

EL NÚCLEO ESENCIAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: UNA BUENA ESTRATEGIA DE ADJUDICACIÓN

*THE MINIMUM CORE OF SOCIO-ECONOMIC
RIGHTS: A GOOD ADJUDICATION STRATEGY*

José Ignacio Morales Simón*

Resumen

En este artículo me enfoco en las estrategias que los tribunales deben usar para adjudicar derechos sociales. Aunque el problema de la justiciabilidad de estos derechos está lejos de ser resuelta, en muchas jurisdicciones –incluyendo a México– dogmáticamente es claro que lo son. En este sentido en el amparo en revisión 566/2015, la Suprema Corte adoptó recientemente un enfoque prescriptivo para adjudicar DESC, entendiendo que estos tienen un núcleo esencial que es violado cuando se afecta la dignidad de los titulares de DESC. En el artículo defiendo que esa decisión es teóricamente correcta. Proteger un núcleo esencial es mejor que asumir una estrategia de razonabilidad; de esta manera se privilegia la protección de los intereses más urgentes y sensibles y se pone énfasis en las necesidades básicas de todas las personas. También fue adecuado entender que dicho núcleo es protegido a través de la dignidad. Este concepto, entendido como lo hace Nussbaum, captura los intereses protegidos por dicho núcleo,

* *Magister Juris* por la Universidad de Oxford, Secretario de Estudio y Cuenta de la Ponencia del Ministro Zaldívar, jimoraless@mail.scjn.gob.mx.

además tiene la ventaja de ser vago, lo cual permite que sea un estándar flexible que puede ser adaptado a muchas circunstancias y contextos y facilita un mayor diálogo interinstitucional en la construcción de los derechos sociales.

Palabras clave: DESC; derechos sociales, económicos sociales y culturales; núcleo esencial, razonabilidad, dignidad, vaguedad, amparo en revisión 566/2015, adjudicación de derechos sociales.

Abstract

In this paper I focus on the strategies courts should use to adjudicate socio-economic rights. Even if the issue of their enforceability is long from settled, in many jurisdictions –including Mexico– it is doctrinally clear that they are. In this sense, the Mexican Supreme Court, in the amparo en revisión 566/2015, recently adopted a prescriptive approach to adjudicate socio-economic rights, understanding that such rights have a minimum core that is breached whenever the dignity of socio-economic rights bearers is violated. In the paper I hold that such approach is theoretically correct. Courts should use a minimum core approach instead of a reasonableness approach, since it gives priority to the protection of the most urgent interests, and it emphasizes the basic needs of all people. Furthermore, it is also correct to understand that the minimum core is protected through dignity. Dignity, as it is understood by Nussbaum, captures the interests protected through the minimum core, and it has the advantage of being vague, which allows courts to have a flexible standard that can be adapted to the various contexts and circumstances of each case. Moreover, a vague standard facilitates an interinstitutional dialogue in the construction of socio-economic rights.

Keywords: Socio-economic Rights, Minimum Core, Reasonableness Approach, Dignity, Vagueness, Amparo en Revisión 566/2015, Socio-economic Rights Adjudication.

1. Introducción

La importancia de los derechos sociales está fuera de duda. Estos derechos protegen, entre otras cosas, intereses que afectan la misma supervivencia de las personas. En efecto, siempre estará en riesgo la vida de una persona que

carece de alimentación, acceso a servicios de salud o a una vivienda adecuada, además, una persona en estas condiciones difícilmente tendrá opciones valiosas entre las que pueda decidir. Sin embargo, en el mundo y específicamente en México, muchas personas no tienen satisfechos, siquiera mínimamente, estos derechos. Según el CONEVAL en el 2014, 22.4 millones de personas no tenían acceso a la educación, 21.8 a servicios de salud, 70.1 a seguridad social, 25.4 a servicios básicos de vivienda y 28 carecían de acceso a la alimentación.¹

Nadie duda en que esos números son alarmantes, sin embargo, hay un gran debate sobre cuáles deben de ser las respuestas del derecho a ese problema. Primero, se puede discutir si el acceso a esos bienes fundamentales debe ser entendido como derechos legales y después si esos derechos deben de ser justiciables.² Sobre este tema se puede decir mucho y el debate claramente no ha sido zanjado.³

Sin embargo, desde un punto de vista dogmático, en la mayoría de las constituciones del mundo se reconocen derechos sociales exigibles ante los tribunales.⁴ En México no hay duda en este punto; nuestra Constitución y los tratados internacionales suscritos por nuestro país protegen una gran diversidad de derechos

¹ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, Comunicado de Prensa 005, "CONEVAL informa los Resultados de la Medición de Pobreza 2014", consultable en: http://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Documents/Comunicado005_Medicion_pobreza_2014.pdf.

² Un derecho constitucional no necesariamente debe ser justiciable. Es posible que un derecho genere un deber para una rama de gobierno el cual debe ser cumplido, sin que necesariamente exista un Juez que adjudique. Para más sobre esto, véase Jeremy Waldron, "A Right-based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 1993, pp. 18-51.

³ Para más sobre este debate ver Jeff King, *Judging Social Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 15-97; Roberto Gargarella, "Prólogo" en Leticia Morales, *Derechos Sociales Constitucionales y Democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 17-28; Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002; Fernando Atria, "¿Existen Derechos Sociales?", *Discusiones*, vol. 4, 2004, pp. 15-59; Juan Antonio Cruz Parceró, "Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)", *Discusiones*, vol. 4, 2004, pp. 71-98.

⁴ Para una visión general de varias jurisdicciones y cómo se protegen esos derechos véase Malcolm Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

sociales, económicos y culturales. Además, tampoco se discute que los Jueces están facultados para adjudicar esos derechos y exigir su cumplimiento.⁵

De igual manera, en países como Sudáfrica, Colombia, Alemania, Argentina y la India, los Jueces están obligados a adjudicar DESC. Por tanto, aun suponiendo que fuera verdad que los derechos sociales no deberían ser justiciables, mientras los Jueces tengan esa obligación, la pregunta sobre la mejor forma de hacerlo sigue siendo pertinente.

Así, se pueden dividir estos problemas, es decir, es distinto cuestionarse si los derechos sociales deben ser adjudicados a cuestionarse cómo deben ser adjudicados. Jeff King piensa que estas preguntas están relacionadas y que la forma en la que se responda una afecta a la otra. Para él, uno no puede contestar si se deben justiciar los derechos sociales, sin decir cómo los van a proteger los Jueces.⁶ Coincido en que algunos puntos del debate pueden informar uno a otro, sin embargo, se pueden dividir inteligiblemente los problemas. En efecto, un Juez que pensara que los derechos sociales no deberían ser justiciables, de cualquier forma tendría que adjudicarlos y por tanto necesitaría alguna teoría que le ayude a realizarlo. Así, en este artículo asumiré que los derechos sociales son justiciables.

Ahora, el Constituyente puede constitucionalizar los derechos sociales usando normas muy distintas. Puede usar normas muy precisas –como establecer un salario mínimo– las cuales solo deben ser subsumidas y aplicadas al caso, pero también puede utilizar normas muy generales –como establecer que todas

⁵ Cabe aclarar que durante el artículo me referiré a "adjudicación" como la serie de operaciones que realizan los órganos jurisdiccionales para determinar si en un caso en específico se ha transgredido una norma. De esta forma, la adjudicación comprende a la interpretación, clasificación, construcción, ponderación, aplicación de test y demás operaciones que realizan los Jueces al resolver un caso. En un sentido similar véase a H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3a ed., Clarendon Press, Oxford, 2012, p. 120.

⁶ J. King, *Judging Social Rights*, *op. cit.*, p.1.

las personas tienen derecho a una vivienda digna y decorosa— cuya adjudicación exija una argumentación más compleja. En este artículo me ocuparé solamente de aquellos casos en los que haya duda sobre el contenido o los alcances de un derecho social, y paradigmáticamente de aquellos casos en los que se protegen a través de normas muy generales y vagas.

Claramente, la distinción entre normas precisas y generales es una distinción de grado, por lo que en la realidad encontraremos normas con distintos niveles de abstracción o precisión. Esto no significa que las conclusiones a las que llegue en el artículo no sean aplicables a normas más precisas, sino que se deberán ajustar al tipo de norma que se adjudique.

En este sentido, recientemente la Primera Sala en el amparo en revisión 566/2015,⁷ estableció una metodología para determinar cuándo se vulneran los derechos sociales. En ese asunto se estableció que el Estado tiene un deber de proteger de manera inmediata el *núcleo esencial* de los derechos sociales, lograr progresivamente su plena realización y además no adoptar medidas regresivas. En este artículo, defenderé teóricamente esa decisión, es decir, sostendré que, en general, los tribunales constitucionales deben utilizar una estrategia prescriptiva para adjudicar derechos sociales,⁸ en las que se considere que existe un núcleo esencial el cual debe ser protegido inmediatamente. También argumentaré que, tal como lo hizo la Primera Sala, se debe entender que se viola el núcleo esencial cuando una vulneración a algún derecho social implica también una vulneración a la dignidad.

⁷ Amparo en revisión 566/2015, Min. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Primera Sala, votado por mayoría de tres votos el 15 de febrero de 2017.

⁸ Como se explicará más adelante, Murray Wesson en "The Emergence and Enforcement of Socio-Economic Rights" en Liora Lazarus, Christopher McCrudden y Nigel Bowles (eds.), *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, Hart, Oxford, 2014, p. 282, sostiene que existen dos grandes estrategias para adjudicar derechos sociales: (i) una *aproximación prescriptiva* en la que las cortes delimitan el contenido y los deberes que generan esos derechos; o (ii) una *aproximación deferencial* en el que las cortes se enfocan en la justificación de las medidas adoptadas por el Ejecutivo y la legislatura.

Así, en el trabajo: (i) expondré cuáles son las estrategias que se han adoptado en el mundo para adjudicar derechos sociales; (ii) explicaré qué es el núcleo esencial de los derechos sociales; (iii) defenderé que los tribunales deben considerar que los derechos sociales tienen un núcleo esencial al adjudicar DESC; (iv) sostendré que el núcleo esencial se debe vincular con la dignidad; y (v) que es bueno que la dignidad sea vaga y existen concepciones sobre la dignidad que capturan bien los intereses y valores protegidos por el núcleo esencial de los derechos sociales.

Cabe aclarar que no haré una defensa dogmática de la sentencia. Colaboré con el Ministro Zaldívar en la elaboración del proyecto que fue aprobado por la Primera Sala, por lo que coincido plenamente con su sentido. Por lo tanto, mis conclusiones no serán concluyentes, es decir, mis conclusiones tendrán validez desde un punto de vista filosófico, sin embargo, podría haber razones dogmáticas que obliguen a los tribunales a adoptar una postura distinta.

Cualquier teoría debe ser modesta y entender que es posible imaginar supuestos en los que no se deba aplicar un principio general. Puede haber estados donde los DESC estén tan bien protegidos por los órganos administrativos, que es mejor que los tribunales no intervengan; también puede haber otros donde exista un gobierno tan autoritario y negligente que la única forma de avanzar en la protección de los DESC es si los tribunales son mucho más activos de lo que propongo. Mis conclusiones tendrán que ser adaptadas a las circunstancias de cada tribunal, sin embargo, considero que en escenarios normales y *en general* los tribunales deben adoptar la estrategia de adjudicación que se propone en el artículo.

2. Estrategias para adjudicar derechos sociales

Murray Wesson piensa que los tribunales en el mundo han adoptado dos grandes estrategias para adjudicar derechos sociales: (i) una *aproximación prescriptiva*

en la que las cortes delimitan el contenido y los deberes que generan esos derechos; o (ii) una *aproximación deferencial* en el que las cortes se enfocan en la justificación de las medidas adoptadas por el Ejecutivo y la legislatura.⁹

En el primer rubro, típicamente, se encuentran aquellos órganos que han seguido la estrategia de determinar el contenido de un núcleo esencial del derecho. Es decir, aquellos tribunales que entienden que el Estado está obligado a satisfacer niveles esenciales de los derechos sociales de manera inmediata, lo cual implica que se debe dar un contenido al derecho en cuestión y establecer una estrategia para verificar cuándo se vulnera ese contenido mínimo. Así, por ejemplo, en la observación general número 3, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas sostuvo que los Estados Parte deben asegurar la satisfacción de los niveles esenciales de cada derecho.¹⁰ En este mismo sentido, tanto la Corte Constitucional colombiana como el Tribunal Constitucional Federal Alemán protegen judicialmente un "mínimo vital" que deben tener todas las personas para poder vivir dignamente.¹¹

Por otra parte, los tribunales que optan por una aproximación deferencial pretenden no establecer el contenido del derecho y se limitan a estudiar la justificación de las decisiones tomadas por otras autoridades. De esta forma, respetan la autoridad de los órganos administrativos y legislativos quienes –se presupone– están legitimados y son los mejor capacitados para tomar las decisiones de política pública que implican satisfacer los derechos sociales. En este rubro paradigmáticamente se encuentra la Corte Constitucional Sudafricana, quien

⁹ M. Wesson, *The Emergence and Enforcement...*, *op. cit.*, p. 282.

¹⁰ Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 3, "La índole de las obligaciones de los estados partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)" adoptada en el Quinto Período de Sesiones de 1990, párr. 10.

¹¹ Véase por ejemplo, la Sentencia SU-225/98 de la Corte Constitucional Colombiana y Hartz IV del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

en el caso *Grootboom*,¹² desarrolló un test para evaluar la razonabilidad de las políticas públicas adoptadas por el gobierno.¹³

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el *amparo en revisión* 566/2015, en el cual se adoptó una aproximación prescriptiva para adjudicar DESC. En dicho asunto, un grupo de ciudadanos –entre ellos personas interesadas en la promoción de la cultura y las artes– impugnaban la omisión del gobierno de Nayarit de finalizar la "Ciudad de las Artes", en el cual se pretendía construir una extensión de la Cineteca Nacional, una ludoteca, una biblioteca, una escuela de música y danza, así como la "Escuela de Bellas Artes del Estado de Nayarit". En el asunto, los ciudadanos alegaban que esa omisión afectaba su derecho al acceso a bienes y servicios culturales.

La Primera Sala les negó el amparo, pero para llegar a esa conclusión desarrolló una metodología para adjudicar derechos sociales. Así, en la sentencia se establece que el Estado tiene tres deberes frente a dichos derechos: (i) a proteger su núcleo esencial; (ii) a lograr progresivamente su plena satisfacción; y (iii) a no adoptar injustificadamente medidas regresivas.

En cuanto al primer deber, se sostuvo que el Estado debe proteger de manera inmediata aquellos casos en los que una violación a los DESC implique un ataque directo a la *dignidad* de los afectados, así, según la Corte, "los tribunales caso

¹² *Grootboom and Others v. Oostenberg and Others*, 2000 (11) BCL R 1169 (CC).

¹³ Los criterios que dicha Corte toma en cuenta para determinar si una política es razonable son: (i) que se otorguen distintas responsabilidades y actividades entre diferentes esferas de gobierno y se les otorguen los recursos humanos y financieros suficientes para que puedan cumplir con sus obligaciones legales; (ii) aunque es necesario que existan leyes en la materia, deben existir programas y políticas coherentes, coordinadas y comprensivas, que sean razonables e idóneas en su concepción e implementación; (iii) deben tomar en cuenta el contexto social, económico e histórico de la situación que atiende la política pública; y (iv) deben ser flexibles y no excluir a una porción significativa de la sociedad, dando prioridad a aquellas personas cuyas necesidades son más urgentes, tratando así que todos sean tomados en cuenta. Véase Fons Coomans, "Reviewing Implementation of Social and Economic Rights: An Assessment of the 'Reasonableness' Test as Developed by the South African Constitutional Court", *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 65, 2005, pp. 175-176.

por caso deberán valorar si una afectación a un derecho social es *tan grave que puede afectar la dignidad de las personas* y si ese fuera el caso, deberán *declarar que se viola el núcleo esencial del derecho y ordenar la inmediata protección del mismo*.¹⁴ Por otra parte, se estableció que una vez protegido el núcleo esencial del derecho, el Estado tiene una obligación de fin consistente en lograr –mediante los medios que considere más adecuados– la plena satisfacción de los derechos sociales. Así, según la Primera Sala, el deber de progresividad implica la existencia de una política pública razonable para alcanzar el objetivo impuesto por el derecho en cuestión. Por último, en dicha sentencia se estableció que una vez alcanzado cierto nivel de satisfacción del derecho –ya sea normativamente o en los resultados–, el Estado no debe tomar medidas regresivas, salvo que supere un test de proporcionalidad.

Así, en el caso concreto la Suprema Corte determinó que el gobierno de Nayarit no había violado el derecho a prestar servicios culturales, ya que dicha omisión no afectaba la dignidad de los quejosos y se inscribía dentro de una política pública razonable sin que la omisión hubiera implicado una regresión.

3. La idea del núcleo esencial de los derechos sociales

Algunos órganos que adjudican DESC, como la Primera Sala de la Suprema Corte, han entendido que estos contienen un núcleo esencial, el cual debe ser protegido de manera inmediata. En este sentido el Comité DESC en su observación general número 3 sostuvo que:

corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos

¹⁴ Amparo en Revisión 566/2015, p. 25.

o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser.¹⁵

Así, se entiende que existen dos niveles de protección distinta de los derechos sociales: en primer lugar, un *núcleo esencial* que protege intereses más fundamentales y por tanto es protegido con más fuerza y debe ser satisfecho de manera inmediata; y pasando ese núcleo hay un nivel de protección comprendido dentro del derecho, que protege intereses menos urgentes y que por tanto puede ser protegido progresivamente.¹⁶

Para justificar la existencia de un núcleo esencial se debe argumentar que los derechos sociales a cierto nivel protegen intereses tan básicos que su satisfacción no admite dilación. Así, Bilchitz, quien es probablemente el mayor defensor de que los tribunales reconozcan un núcleo esencial en los DESC, piensa que dicho núcleo garantiza que las personas sean libres de ataques a su supervivencia.¹⁷ Una persona que carece de vivienda, alimentación o acceso a servicios de salud difícilmente podrá sobrevivir y por tanto su vida estará constantemente bajo riesgo. Sin embargo, Bilchitz piensa que en este nivel también se debe asegurar un mínimo de autonomía para las personas, es decir, la satisfacción del núcleo esencial debe asegurar que las personas tengan acceso a una serie de opciones valiosas para que puedan realizar su proyecto de vida.¹⁸ Así, si alguien no tiene acceso a una educación que le permita aprender a leer y a escribir, o que su vivienda sea tan inadecuada que tenga estar preocupado constantemente por tener acceso a servicios básicos, difícilmente podrá tener suficientes opciones valiosas como para considerar que tiene control sobre su propia vida.

¹⁵ Observación General Número 3, *op. cit.*, párr. 10.

¹⁶ Aunque no se sigue tal cual su argumento aquí, para una justificación de los niveles de protección véase David Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford University press, Oxford, 2007, pp. 187-188.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Idem.*, pp. 191-192.

Ahora, la Primera Sala al resolver el *amparo en revisión* 566/2015, retomando las observaciones del Comité DESC, sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como distintos precedentes de la propia Suprema Corte donde se hacía referencia a dicha idea, sostuvo que "los derechos sociales atribuyen un deber incondicional de proteger su núcleo esencial. Así, dichos derechos imponen un deber de resultado, es decir, el Estado mexicano tiene un deber de garantizar de manera inmediata la protección del *núcleo esencial* de los derechos sociales. Esta obligación se justifica porque existen violaciones tan *graves* a los derechos sociales que no sólo impiden que las personas puedan gozar de otros derechos sino que *atacan directamente su dignidad*".¹⁹

Por tanto, para la Primera Sala el núcleo esencial protege que las personas puedan vivir dignamente y ese es el interés más básico que justifica la existencia de una obligación inmediata y un estándar de protección más fuerte cuando se vulnera ese mínimo. Sobre la idea de vincular al núcleo esencial con la dignidad se problematizará en la sección 5 del artículo, sin embargo, antes defenderé por qué los tribunales deben tener una aproximación prescriptiva a los DESC y delimitar un núcleo esencial de los derechos sociales.

4. ¿Debería haber un núcleo esencial?

Si bien es cierto que, tal como lo sostienen Curtis y Abramovich, tanto los derechos sociales como los civiles generan obligaciones positivas y negativas para el Estado, por lo que es falso que *solo* los derechos sociales impliquen costos para el gobierno,²⁰ también es verdad que los derechos sociales *tienden a ser más caros* y a requerir mucho mayor presupuesto que los derechos civiles.²¹

¹⁹ Amparo en Revisión 566/2015, p. 23.

²⁰ C. Curtis y V. Abramovich, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., pp. 31-37.

²¹ Véase J. King, *Judging Social Rights*, op. cit., pp. 7-8.

Jeff King advierte que el problema es que al adjudicar DESC, los Jueces deben tomar decisiones que pueden tener grandes impactos presupuestales –sin ser el órgano democráticamente legitimado para ello–, y además esas decisiones son: (i) altamente policéntricas –tienen varias variables interconectadas por lo que al tomar la decisión es difícil conocer el impacto que ésta tendrá en todas las variables–; (ii) los Jueces no son *expertos* en temas de políticas públicas; (iii) debido a la fuerza del precedente sus decisiones *no son flexibles*; y (iv) existen otros órganos administrativos que también pueden aplicar los derechos sociales.²²

Así, para Jeff King es un problema que las cortes no sean conscientes de estas limitaciones y tomen decisiones tajantes y poco flexibles, sin tener en cuenta los impactos presupuestarios y obliguen al Estado a adoptar una política pública perjudicial. Para Jeff King, el ejemplo paradigmático es Brasil, –aunque él piensa que este patrón se repite en Colombia y en Argentina–, en donde se sostuvo que las consideraciones presupuestales son irrelevantes para dar acceso a la personas a tratamientos particularmente caros en enfermedades mortales, ya que el Estado está obligado a respetar el derecho a la vida de sus ciudadanos.²³ El problema, es que esa decisión tuvo como consecuencia que el Ministerio de Salud gastara el 4% de su presupuesto en medicinas para tratamientos caros, haciendo que se privilegiara el tratamiento de enfermedades costosas sobre el tratamiento de enfermedades más rentables, lo cual en general benefició a las personas con una mejor situación económica que pueden costear el tratamiento de enfermedades más comunes con sus propios medios.²⁴

Por tanto, Jeff King recomienda que los tribunales adopten una actitud *incrementalista* frente a los derechos sociales, esto es, que: "tomen pequeños pasos para

²² *Idem*, 5-9.

²³ *Idem*, 84-85.

²⁴ *Idem*, p. 83.

expandir la protección de las reglas y principios existentes de manera controlada, aprendiendo del pasado, y esperando retroalimentación en nuevos avances²⁵. Para él, los tribunales deben adoptar una estrategia similar a la del Tribunal Constitucional sudafricano y enfocarse en la justificación de las medidas adoptadas por el gobierno.²⁶

Jeff King piensa que los tribunales deben evitar definir un núcleo esencial, ya que: es difícil establecer qué constituye el núcleo esencial y es más difícil decidir qué tanto más intenso debe ser el grado de escrutinio cuando se afecte el núcleo esencial. Además, según él, el núcleo esencial no nos dice mucho respecto a en qué casos estará justificada la medida del Estado que interfiera con éste.²⁷ Por último, podría argumentarse que definir un núcleo esencial duro puede comprometer a los tribunales a adoptar una decisión policéntrica y poco flexible que tenga consecuencias negativas en otras áreas de manera similar al caso de Brasil mencionado anteriormente.

Además, el enfoque de *razonabilidad* permite que los órganos administrativos y legislativos tomen las medidas pertinentes –quienes en principio tienen la legitimación para decidir cuestiones presupuestales y de política pública– y los Jueces sólo evalúen su razonabilidad, dando así lugar a un amplio margen de apreciación de esos poderes.²⁸ En cambio, al definir un contenido que debe ser protegido inmediatamente, el núcleo esencial pondría a los tribunales en una posición más agresiva frente a los otros poderes, resultando así menos respetuoso de la democracia y la división de poderes.

²⁵ *Idem*, p. 2.

²⁶ *Idem*, pp. 116-117.

²⁷ *Idem*, p. 115.

²⁸ D. Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights*, *op. cit.*, p. 142.

Ahora, es verdad que el núcleo esencial tiene varios problemas, y que los tribunales al momento de definirlo y en general de adjudicar derechos sociales deben ser conscientes de ellos. Cualquier estrategia de adjudicación tiene riesgos y problemas, sin embargo, los Jueces deben adoptar la mejor alternativa, lo cual no significa que esa opción sea libre de críticas. Así, mi estrategia para defender el núcleo esencial consistirá en demostrar que es una *mejor alternativa* a limitarse a evaluar la razonabilidad de las medidas adoptadas por el gobierno en materia de DESC.

En este sentido, Bilchitz piensa que metodológicamente los tribunales no pueden decidir si un derecho es razonable sin definir su contenido. En efecto, una medida es razonable en tanto se conecte con un fin y sea objetivamente capaz de lograrlo.²⁹ En consecuencia, la razonabilidad de una medida solo puede ser evaluada en relación con los fines o propósitos que persigue.³⁰ Por ejemplo, sabemos que construir un hospital, o regalar alguna medicina es una medida razonable, en tanto propicia que las personas tengan mayor acceso o un mejor nivel de salud. En cambio, si el gobierno adujera que para mejorar la salud, regalará chocolates en todas las escuelas, claramente la medida sería irrazonable, ya que los chocolates solo podrían empeorar la salud de los niños.

En ambos casos, para verificar si una medida es razonable, necesitamos una concepción de lo que significa tener un *derecho a la salud*. Si, por ejemplo, por derecho a la salud solo entenderíamos accesibilidad a centros de salud, entonces construir un hospital sería razonable mientras que regalar una medicina no, en tanto no avanzaría en nada nuestro entendimiento del derecho a la salud. No se trata aquí de definir qué debe entenderse por derecho a la salud, sino solo demostrar que, como correctamente sostiene Bilchitz, un enfoque de razonabilidad necesariamente implica una definición del contenido del derecho.³¹

²⁹ *Idem*, p. 142.

³⁰ *Idem*, p. 143.

³¹ *Idem*, pp. 144-146.

Entonces, el enfoque de razonabilidad tiene los mismos problemas de legitimación y división de poderes que el de núcleo esencial. Es decir, a pesar de que a primera vista parece que en el enfoque de razonabilidad los tribunales respetan las facultades y poderes de otras instituciones y no imponen su visión del derecho, lo cierto es que para realizar dicho análisis es inevitable que lo hagan, en especial en los casos más difíciles. Lo mismo sucede con el incrementalismo que propone Jeff King; para saber si se está avanzando en la protección del derecho se necesita una concepción del mismo y si los Jueces tienen la última palabra sobre qué es razonable y qué implica un avance y qué no, son estos los que definen el contenido del derecho (aunque sea implícitamente). Por tanto, la objeción de legitimación es una objeción a la justiciabilidad de los derechos sociales en general –incluso contra toda la justicia constitucional–, pero no es un problema particular de que los tribunales protejan un núcleo esencial de los derechos sociales.

Podría argumentarse que la diferencia es de grado, es decir, que el núcleo esencial requiere que los tribunales establezcan de manera *menos flexible* cuál es el contenido del derecho y, por tanto, reducir *mucho más* el campo de acción de los otros órganos de gobierno. Me parece, que esto podría ser cierto si los tribunales quisieran definir el núcleo esencial de manera demasiado precisa, es decir, que al interpretar el núcleo esencial del derecho a la vivienda, determinararan qué tamaño y con qué servicios debe contar esa vivienda. Sin embargo, eso no es necesario, el núcleo esencial puede determinarse de manera vaga –como lo hizo la Primera Sala al vincularlo a dignidad– de tal forma que su aplicación permita adaptarse a diferentes circunstancias y necesidades respetando así la especialidad y funciones de los otros órganos de gobierno. En pocas palabras, así como muchas medidas pueden ser razonables para lograr un fin y el gobierno puede escoger de entre ellas, también existen muchas formas de satisfacer el núcleo esencial y el gobierno puede escoger entre ellas.

Lo anterior también nos sirve para contestar la objeción sobre el policentrismo de estos casos y la falta de especialidad de los Jueces. Pueden existir formas de

definir el núcleo esencial, vinculándolo con otros valores, de tal forma que la delimitación del núcleo no sea tan preciso, permitiendo así flexibilizar el núcleo y evitar el peligro de no poder prever todas las consecuencias de la decisión ni de dejar que otros órganos especializados aporten su conocimiento para resolver cómo se debe satisfacer ese núcleo. Por tanto, como desarrollaré con más detalle en el apartado 6 de este artículo, no es un problema que sea difícil *precisar* el contenido del núcleo esencial, por el contrario, los Jueces deben usar un estándar vago para definirlo.

Hasta aquí, parece que simplemente las dos aproximaciones tienen los mismos problemas, pero falta defender la ventaja de que los tribunales obliguen a que el Estado respete un núcleo esencial de los derechos sociales. En este sentido, me parece que la diferencia no es metodológica sino moral, es decir, el debate está en la fuerza con la que queramos proteger violaciones especialmente graves a los derechos sociales.

Al establecer una política pública, el gobierno toma en cuenta los intereses de la sociedad como un conjunto, es decir, buscará que la satisfacción de cierto derecho social, *en general*, mejore. Esto no significa que una política pública que afecte desproporcionalmente a una parte de la población sea razonable. En el famoso caso de *Grootboom* en el que un grupo de personas que habían ocupado ilegalmente unos terrenos, habían sido lanzados de estos, y en consecuencia, se quedaron sin casa y tuvieron que acampar –en condiciones deplorables– en un campo deportivo; solicitaban que las autoridades municipales les dieran algún refugio temporal o que implementaran medidas de alimentación y satisfacción de necesidades básicas mientras encontraban un lugar donde pudieran asentarse permanentemente. Ante el incumplimiento de las autoridades, estas personas alegaron ante la Corte Constitucional sudafricana la violación de su derecho a la vivienda. En ese caso, la Corte resolvió que una medida que "excluya a porciones significativas de la sociedad no puede ser razonable".

Sin embargo, al evaluar la razonabilidad de una política pública general de cualquier forma se ignoran las necesidades y circunstancias de *cada uno de los individuos*. Es decir, una política pública puede ser razonable en tanto mejore considerablemente, en general, la satisfacción del derecho, pero pienso que el Estado estaría fallando en sus deberes más básicos si no logra que toda la población tenga estándares mínimos de satisfacción garantizados. El núcleo esencial busca reforzar esa protección de esos niveles mínimos de satisfacción y proteger a las personas más vulnerables, aunque existan políticas públicas buenas y razonables en la materia.

Regresando al caso *Grootboom*, me parece revelador que Jeff King sostenga: "Irene Grootboom pudo haber muerto prematuramente y sin un centavo, pero dejó un importante legado en la lucha de los derechos sociales."³² Para quienes sostenemos que los tribunales deben proteger un núcleo esencial del derecho este resultado nos parece inaceptable;³³ Grootboom debió haber tenido sus necesidades de supervivencia satisfechas y el Estado debió haber garantizado de manera inmediata ese mínimo de subsistencia para todos sus ciudadanos.

No quiero decir que quienes defienden un enfoque de razonabilidad no les importa la vida de las personas, por el contrario, todos queremos que todos tengan una vivienda digna. Sin embargo, mi objeción a su postura es que al enfocarse *sólo* en la razonabilidad de una política pública general y no distinguir los tipos de intereses que protegen los derechos sociales, fracasan en proteger los intereses más básicos de todas las personas, justificando casos en los que a pesar de que exista una política pública exitosa y razonable no se atiendan las necesidades más básicas de algunas personas.

³² J. King, *Judging Social Rights*, *op. cit.*, p. 85.

³³ Sobre el caso específico de *Grootboom* véase D. Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights*, *op. cit.*, pp. 149-150.

Así, tal como lo sostiene Bilchitz, la ventaja de distinguir entre dos tipos de intereses consiste en que nos permite hacer énfasis en la mayor importancia de satisfacer el primer tipo de interés. Es decir, debe tener mayor prioridad garantizar un mínimo de vivienda para todos, antes que lograr que algunos tengan una vivienda digna.³⁴ Además, el núcleo esencial también visibiliza y pone especial énfasis en las necesidades y los intereses de las personas más vulnerables.

Esto no significa que nunca se pueda justificar una afectación al núcleo esencial. Un deber implica la posibilidad de cumplir con el mismo, entonces si no hay recursos suficientes o simplemente no se puede garantizar en este momento la satisfacción de los derechos para todos, la interferencia estaría justificada.³⁵ La diferencia está en la fuerza y la prioridad en la que se protegen estos intereses a través del núcleo esencial,³⁶ lo cual me parece una ventaja sobre los enfoques que limitan su análisis a la razonabilidad de la medida.

5. ¿Con qué puede estar vinculado el núcleo esencial?

Una vez defendido el núcleo esencial, falta determinar cómo puede definirse ese núcleo y, en su caso, con qué debe ser identificado. En un primer momento encontramos al Comité DESC, el cual a través de diferentes observaciones ha intentado definir el contenido mínimo de los derechos sociales.³⁷ Así, por ejemplo, respecto al derecho a la salud, en su Observación General número 14 estableció

³⁴ *Idem*, p. 189. Él textualmente sostiene que: "Finally, the second interest generally fails to be protected if the first interest is not protected. In other words, one cannot claim that one wishes that everyone should have a house fully conducive to their flourishing, without protecting their short-term interests. Some people will die in the interim and thus their right to adequate housing will be essentially meaningless. Others will be unable to flourish in the housing that they eventually receive, because of the impairments (such as ill-health) they experience as a result of the failure to meet their minimal needs previously. Thus, it cannot make sense to recognize an obligation to meet the second interest, without imposing an obligation to meet the first interest. Distinguishing the two interests allows us to take cognizance of this fact."

³⁵ *Idem*, p. 212.

³⁶ *Idem* 208-209.

³⁷ C. Courtis y V. Abramovich, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., pp. 89-90.

que los Estados tienen la obligación de asegurar como mínimo: (i) el acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria; (ii) el acceso a una alimentación esencial mínima; (iii) acceso a una vivienda con condiciones sanitarias básicas; (iv) facilitar medicamentos esenciales; (v) velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; y (vi) adoptar y aplicar un plan de acción nacional para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población.³⁸

El Comité explica de dónde deriva esas obligaciones mínimas, sin embargo, podríamos decir que lo hace desde una interpretación del derecho –aunque sea una interpretación implícita–. Es decir, podría pensarse que entiende que sin esas condiciones ya no es posible decir que se está protegiendo el derecho social en cuestión y por tanto, se vulneró su *esencia*.

Esta estrategia tiene dos problemas. El primero es que al establecer una interpretación rígida del contenido del núcleo esencial, se enfrenta a las críticas antes mencionadas sobre el policentrismo y la falta de conocimiento y legitimidad democrática de los Jueces en materia de políticas públicas. Es cierto que la posición institucional del Comité DESC y la naturaleza de las observaciones generales hacen que estos problemas se diluyan considerablemente, sin embargo, ciertamente sería un problema que los tribunales constitucionales enfrentarían si quisieran adoptar esta estrategia.

El otro problema es que, como se mencionó anteriormente, la razón por la cual protegemos el núcleo esencial es moral, no conceptual. No se trata de definir las condiciones mínimas por las cuales todavía se puede decir que el derecho existe, sino más bien aquellos intereses que merecen una protección más fuerte.

³⁸ Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud" adoptada en el Vigésimo Segundo Período de Sesiones de 2000, punto 43.

Por tanto, una interpretación del derecho poco nos podría ayudar para poder definir su núcleo esencial. No hay nada en el concepto del derecho o en su naturaleza que nos pueda ayudar a definir cuáles son esos intereses más básicos.

Tal vez por esa razón, el Comité DESC no justifica lo que entiende por núcleo esencial desde la lógica del propio derecho, sino que más bien piensa cuáles deben ser las condiciones mínimas de satisfacción que deben existir en todos los Estados, y que le parecen autoevidentes. Aunque, en cualquier caso, sería deseable que el Comité explicitará las razones que le llevan a pensar que precisamente esos deben ser los contornos del núcleo esencial.

Otra opción, sería entender que se viola el núcleo esencial *solamente* cuando se pone en peligro la supervivencia de las personas, excluyendo así violaciones a la dignidad o a un mínimo de autonomía. No conozco a nadie que haya adoptado esta postura, sin embargo, la Corte Interamericana en los casos *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay* y *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*³⁹ sostuvo que una violación al derecho al agua puede conllevar una violación al derecho a la vida digna. En este sentido, es innegable que el núcleo esencial debe comprender este tipo de casos, la duda es si solamente debe comprender estos casos.

Pienso que sería un error limitar a esos intereses el núcleo esencial. En efecto, aunque tengamos nuestra supervivencia asegurada, nuestra existencia puede ser horrible. Aquí sirve el clásico ejemplo de la persona que vive en un pozo y cada día le bajan por una cuerda comida, vestido, agua y todas las cosas necesarias para sobrevivir. Esa vida, sin ningún tipo de autonomía, carece de

³⁹ *Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 168; *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, Reparaciones y Costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafos 194, 195 y 217.

valores fundamentales y no tendría por satisfechos los intereses mínimos de las personas. Por tanto, se justifica ampliar el espectro de protección e incluir los bienes que permitan que una persona viva *dignamente* en sociedad.

Así, también se pueden incluir cuestiones contingentes a cada sociedad. Por ejemplo, puede ser que en otros tiempos u otras culturas la educación básica no fuera necesaria, porque nadie la tenía y todos podían vivir dignamente aprendiendo oficios sin una educación escolarizada, sin embargo, en México alguien que carece de educación básica difícilmente podrá desarrollar un plan de vida propio y, por lo tanto, debe ser protegido por el núcleo esencial del derecho a la educación.

Entonces solo queda la opción de vincular al núcleo esencial con la dignidad. Así lo han entendido Alemania y Colombia que vinculan el derecho al mínimo vital con la dignidad y la Primera Sala cuando sostuvo que: "se viola el núcleo esencial de los derechos sociales cuando una afectación a éstos afecta la dignidad de las personas".⁴⁰ Me parece que esta es la aproximación correcta, ya que identifica los intereses que deben ser protegidos con más fuerza y además permite que el estándar sea lo suficientemente flexible como para adaptarse a las particularidades de cada caso.

6. Problemas de vincular el núcleo esencial con la dignidad

Vincular el núcleo esencial con la dignidad claramente no está libre de problemas. Aquí daré respuesta a dos objeciones que me parecen particularmente interesantes y que, al mismo tiempo, nos darán luz sobre el núcleo esencial de los derechos sociales. La primer objeción que abordaré es que la *dignidad es demasiado vaga*, esto es, que al no tener límites en su aplicación, hay demasiados

⁴⁰ Amparo en Revisión 566/2015, p. 25.

casos en los que los Jueces no sabrán si se viola el núcleo esencial de los DESC. En segundo lugar estudiaré objeciones *conceptuales*, es decir, que la dignidad no captura los valores protegidos por el núcleo esencial, ya sea porque ésta nunca puede ser violada o porque la dignidad no está relacionada con los bienes protegidos por los derechos sociales.

a. La dignidad es un concepto muy vago

En primer lugar, se puede objetar que la dignidad es muy vaga y que, por tanto, vincularla al núcleo esencial es un error. La vaguedad se refiere a la relación entre las palabras y los objetos designados por esas palabras.⁴¹ La característica de las expresiones vagas es que hay *casos límite en cuanto a su aplicación*, esto es, casos en los que, aunque no tengamos dudas de los hechos del caso o del significado de la expresión, no sabemos si debemos aplicarla.⁴²

El ejemplo típico de una expresión vaga es "calvo". Hay algunos casos en los que, aunque sepamos exactamente cuántos cabellos tiene una persona, dudamos si es calva. Sabemos que una persona sin ningún pelo es calva y que, si le añadimos un pelo más seguiría siendo calva; pero si siguiéramos añadiendo pelo (por ejemplo, 15,000,000) llegaría un punto en el que claramente dejaría de ser calva. Así, "calvo" es vago porque no hay límites claros para la aplicación de la expresión; es decir, no podemos decir cuánto pelo debe tener una persona para dejar de ser calva o empezar a serlo.⁴³

La vaguedad no solo afecta a la aplicación de la expresión; tampoco hay límites claros entre *casos claros* y *casos límite*.⁴⁴ No sabemos cuánto pelo debe tener alguien para dejar de ser un *caso claro* de calvo y convertirse en un *caso límite*.

⁴¹ Andrei Marmor, *The Language of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 85.

⁴² T. Endicott, *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 31-33.

⁴³ *Idem*, p. 35.

⁴⁴ *Idem*.

No sabemos exactamente dónde empiezan y terminan los casos límite.⁴⁵ A esto se le llama *vaguedad de segundo orden*.

Ahora, la dignidad es vaga porque hay casos límite en los que no sabemos si se afecta o no la dignidad. Así, una persona que tiene una vivienda de un metro cuadrado, claramente no puede vivir con dignidad; de igual manera, si le añadimos un metro cuadrado más se seguiría afectando su dignidad. Sin embargo, evidentemente no se afecta la dignidad de una persona que tiene una casa de 5,000 metros cuadrados –en tanto solo estemos hablando del tamaño de la vivienda–. El punto es que no podemos decir exactamente a partir de cuántos metros cuadrados se respeta la dignidad de una persona.

Así, tampoco sabemos exactamente, qué necesita alguien para vivir dignamente. Muchas de estas condiciones dependen de las circunstancias particulares de cada sociedad, por lo que solo es atendiendo a esos contextos en los que se puede saber si se vulnera la dignidad de alguna persona. Así, será imposible saber *a priori* qué comprende la dignidad.⁴⁶ Por ejemplo, muchas de las cosas que debe comprender el vestido para que alguien pueda presentarse dignamente en público dependen de los contextos de una sociedad. Pero más allá de esta complejidad adicional, el punto es que por la propia vaguedad de la expresión, no sabemos exactamente qué bienes están comprendidos en este concepto.

El problema de los estándares vagos es que, en los casos límite, los destinatarios de la norma no saben a qué atenerse. Para que exista un Estado de derecho es necesario que los sujetos puedan guiar su conducta conforme al derecho, pero los estándares vagos dejan, hasta cierto punto, la conducta sin regulación.⁴⁷

⁴⁵ A. Marmor, *The Language of Law*, Oxford, *op. cit.*, p. 86.

⁴⁶ D. Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights*, *op. cit.*, p. 192.

⁴⁷ T. Endicott, "The Value of Vagueness", en Andrei Marmor and Scott Soames (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p 17.

En el caso concreto de los DESC, el problema de que el estándar sea vago es que habrá casos en los que ni el Estado ni los ciudadanos sepan si está satisfecho el núcleo esencial del derecho, por lo que, se puede dificultar su adjudicación y además el Estado nunca sabrá qué debe hacer para tener por satisfecho dicho núcleo. Sin embargo, Endicott ha sostenido que una norma vaga puede tener tres valores:⁴⁸

- I. Un valor de "fidelidad"; ya que permite que las autoridades apliquen la norma conforme a su valor (y, en algunos casos, el propósito de la norma solo puede lograrse a través de estándares vagos).⁴⁹ Las normas precisas nunca pueden reflejar el propósito que pretenden cumplir, así por ejemplo, mediante un límite de velocidad preciso –80 km/h– pretendemos cuidar la seguridad en las carreteras; pero hay coches deportivos que pueden ir más rápido sin causar ningún peligro para los otros conductores, y también hay tráileres muy pesados que son muy peligrosos a esa velocidad. En cambio, mediante un estándar vago –obligar a que se maneje a una "velocidad razonable"– se podría multar al tráiler que va a esa velocidad y dejar ir al coche deportivo.

El ejemplo no es ideal porque es un caso en el que claramente está justificada una norma precisa, sin embargo, ayuda a explicar cómo todas las normas precisas son *sobre e infra* incluyentes. Pero podríamos pensar en casos en los que sea necesaria una norma vaga, por ejemplo, como sostiene Endicott,⁵⁰ es imposible establecer *a priori* todos los

⁴⁸ *Idem.* Waldron, sostiene un punto parecido en Jeremy Waldron, "Vagueness and the Guidance of Action" en Andrei Marmor and Scott Soames (eds.), *Philosophical Foundations*, *op. cit.*, pp. 58-83. Como sostienen puntos muy similares aquí, seguiré a Endicott.

⁴⁹ Así, por ejemplo, no podemos prever todos los casos en los que se ponga en riesgo el bienestar de un menor, por lo que la única forma de proteger a los niños de todas las circunstancias en las que estén en peligro es imponiendo un deber de "diligencia" a quienes los cuiden. Así, el estándar vago puede ser aplicado en cualquier caso en el que se haya sido negligente con los niños, aunque haya casos límites en la aplicación del estándar.

⁵⁰ T. Endicott, *The Value of Vagueness*, *op. cit.*, pp. 16-17.

casos en los que la integridad de un niño puede estar en peligro, por lo que es necesario recurrir a un estándar vago e imponer un estándar de *diligencia* a los padres, para así asegurarnos de que los niños siempre serán protegidos.

- II. Las normas vagas fomentan que los sujetos de derecho cumplan más de lo necesario con la norma y así satisfacer plenamente el propósito de la norma. Si un agente del Estado no sabe exactamente qué es considerado tortura, sabiendo que se le puede sancionar si es que su conducta encuadra dentro de ese concepto, será especialmente cuidadoso cuando lleve a cabo interrogatorios.⁵¹
- III. Por último, las normas vagas trasladan a los Jueces la facultad de determinar, una vez que se conocen los hechos y las circunstancias del caso, si se ha respetado el estándar. En este sentido, en algunos casos los Jueces están en una mejor posición que el legislador para determinar si se cumplió con algún estándar. Sería muy difícil establecer *a priori* cuánto deben durar los juicios para que las personas sean juzgadas en un tiempo razonable, ya que cada caso es diferente y hay muchas particularidades que hacen que un juicio pueda durar más o menos tiempo. En cambio, los Jueces conociendo los hechos del caso están en una mejor posición para evaluar si en efecto, en un caso en particular, la duración del juicio fue razonable.

Esto no significa que todas las normas deban ser vagas, claramente es necesario que haya normas precisas y en muchos casos es mejor que una norma no sea vaga. Así, por ejemplo, los valores de la precisión justifican que existan límites de velocidad, ya que los conductores saben a qué atenerse y la labor de los agentes de tránsito se facilita ya que solo deben verificar la velocidad en la que manejan las personas, en lugar de tener que determinar si una velocidad en concreto era razonable.

⁵¹ El ejemplo se toma de J. Waldron, *Vagueness and the Guidance of Action*, *op. cit.*, pp. 79-81.

No obstante, mi argumento aquí se limita a decir que es mejor que los tribunales implementen un estándar vago para determinar el núcleo esencial del derecho a hacerlo mediante una serie de reglas precisas. Como se mencionó anteriormente, en el caso de los DESC es especialmente valiosa la flexibilidad de los estándares, en efecto, la policentricidad de las decisiones en estos casos hace que una norma precisa pueda limitar demasiado la actuación de la administración pública y generar consecuencias imprevistas y perniciosas para la protección de los DESC.

Pero me parece también que los otros dos valores de los estándares vagos son plenamente aplicables en el caso. Dado que el Estado es el destinatario de los DESC, y teniendo en cuenta los intereses fundamentales que protege el núcleo esencial de los derechos sociales, es menos problemático que el Estado cumpla sus deberes en exceso a que haya casos que queden desprotegidos por no estar cubiertos por una norma precisa. Asimismo, dada la complejidad de la realidad, es más fácil que un Juez, atendiendo a todas las circunstancias de los quejosos y valorando todos los hechos, aprecie si se encuentra satisfecho el núcleo esencial de los derechos sociales a si lo hace el legislador mediante reglas generales y precisas.

Además, una norma vaga –y por tanto flexible– permite un mayor diálogo interinstitucional. Es decir, a través de un estándar como este, los tribunales solo deben juzgar si una medida en concreto vulnera la dignidad de las personas, más no se ponen en la posición de fijar qué medidas son necesarias para satisfacer el núcleo esencial de los DESC. Por tanto, si se declara una medida inconstitucional, los órganos administrativos y legislativos son quienes siguen teniendo la responsabilidad de fijar una política pública en materia de DESC, que después podrá ser evaluada por los tribunales.

Esto me lleva a la forma en la que los Jueces deben aplicar este estándar. Si hay un valor en que la norma sea vaga y además es bueno permitir este diálogo

interinstitucional; los tribunales deben ser cuidadosos en no precisar demasiado el estándar al aplicarlo a los casos concretos. Es decir, si los tribunales al resolver un caso concreto interpretaran la norma y convirtieran el estándar vago en una norma precisa, se perderían todos los valores antes mencionados. Por tanto, los tribunales deben evitar precisar la norma, aunque claramente esto será necesario en algunos casos, por lo que será el caso concreto el que dirija la decisión. De esta manera, se mantiene la vaguedad del estándar, pero también se protege a las personas que pidan la protección de los tribunales.

b. Problemas conceptuales de la dignidad

Como adelanté al principio de esta sección, aquí defenderé la vinculación del núcleo esencial con la dignidad, de algunas objeciones conceptuales. Es importante aclarar que no haré una defensa general de la dignidad, ni tampoco defenderé alguna concepción en particular, esos problemas requerirían un estudio que excede los alcances de este trabajo. Simplemente argumentaré que hay comprensiones inteligibles de la dignidad que capturan bien el núcleo esencial de los derechos sociales. En específico estudiaré: (i) cómo puede ser violada la dignidad; y (ii) cómo se vincula la dignidad con los DESC.

¿Cómo puede ser violada la dignidad?

Muchas veces se entiende a la dignidad como el fundamento de los derechos humanos.⁵² Así, por ejemplo, el preámbulo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establece que: "estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana"; en este mismo sentido, la Primera Sala sostuvo que: "[La dignidad] Es un derecho absolutamente fundamental para el ser humano, base y condición de todos los demás: el derecho a ser reconocido

⁵² Para el caso específico de los derechos sociales véase J. King, *Judging Social Rights*, op. cit., p. 22.

siempre como persona humana. Así, de la dignidad humana, *se desprenden todos los demás derechos*, en cuanto son necesarios para que el hombre desarrolle integralmente su personalidad (énfasis añadido).⁵³

El argumento que entiende a la dignidad como fundamento de los derechos humanos funciona más o menos así: todas las personas tenemos dignidad, lo cual implica que debemos de ser tratados como fines y no como medios, es decir, como meros instrumentos para satisfacer intereses de otras personas.⁵⁴ Así, todos tenemos un valor absoluto e inherente por lo que tenemos intereses que deben ser protegidos de cualquier ataque y que no pueden ser sacrificados salvo que sea por el propio bien de los titulares de esos derechos.

La pregunta es, si la dignidad es el fundamento de los derechos humanos ¿cómo puede ser ésta a su vez un derecho susceptible de violación?⁵⁵ Si la dignidad es inherente a todas las personas ¿cómo se puede perder la dignidad sin dejar de ser personas? Se viola el derecho a la libertad cuando se pierde o restringe la libertad de alguien, como cuando no se le permite decir o hacer algo. Pero, según esta concepción, una persona nunca pierde –o ve disminuida su dignidad–. Así, incluso quienes son sometidos a los peores tipos de tortura, tienen la misma dignidad que una reina, simplemente por ser personas.

Entonces, si una persona que no tiene casa, vestido o alimento sigue siendo digna, entonces la dignidad no puede explicar cómo es que existen vulneraciones al núcleo esencial, lo cual lo convierte en un pésimo referente para adjudicar DESC. Podría contestarse que lo que se vulnera son los derechos que están fundados en la dignidad –como lo serían los derechos al alimento, casa o

⁵³ Amparo Directo 6/2008, Min. Sergio A. Valls Hernández. Pleno, votado por unanimidad de 11 votos el 6 de enero de 2009, p. 85.

⁵⁴ Cabe resaltar que esta explicación sigue, a grandes rasgos, la concepción kantiana de dignidad. Aunque se necesitaría todo un trabajo para agotar la concepción kantiana de la dignidad, pero para una explicación de ésta ver Jeremy Waldron, *Dignity, Rank, and Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 23-27.

⁵⁵ En un sentido similar ver *idem*, pp. 17-18.

vestido— lo cual implica una vulneración a la dignidad en sí, es decir, a lo que las personas se merecen por tener dignidad. No obstante, en este caso el estándar no reflejaría al núcleo esencial, sino a todo el derecho social en cuestión, por lo que tendríamos que identificar algún otro interés que explique la necesidad de que exista un núcleo esencial.

Por lo tanto, tenemos que recurrir a otras concepciones de dignidad que expliquen cómo es que ésta puede ser violada. Waldron entiende que el rango y las protecciones que eran exclusivas de los nobles y reyes en un momento histórico fueron extendidas a todas las personas. En lugar de que los nobles perdieran su alto rango, todos adquirimos ese estatus, dando así lugar a la comprensión actual de la dignidad.⁵⁶ Por ejemplo, antes únicamente el castillo de un noble era inviolable, en cambio ahora la casa de todos los ciudadanos está protegida.

De esta teoría podríamos desprender un contenido normativo, esto es, que todas las personas *deben* tener ese alto rango. Por lo tanto, para Waldron la dignidad claramente puede ser violada cuando a una persona no se le otorga o respeta el estatus que le corresponde por ser persona, un estatus que, como la propia historia de la dignidad claramente nos enseña, no siempre ha sido reconocido a todos. Así, se puede adoptar una concepción de dignidad que explique cómo es violada ésta y por tanto la primera objeción conceptual no es suficiente para que abandonemos la dignidad cómo estándar para identificar violaciones a los derechos sociales.

¿Puede vincularse a la dignidad con los DESC?

En este segundo punto la objeción es más concreta. Si bien se admite que la dignidad puede ser vulnerada, lo que se objeta es que esos intereses no comprenden los bienes materiales que son comprendidos por los derechos sociales.

⁵⁶ *Idem*, pp. 30-36.

En este sentido, Waldron al explicar qué comprende el estatus de la dignidad, se refiere a la prohibición de tratos crueles inhumanos o degradantes, el derecho a tener control sobre sus derechos, el derecho a ser oído en juicio, la prohibición de ser apisionado por deudas civiles, entre otros.⁵⁷ Así, se refiere a tratos que se merecen las personas al ser reconocidas como dueñas de sí mismas.

Sin embargo, esos respetos y consideraciones son independientes de cuestiones materiales. Incluso los nobles –a los que según Waldron la dignidad nos equipara–, seguían siendo nobles aunque fueran pobres. Se les seguía dando la consideración y respeto que merecía su título aunque carecieran de bienes. No se trata de tener los mismos recursos que un rey, sino más bien su estatus. La concepción de dignidad de Waldron es independiente a las condiciones materiales en las que se encuentre una persona. Esto no significa que esas protecciones no cuesten, simplemente que se puede carecer de bienes materiales y de cualquier forma tener dignidad desde esta concepción.

Por tanto, la dignidad no comprende a los derechos sociales y por tanto es un mal referente para entender cuándo se viola su núcleo esencial. Tal vez podrían vincularse condiciones materiales a la dignidad, entendiendo, por ejemplo, a la extrema pobreza como un trato cruel, inhumano o degradante. Sin embargo, el valor del núcleo esencial de los DESC sería muy instrumental a la dignidad y esa conexión solo podría logarse mediante una argumentación sospechosamente compleja.

No obstante, podemos entender a la dignidad, como lo hace Nussbaum, en términos de capacidades. Las capacidades son las posibilidades que tiene una persona para lograr ciertos funcionamientos, y los funcionamientos son los diversos estados o actividades que una persona puede asumir.⁵⁸ Así, el funcio-

⁵⁷ *Idem*, pp. 19, 50-57.

⁵⁸ Matthew Liao, "Human Rights as Fundamental Conditions for a Good Life" en Rowan Cruft *et al* (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 91.

namiento es el hecho de alimentarse mientras que la capacidad es la posibilidad de alimentarse. De esta manera se explica por qué no se encuentran en la misma posición una persona que ayuna por razones religiosas que quien se encuentra en extrema pobreza. Aunque las dos tienen el mismo funcionamiento –no comer– no tienen la misma capacidad –la posibilidad de decidir comer–.

Nussbaum piensa que la dignidad está comprendida por un umbral mínimo de satisfacción de las capacidades centrales.⁵⁹ Para Nussbaum algunas capacidades son más importantes que otras, e incluso algunas son malas (como la capacidad de asesinar).⁶⁰ Así, debemos identificar desde nuestra naturaleza y dignidad aquellas capacidades centrales que todas las personas deben tener satisfechas.⁶¹ Es importante aclarar que para Nussbaum no se puede separar conceptualmente la dignidad de las capacidades centrales, es decir, no se parte de una concepción de dignidad para identificar cuáles son las capacidades centrales sino que: "la noción que nos dirige no es la de la dignidad en sí, como si ésta pudiera ser separada de las capacidades para vivir una vida, sino que es, la de una vida con, o merecedora de, dignidad humana, donde esa vida está constituida, tan siquiera en parte, en tener las capacidades de la lista. De esta manera, lo bueno y lo correcto parecen totalmente entrelazados."⁶²

En este sentido, para Nussbaum las capacidades centrales son: 1) vida, 2) salud física, 3) integridad física, 4) sensibilidad, imaginación y pensamiento, 5) emociones, 6) razón práctica, 7) afiliación, 8) convivir con otras especies, 9) juego y 10) control sobre el ambiente político y material. Desde esta concepción, para tener un umbral mínimo de esas capacidades claramente necesitamos de recursos materiales. Incluso Nussbaum sostiene que "mi aproximación de las

⁵⁹ Martha Nussbaum, *Creating Capabilities*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2011, pp. 32-35.

⁶⁰ *Idem*, p. 28.

⁶¹ *Idem*, pp. 29-31.

⁶² Martha Nussbaum, *Frontiers of Justice*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2011, p. 162.

capacidades, insiste que todas las capacidades tienen un aspecto material y requieren de condiciones materiales".⁶³

Además, la concepción de Nussbaum también explica por qué la dignidad sólo está conectada con el núcleo esencial y no con la satisfacción plena de los derechos sociales. La dignidad comprende un umbral *mínimo de satisfacción* de las capacidades centrales, no su plena realización. Entonces considero que esta concepción de la dignidad captura plenamente los valores e intereses protegidos por el núcleo esencial de los DESC.

Por último, es importante aclarar que el núcleo esencial claramente no agota a la dignidad. La dignidad es mucho más amplia que los derechos sociales. Sin embargo, todos los casos en los que esté en juego el núcleo esencial de los DESC estarán protegidos por la dignidad.

6. Conclusión

Pienso que la decisión de la Primera Sala en el amparo en revisión 566/2015, de adoptar una estrategia prescriptiva para adjudicar derechos sociales, en las que se considere que existe un núcleo esencial el cual debe ser protegido inmediatamente, fue una decisión acertada desde un punto de vista teórico. Proteger un núcleo esencial es mejor que asumir una estrategia de razonabilidad, ya que de esta manera se privilegia la protección de los intereses más urgentes y sensibles, además de que se pone énfasis en las necesidades básicas de todas las personas.

También fue adecuado entender que se viola el núcleo esencial cuando una violación a los derechos sociales implique además una violación a la dignidad.

⁶³ *Idem*, 179.

Este concepto, entendido como lo hace Nussbaum captura bien los intereses protegidos por dicho núcleo, además tiene la ventaja de ser vago, lo cual permite a su vez que sea un estándar flexible que puede ser adaptado a muchas circunstancias y contextos, y facilita un mayor diálogo interinstitucional en la construcción de los derechos sociales.

Referencias

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

ATRIA, Fernando, "¿Existen Derechos Sociales?", *Discusiones*, vol. 4, 2004.

BILCHITZ, David, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford University press, Oxford, 2007.

COOMANS, Foons, "Reviewing Implementation of Social and Economic Rights: An Assessment of the "Reasonableness" Test as Developed by the South African Constitutional Court", *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 65, 2005.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, "Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)", *Discusiones*, vol. 4, 2004.

ENDICOTT, Timothy, "The Value of Vagueness" en Andrei Marmor and Scott Soames (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

_____, *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

GARGARELLA, Roberto, "Prólogo" en Leticia Morales, *Derechos Sociales Constitucionales y Democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

HART, HLA, *The Concept of Law*, 3a. ed., Clarendon Press, Oxford, 2012.

KING, Jeff, *Judging Social Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

LANGFORD, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

LIAO, Matthew, "Human Rights as Fundamental Conditions for a Good Life" en Rowan Cruft *et al* (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

MARMOR, Andrei, *The Language of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

NUSSBAUM, Martha, *Creating Capabilities*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2011.

_____, *Frontiers of Justice*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2011.

WALDRON, Jeremy, "A Right-based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm.1, 1993.

_____, *Dignity, Rank and Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

_____, "Vagueness and the Guidance of Action", en Andrei Marmor y Scott Soames (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

WESSON, Murray, "The Emergence and Enforcement of Socio-Economic Rights", en Liora Lazarus, Christopher McCrudden y Nigel Bowles (eds.), *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, Hart, Oxford, 2014.

Criterios jurisdiccionales

Corte Constitucional Sudafricana. *Grootboom and Others v. Oostenberg and Others*, 2000 (11) BCL R 1169 (CC).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo Directo 6/2008, Min. Sergio A. Valls Hernández. Pleno, votado por unanimidad de 11 votos el 6 de enero de 2009, p. 85.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 323/2014, Min. Jorge Mario Pardo Rebolledo. Primera Sala, votado por unanimidad de 5 votos el 11 de marzo de 2015.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 378/2014, Min. Alberto Pérez Dayán. Segunda Sala, votado por unanimidad de 4 votos el 15 de octubre de 2014.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 566/2015, Min. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Primera Sala, votado por mayoría de 3 votos el 15 de febrero de 2017.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 750/2015, Min. Norma Lucía Piña Hernández. Primera Sala, votado por unanimidad de 4 votos el 20 de abril de 2016.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 1219/2015, Min. Eduardo Medina Mora. Segunda Sala, votado por unanimidad de 5 votos el 18 de mayo de 2016.

Otros

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, Comunicado de Prensa 005, "CONEVAL informa los Resultados de la Medición de Pobreza 2014", consultable en: http://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Documents/Comunicado005_Medicion_pobreza_2014.pdf.

Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 3, "La índole de las obligaciones de los estados partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)" adoptada en el Quinto Período de Sesiones de 1990.

Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud" adoptada en el Vigésimo Segundo Período de Sesiones de 2000.