado, pero también a organizaciones privadas –señaladamente, empresas que prestan servicios públicos–), y para establecer qué medidas de reparación es preciso adoptar en caso de vulneración.

La respuesta a estas preguntas tiene relevancia teórica y práctica. Entre los países de Latinoamérica es notable la convergencia sobre el modo en que las constituciones reconocen los derechos sociales y económicos, y en relación con las circunstancias políticas, económicas y sociales en las que esos derechos deben ser implementados. Desde el punto de vista teórico, el presente análisis indagará si tal convergencia también se proyecta sobre la forma en que los Jueces interpretan y aplican los derechos sociales.

Desde la perspectiva práctica, comparar la forma en que las constituciones de América Latina reconocen los derechos sociales y las cortes utilizan los criterios pertinentes para aplicarlos, contribuye a la reflexión acerca de cuál es "la mejor práctica" de reconocimiento constitucional y aplicación judicial de esos derechos en la región.¹ Las elecciones concernientes al modo de protección y a los criterios de aplicación judicial de los derechos sociales no son neutrales. El modo de protección implica asignar o no competencias a los Jueces para hacer exigibles directamente los derechos sociales. A su vez, escoger un criterio de aplicación de estos derechos lleva a que los Jueces adopten una postura frente a tres aspectos: a la racionalidad del proceso de aplicación judicial, a la deferencia frente a las autoridades políticas y a la prioridad de los derechos sociales. Cada criterio –el mínimo esencial, la razonabilidad o la proporcionalidad– dota a la aplicación judicial de los derechos sociales de un diferente grado de

¹ Vicki Jackson, "Comparative Constitutional Law: Methodologies", en Rosenfeld, Michel y Sajó, Andrés (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p.70.

racionalidad.² Asimismo, conduce a las cortes a ser más o menos deferentes frente a las autoridades políticas, en particular frente a los poderes legislativo y ejecutivo; a otorgar en un mayor o menor grado la prioridad a los derechos sociales sobre otros principios y bienes, además de otros objetivos de la política pública que puedan entrar en colisión con aquellos. Por ello, la elección de los criterios de aplicación judicial tiene gran impacto sobre el funcionamiento de la democracia representativa, la separación de poderes, el grado de exigibilidad y la satisfacción de los derechos sociales. Cuanto más exigente sea el criterio de aplicación, mayor será el grado de exigibilidad de los derechos sociales, pero, a la vez, mayor será la interferencia del Poder Judicial en las competencias de los poderes legislativo y ejecutivo. En este marco, los interrogantes más importantes desde una perspectiva práctica comparada son: ¿es preferible que las constituciones protejan derechos sociales exigibles judicialmente? Si este es el caso, ¿es preferible que los Jueces utilicen un criterio de aplicación fuerte o uno débil?

En este artículo se defiende la siguiente tesis: a pesar de la convergencia de las constituciones de América Latina en el modo de protección de los derechos sociales, con distintas circunstancias sociales, políticas y económicas para su implementación y aplicación, un análisis comparado de la jurisprudencia de los máximos tribunales de los países más representativos muestra que solo existe una convergencia limitada, y, correlativamente, una divergencia extendida, en cuanto a los criterios para la aplicación judicial de los derechos sociales. Si bien el comienzo de una práctica de la migración intrarregional de ideas constitucionales puede explicar dicha convergencia, el papel particular que juegan las cortes constitucionales y supremas así como las distintas fuerzas institucional y política del Poder Ejecutivo, en cada jurisdicción, pueden explicar la divergencia.

² Carlos Bernal, "The Migration of Proportionality across Europe", *New Zealand Journal of Public and International Law*, vol. 3, núm. 11, 2013, p. 508.

2. La convergencia en el reconocimiento constitucional de los derechos sociales

Los derechos sociales son uno de los mayores adelantos del constitucionalismo contemporáneo, en particular, en América Latina. Desde la Constitución mexicana de Querétaro de 1917, numerosos instrumentos internacionales y constituciones nacionales han reconocido derechos humanos y fundamentales de contenido social y económico. Esta se ha convertido en una estrategia generalizada para hacer frente a los problemas sociales de pobreza, necesidades básicas insatisfechas, falta de recursos para asegurar una vida digna y distribución desigual de las oportunidades y de riqueza. Según datos de 2012, de 195 constituciones vigentes, 179 reconocen derechos sociales. En 68 constituciones todos los derechos sociales son exigibles y en 58, esta naturaleza se ha asignado por lo menos a uno de ellos. Además, como Jung, Hirschl y Rosevear explican en un análisis de esa información,³ todas las constituciones de Latinoamérica reconocen estos derechos y lo hacen en un promedio mayor al de otras regiones del mundo.

Las constituciones pueden reconocer los derechos sociales de varias formas. Las constituciones que pertenecen al primer constitucionalismo liberal incluyeron disposiciones que reconocían lo que Mark Tushnet denomina "derechos no justiciables" o "derechos meramente declarativos";⁴ es decir, derechos que no podían hacerse exigibles ante los tribunales. Así ocurrió en casi todas las constituciones de América Latina que se expidieron en la primera parte del siglo XX.⁵ Estas constituciones recibieron una clara influencia de constituciones

³ Courtney Jung, Ran Hirschl y Evan Rosevear, "Economic and Social Rights in National Constitutions", *American Journal of Comparative Law*, vol. 62, núm. 4, 2014, pp. 1043-1098.

⁴ Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton, 2008, p. 238.

⁵ Michael Krennerich y Manuel E. Góngora Mera, "Los derechos sociales en América Latina. Desafíos en justicia, política y economía", *Centro de Derechos Humanos de Núremberg*, vol. 1, núm. 16, 2006, p. 3.

anteriores, expedidas en países de Europa Continental. Los artículos 21 y 22 de la Constitución francesa del 24 de junio de 1793, por ejemplo, garantizaban el derecho de los ciudadanos en situación de infortunio para obtener asistencia pública, conseguir empleo o acceder a bienes básicos, tales como la educación pública. Estas disposiciones no podían hacerse exigibles judicialmente en contra de las autoridades políticas. Algo similar podía predicarse de los derechos sociales reconocidos en la Constitución de Weimar de 1919. La jurisprudencia y los doctrinantes más representativos, cuyas voces fueron influyentes en América Latina, consideraron las disposiciones que reconocían tales derechos como "enunciados programáticos" (*Programmsätze*). Como tales, no imponían obligaciones que fuesen exigibles judicialmente, ni al legislador ni al ejecutivo.⁶ Esta concepción fue la interpretación prevalente de las disposiciones de derechos sociales de la Constitución de Weimar, a saber, el artículo 151, según el cual, alcanzar una "vida digna para todos" era un objetivo de la organización de la economía; el artículo 155, que facultaba al Estado para vigilar la distribución y uso de bienes inmuebles "con el fin de instituir un sistema de vivienda sostenible"; el artículo 161 que instituyó un sistema de seguridad social que beneficiaba a las madres, los ancianos y los ciudadanos menos afortunados, y el artículo 162 que protegía los derechos sociales mínimos de los trabajadores.

Varias constituciones actuales instituyen derechos sociales de la misma manera, es decir, como derechos meramente declarativos. Según el artículo 53.3 de la Constitución española de 1978, los derechos sociales –allí denominados: principios rectores de la política social y económica– "informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos".⁷ Tales principios solo "podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que

⁶ Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*. Berlin: G. Stilke, 14th ed., (1933) 2009, p. 514; y, Ernst R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Kohlhammer, Stuttgart, 1960, p. 96.

⁷ Constitución Española de 1978. Disponible en: http://www.congreso.es/docu/constituciones/1978/1978_cd.pdf

dispongan las leyes que los desarrollen". Las disposiciones que se refieren a dichos principios reconocen los derechos sociales atinentes a la familia, niños y madres (artículo 39), los trabajadores (artículos 40, 41, y 42), los individuos con discapacidades (artículo 49), los adultos mayores (artículo 50), los derechos a la salud (artículo 43) y la vivienda (artículo 47). A pesar de la falta de fuerza vinculante de los derechos sociales, estos tienen valor político como ideales que pueden alcanzarse mediante el ejercicio de los poderes políticos. Además, los Jueces pueden utilizarlos para interpretar leyes ambiguas. El legislador también puede aludir a ellos como razones legítimas para justificar limitaciones a las libertades.⁸ Por último, más allá del caso español y en un contexto de privatización de los servicios públicos, los derechos sociales meramente declarativos pueden servir de guía y generar presión sobre las políticas del ejecutivo, las empresas nacionales y transnacionales, públicas y privadas, para que se garanticen las necesidades básicas de los individuos.⁹ Si los legisladores y quienes diseñan y ejecutan las políticas públicas y empresariales desoyen las razones basadas en los derechos sociales, la opinión pública puede legítimamente responsabilizarlos o censurarlos.

Curiosamente, a pesar de la influencia de la Constitución española en todas las constituciones de América Latina promulgadas después de 1978, en nuestro sub-continente existe una clara convergencia en cuanto al reconocimiento de derechos sociales vinculantes y exigibles judicialmente. Por ejemplo, los artículos del 42 al 77 de la Constitución colombiana de 1991 garantizan, entre otros, los derechos fundamentales de los niños, las madres embarazadas, los adolescentes, los adultos mayores, las personas con discapacidades, así como los derechos de los individuos a recibir una pensión, a la salud, la vivienda, la recreación, la educación y a disfrutar de condiciones laborales equitativas. Los artículos del 12 al 55 de la Constitución de Ecuador de 2008 también garantizan todos estos

⁸ Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales, concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p.130; y Luciano Parejo Alfonso, *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Cívitas, Madrid, 1983, p. 56.

⁹ Katharine G. Young, *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 74.

derechos, así como los derechos al agua, a la alimentación y algunos derechos sociales específicos de los reclusos y de personas con enfermedades cuyo tratamiento es financieramente gravoso. El Capítulo II del Título II (artículos 6 al 11) de la Constitución brasileña de 1988 garantiza los derechos a la educación, a la salud, a la nutrición, al trabajo, a la vivienda, al ocio, a la seguridad social, a la protección de la maternidad y de la infancia, a la asistencia social que debe brindarse a quienes están en una situación de indigencia, así como los derechos sociales de los trabajadores. En Brasil todos estos son derechos exigibles judicialmente.

En contraste, la práctica constitucional en Chile es una notable excepción a esta convergencia de América Latina. El Capítulo III de la Constitución de 1980 enumera algunos derechos sociales y económicos sin especificar su carácter vinculante o no vinculante. Durante casi 20 años, la jurisprudencia de la Corte Constitucional les ha otorgado un carácter meramente declarativo. No obstante, la introducción de un "recurso de inaplicabilidad" en el artículo 93.6 de la enmienda de 2009¹⁰ condujo a la Corte Constitucional a comenzar a reconocer carácter vinculante a derechos sociales, como el derecho a la salud.¹¹

3. Circunstancias comunes para la aplicación de los derechos sociales

Esta convergencia se suma a la existencia de ciertas circunstancias jurídicas, políticas, económicas y sociales para la aplicación de los derechos sociales que son comunes a los países de América Latina.

¹⁰ Javier Couso Salas y Alberto Coddou Macmanus, "La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente", *Estudios Constitucionales*, vol. 8, núm., 2010, pp. 389-430.

¹¹ Véase, por ejemplo, la Ley ISAPRES, Tribunal Constitucional. caso 11. Rol No. 976/2007-INA, de 26 de junio de 2008; también, Jaime Bassa, "La evolución en la protección constitucional de los derechos sociales vía interpretación constitucional", en Aguilar Cavallo, Santiago, *Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el orden constitucional chileno*, Librotecnia, s.l., 2013, p. 102.

En primer lugar, las disposiciones que reconocen derechos sociales vinculantes dan lugar a varios tipos de posiciones jurídicas.¹² Como Michelman explica, las constituciones que reconocen derechos sociales y económicos tienen como objetivo lograr un "conjunto deseado de resultados sociales". El más general es que los titulares de estos derechos "nunca carezcan de acceso a niveles apropiados de subsistencia, vivienda, salud, educación y seguridad social ni a los medios para obtener los bienes y servicios conexos (sobre todo, el trabajo remunerado disponible)".¹³ Para tal fin, las disposiciones de derechos sociales atribuyen a los titulares de tales derechos por lo menos tres tipos de posiciones jurídicas: primero, derechos que prohíben la interferencia del Estado y de otras personas en el acceso y disfrute de los niveles apropiados de bienes y servicios que ya están a disposición de los individuos (derechos negativos); segundo, derechos de igualdad en el acceso y disfrute de tales bienes y servicios (derechos de igualdad); por último, derechos de habilitación, promoción, protección o garantía en cuanto al acceso y el disfrute de dichos bienes y servicios (derechos positivos). Estos últimos son posiciones jurídicas trídicas en las que el titular tiene un derecho a que el responsable de un deber correlativo —el Estado o un sujeto privado— lleve a cabo una acción que origina, promueve, protege o garantiza el acceso o el disfrute de los bienes y servicios objeto de los derechos sociales por parte del titular de una tercera persona.¹⁴ La ejecución de la acción por parte del responsable hará que la satisfacción del derecho del titular se alcance a cierto nivel.

Estos tres tipos de posiciones jurídicas vinculadas a los derechos sociales aparecen en la jurisprudencia y la doctrina de América Latina. El derecho negativo más relevante es la prohibición de retroceso en materia de prestaciones

¹² Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 120.

¹³ Frank I. Michelman, "Socioeconomic Rights in Constitutional Law: Explaining America Away", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, núm. 3-4, 2008, p. 667.

¹⁴ Robert Alexy, "On Constitutional Rights to Protection", *Legisprudence*, vol. 3, núm. 1, 2009, pp. 1-17.

sociales.¹⁵ En cuanto a los derechos de igualdad, la doctrina ha insistido en que los derechos sociales no solo tienen una conexión necesaria con la prohibición de discriminación,¹⁶ sino que también pueden justificar la atribución de un trato preferencial a los pobres y más vulnerables.¹⁷ El resto de este artículo se centra en los derechos positivos.

En segundo lugar, los casos que implican la aplicación judicial de las disposiciones constitucionales que institucionalizan los derechos sociales positivos a veces son "casos difíciles", en la terminología de Dworkin.¹⁸ Son casos en los que la Constitución no determina la decisión con claridad. Esto se debe, sobre todo, a las formas lingüísticas de las disposiciones constitucionales y a las circunstancias institucionales en las que esta aplicación tiene lugar. Entre estas circunstancias cuentan que las disposiciones constitucionales, que institucionalizan los derechos sociales, son indeterminadas –adolecen de vaguedad, ambigüedad y textura abierta–; que las pretensiones asociadas a tales derechos pueden entrar en colisión con pretensiones vinculadas a otros derechos y principios constitucionales;¹⁹ que pueden existir desacuerdos en cuanto a la manera apropiada de resolver dichas colisiones; que la aplicación de los derechos constitucionales sociales puede llevar a los Jueces a controlar políticas públicas, así como las acciones de otras autoridades políticas; y que las disposiciones que institucionalizan los derechos sociales en ocasiones no especifican quién es el titular, el responsable, el grado y el modo de satisfacción de estos derechos.

¹⁵ Christian Courtis, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Centro de Asesoría Legal y Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2006. Esta obra presenta un análisis crítico de la jurisprudencia interamericana, argentina, brasileña, colombiana y peruana sobre dicha prohibición.

¹⁶ Rodrigo Gutiérrez Rivas y Pedro Salazar Ugarte, *Igualdad, no discriminación y derechos sociales. Una vinculación virtuosa*, Ediciones Conapred, México, 2011.

¹⁷ Constanza Salgado Muñoz, "Derechos sociales e igualdad", *Revista de ciencias sociales*, número especial, 2015, p. 75.

¹⁸ Ronald Dworkin, "Hard Cases", *Harvard Law Review*, vol. 88, núm. 6, abril 1975, p. 1057.

¹⁹ Rosalind Dixon y Tom Ginsburg, "The South African Constitutional Court and Socio-Economic Rights as 'Insurance Swaps'", *Constitutional Court Review*, vol. 4, núm. 1, 2011, p. 3.

Con respecto a la última circunstancia, la aplicación de los derechos constitucionales sociales no diferiría de las obligaciones de derecho privado, como la obligación contractual de pagar un préstamo o el precio de un inmueble, si las disposiciones de la Constitución que los instituyen especificaran el responsable, el grado y el modo de satisfacción del derecho. Sin embargo, esto no siempre ocurre. Las constituciones enuncian derechos sociales en abstracto, sin cualificaciones, en lugar de listas específicas de acciones concretas que el responsable de tales derechos deba llevar a cabo. Algunas disposiciones constitucionales protegen los derechos sociales de forma flexible. Garantizan el acceso a los beneficios en lugar de ciertos beneficios *per se*. Por ejemplo, los artículos 26 y 27 de la Constitución de Sudáfrica garantizan el acceso a una vivienda adecuada, a los servicios de salud, a la alimentación, a un cantidad de agua suficiente y a la seguridad social. Otras disposiciones confieren derechos a disponer de ciertos bienes. Por ejemplo, el artículo 30 de la Constitución de Ecuador otorga a cada persona el derecho a una "vivienda adecuada". Sin embargo, incluso disposiciones más específicas, como esta última, describen de una forma genérica los bienes comprendidos por los derechos sociales. Por ejemplo, cuál sea el significado de "adecuado" en el contexto del artículo 30 de la Constitución de Ecuador, es un asunto sujeto a discusión. Además, algunas disposiciones constitucionales no especifican quiénes son los responsables del derecho ni la forma en cómo debe garantizarse el acceso del titular del derecho a las prestaciones correspondientes o a su disfrute. Algunas disposiciones exigen la creación de políticas, como una "política de salud" (artículo 32 de la Constitución de Ecuador) o un "plan de vivienda" (artículo 51 de la Constitución de Colombia). A pesar de su utilidad potencial, estas disposiciones no explicitan los detalles de la política o del plan correspondiente, como tampoco cuándo debe ser implementada. Por último, estas políticas no suelen especificar cómo hacer frente a las limitaciones financieras y la escasez de recursos para la asignación de beneficios a una amplia gama de titulares de derechos.

La mayoría de las disposiciones constitucionales de derechos sociales no determinan quién es su responsable, es decir, el sujeto a quien se atribuye el deber de

satisfacer el derecho. Por una parte, el Estado podría ser considerado como un responsable universal de esos derechos. En este sentido, en casi todas las constituciones de América Latina el Estado se caracteriza por ser un Estado "social" de derecho. Sin embargo, dentro del Estado a veces hay varias instituciones conjuntamente responsables de la creación e implementación de los planes, políticas y programas diseñados para satisfacer cada derecho. Las constituciones generalmente no determinan qué institución tiene el deber y es responsable de qué actividades específicas, vinculadas a dichos planes, políticas y programas. En principio, esta es una tarea que las constituciones delegan al Poder Legislativo. No obstante, los parlamentos pueden dejar "puntos ciegos"²⁰ en el momento de atribuir a otras instituciones competencias atinentes a la satisfacción de los derechos sociales y de dotarlas de recursos suficientes.

Por otra parte, en las sociedades neoliberales, a veces el Estado no tiene la posibilidad ni la responsabilidad inmediata de satisfacer los derechos sociales. En cuanto al derecho al agua, por ejemplo, el mercado del agua ha sido privatizado en muchos países de América Latina, en los que las empresas privadas proveen agua a los individuos. No está claro si estas empresas también son responsables del derecho al agua y, por ende, tienen el deber constitucional de satisfacerlo.²¹

Por último, la mayoría de las disposiciones de derechos sociales y económicos carecen de determinación en cuanto al nivel y el modo de satisfacción exigido por la Constitución. Mientras el nivel de satisfacción se refiere a los objetivos específicos que los responsables del derecho –las autoridades políticas y personas privadas, naturales y jurídicas– deberían cumplir respecto a cada derecho, el

²⁰ Rosalind Dixon, "Creating Dialogue about Socioeconomic Rights. Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited", *International Journal of Constitutional Law, Oxford Journals*, vol. 5, núm. 3, 2007, pp. 391-418.

²¹ Anna Russell, "Incorporating Social Rights in Development: Transnational Corporations and the Right to Water", *International Journal of Law in Context*, vol. 7, núm. 1, febrero 2011, pp. 1-30.

modo de satisfacción tiene que ver con los medios apropiados que los responsables deben implementar para alcanzar ese nivel. Como consecuencia, en algunos casos concretos es difícil identificar cuál sería la acción u omisión violatoria del derecho.²² Para decidir si un derecho ha sido vulnerado, los Jueces necesitan saber cuál es el comportamiento que el responsable debe llevar a cabo. La tarea de determinar la definición legal opuesta es bastante fácil con respecto a las libertades. Desde la perspectiva de las libertades, las acciones son ilegales si interfieren con posiciones jurídicas de libertad o de derecho. La definición legal opuesta de estas acciones ilegales positivas es la omisión por parte del agente de la acción ilegal en juego. En cuanto a los derechos positivos, las omisiones son ilegales si no protegen adecuadamente el derecho en juego. Sin embargo, debido a la indeterminación sobre el garante o la entidad obligada, el nivel y la modalidad de satisfacción, una omisión ilegal no tiene opuesto definitivo. Por el contrario, puede haber tantos opuestos como posibles portadores de obligaciones, niveles y modos alternativos de satisfacción.

En estas circunstancias, no puede esperarse que sea posible derivar de las disposiciones de derechos sociales una respuesta capaz de descartar la incertidumbre y los desacuerdos. La incertidumbre y los desacuerdos desaparecerían si fuese posible derivar de la Constitución una norma que prescribiera un deber específico y claro, a cargo del responsable, para todos los casos posibles. El conjunto de todas las normas de ese tipo explicitaría qué es aquello que los derechos sociales permiten, prohíben u ordenan para cada situación imaginable. Esto, sin embargo, no es factible ni deseable, debido a las circunstancias antes mencionadas. Si una sociedad dispusiera de un catálogo específico y cierto de normas de derechos fundamentales sociales, sus perspectivas de deliberación política se reducirían notablemente. El margen de acción del parlamento se reduciría al mínimo: el legislador se transformaría en una autoridad que es responsable solo

²² Gertrude Lübke-Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*. Baden-Baden, Nomos, 1988.

de la ejecución de las normas constitucionales, y su importancia como foro de participación y deliberación democrática se desvanecería.

Por otra parte, la aplicación de los derechos fundamentales sociales ocurre en América Latina en circunstancias sociales, políticas, económicas e institucionales comunes a varios países. Las constituciones de América Latina se enfrentan a una paradoja que puede ser llamada: la paradoja del Estado social. Por un lado, dichas constituciones institucionalizan principios económicos neoliberales que fundamentaron las políticas de privatización de los organismos del Estado que prestan servicios públicos relevantes para los derechos sociales y protegen las libertades económicas y la libre competencia en estas áreas. Por otro lado, también garantizan el principio del Estado social (trasplantado de la Ley Fundamental alemana y la Constitución española de 1978), un conjunto de derechos sociales exigibles ante los Jueces y una dimensión positiva del derecho a la igualdad, que exige al Estado llevar a cabo acciones afirmativas para conseguir la igualdad de oportunidades entre la población. Mientras que el primer conjunto de principios fundamenta un Estado pequeño, guiado por la ideología del liberalismo político y económico, el segundo crea derechos cuya satisfacción exige una intervención fuerte del Estado en la economía.

Los principios neoliberales antes mencionados reflejan las exigencias de reformas institucionales impuestas a los países de América Latina por los organismos multilaterales a principios de los años noventa y que fueron denominadas: el "consenso de Washington". Este concepto, pergeñado por John Williamson,²³ sugirió la adopción del libre comercio, tasas de cambio flotantes, la libertad de mercado, la desregulación, la privatización de empresas estatales y de las agencias oficiales encargadas del bienestar de los más vulnerables, y la estabilidad

²³ John Williamson, "What Washington Means by Policy Reform", en Williamson, John (ed.), *Latin American Adjustment. How Much Has Happened?*, Institute for International Economics, Washington, 1990.

macroeconómica (incluida la estabilidad fiscal), como instrumentos necesarios para la recuperación de las economías de América Latina tras las crisis financieras de la década de los ochenta. El patrocinio del libre comercio por parte de la OMC y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el condicionamiento financiero de los préstamos multilaterales –es decir, el hecho de que el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial condicionaran el otorgamiento de créditos a la implementación de reformas para facilitar el libre mercado–, y la presión diplomática de los Estados Unidos, fueron estrategias útiles para influir en la adopción y puesta en práctica del consenso de Washington. Esta ejecución se llevó a cabo, sobre todo, durante los gobiernos de Carlos Menem (Argentina, 1989-1999), Fernando Collor de Mello (Brasil, 1990-1992), César Gaviria (Colombia, 1990-1994), Carlos Salinas de Gortari (México, 1988-1994), el primer periodo de Alan García (Perú, 1985-1990), Julio María Sanguinetti (Uruguay, 1985-1990 y 1995-2000), y el segundo periodo de Carlos Andrés Pérez (Venezuela, 1989-1993).

La institucionalización constitucional y legislativa de los principios económicos neoliberales hace difícil para el Estado la tarea de brindar adecuada satisfacción a los derechos sociales. Preservar el equilibrio presupuestal, así como la privatización de las empresas estatales y de las agencias encargadas del bienestar de los más vulnerables, elimina o al menos disminuye la capacidad de las instituciones políticas para prestar los servicios públicos correlativos a los derechos sociales positivos. Dejar la prestación de estos servicios en manos de empresas privadas crea en ellas una tensión entre el lucro y la capitalización, por un lado, y la prestación satisfactoria de los servicios sociales, por el otro. Cuanto mejor es la prestación o bienestar de un servicio social, menos rentable es, y viceversa. Los intereses asociados al lucro por lo general determinan la forma de resolución de esa tensión y los gobiernos carecen de capacidad o voluntad –las empresas privadas que prestan servicios públicos o sociales suelen financiar las campañas políticas– para garantizar un resultado diferente.

4. Convergencia y divergencia acerca de los criterios de aplicación de los derechos sociales en América Latina

En estas circunstancias es imposible imaginar que exista un criterio objetivo para la aplicación de los derechos fundamentales sociales. Las Cortes alrededor del mundo utilizan varios criterios; entre ellos cuentan la razonabilidad, el núcleo esencial y la proporcionalidad.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica, atinente a la aplicación de los artículos 26.2 y 27.2 de la Constitución de 1996, contiene un uso paradigmático del criterio de razonabilidad. Estas secciones exigen al Estado "tomar medidas legislativas razonables y de otro tipo, con los recursos disponibles, para lograr la satisfacción progresiva" de los derechos a la vivienda, salud, alimentación y seguridad social. De acuerdo con estas disposiciones, la Corte Constitucional de Sudáfrica ha indicado que el alcance de los deberes positivos de las autoridades políticas para lograr la satisfacción de los derechos sociales está "definido y delimitado" por el criterio de razonabilidad.²⁴ Algunos doctrinantes y Jueces han resaltado la insuficiencia del criterio de razonabilidad para la adecuada protección de los derechos sociales.²⁵ Por esta razón, algunos autores afirman que los Jueces deben aplicar estos derechos identificando y garantizando su núcleo esencial.²⁶ Dentro de ese contexto, el núcleo esencial es un conjunto de derechos específicos que deben cumplirse y hacerse cumplir en cualquier circunstancia.

²⁴ *Minister of Health v Treatment Action Campaign (Nº 2)* 2002 5 SA 721 (CC), párrafos 30-39; véase también, Sandra Liebenberg, *Socio-Economic Rights. Adjudication under a Transformative Constitution*, Juta, Claremont, 2010, p. 132.

²⁵ Stu Woolman y Michael Bishop, *Constitutional Law of South Africa*, 2a. ed., vol. 5, Juta, Cape Town, 2013, p. 56A-12; Anashri Pillay, "Economic and Social Rights Adjudication: Developing Principles of Judicial Restraint in South African and the United Kingdom", *Public Law*, núm. 3, Julio 2013, p. 599; y Carol Steinberg, "Can Reasonableness Protect the Poor? A Review of South Africa's Socio-Economic Rights Jurisprudence", *South African Law Journal*, vol. 123, núm. 2, 2006, pp. 264-284.

²⁶ David Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p.187.

Solo existe una convergencia limitada, y correlativamente se presenta una divergencia extendida, en relación con los estándares utilizados en la mayoría de las jurisdicciones de América Latina. Las cortes constitucionales y supremas de países como Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica y México –esta última en algunos casos– han hecho cumplir las disposiciones de derechos sociales de una manera más fuerte, apelando en algunas de ellas al núcleo esencial, mediante el uso de técnicas creativas de razonamiento judicial y la adopción de soluciones ingeniosas.²⁷ En algunas decisiones han exhortado y ordenado a las autoridades políticas para poner en práctica las medidas jurídicas, administrativas y financieras adecuadas para asegurar que los individuos y las empresas estatales y privadas cumplan con las exigencias impuestas por los derechos sociales positivos.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ofrece una variedad de ejemplos relacionados con el uso del criterio del núcleo esencial. La Corte creó la doctrina del mínimo vital, en virtud de la cual, cada ciudadano tiene el derecho fundamental a los medios necesarios para disfrutar de un nivel básico de subsistencia.²⁸ En ese sentido, el núcleo esencial es diferente del criterio de razonabilidad. El núcleo esencial justifica que las cortes determinen la cantidad mínima y la calidad de los bienes y servicios que las autoridades políticas deben entregar a los individuos para satisfacer los derechos sociales positivos. En virtud del segundo, el Poder Legislativo y el Ejecutivo están facultados para determinar cuál debe ser la cantidad mínima. Los Jueces deben ser deferentes con esta determinación, a menos que sea irrazonable. Por ejemplo, cuando se aplican para hacer exigible el derecho fundamental al agua, el núcleo esencial exige que

²⁷ Varun Gauri y Daniel M. Brinks, "Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights", en Gauri, Varun; y Brinks, Daniel M., *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 1-37.

²⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencias: SU-559/1997 T-068/1998, T-153/1998, SU-090/2000, T-068/2010, T-025/2004 y T-760/2008).

el Estado asegure a cada ciudadano una cantidad mínima de agua potable al día.²⁹ Y cuando aplica el derecho a la salud, fundamenta el deber del Estado de garantizar un programa mínimo de servicios médicos y medicamentos a todas las personas independientemente de sus ingresos.³⁰

Esta práctica judicial ha dado lugar a fuertes objeciones. Algunas críticas se refieren a problemas institucionales, relacionados con la falta de capacidad técnica y financiera de las cortes para decidir acerca de peticiones concernientes a derechos sociales.³¹ Otras tienen que ver con la compatibilidad entre esa práctica judicial, por un lado, y los principios del Estado de Derecho, separación de poderes y las bases de la democracia representativa, por otro.³² También ha habido discusión sobre la eficacia de esta práctica referida a los mínimos, para alcanzar los objetivos redistributivos antes mencionados. Algunas evidencias apunta al hecho de que, al menos en algunos países de América Latina, la exigibilidad judicial de los derechos sociales no ha beneficiado a los más pobres, sino que solo ha mejorado la situación financiera de algunos ciudadanos de clase media que, de alguna manera, son capaces de satisfacer sus necesidades básicas por medio de estrategias de mercado ordinario.³³ Por último, se plantean preocupaciones sobre el aumento sustancial del litigio de los derechos sociales, que crea ineficiencias en la satisfacción final de las necesidades de sus titulares.³⁴

A pesar de los reparos, algunas altas cortes han protegido los derechos sociales en casos estructurales. Se trata de procesos judiciales en los que un gran número

²⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-740/2011.

³⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-760/2008.

³¹ Katherine G. Young, *Constituting Economic and Social Rights*, *op. cit.*

³² Aoife Nolan, "Ireland: The Separation of Powers Doctrine vs. Socio-Economic Rights", en Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

³³ David Landau, "The reality of Social Rights Enforcement", *Harvard International Law Journal*, vol. 53, núm. 1, invierno 2012, pp. 190-247.

³⁴ César Rodríguez-Garavito, "Beyond the Courtroom. The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", *Texas Law Review* 1669, vol. 89, 2010-2011.

de litigantes alega la violación de un mismo derecho, cuya satisfacción implica la acción coordinada de varias entidades estatales en el diseño e implementación de políticas públicas. En aquellos casos las cortes emiten órdenes estructurales que benefician a todo un conjunto poblacional que trasciende a los litigantes.³⁵

La Corte Constitucional de Colombia ha decidido notables casos estructurales, entre otros, en las decisiones relativas a la falta de cumplimiento de los deberes estatales frente a los funcionarios públicos afiliados al sistema de seguridad social,³⁶ los derechos de los reclusos y el hacinamiento carcelario,³⁷ la deficiente protección de los defensores de derechos humanos,³⁸ los derechos fundamentales de los desplazados³⁹ y el derecho a la salud.⁴⁰ La Corte Suprema de Costa Rica ha emitido órdenes estructurales en los casos relacionados con la protección de los derechos fundamentales por el cierre del relleno de Río Azul,⁴¹ la protección del derecho a la salud a lo largo de todo el territorio del país por parte de la Agencia de Seguridad Social⁴² y varios casos relativos a los derechos fundamentales de los reclusos. El Tribunal Supremo Federal de Brasil ha decidido casos estructurales relacionados con la violación de los derechos fundamentales de los internos, debido al hacinamiento en las cárceles.⁴³ En los casos estructurales de Colombia y Brasil, los respectivos tribunales han declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional. Este concepto se refiere a una violación masiva de derechos fundamentales, causada por un bloqueo institucional importante, y que debe ser superado con la participación de varias entidades estatales.

³⁵ *Ibidem*, p. 1671.

³⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencias: SU-559/97, T-068/98, T-535 / 99 y SU-090/2000.

³⁷ Sentencia T-153/98.

³⁸ Sentencia T-590/98.

³⁹ Sentencia T-025/2004.

⁴⁰ Sentencia T-760/2008.

⁴¹ Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia 1154-96.

⁴² Corte Suprema de Costa Rica. Sentencia 2013-4621.

⁴³ Tribunal Supremo Federal de Brasil. Sentencia de 27 de septiembre de 2015.

Por último, además de la declaración de un estado de cosas inconstitucional, en dos casos estructurales, uno relacionado con la protección de los derechos sociales de los desplazados por el conflicto interno colombiano,⁴⁴ y el otro a la garantía del derecho a la salud –en particular de los más vulnerables–,⁴⁵ la Corte Constitucional emitió órdenes al legislativo y al ejecutivo en relación con el diseño y la ejecución de políticas públicas y programas específicos. La Corte también se ha facultado a sí misma para vigilar el cumplimiento de esas órdenes en audiencias públicas. Un interrogante actual es si la Corte debe abandonar esta función de vigilancia. Una respuesta a tal pregunta implica un trilema. Los programas adoptados por las autoridades públicas no protegen aún los vulnerados derechos sociales y económicos al nivel que, según la Corte Constitucional, es el exigido por la Constitución. Tampoco es probable que ese nivel se alcance en el futuro próximo. Entonces, primero, a pesar de que la función de vigilancia no aparece en las competencias constitucionales de la Corte y de que el cumplimiento de las sentencias no sea posible, la Corte puede insistir en vigilar dicho cumplimiento a perpetuidad. Esto no parece muy plausible. Sin embargo, el problema es que si la Corte deja de vigilar el cumplimiento o bien deberá aceptar la falta de cumplimiento de sus sentencias o admitir que su cumplimiento es imposible. Estas otras dos alternativas tampoco son plausibles y dan lugar a la difícil pregunta de si, en caso de que la Corte abandonara su función de vigilancia en relación con un caso, todavía debería tutelar en sentencias futuras los derechos sociales que siguen siendo vulnerados.

Esta tendencia de utilizar un criterio fuerte para hacer cumplir los derechos sociales y económicos, avanzada por los máximos tribunales de Colombia, Costa Rica y Brasil, diverge por lo menos de otras dos tendencias en América Latina. La primera es la aplicación de los derechos sociales mediante un criterio débil. Un relevante ejemplo se encuentra en utilización en Argentina del criterio de la

⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-025/2004.

⁴⁵ *Ibidem*. Sentencia T-760/2008.

razonabilidad –a pesar de que la Corte Suprema de aquel país ha reforzado este criterio y ha pretendido alinearse en una segunda tendencia, al señalar que la razonabilidad debe entenderse como una especie de "análisis de proporcionalidad"–.⁴⁶ Al respecto, en la doctrina de derecho comparado y en la jurisprudencia, el principio de proporcionalidad se entiende como un conjunto de tres vinculados subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación (o proporcionalidad en sentido estricto). Cada subprincipio establece una exigencia que cualquier limitación a un derecho fundamental debe cumplir. El subprincipio de idoneidad exige que la limitación contribuya a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo. El subprincipio de necesidad exige que la limitación sea la menos restrictiva entre todos los medios que son igualmente adecuados para lograr el fin perseguido. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto exige que la limitación alcance el fin perseguido en un grado que justifique la medida de la restricción en el derecho fundamental.⁴⁷

Además del núcleo esencial y la razonabilidad, recientemente algunos comparatistas han sugerido que el empleo del principio de proporcionalidad podría mejorar la adjudicación de los derechos sociales y económicos.⁴⁸ Existe una convergencia en América Latina sobre el uso de la proporcionalidad para la aplicación de las libertades constitucionales.⁴⁹ Sin embargo, las altas cortes en la región por lo general no utilizan este criterio en casos atinentes a derechos sociales. Una razón que puede explicar esta asimetría es la falta de claridad sobre la

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires. Sentencia 319:1934, de 12 de septiembre de 1996, párr 8; y Carlos Vizzoti c/AMSA S.A. s/Despido, de 14 de septiembre de 2004, párr. 7 s.

⁴⁷ Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 3; Alec Stone Sweet y Jud Mathews, "Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, 2008, pp. 68-149.

⁴⁸ Xenophon Contiades y Alkmene Fotiadou, "Social Rights in the Age of Proportionality. Global Economic Crisis and Constitutional Litigation", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, núm.10, 2012, pp. 660-686; y "Socio-economic Rights, Economic crisis, and Legal doctrine. A Reply to David Bilchitz", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, núm. 12, 2014.

⁴⁹ Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2008.

estructura de la proporcionalidad para la aplicación de los derechos positivos. Asimismo, existe una discusión en la teoría constitucional sobre si es diferente la proporcionalidad de la razonabilidad y del núcleo esencial y si su empleo es incompatible con el de estos otros criterios. Por ejemplo, mientras Klatt afirma que la proporcionalidad y razonabilidad implican diferentes preguntas en la aplicación de los derechos sociales,⁵⁰ Liebenberg parece defender que la proporcionalidad se incluye en la razonabilidad.⁵¹ Asimismo, si bien la Corte Constitucional sudafricana⁵² caracteriza el núcleo esencial como incompatible con la razonabilidad, Bilchitz la concibe como una concepción posible de la razonabilidad, en la que debe darse prioridad a los derechos sociales en sus colisiones con otros intereses y objetivos de la política.⁵³ Bilchitz también sostiene que las altas cortes no pueden utilizar la proporcionalidad con independencia de una doctrina del núcleo esencial.

Un análisis más detallado de la jurisprudencia atinente a los derechos sociales en Argentina revela que la razonabilidad se identifica solo con una versión del subprincipio de idoneidad. La Corte Suprema solo comprueba si los medios seleccionados por las autoridades políticas para poner en práctica el derecho social relevante son apropiados para contribuir a ese fin legítimo. De acuerdo con la literatura, el uso de un estándar más débil ha conducido a una insuficiente aplicación de derechos de gran relevancia social, como el derecho a la vivienda.⁵⁴

Por otra parte, casi no hay litigios sobre derechos sociales en países como Venezuela, Bolivia, Nicaragua y Ecuador, en donde los gobiernos tienen una clara

⁵⁰ Matthias Klatt, "Positive Rights. Who Decides? Judicial Review in Balance", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, núm. 2, abril 2015, p. 357.

⁵¹ S. Liebenberg, *Socio-Economic Rights*, op. cit., p. 185.

⁵² *Ministry of Health vs. Treatment Action Campaign 2002* (5) SA 721 (CC)

⁵³ David Bilchitz, "Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence", *South African Journal of Human Rights*, vol. 19, núm. 1, 2003, pp. 1-26.

⁵⁴ Horacio Etchichury, "Un techo razonable: El derecho a la vivienda en un fallo de la Corte Suprema Argentina" *Estudios constitucionales*, vol. 11, núm. 2, Santiago 2013, pp. 737-768.

inclinación socialista. En cuanto a estos países, no hay acuerdo entre los analistas sobre si las políticas públicas y programas sociales en realidad han transformado los indicadores relevantes para la satisfacción de los derechos sociales.⁵⁵

5. En la búsqueda de una explicación

¿Qué pueden explicar tanto la convergencia como la divergencia en la aplicación judicial de los derechos sociales en América Latina? Por un lado, el comienzo de una práctica de la migración intraregional de las ideas constitucionales puede dar cuenta de la convergencia. Los criterios de aplicación judicial pueden migrar fácilmente de una jurisdicción a otra, porque son formas de razonamiento con capacidad para estructurar la solución de problemas judiciales presentes en diferentes contextos. En este sentido, al menos dos factores pueden explicar la migración de criterios fuertes para la aplicación de derechos sociales positivos entre algunas jurisdicciones de América Latina.

El primero es la protección fuerte que estos derechos han recibido al interior del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Esta protección no solo deriva de la institucionalización de algunos de esos derechos en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos sino también de su aplicación directa por parte de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵⁶ En los últimos diez años las cortes constitucionales de América Latina cada vez más adoptan conceptos y doctrinas desarrolladas por la Corte

⁵⁵ Véase, por ejemplo, en relación con Venezuela: Lourdes Pereira y Henny Heredia encaminan las políticas del Estado ("Conjeturas sobre el derecho social y la salud en Venezuela", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, vol. 18. ene-jun. 2014, pp. 3-27); esto, sin embargo, es incompatible con el estudio de datos Encovi 2015, según la cual el 73% de la población venezolana está por debajo de la línea de la pobreza. (Luis Pedro España, "Encuesta sobre Condiciones de vida en Venezuela. Pobreza y Misiones Sociales", noviembre 2015, IIES/UCAB, consultado [22 de febrero de 2017]).

⁵⁶ Véase, con un análisis de los informes pertinentes de la Comisión y sentencias de la Corte: Víctor Bazán, "Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano", *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Tomo III, 2005, p. 568.

Interamericana de Derechos Humanos. Una doctrina tradicional vinculada al monismo, consistente en aceptar la aplicación directa de las normas internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno, explica la creación del control de convencionalidad. Este control se refiere al control judicial de las decisiones, acciones y omisiones de las autoridades internas desde la perspectiva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Debido al carácter monista de la mayoría de las jurisdicciones de América Latina, las fuentes jurídicas interamericanas sobre derechos sociales son internamente válidas y directamente aplicables por los Jueces.

En cuanto al segundo factor, los tribunales, como la Corte Constitucional colombiana, han diseñado instrumentos conceptuales y metodológicos innovadores que son más apropiados para la aplicación judicial de los derechos sociales que las doctrinas elaboradas por la jurisprudencia y la doctrina europeas y norteamericanas. Jueces de la región han apreciado la pertinencia de estos nuevos marcos conceptuales y los han trasplantado a sus jurisdicciones. Un ejemplo relevante es la migración de la doctrina colombiana del estado de cosas inconstitucional a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Brasil.

Por otro lado, es cierto que la aplicación judicial de los derechos sociales, como ocurre por lo general en el derecho constitucional, es, en parte, una expresión de la particularidad nacional. Esto es cierto, no solo en lo que concierne a las disposiciones constitucionales, sino también a los métodos de interpretación constitucional. Los métodos jurídicos están arraigados en las actitudes y los conocimientos de los Jueces, los funcionarios públicos y los abogados en cada cultura constitucional. También dependen del nivel de independencia específica de cada Juez frente a las autoridades políticas.

En relación con este aspecto, una constante en los países de América Latina desde su independencia de España y Portugal ha sido el *híperpresidencialismo*. Por lo general, la propia Constitución establece un desequilibrio de poderes entre

el Presidente y otros poderes públicos a favor del primero. Una razón que explica esta preminencia histórica del Ejecutivo, es que el Presidente disfruta de legitimidad democrática independiente, dado que es elegido directamente por los ciudadanos en elecciones que son independientes de las del Congreso. Asimismo, prácticas de corrupción y la falta de una oposición estructurada han originado en algunos países de la región una *capitis diminutio* del legislador en relación con el control político. Ni siquiera la implementación de estrategias de control político que proceden de los sistemas parlamentarios, como la moción de censura o las preguntas al gobierno, han logrado menguar los efectos del híperpresidencialismo. Los gobiernos suelen conseguir el manejo de las fuerzas políticas fluctuantes en el congreso para eludir controles a sus políticas públicas.

Dentro de este contexto, las altas cortes, como la Corte Constitucional de Colombia, la Corte Constitucional de Perú, la Corte Suprema de Costa Rica y la Corte Suprema de Brasil, que exhiben independencia frente al Ejecutivo, han tratado de compensar el predominio del Presidente y el déficit de control político por parte del Congreso, mediante un control fuerte de los planes, políticas y programas sociales. También han asumido esta función, gracias a la legitimación de los individuos para llevar a la jurisdicción casos de derechos sociales, por medio acciones como la tutela colombiana o *mandado de segurança* brasileño. Sin embargo, otras Cortes, menos progresistas, como la Corte Constitucional chilena, o menos independientes, como la Corte Suprema Argentina en algunos años de la era de los Kirchner, la Corte Constitucional de Ecuador o el Tribunal Supremo de Venezuela, aunque motivados por ideologías diametralmente opuestas, se adhieren a la concepción original kelseniana del Juez constitucional legislador negativo⁵⁷ y rehúsan hacer cumplir los derechos sociales con criterios fuertes y mediante la expedición de órdenes contra las autoridades políticas.

⁵⁷ Hans Kelsen, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtbarkeit", *WDSfRL* 5, 1929. Disponible en: <https://www.degruyter.com/view/product/169387>

Bibliografía

ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

_____, "On Constitutional Rights to Protection", *Legisprudence*, vol. 3, núm. 1, 2009, pp. 1-17. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1080/17521467.2009.11424683>

ANSCHÜTZ, Gerhard, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 14va ed., G. Stilke, Berlin, (1933) 2009.

BARAK, Aharon, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

BASSA, Jaime, "La evolución en la protección constitucional de los derechos sociales vía interpretación constitucional", en AGUILAR CAVALLLO, Santiago, *Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el orden constitucional chileno*, Librotecnia, s.l., 2013.

BAZÁN, Víctor, "Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano", *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Tomo III, 2005, pp. 547-583.

BERNAL, Carlos, "The Migration of Proportionality across Europe", *New Zealand Journal of Public and International Law*, vol. 3, núm. 11, 2013, pp. 483-515.

BILCHITZ, David, "Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence", *South African Journal of Human Rights*, vol. 19, núm. 1, 2003, pp. 1-26.

_____, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

CARBONELL, Miguel, *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2008.

CONTIADES, Xenophon; y FOTIADOU, Alkmene, "Social Rights in the Age of Proportionality: Global Economic Crisis and Constitutional Litigation" *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, núm.10, 2012, pp. 660-686. Disponible en: doi: 10.1093/icon/mor080.

_____, "Socio-economic Rights, Economic Crisis, and Legal Doctrine: A Reply to David Bilchitz" *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, núm. 12, 2014, doi.org/10.2139/ssrn.2501471.

COURTIS, Christian, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Centro de Asesoría Legal y Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2006.

COUSO SALAS, Javier y CODDOU MACMANUS, Alberto, "La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente", *Estudios Constitucionales*, vol. 8, 2010, pp. 389-430. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S071852002010000200012>

DIXON, Rosalind, "Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited", *International Journal of Constitutional Law, Oxford Journals*, vol. 5, núm. 3, 2007, pp. 391-418. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1536716>

_____ y GINSBURG, Tom, "The South African Constitutional Court and Socio-Economic Rights as 'Insurance Swaps'", *Constitutional Court Review*, vol. 4, núm. 1, 2011. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2296609>.

DWORKIN, Ronald, "Hard Cases", *Harvard Law Review*, vol. 88, núm. 6, abril 1975, pp. 1057-1109, doi: 10.2307/1340249.

ESPAÑA, Luis Pedro, "Encuesta sobre Condiciones de vida en Venezuela. Pobreza y Misiones Sociales", noviembre 2015, IIES/UCAB, consultado [22 de febrero de 2017]. Disponible en: http://www.rectorado.usb.ve/vida/sites/default/files/2015_pobreza_misiones.pdf

ETCHICHURY, Horacio, "Un techo razonable: El derecho a la vivienda en un fallo de la Corte Suprema Argentina" *Estudios constitucionales*, vol. 11, núm. 2, Santiago 2013, pp. 737-768. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200020>

GAURI, Varun y BRINKS, Daniel M., "Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights", en GAURI, Varun; y BRINKS, Daniel M., *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 1-37.

GERSTENBERG, Oliver, "Negative/Positive constitutionalism, 'Fair Balance', and the Problem of Justiciability", *International Journal of Constitutional Law*, vol.10, núm. 4, 2012, pp. 904-905. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1093/icon/mor085>

GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo y SALAZAR UGARTE, Pedro, *Igualdad, no discriminación y derechos sociales. Una vinculación virtuosa*, Ediciones Conapred, México, 2011.

HUBER, Ernst R., *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Kohlhammer, Stuttgart, 1960.

JACKSON, Vicki, "Comparative Constitutional Law: Methodologies", en ROSENFELD, Michel y SAJÓ, Andrés (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 55-72.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales, concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.

JUNG, Courtney, HIRSCHL, Ran y ROSEVEAR, Evan, "Economic and Social Rights in National Constitutions", *American Journal of Comparative Law*, vol. 62, núm. 4, 2014, pp. 1043-1098. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2349680>

KELSEN, Hans, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtbarkeit", *WDSStRL* 5, 1929. Disponible en: <https://www.degruyter.com/view/product/169387>.

KLATT, Matthias, "Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance" *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, núm. 2, abril 2015, pp. 354-382, doi: <https://doi.org/10.1093/icon/mov019>.

KRENNERICH, Michael y GÓNGORA MERA, Manuel E., "Los derechos sociales en América Latina. Desafíos en justicia, política y economía", *Centro de Derechos Humanos de Núremberg*, vol. 1, núm. 16, 2006.

LANDAU, David, "The reality of Social Rights Enforcement", *Harvard International Law Journal*, vol. 53, núm. 1, invierno 2012, pp. 190-247. Disponible en: http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2012/01/HILJ_53-1_Landau.pdf

LIEBENBERG, Sandra, *Socio-Economic Rights. Adjudication under a Transformative Constitution*, Juta, Claremont, 2010.

LÜBBE-WOLFF, Gertrude, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*. Baden-Baden, Nomos, 1988.

MICHELMAN, Frank I., "Socioeconomic Rights in Constitutional Law: Explaining America Away", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, núm. 3-4, 2008, pp. 663-683.

NOLAN, Aoife, "Ireland: The Separation of Powers Doctrine vs. Socio-Economic Rights", en LANGFORD, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983.

PEREIRA, Lourdes y HEREDIA, Henny, "Conjeturas sobre el derecho social y la salud en Venezuela", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, vol. 18, ene-jun. 2014, pp. 3-27. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46702014000100003&lng=es&tlng=es

PILLAY, Anashri, "Economic and Social Rights Adjudication: Developing Principles of Judicial Restraint in South African and the United Kingdom", *Public Law*, núm. 3, julio 2013, pp. 599-617.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César, "Beyond the Courtroom. The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", *Texas Law Review* 1669, vol. 89, 2010-2011.

RUSSELL, Anna, "Incorporating Social Rights in Development: Transnational Corporations and the Right to Water", *International Journal of Law in Context*, vol. 7, núm. 1, febrero 2011, pp. 1-30. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1744552310000388>

SALGADO MUÑOZ, Constanza, "Derechos sociales e igualdad", *Revista de ciencias sociales*, número especial, 2015, pp. 75-112.

STEINBERG, Carol, "Can Reasonableness Protect the Poor? A Review of South Africa's Socio-Economic Rights Jurisprudence", *South African Law Journal*, vol. 123, núm. 2, 2006, pp. 264-284.

STONE SWEET, Alec y MATHEWS, Jud, "Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, 2008, pp. 68-149.

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

WILLIAMSON, John, "What Washington Means by Policy Reform", en WILLIAMSON, John (ed.), *Latin American Adjustment. How Much Has Happened?*, Institute for International Economics, Washington, 1990.

WOOLMAN, Stu y BISHOP, Michael, *Constitutional Law of South Africa*, 2a. ed., vol. 5, Juta, Cape Town, 2013.

YOUNG, Katharine G., *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012.