ISSN: 2448-6965

Año III. Núm. 5

REVISTA del Centro de Estudios Constitucionales

Julio - diciembre, 2017

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Centro de Estudios Constitucionales SCJN

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación

R4546CECSCJN

Revista del Centro de Estudios Constitucionales / [nota editorial Roberto Lara Chagoyán, Juan Antonio Cruz Parcero ; presentación Ministro Luis María Aguilar Morales]. -- Año 3, número 5 julio-diciembre 2017. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017-.

volumen ; 22 cm.

Semestral

ISSN 2448-6965

1. Derecho constitucional – Doctrina – Publicaciones periódicas – México 2. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Estudio de casos 3. Administración de justicia 4. Normas constitucionales 5. Tribunal constitucional 6. Cultura jurídica I. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales II. Lara Chagoyán, Roberto III. Cruz Parcero, Juan Antonio IV. Aguilar Morales, Luis María, 1949- , escritor de prólogo

REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, Año III, Núm. 5, julio-diciembre 2017, es una publicación semestral editada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Avenida José María Pino Suárez núm. 2, Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06065, Tel. 4113-1000, www.scjn.gob.mx, rlarac@mail.scjn.gob.mx. Editor responsable: Roberto Lara Chagoyán. Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2015-092411204900-102. ISSN: 2448-6965; otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Certificado de Licitud de Título en trámite. Certificado de Licitud de Contenido en trámite.

Impresa por Papiro Reproducciones, S.A. de C.V., Marcelino Dávalos núm. 12-1, Colonia Algarín, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06880, Ciudad de México, México. Este número se terminó de imprimir y encuadernar en diciembre de 2017, con un tiraje de 3,000 ejemplares.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Año III. Núm. 5

Revista del Centro de Estudios Constitucionales

Julio - diciembre, 2017

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Centro de Estudios Constitucionales SCJN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Luis María Aguilar Morales
Presidente

Primera Sala

Ministra Norma Lucía Piña Hernández
Presidenta

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Segunda Sala

Ministro Eduardo Medina Mora Icaza
Presidente

Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Ministro Alberto Pérez Dayán

Centro de Estudios Constitucionales
de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Doctor Roberto Lara Chagoyán
Director General

Contenido

Nota editorial | IX
Presentación | XV

Doctrina Constitucional

Los derechos constitucionales sociales en América Latina
Carlos Bernal Pulido | 3

Historia y porvenir de los derechos sociales en México
Juan Antonio Cruz Parcero | 35

Una aproximación a la interpretación judicial de los derechos sociales
Jeff King | 69

Derechos socioeconómicos, crisis económica y doctrina jurídica
David Bilchitz | 99

¿Por qué nos importa el diálogo? "La cláusula del 'no-obstante'", "compromiso significativo" y audiencias públicas. Un análisis empático pero crítico
Roberto Gargarella | 161

El derecho a la salud en los tribunales de Brasil. ¿Agrava más las desigualdades en salud?
Octavio Luiz Motta Ferraz 195

La justificación democrática de los derechos sociales
Leticia Morales 229

La constitucionalización de los derechos sociales en Asia del Sur El caso de Sri Lanka
Asanga Welikala 257

Derecho a la salud: de la lógica del mercado al lenguaje de los derechos
Valeria López Vela
Luis Enrique Pereda Trejo 283

La Constitución en acción

La justiciabilidad del derecho a la salud en México
Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena 325

El núcleo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales. Una buena estrategia de adjudicación
José Ignacio Morales Simón 365

Algunos problemas para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en México. Cuestiones persistentes y nuevas
Ricardo Alberto Ortega Soriano 401

Los derechos sociales y su exigibilidad. Algunos problemas para su protección a través del juicio de amparo
Alejandro González Piña | 455

Notas especiales

Derechos sociales. Un mapa conceptual
Rodolfo Arango | 495

La justiciabilidad del derecho a la salud en México y en el sistema interamericano de derechos humanos
Rodrigo Gutiérrez Rivas | 517

Democracia, administración pública y derechos sociales
Christian Courtis | 533

Reseñas

Morales, Leticia
Derechos sociales constitucionales y democracia
Marcial Pons, Madrid, 2015
Diana Beatriz González Carvallo | 551

Atria, Fernando,
Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público
LOM-Ediciones, Chile, 2014
Javier Yankelevich | 565

Nota editorial

Vivimos en *el tiempo de los derechos*, usando la expresión de Norberto Bobbio; por ende, estamos llamados a comprender nuestro tiempo y responder a sus retos. La pobreza, la desigualdad, la discriminación, la exclusión social, la falta de oportunidades, los daños medioambientales, las afectaciones a la salud, el acceso a la educación de calidad, a una vivienda digna, a un empleo bien remunerado y en general a condiciones materiales que permitan a las personas niveles adecuados de vida digna, son algunos de los muchos retos que tenemos en frente. La idea de los derechos ha cambiado y estos cambios se han reflejado en nuestra Constitución Política y en la forma de comprender nuestro sistema constitucional. Durante la segunda mitad del siglo XX, los derechos humanos se reconceptualizaron; uno de los elementos claves en este proceso de significación fue la incorporación de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Nuestra idea contemporánea de los derechos humanos es, por tanto, menos individualista que la que se tuvo en los siglos XVIII y XIX. Los derechos humanos, incluidos los derechos sociales, son uno de los horizontes que hemos imaginado para enfrentar los retos de nuestro tiempo.

La incorporación de los derechos sociales al constitucionalismo tuvo su origen en nuestra Constitución de 1917; sin embargo, desgraciadamente, no podemos decir que la nuestra sea precisamente una historia exitosa, ya que durante los últimos cien años no hemos logrado consolidar los ideales de justicia social que tuvo en mente el Constituyente de Querétaro. En efecto, en México fuimos pioneros en reconocer los derechos sociales y darles rango constitucional, pero más adelante el desarrollo de estos derechos y su protección fueron erráticos. La doctrina jurídica durante buena parte de esta centuria no los consideró como genuinos derechos, sino como normas programáticas; su protección legal encontró demasiados obstáculos y problemas.

Con todo, los derechos sociales han tenido un papel importante. El marco constitucional posibilitó que los gobiernos posrevolucionarios pudieran llevar a cabo importantes reformas sociales, principalmente a nivel educativo, agrario, laboral, de salud y protección social. La construcción de nuestro Estado social se logró hacer bajo la cobertura de la Constitución de 1917. Sin embargo, esta construcción se hizo también a costa de consolidar un régimen presidencialista, autoritario y clientelar, que usó las reformas sociales para legitimarse.

Hoy día, a cien años de vigencia de nuestra Carta Magna, el panorama es muy distinto. México ha cambiado y también las teorías y las instituciones jurídicas. Desde hace unas décadas asistimos a un debate muy intenso en torno a los derechos sociales, su fundamentación, su concepto y las formas de hacerlos justiciables. En muchos lugares del mundo su justiciabilidad es un hecho innegable.

El debate contemporáneo parece haber superado hasta cierto punto las discusiones sobre su fundamento y la posibilidad de su justiciabilidad. Hoy es momento de reflexionar sobre las implicaciones que se siguen de que sean justiciables. En este número especial de la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, hemos querido ofrecer precisamente un panorama de problemas y propuestas

que hoy por hoy tenemos enfrente para comprender las formas en que podemos garantizar estos derechos.

Hemos reunido a especialistas internacionales y nacionales que han sido un referente en estas discusiones a nivel internacional, también hemos reunido trabajos de juristas vinculados a la administración de justicia en nuestro país que nos ayudan a reflexionar sobre algunas decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y sobre los criterios y retos que tiene por delante la justiciabilidad de los derechos sociales en México.

En la sección Doctrina Constitucional reunimos nueve trabajos de autores de diversos países: Colombia, Inglaterra, Sudáfrica, Brasil, Argentina, Sri Lanka y México. En ellos tratamos de proporcionar un panorama amplio sobre los problemas que se están debatiendo a nivel internacional, a nivel regional de América Latina y particularmente en México. En algunos de estos trabajos se reflexiona sobre las experiencias que se están dando en torno a la justiciabilidad de los derechos sociales. Así, los autores intentan encontrar puntos comunes y diferencias, y explicar los criterios que se están utilizando; para ello, analizan las metodologías de aplicación e interpretación, los límites y las doctrinas que dan forma y contenido a los derechos sociales, entre otras cuestiones. En otros trabajos se revisan y comentan algunos casos paradigmáticos que sirven para ejemplificar el potencial que tienen o los problemas que enfrentan los sistemas judiciales en distintos países; se analizan también innovaciones de algunos tribunales y cortes, y se reflexiona sobre su historia y su futuro. Y en otros más, se revisa la historia de los derechos sociales en México y algunos casos específicos como el del derecho a la salud. En estos trabajos el lector podrá ver diversos puntos de vista, algunos bastante críticos, en torno a la justiciabilidad de los derechos sociales.

En la sección La Constitución en acción reunimos cuatro trabajos que analizan el desempeño de la Suprema Corte, los criterios y doctrina que está desarrollando,

los casos más relevantes que ha decidido, los problemas y retos que nos presenta el juicio de amparo para la protección de los derechos sociales. El conjunto de estos trabajos nos brinda un panorama amplio de lo que se está haciendo en nuestro país en materia de protección de estos derechos; las opiniones de los autores contrastan sobre la valoración de lo que hemos alcanzado. Sin embargo, todos coinciden en que los jueces y tribunales tienen la obligación de proteger este tipo de derechos y que tenemos que aprender de las experiencias de otros países y cortes internacionales de derechos humanos.

En la sección Notas especiales hemos reunido a tres expertos que nos proporcionan reflexiones lúcidas en torno a los fundamentos, concepto y justificación de los derechos sociales y de su justiciabilidad. En ellos se aborda el tema del derecho a la salud en México en un nuevo contexto en el que se conjuga una nueva concepción teórica de los derechos, un nuevo marco internacional (que ha avanzado en la aplicación e interpretación de estos derechos) y un nuevo marco constitucional (que reconoce los derechos humanos). Esta combinación de factores ha generado nuevas oportunidades para la defensa del derecho a la salud. El avance que se ha dado en la materia ha quedado, además, concretado en criterios interpretativos derivados de algunos casos relevantes, que servirán como precedentes para futuros casos. En otras colaboraciones se reflexiona sobre nuevas discusiones –más allá de justiciabilidad– y se proponen formas de comenzar a pensar de una manera interdisciplinaria en los retos de una protección más amplia a través de políticas públicas. Pero para este propósito –se advierte– necesitamos mecanismos democráticos de transparencia, acceso a la información y de rendición de cuentas.

En la sección de Reseñas elegimos dos libros recientes de autores latinoamericanos que consideramos vale la pena dar a conocer. El primero de Leticia Morales (Argentina), *Los derechos sociales constitucionales* y *democracia* (2015). El segundo de Fernando Atria (Chile), *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma*

de lo público (2014). Las reseñas nos brindan una descripción general de las tesis principales y un breve análisis crítico de los mismos.

Esperamos que este número especial proporcione al lector, especialmente a los miembros de la judicatura, una visión completa y amplia sobre los debates teóricos actuales en torno a los derechos sociales; una visión de experiencias y casos resueltos en otros países a los que tenemos que mirar por la importancia que revisten; y una visión de lo que el Poder Judicial de la Federación, particularmente la Suprema Corte de Justicia, está realizando en materia de protección de los derechos sociales.

Roberto Lara Chagoyán
Director del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Juan Antonio Cruz Parcero*
Investigador del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM

* Su participación en la coordinación de este número se enmarca en el proyecto colectivo de investigación sobre "Derechos sociales y justicia social", que recibe apoyo de UNAM-DEGAPA-PAPIIT IG400216, del cual es responsable.

Presentación

El lector tiene en sus manos el quinto número de la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, volumen dedicado completamente a los derechos sociales. Como es sabido, México fue el primer país que incorporó este tipo de derechos en el texto constitucional de 1917, lo cual marcó un hito en el constitucionalismo moderno, porque hasta entonces no se consideraba que determinadas demandas sociales, sobre todo de grupos desaventajados, pudieran ser articuladas como auténticos derechos. Desde entonces, los derechos sociales han ocupado un lugar destacado en el orden jurídico mexicano y, por ende, en el imaginario de los juristas teóricos y prácticos. Con ello, la doctrina, el legislador, el poder político y, desde luego, el Poder Judicial han contribuido de diversas formas a la construcción de una auténtica cultura de los derechos sociales, que sin la intervención judicial sería estéril.

Han pasado cien años desde ese momento histórico y, aunque sería muy osado afirmar que se han cumplido los anhelos de una justicia social robusta, sí podemos

decir que en México crece cada día más la preocupación por tomarse en serio (es decir, hacer efectivos) los derechos sociales. En un principio, las discusiones versaban sobre su conceptualización, es decir, se debatía su carácter de genuinos derechos; se sostenía que se trataba de normas "meramente programáticas" y, sobre todo, se decía que no eran ni podían ser justiciables. Aun cuando este debate puede considerarse prácticamente cancelado, todavía existen voces que pretenden revivirlo mediante argucias de todo tipo: no existen medios de control judicial adecuados, no son comparables con los derechos civiles y políticos o que su reconocimiento judicial no podría tener auténticos efectos. Con todo, podemos decir que la discusión ha subido de nivel a causa, en parte, de la llamada constitucionalización del fenómeno jurídico. En efecto, la transición del llamado Estado legal de Derecho, que privó durante el siglo XIX y buena parte del XX, al Estado constitucional de derecho, caracterizado entre otros elementos por una concepción menos política y más jurídica de la Constitución, nos ha traído, entre otros, el beneficio de poder considerar como genuinos derechos humanos (y, por ende, justiciables) a los derechos sociales. A partir de ese hecho se han derivado múltiples ventajas que van desde una nueva conceptualización de esos derechos, hasta la creación de líneas jurisprudenciales de carácter obligatorio, que ofrecen a los juzgadores una nueva perspectiva constitucional para resolver casos relacionados a distintos derechos sociales. Muestra de ello son las ya varias sentencias emitidas por esta Suprema Corte –especialmente en los últimos tres lustros– relacionadas con el derecho a la educación, a la salud, a la vivienda, a la alimentación, al mínimo vital, al medio ambiente sano y a la consulta previa a los pueblos indígenas, por mencionar algunos.

Como Presidente de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal puedo decir que el Poder Judicial de la Federación, en el ejercicio de sus competencias legales y constitucionales, día con día avanza en resoluciones cada vez más sofisticadas en materia de derechos sociales derivadas de nuevos problemas, producto del signo de los tiempos. En efecto, la globalización, el crecimiento poblacional, la creciente demanda de servicios

sociales, el crecimiento desordenado de las ciudades y otros problemas, demandan de nosotros, los Jueces, Magistrados y Ministros, mayor creatividad y lucidez jurídica a fin de resolver los conflictos sociales de la mejor manera posible, en esta realidad cambiante. Así, nuestro compromiso con el respeto y defensa de los derechos humanos –que constituye, junto con la certeza y seguridad jurídicas, uno de nuestros más importantes derroteros– no puede estar completo sin la debida atención a los derechos sociales.

Por todo lo anterior, considero que este quinto número de la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* contribuirá al debate académico de alto nivel en la materia e invitará a propios y extraños a reflexionar sobre el estado del arte de los derechos sociales. Celebro que académicos tan renombrados, tanto nacionales como extranjeros, hayan aceptado nutrir este esfuerzo editorial, que se suma a los anteriores cuatro volúmenes, robusteciendo con sus colaboraciones nuestro ya relevante acervo editorial.

Ministro Luis María Aguilar Morales
Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal

Doctrina Constitucional

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, András (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 2009[10] 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 I1. 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 tríadicas 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 Lübbe-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 desplazados[39] 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 Social[42] 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 sudafricana[52] 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 trasformado 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 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 negativo[57] 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", *WDStRL* 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 CAVALLO, 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/S07185200201000020012

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, András (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", *WDStRL* 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*, Cívitas, 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.

HISTORIA Y PORVENIR DE LOS DERECHOS SOCIALES EN MÉXICO*

HISTORY AND FUTURE OF SOCIAL RIGHTS IN MEXICO

Juan Antonio Cruz Parcero**

Resumen

En este trabajo se hace una breve reconstrucción de la historia de los derechos sociales en México explicando algunas causas por las que no fueron considerados derechos genuinos y no fueron objeto de protección judicial. Al mismo tiempo se explica el papel político que tuvieron los derechos sociales para legitimar a los gobiernos reformistas posrevoucionarios. La crisis del Estado benefactor a nivel global así como las nuevas políticas neoliberales que redujeron el gasto social y privatizaron los servicios sociales hicieron surgir una nueva idea sobre los derechos sociales que puso énfasis en su carácter justiciable, como una forma de contrarrestar los efectos estructurales de aquellas políticas. Hoy día asistimos a un nuevo proceso de teorización y práctica de los derechos sociales, contamos con las experiencias de varios países relevantes como Colombia y Sudáfrica, entre otros muchos, y con diversos estudios sobre los éxitos y límites de la intervención judicial como forma de garantía. A su vez, desde

* Esta investigación se realizó con el apoyo del Proyecto UNAM-DGAPA-PAPIIT IG400216 "Derechos sociales y justicia social".

** Investigador del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM. Correo: cruzparc@unam.mx

otros ámbitos de las ciencias sociales se ha intentado rescatar la centralidad de la dimensión política de los derechos sociales. A partir de estas líneas muy generales se sugieren algunos caminos para la construcción de un marco teórico para repensar la protección de los derechos sociales adecuado para nuestro país.

Palabras clave: Derechos sociales, derechos humanos, justiciabilidad, políticas públicas, Constitución mexicana de 1917, constitucionalismo mexicano.

Abstract

This paper offers a brief reconstruction of the history of social rights in Mexico by explaining some of the reasons why these were not considered genuine rights and were not object of judicial protection. At the same time the political role of social rights to legitimize postrevolutionary reformist governments is explained. The crisis of the welfare state at the global level and the new neoliberal policies that reduced social spending and privatized social services gave rise to a new idea on social rights that emphasized its justiciability as a way of counteracting the structural effects of those policies. Today we are witnessing a new process of theorization and practice of social rights informed by the experiences of several relevant countries such as Colombia and South Africa, among others, and by various studies on the successes and limits of judicial intervention as a form of guarantee. At the same time, from other areas of the social sciences, an attempt has been made to rescue the centrality of the political dimension of social rights. From these very general lines some paths are suggested for the construction of a theoretical framework conducive to rethinking the protection of social rights in our country.

Keywords: Social Rights, Welfare Rights, Justiciability, Enforcement of Social Rights, Public Policy, Human Rights, Mexican Constitution 1917, Mexican constitutionalism.

1. Introduccción

Este año conmemoramos los cien años de la Constitución de 1917, donde por primera vez se constitucionalizaron los derechos sociales,[1] aunque,

[1] Utilizaré por simplicidad la expresión "derechos sociales", pero en ellos contemplo en general a los llamados derechos económicos, sociales y culturales, así como a otros derechos medioambientales y al desarrollo.

contrario a lo que algunos juristas mexicanos han sostenido, el Constituyente de Querétaro no inventó estos derechos.[2] La originalidad que tanto se ha pregonado para realzar la importancia del papel de los derechos sociales en México es parte de una imagen distorsionada de lo que realmente sucedió después de su promulgación y de lo que han significado durante estos cien años. La fortuna de los derechos sociales en México no es algo de lo que podamos presumir, más allá de la hazaña del Constituyente y de un periodo efímero que comenzó con el cardenismo, pero que desafortunadamente se desvaneció muy pronto.

Actualmente la situación respecto de la protección efectiva de los derechos sociales es ruinosa –al igual que la situación general de los derechos humanos–. Formalmente, al menos, podemos decir que está plenamente reconocido y reforzado tanto su estatus de derechos constitucionales, como el de derechos humanos. La reforma constitucional del 2011 en materia de derechos humanos ha

[2] Considérese esta referencia de Mario de la Cueva sobre la Constitución del 17: "La grandeza de la acción del Congreso Constituyente de 1917 radica en la circunstancia de que la solución adoptada en la Carta de Querétaro creando los nuevos derechos sociales del hombre es una doctrina propia, que no deriva de ningún pensamiento o modelo extranjeros, sino que es, como diría Georges Burdeau, una nueva idea del derecho, surgida de la historia y de la vida de un pueblo y de sus luchas por la libertad de los hombres y por la justicia social", en Mario de la Cueva, "Lo social en la Constitución mexicana de 1917", *Revista Mexicana del Trabajo*, no. 1, Tomo XVI, 6 época, enero-marzo, 1969, pp. 9-13. También Jorge Sayeg Helú sostuvo: "Timbre de orgullo es para México su Constitución del 5 de febrero de 1917. En ella se dio cabida, por primera vez sobre la faz de la tierra, y en conciliante simultaneidad –fuerza es repetirlo incesantemente–, a derechos individuales y a derechos sociales que, lejos de excluirse, se complementan los unos a los otros. Nuestra Carta de 1917 parece haber captado ya, por completo, la esencia de lo humano, contemplando al hombre en sus dos raíces: la individual y la social", en *El constitucionalismo social mexicano. La integración constitucional de México (1808-1988)*, FCE, México, 1991, p. 656. Por su parte, el historiador Andrés Lira ha precisado que "es indudable que nuestra carta de 1917 resultó de un movimiento político y social, que en ella hubo innovaciones como la consagración de los derechos sociales (lo que ha dado lugar a muchas frases declamatorias y a exageraciones demagógicas), pero también lo es que esta novedad no se sitúa fuera de la historia, ni nos hace –como quieren los declamadores– únicos y originalísimos autores a los mexicanos, pues para bien o para mal, la técnica jurídica y las razones de orden político, que compartían otros Estados nacionales, se manifestaron en el México revolucionario de aquel tiempo. Dicho de otro modo, hubo revolución, hubo declaración de derechos sociales que recogieron inconformidades ya expresadas en México –como en otras partes– mucho antes; pero hubo también la imposición de una cultura jurídica formalista de la que participa nuestra historia, que, si bien es propio, no es única" en Andrés Lira, "Revolución, derechos sociales y positivismo jurídico en México, 1870-1920", en *IX Jornadas de Historia de Occidente. Revolución y contrarrevolución en México*, Centro de Estudios de la Revolución Mexicana Lázaro Cárdenas A.C., Michoacán, 1986, p. 84.

abierto una oportunidad de avanzar en la protección de estos derechos. Necesitamos, como se sostendrá en este trabajo, nuevos marcos teóricos y acercarnos a las experiencias que en otros países están teniendo lugar y desarrollándose desde hace dos décadas aproximadamente.

Nos queda mucho por aprender de nuestra propia historia; a partir de ahí debemos construir una nueva manera de enfrentar los problemas de desigualdad, pobreza, injusticia, corrupción, impunidad… que azotan nuestra realidad cotidiana. La propuesta que aquí se defiende es un marco de comprensión de los derechos sociales que considere tanto la dimensión jurídica y la justiciabilidad de los derechos sociales, como su dimensión política y colectiva vinculada con el diseño e implementación de políticas públicas y económicas. Para este propósito hago un énfasis especial en las formas de conceptualización de los derechos sociales y los derechos humanos en general.

2. Los derechos sociales en México

Históricamente hablando, el papel de los derechos sociales en México, como han sostenido algunos especialistas como Martín Díaz y José Ramón Cossío,[3] estuvo ligado a un régimen presidencial, patrimonialista, corporativista, clientelar y antidemocrático que se consolidaría después de promulgada la Constitución de Querétaro.[4] Los derechos sociales –para ser más preciso, el contenido social de la Constitución– sirvieron para legitimar un régimen político que no apostó por la legitimidad democrática. Las reformas sociales, especialmente a partir del cardenismo (1934-1940), con la finalidad y la promesa de lograr una

[3] *Cfr*., Martín Díaz y Díaz, "La Constitución ambivalente. Notas para un análisis de sus polos de tensión", en *80 aniversario. Homenaje. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, UNAM/Senado de la República, LVI legislatura, México, 1997, pp. 59-85; y José Ramón Cossío, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, Fontamara, México, 1998.

[4] Un análisis histórico-conceptual más completo lo hago en Juan Antonio Cruz Parcero, "Los derechos sociales en la Constitución de 1917: un balance en su centenario", (próxima publicación).

sociedad más igualitaria en lo económico y más homogénea en lo cultural, fueron las que lograron legitimar al régimen político que se comenzaba a consolidar. La dimensión de reforma social radical que le imprimió el gobierno de Lázaro Cárdenas no fue concebida por el Constituyente de Querétaro, pero el marco normativo constitucional que dejaba grandes poderes discrecionales al Presidente lo hizo posible. Al paso de unos cuantos años, este impulso reformador se atenuaría hasta mantenerse solamente en el discurso.[5] Para la maquinaria burocrática y las estructuras corporativas que se consolidaron parecía suficiente la retórica revolucionaria para legitimarse y poder dirigir los destinos de la nación. La transformación social se detendría y luego incluso, entraríamos en una etapa de un gran retroceso.

Los derechos sociales no se concibieron en ningún momento como genuinos derechos que pudieran ser reclamados frente a Jueces y tribunales. Su forma de protección consistió en un entramado institucional y corporativo, que dio lugar a un clientelismo político que sujetaba y condicionaba la acción y la lucha social.

[5] Como sostiene Branchet-Márquez, después del cardenismo los de justicia social se limitarían al sistema educativo aunque dejando que las desigualdades regionales y las producidas por el sistema privado siguieran aumentando; Ávila Camacho (1940-1946) reconoce algunas conquistas laborales e impulsa la seguridad social a través de un Pacto Obrero que, sin embargo, decepcionaría en su práctica a los trabajadores y sindicatos. Terminada la Segunda Guerra Mundial y a partir de 1946, México concluye una etapa de prosperidad, los capitales extranjeros fueron retirándose, y se apostó entonces por un modelo de desarrollo basado en bajos salarios y bajo costo de productos agrícolas, baja fiscalidad, protección arancelaria y férreo control de obreros y campesinos (la era del *charrismo*). Hasta fines de los cincuenta, con el gobierno de López Mateos (1958-1964) emergió una época "tan próspera como socialmente progresista", se creó el ISSSTE (1959), mientras que el IMSS, creado en 1943, logró duplicar su cobertura; se logró hacer obligatoria la cláusula constitucional del reparto de utilidades y aumentó de manera considerable la construcción de vivienda popular. Se trató de un segundo momento reformista crucial en la construcción del Estado de bienestar en México. Sin embrago, gran parte del campesinado y especialmente los indígenas quedarían fuera del Estado benefactor. El modelo llegaría a sus límites en los sexenios siguientes por la imposibilidad de seguir financiando la política social con deuda y ante la imposibilidad política de ampliar la base fiscal por la oposición del empresariado. El desarrollo social se estancaría aunque las instituciones sociales creadas mantuvieron su funcionamiento, en ocasiones con algunos avances hasta llegar a 1982, el inicio del sexenio de Miguel de la Madrid (1982-1988), que suele tomarse como la época del declive del Estado benefactor y el inicio de las políticas neoliberales que implicaron fuertes recortes al gasto social. *Cfr.* Viviane Brachet-Márquez, "El Estado benefactor mexicano: nacimiento, auge y declive (1822-2002)", en Boltvinik, Julio y Damián, Araceli (coords.), *La pobreza en México y el mundo, realidades y desafíos*, Siglo XXI-Gobierno de Tamaulipas, México, 2004, pp. 249-257.

Fueron las componendas y las dádivas la forma en que se ejercieron esos "derechos sociales" que carecían de garantías jurídicas. Su carácter social se tradujo en privilegios corporativos, en diferenciación de clases de trabajadores, de servicios, de educación, etc. Tampoco fueron concebidos como prestaciones universales con carácter igualitario; la educación, que ha sido el derecho más universal que hemos tenido, se mantuvo junto a un sistema regional y un sistema de educación privada propiciando y ahondando una educación desigual.[6]

La doctrina jurídica (especialmente la constitucional, laboral y agraria), no logró dar cuenta de la juridicidad de los derechos sociales y tampoco le importó explicar y comprender su dimensión política. Un grupo importante de juristas se empeñó en restarle importancia constitucional a los derechos sociales que se habían consagrado en la Carta Magna. Su conceptualización de los derechos sociales sirvió para favorecer un régimen político presidencialista que utilizaba el contenido social de la Constitución como moneda de cambio para someter a las masas de obreros y campesinos.

Ignacio Burgoa sostuvo, en su libro *Las garantías individuales* (que después se convertiría en un manual obligado para muchas generaciones de abogados), que las llamadas garantías sociales no tenían al Estado como obligado, sino que comprendía una relación entre grupos desfavorecidos (la clase trabajadora) y las castas poseedoras de riqueza, o que bien podía tratarse de una relación individual entre un trabajador y un empleador. El papel del Estado, decía Burgoa, es de regulador y de fiscalizador, por ende tendrá facultades impeditivas o preventivas, sancionadoras y fiscalizadoras que conforman el intervencionismo estatal.[7] Pero estas obligaciones del Estado, aclaraba el jurista, no surgen de derechos de los individuos o de grupos contra el Estado, sino de la Constitución.

[6] V. Brachet-Márquez, "El Estado benefactor mexicano…", art. cit., p. 249 y ss.
[7] Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, Ediciones Botas, México, 1944, pp. 108-112.

Por ello, "la titularidad de las garantías sociales es mucho más restringida que la que corresponde a las garantías individuales, puesto que se circunscribe a una clase social y a sus miembros determinados y particulares, que estén colocados en una cierta situación jurídica y económica".[8] Dado que en las garantías individuales la relación es entre el individuo y el Estado, éstas no se oponen y son plenamente compatibles con las garantías sociales, aunque constituyen conceptos jurídicos diferentes. Para Burgoa, el corolario de esta distinción será que las garantías individuales tenían como forma de protección el amparo, mientras que este recurso jurídico no era el adecuado para proteger garantías sociales. Esta idea la suscribirían muchos de los juristas mexicanos, no solo los conservadores como Burgoa, sino incluso los más entusiastas de los derechos sociales como Mario de la Cueva o Trueba Urbina.[9]

Mario de la Cueva, por ejemplo, se sentía fascinado por las ideas de Carl Schmitt y por la cultura alemana, en su juventud simpatizó con el nacionalsocialismo alemán donde la figura de un caudillo, el *Führer*, le despertaba muchas simpatías. Sus ideas sobre el derecho del trabajo no estaban inspiradas en el socialismo, sino en la legislación alemana del partido nazi que veía como una tercera vía entre el liberalismo y el comunismo.[10] Los mecanismos de protección jurídica liberales de los derechos eran para De la Cueva –incluso ya en los años setenta– máscaras de una opresión económica, y la Constitución no era norma sino voluntad.[11]

[8] *Ibidem*, p. 116.

[9] J. R., Cossío, *Dogmática constitucional…, op. cit.,* p. 81-83.

[10] De la Cueva abandonaría más adelante su simpatía por las ideas nacionalsocialistas y profesaría en su edad madura una inclinación por el marxismo. Sin embargo, como apunta Silva-Herzog en su excelente ensayo, su mundo en la década de 1970 parecía haberse detenido en Berlín de los años treinta. Silva-Herzog da cuenta de los rasgos antiliberales, reduccionistas y autoritarios en la obra de De la Cueva. Véase Jesús Silva-Herzog Márquez, "Mario de la Cueva y el Muralismo constitucional", en Cossío, José Ramón y Silva-Herzog Márquez Jesús (coords.), *Lecturas de la Constitución. El constitucionalismo mexicano frente a la Constitución de 1917*, FCE, México, 2017, p. 182.

[11] *Ibidem*, p. 191.

Otro de los factores que explican el relativo fracaso en la implementación de los derechos sociales tuvo que ver con el papel conservador que jugó la Suprema Corte de Justicia y, en general, los tribunales federales. Como ha sostenido Timothy M. James en su reciente estudio sobre el papel de la Suprema Corte en su primer periodo después de promulgada la Constitución de 1917 y hasta antes del cardenismo,[12] los derechos sociales, concebidos como límites a los derechos liberales por el Constituyente de 1917, fueron obstaculizados por cientos de resoluciones contrarias a los nuevos derechos basados en los artículos 27 y 123 constitucionales. Aunque para James, esto no tuvo tanto que ver con una cuestión ideológica, sino con un compromiso con la legalidad combinado con una concepción de su función judicial y con una tradición interpretativa que venía de la época porfirista. Esta oposición del Poder Judicial lo llevaría a una confrontación con el Ejecutivo y ello conduciría a reformas constitucionales que le restarían independencia a la Suprema Corte frente al Ejecutivo.[13] La historia de los derechos sociales en México, la historia de su suerte luego de ser reconocidos por la Constitución, debería dar cuenta también del papel que tuvieron tanto el Poder Judicial como los tribunales administrativos (laborales y agrarios).[14] Esta historia ha sido estudiada solo parcialmente y todavía mucho se desconoce de ella.

A partir de estos ejemplos podríamos comprender cuán lejos estaban algunos de nuestros juristas, incluidos los promotores de los derechos sociales, de

[12] Timothy M. James, *Mexico´s Supreme Court. Between Liberal Individual and Revolutionary Social Rights, 1867-1934*, University of New Mexico Press, Albuquerque, 2013.

[13] *Ibidem*, pp. 102-104.

[14] Por referir a uno de los trabajos aislados sobre este tema, Lucio Cabrera y Acevedo menciona: "El papel de la Suprema Corte a veces fue conservador, como en el problema laboral. Privó a la Juntas de Conciliación y Arbitraje del carácter de tribunales y les dio una naturaleza administrativa, no coercitiva. En un caso en Puebla amparó a los industriales contra la ley del salario mínimo. Por el contrario, se mostró partidaria de la reforma agraria y siempre negó la suspensión de los actos reclamados por restitución y dotación de tierras, en los que no exigió indemnización previa conforme a la ley de 6 de enero de 1915. En casos de expropiación por razones de utilidad sí exigió una indemnización simultánea", en Lucio Cabrera y Acevedo, "La Suprema Corte de Justicia durante los años constitucionalistas 1917-1920", 1995, p. 20, consultado en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/751/3.pdf

considerarlos genuinos derechos. El mero reconocimiento que hiciera el Constituyente en 1917 no podía servir por sí solo para que estos derechos tuvieran una adecuada protección y se concretizaran jurídicamente como derechos justiciables, su suerte dependió de múltiples factores. La doctrina internacional en aquella época tampoco fue de mucha ayuda.[15] Por ejemplo, Léon Duguit, uno de quienes más contribuyeron y teorizaron sobre el Estado social y la importancia de los servicios sociales, rechazaba la idea de derechos subjetivos y, por ende, no daba especial relevancia a la idea de los derechos sociales porque los consideraba una abstracción sin realidad. La organización del Estado que él proponía se daba sin derechos sociales.[16]

México no fue un ejemplo ni vanguardia en la confección de un modelo de Estado social o de bienestar, pero durante dos sexenios (el de Cárdenas y el de López Mateos) se sentaron algunas de las bases más importantes de nuestro modelo social. El punto culminante de ampliación del modelo social, como sostiene Brachet-Márquez, fue la década de 1970 donde se logró tener, históricamente hablando, los índices más bajos de pobreza.[17] A partir de ahí el rumbo de la economía cambiaría. Se impondría un nuevo modelo económico, el neoliberal, bajo los dictados pactados en Washington. El llamado *consenso de Washington* consistiría en una serie de recetas económicas basadas en la reducción del gasto público y en la privatización de los bienes propiedad del Estado. Bajo esta nueva ideología económica el Estado de bienestar mexicano se comenzaría a desmantelar; casi todo quedaría privatizado, el gasto social se redujo de manera constante y la calidad de los servicios disminuyó notoriamente. Los

[15] Para una explicación general sobre la doctrina social y los derechos sociales en la primera mitad del siglo XX puede verse este trabajo de Gregorio Peces-Barba, *Derechos sociales y positivismo jurídico. (Escritos de Filosofía Jurídica y política)*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas" 11, Dykinson, Madrid, 1999, en donde analiza de manera breve las ideas de Georges Gurvitch, Harold Laski, Fernando de los Ríos y Herman Heller. También puede consultarse *Facticidad y validez* de Jürgen Habermas (Trotta, Madrid, 1998), especialmente el capítulo IX, sobre lo que considera un cambio paradigmático del derecho, donde analiza el pensamiento de algunos autores alemanes y su idea de los nuevos derechos sociales.

[16] G. Peces-Barba, *Derechos sociales y positivismo…, op. cit.*, pp. 49-50.

[17] V. Brachet-Márquez, "El Estado benefactor mexicano…", art. cit., pp. 256-262.

arreglos corporativos se volvieron un grave problema para la gestión de servicios públicos, particularmente los de salud y educación, sin que el régimen haya renunciado a seguir ejerciendo tales controles cooptando y corrompiendo a las dirigencias sindicales, pero ya sin poder ofrecer mucho a las bases sindicalizadas.

El neoliberalismo no podía legitimarse solamente con la promesa de que, con ese modelo, se garantizaría el crecimiento económico y se generaría una derrama de recursos hacia los menos favorecidos. El Estado tuvo que asumir cierta responsabilidad por los más pobres; y bajo los dictados generales del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, ideó políticas focalizadas de atención a la pobreza. Si bien el nuevo modelo de desarrollo generó riqueza e inversión como lo había prometido, lo hizo a costa de abaratar la mano de obra, de la eliminación de todo lo que consideró "desventajas competitivas", dando paso a la creación de empleos precarios con pocas o nulas prestaciones laborales, favoreciendo figuras como el *outsourcing*, redefiniendo los esquemas de pensiones, y toda una serie de medidas que precarizaron el trabajo. Tener trabajo en esta época ya no es una forma de salir de la pobreza. A la vez se ofrecieron tratamientos fiscales especiales a los inversores extranjeros y a los mismos empresarios nacionales. La promesa de la derrama de recursos hacia abajo nunca llegó y, peor aún, los niveles de desigualdad y pobreza aumentaron al grado que los programas focalizados de combate a la pobreza fueron incapaces de contener el constante aumento de pobres y de sectores vulnerables.[18]

[18] Véase Julio Boltvinik, "Políticas focalizadas de combate a la pobreza en México. El Progresa/ Oportunidades", en Boltvinik, Julio y Damián, Araceli (coords.), *La pobreza en México y el mundo, realidades y desafíos*, Siglo XXI-Gobierno de Tamaulipas, México, 2004, pp. 315-347. Estudios como los de Thomas Piketty han mostrado las dimensiones insostenibles de la acumulación de riqueza a nivel global producto de las políticas neoliberales. El 1% de los más ricos a nivel mundial posee alrededor del 50% de la riqueza mundial, mientras que el 50% de la población mundial más pobre posee menos del 5% de la riqueza total. El milésimo superior de los más ricos, el 0.1%, posee casi el 20% de la riqueza mundial (véase Thomas Piketty, *El Capital en el siglo XXI*, FCE, México, 2015, p. 482). En México el 46.2% de la población vive en niveles de pobreza, mientras que otro 34.8% vive en situación de vulnerabilidad por carencias sociales o de ingresos, sólo el 20.5% es población no vulnerable o pobre (Coneval 2014. Consultable en http://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/AE_po-

Durante la etapa neoliberal, la legitimidad del sistema político ya no podía provenir de la reforma social y de expandir servicios sociales, tampoco podía llegar de la prometida derrama económica. El Estado fue incapaz de impulsar políticas redistributivas. A pesar de que nuestro sistema era profundamente antidemocrático y que la apertura representaba un peligro latente para los grupos poderosos y la clase política, el sistema tuvo que ceder ante la presión social y de algunos partidos políticos. Al principio parecía que conceder algunas victorias a la oposición podría ser una válvula de escape, pero los riesgos se hicieron latentes y el sistema tuvo que recurrir muy pronto al fraude electoral y prácticas antidemocráticas, primero en las elecciones presidenciales de 1988 y más adelante, con mucha probabilidad en las de 2006. Las coaliciones que han llegado a formar la izquierda mexicana son vistas como un problema serio para los grupos poderosos, un "peligro para México". La legitimidad política por la vía democrática no ha sido lo que se esperaba.[19] México es una de las democracias más caras del mundo sencillamente porque tanto los actores políticos como los grupos de poder no cumplen con las reglas y los principios del juego democrático, los mismos organismos electorales están lejos de cumplir las expectativas democráticas.

Al desencanto democrático electoral habrá que añadir que la alternancia política que hemos tenido no ha logrado ofrecer alternativas redistributivas. Los partidos

breza_2014.aspx). Según cifras de Oxfam (2014) lo que posee el 1% de los más ricos en México (alrededor de 120 mil personas) equivale al 21% de los ingresos totales, mientras el *Global Wealth Report* afirma que el 10% de los más ricos acapara el 64.4% de la riqueza nacional, consúltese en: http://ep00.epimg.net/descargables/2015/06/24/c6dfc9ebc65b6f3bcadeed3cf3dd8d4f.pdf

[19] Tanto mediciones sobre la confianza en los órganos electorales, como sobre la aprobación de los gobiernos muestran un problema serio de legitimidad. Por ejemplo, en mayo de 2017 la aprobación del Presidente fue de un 19% y el rechazo del 76%, lo que ya significaba una ligera mejoría respecto de las mediciones de enero de este mismo año (véase: http://eleconomista.com.mx/sociedad/2017/05/21/mejora-aprobacion-epn-sigue-minimos, última consulta 24 de julio de 2017). Por su parte, Luis Carlos Ugalde sostenía que "más competencia tampoco ha significado más satisfacción con la democracia. Según Latinobarómetro, ésta disminuyó de 41% en 2006 a 19% en 2015 de mexicanos que se sentían satisfechos con su funcionamiento. Lo mismo ha sucedido con la confianza en las instituciones políticas. Entre 2006 y 2015 los partidos políticos disminuyeron la confianza de 30% a 16%; la policía de 31% a 24%; la del gobierno aumentó hasta 2006, cuando alcanzó un máximo de 47% de confianza para después desplomarse a 21% en 2015", en Luis Carlos Ugalde, "La democracia estancada (México 2006-2016)", en *Nexos*, 1 de agosto de 2016. Puede consultarse en: http://www.nexos.com.mx/?p=29026

terminan adoptando casi las mismas políticas económicas y de atención a la pobreza, no hay proyectos sociales alternativos y se sigue pensando que en algún momento, cuando se logre crecer más, habrá mejores condiciones para que el gasto social aumente. Dejo de lado otros problemas que carcomen nuestro sistema como la corrupción, impunidad, la violencia e inseguridad, que están relacionados de muchas maneras con el tema que nos ocupa, pero que aquí no podría abordar.[20]

La historia de lo que han sido los derechos sociales durante estos cien años nos permite advertir que los avances que se tuvieron en materia social se hicieron a costa de consolidar y servir a un régimen presidencialista, autoritario, patrimonialista y clientelar, más adelante tales avances serían revertidos por el modelo económico neoliberal. Al colapso del régimen político que se había legitimado a través de reformas sociales, la retórica de los derechos sociales no se pudo mantener por mucho tiempo; todavía al inicio de los regímenes neoliberales se constitucionalizaron algunos derechos sociales como el de la vivienda (1982) y la salud (1984), y más adelante, en el 2001, producto del reconocimiento de derechos indígenas (que a su vez fue producto del levantamiento zapatista en Chiapas en 1994), se incluyó en el artículo 2o. constitucional un apartado B que contempla derechos sociales.

Lo anterior nos habla de una vigencia y eficacia de los "derechos sociales" dentro de una comprensión política en la que nunca fueron considerados y tratados como genuinos derechos (subjetivos), esto es, estaban lejos de ser pretensiones que los individuos o grupos podían exigirle al gobierno. Las conquistas sociales no se hicieron en términos de derechos (aunque sí se usó la idea de forma retórica), sino que fueron vistos como logros de los gobiernos y transformados

[20] Véase, Daniel Vázquez (coord.), *Los derechos humanos y la corrupción en México. Análisis de las tendencias en las entidades federativas entre el 2000 y 2014. Síntesis Ejecutiva 2017,* CNDH-UNAM, México, 2017.

en privilegios de algunos grupos o en dádivas discrecionales.[21] El modelo de Estado social dentro del que nuestro país se inscribió fue el corporativista donde los derechos iban anexos a la clase o al estatus (trabajador, campesino, empresario), no fueron derechos universales que se extendieran a todos los ciudadanos, pues se trataba de "derechos" sujetos a negociaciones políticas y sectoriales, con lo cual muchas personas y grupos quedaron excluidos de los beneficios por no pertenecer a los sectores favorecidos con poder de negociación.[22] Los derechos sociales se convirtieron en derechos que operaban discrecionalmente las administraciones. En el caso de México, los derechos proclamados en la Constitución se convirtieron en *dádivas* o beneficios que los funcionarios gestionaban de modo también discrecional y sin ningún medio por el cual el ciudadano pudiera exigir su cumplimiento, no había obligaciones sino facultades.[23]

Socialmente hablando, si bien la situación actual es mejor a la que teníamos hace cien años, no es una que nos permita muchas celebraciones. Tenemos preocupaciones similares a las de los hombres y mujeres de aquellas épocas: cómo mejorar las condiciones de vida de millones de mexicanos, cómo consolidar un gobierno democrático, cómo conseguir una sociedad más justa, cómo conseguir crecimiento económico, cómo proteger los derechos humanos, incluso –algo que nos debería hacer reflexionar profundamente sobre nuestros fracasos– cómo pacificar al país. Tenemos que aprender de cien años de errores y de algunos aciertos que tenemos que revalorar. Hoy por hoy tenemos una nueva concepción de los derechos humanos y de los derechos sociales, que suponemos superior a la que se tuvo entonces. Hemos fortalecido, podría decirse así, una visión liberal de los derechos sociales y, a su vez, hemos transformado la visión liberal clásica

[21] Veremos más adelante cómo en los países escandinavos donde se logró construir Estados sociales fuertes, la retórica de los derechos sociales estuvo casi ausente.

[22] Gøsta Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Polity Press, Cambridge, 1995, p. 27.

[23] Antonio Azuela, "El derecho a la ciudad y la transformación de las garantías constitucionales en México", en Perló Cohen, Manuel (coord.), *La modernización de las ciudades en México*, UNAM, México, 1990, pp. 412-414.

en una concepción liberal-igualitaria.[24] Tenemos además las experiencias de muchos países que están haciendo aportes importantes en el tema de la justiciabilidad de los derechos sociales como Colombia, Brasil, Argentina, Sudáfrica, la India, entre otros. Veamos enseguida en qué consiste este nuevo escenario.

3. Nuevo punto de partida

El tema de los derechos sociales está más vivo que nunca. Si uno repasa lo que se ha escrito en los últimos quince años es sorprendente. A fines del siglo XX buena parte de los trabajos sobre derechos sociales, muchos de ellos de autores latinoamericanos, apuntaban a una defensa conceptual de los mismos y pugnaban por su justiciabilidad, ahora la justiciabilidad es un hecho que tenemos que estudiar y comprender. Ahora también tenemos que volver la mirada a la dimensión política de los derechos sociales y comprender su relación con la justiciabilidad. Las razones históricas de este cambio conceptual y de este movimiento, tanto académico como social, apenas comenzamos a descifrarlas. El cambio, sin duda, estuvo de la mano de una nueva concepción de los derechos humanos y del rol que comenzó a tener este discurso al nivel de ciertas instancias internacionales. Es sintomático que, en toda la literatura reciente sobre derechos sociales, México ya no figura como un referente, algunos pocos autores, si acaso, recuerdan que tuvimos la primera Constitución que reconoció derechos sociales. Son otros países los que ahora sirven de referencia y nos permiten aprender de sus experiencias innovadoras.

A partir de amplios acuerdos sobre los derechos sociales se han desarrollado prácticas y teorías, de las cuales tenemos que aprender.[25] Los derechos sociales se conciben como genuinos derechos que pueden ser justiciables, ya *no solo*

[24] Rodolfo Vázquez, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, UNAM-ITAM-México, 2015.

[25] Carlos Bernal Pulido, en el primer trabajo publicado en este volumen, analiza cuánto de convergencia existe y cuánto de divergencia, en torno a aspectos teóricos y prácticos de los derechos sociales.

como derechos programáticos o como meras aspiraciones. Esto está bien, pero sospecho que dejarlo ahí no nos ayudará mucho. Varios estudios que se han publicado en tiempos recientes sobre las decisiones judiciales y su impacto nos muestran cómo la justiciabilidad de los derechos sociales no resuelve por sí sola los problemas colectivos de protección y de dotación de servicios vinculados a la educación, salud, alimentación, agua, vivienda, vestido, seguridad social, trabajo, entre otros.

La historia ha mostrado que los avances sociales, la construcción del bienestar que logre extenderse a la mayor parte de la población, dependen de un conjunto de mecanismos y acciones colectivas de distinta índole: dependen de políticas económicas responsables, del crecimiento económico, de la creación de empleo, de buenos salarios, de políticas públicas bien diseñadas para atender problemas específicos, del financiamiento de servicios públicos que logren extenderlos a toda la población que no puede tener acceso a ellos por sus propios medios. No podemos renunciar a ver y entender la dimensión política que tienen los derechos sociales, ello sería un grave error, nuestro reto es que esta dimensión política no vuelva a utilizarse para apuntalar y legitimar gobiernos autoritarios.

La experiencia de algunos países que apostaron por la justiciabilidad de los derechos sociales nos muestra que también existe el peligro de individualizar al extremo su garantía y sabotear cualquier forma colectiva de protección (ya sea a través de cambios estructurales, de políticas públicas o de otras formas colectivas de acceso a la justicia). Hoy día sabemos que los derechos sociales son justiciables, ese ya no es el debate (no debería serlo), lo que tenemos que discutir son las formas que tenemos para hacerlos justiciables, los límites de la justiciabilidad, los mecanismos y recursos jurídicos con que contamos (o no contamos y deberíamos contar) y lo que podríamos hacer con ellos. Debemos discutir y analizar las experiencias, como ya dije, de muchos países que son un referente a nivel internacional (Colombia, Argentina, Brasil, Sudáfrica, India, Israel, Canadá, Reino Unido, entre otros), pero también visualizar, analizar y discutir nuestras propias experiencias, aunque sean pocas.

A nivel doctrinal y teórico, la conceptualización que hagamos de los derechos sociales tiene que ser capaz de presentarlos, por una parte, como derechos justiciables y, en consecuencia, abrir los canales procedimentales adecuados para garantizar el acceso a la justicia; por otra parte, ha de enfatizar su carácter normativo (obligatorio) y su carácter político dirigido al diseño de políticas públicas y económicas redistributivas, que permitan extender al mayor número posible de personas derechos como la educación, salud, alimentación, seguridad social, el empleo, salarios dignos (o en su caso recursos que aseguren una renta básica), agua potable y vivienda. A la justiciabilidad tenemos que concebirla como una parte o complemento de las garantías sociales de los derechos. La justiciabilidad tendría que lograr incidir en el diseño, acceso a la información, fiscalización, implementación y evaluación de programas y políticas públicas y económicas que deben tener un contenido y enfoque de derechos humanos, especialmente de derechos sociales. Esta visión holística de la justiciabilidad tendría que afinarse para no convertirse en un obstáculo de la implementación de políticas sociales y económicas.

El reto que tenemos quienes estamos interesados en los derechos sociales y en transformar nuestra sociedad es poder concebirlos como genuinos derechos justiciables y, a su vez, poderlos integrar en un proyecto social y democrático. El reto es también por la misma democracia y por los derechos humanos en general.

4. Algunas claves para repensar y garantizar los derechos sociales en México

Tomando en cuenta las precauciones que todo estudio jurídico (y social) comparado implica, y asumiendo que una doctrina o teoría jurídica suelen estar imbuidas dentro de una cultura, de instituciones, un contexto social y una historia particular, debemos mirar a las experiencias que se están produciendo en torno tanto a la protección de los derechos sociales, como a su comprensión conceptual, política e histórica.

Hay tres puntos clave en torno a los cuales, considero, tenemos que trabajar y pensar para construir una doctrina de los derechos sociales en México y desarrollar una manera comprehensiva de protegerlos. Me referiré a tres aspectos muy generales que habría que revalorar. El primero tiene que ver con rescatar la importancia de la dimensión política de los derechos sociales, atender a las medidas de carácter económico y a las políticas públicas como formas de protección de los derechos sociales. El segundo aspecto tiene que ver con las ideas con las que estamos pensando los derechos humanos, los derechos constitucionales y los derechos sociales, especialmente las ideas sobre cómo estamos pensando la indivisiblilidad e integralidad de los derechos humanos. El tercer aspecto tiene que ver con la justiciabilidad de los derechos sociales, las experiencias que existen, los logros que se han conseguido en algunos lugares y también los obstáculos que en otros lugares nos están impidiendo avanzar en su protección. Me ocuparé brevemente de estos tres aspectos o problemas no con la finalidad de explicarlos y agotarlos, sino para llamar la atención sobre la importancia de cada uno de ellos en relación a nuestro propio contexto y ayudar a construir un marco general para comprenderlos en una nueva etapa histórica.

a. La dimensión política de los derechos sociales

Hemos dicho ya que los derechos sociales tienen y han tenido, históricamente hablando, una dimensión política muy importante que fue menospreciada por la doctrina jurídica nacional. Dentro de las ciencias sociales es común la queja contra quienes promueven la justiciabilidad de los derechos sociales por minimizar o simplemente ignorar su dimensión política y colectiva. Hay varias formas de atender a esta dimensión política de los derechos sociales y varios grados en los que se relaciona con la crítica a la justiciabilidad.

La idea básica, como hemos visto, es entender que tanto la protección como la garantía de los derechos se procuran a través de la prestación de servicios

públicos (salud, educación, seguridad social, vivienda, etc.) y que son una cuestión colectiva, no individual. Muchos críticos de la justiciabilidad de los derechos sociales insisten en que la garantía de los derechos sociales se encuentra no solo en el ámbito legislativo sino además en el de las políticas públicas.[26]

Tratándose de derechos sociales, siguiendo a Fernado Atria, la situación relevante para asegurarlos o protegerlos es semejante a la quiebra de una empresa. Se trata de situaciones en contextos de escasez de recursos, donde el derecho de cada uno no puede estar determinado de una vez y para siempre a partir de un ejercicio conceptual o filosófico. Como en el caso de quiebra, lo que sea el derecho que cada acreedor pueda reclamar dependerá del colectivo de acreedores y de la cantidad de recursos disponibles, se tratará, nos dice, de un asunto político, colectivo y no individual.[27]

Existe una extensa literatura proveniente del ahora clásico trabajo de T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class,*[28] que relaciona el tema de los derechos sociales con el de la ciudadanía y con el Estado social (*Welfare State*).[29] Hartley

[26] J. Habermas, *op. cit.;* Conor Gearty y Virginia Mantouvalou, *Debating Social Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2010; Fernando Atria, *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma público*, LOM ediciones, Chile, 2014; Hartley Dean, *Social Rights and Human Welfare*, Routledge, Londres-Nueva York, 2015.

[27] Atria sostiene que "La dimensión central no es qué prestaciones son aquellas a las cuales los ciudadanos tienen derechos, sino cómo las prestaciones disponibles, dadas la condiciones materiales, han de distribuirse (...) tratar a la salud como un derecho social no implica que cada uno tenga derecho a todas las prestaciones de salud que desee. Lo que quiere decir es que las prestaciones de salud no han de distribuirse entre todos según lo que cada uno pueda dar a cambio, sino según un criterio cuya aplicación sea consistente con el reconocimiento del mismo derecho para todos (...) Que el criterio descanse en el igual derecho de todos no implica, por supuesto, que se debe dar a todos lo mismo. Normalmente exigirá la fijación de criterios de acceso que, mirando a la necesidad de atención médica, distribuya entre todos el total de prestaciones escasas (...)", en F. Atria, *Derechos sociales y educación, op. cit*., pp. 65-66. Yo estoy casi de acuerdo con Atria, mi problema es que no veo que esto sea incompatible con las discusiones conceptuales; lo que ofrecen el mercado o los servicios públicos no es algo totalmente dado de antemano, sino algo que puede construirse o producirse socialmente y que, por ende, puede guiarse no solo por leyes de mercado, sino por ideas normativas sobre el contenido de los derechos. Los criterios de relevancia e importancia a los que él refiere son, precisamente, tema y motivo de las discusiones conceptuales en torno al contenido de los derechos.

[28] Thomas H. Marshall y Tom Bottomore, *Citizenship and Social Class,* Pluto Press, Londres (1950) 1992.

[29] Desde luego esta línea no es la única. Como sostienen Kotkas y Veitch, Habermas y varios de sus seguidores como Teubner, Preuss y Wiethölter, se han separado de la explicación de Marshall, y han sostenido

Dean ha defendido una teoría post-marshalliana de los derechos sociales; siguiendo algunas ideas de Amartya Sen, concibe a los derechos sociales como articulaciones de las necesidades humanas que satisfacemos principalmente a través de formas de negociación política. El discurso de los derechos humanos, y particularmente el de los derechos sociales, es una invención social para reconocernos entre los seres humanos nuestras mutuas necesidades.[30] El lugar central de los derechos sociales está en las políticas públicas que son diseñadas o enmarcadas de manera amplia por la legislación la cual es articulada, a su vez, por estas políticas. Su carácter negociado está vinculado a su carácter histórico y, por tanto, a la variedad de formas en que pueden protegerse. Dean analiza cuatro modelos (heurístico-conceptuales) en que pueden configurarse los derechos sociales: *a)* el liberal-individualista, *b)* el autoritario-moral, *c)* el conservador, y *d)* el social-demócrata. Esta idea es muy parecida a la conocida clasificación de tres Estados capitalistas de bienestar que hiciera Gøsta Esping-Andersen: el liberal, el conservador y el social-demócrata,[31] a los que más

---

que los derechos sociales fueron una de las causas de la crisis del Estado social, pues, en tanto derechos distributivos no solo establecieron una serie de restricciones a las políticas económicas en tiempos de recesión económica, sino que causaron pasividad en la iniciativa individual; llevaron además a la juridificación de la esfera social y al incremento del poder de la administración pública ha hecho notar la insignificancia del discurso sobre los derechos sociales en países como Finlandia y Suecia, donde ha existido un Estado social fuerte con prestaciones universales en educación, salud, seguridad social, etcétera. Véase Thomas Kotkas y Veitch Kenneth (eds.), *Social Rights in the Welfare State. Origins and Transformations*, Routledge, Abingdon, 2017, pp. 15-34. La construcción del Estado social en estos países se hizo bajo la idea de lograr la satisfacción del bienestar de todos los segmentos de la sociedad de una manera igualitaria. Algo similar ocurriría en Finlandia, véase Malcolm Langford, César Rodríguez-Garavito y Julieta Rossi, (eds.), *Social Rights Judgments and the Politics of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017. Es importante advertir que cuatro de los países de mayor desarrollo y más igualitarios, si sumamos a Dinamarca, donde el tipo de Estado social es considerado de los más fuertes, se ha prescindido al menos de un lenguaje sobre derechos sociales y de la justiciabilidad de estos derechos, el discurso que movió a estas sociedades a implementar servicios universales y limitar la función del mercado en áreas como la educación, la salud, la seguridad social, fueron ideas vinculadas con la justicia social. En otro trabajo abordo algunos de los problemas que se perciben todavía sobre la separación entre las teorías de la justicia y el discurso de los derechos sociales. véase, Juan Antonio Cruz Parcero, "Derechos sociales y teorías de la justicia: reflexiones en torno a una difícil relación", en Aragón Rivera, Alvaro, González Placencia, Luis y Hernández, Mario Alferdo (coords.), *Los derechos sociales desde una perspectiva filosófica*, Tirant lo Blanch, México, 2017, pp. 25-40.

[30] H. Dean, *Social Rights and Human Welfare, op. cit.,* p. 147.

[31] Gøsta Esping-Andresen, *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Editorial Ariel, Barcelona, 2000, pp. 119-120.

adelante agregaría otros tres modelos: el de las antípodas, el del mediterráneo y el de Japón.[32]

La variedad de formas en que pueden atenderse las necesidades sociales nos lleva a comprender que, en los modelos capitalistas de bienestar social que se han desarrollado, intervienen y se combinan distintos proveedores de servicios y no solamente el Estado. La privatización de servicios *(re-comodification)* es característica de lo que Dean ha descrito como "pluralismo del bienestar" (*Welfare Pluralism*). Esta idea supone que si bien el Estado es el principal proveedor de

[32] El modelo liberal comprende típicamente a países anglosajones como Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda, Australia, se caracteriza por tres rasgos: *a)* un énfasis en la selectividad o focalización, en contemplar modestos niveles de provisión universal de recursos y modestos planes de seguridad social, *b)* es residual en el sentido de que tiene una concepción restringida de qué riesgos son considerados "sociales", ante fallos del mercado contemplan lo que consideran "riesgos inaceptables" (ayudas médicas a niños pobres, ancianos, etc.), y *c)* el Estado promueve de manera activa el mercado, incluso subsidiando esquemas privados de bienestar a través de desgravaciones fiscales. El modelo liberal es insensible a los efectos de la mercantilización *(commodification)* de los bienes y servicios públicos.

El modelo socialdemócrata es el adoptado por países nórdicos como Dinamarca, Noruega, Suecia, Finlandia, producto del advenimiento de partidos socialdemócratas. Se caracteriza por la adopción de políticas de cobertura universal (salud, educación, pensiones a adultos mayores, etc.) y de riesgo global, con subsidios generosos. Se distingue por su activo esfuerzo por desmercantilizar *(de-commodification)* el bienestar, lo que implica un esfuerzo por obstaculizar los mercados de pensiones, servicios asistenciales, educativos, etcétera.

El modelo conservador comprende a países europeos continentales como Alemania, Austria, Francia, Bélgica e Italia. La esencia de este modelo radica en su mezcla de segmentación de estatus y familiarismo. Originalmente sus objetivos no tuvieron que ver con el igualitarismo, como fue el caso del modelo socialdemócrata, sino con el autoritarismo y estatalismo. Tiene fuertes rasgos corporativistas donde los funcionarios públicos suelen tener mejores condiciones y servicios. Los planes de salud, asistencia y pensiones suelen estar, en distintos grados, segmentados y raro es que haya servicios unificados. La participación del mercado es marginal. El familiarismo es la protección social sesgada en favor del varón cabeza de familia, los apoyos a otros tipos de familias no tradicionales, especialmente a madres solteras, es residual.

Esping-Andersen incluye tres modelos más, además de los anteriores que son los principales. El modelo de las antípodas o Estado de bienestar de los asalariados, donde reclasifica a Australia y a Nueva Zelanda, a pesar de presentar los rasgos principales del modelo liberal, el mercado de trabajo ahí es productor de bienestar. Todos los planes se basan en la prueba de ingresos y los subsidios toman en cuenta las necesidades. Es un modelo basado en derechos lo cual lo acerca al modelo socialdemócrata. El modelo mediterráneo, donde se tiene a Italia como ejemplo, los subsidios sociales tienen un uso político clientelar. El último modelo que considera es el de Asia Oriental o el modelo de Japón, donde incluye además a Corea y Taiwán, se trata de un modelo híbrido que combina rasgos de los otros modelos. Su Estado de bienestar combina el carácter residual propio del liberal, con rasgos autoritarios del modelo conservador y con la segmentación de la seguridad social. Los subsidios son modestos. El bienestar laboral proporcionado por las empresas es muy importante, pero también es fuente de desigualdad. *Ibidem*, pp. 102-127.

bienes y servicios, su retirada ha dado pie a que otros sectores intervengan de manera más significativa. Además del sector público, se habla de los sectores informal, voluntario y comercial. El sector informal se refiere a las formas cotidianas, comunitarias y familiares de organización social que logran brindar apoyo a las personas cubriendo cierto tipo de necesidades. El cuidado de los niños, de los adultos mayores, ciertas formas de apoyo financiero, formas de colaboración vecinal: son algunas formas en que se cubren ciertas necesidades. El sector voluntario o llamado en ocasiones el tercer sector (en contraste con el público y el privado), comprende una serie muy diversa de formas en que históricamente se ha organizado la sociedad para brindar servicios de educación, salud, asistencia social, entre otros.[33] El sector comercial consiste en organizaciones que venden servicios sociales como mercancías. Difiere de los otros sectores al buscar ganancia a través de competitividad. Puede participar en el mercado de pensiones, servicios de empleo, seguros de desempleo y salud, salud, educación, vivienda, etc. En este modelo, los derechos sociales se desdibujan en derechos del consumidor y otros derechos civiles.[34]

La garantía de los derechos sociales, como vemos, ha dependido de modelos político-económicos que organizan al Estado, el mercado, la familia, las organizaciones sociales, políticas, laborales; organizan la solidaridad social y fijan las responsabilidades de los distintos actores o agentes. Es aquí, en un nivel estructural y de políticas públicas, donde se establecen los principales mecanismos de garantía de los derechos sociales. Pero llamar la atención sobre la importancia de esto, no tiene porqué conducirnos a menospreciar el papel de las formas jurídicas específicas de garantía de los derechos sociales. Lo importante es visualizar los ámbitos o espacios en donde operan las políticas públicas (u otro

[33] La importancia de este sector en la historia de México hasta la mitad del siglo XX puede verse en el libro de Moramay López Alonso donde destina un par de capítulos a las instituciones de asistencia social y de caridad. Véase Moramay López Alonso, *Estar a la altura. Una historia de los niveles de vida en México, 1850-1950*, FCE, México, 2015.

[34] H. Dean, *op. cit.,* pp. 14-15.

tipo de servicios que ofrecen otros sectores), los espacios donde se implementan políticas estructurales que modifican los rasgos del modelo en que cada sociedad se inserta, y las formas específicas en que se diseñan los mecanismos de justiciabilidad y la función que cumplen en este entramado.[35]

b. Los derechos humanos y su carácter integral y relacional

Desde hace tiempo se ha enfatizado, tanto por la doctrina como por organismos internacionales, que las clasificaciones sobre los derechos humanos (particularmente aquella que divide a los derechos en civiles y políticos por un lado, y económicos, sociales y culturales por otro), suelen resultar engañosas y enmascarar formas ideológicas de conservadurismo. Frente a estas posturas se han afirmado la *indivisibilidad* e *interdependencia* de los derechos humanos.[36] En el ámbito de la protección de los derechos sociales se ha mostrado que derechos como la educación, la salud, la vivienda, la alimentación, entre otros, pueden ser protegidos a través de hacer valer derechos civiles y políticos como el derecho a no ser discriminado, el derecho a no ser afectado sin un mandamiento legal previo (principio de legalidad), el derecho de audiencia y consulta previa, el derecho de integridad, el derecho de propiedad, entre muchos otros.

En un excelente trabajo muy conocido en nuestro medio, Víctor Abramovich y Christian Courtis daban cuenta ya de la estrecha relación entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales.[37] Señalaban cómo algunas violaciones

[35] He desarrollado esta idea de modo más amplio en Juan Antonio Cruz Parcero, "Los derechos sociales y sus garantías: Un esquema para repensar la justiciabilidad", en Espinoza de los Monteros, Javier y Ordoñez, Jorge (coords.), *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, Tirant lo Blanch, México, 2013, pp. 61-89.

[36] La Declaración y Programa de Acción de Viena (1993) estableció: "5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales".

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

a derechos sociales se podían traducir en violaciones a derechos civiles y políticos: "el derecho a la vida y el derecho a la salud, o el derecho de propiedad y el derecho a la vivienda, el derecho de asociación y los derechos sindicales, la libertad de expresión, el derecho a la manifestación y el derecho de huelga, etc. Se han planteado también conexiones entre el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la intimidad, y entre este y derechos culturales (…)".[38]

Pero la idea de indivisibilidad e interdependencia puede consistir en algo más que relaciones de contenido entre distintos derechos. Algunos internacionalistas han insistido por ejemplo en la que llaman "lectura relacionada" de tratados de derechos humanos. Esta idea supone que existen relaciones de contenido, pero además que la interpretación de los derechos sociales, y en general de los derechos humanos, debe hacerse de forma integral y coherente, relacionando entre sí los diversos tratados.[39]

Otra forma de concebir la indivisibilidad e interdependencia de los derechos es utilizando nuevas categorías que nos permitan pensarlos a partir de problemas. Un buen ejemplo de esto es el llamado *derecho a la ciudad*. El derecho a la ciudad, más que un nuevo derecho, es una nueva forma de pensar las relaciones entre derechos, y entender que no se puede proceder de manera individual protegiendo derechos sin pensar en cómo se relacionan con otros derechos y otros intereses colectivos importantes. Para Henri Lefebvre, quien fue pionero en conceptualizar este derecho en su *Le Droit à la ville* (1968), este derecho se manifiesta como una forma superior de los derechos, pues permite visualizar su dimensión

[38] *Ibidem*, pp. 200-201.

[39] Véase por ejemplo, Ida Elisabeth Koch, *Human Rights as Indivisible Rights. The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009. En este trabajo se muestra cómo la Corte Europea de Derechos Humanos ha logrado decidir en temas de salud, vivienda, educación, beneficios sociales y derechos laborales (a pesar de que, en principio, no entran en su competencia de conformidad con la Convención Europea de Derechos Humanos) a través de una interpretación integral de los derechos humanos.

política y colectiva y entender su individualización dentro de un espacio de relaciones sociales[40] Este ejemplo nos muestra también la posibilidad de incorporar la dimensión política de la que hemos hablado (entender los derechos y sus límites en términos de cooperación social, por ejemplo), al momento de conceptualizar y pensar en los derechos. El derecho a la ciudad incluye, según Jordi Borja, un conjunto de derechos específicamente "urbanos", como el derechos de vivienda, al espacio público, al medio ambiente, al equipamiento de igual calidad, movilidad, visibilidad, integración en el tejido urbano, a residir en un lugar y no ser desalojado, a la identidad cultural, al empleo, a la formación continua, a una renta básica o un salario ciudadano, a participar en el diseño de políticas públicas, a participar políticamente en condiciones de igualdad, etcétera.[41]

Este caso del derecho a la ciudad lo utilizo solo como ejemplo de cómo la indivisibilidad e integralidad de los derechos, junto a revalorar su dimensión política o colectiva, nos está llevando a nuevas formas de pensarlos, reclamarlos y protegerlos. Es importante prestar atención a este aspecto, y en cierta forma es imperioso, dado que ya existen repercusiones a nivel legislativo como en el caso de la nueva Constitución de la Ciudad de México que reconoce tanto una dimensión social del ejercicio de los derechos humanos en general (art. 4o fracción 2),[42] como un derecho colectivo a la ciudad (art. 12).[43]

---

[40] Citado por Alicia Ziccardi, "Las nuevas políticas urbanas y el derecho a la ciudad", Documento de trabajo, 2017, p. 6.

[41] Jordi Borja, "El fin de la anticiudad posmodernista y el derecho a la ciudad en las regiones metropolitanas", en Belil, Mireia, Borja, Jordi y Marcelo Corti (eds.), *Ciudades, una ecuación imposible*, Icaria editorial-Fundació Fòrum Universal de les Cultures, Barcelona, 2011, p. 16.

[42] Constitución Política de la Ciudad de México: "Art. 4. 2. Los derechos pueden ejercerse a título individual o colectivo, tienen una dimensión social y son de responsabilidad común." (febrero 2017).

[43] CPCC: "Art. 12. 1. La Ciudad de México garantiza el derecho a la ciudad que consiste en el uso y el usufructo pleno y equitativo de la ciudad, fundado en principios de justicia social, democracia, participación, igualdad, sustentabilidad, de respeto a la diversidad cultural, a la naturaleza y al medio ambiente. 2. El derecho a la ciudad es un derecho colectivo que garantiza el ejercicio pleno de los derechos humanos, la función social de la ciudad, su gestión democrática y asegura la justicia territorial, la inclusión social y la distribución equitativa de bienes públicos con la participación de la ciudadanía."

En otro trabajo he insistido en que las reformas constitucionales que se están produciendo, como la del 2011 en materia de derechos humanos en la Constitución federal, nos obligan a tomarnos en serio los cambios conceptuales que se introdujeron y a reelaborar nuestra doctrina constitucional en función de ellos.[44] A los derechos sociales, tenemos que reconceptualizarlos también en conjunto con los derechos humanos y los derechos constitucionales.

c. La justiciabilidad

Es un hecho que los derechos sociales son justiciables. Nuestro debate por ende ya no puede consistir en refutarlo. Un estudio de hace una década, coordinado por Malcolm Langford,[45] refería estar estudiando una muestra de los casos más relevantes (entre cerca de 2000 casos) de 29 jurisdicciones tanto nacionales, como internacionales. Países especialmente relevantes en este estudio fueron Sudáfrica, India, Bangladesh, Nepal, Pakistán, Siri Lanka, Colombia, Argentina, Brasil, Venezuela, Canadá, Estados Unidos, Francia, Hungría, Reino Unido e Irlanda.[46] Los estudios sobre las experiencias en torno a la justiciabilidad de los derechos sociales son ahora tan comunes que cuesta trabajo ponerse al día en este tema. En México, sin embargo, como hemos mencionado, no hemos abordado aún la cuestión con la importancia que se merece. Estamos entrando tarde al tema y nuestro sistema judicial, más que precavido, ha sido demasiado conservador en este asunto. Nuestra última reforma en materia de amparo, por ejemplo, a pesar de flexibilizar un poco las posibilidades de acceso al recurso a través de la figura del interés legítimo, claramente, es todavía insuficiente para poder proteger de modo adecuado los derechos sociales.[47]

---

[44] Véase Juan Antonio Cruz Parcero, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017.

[45] Malcolm Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

[46] Malcolm Langford, "The Justiciability of Social Rights. From Practice to Theory", en Langford, Malcolm (ed.), *op. cit.,* p. 3.

[47] Véase por ejemplo en este mismo volumen el trabajo de Alejandro González Piña, "Los derechos sociales y su exigibilidad. Algunos problemas para su protección a través del Juicio de Amparo", pp. 443-481.

Para poder apreciar lo que ocurre en nuestro país y las posibilidades que tenemos para desarrollar y mejorar la capacidad de exigir derechos sociales, es importante conocer primero lo que estamos haciendo, por insuficiente que sea es importante saber *qué* y *cómo* se están protegiendo y garantizando los derechos sociales. También conocer y evidenciar las formas en que el Poder Judicial está evadiendo esta responsabilidad, esto es, conocer los casos –al menos los más significativos– donde se niega la protección de estos derechos. Conocer, en ambos casos, los argumentos que se utilizan ya sea para proteger o no proteger derechos sociales es importante. Conocer desde una perspectiva sociológica las causas por las que se protegen o no se protegen estos derechos también lo es. Muchos de los casos más relevantes son casos donde existen fuertes intereses económicos de empresas poderosas enfrentados con derechos de comunidades o pueblos indígenas. Las omisiones en proteger y garantizar los derechos sociales y otros derechos humanos de grupos vulnerables obedecen posiblemente a una actitud bastante cautelosa de Jueces y tribunales por no confrontar a dichos grupos de poder.[48] Quizá nuestro sistema judicial se encuentre más cercano a sistemas hostiles hacia la protección de derechos sociales, que de sistemas judiciales más protectores y creativos. Comprender las causas del comportamiento judicial es importante si queremos un sistema judicial más comprometido en la garantía de estos derechos.[49]

[48] Podría poner de ejemplo los casos de los amparos en revisión que llegaron a la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el tema de la autorización a Monsanto para comercializar la soya transgénica. Particularmente el estudio del amparo en revisión 499/2015, a mi parecer, nos muestra graves omisiones por parte de los juzgadores involucrados en el conocimiento de ese caso. Se omitió la protección de derechos básicos (tanto civiles como económicos y sociales), como la salud, integridad, la alimentación, la forma de subsistencia y de trabajo, a pesar de que en la misma sentencia se reconocen y acreditan por medios de prueba científicos que se producirán afectaciones a tales derechos por el uso de un herbicida utilizado precisamente en el cultivo de la soya transgénica de tal empresa. Recordemos que los Estados tienen obligaciones de proteger tales derechos cuando los particulares son quienes vulneran los derechos, en este caso además organismos del Estado estaban involucrados al haber autorizado la licencia de comercialización de la soya transgénica. El que en este caso se haya reconocido –de manera muy limitada a ciertos municipios de Campeche pero no a todos los afectados– que hubo una violación al derecho de consulta de los pueblos indígenas y en tal sentido se haya ordenado realizar la consulta es una victoria pírrica para quienes alegaban las violaciones de derechos humanos básicos (tanto civiles como sociales).

[49] No habría que simplificar las causas de cierto desapego u hostilidad del sistema judicial hacia la protección de derechos sociales, con ánimo de atribuir culpas; desde luego que la misma historia de cómo

Las formas en que los tribunales y Cortes están decidiendo sobre derechos sociales hay que tenerlas en cuenta. No solo respecto a si favorecen o no la protección de estos derechos, sino los recursos legales que han resultado más adecuados, el tipo de argumentación y justificación de las decisiones, el tipo de efectos de las sentencias y las repercusiones sociales, políticas y económicas de las mismas.[50] A varios especialistas les ha llamado mucho la atención la actuación de Cortes como la de Sudáfrica y la de Colombia, que en sus sentencias recurren con frecuencia a estudios muy complejos de precedentes a nivel internacional, cuando en muchos otros países se recurre –cuando esto se hace– a los precedentes de Cortes de países hegemónicos como los Estados Unidos.

Desde el punto de vista de los litigantes y las ONG, algunas de las preocupaciones se enfocan sobre la eficacia que pueden tener las resoluciones de los Jueces y tribunales en materia de derechos sociales. Como sostiene Langford, si para (algunos) filósofos y teóricos la preocupación es que el Poder Judicial tenga

---

hemos concebido doctrinalmente tales derechos y las formas en que operaron explican parte de esas causas. Langford ha señalado algunas causas generales que hay que considerar para comprender las actitudes y comportamientos de los diversos sistemas judiciales: *a)* el tipo de movimientos sociales y las ONG de derechos humanos que han transitado en algunos lugares más que en otros de la defensa de derechos civiles y políticos a la defensa de derechos sociales; *b)* el tipo de inacción y del fracaso de los Estados en proteger los derechos sociales por medio de políticas públicas, algunas de los sistemas judiciales más activos como el de Colombia, la India y Sudáfrica se debe a que se intenta llenar una claro vacío de los otros poderes por responder ante situaciones sociales urgentes; *c)* el tipo de cultura jurídica y el grado en que se protegen otros derechos humanos, existe una tendencia a que, donde el sistema es relativamente eficiente en la protección de otros derechos humanos (civiles y políticos), las condiciones para la protección de los derechos sociales se favorecen, y *d)* otra de las causas que se han señalado tienen que ver con la penetración –aceptación o rechazo– de la idea –de la cultura–, de los derechos humanos en una sociedad, comenzando por la actitud de sus autoridades ante las violaciones de estos derechos. La importancia de este factor cultural se pone de manifiesto con toda claridad en el caso de los Estados Unidos, donde una fuerte cultura individualista los ha hecho hostiles a los derechos sociales. (*Cfr*. M. Langford, "The Justiciability of Social Rights. From Practice to Theory", en M. Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence, op. cit.,* pp. 9-11).

[50] Desde luego, es fácil evidenciar en muchos casos los efectos positivos de la justiciabilidad, pero dependiendo de la óptica que se utilice y los criterios de análisis, algunos resultados podrían verse como adversos. Varios especialistas han mostrado preocupación por algunos resultados a largo plazo de la justiciabilidad, ya sea porque con ella se logra evadir el carácter político de los derechos sociales, como ya mencionamos, se desmoviliza a las organizaciones (*Cfr*. F. Atria, *op. cit*.) o se termina favoreciendo a clases medias y a grupos económicos poderosos y no a los más necesitados (véase el texto de Luiz Octavio Motta Ferraz en este volumen).

demasiado poder, para los litigantes en favor de estos derechos es que no tengan el suficiente. El exceso de poder y la falta de éste para hacer cumplir los derechos son la Escila y Caribdis por los que se tendrá que navegar.[51] Pero los problemas en torno a la eficacia de la vía judicial no se limitan al tema de los derechos sociales, los problemas son más amplios e incumben a todo tipo de derechos. La importancia del tema hace necesario que su estudio, comprensión y atención no se limiten a los juristas, sino que abarquen también a científicos sociales que investiguen los efectos, el impacto, los grados de cumplimiento, etcétera, de las decisiones judiciales.

El tema de la justiciabilidad es muy complejo y algunas veces los estudios críticos y empíricos no consideran algunos aspectos relevantes. Por un lado, los movimientos sociales, los litigantes y las ONG tienen diversos propósitos. El llamado litigio estratégico no tiene como objetivo primordial o único ganar un caso. Muchas veces su objetivo no consiste en ganar el caso o se tienen pocas esperanzas de lograrlo. Por otro lado, se sabe que en otras ocasiones ganar un caso judicial no implica resolver el conflicto: muchas resoluciones, aunque favorables, son ineficaces. El valor simbólico que tiene a veces una resolución judicial, aunque resulte ineficaz, es algo que no resulta fácil apreciar en los estudios empírico-estadísticos. Afortunadamente, en los últimos años se ha prestado mayor atención al tema desde perspectivas más amplias.[52]

5. Consideraciones finales

La historia nos muestra que es más un mito que una realidad que en nuestro país los derechos sociales se hayan tomado en serio. Todavía nos queda mucho

[51] M. Langford, "The Justiciability of Social Rights…", *op. cit.,* p. 37.

[52] Véanse por ejemplo, César Rodríguez-Garavito y Diana Rodríguez-Franco, *Radical Deprivation on Trial. The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in the Global South*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015; y Malcolm Langford, César Rodríguez-Garavito, y Julieta Rossi (eds.), *Social Rights Judgments and the Politics of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

En estos trabajos se analiza especialmente la situación de algunos países latinoamericanos como Brasil, Argentina y Colombia.

que investigar y revalorar sobre en qué consistieron los avances que hubo, a costa de qué se dieron y qué fue lo que impidió que se avanzara. Aquí hemos dado ya algunas pistas sobre esta reconstrucción que es necesario hacer. Hemos también advertido, aunque no lo hayamos podido argumentar con más detalle, que existe un contexto distinto que nos obliga a replantearnos nuestra concepción de los derechos sociales, y esta nueva realidad también nos lleva a mirar lo que está sucediendo en otros países, donde se están haciendo esfuerzos por ensayar formas de protección y reconceptualización de los derechos sociales. El tema de los derechos sociales no lo podemos soslayar más, y debería convertirse en un tema central de las reflexiones de juristas y de otros científicos sociales, que tendrán que dialogar para poder comprender el complejo fenómeno que involucran estos derechos y su protección.

Hemos intentado establecer algunos puntos que consideramos centrales para repensar a los derechos sociales, haciendo hincapié en la importancia de comprender y visualizar su dimensión política, pero sin menospreciar el papel de la justiciabilidad. La justiciabilidad es un hecho y de ahí debemos partir para comprender este nuevo momento histórico.

Referencias

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

ATRIA, Fernando, *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma público*, LOM ediciones, Chile, 2014.

AZUELA, Antonio, "El derecho a la ciudad y la transformación de las garantías constitucionales en México", en PERLÓ COHEN, Manuel (coord.), *La modernización de las ciudades en México*, UNAM, México, 1990, pp. 409-419.

BOLTVINIK, Julio, "Políticas focalizadas de combate a la pobreza en México. El Progresa/Oportunidades", en BOLTVINIK, Julio y DAMIÁN, Araceli (coords.), *La pobreza en México y el mundo, realidades y desafíos*, Siglo XXI-Gobierno de Tamaulipas, México, 2004, pp. 315-347.

BORJA, Jordi, "El fin de la anticiudad posmodernista y el derecho a la ciudad en las regiones metropolitanas", en BELIL, Mireia, BORJA, Jordi y Marcelo CORTI (eds.), *Ciudades, una ecuación imposible*, Icaria editorial y Fundació Fòrum Universal de les Cultures, Barcelona, 2011, pp. 279-320.

BRACHET-MÁRQUEZ, Viviane, "El Estado benefactor mexicano: nacimiento, auge y declive (1822-2002)", en BOLTVINIK, Julio y DAMIÁN, Araceli (coords.), *La pobreza en México y el mundo, realidades y desafíos*, Siglo XXI y Gobierno de Tamaulipas, México, 2004, pp. 240-272.

BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, Ediciones Botas, México, 1944.

CABRERA Y ACEVEDO, Lucio, "La Suprema Corte de Justicia durante los años constitucionalistas 1917-1920", 1995, consultado en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/751/3.pdf

COSSÍO, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, Fontamara, México, 1998.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón y SILVA-HERZOG MÁRQUEZ, Jesús (coords.), *Lecturas de la Constitución. El constitucionalismo mexicano frente a la Constitución de 1917*, Fondo de Cultura Económica, México, 2017.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayos para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007.

_____,"Los derechos sociales y sus garantías: Un esquema para repensar la justiciabilidad", en Espinoza de los Monteros, Javier y Ordoñez, Jorge (coords.), *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, Tirant lo Blanch, México, 2013, pp. 61-89.

_____, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017.

_____, "Derechos sociales y teorías de la justicia: reflexiones en torno a una difícil relación", en ARAGÓN RIVERA, Álvaro, GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis y HERNÁNDEZ, Mario Alfredo (coords.), *Los derechos sociales desde una perspectiva filosófica*, Tirant lo Blanch, México, 2017, pp. 25-40.

DEAN, Hartley, *Social Rights and Human Welfare*, Routledge, Londres-Nueva York, 2015.

DE LA CUEVA, Mario, "Lo social en la Constitución mexicana de 1917"*, Revista Mexicana del Trabajo*, núm. 1, Tomo XVI, 6a. época, enero-marzo, 1969, pp. 9-13.

DÍAZ Y DÍAZ, Martín, "La Constitución ambivalente. Notas para un análisis de sus polos de tensión", en *80 aniversario. Homenaje. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, UNAM/Senado de la República, LVI legislatura, México, 1997, pp. 59-85.

ESPING-ANDERSEN, Gøsta, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Polity Press, Cambridge, 1995.

_____, *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Editorial Ariel, Barcelona, 2000.

GEARTY, Conor y MANTOUVALOU, Virginia, *Debating Social Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2010.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998.

JAMES, Timothy M., *Mexico´s Supreme Court. Between Liberal Individual and Revolutionary Social Rights, 1867-1934*, University of New Mexico Press, Albuquerque, 2013.

KOCH, Ida Elisabeth, *Human Rights as Indivisible Rights. The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009.

KOTKAS, Thomas y KENNETH, Veitch (eds.), *Social Rights in the Welfare State. Origins and Transformations*, Routledge, Abingdon, 2017.

_____, "The short and insignificant history of social rights discourse in the Nordic welfare states", en Kotkas, Toomas y Kenneth, Veitch (eds.), *Social Rights in the Welfare State. Origins and Transformations*, Routledge, Abingdon, 2017, pp. 15-34.

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

LANGFORD, Malcolm, "The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory", en LANGFORD, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008. pp. 3-45.

LANGFORD, Malcolm, RODRÍGUEZ-GARAVITO, César y ROSSI, Julieta (eds.), *Social Rights Judgments and the Politics of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

LEFEBVRE, Henri *El derecho a la ciudad*, Península, Barcelona, (1968) 1978.

LIRA, Andrés, "Revolución, derechos sociales y positivismo jurídico en México, 1870-1920", en *IX Jornadas de Historia de Occidente. Revolución y contrarrevolución en México*, Centro de Estudios de la Revolución Mexicana Lázaro Cárdenas A.C., Michoacán, 1986, pp. 83-105.

LÓPEZ ALONSO, Moramay, *Estar a la altura. Una historia de los niveles de vida en México*, *1850-1950*, Fondo de Cultura Económica, México, 2015.

MARSHALL, Thomas H. y BOTTOMORE, Tom, *Citizenship and Social Class,* Pluto Press, Londres (1950) 1992. [Hay traducción al español: *Ciudadanía y clase social*, Losada, Buenos Aires, 2004].

PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos sociales y positivismo jurídico. (Escritos de Filosofía Jurídica y política)*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas" 11, Dykinson, Madrid, 1999.

PIKETTY, Thomas, *El Capital en el siglo XXI*, Fondo de Cultura Económica, México, 2015.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César y RODRÍGUEZ-FRANCO, Diana, *Radical Deprivation on Trial. The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in the Global South*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

SAYEG HELÚ, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano. La integración constitucional de México (1808-1988)*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991.

SILVA-HERZOG MÁRQUEZ, Jesús, "Mario de la Cueva y el Muralismo constitucional", en Cossío, José Ramón y Silva-Herzog Márquez, Jesús (cords.), *Lecturas de la Constitución. El constitucionalismo mexicano frente a la Constitución de 1917*, Fondo de Cultura Económica, México, 2017, pp. 173-199.

UGALDE, Luis Carlos, "La democracia estancada (México 2006-2016)", en *Nexos*, 1 de agosto de 2016. Puede consultarse en: http://www.nexos.com.mx/?p=29026

VÁZQUEZ, Daniel (coord.), *Los derechos humanos y la corrupción en México, Análisis de las tendencias en las entidades federativas entre el 2000 y 2014. Síntesis Ejecutiva 2017,* CNDH-UNAM, México, 2017.

VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, UNAM-ITAM, México, 2015.

ZICCARDI, Alicia, "Las nuevas políticas urbanas y el derecho a la ciudad", Documento de trabajo, próxima publicación, 2017.

UNA APROXIMACIÓN A LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES*

CONSTITUTIONAL SOCIAL RIGHTS A BASIC INTERPRETIVE APPROACH

Jeff King**

Resumen

En el marco de la discusión con respecto a la justiciabilidad de los derechos sociales, este artículo trata de argumentar por qué los derechos sociales deben ser justiciables y propone un marco de interpretación para los tribunales. Los derechos sociales tienen un contenido sustantivo, pero no deberían ser los tribunales los que lo determinen. Este artículo presenta un marco interpretativo para la adjudicación constitucional de derechos sociales. De acuerdo con este marco interpretativo, la función de los tribunales se centra en analizar los procesos de toma de decisiones por parte de las autoridades cuando se limitan o se niegan derechos sociales y no en las decisiones en si mismas.

Palabras clave: Derechos Sociales, Justiciabilidad, Deferencia judicial, Constitucional.

* Traducción de Carlos R. Herrera Martín.

** Profesor e investigador en Derecho en University College de Londres (UCL).

Abstract

This paper presents arguments in favour of constitutional adjudication of social rights and offers a basic interpretive approach. There is a substantive content to social human rights, but it is not ordinarily the role of the judge to define it. In this paper, I offer a justification of why it is not the role of the judges to define the content of social human rights and what is the proper role of the courts when adjudicating social rights. The courts should focus on the decision-making process more than on the decision itself.

Keywords: Social Rights, Judicial Review, Judicial deference, Constitutional adjudication.

1. Introducción

Este artículo es parte de un trabajo más amplio en el que se presenta un argumento del por qué los derechos sociales deberían incluirse en el texto constitucional y ser justiciables.[1] Este artículo se enfoca en construir un método de interpretación judicial aplicable a los derechos sociales constitucionales.

Cuando se habla en el derecho a la salud, la educación o la seguridad social, normalmente se piensa en un derecho a ciertos recursos. A menudo pensamos que existe un núcleo sustantivo de un derecho y que el trabajo de un Juez es definirlo y requerir que el Estado lo implemente. Si se adopta este punto de vista, uno esperaría que una teoría de la adjudicación de los derechos sociales no se enfocara exclusivamente en la deferencia judicial. También debe enfocarse en el contenido jurídico sustantivo del derecho y los intereses que protege.

Considero que existe un contenido sustantivo de los derechos sociales, en el sentido de que tenemos un derecho humano a un mínimo social y que, se puede

[1] Este artículo es una adaptación del capítulo 4 de la obra Jeff King, *Judging Social Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 97-118. Se traduce y publica con autorización del autor.

construir una imagen razonablemente clara de los recursos necesarios para alcanzar ese mínimo. Pero también estoy de acuerdo con que, por lo general, no debe ser el papel del Juez definir este mínimo social en todos sus aspectos ni siquiera establecer lo que constituye el pleno cumplimiento de la obligación del Estado en materia de derechos sociales. Parte de la finalidad de este artículo es explicar porqué es así y aclarar cómo el juzgar, en la adjudicación de derechos en general así como en la adjudicación de derechos sociales, se centra en la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados que en la práctica, invitan a los Jueces a evaluar el proceso de toma de decisiones respecto de determinados intereses. Sostengo que el papel principal del Juez en la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados es evaluar la aceptabilidad de las justificaciones presentadas para las interferencias o afectaciones de los intereses en cuestión. Este proceso, a mi juicio, genera una necesidad clara de desarrollar una teoría sobre la deferencia judicial. Así, en la sección 3 de este artículo, muestro por un lado el por qué es necesario desarrollar esta teoría usando casos relevantes para construir mi argumento y por el otro porqué algunas de las mejores teorías existentes para la adjudicación de derechos sociales constitucionales no reconocen adecuadamente esta necesidad.

2. Derechos sociales
Un enfoque interpretativo básico

Al examinar detenidamente la práctica de la revisión judicial de derechos, o de hecho cualquier tipo de revisión judicial, es claro que el papel de los tribunales suele consistir en la adjudicación de argumentos contradictorios sobre el cumplimiento de una norma jurídica abstracta que se preocupa más por la obligación del Estado que por el alcance del interés individual en obtener un remedio efectivo. En esta sección se aclara el papel del texto constitucional y de la interpretación judicial del texto, de manera que se destaca la imprecisión ineludible de las normas jurídicas que se aplican.

a. Estructura de los derechos: el alcance del interés y la naturaleza de la obligación

Es común en la práctica contemporánea de adjudicación de derechos, y en la adjudicación de derechos sociales, ver dos rasgos estructurales definidos de los derechos, típicamente incluidos en el propio texto. Esta estructura puede entenderse mejor con un ejemplo hipotético de una norma otorgando derechos sociales:

> El derecho a X
> 1. Toda persona tiene derecho a una X adecuada.
> 2. El Estado adoptará medidas razonables, dentro de los límites de recursos disponibles, para implementar el derecho a X.

En esta fórmula, X especifica la gama de intereses que constituyen el contenido sustantivo del interés o intereses individuales protegidos por el derecho y que sirven como objeto de la obligación del Estado que se establece en la segunda subsección. Por lo tanto, si X fuera 'salud', entonces significaría alguna combinación de las necesidades del individuo y una gama de servicios requeridos para satisfacer esas necesidades. Si X fuera 'seguridad social', entonces se referiría a beneficios dirigidos a satisfacer necesidades básicas de seguridad social. Y así sucesivamente con la educación, la vivienda y otros derechos sociales potenciales. Esta es la estructura más habitual de las disposiciones de derechos sociales constitucionales adoptadas recientemente, como las de Sudáfrica y Kenia.[2] Es una estructura basada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).[3] El Pacto establece una obligación

[2] Véase Rudiger Wolfrum and Rainer Groter (eds.), *Constitutions of the Countries of the World, Loose Leaf,*: Oxford University Press, Nueva York ,1971(con actualizaciones). Todas las referencias a constituciones en este trabajo, incluidas las de la Constitución de Canadá, son normas que estaban en vigor al momento que se escribió el capítulo y como se encuentran listadas en esos volúmenes.

[3] GA res. 2200A (XXI), 21 UN GAOR Supp. (No. 16) at 49, UN Doc. A/6316 (1966); 993 UNTS 3; 6 ILM 368 (1967).

general, progresiva y positiva, de poner en práctica los derechos 'reconocidos' en la parte III del Pacto, en la que se enumeran los diversos derechos.

Esto es similar en forma (aunque no idéntica en la terminología) al enfoque ampliamente utilizado de la adjudicación de derechos constitucionales en el que los derechos se establecen en una parte de una determinada sección de la declaración de derechos y las limitaciones permisibles de tales derechos o intereses se establecen en otra disposición.[4] Este es el modelo que sigue la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, que establece en el artículo 1o que ésta "garantiza los derechos y libertades establecidos en la misma sujetos únicamente a los límites razonables prescritos por la ley que puedan demostrarse justificados en una sociedad libre y democrática".[5] Esto se ha interpretado en el sentido de que para limitar los derechos es necesario que exista una necesidad social urgente y que la limitación sea proporcional al fin perseguido.[6] La Carta explícitamente adoptó conceptos de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) a este respecto. La CEDH establece ciertos derechos que tienen limitaciones explícitas en varias subsecciones.[7] En la adjudicación de una gama de derechos bajo la CEDH y la Carta Canadiense, la cuestión más importante es normalmente si las limitaciones del derecho, o afectación de los intereses, son proporcionales y, por tanto, justificadas.[8]

---

[4] Véase Mattias Kumm, "The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review", *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 4, núm. 2, 2010, pp. 141, 144. Disponible en: https://doi.org/10.2202/1938-2545.1047.

[5] Este tipo de disposiciones empiezan a ser mas comunes: véase también s. 36, Constitution of the Republic of South Africa, 1996.

[6] *R* v. *Oakes* [1984] 2 SCR 145.

[7] Véase CEDH Arts. 2(2), 5(1)(a)-(f), y esp. 8-11.

[8] Hay una pregunta teórica acerca de si es acertado hablar de limitaciones de derechos, o si debemos hablar más bien de intereses infringidos, o de derechos *prima facie*, que sólo se convierten en derechos violados después de demostrarse que la infracción no está justificada. Tanto el texto de la Carta Canadiense, el PIDESC como el CEDH, todos usan el lenguaje de los derechos limitados/progresivamente implementados. No tengo ninguna opinión firme sobre este tema, pero adopto la terminología de los "intereses" para evitar el problema. Sobre la cuestión del uso del lenguaje de las 'infracciones' en relación con los derechos positivos, véase mi exposición de la proporcionalidad en la sección 3 apartado b.

Por lo tanto, en la práctica se puede distinguir entre el alcance del interés o derecho y la naturaleza de la obligación con respecto a tal interés (o la naturaleza del poder del Estado de limitar dichos intereses/derechos). Se pueden hacer algunas reflexiones en referencia a esta distinción. La primera es que, en mi opinión, el papel interpretativo más importante del tribunal se refiere, en la inmensa mayoría de los casos, a la evaluación de la obligación, no al alcance del interés. Esto es así porque a menudo, los casos resueltos por los tribunales refieren claramente el interés, o en aquellos casos en los que se busca la interpretación de la obligación, la tarea de establecer un precedente sobre la cuestión sería demasiado complicado (o controversial) para el tribunal y el Estado demandado, y por lo tanto ambos procederán bajo el supuesto de que está comprometido el interés. En segundo lugar y a pesar de todo, el alcance de los intereses protegidos sigue siendo una cuestión relevante. A veces el texto de la Constitución indicará el alcance del interés protegido. La disposición podría especificar una dimensión particular del derecho, como el derecho al agua, o podría especificar un servicio en particular, como atención médica de emergencia o tratamiento especial para los niños. También podría resultar importante cuando un reclamante busque la protección de un interés demasiado alejado de la idea de derechos sociales, como el derecho a la vivienda entendido como a un yate de lujo o una casa de campo, o un derecho a la salud que incluya el derecho a cirugía estética electiva. Tales reclamaciones deben ser detenidas en el ámbito del interés, porque la revisión constitucional consume tiempo valioso y recursos, y porque es importante mantener la integridad conceptual de la declaración de derechos. En tercer lugar, la determinación del alcance del interés –que podría considerarse similar al mínimo social y sus umbrales– es en gran medida una tarea que debe llevar a cabo un profesional experto en necesidades humanas. Irónicamente, por lo tanto, aunque el alcance de los intereses importa menos en la adjudicación, es un aspecto de la interpretación que puede ser más susceptible al proceso judicial (siempre y cuando los Jueces usen en lugar de contradecir la opinión de expertos en la materia) que la evaluación de algunos aspectos de la obligación del Estado.

Puede haber argumentos a favor y en contra de definir el alcance del interés con gran especificidad. Considero que un derecho o interés general debe ser establecido en abstracto, incluyendo cualquier especificación que pueda ayudar a resaltar los mecanismos institucionales relevantes o compromisos esenciales de una jurisdicción específica, o delimitar el alcance del interés y limitar así el número de casos que pudieran ser sometidos al conocimiento de los tribunales. Este enfoque proporcionará flexibilidad interpretativa, lo cual puede resultar crucial.

b. Texto constitucional. Obligaciones absolutas y calificadas

Si bien el alcance del interés protegido puede variar ampliamente en los textos constitucionales, es posible identificar un patrón en las formas en que establecen las obligaciones del Estado. A veces la disposición declarará, expresa o implícitamente, que el Estado tiene una obligación absoluta con respecto al interés o al derecho.[9] Un ejemplo puede encontrarse en la Constitución de Finlandia:

> Sección 19. El derecho a la seguridad social
>
> Aquellos que no pueden obtener los medios necesarios para una vida digna tienen derecho a recibir la subsistencia y la atención indispensable.
>
> Toda persona tiene derecho, de conformidad con la ley, a la subsistencia básica en caso de desempleo, enfermedad y discapacidad y durante la vejez, así como en el nacimiento de un hijo o la pérdida del sostén económico de la familia.
>
> Las autoridades públicas garantizarán a todos, de conformidad con la ley, servicios sociales, sanitarios y médicos adecuados y promoverán la salud de la población.

[9] Se podría vincular esta idea con la noción de obligaciones inmediatas bajo el PIDESC, o la idea de obligaciones de resultado en el derecho internacional. Utilizo esta terminología para destacar la similitud de la estructura entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos.

El alcance de los intereses especificados en esta disposición incluye "la subsistencia y el cuidado indispensables", "la subsistencia básica" y "servicios sociales, sanitarios y médicos adecuados". A primera vista la disposición en sí misma parece crear una obligación absoluta de asegurar estos intereses.[10] Esta interpretación se justifica ante la ausencia de cualificación (por ejemplo, "derecho a recibir") y las expresiones "garantizará" y "se garantizará". Una vez que se establece que el interés del reclamante no se satisface, el Estado tiene (textualmente) una obligación absoluta de proporcionarlo.

Ejemplos similares se pueden encontrar en otras constituciones. En la Constitución del Estado de Nueva York, por ejemplo, se establece:

> Artículo IX (1)
>
> [e]l poder legislativo proveerá para el establecimiento y el sostenimiento de un sistema de escuelas comunes libres, en el cual todos los niños de este estado podrán ser educados.

La Corte de Apelaciones de Nueva York ha interpretado, de forma razonable, que esta disposición requiere una "educación básica sólida".[11] En diversos litigios, los tribunales de Nueva York han evaluado el incumplimiento de esta obligación y ordenado la provisión de recursos sustanciales a las escuelas afectadas.[12] Las constituciones de varios países latinoamericanos en ocasiones también establecen los derechos siguiendo esta estructura, al igual que la Constitución de Hungría.[13]

---

[10] Al parecer esta la interpretación adoptada por los tribunales finlandeses: Véase Martin Scheinin, "Protection of Economic, Social and Cultural Rights in Finland: –A Rights-Based Variant of the Welfare State", en Martin Scheinin (ed.), *The Welfare State and Nordic Constitutionalism in the Nordic Countries*, Nordic Council of Ministers, Copenhagen, 2001, pp. 251-60.

[11] *Campaign for Fiscal Equity* v. *State of New York*, 86 NY2d 307, 316 (1995).

[12] *Campaign for Fiscal Equity* v. *State of New York*, 8 N.Y3d 14 (2006). Este caso fue el último en una saga de litigios que duró 13 años.

[13] Véase la Constitución de la República de Hungría, Arts. 70/D, 70/E, and 70/f en especial.

Este tipo de texto constitucional está abierto a una interpretación razonable de que un tribunal no debe tomar en cuenta la escasez de recursos cuando interpreta el derecho. Es posible que un tribunal lea en una limitación implícita, o "implementación limitada" la norma constitucional.[14] Sin embargo, el texto no solo no lo requiere, sino que invita explícitamente a los Jueces a ignorar la falta de recursos y otros factores relacionados. En mi opi00nión, en la mayoría de los casos en los que no se puede asumir que el actual sistema legislativo y administrativo garantiza estos derechos para la mayoría de la población, esta interpretación sería un grave error. Si los sistemas legislativo y administrativo garantizan estos derechos para la mayor parte de la población, cualquier desviación de esa norma constituiría una aberración, y el remedio judicial ordenando el cumplimiento de la obligación sería por su naturaleza un ajuste incremental (una cuestión de corrección) por lo que se ajustaría al enfoque incremental que este artículo adopta. Sin embargo, rara vez será el caso que estas condiciones se den para todos los derechos sociales. Puede ser el caso de Finlandia, y tal vez de otros países escandinavos y del norte de Europa, pero no de Nueva York ni Hungría, y ciertamente no de América Latina –y tampoco en el Reino Unido y otros países ricos del *Commonwealth–.* A falta de esa condición, ignorar la escasez de recursos es negarse a considerar las implicaciones dinámicas de ordenar la provisión de recursos, sin saber de dónde provendrán los recursos y cuál será su impacto en los demás. Esto podría suplantar un esquema de asignación de recursos más racional (aunque imperfecto), legislativo y administrativamente, con un sistema que premia a quien acude a los tribunales primero para demostrar la falta de satisfacción del interés.

[14] Véase e.g. el caso *Belgian Linguistics (No 2)* (1968) 1 EHRR 252; Lawrence G. Sager, "Fair Measure: The Underenforcement of Constitutional Norms, *Harvard Law Review,* v. 91, 1978, pp. 1212. Considero que este tipo de interpretación o implementación limitada sería apropiada por lo general, a menos que la estructura del texto sugiera, tal vez haciendo la comparación dentro del mismo texto, que una obligación absoluta era lo que se buscaba. Por ejemplo, comparar el Art. 3 CEDH con el Art. 6 CEDH; y ss. 26(1) y (2) con s. 26(3) de la Constitución de Sudáfrica.

Habiendo dicho esto, lo cierto es que a veces las obligaciones absolutas son apropiadas cuando se refieren a una clase limitada de intereses o derechos (por ejemplo atención médica de emergencia, derechos del niño, los derechos lingüísticos minoritarios),[15] o cuando existe una clase de servicio en particular donde el Estado puede estar seguro de contar con el apoyo político necesario y, por lo tanto, el servicio puede garantizarse (por ejemplo, el tratamiento médico gratuito, pagado por el Estado en el Reino Unido o Canadá, la educación primaria y secundaria gratuita para todos).

Más comúnmente, el texto constitucional adoptará un contenido cuya interpretación más razonable es que el Estado tiene una obligación calificada. Con esto se entiende que la obligación es variable en cuanto a que el interés puede ser limitado de alguna manera o quedar parcialmente incumplido, siempre y cuando, el Estado cumpla con la obligación especificada.[16] Un texto constitucional puede establecer obligaciones calificadas de dos maneras diferentes. En primer lugar, puede calificarla implícitamente a través del uso de términos jurídicos abstractos que otorgan un margen de latitud interpretativa en relación con el carácter de la obligación del Estado.[17] Por ejemplo, el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos garantiza el derecho a un juicio 'justo', dentro de un plazo "razonable". Gran parte del litigio sobre este artículo se refiere a los requisitos de justicia. De la misma manera, la cuestión de qué proceso es "debido", es una cuestión relevante en los casos relativos a la cláusula de debido proceso de la decimocuarta enmienda de la Declaración de Derechos de los Estados Unidos.[18]

---

[15] Véase e.g. Constitución de Sudáfrica, Art. 26 (evicción), s. 27(3) (atención médica de emergencia); Constitución de Canadá, s. 23 (derechos lingüísticos minoritarios).

[16] Esto podría equipararse a las obligaciones progresivas establecidas en el PIDESC, o a obligaciones de conducta. Prefiero el término "calificado" para resaltar las similitudes con otros litigios sobre derechos que no implican obligaciones positivas.

[17] Podría cuestionarse el uso de la expresión "calificado" con respecto a los derechos formulados de esta manera. Se podría argumentar que existe un derecho absoluto a un juicio "justo".

[18] Caso *Tsfayo* v. *United Kingdom* [2006] All ER (D) 177; (2006) 48 EHRR 18; *Mathews* v. *Eldridge* 424 US 319 (1976).

Los derechos sociales, a veces emplean técnicas similares. Por ejemplo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[19] establece el derecho a la asistencia sanitaria de la siguiente manera:

> Artículo 35 - Protección de la salud
>
> Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales.

Presumiblemente, si esta disposición fuese objeto de litigio, gran parte del argumento se concentraría en lo que implica el "acceso" (por ejemplo, los tiempos de espera para el tratamiento) y lo que implica el "derecho a beneficiarse" (por ejemplo, la financiación de tratamientos experimentales costosos). Del mismo modo, la Carta de la UE establece el derecho a condiciones de trabajo equitativas y justas de la siguiente forma:

> Artículo 31 - Condiciones de trabajo justas y equitativas
>
> Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad.

Podemos asumir que, los litigios aquí también se enfocarían en determinar si ciertas condiciones "respetan" los intereses del trabajador en materia de salud, seguridad y dignidad. Presumiblemente, la escasez de recursos y otras consideraciones serán relevantes en esta etapa.

La segunda forma en que los derechos sociales pueden ser calificados es cuando la calificación se declara explícitamente, es decir, directamente en tales términos en el texto constitucional. Este es el modelo de las disposiciones sobre limitaciones de la Carta Canadiense y de algunas disposiciones de la CEDH discutidas

[19] Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, OJ [2007] C303/1.

anteriormente. También es el principal modelo utilizado para los derechos sociales en la Constitución de Sudáfrica. Esto se pone de manifiesto en las siguientes disposiciones de la Constitución sudafricana, aunque se puede observar que las siguientes disposiciones combinan elementos de obligaciones absolutas, obligaciones explícitamente calificadas y obligaciones implícitamente calificadas.

Sección 26. Vivienda

1. Toda persona tiene derecho a acceder a una vivienda adecuada.

2. El Estado debe adoptar medidas legislativas y de otra índole, dentro de los límites de sus recursos disponibles, para lograr la realización progresiva de este derecho.

3. Nadie puede ser desalojado de su hogar, ni sufrir la demolición de su casa, sin una orden judicial hecha después de considerar todas las circunstancias relevantes. Ninguna legislación puede permitir desalojos arbitrarios.

Sección 27. Cuidado de la salud, alimentos, agua y seguridad social

1. Toda persona tiene derecho a tener acceso a

a. Servicios de atención de la salud, incluida la salud reproductiva;

b. Suficiente alimento y agua; y

c. Seguridad social, incluyendo, si son incapaces de sostenerse a sí mismos y a sus dependientes, asistencia social apropiada.

2. El Estado debe tomar medidas razonables legislativas y de otra índole, dentro de sus recursos disponibles, para lograr la realización progresiva de cada uno de estos derechos.

3. A nadie le puede ser denegado tratamiento médico de emergencia.

Estas disposiciones muestran cómo las diversas formas de obligaciones estatales pueden mezclarse en un mismo texto. Se utiliza el término "acceso" (que significa una calificación implícita) y las subsecciones 3 de ambas disposiciones establecen obligaciones absolutas con respecto a una clase restringida de intereses. Sin embargo, el principal contenido de las secciones 26 y 27, y el aspecto en el que se han centrado la mayoría de los casos relevantes, es la obligación del Estado de adoptar medidas legislativas y de otra índole para lograr el cumplimiento de estos derechos.

En suma, en un determinado texto constitucional, la naturaleza de la obligación con respecto al interés o derecho puede ser declarada como absoluta o cualificada. Puede ser calificada implícita o explícitamente. Mi opinión es que, el modelo apropiado para el texto de un proyecto de ley constitucional de derechos sociales es aquel que especifica las obligaciones calificadas como explícitas, con respecto a intereses o derechos generales o abstractos. Esta disposición es una manera apropiada de hacer notar a los tribunales que la disponibilidad de recursos sigue siendo relevante para la interpretación de estos derechos. Sin embargo, si hay una clase de intereses en los que, razonablemente, se puede suponer que la estructura de apoyo político está presente o se puede esperar que esté presente, entonces puede ser apropiado declararlos como obligaciones absolutas para que los tribunales los hagan cumplir como tal. También queda la posibilidad abierta para que el tribunal declare mediante técnicas de interpretación, presumiblemente después de alguna experiencia en el tema, que algún interés o servicio aislado en particular se convierte en una obligación absoluta. No hay nada en la obligación calificada que lo impida[20] y es inherente al concepto de obligaciones progresivas el que el Estado deba moverse progresivamente en el

[20] Véase, Caso *Minister of Health and others* v. *Treatment Action Campaign and Others* (*TAC* case) 2002 (10) BCLR 1033 (CC); y Caso *Mazibuko and Others* v. *City of Johannesburg and Others* (CCT 39/09) 2010 (4) SA 1 (CC) para un reconocimiento de que esto es posible en relación con la doctrina de un núcleo mínimo de obligaciones.

tiempo hacia la protección completa del interés. En pocas palabras, creo que el modelo sudafricano es el ejemplo a seguir, con adaptaciones específicas para que cada país se adapte a las condiciones políticas existentes.

c. La interpretación judicial: la inevitabilidad de la indeterminación

Por lo tanto, la adjudicación de derechos sociales constitucionales requerirá que el Estado tome en cuentas sus obligaciones no absolutas; y la disponibilidad de recursos se convertirá en una consideración relevante durante la interpretación. La cuestión principal en la adjudicación de los derechos sociales constitucionales en Sudáfrica es si la conducta del Estado ha sido "razonable".[21] A veces, durante la interpretación, los tribunales pueden reconocer otros estándares relevantes como una subcategoría. Por ejemplo, en *Occupiers of 51 Olivia Rd*,[22] la cuestión a resolver por el Tribunal Constitucional fue: si el procedimiento utilizado para desalojar a los ocupantes ilegales de edificios de apartamentos por razones de salud cumplía con el derecho a la vivienda establecido en el artículo 26. El Tribunal consideró que el procedimiento era constitucionalmente defectuoso y ordenó que en tales casos el Estado debía observar un requisito de "negociación significativa".[23] Esa es ahora la nueva norma aplicada en la adjudicación en esa clase de disputas. Lo mismo se observa en el caso *Brown v. Board of Education (Brown II)*, en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que había una obligación de desagregar las instituciones educativas con "toda velocidad deliberada".[24] Estos estándares creados judicialmente, al igual que aquellos cuyo

[21] Caso *Grootboom and Others* v. *Oostenberg and Others*, 2000 (11) BCLR 1169 (CC); *TAC*; caso *Khosa and others* v. *Minister of Social Development and others* 2004 (6) BCLR 569 (CC); caso *Mazibuko and Others* v. *City of Johannesburg and Others* (CCT 39/09) 2010 (4) SA 1 (CC), [48]- [68] (O'Regan J, estudiando la jurisprudencia de la Corte).

[22] *Occupiers of 51 Olivia Rd* v. *City of Johannesburg* 2008 (3) SA 208 (CC).

[23] *Ibidem*, [14].

[24] Caso *Brown* v. *Board of Education* (*Brown II*), 349 US 294 (1955).

origen se encuentra en el texto, como por ejemplo "razonable", "necesario", "justo", etc., serán indeterminados y necesariamente así. Este hecho no sólo es ineludible, sino que, en el contexto de la adjudicación constitucional, puede ser deseable.

Uno podría objetar a la adjudicación de normas abstractas por razón de su indeterminación. Podemos considerar la objeción con detalle a la luz de la naturaleza omnipresente de las normas abstractas:

- el deber de derecho administrativo que las decisiones sean razonables, y que los procedimientos seguidos sean justos;[25]

- que por lo general la policía está facultada para detener y registrar sólo cuando existe una "sospecha razonable";[26]

- la obligación en materia de derechos humanos de que las limitaciones de derechos sean "necesarias en una sociedad democrática" y alcancen un "justo equilibrio";[27]

- el deber de tener cuidado razonable en materia del derecho sobre negligencia;

- en materia de derecho laboral, el derecho a no ser "injustamente despedido";[28]

- salud, seguridad, finanzas, medio ambiente y otras formas de regulación;

[25] Caso *Council of Civil Service Unions* v. *Minister for the Civil Service* (*GCHQ*) [1985] 1 AC 374.

[26] Section 1 of the Police and Criminal Evidence Act 1984; section 47 of the Firearms Act 1968; section 23 of the Misuse of Drugs Act 1971.

[27] Caso *Smith and Grady* v. *United Kingdom* (1999) 29 EHRR 493.

[28] Section 94 of the Employment Rights Act 1996.

- la inclusión y adjudicación de cláusulas contractuales que se comprometan a hacer "esfuerzos razonables" para conseguir algún fin;[29]

- la obligación de negociar de buena fe en el derecho laboral;[30]

- el deber de actuar con la diligencia debida en muchas áreas de legislación doméstica e internacional;[31]

- en materia fiscal, un principio general contra la evasión.[32]

No se trata de una colección aleatoria de normas periféricas en la ley; algunas de ellas son centrales para la adjudicación cotidiana, mientras que otras son plenamente justiciables. Por lo tanto, es absurdo sugerir que, debido únicamente a la indeterminación, el sistema de obligaciones constitucionales es inoperable. La objeción de la indeterminación debe ir acompañada de argumentos más sólidos.

Antes de presentar ese argumento más sólido, es importante destacar las implicaciones generales del enfoque interpretativo básico aquí expuesto. El rol

[29] Caso *Brauer* v. *James Clark* [1952] 2 All ER 497 (CA); *IBM United Kingdom Ltd* v. *Rockware Glass Ltd* [1980] FSR 335 (CA); *Rhodia International Holdings Ltd and another* v. *Huntsman International LLC* [2007] EWHC 292 (Comm).

[30] Véase e.g. *Canadian Union of Public Employees* v. *Labour Relations Board (N.S.) et al.* [1983] 2 SCR 31 (SCC); Allan Bogg, *Democratic Aspects of Trade Union Membership*, Hart, Oxford, 2009, caps. IV-VI.

[31] Véase Caso Section 11 of the Securities Act of 1933, 15 USC § 77k, como ha sido interpretado en *Herman & Maclean* v. *Huddleston et al*., 459 US 375, 382 (1982); *Johnson* v. *United States*, 544 US 295 (2005) (procedimiento penal); *Nissan Fire & Marine Ins. Co*. v. *M/V Hyundai Explorer*, 93 F.3d 641 (9th Cir. 1996) (derecho marítimo). En Canadá, véase *R* v. *Sault Ste Marie* [1978] 2 SCR 1299 (introduciendo el *due diligence* como una defensa en contra de responsabilidad legal en infracciones regulatorias). Defensas regulatorias similares abunda en el Reino Unido: ver s. 21 Food Safety Act 1990 (higiene alimenticia); s. 141A(4) of the Criminal Justice Act 1988 (venta de cuchillos a menores); s. 14A(b) of the Video Recordings Act 1984 (venta de videos sin certificado). En materia de derecho internacional, véase también R. P. Barnidge, 'The Due Diligence Principle under International Law', *International Community Law Review*, vol. 8, 2006, p. 81.

[32] Véase en *Canada* vs. *245 of the Income Tax Act* 1985 (RSC 1985, c. 1 (5th Supp.)) y su interpretación en *Canada Trustco Mortgage Co.*v. *Canada* [2005] 2 SCR 601 (SCC); Judith Freedman, "Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle", *British Tax Review,* 2004, pp. 332-357. Oxford Legal Studies Research Paper No. 14/2006.

especial de los tribunales previsto en la adjudicación constitucional contemporánea y especialmente en la adjudicación de los derechos sociales consiste en enfocarse en el proceso de toma de decisiones que afecten intereses protegidos por derechos humanos, más que en el logro de un objetivo determinado. Busca determinar la adecuación de la justificación o razonamiento subyacente a la acción u omisión pública, la verosimilitud de sus premisas y la validez de sus inferencias, y a veces el alcance de la participación pública durante ese proceso, la disponibilidad de alternativas políticas efectivas y (cuando proceda) la compatibilidad de la decisión resultante con el núcleo conceptual del derecho invocado. Para demostrar que un derecho ha sido violado, no basta con demostrar que alguien ha sido encarcelado sin audiencia, o desalojado de un hogar a pesar de estar necesitado, o se le ha impedido hablar en un mitin político. Solo podemos saber si el derecho ha sido violado después de evaluar la justificación del Estado, a menos que (en casos excepcionales) la Constitución establezca una obligación absoluta cuando ciertas condiciones se cumplen. Del mismo modo, no tiene sentido creer que demostrar que se ha incumplido con un mínimo social (incluso cuando existan recursos para proporcionarlo) decidirá la cuestión de si se han violado derechos sociales.

Las implicaciones de esta aproximación son cruciales para la teoría adoptada en este artículo. Es pertinente para la cuestión de la legitimidad democrática, porque la misma política podría sostenerse o revocarse dependiendo de cómo se promulgó. Es relevante para la forma en que se enmarcan los remedios y para decidir cuánta deferencia a la opinión de expertos debe mostrarse: una política ideada sin mucho respaldo podría ser revocada, mientras que si la misma política es respaldada por evidencia sólida podría sobrevivir el escrutinio judicial. Y es pertinente reconocer la importancia y la aceptabilidad constitucional del principio de flexibilidad, porque la evidencia que respalda la adopción de cierta política pública puede cambiar con el tiempo. Es relevante sobre todo porque, aunque los intereses pertinentes puedan permanecer relativamente estables a lo largo del tiempo, la naturaleza de la justificación de cualquier acción esta-

tal en relación con ellos puede cambiar y debe ser evaluado en diferentes circunstancias.

3. La necesidad de una teoría de la deferencia judicial

La objeción más fuerte, que se basa en el simple hecho de la indeterminación, es que hay algo particularmente problemático en el uso de normas abiertas, particularmente, para el control constitucional del Estado de bienestar. En mi opinión, esta objeción es suficiente para justificar la necesidad de un enfoque distinto al de la deferencia judicial.[33] Esta sección ilustra esta necesidad haciendo referencia a algunos casos importantes y luego, muestra porqué los enfoques existentes más razonables para adjudicar los derechos sociales son insuficientes en las circunstancias actuales.

a. Los derechos sociales en la sombra de *Lochner* y *Dicey*

En el caso *Lochner v. New York,*[34] la Suprema Corte de los Estados Unidos declaró inconstitucional una ley de Nueva York que limitaba el tiempo de trabajo de un panadero a sesenta horas por semana, con no más de diez horas al día. El argumento de Joseph Lochner era que este tipo de regulación interfería de manera inadmisible con la libertad de contrato del empleador y del empleado. La Corte estaba profundamente dividida, pero todos coincidieron en que la libertad de contratar estaba protegida por la Decimocuarta Enmienda, y también, en particular, que las restricciones a ese derecho eran aceptables por razones de salud y seguridad. Más allá de esto, las coincidencias terminaron. La mayoría enfatizó repetidamente que las restricciones, incluso por razones de salud, deben ser

[33] Véase Jeff A. King, "Institutional Approaches to Judicial Restraint", *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 28, 2008, p. 409.

[34] 198 US 45 (1905).

limitadas de alguna manera. De lo contrario, el derecho sustantivo en sí mismo carecería de sentido. La cuestión consistía en determinar si la restricción era una "interferencia irracional, innecesaria y arbitraria con el derecho y la libertad del individuo de contratar".[35] La mayoría consideró que las pruebas presentadas no justificaban la limitación, ya que no podía razonablemente decirse que el oficio de panadero era considerablemente más peligroso que el de otros trabajadores. Por lo tanto, es fundamental señalar que, en el caso *Lochner*, la Corte utilizó un criterio constitucional de razonabilidad para decidir sobre la validez de la limitación del derecho. No es un escenario estándar de "derechos absolutos", o un caso sencillo de formalismo legal, en el que sin mayores preámbulos un tribunal declara que el derecho ha sido violado. Más bien, la Corte analizó y rechazó los estudios del Estado de Nueva York mostrando que los panaderos estaban sujetos a riesgos de salud inusuales y necesitaban protección. Los Jueces discrepantes demostraron, de hecho, que había un gran número de estudios incontestables que establecían que la salud de estos panaderos era considerablemente –incluso escandalosamente– peor en comparación con otros trabajadores en Nueva York y más allá.

El caso *Lochner* (de acuerdo a la narrativa ampliamente aceptada) abrió un periodo de intervencionismo judicial agresivo de 1905 a 1937, que condujo, según una estimación, a la anulación de aproximadamente 170 estatutos laborales,[36] incluyendo la posibilidad misma de un salario mínimo en el caso *Adkins v. Children's Hospital (1923)*.[37] Sin embargo, el daño causado fue considerablemente más allá de la regulación laboral e incluyó una serie de leyes que regulaban áreas más amplias de la economía. En este sentido, interfirió sustancialmente con todo el programa del *New Deal*, que era esencialmente un plan de acción nacional para proteger los derechos humanos sociales.

[35] *Ibid*., 56.
[36] Véase capítulo 8, secc. II.A para la discussion.
[37] Sentencia 261 US 525 (1923).

En *Chaoulli v. Quebec (AG)*, los demandantes atacaron la constitucionalidad del sistema de salud canadiense, que prohibía la contratación de seguros médicos privados en un esfuerzo por crear un servicio de salud pública sólido e igualitario. La mayoría de la Suprema Corte de Canadá consideró que la prohibición no era una limitación proporcional del derecho a la seguridad de la persona, e incluso, tres Jueces la consideraron "arbitraria" sobre la base de la evidencia a la que tuvieron acceso de diversos estudios.[38] En ese caso, un paciente, que había sido colocado en listas de espera para una variedad de tratamientos, se unió a un médico (Jacques Chaoulli) que quería abrir un hospital privado por razones aparentemente comerciales. Los dos argumentaron que la prohibición interfería con el derecho a la seguridad personal del paciente poniendo su vida en peligro como resultado de exigirle que esperara tratamiento. Tres Magistrados de la Corte, parte de la mayoría, aceptaron que el Estado debía "prestar atención sanitaria pública en un plazo razonable",[39] es decir, hacer que el tiempo de espera para el tratamiento público fuera razonable o levantar la prohibición de contratar seguros privados. Una vez más, el Tribunal aplicó conceptos indeterminados como "arbitraria" y "proporcional", y la necesidad de que los tiempos de espera fueran "razonables". El efecto del caso podría haber sido causar cambios abruptos e irreversibles en los derechos de salud de los canadienses con menos recursos. No está claro qué consecuencias puede tener este caso en última instancia.

Por supuesto, el Reino Unido nunca se enfrentó a los mismos impedimentos constitucionales, pero también había cierta hostilidad judicial al Estado de bienestar en el derecho administrativo, aunque a veces esta ha sido exagerada en

[38] *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)* [2005] 1 SCR 791; véase Sujit Choudry, "Worse than Lochner?", en C. Flood, K. Roach, and L. Sossin (eds.), *Access to Care, Access to Justice*, University of Toronto Press, Canadá, 2005, pp. 75-100; Jeff A. King, "Constitutional Rights and Social Welfare: A Comment on the Canadian *Chaoulli* Health Care Decision", *Modern Law Review,* vol. 69, 2006, pp. 631-43.

[39] *Chaoulli*, [105] (McLachlin CJ, Major and Bastarache JJ).

círculos académicos.[40] Albert Venn Dicey era conocido por su oposición a la expansión de la discrecionalidad administrativa, que consideraba una amenaza al principio constitucional del Estado de derecho. La esencia de las escuelas de pensamiento funcionalistas y el constitucionalismo político en Gran Bretaña es que el Poder Judicial ha jugado esencialmente un papel corrosivo en el Estado de bienestar británico contemporáneo.[41]

Se podría argumentar que es más probable que el no incluir a los derechos sociales en una Constitución conduzca al tipo de resultado identificado en *Lochner* y *Chaoulli.* Eso puede ser así, pero uno puede igualmente preguntarse si *Lochner* podría haberse decidido de manera similar sobre la base del derecho del empleado a trabajar, y *Chaoulli* sobre la base del derecho del individuo a la atención médica. La estructura de la discrecionalidad judicial en esos escenarios podría haber sido en gran medida la misma (dependiendo del precedente y el texto constitucional por supuesto). La inexorabilidad de la indeterminación podría dejar esa puerta abierta.

John Hart Ely dijo que gran parte de la teoría constitucional de los Estados Unidos estaba preocupada por encontrar una teoría que justificara el caso *Brown v. Board of Education* y rechazara el de *Lochner*.[42] Mi objetivo en este texto es construir una teoría que evite de manera clara y fiable el lochnerismo y promueva el multi-institucionalismo en el contexto de la adjudicación de derechos sociales. Esta teoría no obligaría a la adopción de un amplio conjunto de políticas sociales determinadas, ni permitiría que las leyes que determinan elementos

[40] Argumento que la hostilidad ha sido exagerada porque los dos casos mas importantes en derecho administrativo antes de la Segunda Guerra Mundial son *Local Government Board* v. *Arlidge* [1915] AC 120 y *Associated Provincial Picture Houses* v. *Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223, ambos ejemplos de deferencia judicial a las exigencias administrativas del Estado administrativo moderno.

[41] Véase Carol Harlow y Richard Rawlings, *Law and Administration,* 3a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2009, cap. 1, pp. 9-139; Martin Loughlin, *Public Law and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992.

[42] John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review,* Harvard University Press, Cambridge, MA, 1980, p. 65.

sustanciales de la política nacional de bienestar se anularan completamente y de forma irreversible.

b. Las ventajas y los límites de los enfoques interpretativos existentes

Hay una variedad de teorías sobre la revisión judicial de los derechos sociales que han sido propuestos o son candidatos obvios. Analizo algunos de ellos aquí y argumento que a pesar de que tienen mérito, en última instancia son insuficientes. Hay otros candidatos para un enfoque interpretativo que están más cerca del enfoque incrementalista expuesto en este trabajo.

i. Interpretativismo

Según Ronald Dworkin, la ley se desprende del conjunto de principios que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica jurídica de una comunidad, es decir, los principios que mejor se ajustan a la práctica jurídica existente y proporcionan la mejor justificación política de la misma.[43] Estoy de acuerdo con gran parte de la caracterización general de la adjudicación defendida por Dworkin, con algunas salvedades importantes sobre el papel de los principios y los argumentos sobre políticas públicas en la adjudicación y sobre si la elección de los Jueces por casos difíciles se describe mejor como "juicio", sobre lo que constituye la "respuesta correcta" a problemas legales o es más exacto describirla como un ejercicio de discreción y, que por lo tanto, constituye una forma intersticial de creación de leyes, como afirman sus críticos positivistas.[44] En específico, estoy de acuerdo con el papel que juegan los principios en la interpretación jurídica, y con su uso del concepto de la "mejor práctica del momento en una

[43] Véase Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1986, esp. cap. 7.

[44] Sobre estas cuestiones ver Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously,* 2a ed., Duckworth, Londres, 1996, cap. 4; R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1985, cap. 5 y los ensayos en particular 2 y 3 de Marshall Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence,* Duckworth, Londres, 1984.

sociedad" y la justificación como dimensiones de la interpretación jurídica y que la justificación implica consideraciones de moralidad política. Desde nuestro punto de vista, no es que la teoría de Dworkin esté equivocada de alguna manera fundamental, sino que es insuficiente en lo que respecta a la adjudicación de los derechos sociales. Si bien es una buena descripción abstracta de juzgar, es insuficiente para evitar los riesgos que hemos señalado. El requisito de integridad sugiere una coherencia basada en principios entre el caso en cuestión y las decisiones legales, la ley y las políticas anteriores, lo que en principio podría parecer una restricción conservadora e inercial, posiblemente incremental. Pero no: "La integridad es un estándar más dinámico y radical de lo que parecería en primera instancia, porque alienta al Juez a ser abierto e imaginativo en su búsqueda de coherencia con principios fundamentales".[45] Así, la teoría de Dworkin no sólo es insuficiente, ya que sin alguna teoría de deferencia podría alentar el imperialismo judicial lo cual está asociado con argumentos sustantivos en contra de los derechos sociales.[46] Sin embargo, creo que por un lado, Dworkin reconoce que algún tipo de deferencia por motivos institucionales es apropiado en ocasiones,[47] y por otro, que los principios detallados en la Parte II de su libro son de hecho principios jurídicos que los Jueces encontrarían normalmente en la práctica jurídica de la mayoría de las comunidades.

ii. Principios, equilibrio y proporcionalidad

La monumental *Teoría de los derechos constitucionales* de Robert Alexy presenta una sofisticada teoría de la estructura de las normas de derechos constitucionales y la argumentación jurídica, centrándose en la idea de derechos como principios

[45] *Ibid*., p. 220.

[46] Véase e.g. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*

[47] Aunque afirmaciones en este sentido son inusuales, un ejemplo representativo puede encontrarse en R. Dworkin, *A Matter of Principle*, *op. cit.*, p. 101: "La Corte puede deferir, basada en la necesidad de contar con conocimiento especializado, a la decisión de la institución en los aspectos consecuencialistas de la cuestión".

que deben ser optimizados frente a consideraciones alternativas. Alexy dedica un capítulo al tema de los derechos sociales constitucionales. Él argumenta que los derechos sociales no son muy diferentes de los derechos civiles en la mayoría de los aspectos, y lanza una serie de argumentos débiles contra ellos.[48] Para él, el principio que los justifica es el principio de la libertad fáctica, que es que los derechos sociales deben existir para facilitar, en forma instrumental, el derecho a la autonomía. Sin embargo, por su propia naturaleza resultan muy costosos.[49] Alexy argumenta que la solución es considerar esos derechos como principios,[50] y por lo tanto un individuo tiene un derecho sustantivo siempre que el principio de libertad fáctica tenga más peso, en su modelo de equilibrio, que los principios sustantivos de separación de poderes y de la democracia.[51] Esto ayuda a reconocer las similitudes entre los derechos sociales y otros derechos constitucionales, pero es insuficiente. Propone una aritmética imposible con variables radicalmente contestables. Encapsula el dilema en vez de proporcionar una solución. Alexy tampoco discute los problemas de la capacidad institucional en esta parte de su libro.

Lo mismo puede decirse del principio de proporcionalidad que es central en la teoría de Alexy y puede ser discutido aquí. Brinda un esquema muy útil para evaluar los intereses en conflicto en la estructura del litigio de derechos constitucionales. Pero hay algunos problemas en confiar en él para nuestros propósitos. Por un lado, la adjudicación de derechos sociales tiene una relación incómoda con la doctrina y su enfoque en las limitaciones, y los tribunales han dudado en utilizarla para evaluar la inacción del Estado en aquellos casos en que argumenta

[48] Véase Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trans. J. Rivers, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 340-3.
[49] *Ibid*., p. 342.
[50] *Ibid*., p. 344.
[51] *Ibid*., p. 347.

escasez de recursos.[52] El problema más acuciante de esta teoría es que no sirve para determinar los resultados del proceso. No debe olvidarse que el caso *Lochner* podría haber sido decidido a través del tamiz doctrinal de la proporcionalidad (de hecho, hizo la pregunta más deferente de si la limitación era razonable), y de hecho el caso *Chaoulli* se decidió de esa manera. Por lo tanto, es necesario una teoría más robusta que pueda garantizar mejores resultados.

iii. Democracia deliberativa

Algunos análisis más sofisticados sugieren que el papel de los tribunales puede ser el promover la democracia deliberativa. Algunos juristas y filósofos importantes han defendido la visión de que los tribunales pueden proporcionar un foro para la participación de grupos vulnerables y excluidos en la toma de decisiones públicas, dándoles una voz institucional que se les ha negado en la arena electoral.[53] Estoy de acuerdo en términos generales, pero el problema de depositar tantas esperanzas en un concepto como la democracia deliberativa es que este concepto no se presta a aceptar que el Poder Judicial tenga una funció importante, es a veces ciego a las limitaciones institucionales y puede, en su forma no desarrollada, fomentar resultados judiciales que trastornan patrones de participación que de hecho son más igualitarios y deliberativos. Por ejemplo, sus defensores típicamente no reconocen los problemas generados por la ex-

[52] Caso *Khosa and Others* v. *Minister of Social Development and Others*, 2004 (6) BCLR 569 (CC) [83]-[84]; Caso *Jaftha* v. *Schoeman and others, Van Rooyen* v. *Stoltz and others*, 2005 (2) SA 140 (CC) [34]-[35]ff. El artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es una provisión que establece limitaciones generales, pero fue interpretado por los redactores como una cláusula que buscaba lidiar con limitaciones basadas en cuestiones distintas de la insuficiencia de recursos; véase Philip Alston y Gerard Quinn, "Nature and Scope of States parties Obligations", *Human Rights Quarterly,* vol. 9, núm. 156, 1987, pp. 192-203.

[53] Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, traducción W. Rehg, Polity Press, Cambridge, 1996; Sandra Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press, Oxford, 2008. Especialmente, Amy Gutmann y Dennis F. Thompson, *Democracy and Disagreement,* Harvard University Press, Cambridge, MA, 1996, pp. 34, 46-48, rechazan abiertamente la idea de que hay un papel para los Jueces en la democracia deliberativa.

tensión de los derechos procesales sustantivos en los sistemas de toma de decisiones administrativas complejas. Rara vez se reconoce explícitamente que, desde el punto de vista deliberativo, es difícil justificar que los ciudadanos de clase media o ricos puedan reclamar remedios sustantivos de los tribunales, dada su amplia representación en la política. Además, no se presta atención al problema de que una revisión judicial fuerte, si no se circunscribe cuidadosamente, realmente empeora la participación en general. Si un paciente puede alterar un esquema estatutario promulgado por un gobierno después de una elección disputada basándose en insuficiente representación, queda una pregunta sin respuesta: ¿qué hay de la representación de todos aquellos millones cuya decisión (encarnada en el estatuto) es efectivamente anulada? Además, ¿por qué debería una teoría como la democracia deliberativa apoyar remedios duros (como la eliminación de los estatutos) en lugar de mayores derechos de participación en las etapas legislativa y administrativa? Y algunos incluso consideran que estos mecanismos de participación tienen muchas ventajas en comparación con procedimientos judiciales. Considero que la democracia deliberativa puede responder a algunas o quizás a todas estas preguntas, pero para hacerlo, esta teoría tendría que expandirse, para convertirse en algo parecido a los principios presentados en este trabajo. Nuestra aproximación al problema intenta reconciliar de la manera más simple posible los derechos sociales con la idea del fracaso legislativo, con el reconocimiento de limitaciones institucionales y amplios derechos de participación.

iv. Contenido mínimo

El enfoque de contenido básico mínimo para la adjudicación de los derechos sociales es el que propone el aumento del escrutinio judicial de las decisiones que afectan las necesidades sustanciales de los demandantes de derechos. Por ejemplo, el núcleo mínimo del derecho a la vivienda podría garantizar a alguien un edificio estructuralmente sano que proteja a sus ocupante de las amenazas a la salud, pero no cualquier cosa más allá de ella. David Bilchitz ha publicado

un análisis sofisticado de este enfoque.[54] Sin duda, hay un punto de razón en esta idea de un núcleo mínimo: seguramente debe haber un énfasis particular en actuar contra las amenazas a las necesidades existenciales básicas de las personas y se debería priorizar la protección de intereses que son más urgentes que los que no lo son. Pero el enfoque del Tribunal Constitucional sudafricano respalda explícitamente este uso de la idea, al mismo tiempo que rechaza el enfoque más robusto propuesto por Bilchitz,[55] y en este sentido estoy de acuerdo. Hay algunas dificultades con este enfoque. El primero es doctrinal. Puede ser difícil identificar qué constituye el núcleo mínimo,[56] pero más importante aún es la imposibilidad de definir cuánto más intenso debe ser el escrutinio. El Tribunal Constitucional sudafricano, por ejemplo, pensó que un enfoque básico mínimo requeriría la provisión inmediata de derechos básicos, algo que es un error doctrinal, pero bastante comprensible. ¿Qué más se supone que significa? La respuesta es bastante sutil: aumento del escrutinio (cuasi) judicial, pero no una obligación absoluta, porque en última instancia, la falta de recursos puede justificar el incumplimiento. El problema más importante aquí es que los casos que involucran el núcleo mínimo pueden llegar a convertirse en los casos típicos, más que excepcionales, en la adjudicación de derechos sociales. Los casos de salud, vivienda y seguridad social pueden estar ligados a menudo al núcleo mínimo de maneras que los Jueces, en muchos casos, simplemente aceptan por razones de argumentación. Todos los casos principales en Sudáfrica encajan en este patrón, al igual que los casos de medicamentos que salvan vidas en Brasil, Colombia y Argentina. Pero la pregunta clave en la mayoría de los casos

[54] David Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of SocioEconmoic Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007. Véase, "Poverty and Fundamental Rights", en D. Bilchitz, *Poverty and Fundamental, op. cit.* pp. 820-824. Asimismo Katharine G. Young, "The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content", *Yale Journal of International Law*, vol. 33, 2008, pp. 113-175. Véase también, Malcolm Langford y Jeff King, "The United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights", en Malcolm Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Comparative and International Trends,* Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 492-5.

[55] Caso *TAC*, [34] (Yacoob J); ver también *Mazibuko and Others* v. *City of Johannesburg and Others* (CCT 39/09) 2010 (4) SA 1 (CC).

[56] *Ibid*., [37].

es cómo la conducta del Estado puede ser justificada, y el enfoque básico mínimo ofrece poca orientación. Y si el aumento del escrutinio judicial es regresivo (como parece haber sido en Brasil), entonces podría incluso empeorar las cosas.

v. Reforma institucional

Algunos argumentan que las limitaciones institucionales de los tribunales pueden ser superadas considerando la reforma del procedimiento legal adversarial del *common law*. Podríamos seguir la experiencia de la India o de los Estados Unidos utilizando una combinación de jurisdicción de supervisión (mandamientos estructurales) y/o el nombramiento de funcionarios administrativos que sean responsables ante el Juez, que puede compensar la falta de conocimientos especializados y de poderes de investigación. Sin embargo, es improbable que el sistema de *common law* cambie significativamente, por lo que hacer que el argumento en favor de los derechos sociales dependa de esa modificación lo haría menos viable desde el punto de vista político. En segundo lugar, las técnicas procesales empleadas en los Estados Unidos e India plantean sus propios problemas específicos. Los mandamientos estructurales son mejor vistos a la luz de estos problemas, como un último recurso que sólo se utilizará cuando se rompe la presunción de colaboración interinstitucional. En tercer lugar, estas técnicas de procedimiento, cuando tenían más justificación, se basaban en la intransigencia extraordinaria y el comportamiento manifiestamente inconstitucional de ciertos funcionarios del Poder Ejecutivo, o en la flagrante falta de cumplimiento de las funciones básicas del Estado. En esos casos existían verdaderos e innegables problemas relacionados con el Estado de derecho. Tales condiciones significarían que estamos al borde del rompimiento del Estado de derecho y, ante esas condiciones, la judicialización de los derechos sociales es impracticable.

vi. Razonabilidad sudafricana

El Tribunal Constitucional sudafricano se ha centrado en el requisito de la razonabilidad, que es un estándar más sólido que el que se ha desarrollado en el derecho administrativo.[57] Algunos pueden considerar que esta experiencia puede ser usada para decir que los tribunales encontrarán su camino y generarán una mayor protección, juzgando con cautela e integridad. Estoy de acuerdo con que el sistema sudafricano funciona. De hecho, considero que el enfoque expuesto en este texto se ajusta a los casos correctamente resueltos del Tribunal Constitucional sudafricano y ayuda a explicar porqué fueron correctamente decididos. Sin embargo, no es una buena idea construir una teoría basándose en un solo precedente. Por un lado, no es la única manera en que los tribunales han decidido, pero por otra parte, el Tribunal Constitucional ha estado hasta ahora compuesto en su mayoría por abogados y académicos destacados, muchos de los cuales eran notables defensores de los derechos civiles o activistas de derechos humanos. A medida que el tiempo avanza y el idealismo *post-apartheid* desaparece, y las nuevas élites se petrifican, podríamos empezar a preocuparnos por los nombramientos judiciales y los juicios. Además, no es satisfactorio depositar todas nuestras esperanzas en una confianza ciega en la sabiduría judicial. Ciertas decisiones –como el caso *Khosa*, que exigía la provisión de seguridad social a todos los residentes permanentes– pueden ser criticadas por no entender los riesgos dinámicos asociados con un impacto presupuestario significativo. Sobre todo, debemos seguir diciendo porqué la experiencia está funcionando, qué rasgos de la jurisprudencia se destacan como corresponde, y qué orientación se encuentra en ella para los casos futuros y de otras jurisdicciones. Sospecho que los Jueces de la Corte Constitucional darían la bienvenida a una mayor elaboración doctrinal sobre sus decisiones.

[57] Véase M. Wesson, "Grootboom and Beyond: Assessing the Socio-Economic Jurisprudence of the South African Constitutional Court", *South African Journal of Human Rights,* vol. 20, 2004, p. 284.

4. Conclusión

Este artículo ha presentado lo que en mi opinión sería el enfoque interpretativo básico de los derechos sociales constitucionales. El resultado sorprendente es que el alcance del interés por recibir el mínimo social no es el aspecto crucial de lo que los Jueces deberían especificar. En este sentido, los derechos sociales no son diferentes de la mayoría de los derechos civiles y políticos. Más bien, cuando los Jueces dictaminan obligaciones calificadas –y he argumentado que los textos constitucionales deben enmarcar los derechos sociales de esta manera– la cuestión crucial para ellos es si el Estado ha cumplido una obligación general. Tales obligaciones son ordinariamente genéricas e ineludiblemente indeterminadas en la adjudicación. Y otra vez, ese tipo de indeterminación no es, en absoluto, un rasgo único de los derechos sociales. De manera más constructiva, sin embargo, lo que emerge del reconocimiento de esto es que, al juzgar las obligaciones calificadas, el papel del tribunal se refiere esencialmente a identificar la aceptabilidad de las justificaciones en apoyo de las políticas propuestas y no a la aceptación categórica de esas políticas. En resumen, los tribunales se ocupan de las justificaciones y no, en el curso ordinario de las cosas, del alcance de los intereses.

Sin embargo, no basta con demostrar que las normas jurídicas aplicadas en la adjudicación de los derechos sociales y civiles son fundamentalmente similares en este respecto. Existe una preocupación especial por el uso de normas legales abiertas para inmiscuirse en el Estado de bienestar. Esa es la preocupación acuciante de muchos académicos y Jueces que comparten los objetivos que los derechos sociales buscan alcanzar. En mi opinión, esa preocupación legítima da lugar a la necesidad de una doctrina de deferencia judicial. Adicionalmente, las doctrinas existentes sobre la adjudicación y sobre la adjudicación de derechos sociales en particular son insuficientes porque no reconocen la necesidad de una teoría específica de deferencia judicial.

DERECHOS SOCIOECONÓMICOS, CRISIS ECONÓMICA Y DOCTRINA JURÍDICA*

SOCIO-ECONOMIC RIGHTS, ECONOMIC CRISIS, AND LEGAL DOCTRINE

David Bilchitz**

Resumen

Este trabajo desarrolla el marco conceptual para abordar los derechos socioeconómicos en tiempos de crisis económica. La sección 2 explora una importante característica de los derechos socioeconómicos: el hecho de que generalmente dan lugar a obligaciones positivas cuando los individuos son incapaces de satisfacer sus necesidades. Mi conclusión es que los derechos socioeconómicos no pierden aplicabilidad en tiempos de crisis: en efecto, es en estas circunstancias en las que cobran mayor relevancia. En la sección 3 considero las doctrinas jurídicas que hacen más probable que estos derechos sean significativos en estas circunstancias. Primero, diversas obligaciones negativas persisten en tiempos de crisis y pueden generar un deber a los actores privados de compensar por los daños que causen. Segundo, el enfoque del núcleo esencial proporciona la base doctrinaria para hacer efectivas las obligaciones positivas del

* Traducción de Ana Lucía Díaz Azcúnaga. Texto en inglés publicado en *International Journal of Constitutional* Law, vol. 12, núm. 3, 2014, pp. 710-739. Reproducido con autorización de Oxford University Press.

** Profesor de Derechos Humanos y Derecho Constitucional, Universidad de Johannesburgo; Director, South African Institute for Advanced Constitutional, Public, Human Rights and International Law; Secretario General, Asociación Internacional de Derecho Constitucional.

Estado, con su énfasis en priorizar, generar estándares claros y rendición de cuentas. Finalmente, refuto el argumento de que la doctrina de proporcionalidad puede dar contenido a estos derechos en tiempos de crisis. El análisis de proporcionalidad, más bien, debe ser complementado por una doctrina de contenido. Usado correctamente, ayuda a determinar si cualquier limitación a las obligaciones derivadas de los derechos socioeconómicos en tiempos de crisis es justificada.

Palabras clave: Derechos sociales en tiempos de crisis, obligaciones positivas y negativas, razonabilidad, núcleo esencial, responsabilidad de los actores privados, suspensión y limitación de los derechos sociales.

Abstract

This paper develops the conceptual framework for dealing with socio-economic rights in times of economic crisis. Section 2 explores an important feature of socio-economic rights: the fact that they generally give rise to positive obligations when individuals are unable to provide for their own needs. I reach the conclusion that socio-economic rights do not lose their application in times of crisis: indeed, it is in these circumstances that they become most important. In Section 3, I consider the legal doctrines that are most likely to render these rights meaningful in these circumstances. First, various negative obligations persist at times of crisis and can result in a duty on the part of private parties to compensate for harms they cause. Second, the minimum core approach provides the doctrinal basis to give effect to the state´s positive obligations with its emphasis on prioritization, clear standards, and accountability. Finally, I counter the argument that the doctrine of proportionality provides content to social rights in times of crisis. Rather, proportionality requires supplementation by a doctrine of content. Correctly used, it helps to determine the justifiability of any limitations the government places on its socio-economic rights obligations in times of crisis.

Keywords: Social rights in times of crisis, positive and negative obligations, reasonableness, minimum core, responsibility of private parties, derogation and limitation of social rights.

1. Introducción

La crisis económica que estremeció al mundo en 2008 ha tenido un fuerte impacto sobre la difícil situación de los individuos tanto en los países

desarrollados, como en aquellos en vías de desarrollo.[1] Aunque comenzó con una crisis en el mercado inmobiliario y financiero, ha tenido múltiples efectos económicos a nivel internacional. Los bancos, particularmente en los Estados Unidos, iniciaron una serie de ejecuciones hipotecarias, lo que resultó en que muchas personas perdieran sus hogares. La producción industrial se redujo significativamente, ya que los mercados crediticios se congelaron y los bancos dejaron de otorgar préstamos. El producto interno bruto (PIB) cayó en la mayoría de los países desarrollados, lo que a su vez incrementó el desempleo rápidamente.[2] La Organización Internacional del Trabajo ha estimado que más de 50 millones de trabajadores perdieron sus empleos como resultado de la crisis, mientras que otros sufrieron reducciones de salarios y condiciones de trabajo cada vez más inseguras.[3] Muchos individuos dependían cada vez más de prestaciones sociales en países donde una red de seguridad social existía, lo que llevó a un incremento del gasto público en esta área. El ingreso reducido de muchos individuos también ha tenido un impacto en los ingresos fiscales de los gobiernos. Dado que los individuos han tenido menos dinero, han reducido sus gastos en bienes y servicios no-esenciales, lo que ha llevado a una contracción de la economía. A menudo los gobiernos también estuvieron implicados en proporcionar sustanciales y costosos paquetes de rescate para las instituciones financieras. Todas estas condiciones crearon las semillas para la crisis de deuda soberana por la cual los inversionistas perdieron fe en la habilidad de ciertos gobiernos –como Grecia e Irlanda– para reembolsar sus deudas.[4] Bajo estas condiciones, y con ingresos tributarios reducidos, muchos gobiernos han buscado limitar sus

[1] Véase Ignacio Saiz, "Rights in recession? Challenges for Economic and Social rights Enforcement in Times of crisis", *Journal of Human Rights Practice,* vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 279-280, para una breve perspectiva de los efectos de la crisis en los derechos de los individuos. Véase Peter Van Bergeijk, Arjan de Haan y Rolph Van der Hoeven (eds.), *The Financial Crisis And Developing Countries: A Global Multidisciplinary Perspective,* Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011, para una discusión de sus efectos en los países en vías de desarrollo.

[2] *Cfr.* Tony Ciro, *The Global Financial Crisis: Triggers, Responses and Aftermath*, Ashgate Publishing, Surrey, 2012, pp. 1-5.

[3] Director-General de la Organización Internacional del Trabajo, *Tackling the Global Jobs Crisis: Recovery through Decent Work Policies,* 2009, consultado en el sitio http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/–ed_norm/–relconf/documents/meetingdocument/wcms_106162.pdf, [última fecha de consulta: 15 de julio de 2014].

[4] Véase Ciro, *The Global Financial Crisis…, op. cit.,* pp. 114-121 para una descripción de la relación entre la crisis financiera global y la crisis de deuda soberana en la Unión Europea.

propios gastos. Cada vez más, las llamadas medidas de austeridad han dado lugar a reducciones del gasto en programas de bienestar social, lo que ha privado a los más vulnerables de su red de protección social.[5] En vista de la crisis económica, muchos individuos se encuentran más necesitados que nunca; sin embargo, irónicamente, a menudo el gasto en sus derechos socioeconómicos es recortado.

La crisis económica no era inevitable, y su discusión a menudo obscurece el hecho de que era prevenible y que fue el resultado de una serie de prácticas sin escrúpulos en los mercados inmobiliarios y financieros.[6] De modo similar, la respuesta de los individuos, corporaciones y gobiernos involucra decisiones que deben llevarse a cabo dentro de los límites que imponen las principales disposiciones de derechos humanos en las constituciones nacionales y en el derecho internacional. Como Saiz apunta, "a pesar de la obvia dimensión de derechos humanos de la crisis, los derechos humanos apenas han figurado en los diagnósticos o propuestas sugeridas por la comunidad internacional".[7] El análisis de derechos humanos, señala, también ha estado ausente en gran medida en el debate público alrededor de la crisis, e incluso los defensores de derechos humanos han fallado en involucrarse a profundidad con esta pregunta.[8] La literatura académica, sólo hasta hace poco, empezó a aumentar alrededor de esta cuestión.[9] Cabe preguntarse, entonces, si las disposiciones de derechos socioeconómicos en una Constitución o en el derecho internacional pueden orientar la reacción de los gobiernos en tiempos de crisis económica.

---

[5] Organización Internacional del Trabajo e Instituto Internacional de Estudios Laborales, *A Global Policy Package to Address the Global Crisis*, 2008, consultado en el sitio http://www.ilo.org/public/libdoc/2008/108B09_307_engl.pdf [última fecha de consulta: 15 de julio de 2014].

[6] Para una exposición de las prácticas que llevaron a la crisis, así como los personajes involucrados, véase Bethany McLean y Joe Nocera, *All The Devils Are Here: The Hidden History Of The Financial Crisis*, Penguin Publishing, Nueva York, 2011.

[7] I. Saiz, "Rights in Recession…", *op. cit.,* p. 280.

[8] *Ibid*.

[9] Se trata de Xenophon Contiades (ed.), *Constitutions In The Global Financial Crisis*, Ashgate Publishing, Farnham, 2013; y Aoife Nolan (ed.), *Economic And Social Rights After The Global Financial Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

Al contestar esta pregunta buscaré ocuparme de los fundamentos conceptuales de los derechos socioeconómicos y sus implicaciones en tiempos de crisis. En la sección 2 exploro, en primer lugar, lo que podría considerarse como una peculiar pero importante característica conceptual de los derechos socioeconómicos, a saber, el hecho de que generalmente solo dan lugar a obligaciones positivas en circunstancias en que los individuos son incapaces de satisfacer sus propias necesidades.[10] En otras circunstancias, simplemente requieren a otros actores que no interfieran en la capacidad de los individuos de atender sus necesidades. Las implicaciones de estas características de los derechos socioeconómicos se pueden comprender mejor una vez que tenemos un entendimiento más detallado de la noción de crisis económica. Distingo entre tres circunstancias de dichas crisis: una crisis económica para individuos en particular; una situación en la que múltiples individuos se encuentran en crisis económica y las finanzas del gobierno son limitadas, y una situación en la que los fundamentos mismos de un sistema social en particular se encuentran en riesgo. La conclusión a la que busco llegar en la sección 2, a partir de la discusión anterior, es que las situaciones de crisis económica son precisamente las circunstancias que los derechos socioeconómicos están diseñados para abordar y, como tal, juegan un papel crucial al determinar las obligaciones que derivan de esos derechos.

La sección 3 de este artículo evalúa las doctrinas jurídicas que resultan más adecuadas para abordar las circunstancias de crisis económica. Primero, considero la importancia de las obligaciones negativas para la protección de los derechos socioeconómicos y cómo éstas dan origen, tanto a protecciones procedimentales, como substantivas en dichos casos. También sostengo, quizás controversialmente, que estos derechos conllevan un deber para aquellos que provocaron la crisis, de compensar a quienes sufren de privaciones de sus

[10] Esta característica conceptual puede no estar limitada únicamente a los derechos socioeconómicos, sino que también surge en el contexto de los derechos civiles y políticos que dan lugar a fuertes obligaciones positivas, como es el caso del derecho a la asistencia legal.

derechos como resultado de la crisis. Un enfoque basado en derechos fundamentales requiere que dicha compensación aborde directamente los perjuicios causados a los individuos por el comportamiento negligente o sin escrúpulos de los actores que provocaron la crisis. Segundo, me ocupo de las obligaciones positivas que conllevan los derechos socioeconómicos en tiempos de crisis económica. Sostengo que el enfoque de razonabilidad (como el desarrollado por la Corte Constitucional de Sudáfrica) no ofrece mucha protección a los derechos sociales en tiempos de crisis económica. El enfoque del núcleo esencial, como el desarrollado en el derecho internacional de los derechos humanos y en algunas jurisdicciones nacionales, es mejor para abordar las difíciles preguntas de prioridad que deben llevarse a cabo. Sin embargo, dicho enfoque debe ser complementado mediante el desarrollo de lo que denomino el "umbral mínimo relativo". Finalmente, abordo el argumento expuesto recientemente por dos autores, consistente en que la doctrina de proporcionalidad puede ayudar a proporcionar contenido a los derechos sociales en tiempos de crisis económica. En respuesta a estos autores, sostengo que las características conceptuales del análisis de proporcionalidad implican que éste no puede dotar contenido alguno a los derechos sociales, sea o no en tiempos de crisis económica. De hecho, su utilidad depende del desarrollo de un contenido independiente de estos derechos, y busco mostrar cómo el análisis de proporcionalidad debe complementarse con una doctrina cómo la del enfoque del núcleo esencial. Así entendido, el uso correcto del análisis de proporcionalidad permite un test estructurado para determinar las circunstancias bajo las cuales los gobiernos pueden justificadamente limitar sus obligaciones.

2. Crisis y derechos socioeconómicos: fundamentos conceptuales

a. Las circunstancias de la justicia: obligaciones positivas y negativas

Para intentar entender la manera en que el derecho debe aproximarse a los derechos socioeconómicos en tiempos de crisis económica, es necesario

comenzar con ciertas características conceptuales de estos derechos en general. Los derechos socioeconómicos están diseñados en última instancia para proporcionar determinadas protecciones a los intereses de los individuos en tener acceso a ciertos recursos socioeconómicos. Cécile Fabre, por ejemplo, sostiene que tales derechos protegen los intereses vitales que los individuos tienen en su autonomía y bienestar. Como resultado, señala, no se trata simplemente de derechos morales, sino que merecen ser constitucionalizados: "convertir un derecho moral en un derecho constitucional significa que el interés protegido por el derecho moral es lo suficientemente importante para inhabilitar legalmente a los ciudadanos y miembros de la legislatura para promulgar leyes que violen estos derechos morales, es decir, para cambiar la situación legal de las personas prohibiéndoles por ley hacer ciertas cosas, o al no darles ciertas cosas por ley".[11] También he sostenido que los intereses protegidos por los derechos socioeconómicos son de un nivel similar de importancia que aquellos protegidos por los derechos civiles y políticos. Sin respeto a ambos grupos de derechos, una sociedad no puede afirmar que trata las vidas de los individuos como si fueran de igual importancia, medida de cualquier sistema político decente.[12] Frank Michelman proporciona un argumento adicional sobre la importancia de los derechos socioeconómicos, que tiene como base la noción Rawlsiana de legitimidad que emana de un sistema en el que individuos, libres, iguales y diversos podrían razonablemente consentir un sistema político. Sin protecciones para los derechos socioeconómicos, Michelman reconoce que dicho test de legitimidad no puede cumplirse, pues es poco probable que dichos individuos tendrían razón para consentir cualquier sistema político en el que sus intereses más básicos en vivir una vida decente podrían ser abrogados.[13]

---

[11] Cécile Fabre, *Social Rights Under the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 101.

[12] Para una justificación completa sobre porqué el principio de igual importancia requiere protección de ambos grupos de derechos, véase, David Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 57-74.

[13] *Cfr.* Frank Michelman, "Socio-Economic Rights in Constitutional Law: Explaining America Away", *International Journal of Constitutional Law,* vol. 6, núm. 3-4, 2008, pp. 11-13.

La comprensión de las profundas raíces normativas de los derechos socioeconómicos son particularmente importantes en tiempos de crisis, cuando algunos se inclinan por considerar estos derechos como prescindibles. Su conexión con las preocupaciones más fundamentales de los individuos, así como la legitimidad misma de una comunidad política significa que debemos lidiar con sus implicaciones, aun cuando su plena realización quizá necesite ser atenuada. Estos fundamentos normativos también nos ofrecen una perspectiva –que pone un fuerte énfasis en el individuo y su vulnerabilidad socioeconómica– a través de la cual los efectos de una crisis económica pueden ser examinados y las respuestas relevantes desarrolladas. A este respecto, es necesario considerar con más detalle ciertas características conceptuales de las obligaciones que estos derechos conllevan, con el fin de abordar cómo podrían modificarse estos deberes en tiempos de crisis.

Las dificultades planteadas frecuentemente en relación con la justiciabilidad y aplicación de los derechos socioeconómicos usualmente están conectadas a que estos involucran obligaciones positivas sobre los órganos del Estado (y otros actores en algunas circunstancias).[14] Para definir dichas obligaciones, es necesario especificar qué bienes y servicios particulares deben ser destinados a qué personas y qué actor tiene la responsabilidad de hacerlo. Sin embargo, la conceptualización de que los derechos socioeconómicos involucran primordialmente obligaciones positivas está, en cierto sentido, fundamentalmente equivocada. Como reconoció la Corte Constitucional de Sudáfrica en respuesta a un primer desafío a la justiciabilidad de dichos derechos, "como mínimo, los derechos

[14] La aplicación positiva de los derechos socioeconómicos suscita preocupaciones sobre el contenido de estos derechos y sobre la competencia y legitimidad de los Jueces en este ámbito. Para la discusión de algunas de estas preocupaciones véase Marius Pieterse, "Coming to terms with judicial enforcement of socio-economic rights", *South African Journal on Human Rights*, vol. 20, núm. 3, 2004, pp. 390-396; Eric Christiansen, "Adjudicating non-Justiciable Socio-Economic Rights: Socio-Economic Rights and the South African Constitutional Court", *Columbia Human Rights Law Review,* vol. 38, núm. 2, 2007, pp. 342-353. La Corte Constitucional de Sudáfrica hace referencia a estos problemas en *Minister of Health v. Treatment Action Campaign* 2002 (5) SA 721 (CC), párrafo 38.

socioeconómicos pueden ser protegidos negativamente de una intromisión indebida".[15] De igual manera Henry Shue, en su obra clásica, defendió la importancia de reconocer tanto las obligaciones positivas como negativas que derivan de los derechos socioeconómicos.[16] Estas observaciones han sido plasmadas en el derecho internacional de los derechos humanos a través del reconocimiento de tres tipos de obligaciones que emanan de estos derechos, a saber, deberes de respetar, proteger, y realizar tales derechos.[17]

Las obligaciones negativas que derivan de los derechos socioeconómicos, sin embargo, no sólo son importantes por enfatizar sus similitudes a los derechos civiles y políticos; más bien, estas obligaciones nos dan un entendimiento sobre la división de responsabilidad que existe para la realización de estos derechos. Las obligaciones negativas que emanan de los derechos socioeconómicos esencialmente protegen a las personas en su posesión de los recursos que tienen actualmente, requiriendo que nadie dañe su capacidad de utilizarlos para realizar sus intereses socioeconómicos. Una inferencia importante de esta línea de razonamiento es que una vez que un individuo tiene recursos suficientes para realizar sus intereses en tener vivienda, alimentos, comida, agua y servicios de salud, el único deber que recae sobre el gobierno y otros actores es no interferir en su posesión de estos recursos y su utilización de los mismos en la realización de sus capacidades importantes. El Estado también tiene una responsabilidad de asegurar que no haya interferencia de otros particulares en la capacidad de los individuos para usar sus recursos socioeconómicos para satisfacer sus intereses básicos. En general, sin embargo, la responsabilidad positiva de proveer para la satisfacción de estos intereses reside en el propio individuo (a menos de que,

[15] En *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa,* 1996 (4) SA 744 (CC), párrafo 78.

[16] *Cfr.* Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, 2da. ed., Princeton University Press, Princeton, 1996, pp. 35-40.

[17] Véase *v.gr.*, Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 12, El derecho a una alimentación adecuada (Art. 11)*, 1999, UN doc. E/C.12/1995/5. Véase también Asjborn Eide, "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights", en Asjborn Eide, Catarina Krause y Allen Rosas (eds.), *Economic Social and Cultural Rights: A Text-Book,* 2da ed., Martinus Nijhoff, Dordrecht, 2001, pp. 9, 22-28.

por alguna razón, éste sea incapaz de hacerlo de forma tal que detone las obligaciones de otros).

Notablemente, entonces, la obligación negativa de respetar estos derechos aplica incondicionalmente: en todas las circunstancias, ningún otro actor debe interferir en la capacidad de los individuos de atender sus propias necesidades. Las obligaciones positivas de realizar (de proporcionar recursos socioeconómicos específicos) son, sin embargo, condicionales:[18] sólo surgen en circunstancias en que los individuos son incapaces de satisfacer sus necesidades básicas por sí mismos.[19] Este análisis tiene dos consecuencias importantes: primero, el deber positivo de proporcionar bienes socioeconómicos a los individuos no debería ser considerado como la única obligación significativa que emana de los derechos socioeconómicos y mayor atención debe ser puesta en los demás deberes que surgen también; segundo, necesitamos comprender las circunstancias bajo las cuales las obligaciones positivas para la realización de los derechos sociales son activadas. Este razonamiento tiene importantes implicaciones para las obligaciones del gobierno y del sector privado en relación con la crisis financiera global. Sin embargo, antes de poder comprender las implicaciones de estos puntos conceptuales en relación con la doctrina jurídica en tiempos de crisis, primero debemos tener un significado más preciso de crisis, lo cual constituye el tema de la siguiente sección.

b. Los distintos significados de crisis

El término crisis es definido por el *Oxford English Dictionary* como un tiempo de "intensa dificultad o peligro".[20] Sin embargo, la definición no nos informa de

[18] También pueden ser condicionales en otras maneras: véase D. Bilchitz, *Poverty and…*, *op. cit.*, pp. 78-101.

[19] Las obligaciones positivas de otros pueden variar dependiendo de la medida en que dicha incapacidad surja por culpa del individuo en cuestión. Aunque los individuos tienen cierta responsabilidad por su difícil situación, no deberían encontrarse por debajo del núcleo esencial en relación con los derechos socioeconómicos incluso si la razón por la cual se encuentran en circunstancias desesperadas surgieron por culpa propia, *Ibidem,* pp. 96-97.

[20] Voz "crisis", en *Oxford Dictionaries*, http://oxforddictionaries.com/definition/english/crisis, [última fecha de consulta: 15 de julio de 2014].

dónde surge la intensidad o en qué consiste la dificultad o peligro. Como resultado, la noción en sí misma puede ser peligrosa: sin parámetros claros, el concepto es en sí mismo maleable, aunque emotivo. La afirmación de que una crisis existe a menudo infunde una sensación de pánico, y puede ser utilizada por los gobiernos para justificar respuestas extraordinarias que usualmente no serían aprobadas por la población. Las circunstancias de crisis a menudo también son usadas para justificar la falta de realización de los derechos fundamentales: para entender si, y bajo qué condiciones, esto puede ser justificable, necesitamos llegar a un entendimiento más preciso de la noción de "crisis". El enfoque de este artículo son las situaciones de crisis económica, aunque parte del análisis y cuestiones sobre la doctrina jurídica podrían ser aplicables a otros tipos de crisis. Sostendré que es útil fragmentar la noción de crisis económica en varias subcategorías afines. El análisis de las nociones que aquí se desarrollan enfatiza que el punto de partida para un estudio de crisis económica radica en los efectos que esta tiene sobre los individuos y por tanto, es particularmente adecuado para el contexto de los derechos humanos.[21] A lo largo de esta sección utilizaré las referencias a la noción de crisis utilizadas en el histórico caso *Grootboom*[22] resuelto por la Corte Constitucional de Sudáfrica, como ilustración de estas acepciones y para proporcionar un contexto empírico, así como profundidad al análisis.

i. Crisis personal

Los hechos del caso *Grootboom* inmediatamente nos sitúan entre un gran número de personas en situación de pobreza que se instalaron en un terreno con solo

[21] Para un enfoque contrastante (aunque no incompatible) para entender la noción de crisis, véase *v.gr.*, Jean Clam, "What is a crisis?", en Poul Kjaer, Gunther Teubner y Alberto Febbrajo (eds.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2011. Para un entendimiento clásico de crisis financiera basado en la historia y teoría económica, véase Charles Kindleberger, *Manias, Panics and Crashes*, Wiley, Nueva York, 1996.

[22] *Grootboom v. Government of the Republic of South Africa* 2001 (1) SA 46 (CC).

una lámina de plástico para cubrirse. Todas estas personas estaban expuestas a las ráfagas de viento y condiciones lluviosas que prevalecen durante el invierno en el Cabo Occidental de Sudáfrica. La primera referencia a una crisis en la sentencia ocurre en relación a un ofrecimiento del Estado para "mejorar la situación inmediata de crisis en la que los demandados estaban viviendo".[23] Estas condiciones representan la que podríamos denominar una "crisis personal": los individuos se encuentran en circunstancias desesperadas y no cuentan con la capacidad para satisfacer las condiciones generales necesarias para ser libres de amenazas a su supervivencia o a su bienestar básico.[24] La crisis en el caso *Grootboom* estaba relacionada con las necesidades físicas de los individuos; sin embargo, una crisis personal también puede, desde luego, surgir en relación con la dimensión emocional o psicológica de un individuo, donde su mismo bienestar mental puede estar devastado. De este modo, una crisis personal surge cuando existe una amenaza grave al bienestar –ya sea físico, emocional o psicológico– de un individuo. Tal situación comúnmente se encuentra conectada a una crisis económica personal en la que los individuos son incapaces de adquirir los recursos para satisfacer sus propias necesidades. Dicha situación puede surgir como resultado de diversas causas.

Por un lado, un individuo puede sufrir una seria enfermedad o trastorno. Ello puede por sí mismo constituir una crisis personal, aunque también puede precipitar una sucesión de eventos que exacerben el malestar inicial. La enfermedad podría, por ejemplo, impedir a una persona para trabajar y así recibir un ingreso. En consecuencia, el individuo en cuestión puede encontrarse incapacitado para pagar la renta o hipoteca y rápidamente quedarse sin hogar. De no contar con reservas de ingreso, el individuo puede encontrarse imposibilitado para adquirir alimentos, así como servicios municipales como agua, servicios sanitarios y

[23] *Ibid.,* párrafo 5.

[24] Para los fundamentos filosóficos de esta noción y como éstos se relacionan con el enfoque del núcleo esencial a los derechos socioeconómicos, véase D. Bilchitz, *Poverty and…, op. cit.*, pp. 39-40 y pp. 185-192.

electricidad. Muy rápidamente, una incapacidad para trabajar puede llevar al individuo a una situación de extrema necesidad.

Las causas de una crisis personal también pueden no estar relacionadas únicamente a la condición del individuo. Un empleado puede ser capaz para trabajar y estar dispuesto a hacerlo, y aun así una compañía determinar que no puede costear sus servicios. Si las condiciones económicas en una sociedad son malas o las habilidades de una persona no son fácilmente transferibles, puede ser extremadamente difícil conseguir un empleo. En tales circunstancias, las condiciones económicas y sociales provocan que los individuos sean incapaces de trabajar, adquirir ingresos y satisfacer sus urgentes necesidades humanas básicas. La crisis financiera de 2008 constituye un ejemplo de cómo las circunstancias sociales y económicas imperantes pueden conducir a muchos hacia situaciones de crisis personal.

La sentencia *Grootboom* se refiere a otra situación: cuando las personas se encuentran "en crisis debido a desastres naturales como inundaciones e incendios, o porque sus hogares están bajo amenaza de ser demolidos".[25] La Corte aquí hace referencia a personas que han caído en una crisis personal en virtud de un desastre natural que se encuentra fuera de su control, así como a acciones lícitas llevadas a cabo por organismos privados y de gobierno que amenazan la capacidad de los individuos de atender sus propias necesidades.

Me he enfocado en gran medida en causas por las que un individuo es incapaz de satisfacer sus propias necesidades sin que ello sea culpa suya. Desde luego, también habrá circunstancias en que la desesperación de los individuos resulta de sus propias decisiones, por las cuales deben responsabilizarse. Cualquiera que sea la causa de la incapacidad de un individuo para satisfacer sus propias nece-

[25] *Grootboom v. Government of the Republic of South Africa* 2001 (1) SA 46 (CC), párrafo 52.

sidades, notablemente, el resultado es el mismo: estas circunstancias podrían plausiblemente ser denominadas como crisis personal.[26]

ii. Crisis estructural

En el caso *Grootboom*, sin embargo, los hechos requieren que articulemos otro tipo de crisis económica: si bien pudo haberse dicho que cada individuo se encontraba en una situación de crisis personal, notablemente, había muchos individuos que se encontraban en esta grave situación. La escasez de viviendas decentes para estas personas surgió como resultado de políticas deliberadas realizadas durante el *apartheid*, cuando el flujo de personas afrodescendientes a las áreas urbanas del Cabo Occidental se encontraba restringido por ley. Consecuentemente, el abastecimiento de viviendas formales proporcionadas por el gobierno fue escaso y los asentamientos informales crecieron alrededor de Ciudad del Cabo.[27] La crisis de vivienda en el Cabo Oeste es descrita por los Jueces en el caso como alcanzando "proporciones de crisis".[28] Además, los esfuerzos para abordar esta situación a partir de la caída del *apartheid* no había sido adecuada: el propio gobierno admitió en un informe que hay "un completo desajuste entre demanda y oferta en el sector de vivienda, resultando en una crisis en el abastecimiento de viviendas".[29]

La situación descrita en *Grootboom* exhibe muchos elementos de lo que podemos denominar como "crisis estructural". En tales situaciones, primero, es importante reconocer que existen muchos individuos que están (o están en peligro de estar en) circunstancias de crisis personal. Ello enfatiza la importante interrelación entre estas nociones de crisis. Segundo, las causas de dicha situación se

[26] El papel de la responsabilidad desde luego impactará sobre las obligaciones positivas que otros tengan en dichas circunstancias, como es discutido en H. Shue, *Basic Rights…, op. cit.*

[27] *Grootboom*, 2001 (1) SA 46 (CC), párrafo 6.

[28] *Ibid.,* párrafo 85.

[29] *Ibid.,* párrafo 60.

encuentran conectadas con uno o más sistemas o estructuras sociales o económicas. Cualquier solución a las circunstancias en cuestión requiere atender los elementos estructurales generales que han dado lugar al problema. Tercero, a menudo existe una respuesta inadecuada a las circunstancias sociales imperantes. Esa respuesta a menudo se ve afectada por la escasez de recursos financieros y humanos para atender los problemas en cuestión: el gran número de personas que se encuentran en tal situación supone una carga sobre la capacidad del Estado para satisfacer sus obligaciones de apartar a los individuos de tales crisis.

iii. Crisis estructural fundacional

En algunos casos, una crisis estructural es particularmente severa y puede amenazar los fundamentos mismos de importantes estructuras sociales. A dicha crisis me referiré como una "crisis estructural fundacional". Una situación en la que se encuentren en riesgo las estructuras y sistemas económicos que gobiernan una sociedad o a la comunidad internacional, sería un ejemplo de una crisis económica fundacional. El colapso del mercado de valores en 1929 afectó el sistema económico global y, a su vez, llevó a una depresión que situó a millones de personas en situaciones de crisis personal. Gran parte de la preocupación relacionada con la crisis económica del 2008 fue que pudiera tratarse de una crisis fundacional: la solvencia de muchos bancos se encontraba bajo riesgo, lo que a su vez tuvo repercusiones económicas globales.

Una crisis fundacional tiene todos los rasgos distintivos de una crisis estructural, pero incluye las siguientes dimensiones adicionales: primero, la escala y el alcance de los efectos son extensos; segundo, afecta la continuación misma, así como la viabilidad de una estructura social importante. Mientras que el caso *Grootboom*, como hemos visto, implicaba una crisis estructural de vivienda, las circunstancias imperantes en ese momento probablemente no amenazaban las estructuras políticas y económicas mismas de la sociedad sudafricana y por

tanto no constituye una crisis estructural fundacional. No obstante, si la situación no es atendida, el incremento del número de individuos habitando viviendas inadecuadas podría llevar a una fuerte inestabilidad política, así como a una continua ocupación de tierras y propiedades que, con el tiempo, podría amenazar el orden político y el socioeconómico.

iv. Crisis económica y las circunstancias de la realización de los derechos socioeconómicos

Entender estos distintos significados y tipos de crisis económica es importante, pues ayuda a comprender las circunstancias en que la realización de los derechos socioeconómicos cobra relevancia. Todos los individuos requieren protección de su derecho a controlar recursos y a utilizarlos para alcanzar su bienestar socioeconómico. Sin embargo, cuando un individuo se encuentra en situación de crisis personal y es incapaz de atender sus necesidades, la condición que da lugar a las obligaciones positivas de prestar asistencia se activa.

El caso *Grootboom* es ilustrativo ya que también destaca el hecho de que, en los países en vías de desarrollo, un gran número de personas se encuentran en crisis personal continuamente. Dado que una crisis personal es, de hecho, lo que activa el funcionamiento de las obligaciones positivas que emanan de los derechos socioeconómicos, dicha crisis no puede en modo alguno atenuar las obligaciones que tienen los demás; más bien, esta define precisamente las circunstancias bajo las cuales tales obligaciones positivas cobran sentido.

Además, en los países en desarrollo, continuamente, un gran número de personas se encuentran en circunstancias de desesperación. Las crisis estructurales de vivienda (como ocurrió en el caso *Grootboom*) no son la excepción, sino la regla.[30]

[30] Una observación similar es sostenida por Anashri Pillay y Murray Wesson, "Recession, Recovery and Service Delivery: Political and Judicial Response to the Financial And Economic Crisis", en Nolan, *Economic and Social Rights after …*, *op. cit.*

Es en estas condiciones en las que la jurisprudencia relacionada con los derechos socioeconómicos de los tribunales en países en desarrollo se ha construido y es particularmente importante. Una vez más, es importante reconocer que las circunstancias de crisis estructural son precisamente en las que las obligaciones derivadas de los derechos socioeconómicos cobran mayor importancia. Esta cuestión no solo es cierta en los países en desarrollo: también ha tenido importancia en los países desarrollados.[31]

Dar respuesta a condiciones en las que unos cuantos individuos se encuentran en una situación de crisis personal no es muy difícil para los países desarrollados modernos que cuentan con grandes cantidades de recursos a su disposición. El problema surge para estos Estados cuando una gran cantidad de personas acaban inmersos en dichas situaciones. En efecto, en el mundo desarrollado, la crisis económica de 2008 ha conducido a un mayor número de personas hacia condiciones de pobreza.[32] Sin embargo, esta situación no es única: la Gran Depresión de la década de 1930 derivó en un sufrimiento grave de muchos individuos. No obstante, fue en este momento que Roosevelt formuló la noción de vivir libre de miseria, así como una segunda carta de derechos que cubrió algunos de los derechos socioeconómicos más importantes.[33] Este ejemplo ilustra el hecho de que el desarrollo de la necesidad de contar con derechos socioeconómicos, así como el discurso a su alrededor, a menudo pueden atribuirse a circunstancias de crisis estructurales y en ocasiones incluso a crisis estructurales fundacionales.

---

[31] Véase., *v. gr.,* el siguiente informe: European Agency for Fundamental Rights, *Protecting Fundamental Rights During the Economic Crisis,* diciembre 2010, consultado en el sitio http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra:uploads/1423-FRA-Working-paper-FR-during-crisisDec10_EN.pdf, [última fecha de consulta: 15 de julio de 2014].

[32] Véase, *v.gr.*, Helena Smith, "Greek Homeless Shelters Take in Casualties of Debts Crisis", en *The Guardian* [10 de febrero de 2012], http://www.theguardian.com/world/2012/feb/10/greek-homeless-shelters-debts-crisis [último acceso julio 15 de 2014]; e Inés Benítez, "Living on Streets No Longer Exceptional in Spain", en *Interpress Service News Agency* [28 de enero de 2013], http://www.ipsnews.net/2013/01/living-on-the-streets-no-longer-exceptional-in-spain/, [último acceso: 15 de julio de 2014].

[33] *Cfr.* Louis B. Sohn, "How American International Lawyers Prepared for the San Francisco Bill of Rights", *The American Journal of International Law*, vol. 89, núm. 3, 1995, p. 540.

Conceptualmente es importante entonces reconocer que los tiempos de crisis personal o estructural no son necesariamente excepcionales, sino las condiciones mismas bajo las cuales las obligaciones generales que derivan de tales derechos cobran mayor relevancia y las obligaciones positivas, en particular, son activadas. Así, es particularmente importante investigar el enfoque jurídico que debería ser adoptado que pueda dar sentido a los derechos socioeconómicos en tiempos de crisis, lo cual constituye el tema del resto de este artículo.

3. Doctrina jurídica, derechos socioeconómicos y crisis económica

Como se ha mencionado, las situaciones de crisis personal en realidad activan las obligaciones positivas que derivan de dichos derechos. Con todo, cuando estas ocurren a menor escala, no representan obstáculos particularmente difíciles de atender para los gobiernos. Las dificultades para satisfacer las obligaciones del gobierno en relación con los derechos sociales se vuelven especialmente agudas en casos de crisis estructural y, aún más, en crisis fundacionales. El objeto de esta sección será entonces entender los enfoques de la doctrina jurídica que resultan más adecuados para hacer efectivos los derechos sociales bajo condiciones de crisis estructural (y fundacional). A través del análisis de la doctrina jurídica, espero explorar el enfoque de principios que deberían adoptar los tribunales para analizar el contenido de estos derechos, así como las posibles limitaciones para la realización de los mismos. Primero considero la importancia de las obligaciones negativas en estos contextos. Enseguida considero las obligaciones positivas que surgen bajo estas condiciones. Finalmente, considero la manera en que las circunstancias de crisis estructural pueden limitar las obligaciones que derivan de estos derechos. Aunque este análisis se centra en la doctrina jurídica y los tribunales, lo que se desprende de este análisis también podría ser usado para orientar respuestas políticas más amplias que tomen los derechos fundamentales en serio.

a. Obligaciones negativas

En la primera parte de este artículo defendí la importancia de las obligaciones negativas que derivan de los derechos socioeconómicos y cómo estas son centrales para la conceptualización de los mismos. Dichas obligaciones obviamente cobran gran importancia en contextos de crisis estructural y la doctrina jurídica debe reconocerlo. Esta crisis puede ser resultado de acciones del gobierno o de otros actores económicos que han puesto en peligro la capacidad de los individuos para satisfacer sus propios intereses socioeconómicos. Exploraré algunas características importantes de las obligaciones negativas que son relevantes en condiciones de crisis estructural y las ejemplificaré mediante la consideración de la jurisprudencia que ha surgido en este ámbito en los países en desarrollo.

i. Protecciones procedimentales y responsabilidades privadas

Los tiempos de crisis estructural a menudo conducen a los individuos a circunstancias de crisis personal en las que no son capaces de satisfacer sus propias necesidades socioeconómicas. El incremento del desempleo y la reducción de prestaciones de bienestar social impactan negativamente sobre el ingreso de los más afectados y, por ejemplo, a menudo llevan a esas personas al incumplimiento de sus préstamos y posiblemente de sus rentas o hipotecas. A su vez, esto puede detonar procedimientos de desalojo que pueden dar como resultado que los individuos queden sin hogar, no por culpa suya sino como resultado de las condiciones económicas suscitadas por la crisis.

¿Cómo puede la ley proteger a los individuos en estas circunstancias? Estas circunstancias sugieren que el derecho público necesitará adecuar la aplicación de los principios básicos de derecho privado en estos casos. Las protecciones procedimentales para los derechos existentes de las personas son importantes y posiblemente las cortes necesitarán intervenir para desarrollarlos. Además,

podría ser permisible imponer obligaciones más onerosas sobre entidades privadas relativamente acomodadas, de modo que asuman ciertas pérdidas para proteger a individuos necesitados de perder su capacidad para realizar sus derechos socioeconómicos. Desarrollar las obligaciones negativas que derivan de los derechos socioeconómicos puede crear así una barrera para los más afectados contra la pérdida de su capacidad actual para satisfacer sus propias necesidades.

Estas observaciones pueden ejemplificarse mediante la jurisprudencia desarrollada en Sudáfrica en torno a estas obligaciones negativas en el contexto del derecho de una vivienda digna. La Constitución sudafricana expresamente señala en § 26 (3) que "nadie podrá ser desalojado de su vivienda ni su vivienda será demolida sin una orden judicial emitida solo después de considerar todas las circunstancias relevantes. Ninguna legislación permitirá los desalojos arbitrarios". La Corte Constitucional ha usado esta disposición y la legislación relevante aprobada para autorizar desalojos solo después de la emisión de una orden judicial, oólo después de haberse llevado a cabo una negociación o colaboración significativa entre las partes[34] y, sobre todo, solo cuando alguna forma de alternativa de alojamiento se encuentra disponible para las personas involucradas.[35] La última obligación demuestra que la afectación de los derechos existentes de una persona solo puede ser posible cuando ello se realiza en conjunto con la obligación positiva de asegurar que no serán privados de su capacidad para satisfacer sus necesidades actuales.

Resulta interesante señalar que la Corte también ha sugerido que pueden existir cargas que las entidades privadas deben soportar para asegurar que las disposiciones relacionadas con el acceso a la vivienda no sean abrogadas. En el caso de *Blue Moonlight Properties*, la Corte señaló que los propietarios individuales

[34] Véase *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Mains Street Johannesburg v. City of Johannesburg* 2008 (3) SA 208 (CC).

[35] *City of Johannesburg v. Blue Moonlight Properties*, 2012 (2) SA 104 (CC), párrafo 96.

tendrían que ser "pacientes" y soportar algunas restricciones a sus derechos de propiedad a fin de asegurar que el desalojo ocurra bajo circunstancias que sean justas y equitativas y que los individuos no queden sin hogar.[36] De modo similar, en el contexto del derecho a la educación, la Corte ha sostenido que una entidad privada no puede "interferir o disminuir el goce de un derecho".[37]

La Corte también estuvo dispuesta a crear protecciones procedimentales para prestatarios que incumplieron con el pago de sus créditos en el caso *Jaftha v. Schoeman*,[38] por ejemplo, que abordaba una pequeña deuda de aproximadamente 80 dólares. Cuando al prestatario no le fue posible pagar la deuda, el prestamista busco una ejecución judicial sobre la casa del prestatario, con el objetivo de recuperar su préstamo. La Corte Constitucional observó que existe un contenido negativo en el derecho de acceso a una vivienda y que "cualquier medida que permita a una persona ser privada de su acceso actual a una vivienda digna, limita los derechos protegidos en la sección 26 (1)".[39] Tal medida solo podría ser justificada en términos de la cláusula general de restricciones prevista en la Constitución de Sudáfrica. La Corte finalmente ordenó que la legislación vigente fuera leída en el sentido de requerir que la venta de una vivienda en ejecución de una sentencia como pago de una deuda solo puede tener lugar después de que un tribunal ha considerado todas las circunstancias relevantes y, que efectivamente, se ha llevado a cabo un adecuado balance de intereses. Un tribunal podría negarse a ordenar la ejecución de una vivienda cuando la deuda sea pequeña y el prestatario quedaría sin hogar. Una decisión posterior ha declarado inconstitucionales las reglas del Tribunal Superior en la medida en que el Secretario podría ordenar una ejecución sobre la propiedad inmueble de los individuos sin supervisión judicial.[40]

[36] *Ibid.,* párrafo 40: "en ciertas circunstancias un propietario deberá ser un tanto paciente, y aceptar que el derecho de ocupación puede ser restringido temporalmente".

[37] *Governing Body of the Juma Musjid Primary School and Others v. Essay N.O. and Others*, 2011 (8) BCLR 761 (CC), párrafo 58.

[38] *Jaftha v. Schoeman*, 2005 (2) SA 140 (CC).

[39] *Ibid.,* párrafo 34.

[40] *Gundwana v. Steko Development*, CC 2011 (3) SA 603 (CC).

Estas decisiones son importantes por varias razones e ilustran el desarrollo de la doctrina jurídica en relación con las dimensiones negativas de los derechos socioeconómicos. Primero, indican que el Estado, a través de sus distintas ramas de gobierno, debe regular la manera en que las relaciones privadas se llevan a cabo y asegurar que las relaciones privadas no vulneren los derechos fundamentales de los individuos: la confiscación de una vivienda por parte de un prestamista no puede en automático justificarse para satisfacer la deuda pequeña de un prestatario. Las obligaciones negativas de asegurar que los individuos retengan su acceso actual a bienes socioeconómicos pueden, entonces, requerir acciones positivas por parte del Estado (en cumplimiento de lo que comúnmente se denomina el deber del Estado de proteger). Segundo, enfatizan el hecho de que puede requerirse a los actores privados que soporten ciertas cargas en sus derechos de propiedad con el fin de mantener el acceso actual a bienes socioeconómicos para los individuos necesitados.[41] Por último, estos casos muestran la importancia de los recursos procesales para proporcionar protecciones negativas, como el que un tribunal considere la serie de circunstancias e intereses relevantes al decidir qué debe hacerse, así como un deber de las partes interesadas de colaborar significativamente.

ii. Intervención en los mercados y regulación financiera

Como se ha mencionado, la obligación de asegurar que los individuos no son privados de su acceso actual a bienes socioeconómicos puede requerir que el Estado tome acciones positivas en este ámbito. Un componente importante del ejercicio de este deber de proteger involucraría la intervención en los mercados y regulaciones financieras para asegurar que los individuos no sean colocados en posiciones de desesperación como resultado de crisis económicas

[41] También es justificable (a través de los impuestos u otros medios) interferir con el acceso actual de individuos acomodados a recursos socioeconómicos con el objetivo de asegurar que las obligaciones positivas puedan ser cumplidas respecto de aquellos que son incapaces de satisfacer sus propias necesidades.

estructurales.[42] Uno de los desarrollos más interesantes en este ámbito tuvo lugar en Colombia durante una crisis estructural de vivienda a finales de 1999, que puso en peligro los hogares de alrededor de 200,000 acreedores hipotecarios.[43] En ese momento, el financiamiento de viviendas dependía de las tasas de interés que eran fijadas por el mercado. Por diversas razones, las tasas de interés a finales de los años 90 alcanzaron un 33%, lo que, desde luego, causó que el reembolso de los préstamos se disparara.[44] El régimen de financiamiento de viviendas fue impugnado en la Corte Constitucional, la cual sostuvo una gran audiencia en la que una amplia variedad de actores fueron invitados a hablar incluyendo banqueros, economistas, oficiales de gobierno y otros. La Corte eventualmente invalidó la ley que regulaba las hipotecas por razones de procedimiento, concretamente, que ésta debía emanar del Parlamento y no del Ejecutivo. El pronunciamiento de la Corte estimuló un cambio en el sistema; el Parlamento reformó una serie de disposiciones incluyendo, notablemente, atar las tasas de interés a las tasas de inflación. Incluso con estos cambios, la constitucionalidad del nuevo régimen que regulaba los mercados financieros fue impugnada. La Corte sostuvo que la nueva ley era constitucional solo bajo ciertas condiciones: una de estas involucraba topar las tasas de interés al tipo de interés más bajo aplicado en la economía colombiana.[45]

A través de sus intervenciones, la Corte Constitucional de Colombia aseguró que muchas personas que habrían perdido sus hogares fueran capaces de conser-

[42] El deber de proteger incluye obligaciones tanto positivas como negativas: lo incluyo bajo el apartado de obligaciones "negativas" ya que su enfoque es asegurar que los individuos no sean perjudicados por otros individuos o compañías. Para un análisis deóntico del deber de proteger, véase Michael Dafel, "The Negative Obligation of the Housing Right: An Analysis of the Duties to Respect And Protect", *South African Journal on Human Rights,* vol. 29, núm. 3, 2013, p. 599.

[43] Véase Magdalena Sepulveda, "Colombia", en Malcolm Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Nueva York, 2008, p. 144.

[44] Véase David Landau, "The Reality of Social Rights Enforcement", *Harvard International Law Journal*, vol. 53, núm. 1, 2012, p. 216, para una descripción de la crisis.

[45] *Ibid.,* pp. 217-218.

varlos.[46] Al hacerlo, la intervención de la Corte ha sido criticada por beneficiar primordialmente a la clase media.[47] Esta crítica, sin embargo, no considera el hecho de que importantes medidas regulatorias como las que fueron generadas por la intervención de la Corte, en este caso, ayudaron a prevenir una crisis aún mayor, en la cual muchas más personas podrían haber quedado sin hogar. Al proteger la capacidad actual de los individuos de proveer su propia vivienda, la Corte también disminuyó la carga del Estado de proporcionar vivienda o refugio a los individuos. De esta manera, las obligaciones positivas de proveer para aquellos en circunstancias más desesperadas se volvieron más factibles.

La intervención colombiana indica la importancia de intervenciones regulatorias para reducir el número de personas perjudicadas por la crisis económica. También indica el hecho de que el reconocimiento de los derechos socioeconómicos no alienta un enfoque económico conforme al cual el Estado deba abstenerse de regular en la mayor medida posible. En efecto, la crisis económica global de 2008 ha mostrado los terribles efectos que pueden ocurrir mediante la falta de los Estados de regular adecuadamente y permitir que sólo la avaricia dicte como operan los mercados. Diversos entes reguladores en los Estados Unidos –como la Reserva Federal y la Oficina de Supervisión de Ahorros– negligentemente, no utilizaron las facultades legales a su disposición y, en algunos casos, existe "evidencia de decisiones deliberadas de ignorar la regulación existente".[48] Se esperaba que la Comisión de Bolsa y Valores supervisara a las empresas financieras y agencias de calificación crediticia pero, por diversas razones, no lo hizo eficazmente,[49] Cambios legislativos (influenciados por una actitud libertaria hacia

[46] Véase Rodrigo U. Yepes, "The Enforcement of Social Rights in the Colombian Constitucional Court: Cases and Debates", en Gargarella, Roberto, Domingo, Pilar y Theunis Roux,(eds.), *Courts and Social Transformation In New Democracies: An Institutional Voice for The Poor?,* Ashgate Publishing, Aldershot, 2006, pp. 127, 135-137.

[47] *Cfr.* M. Landau, "The Reality of…", *op. cit.*, p. 218.

[48] Marc Jarsulic, *Anatomy of a Financial Crisis: A Real Estate Bubble, Runaway Credit Markets And Regulatory Failure*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2010, p. 96.

[49] *Id*.

los mercados financieros) dejaron importantes derivados de crédito sin regulación alguna y eliminaron la división entre la banca comercial y de inversión.[50]

Todas estas fallas condujeron a graves consecuencias para los intereses socioeconómicos fundamentales de muchos individuos que no provocaron la crisis. Las instituciones económicas de la sociedad no son una ley por sí mismas: deben ser gobernadas por principios normativos tales como los derechos fundamentales, que se encuentran en el fundamento del derecho internacional y constitucional.[51] El reto es que los Estados reconozcan que el derecho de los derechos humanos les genera obligaciones de desarrollar intervenciones en los mercados que aseguren que los individuos no serán privados de sus derechos socioeconómicos como resultado de las cuestionables acciones de terceros.

iii. Compensación de los actores privados

Una consecuencia importante de este pensamiento consiste en considerar las responsabilidades de los particulares cuando estos efectivamente provocan crisis estructurales en las que un gran número de individuos ya no son capaces de satisfacer sus necesidades básicas. La crisis económica global de 2008 no fue obra de la naturaleza: se trató de una crisis detonada por decisiones deliberadas llevadas a cabo por muchos actores financieros a nivel global, que puede caracterizarse por "imprudentemente pasar por alto riesgos evidentes".[52] Estas decisiones implicaron prácticas, tales como conceder préstamos a personas con

[50] Véase *ibidem,* p. 96 y pp. 113-127 para un bosquejo claro de las diversas formas de fallas regulatorias que tuvieron lugar.

[51] Los Principios de Justicia, de acuerdo con John Rawls, existen precisamente para regular la estructura básica del orden jurídico. Véase John Rawls, *Teoría de la justicia*, traducción de María Dolores González, 2a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 20, donde escribe: "el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las grandes institucionales sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social".

[52] Véase M. Jarsulic, *Anatomy of a…*, *op. cit.,* p. 96, quien caracteriza las decisiones de estos actores financieros de esta manera.

una situación financiera inestable así como crear estructuras hipotecarias, que significaron que los individuos deberían a los bancos más dinero del contenido en el valor de sus casas, si el precio de las viviendas no incrementaba.[53] El riesgo de dichas hipotecas era posteriormente empaquetado para crear una variedad de productos financieros que eran vendidos y distribuían el riesgo a lo largo del sistema financiero.[54] Cuando los individuos incumplieron con el pago de sus préstamos y los precios de los inmuebles no se elevaron, el sistema colapsó por completo. Una amplia variedad de entidades particulares incluyendo a los originadores de créditos hipotecarios, bancos, agencias de calificación crediticia y compañías aseguradoras estuvieron involucradas en crear esta burbuja, que eventualmente estalló. Una gran cantidad de las finanzas del gobierno fueron utilizadas, controversialmente, para rescatar a ciertos bancos y otras instituciones financieras del desastre que estos crearon, para prevenir una crisis fundacional aún mayor.[55]

Con todo, cabe preguntarse si deberíamos responsabilizar a estos actores privados por el daño que en gran medida provocaron. Esto es particularmente importante, dado que la crisis financiera condujo a individuos hacia circunstancias de crisis personal y a ser incapaces de satisfacer sus intereses socioeconómicos, activando con ello las obligaciones positivas del Estado. Dicha situación

[53] Obviamente, muchos individuos también tienen cierta responsabilidad por aceptar dichas hipotecas. No obstante, muchas de las compañías más agresivas no fueron completamente honestas con los acreedores hipotecarios y utilizaron su ignorancia de la ley y detalles financieros para crear dichos préstamos. McLean y Nocera, *All the devils…, op. cit.*, p. 130, citan a antiguos oficiales de crédito en Ameriquest (uno de los más importantes originadores de hipotecas) señalando que deliberadamente contrataban empleados jóvenes y sin experiencia, ya que "era menos probable que se dieran cuenta de que 'estaban engañando a las personas' como dijo uno de ellos". Estos autores también indican que "el fraude ocurría cotidianamente" (*idem*.). Desde luego, muchos individuos fueron afectados por la crisis sin haber tomado ninguno de estos préstamos.

[54] Para un análisis general de las causas de la crisis, véase James Crotty, "Structural Causes of the Global Financial Crisis: A Critical Assessment of the 'New Financial Architecture'", *Cambridge Journal of Economics*, vol. 33, núm. 4, 2009, p. 563 y Jeffrey Friedman (ed.), *What Caused the Financial Crisis*, University of Pennsylvania Press, Pennsylvania, 2011.

[55] Por ejemplo, los Estados Unidos aprobó el Emergency Economic Stabilization Act 2008 que eventualmente resultó en 700 millones de dólares estadounidenses destinados a comprar activos hipotecarios tóxicos a instituciones financieras que se encontraban en dificultades en los Estados Unidos: véase Ciro, *The Global Financial Crisis…, op. cit.*, pp. 94-98 para más detalles.

debería requerir a los actores financieros culpables que ofrezcan una compensación a los individuos por las pérdidas que sufrieron y, por lo menos, que contribuyan positivamente a que se realicen sus derechos socioeconómicos.[56] En la medida en que los gobiernos se han visto obligados a atender las necesidades de los ciudadanos afectados por la crisis, debería requerirse también a estas entidades privadas que compensen al gobierno, lo que reduciría la carga fiscal de la gran mayoría de las personas que no fueron responsables de la crisis que sobrevino.[57]

Este deber de compensar deriva del incumplimiento de dichas entidades privadas de sus obligaciones negativas de no interferir con el acceso actual de otros individuos a los recursos socioeconómicos que les permiten satisfacer sus necesidades.[58] Cuando existe tal violación, los particulares deberían hacerse responsables por haber provocado la situación en la cual los individuos son incapaces de satisfacer sus necesidades. Dicho deber de compensar emana lógicamente del deber de respetar los derechos socioeconómicos de terceros, el cual ha sido reconocido claramente en diversas Observaciones Generales al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC),[59] así como en algunas jurisdicciones nacionales.[60] El deber del Estado de proteger

[56] Véase *v.gr.*, David Bilchitz, "Do Corporations Have Positive Fundamental Rights Obligations?", *Theoria*, vol. 57, núm. 125, 2010, pp. 11-16.

[57] Una dificultad particular para asegurar que una compensación adecuada fuera pagada en 2008 es que muchas de las compañías que estuvieron implicadas en provocar la crisis están basadas en los Estados Unidos, y las demandas de compensación probablemente serían procesadas allí. Sin embargo, las implicaciones de la crisis fueron más allá de las fronteras de Estados Unidos y tuvieron un impacto global en los derechos de muchos individuos en otros países. Se necesita más investigación para encontrar un mecanismo mediante el cual los actores privados puedan responder (a nivel internacional) por los perjuicios que causaron a través de las fronteras y asegurar que cualquier compensación que sea pagada alcance a los individuos que fueron afectados en mayor medida.

[58] Thomas Pogge hace un argumento similar en relación con la pobreza global: sostiene que la injusticia de las instituciones financieras globales imponen un deber de compensar por nuestra contribución a estos perjuicios, trabajando para lograr una reforma institucional y protegiendo a las víctimas de injusticias actuales. *Cfr.* Thomas Pogge, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, traducción de Ernest Weikert García, Paidós, Barcelona, 2005.

[59] *Cfr.* Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 12…, op. cit*., párrafo 15.

[60] Véase la discusión en la Sección 3.1.1 de la situación en Sudáfrica.

derechos fundamentales no implica que éste exima a los particulares de hacerse responsables de sus acciones: más bien debe requerir que el Estado asegure que estos no vulneren los derechos de terceros y cuando lo hagan, garantice que proporcionen reparaciones, tales como una compensación financiera. Reconocer que la compensación puede realizarse a través de pagos, sin embargo, no necesariamente se traduce en una obligación inmediata de hacerlo.[61] En aquellos casos en que la institución financiera o actor privado está luchando por sobrevivir, resultaría contraproducente sellar su destino con dicha carga. Sin embargo, muchos bancos, por ejemplo, han superado ya el punto de solvencia y, una vez más, están generando ganancias significativas. En esta situación, no es claro por qué el Estado (y en consecuencia los contribuyentes) deben soportar en su totalidad la carga de sus erradas decisiones; en efecto, sería una clara consecuencia del razonamiento basado en los derechos que he expresado responsabilizarlos, especialmente, por los graves efectos de la crisis sobre los individuos. Es importante reconocer que un enfoque basado en derechos no consideraría suficiente la imposición de una gran multa a una determinada compañía, que después es abonada a las arcas de las autoridades fiscales.[62] El Estado necesita-

[61] La *Observación General No 12*…, *op. cit.*, párrafo 16, por ejemplo, reconoce que: "[a]lgunas de las medidas a estos distintos niveles de obligación de los Estados Partes tienen un carácter más inmediato, mientras que otras tienen un carácter de más largo plazo, para lograr gradualmente el pleno ejercicio del derecho a la alimentación".

[62] A finales de noviembre de 2013, JP Morgan Chase aceptó pagar 13 mil millones de dólares estadounidenses en un acuerdo con el gobierno de los Estados Unidos relacionado con las actividades que el primero llevó a cabo y que ocasionaron la crisis financiera. El Departamento de Justicia indicó que el banco admitió haber vendido a inversionistas hipotecas que no debieron haber sido vendidas. No obstante, desde el punto de vista de los derechos fundamentales el acuerdo no es completamente satisfactorio, ya que sólo una porción menor de éste fue destinado para proporcionar asistencia a los individuos y no se indica cómo grandes partes de la porción correspondiente al gobierno beneficiarán a los más perjudicados. De los 13 mil millones de dólares estadounidenses, solo 2 mil millones serán utilizados para auxiliar a los consumidores, lo que incluirá préstamos que los bancos están perdonando y la reducción de reembolsos mensuales. Otros 2 mil millones de dólares estadounidenses serán utilizados para nuevos préstamos en las áreas que fueron más afectadas por la crisis inmobiliaria; 4 mil millones de dólares estadounidenses serán destinados a un acuerdo con las instituciones Fannie Mae y Freddie Mac que financiaban hipotecas gubernamentales, y 5 mil millones de dólares en sanciones civiles para otras dependencias y agencias del gobierno de Estados Unidos. Véase Karen Freifeld, Aruna Viswanatha y David Henry, "JP Morgan Agrees $ 13 billion Settlement with U.S. over Bad Mortgages", en *Reuters* [19 de noviembre de 2013], http://www.reuters.com/article/2013/11/20/us-jpmorgan-settlement-idUSBRE9AI00A20121120, [fecha de última consulta: 15 de julio de 2014].

ría asegurarse de que la compensación a pagar está diseñada de tal manera que llegue a los individuos cuyos derechos socioeconómicos han sido afectados por la crisis. El Estado podría, por ejemplo, requerir a los bancos que restituyan a los individuos las viviendas que perdieron, o bien que les proporcionen un financiamiento de bajo costo para ayudarlos a adquirir nuevas viviendas. Si se paga dinero al Estado, también debe indicarse como éste es utilizado para proporcionar exenciones fiscales a los más afectados y para crear programas de bienestar más generosos para ellos.

b. Enfoques para abordar las obligaciones positivas

Hasta ahora he considerado la importancia de desarrollar una doctrina jurídica respecto de las obligaciones negativas que derivan de los derechos socioeconómicos en tiempos de crisis económica estructural. Dado que, en tales momentos, muchos individuos se encontrarán en situaciones de crisis personal –siendo incapaces de satisfacer sus necesidades básicas–, deben considerarse también las obligaciones positivas que tiene el Estado bajo estas condiciones. En esta discusión me centraré en los dos enfoques doctrinales que considero que se han desarrollado en la jurisprudencia de los tribunales y en la literatura académica en torno a estas obligaciones, y considero su aplicabilidad en tiempos de crisis económica.

i. Razonabilidad

Generalmente se considera que la sentencia *Grootboom* articuló el denominado "enfoque de razonabilidad" como estrategia en la adjudicación de los derechos socioeconómicos: primero, la Corte requiere al gobierno adoptar un programa para satisfacer estos derechos y, segundo, las cortes evaluarán si dicho programa es o no razonable. En *Grootboom*, la Corte no se detiene ahí, sino que delimita un número de factores que desempeñarán una función para determinar la razonabilidad del programa en cuestión. De acuerdo con la Corte, un programa

razonable cumple con lo siguiente: *a)* distribuye responsabilidades y tareas entre distintas esferas del gobierno; *b)* asegura la disponibilidad de los recursos financieros y humanos apropiados; *c)* es capaz de facilitar la realización del derecho; *d)* es razonable tanto en su concepción como en su implementación; *e)* es balanceado y flexible; *f)* se hace cargo de las crisis; *g)* responde a las necesidades de aquellos que están en las situaciones más urgentes y desesperadas; *h)* no excluye a un segmento importante de la población; *i)* realiza un balance de las necesidades de corto, mediano y largo plazo; *j)* no requiere un programa ideal antes que uno que preste asistencia a los individuos; *k)* no discrimina injustificadamente entre las personas.[63]

Estos factores pueden ser agrupados analíticamente en tres series de factores principales. La primera se refiere a una serie de factores relacionados con la "racionalidad" o "idoneidad" de las medidas tomadas por el gobierno para lograr el propósito para el que fueron diseñadas: por ejemplo, ¿se han destinado los recursos suficientes para lograr el propósito del gobierno? ¿Existe una distribución eficiente de responsabilidades entre las ramas de gobierno? El segundo grupo de factores involucra una dimensión de "igualdad": ¿el programa gubernamental que se ha desarrollado da un trato igual a todas las personas? El tercer y último grupo de factores lo constituye lo que podemos denominar como el elemento de "urgencia": ¿el programa gubernamental da prioridad a aquellos con necesidades urgentes?

El razonamiento que subyace detrás del enfoque de razonabilidad parece ser que éste requiere que el gobierno justifique sus acciones: al hacerlo, se fortalece la rendición de cuentas del gobierno y las debilidades de las políticas existentes

[63] Estos criterios pueden desprenderse de *Grootboom*, 2001 (1) SA 46 (CC), párrafos 39-44, *Treatment Action Campaign*, 2002 (5) SA 721 (CC), párrafo 81, and *Khosa v. Minister of Social Development*, 2004 (6) SA 505 (CC) párrafo 68. Una lista similar (con algunas variaciones) es desarrollada en David Bilchitz, "The Right to Health", en Stu Woolman, Michael Bishop et al. (eds.), *Constitutional Law of South Africa,* Juta, 2006, capítulo 56A-12.

son expuestas.[64] Como sostuvo la Jueza O´Regan en el caso *Mazibuko* "los derechos sociales y económicos permiten a los ciudadanos hacer que el gobierno rinda cuentas sobre la manera en que trata de alcanzar la realización de los derechos sociales y económicos".[65] El enfoque de razonabilidad también permite a la Corte mostrar deferencia hacia otras ramas de gobierno en la determinación del contenido exacto de estos derechos, así como las medidas políticas que requieren: "como cuestión de responsabilidad democrática es deseable que lo hagan, ya que son sus programas y promesas los que son sometidos a la elección popular".[66]

El enfoque de "razonabilidad" de la Corte ha sido objeto de críticas académicas, particularmente por parte de los académicos en el Hemisferio Sur.[67] Aquí sostendré que, desafortunadamente, las deficiencias articuladas en la literatura especializada se acentúan todavía más en tiempos de crisis estructural, limitando gravemente su utilidad para proporcionar orientación respecto de las obligaciones positivas del Estado en dichas circunstancias. Al elaborar este argumento, consideraré cada uno de los tres principales subanálisis que este enfoque requiere.

El primer subanálisis consiste en determinar si las medidas tomadas por el gobierno son idóneas para la realización de los propósitos para los cuales están

[64] Estos razonamientos fueron expuestos en un famoso artículo acerca del propósito de dichas disposiciones en Ettiene Mureinik, "Beyond a Charter of Luxuries: Economic Rights in the Constitution", *South African Journal on Human Rights*, vol. 8, núm. 4, 1992, pp. 464-474.

[65] *Mazibuko and others v. City of Johannesburg*, 2010 (4) SA 1 (CC), párrafo 59.

[66] *Ibidem,* párrafo 61.

[67] Ejemplos de este trabajo crítico incluyen Sandra Liebenberg, *Socio-economic Rights: Adjudication under a Transformative Constitution*, Juta and Company Ltd, 2010, capítulo 4; Danie Brand, "The Proceduralisation of South African Socio-economic Rights Jurisprudence or "What Are Socio-Economic Rights For?", en Botha, Henk, Walt, Andre van der y Johan van der Walt (eds.), *Rights and Democracy in a Transformative Constitution*, Sun Press, Stellenbosch, 2003, p. 33; D. Bilchitz, *Poverty and…, op. cit.*, capítulo 5; Pieterse, "Coming to terms…", *op. cit.*, pp. 383-417. Para una visión contraria a favor del enfoque, véase 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, p. 264.

diseñadas. El problema con este análisis es que solo será de utilidad en tanto seamos capaces de especificar claramente los propósitos que las medidas pretenden alcanzar, y demos congruencia a dichos propósitos con lo que los derechos socioeconómicos requieren. En el caso *Grootboom*, el gobierno señaló que el objetivo del programa de vivienda era realizar el derecho de todas las personas a tener acceso a una vivienda adecuada a largo plazo y que había tomado medidas concretas para estos efectos. La Corte Constitucional no podía en realidad invalidar estas medidas por ser "inadecuadas" dado que su objetivo enunciado era lograr soluciones a largo plazo para la crisis de vivienda en el Cabo Oeste.[68] El hecho de que el gobierno no proporcionó viviendas a corto plazo para aquellos que tenían una necesidad urgente no podía ser cuestionado por motivos de su "idoneidad", dado que su objetivo establecido era proporcionar viviendas a largo plazo.

El problema de maleabilidad del criterio de "idoneidad" se acentúa en tiempos de crisis económica: los gobiernos con frecuencia han planteado porqué un plan de austeridad que recorta importantes beneficios sociales, por ejemplo, será una medida crucial para asegurar mayores beneficios para todos a largo plazo;[69] o por qué grandes cantidades de dinero destinadas a apuntalar a los bancos son medidas idóneas para asegurar que el sistema financiero no colapse, lo que a su vez prevendrá serios daños a los derechos individuales.[70] Sin una concepción más robusta de las obligaciones de los gobiernos en estas circunstancias, parecería difícil responsabilizar a muchas acciones de los gobiernos de

[68] *Cfr.* David Bilchitz, "Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and Its Importance", *South African Law Journal*, vol. 119, 2002, p. 484.

[69] Para ejemplos de medidas de austeridad en países europeos, véase BBC News, "EU Austerity Drive Country by Country", [nota de 21 mayo de 2012 15:46 pm], http://www.bbc.co.uk/news/10162176 [última fecha de acceso 15 de julio de 2014].

[70] Para ejemplos de acuerdos de rescate en Estados Unidos y en Europa véase, Jim Brundsden, Rebecca Christie y Fred Pals, "Bank Bailout Deal Struck in EU Talks Decrees Writedowns", en *Bloomberg* [27 de junio de 2013], http://www.bloomberg.com/news/2013-06-26/eu-finance-chiefs-said-to-reach-deal-on-failing-banks.html, [última fecha de acceso: 15 de julio de 2014]; y Moira Herbst, "The Bank Bailout Cost US Taxpayers nothing? Think Again", en *The Guardian* [28 de mayo de 2013], http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/may/28/bank-bailout-cost-taxpayers, [última fecha de acceso: 15 de julio de 2014].

impactar negativamente en la realización de los intereses socioeconómicos de los individuos por motivo de una "falta de idoneidad" o "irracionalidad".

Asimismo, existen serios problemas relacionados con la dimensión de igualdad del enfoque de razonabilidad. La igualdad generalmente no proporciona una comprensión acerca del nivel de provisión que requieren los derechos socioeconómicos: la igualdad puede alcanzarse si el gobierno no proporciona nada a nadie, muy poco a todos, o beneficios de alto nivel para todos. En tiempos de crisis esta característica de la igualdad se vuelve particularmente problemática: el gobierno puede reducir los beneficios de todas las personas radicalmente sin anular la dimensión de igualdad.[71] Además, el principio de igualdad generalmente requiere que, una vez que el gobierno desarrolla un programa en particular, dicho programa sea aplicado por igual a todos. Sin embargo, en tiempos de crisis estructural tenemos una seria dificultad: puede no ser posible, dada la escasez de recursos que ha surgido, otorgar los mismos beneficios a todos por igual. Es posible que exista, bajo tales circunstancias, una justificación en particular para apartarnos del principio de igualdad y dar prioridad a aquellos con necesidades más urgentes. La dimensión de igualdad del enfoque de razonabilidad no es de utilidad en esta situación.[72]

El último aspecto del enfoque de razonabilidad, a saber, la dimensión de prioridad, parece ser las más importante y útil en circunstancias de crisis. El Estado debe

[71] Las nociones de igualdad sustantiva intentan reducir el problema de nivelar hacia abajo de esta manera: aún así, dichas nociones inevitablemente implican complementar el análisis puro de igualdad con otros valores y consideraciones. Véase *v.gr.*, Liebenberg, *Socio-economic rights…*, *op. cit.*, pp. 163-214; Cathi Albertyn y Beth Goldblatt, "Towards a Substantive Right to Equality", en Woolman, Stu y Michael Bishop (eds.), *Constitutional Conversations*, Pretoria University Law Press, Pretoria, 2008, p. 231; y Sandra Fredman, "The Potential and Limits of an Equal Rights Paradigm in Addressing Poverty", *Stellenbosch Law Review*, vol. 22, núm. 3, 2011, p. 566.

[72] El caso de *Nokotyana v. Ekurhuleni Metropolitan Municipality*, 2010 (4) BCLR 312 (CC) suscita preguntas interesantes en cuanto a la relación entre las dimensiones de igualdad y prioridad, lo cual he intentado abordar en David Bilchitz, "Is the Constitutional Court Wasting Away the Rights of the Poor?: Nokotyana v. Ekurhuleni Metropolitan Municipality", *South African Law Journal*, vol. 127, núm. 4, 2010, p. 592.

atender las necesidades de aquellos que están en las circunstancias más urgentes y desesperadas, y a "proporcionar el suministro apropiado para prestar atención a la crisis de vivienda, así como a las necesidades de corto, mediano y largo plazo".[73] Mientras que el enfoque de razonabilidad hace referencia a esta dimensión de prioridad, no proporciona directrices para determinar de manera detallada qué constituye urgencia y desesperación. De hecho, en alguna medida, incorpora una tensión inherente entre las dimensiones de igualdad y prioridad, sin brindar claridad sobre cómo dar solución a este conflicto. Para determinar quién tiene prioridad, hay un imperativo de, por lo menos, proporcionar algunos criterios generales respecto del nivel de provisión por debajo del cual los individuos no deben encontrarse y lo que constituye una necesidad "urgente" que requiere una respuesta prioritaria. El enfoque del "núcleo esencial" explícitamente se ocupa de estas cuestiones, y sus méritos –bajo condiciones de crisis– requieren ahora de un análisis.

ii. Núcleo esencial

El enfoque del núcleo esencial proviene de la Observación General 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en donde se reconoció que "corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de, por lo menos, los niveles esenciales de cada uno de los derechos".[74] Mientras que las obligaciones generales positivas en relación con los derechos socioeconómicos requieren "realización progresiva", los Estados deben satisfacer un umbral mínimo de provisiones en forma prioritaria. De no hacerlo, estarán en incumplimiento *prima facie* de sus obligaciones. Un test estricto es desarrollado para el caso en que un Estado afirme que es incapaz de satisfacer sus obligaciones por motivo de falta de recursos disponibles: "debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo por utilizar todos los

[73] *Grootboom*, 2001 (1) SA 46 (CC), párrafo 43.

[74] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No.3, La índole de las obligaciones de los Estados Parte (Art. 2(1) del Pacto),* UN doc. E/1991/23, 1990, párrafo 10.

recursos que están a su disposición en un intento por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas".[75]

Recientemente, el Comité de las Naciones Unidas emitió una carta dirigida a todos los Estados Partes en la cual aborda sus obligaciones en relación con los derechos socioeconómicos en tiempos de crisis. Esta carta reconoce que dicha crisis puede requerir algunos cambios de política, así como ajustes en la implementación de los derechos contenidos en la Convención. El Comité establece diversos requisitos con los que cualquier ajuste debe cumplir: notablemente, el Comité reconoce que cualquier política debe identificar "el núcleo esencial del contenido de los derechos, o un nivel mínimo de protección social, como aquel desarrollado por la Organización Internacional del Trabajo, y asegurar la protección de este núcleo en todo momento".[76]

Así, el Comité de las Naciones Unidas considera que el enfoque del núcleo esencial es importante para responder a situaciones de crisis estructural: el Comité, desde mi perspectiva, acierta en esta valoración por diversas razones. Primero, el enfoque requiere la comprensión del umbral por debajo del cual los individuos no deben encontrarse sin que haya una justificación muy robusta. Imponer este requisito estricto en la política gubernamental vuelve a este enfoque particularmente adecuado para ser aplicado en tiempos de crisis, cuando los gobiernos a menudo alegan una discreción ilimitada para tomar medidas de emergencia al abordar la crisis, en ocasiones, prestando poca atención al costo humano de las medidas políticas que adoptan.

Segundo, el enfoque requiere que los tribunales y las agencias gubernamentales consideren priorizar los recursos para aquellos que tienen mayores necesida-

[75] *Id*.

[76] Carta de Ariranga G. Pillay, Presidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ref. No. CESCR/48th/SP/MAB/SW, [16 de mayo de 2012], http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/LetterCESCRtoSP16.05.12.pdf, [última fecha de acceso: 15 de julio de 2014] (en relación con la protección de los derechos del Pacto en tiempos de crisis financiera o económica).

des. Los tiempos de crisis estructural ponen en riesgo la posibilidad de la plena realización de los derechos socioeconómicos: es necesario entonces prestar atención a la manera cómo los recursos deberían ser distribuidos en condiciones de intensa escasez y quién tiene prioridad en esta circunstancia. Notablemente, el enfoque del núcleo esencial requiere que la sociedad reconozca que la justicia distributiva no desaparece en tiempos de crisis estructural o incluso fundacional: más bien, la realización de los derechos socioeconómicos, en situaciones de mayor escasez, requiere que la distribución de recursos ocurra en la sociedad de manera tal que aquellos que resultan más afectados se encuentren, por lo menos, en aptitud de satisfacer sus necesidades socioeconómicas básicas.

Por último, el enfoque del núcleo esencial también requiere que se preste atención detallada al significado y contenido de los derechos socioeconómicos mediante la especificación de los umbrales de recursos que deben proporcionarse a los individuos. El Comité de la ONU ha dejado cierta vaguedad en relación con estos umbrales: en un trabajo previo he intentado hacer una exposición filosófica sobre cómo los tribunales y organismos internacionales pueden determinar el contenido de estos umbrales.[77] El primer umbral o núcleo esencial supone las condiciones generales necesarias para ser libres de amenazas a la supervivencia;[78] el segundo umbral de "suficiencia" implica alcanzar las condiciones generales necesarias para que el individuo esté en posición de realizar sus propósitos o para vivir una vida digna.[79] El enfoque del núcleo esencial requiere que se destine atención prioritaria al primer umbral, y reconoce un deber de los Estados de realizar progresivamente el segundo umbral.[80] Como se ha mencionado, el enfoque ayuda a los Estados a priorizar cuando los recursos son escasos, sin dejar de reconocer al mismo tiempo que el núcleo esencial es sólo el punto de partida para la realización de los derechos socioeconómicos.

[77] Véase D. Bilchitz, *Poverty and…, op. cit.*, pp. 38-46 y pp. 185-196.
[78] *Ibidem,* pp. 39-40 y pp. 187-88.
[79] *Ibidem,* pp. 40-45 y pp. 191-194.
[80] *Ibidem,* pp. 193-194.

La utilidad del enfoque se ha demostrado en la severa crisis humanitaria que surgió en Colombia, donde 40 años de conflicto armado llevaron al desplazamiento de entre 3 y 4 millones de personas de sus hogares.[81] Estos grandes números de desplazados internos pertenecían a grupos rurales muy vulnerables y a menudo vivían en condiciones de gran desesperación. Después de recibir varias peticiones individuales, la Corte Constitucional eventualmente declaró que los derechos fundamentales de los desplazados internos estaban siendo violados sistemáticamente, y declaró un "estado de cosas inconstitucional".[82] La Corte realizó algunas observaciones muy importantes acerca de cómo abordar los derechos socioeconómicos en tiempos de crisis humanitaria. Sostuvo que "no siempre será posible satisfacer, en forma concomitante y hasta el máximo nivel posible, las obligaciones positivas impuestas por todos los derechos constitucionales de la totalidad de la población desplazada, dadas las restricciones materiales en el caso en cuestión".[83] No obstante, un nivel mínimo de los derechos de los desplazados internos debía ser protegido inmediatamente. Estos niveles mínimos "son aquellos que guardan una conexión estrecha con la preservación de la vida en circunstancias elementales de dignidad como seres humanos distintos y autónomos".[84] La Corte sostuvo notablemente que "[e]s allí, en la preservación de las condiciones más básicas que permiten sobrevivir con dignidad, donde se debe trazar un límite claro entre las obligaciones estatales de imperativo y urgente cumplimiento frente a la población desplazada, y aquellas que, si bien tienen que ser satisfechas, no tienen la misma prioridad (…)"[85]

Este razonamiento fue utilizado entonces para identificar un número mínimo de derechos –incluyendo el derecho a la vida, un nivel básico de subsistencia,

[81] *Cfr.* Manuel J. Cepeda Espinosa, "The Constitutional Protection of IDP's In Colombia", en Rodolfo Arango Rivadeneira (ed.), *Judicial Protection of Internationally Displaced Persons: The Colombian Experience,* The Brookings Institutions-University of Bern, Washington, 2009, p.1. También recurro a este texto para una traducción de secciones de la sentencia que discuto más adelante.

[82] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025 de 2004, Expediente T-653010 y acumulados, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá, Colombia, 22 de enero de 2004.

[83] *Ibidem,* párrafo 9.

[84] *Id.*

[85] *Id.*

servicios médicos esenciales y servicios sanitarios– que tenían que ser satisfechos urgentemente a través de acciones positivas del Estado. La Corte emitió una serie de órdenes de gran alcance para intentar garantizar que los otros poderes del gobierno atendieran el problema de la población desplazada, lo que notablemente implicó asegurar, como cuestión prioritaria, que los recursos humanos y financieros adecuados estuvieran disponibles para satisfacer un nivel mínimo de derechos, que un programa fuera desarrollado específicamente para abordar el problema, y que el gobierno reportara el progreso realizado en este ámbito. La Corte también adoptó otra característica importante del enfoque del núcleo esencial: estableció estándares con base en los cuales pudieran ser evaluadas las acciones de otros poderes del gobierno, pero no buscó ordenar los medios exactos a través de los cuales estos estándares debieran ser satisfechos.[86]

El caso de los desplazados internos en Colombia ha tenido mucho éxito en dirigir la atención estatal hacia el problema urgente de la población desplazada.[87] Esto ocurrió en una situación de escasos recursos y crisis estructural. El caso ejemplifica la manera en que el destino de aquellos que son más vulnerables puede mejorarse mediante una serie de importantes elementos doctrinales: primero, es necesario establecer prioridades respecto de quién merece la atención más urgente; segundo, los objetivos y estándares con los que las acciones gubernamentales tienen que cumplir deben ser profundizados; y, tercero, las ramas legislativa y ejecutiva del gobierno deben rendir cuentas a través, por ejemplo, de la exigencia de informar sobre las medidas que han tomado para abordar el derecho social en cuestión y ser sujetos a una supervisión judicial, en relación con los programas que desarrollen para atender la crisis. Al parecer

[86] Esta distinción, he sostenido, es de gran importancia para delimitar el papel de las cortes al determinar el contenido de los derechos socioeconómicos: véase *v.gr.*, David Bilchitz. "Constitutionalism, The Global South and Economic Justice", en Daniela Bonilla Maldonado, *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*, Cambridge University Press, Nueva York, 2013, pp. 41 y 86.

[87] Véase Landau, "The Reality of…", *op. cit.*, pp. 225-229, quien también explora las razones (principalmente en relación con el contexto político) del éxito del caso de los desplazados internos en contraste con intervenciones menos exitosas al buscar atender problemas estructurales en el sistema de servicios de salud.

estos principios podrían ser adaptados con éxito en otras circunstancias de crisis estructural (o fundacional) también y, de hecho, han sido usados en otras crisis que han surgido en Colombia.[88]

No obstante, podría argumentarse que el enfoque del núcleo esencial puede, efectivamente, ser útil en países en desarrollo, donde garantizar un umbral mínimo para todas las personas supone mejorar una situación en la que las personas podrían, literalmente, morir de hambre o encontrarse sin hogar. Sin embargo, en países desarrollados, podría argumentarse, el nivel de bienestar de la mayoría de los individuos excede este umbral mínimo –definido como las condiciones generales para ser libres de amenazas a la supervivencia– por mucho. El enfoque del núcleo esencial nos requeriría entonces dar prioridad a un umbral de provisión que se encuentra por debajo de lo que muchas personas, en dichas sociedades, considerarían como mínimamente adecuado. El enfoque no es, entonces, particularmente útil para atender una situación provocada por una crisis económica estructural (como ocurrió en 2008), en tanto no ofrece una manera de abordar el sufrimiento real de aquellos que no han llegado al umbral del núcleo esencial pero, aun así, mediante la crisis sufren graves pérdidas en su seguridad económica y bienestar.

Esta objeción nos invita a pensar sobre el impacto que tienen las expectativas sociales sobre la especificación de los umbrales requeridos por los derechos socioeconómicos. Me parece que todavía existe una fuerte virtud en tener un estándar universal objetivo que aplique en todo el mundo, y que derive de las necesidades e intereses más básicos de los seres humanos en ser libres de ame-

[88] David Landau, "The Promise of the Minimum core Approach: The Colombian Model for Judicial Review of Austerity Measures", en Nolan, *Economic and Social Rights after…*, *op. cit.,* considera la manera en que los tribunales colombianos han aplicado diversas facetas del enfoque del núcleo esencial a varias crisis que han surgido en ese país. El autor también defiende la promesa general de este enfoque para la adjudicación en tiempos de crisis.

nazas a su supervivencia.[89] Ese estándar universal continúa siendo importante también en países desarrollados: en ocasiones, aquellos que se encuentran por debajo de este umbral son ignorados debido a la suposición errónea de que todos en la sociedad viven por encima de ese estándar mínimo (consideremos a aquellos que duermen en la calle en el Reino Unido o, hasta hace poco, aquellos que no contaban con acceso a servicios de salud en los Estados Unidos). El primer nivel de prioridad en países desarrollados debe ser garantizar que todos los individuos se encuentran por encima del mínimo absoluto que puede ser afectado por una crisis económica.

La situación de crisis estructural, sin embargo, puede significar también que los Estados son incapaces de asegurar que todos los individuos en los países desarrollados se encuentran por encima del segundo "umbral de suficiencia". De ser posible asegurar que los individuos permanezcan en esta posición, entonces ello, por supuesto, debe ser garantizado. Sin embargo, si esto no es posible –lo cual puede ser el caso en tiempos de crisis económica– entonces, aun así es importante establecer un umbral mínimo de provisión que se encuentre entre el mínimo absoluto descrito anteriormente y el umbral de suficiencia. Esto no es muy difícil de lograr ya que puede establecerse un "umbral mínimo relativo", lo que involucraría determinar el nivel de bienestar socioeconómico que, *en una sociedad en particular,* es considerado como el mínimo por debajo del cual los individuos no deben encontrarse. Dicho umbral no puede ser inferior al núcleo esencial absoluto o "umbral de supervivencia" pero puede proporcionar mejores

[89] Katharine Young afirma que incluso dicho umbral "muestra sus propias controversias e indeterminaciones", en *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 39. Sin embargo, ella considera más adelante que este umbral puede "ofrecer un estándar que permita un ajuste sensible al contexto en casos particulares, con poca importancia para el establecimiento de un precedente" (*Ibidem,* p. 40). Mi especificación de dicho umbral (discutido arriba) pretende funcionar como un estándar, que pudiera desde luego variar según los individuos y los contextos (una vivienda que protege a los individuos de las fuerzas de la naturaleza será distinta en climas cálidos y fríos). El estándar, sin embargo, permanece suficientemente determinado para ser de utilidad para especificar un umbral mínimo y los intentos para desvirtuar esto no han sido convincentes.

provisiones que considere las expectativas sociales en relación con las condiciones mínimas de bienestar que son aceptables dentro de una sociedad en particular. Algunos organismos internacionales, por cierto, ya han buscado desarrollar el enfoque del núcleo esencial en esta dirección: el Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa ha procurado especificar un umbral mínimo de provisiones en relación a lo que se considera como mínimamente adecuado en Europa.[90] Sin embargo, aún con estas adaptaciones, los elementos doctrinales clave (delimitados anteriormente en relación con el caso de los desplazados internos) del enfoque del núcleo esencial siguen presentes: que debe desarrollarse un sistema racional para establecer prioridades; articularse metas y estándares claros, y hacerse efectivo un sistema de rendición de cuentas e informes.

c. Limitaciones, suspensión y proporcionalidad

Una de las dificultades que surgen en una situación de crisis estructural es el hecho de que a menudo se afirma que "no es posible" realizar algunos de estos derechos y, por lo tanto, bajo estas condiciones el Estado puede limitar legítimamente los derechos de los individuos. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce expresamente la posibilidad de limitar estos derechos: "podrán limitarse estos derechos sólo en la medida compatible con la naturaleza de estos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática".[91] En esta sección

[90] *Cfr.*, su informe sobre Armenia que considera la "cantidad mínima de alimentos y artículos no alimenticios necesarios para que un individuo pueda mantener un estándar decente de vida y gozar de buena salud" frente al umbral de pobreza de ese país en particular: Comité Europeo de Derechos Sociales, *Conclusions: Armenia,* 2009/def/ARM, 2009, consultado en el sitio http://hudco.esc.coe.int/esc2008/document.asp?item=0, [fecha de último acceso: 15 de julio de 2014].

[91] Artículo 4 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Social y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, S. Treaty Doc. No. 95-19, 6 I.L.M. 350 (1967), 993 U.N.T.S. 3.

considero, en primer término, si la total suspensión[92] de las obligaciones impuestas por los derechos sociales es permisible en tiempos de crisis económica. En segundo lugar, considero el papel de la doctrina de proporcionalidad para determinar las limitaciones permisibles a los derechos sociales bajo condiciones de crisis económica.

i. ¿Es apropiada la suspensión?

Las crisis estructurales crean una sensación de pánico y limitación provocando, en gran medida, que las disposiciones de derechos fundamentales sean ignoradas.[93] Esta respuesta sugiere que en tiempos de crisis deberíamos considerar que las disposiciones de derechos fundamentales pueden ser suspendidas.[94] La suspensión de "un derecho o aspecto de un derecho es su completa o parcial eliminación (…) en circunstancias de emergencia que 'pongan en peligro la vida de la nación'".[95] Las suspensiones generalmente solo son permitidas en casos excepcionales que suponen una grave amenaza a una sociedad, lo que podría sugerir que solo una crisis fundacional podría justificar tales medidas. El que las suspensiones de los derechos socioeconómicos sean constitucionalmente permisibles diferirá, por supuesto, en función del texto constitucional de los países

[92] [NT] El autor utiliza la expresión *derogation* como el término jurídico para describir esta situación. Normalmente esto se traduciría como derogación; sin embargo, en español derogación se refiere al acto de "dejar sin efecto una norma por otra posterior de igual o superior rango" (*Diccionario de español jurídico*, Real Academia Española), de modo que no resulta adecuado para transmitir la idea del autor. Por lo tanto, se utiliza la expresión "suspensión" pues esta es la terminología utilizada en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que contienen cláusulas que permiten a los Estados Partes, precisamente, suspender sus obligaciones respecto de ciertos derechos en situaciones excepcionales. Ver, por ejemplo, el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[93] Véase Saiz, "Rights in Recession…", *op. cit.,* en general para la limitada consideración de las disposiciones de derechos humanos en la respuesta a la crisis.

[94] Véase Emilie M. Hafner-Burton, Laurence R. Helfer y Christopher J. Fariss, "Emergency and Escape: Explaining Derogations from Human Rights Treaties", *International Organization*, vol. 65, núm. 4, 2011, p. 673.

[95] Amrei Muller, "Limitations to and derogations from economic, social and cultural rights", *Human Rights Law Review*, vol. 9, núm. 4, 2009, p. 561.

en particular. Es interesante destacar, sin embargo, que a diferencia del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el PIDESC no contiene una cláusula de suspensión de derechos.[96] La razón de ello, se argumenta, es que "resulta difícil imaginar una situación en que sea necesario negar a las personas sus derechos a la alimentación, a los servicios de salud o vivienda básica para mantener o restaurar el orden público indispensable para la protección de los derechos humanos".[97]

Notablemente, el análisis que expuse en la sección 2 proporciona razones adicionales para sostener por qué la suspensión o eliminación total de las obligaciones negativas y positivas en relación con la realización de los derechos socioeconómicos en tiempos de crisis estructural (de cualquier tipo) carece de sentido. Primero, no es claro que existan circunstancias en las que un gobierno podría justificar la total violación de sus obligaciones negativas de no interferir con el acceso actual de sus ciudadanos a recursos socioeconómicos. Racionalizar podría, por supuesto, ser justificable en ocasiones, pero ello sería una limitación más que una suspensión de los derechos socioeconómicos de los individuos. Segundo, como hemos visto, las situaciones de crisis personal representan precisamente las circunstancias en que las obligaciones positivas cobran sentido. Si las crisis estructurales en las que los individuos son orillados a circunstancias de crisis personal fueran consideradas como fundamento para justificar una suspensión de las disposiciones de derechos socioeconómicos, entonces es difícil imaginar realmente cuándo dichos derechos darían lugar a obligaciones positivas. Las condiciones bajo las cuales dichas obligaciones positivas se activan y son más relevantes para las personas en situación de pobreza son aquellas en que son incapaces de atender sus necesidades como resultado de circunstancias fuera de su control. Mientras las obligaciones positivas de un gobierno pueden ser limitadas en estas circunstancias, es difícil

[96] *Ibid.,* p. 591.
[97] *Ibid.,* p. 593.

comprender por qué una crisis debería absolver a la comunidad política de atender a aquellas personas en circunstancias de desesperación. Además, si bien los recursos pueden ser limitados en tiempos de crisis estructural, no se tornan inexistentes. Las cuestiones más urgentes son entonces aquellas relacionadas con la distribución de los recursos disponibles y no queda claro que alguna circunstancia (distinta a la escasez total) justifique ignorar por completo cualquier necesidad socioeconómica de un individuo en particular.

Entonces, la idea de una suspensión total de los derechos socioeconómicos en tiempos de crisis estructural no tiene sentido alguno ni es de utilidad para atender las cuestiones urgentes surgidas en dichas circunstancias. Me ocuparé ahora de cómo la doctrina jurídica debería abordar la justificación de las limitaciones a la realización de dichos derechos en condiciones de crisis.

ii. El análisis de proporcionalidad y la limitación de los derechos socioeconómicos en tiempos de crisis

El Comité de la ONU, en su reciente carta relacionada con la protección de los derechos socioeconómicos en tiempos de crisis económica o financiera, reconoció que las crisis pueden dar lugar a un "retroceso en el goce de estos derechos. El Comité entiende que ciertos ajustes en la implementación de algunos de estos derechos contenidos en el Pacto son en ocasiones inevitables".[98] Desafortunadamente, el Comité no especifica exactamente cómo debemos analizar estos "ajustes": ¿deben ser considerados como "medidas regresivas" o "limitaciones justificables" a las obligaciones indicadas en el Pacto? Dicha clasificación ayudaría a definir los estándares legales aplicables para determinar si las modificaciones del gobierno son permisibles.

[98] Pillay, *supra* nota 76, en p. 2.

El Comité sí procede a establecer ciertos requisitos a los que debe conformarse cualquier cambio de política relacionado con los derechos socioeconómicos. Uno de estos requisitos es que dicha "política sea necesaria y proporcional, en el sentido de que la adopción de cualquier otra política, o la omisión de actuar, resultaría en detrimento de los derechos económicos, sociales y culturales."[99] Esta expresión invoca al test de "proporcionalidad", el cual se utiliza en muchos contextos domésticos en el mundo cuando las Cortes Constitucionales consideran si la limitación de un derecho está o no justificada.[100]

El análisis de proporcionalidad busca en última instancia evaluar los beneficios que serán alcanzados por la medida transgresora, frente a los daños causados por la vulneración de derechos fundamentales. Los Jueces han desarrollado un razonamiento en particular para dar estructura a dicho análisis. La primera parte de este proceso involucra considerar el propósito de la medida que limita un derecho fundamental. Las jurisdicciones difieren en la manera en que caracterizan esta etapa: en Alemania, por ejemplo, el propósito simplemente debe ser un "propósito legítimo";[101] en Canadá, el objetivo debe ser de "importancia suficiente para vulnerar un derecho o libertad constitucionalmente protegido".[102]

La segunda parte de este proceso es el propio análisis de proporcionalidad que "examina la relación entre el objeto y los medios para realizarlo. Tanto el objeto como los medios deben ser adecuados. La relación entre ellos es una parte

[99] *Id*.

[100] El análisis de proporcionalidad es ahora un enfoque utilizado a nivel mundial por un gran número de Cortes Constitucionales. El estudio más famoso de los distintos componentes del análisis de proporcionalidad (como fue utilizado por la Corte Constitucional alemana) con una defensa analítica del mismo viene del trabajo de Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales,* 2a ed., traducción de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, el cual ha influenciado mi exposición en este trabajo.

[101] Dieter Grimm, "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence", *University of Toronto Law Journal*, vol. 57, núm. 2, 2007, p. 388.

[102] *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* [1985] 1 SCR 295, 352 (Can.).

integral del análisis de proporcionalidad".[103] A este respecto, existen tres componentes clave en el test de proporcionalidad. La primera etapa requiere que las medidas restrictivas del derecho se encuentren "conectadas racionalmente con el objetivo".[104] Me referiré a este como el "requisito de idoneidad" que, esencialmente, sostiene que una medida que vulnera un derecho solo estará justificada si es idónea para realizar el propósito que pretende alcanzar. La segunda etapa requiere que los medios "menoscaben 'en el menor grado posible' el derecho o libertad en cuestión";[105] me referiré a este último como el "requisito de necesidad". Finalmente, la tercera etapa requiere que los beneficios de la medida restrictiva sean proporcionales a la violación de derechos fundamentales ocasionada. Esto lo denominaré como el "requisito de proporcionalidad *stricto sensu*", que en última instancia involucra ponderar los daños causados a los derechos fundamentales frente a los beneficios de la medida restrictiva. En esta etapa, por ejemplo, "[e]ntre más severos sean los efectos perjudiciales de una medida, más relevante deberá ser el objetivo para que la medida se considere razonable y justificada de manera demostrable en una sociedad libre y democrática".[106]

La aplicación del test de proporcionalidad a los derechos socioeconómicos implica muchas dificultades y debe ser considerado detenidamente, cuestión que desborda el alcance de este trabajo.[107] Contiades y Fotiadou, sin embargo, recientemente sostuvieron que un test de proporcionalidad puede proporcionar por sí mismo la doctrina jurídica que determine con eficacia la aplicación de los

[103] Aharon Barak, "Proportional Effect: The Israeli Experience", *University of Toronto Law Journal*, vol. 57, núm. 2, 2007, p. 371.

[104] *R. v. Oakes* [1986] 1 SCR 103, párrafo 70 (Can.).

[105] *Id*.

[106] *Ibid.,* párrafo 71. Este esquema del análisis de proporcionalidad se basa en el análisis en David Bilchitz, "Neccesity and Proportionality: Towards a Balanced Approach?", en Liora Lazarus, Christopher McCrudden y Nigel Bowles (eds.), *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement,* Hart Publishing, Oxford, 2014.

[107] Véase *v. gr.,* Kevin Iles, "Limiting socio-economic rights: beyond de international limitations clauses", *South African Journal on Human Rights*, 20, 2004, p. 448; y Liebenberg, *Socio-economic rights…, op. cit.*, p. 186.

derechos socioeconómicos en tiempos de crisis.[108] Ellos afirman que, al margen del aspecto "defensivo" del análisis de proporcionalidad, en el que es utilizado como medio para defender a los derechos en contra de limitaciones, existe también un elemento "creativo" en dicho análisis que implica su uso "como una herramienta para dar contenido a los derechos".[109] Ellos sostienen que "en su dimensión creativa, el principio de proporcionalidad dicta los pasos de un test de ponderación estructurado, a efecto de incluir en el contenido fluido y flexible de los derechos sociales, los complejos actos de ponderación en relación con la política social, económica y fiscal. Dichos actos de ponderación se vuelven aún más cruciales en la era de crisis económica y desestabilización del Estado de bienestar, ya que el legislador y el Juez deben decidir quién debe soportar la carga de los recortes, así como la restructuración de los mecanismos de redistribución".[110]

El análisis de proporcionalidad, sostienen, en el contexto de los derechos sociales, genera en realidad un contenido sustantivo para esos derechos, y cuando un derecho debe ceder, "ello no le resta fuerza al derecho".[111] En el contexto de crisis económica, "[l]a cuestión cardinal es definir el contenido de los derechos sociales para encontrar una manera de protegerlos de las limitaciones impuestas debido a la crisis económica. El análisis de proporcionalidad surge como la herramienta básica para llevar a cabo esta tarea".[112]

Los autores contrastan sus argumentos sobre el análisis de proporcionalidad con el enfoque más estricto del núcleo esencial de los derechos socioeconómicos.

---

[108] *Cfr.* Xenophon Contiades y Alkemene Fotiadou, "Social Rights in the Age of Proportionality: Global Economic Crisis and Constitutional Litigation", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 3, 2012, p. 665.

[109] *Id*.

[110] *Ibid.,* p. 666.

[111] *Ibid.,* p. 670.

[112] *Ibid.,* p. 671.

Definir un núcleo esencial que es difícil de limitar, sostienen, puede atemorizar a los Jueces en tiempos de crisis y ocasionar que los derechos sociales sean en gran medida ignorados. Por el contrario, incluir el test de proporcionalidad en la definición misma de estos derechos "tiene el potencial de lograr su fortalecimiento y posterior desarrollo debido a su capacidad para acomodar la realidad y las políticas en conflicto. La carga cambia entonces al análisis de proporcionalidad como método que puede proteger la sustancia de los derechos no al excluirlos del conflicto, construyendo un muro a su alrededor, sino asegurando que este conflicto se lleve a cabo de conformidad con la Constitución".[113] Asimismo, afirman, al dar lugar a fallos sumamente sensibles al contexto, el análisis de proporcionalidad facilita el diálogo entre la legislatura y el Poder Judicial, lo que fortalece la protección a estos derechos y no excluye la posibilidad de un debate político posterior.

Estos argumentos, desde mi punto de vista, reflejan un importante malentendido sobre el análisis de proporcionalidad y lo que éste puede brindar a la protección de los derechos sociales. Quisiera destacar varios problemas con este planteamiento, particularmente para hacer efectivos los derechos socioeconómicos en tiempos de crisis.

La primera cuestión importante atañe a la relación entre el análisis de proporcionalidad y el contenido de los derechos fundamentales. Los autores continuamente afirman que el análisis de proporcionalidad puede ayudar a dar contenido a los derechos socioeconómicos sin señalar con claridad cómo lo hace. El análisis de proporcionalidad es, en realidad, un test formal (con varios subcomponentes) que ayuda a aquellos que toman decisiones a alcanzar determinaciones respecto de las circunstancias en que es permisible limitar derechos. Sin embargo, el test sólo funciona cuando tenemos un entendimiento previo del

[113] *Ibid.,* p. 672.

contenido de determinados derechos, así como el peso que debe otorgárseles. Este punto puede comprenderse mejor al considerar dos de los sub-análisis más importantes involucrados en determinar la proporcionalidad de una medida.[114]

El test de "necesidad" implica determinar si existe una medida alternativa (a aquella que está bajo consideración) que logre adecuadamente el propósito del gobierno, pero sea menos restrictiva del derecho en cuestión.[115] Para emitir un juicio en este aspecto, resulta vital comprender cómo diferentes medidas alternativas impactan sobre un derecho fundamental. Sin embargo, para ello es necesario tener algún entendimiento del contenido preexistente de dicho derecho fundamental, pues de otro modo el test carecerá de sentido: ¿cómo puede juzgarse el impacto de distintas medidas sobre un derecho si se desconoce aquello sobre lo cual se está teniendo un impacto? El test de necesidad presupone así un entendimiento del contenido existente de cualquier derecho.

De modo similar, en relación con el componente de ponderación del análisis de proporcionalidad, solo será posible juzgar si los daños al derecho causado por la medida limitante son proporcionales a los beneficios que ésta alcance, si tenemos una idea preexistente acerca de lo que el derecho implica y cómo juzgar la gravedad de cualquier violación al mismo. El análisis también requiere que tengamos un cierto entendimiento del "peso" o fuerza de los intereses afectados. Contrario a lo que sostienen Contiades y Fotiadou, el test de proporcionalidad no puede por sí mismo proporcionar el contenido de los derechos fundamentales; más bien, asume que existe una comprensión de tal contenido para poder operar eficazmente.[116]

[114] Ya he discutido la debilidad del análisis de idoneidad (y, en particular, bajo circunstancias de crisis) en relación con la doctrina de razonabilidad.

[115] Esta formulación del test de necesidad se basa en el análisis realizado en D. Bilchitz, "Necessity and Proportionality...", *op. cit.*

[116] Tal vez Contaides y Fotiadou proponen un entendimiento completamente distinto del análisis de proporcionalidad: en ningún momento expresan en su artículo tal concepción. Más aún, si es completamente

Lo mismo ocurre con las virtudes del diálogo que los mencionados autores defienden. Sandra Liebenberg, por ejemplo, también defiende la adopción de un enfoque más vago hacia los derechos sociales para promover el diálogo entre las otras ramas de gobierno y los tribunales.[117] Sin embargo, el diálogo también requiere de los participantes en la conversación que tengan visiones determinadas con base en las cuales puedan interactuar. La falta de una concepción del contenido de los derechos implica que cualquier diálogo que resulte será débil, y no estará orientado por principios normativos.[118]

Todas estas observaciones apuntan las graves deficiencias de aplicar un "enfoque débil" al contenido de los derechos socioeconómicos en tiempos de crisis económica, que se centra en un estándar de proporcionalidad vago e indeterminado. En efecto, si los derechos se definen a través de un proceso de ponderar diversos criterios, parece muy probable que ello dará como resultado muy pocas protecciones en tiempos de crisis estructural. Las legislaturas y ejecutivos son especialmente partidarios de señalar las dificultades fiscales del Estado, y el gasto en programas sociales, como hemos visto, a menudo es objeto de brutales recortes. Sin una visión robusta de los derechos socioeconómicos de los individuos que no sea dependiente de estas difíciles condiciones sociales y económicas, parece probable que dichas circunstancias llevarán a los Estados simplemente a rediseñar los límites de estos derechos de un modo extremadamente débil y que se ajuste a estas condiciones. Los derechos sociales y económicos tendrán así una función menor en imponer límites sobre la acción del gobierno y desafiar sus respuestas a estas condiciones, lo que es necesario precisamente para que proporcionen directrices normativas en tiempos de crisis.

---

distinto ¿en qué sentido continúa siendo el análisis de proporcionalidad que ha sido reconocido por las cortes constitucionales en todo el mundo?

[117] *Cfr.* S. Leibenberg, *Socio-economic Rights…, op. cit.,* pp. 47-48.

[118] *Cfr.* David Bilchitz, "Does Sandra Liebenberg's New Book Provide a Viable Approach to Adjudicating Socio-Economic Rights?", *South African Journal on Human Rights*, vol. 27, núm. 3, 2011, p. 556.

¿Cuál es entonces el papel del análisis de proporcionalidad en relación con los derechos sociales? Como he sostenido, éste no determina el contenido inicial de estos derechos; más bien, desde mi perspectiva, funciona del mismo modo en que lo hace en relación con los derechos civiles y políticos, a saber, proporcionando un test formal y detallado para decidir la permisibilidad de las limitaciones al contenido de estos derechos. En efecto, puede darse el caso en que el gobierno no es capaz de satisfacer todas sus obligaciones en relación con los derechos sociales y cierta flexibilidad es necesaria para que puedan responder a la crisis. El test de proporcionalidad nos permite evaluar el propósito por el cual dichos derechos son limitados y los diversos sub-análisis nos ayudan a determinar si dicha limitación es realmente proporcional al daño causado a los derechos en cuestión.

Significativamente, una concepción robusta de estos derechos ayuda en la aplicación del propio test en dichas circunstancias. Si el Estado afirma que no puede satisfacer sus obligaciones básicas mínimas, los tribunales estarán al tanto de que los intereses más básicos de los individuos –que están protegidos por estas obligaciones– tienen una importante prioridad y peso en cualquier análisis de proporcionalidad. Si bien puede haber circunstancias en que tales limitaciones podrían encontrarse justificadas, estas serán muy reducidas y el Estado tendrá una fuerte carga de justificación, lo que afectará la manera en que los análisis de necesidad y ponderación son evaluados. Por supuesto, será más viable para el Estado justificar desviaciones del umbral de suficiencia. El análisis de proporcionalidad, sin embargo, también ofrece límites claros y formales a cualquier acción estatal: un propósito claro y legítimo debe ser identificado para cualquier limitación que sea válida, y las medidas en cuestión deben ser capaces de satisfacer los requisitos de idoneidad, necesidad, y ponderación. Sin duda, algunas de las anteriores determinaciones resultarán más difíciles en tiempos de crisis económica: la virtud de un enfoque robusto del contenido de los derechos socioeconómicos, junto con un análisis de proporcionalidad respecto de la permisibilidad de las limitaciones, será que las acciones legislativas

y ejecutivas serán objeto de un escrutinio crítico que ayudará a determinar si las medidas que adopten son efectivamente admisibles o vulneran innecesariamente los derechos fundamentales de los individuos.

4. Conclusión

Este artículo ha buscado interactuar con el marco conceptual para abordar los derechos socioeconómicos en tiempos de crisis económica. He buscado demostrar el hecho de que los derechos socioeconómicos no pierden su aplicación en tiempos de crisis: en efecto, es en estas circunstancias en que a menudo cobran mayor relevancia. Atender a las implicaciones concretas y el contenido de estos derechos es relevante para ayudarnos a orientar las respuestas gubernamentales y, en efecto, la actitud de los tribunales. He intentado considerar las doctrinas jurídicas que hacen más probable que estos derechos sean significativos en estas difíciles circunstancias. Una serie de obligaciones negativas persisten en tiempos de crisis económica, lo que incluye tanto medidas procedimentales como substantivas y, notablemente, pueden resultar en un deber de los actores privados de compensar por los daños que causen al acceso actual de otros individuos a recursos socioeconómicos. El enfoque del núcleo esencial, sostuve, es el más indicado para proveer la base doctrinaria necesaria para dar efecto a las obligaciones positivas del Estado en tiempos de crisis, con su énfasis en priorizar, generar estándares claros y rendición de cuentas. Las circunstancias de crisis, en general no proporcionan una justificación para suspender los derechos socioeconómicos; sin embargo, la doctrina de proporcionalidad podría ayudar a determinar bajo qué condiciones las obligaciones de realizar los derechos socioeconómicos pueden limitarse justificadamente. El enfoque propuesto aquí reconoce que las situaciones de crisis, de hecho, colocan en primer plano cuestiones urgentes de justicia distributiva y no pueden, en general, proporcionar la justificación para ignorar los derechos socioeconómicos de las personas. Un enfoque basado en derechos fundamentales también cambia la perspectiva desde la cual podemos enfrentar una crisis

económica: no se trata simplemente de preguntas abstractas respecto de los mercados financieros y las pérdidas de los especuladores; debemos enfocarnos en los daños concretos a los intereses más fundamentales de los individuos y cómo éstos deben ser remediados. Aunque una crisis económica –como la ocurrida en 2008– puede efectivamente llevar a una reducción de ciertos derechos socioeconómicos, es importante que este proceso ocurra de tal manera que se asegure que los responsables económicos de la crisis deban pagar una compensación y dando prioridad a los más desaventajados.

Bibliografía

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales,* 2a ed., traducción de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008 [ed. original: *Theorie der grundrechte*, Suhrkamp-Verlag, 1986].

ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (ed.), *Judicial Protection of Internationally Displaced Persons: The Colombian Experience,* The Brookings Institutions-University of Bern*,* Washington, 2009.

BILCHITZ, David, *Poverty and Fundamental Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

BONILLA MALDONADO, Daniela, *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals Of India, South Africa And Colombia*, Cambridge University Press, Nueva York, 2013.

BOTHA, Henk, VAN DER WALT, Andre et al. (eds.), *Rights and Democracy in a Transformative Constitution*, Sun Press, Stellenbosch, 2003.

CIRO, Tony, *The Global Financial Crisis: Triggers, Responses and Aftermath*, Ashgate Publishing, Surrey, 2012.

CONTIADES, Xenophon (ed.), *Constitutions in The Global Financial Crisis*, Ashgate Publishing, Farnham, 2013.

EIDE, Asjborn, KRAUSE, Catarina et al. (eds.), *Economic Social and Cultural Rights: A Text-Book,* 2a ed., Martinus Nijhoff, Dordrecht, 2001.

FABRE, Cecile, *Social Rights under The Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

FRIEDMAN, Jeffrey (ed.), *What Caused the Financial Crisis*, University of Pennsylvania Press, Pennsylvania, 2011.

GARGARELLA, Roberto, DOMINGO, Pilar et al. (eds.), *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?,* Ashgate Publishing, Aldershot, 2006.

JARSULIC, Marc, *Anatomy of a Financial Crisis: A Real Estate Bubble, Runaway Credit Markets And Regulatory Failure*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2010.

KINDLEBERGER, Charles, *Manias, Panics and Crashes*, Wiley, Nueva York, 1996.

KJAER, Poul, Gunther, TEUBNER, Gunther *et al.* (eds.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2011.

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

LAZARUS, Liora, MCCRUDDEN, Christopher *et al.* (eds.), *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement,* Hart Publishing, Oxford, 2014.

LIEBENBERG, Sandra, *Socio-Economic Rights: Adjudication under A Transformative Constitution*, Juta and Company Ltd., Cape Town, 2010.

MCLEAN, Bethany, NOCERA, Joe, *All the Devils are Here: The Hidden History of The Financial Crisis*, Penguin Publishing, Nueva York, 2011.

NOLAN, Aoife (ed.), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

POGGE, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, traducción de Ernest Weikert García, Paidós, Barcelona, 2005 [ed. original: *World Poverty and Human Rights*, Polity Press, Cambridge, 2002].

RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, traducción de María Dolores González, 2a ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1995 [ed. original: *A Theory of Justice,* revised edition, Harvard University Press, Cambridge, 1999].

SHUE, Henry, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, 2a ed., Princeton University Press, Princeton, 1996.

VAN BERGEIJK, Peter, DE HAAN et al. (eds.), *The Financial Crisis and Developing Countries: A Global Multidisciplinary Perspective,* Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011.

WOOLMAN Stu, BISHOP, Michael et al. (eds.), *Constitutional Law of South Africa,* Juta, Cape Town, 2006.

_____, *Constitutional Conversations*, Pretoria University Law Press, Pretoria, 2008.

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

Hemerografía

BARAK, Aharon, "Proportional Effect: The Israeli Experience", *University of Toronto Law Journal*, vol. 57, núm. 2, 2007, pp. 369-382

BBC News, "EU Austerity Drive Country by Country", [nota de 21 mayo de 2012 15:46 pm], http://www.bbc.co.uk/news/10162176, [útlimo acceso: 15 de julio de 2014].

BENÍTEZ, Inés, "Living on Streets No Longer Exceptional in Spain", en *Interpress Service News Agency* [28 de enero de 2013], http://www.ipsnews.net/2013/01/living-on-the-streets-no-longer-exceptional-in-spain/, [último acceso: 15 de julio de 2014].

BILCHITZ, David, "Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and Its Importance", *South African Law Journal*, vol. 119, 2002, pp. 484-501.

_____, "Do Corporations have Positive Fundamental Rights Obligations?", *Theoria*, vol. 57, núm. 125, 2010, pp 1-35.

_____, "Is the Constitutional Court Wasting Away the Rights of the Poor?: Nokotyana v. Ekurhuleni Metropolitan Municipality", *South African Law Journal*, vol.127, núm. 4, 2010, pp. 591-605.

_____, "Does Sandra Liebenberg's New Book Provide A Viable Approach to Adjudicating Socio-Economic Rights?", *South African Journal on Human Rights*, vol. 27, núm. 3, 2011, pp. 546-557.

BRUNDSDEN, Jim, CHRISTIE, Rebecca et al., "Bank Bailout Deal Struck in EU Talks Decrees Writedowns", en *Bloomberg* [27 de junio de 2013], http://www.bloomberg.com/news/2013-06-26/eu-finance-chiefs-said-to-reach-deal-on-failing-banks.html, [última fecha de acceso: 15 de julio de 2014].

CHRISTIANSEN, Eric, "Adjudicating Non-Justiciable Socio-Economic Rights: Socio-Economic Rights and The South African Constitutional Court", *Columbia Human Rights Law Review,* vol. 38, núm. 2, 2007, pp. 321- 386.

CONTIADES, Xenophon, FOTIADOU, Alkemene, "Social Rights in the Age Of Proportionality: Global Economic Crisis and Constitutional Litigation", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 3, pp. 660-686.

CROTTY, James, "Structural Causes of the Global Financial Crisis: A Critical Assessment of the 'New Financial Architecture'", *Cambridge Journal of Economics*, vol. 33, núm. 4, 2009, pp. 563-580.

DAFEL, Michael, "The Negative Obligation of the Housing Right: An Analysis of The Duties to Respect and Protect", *South African Journal on Human Rights,* vol. 29, núm. 3, 2013. pp. 591-614.

FREDMAN, Sandra, "The Potential and Limits of an Equal Rights Paradigm in Addressing Poverty", *Stellenbosch Law Review*, vol. 22, 2011, núm. 3, pp. 566-590.

FREIFELD, Karen, VISWANATHA, Aruna *et al.,* "JP Morgan Agrees $ 13 billion Settlement with U.S. over Bad Mortgages", en *Reuters* [19 de noviembre de 2013], http://www.reuters.com/article/2013/11/20/us-jpmorgan-settlement-idUSBRE9AI00A20121120, [fecha de última consulta: 15 de julio de 2014].

GRIMM, Dieter, "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence", *University of Toronto Law Journal*, vol. 57, núm. 2, 2007, pp. 383-397.

HAFNER-BURTON, Emilie M., HELFER, Laurence R. et al., "Emergency and Escape: Explaining Derogations from Human Rights Treaties", *International Organization*, vol. 65, núm. 4, 2011, pp. 673-707.

HERBST, Moira "The Bank Bailout Cost US Taxpayers nothing? Think Again", en *The Guardian* [28 de mayo de 2013], http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/may/28/bank-bailout-cost-taxpayers, [última fecha de acceso: 15 de julio de 2014].

ILES, Kevin, "Limiting Socio-Economic Rights: Beyond the International Limitations Clauses", *South African Journal on Human Rights*, vol. 20, núm. 3, 2004, pp. 448-465.

MICHELMAN, Frank, "Socio-economic Rights in Constitutional Law: Explaining America Away", *International Journal of Constitutional Law,* vol. 6, núm. 3-4, 2008, pp. 1-24.

MULLER, Amrei, "Limitations to and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 9, núm. 4, 2009, pp. 557-601.

MUREINIK, Ettiene, "Beyond a Charter of Luxuries: Economic Rights in the Constitution", *South African Journal on Human Rights*, vol. 8, núm. 4, 1992, pp. 464-474.

LANDAU, David, "The Reality of Social Rights Enforcement", *Harvard International Law Journal*, vol. 53, núm.1, 2012, pp. 190-246.

PIETERSE, Marius, "Coming to Terms with Judicial Enforcement of Socio-Economic Rights", *South African Journal on Human Rights*, vol. 20, núm. 3, 2004, pp. 383-417.

SAIZ, Ignacio, "Rights In Recession? Challenges for Economic and Social Rights Enforcement in Times of Crisis", *Journal of Human Rights Practice,* vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 277-293.

SMITH, Helena, "Greek Homeless Shelters Take in Casualties of Debts Crisis", en *The Guardian* [10 de febrero de 2012], http://www.theguardian.com/world/2012/feb/10/greek-homeless-shelters-debts-crisis [último acceso julio 15 de 2014].

SOHN, Louis B., "How American International Lawyers Prepared for the San Francisco Bill of Rights", *American Journal of International Law*, vol. 89, núm. 3, 1995, pp. 540-553.

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.

Legislación

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Social y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, S. Treaty Doc. No. 95-19, 6 I.L.M. 350 (1967), 993 U.N.T.S. 3.

Criterios jurisdiccionales

Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (4) SA 744 (CC).

City of Johannesburg v. Blue Moonlight Properties, 2012 (2) SA 104 (CC).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025 de 2004, Expediente T-653010 y acumulados, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá, Colombia, 22 de enero de 2004.

Governing Body of the Juma Musjid Primary School & Others v. Essay N.O. and Others, 2011 (8) BCLR 761 (CC).

Grootboom v. Government of the Republic of South Africa 2001 (1) SA 46 (CC).

Gundwana v. Steko Development, CC 2011 (3) SA 603 (CC).

Jaftha v. Schoeman, 2005 (2) SA 140 (CC).

Khosa v. Minister of Social Development, 2004 (6) SA 505 (CC).

Mazibuko and others v. City of Johannesburg, 2010 (4) SA 1 (CC).

Minister of Health v. Treatment Action Campaign 2002 (5) SA 721 (CC).

Nokotyana v. Ekurhuleni Metropolitan Municipality, 2010 (4) BCLR 312 (CC).

Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Mains Street Johannesburg v. City of Johannesburg 2008 (3) SA 208 (CC).

R v. Big M Drug Mart Ltd. [1985] 1 SCR 295, (Can.).

R v. Oakes [1986] 1 SCR 103, (Can.).

Minister of Health v. Treatment Action Campaign, 2002 (5) SA 721 (CC).

Otras fuentes

Carta de Ariranga G. Pillay, Presidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ref. No. CESCR/48th/SP/MAB/SW, [16 de mayo de 2012], http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/LetterCESCRtoSP16.05.12.pdf, [última fecha de acceso: 15 de julio de 2014].

Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 12, El derecho a una alimentación adecuada (Art. 11)*, 1999, UN doc. E/C.12/1995/5.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No.3, La índole de las obligaciones de los Estados Parte (Art. 2(1) del Pacto),* UN doc. E/1991/23, 1990, párrafo 10.

Comité Europeo de Derechos Sociales, *Conclusions: Armenia,* 2009/def/ARM, 2009, consultado en el sitio http://hudco.esc.coe.int/esc2008/document.asp?item=0, [fecha de último acceso: 15 de julio de 2014].

Director General de la Organización Internacional del Trabajo, *Tackling the Global Jobs Crisis: Recovery through Decent Work Policies,* 2009, consultado en el sitio http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/–ed_norm/–relconf/documents/meetingdocument/wcms_106162.pdf, [última fecha de consulta: 15 de julio de 2014].

European Agency for Fundamental Rights, Protecting Fundamental Rights During the Economic Crisis, diciembre 2010, consultado en el sitio http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra:uploads/1423-FRA-Working-paper-FR-during-crisisDec10_EN.pdf, [última fecha de consulta: 15 de julio de 2014].

Organización Internacional del Trabajo & Instituto Internacional de Estudios Laborales, *A Global Policy Package to Address the Global Crisis*, 2008, consultado en el sitio http://www.ilo.org/public/libdoc/2008/108B09_307_engl.pdf [última fecha de consulta: 15 de julio de 2014].

¿POR QUÉ NOS IMPORTA EL DIÁLOGO? "LA CLÁUSULA DEL 'NO-OBSTANTE'", "COMPROMISO SIGNIFICATIVO" Y AUDIENCIAS PÚBLICAS UN ANÁLISIS EMPÁTICO PERO CRÍTICO*

WHY DO WE CARE ABOUT DIALOGUE? "NOTWITHSTANDING CLAUSE," "MEANINGFUL ENGAGEMENT" AND PUBLIC HEARINGS: A SYMPATHETIC BUT CRITICAL ANALYSIS

Roberto Gargarella**

Resumen

Análisis crítico sobre de los alcances y límites de la práctica del constitucionalismo dialógico emergente, a partir de tres prácticas asociadas al mismo, como son: la "cláusula de salvedad" canadiense, los "compromisos significativos" de la Corte Constitución sudafricana y las audiencias públicas de Brasil y Argentina, y sobre la expectativa que sobre ellas se tiene como medios útiles para la ejecución de los derechos sociales

* Traducción por Ismael Martínez Torres, del artículo presentado en el XLV Seminario Permanente Jesús G. Amuchastegui (SPA).

** Profesor de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Torcuato Di Tella, Director de la *Revista Argentina de Teoría Jurídica*.

en una democracia deliberativa, frente instituciones poco preparadas, cuya discrecionalidad ha puesto a estas prácticas bajo la voluntad de los operadores de justicia.

Palabras clave: Democracia deliberativa, cláusula del 'no-obstante', audiencias públicas.

Abstract

Critical analysis of the scope and limits of the emerging dialogical constitutionalism practice, based on three practices associated with it, such as the Canadian "clause of reservation", the "significant commitments" of the South African Constitution Court and public hearings Brazil and Argentina, and on the expectation that they have as useful means for the implementation of social rights in a deliberative democracy, against poorly prepared institutions, whose discretion has put these practices under the will of the judges.

Keywords: Deliberative Democracy, Non-derogation Clause, Public Hearings.

"El constitucionalismo dialógico" se originó en Canadá en 1982, con la creación de la "cláusula de salvedad".[1] Desde entonces, han sido establecidas muchas otras prácticas similares e incluso mejores.[2] Para muchos de nosotros, defensores de la democracia deliberativa y críticos de las formas tradicionales de revisión judicial, la aparición de estas prácticas representó una excelente noticia. Tales prácticas prometieron la promoción de un debate democrático más robusto a través de formas de intervención judicial mejores y con

[1] En este punto comparto el punto de vista de Mark Tushnet. En palabras suyas: "entiendo que la revisión judicial dialógica se inventó en la Carta de Derechos Canadiense en 1982". Véase Mark Tushnet, "Dialogic Judicial Review", *Arkansas Law Review,* vol. 61, 2009, p. 205.

[2] De acuerdo con Bradley Bakker, el diálogo constitucional incluye la idea de que diferentes ramas gubernamentales y la gente interactúan en formas que moldean los puntos de vista dominantes sobre la interpretación constitucional a lo largo del tiempo, véase Bradley M. Bakker, "Blogs as Constitutional Dialogue. Rekindling the Dialogic Promise?," *New York University Annual Survey of American Law,* vol. 63, 2008, p. 216. De manera similar, véase Gal Dor, "Constitutional Dialogues in Action. Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective", *Indiana International & Comparative Law Review,* vol. 11, núm. 1, 2000, pp. 17-18; y, Katharine G. Young, *Constituting Economic and Social Rights,* Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 147.

mejor justificación.[3] Paralelamente, en muchos de nosotros surgió la esperanza de que mecanismos dialógicos como estos se volvieran útiles en la ejecución de los derechos sociales, de una manera conversacionalmente apropiada. En la actualidad, después de casi cuatro décadas, estamos en condiciones de examinar la práctica del constitucionalismo dialógico. En lo que sigue, analizaré críticamente esta práctica e ilustraré este análisis a través del estudio de tres prácticas asociadas, a saber, la "cláusula de salvedad" en Canadá; los "compromisos significativos" promovidos por la Corte Constitucional sudafricana; y las audiencias públicas celebradas por las Cortes argentina y brasileña desde mediados del año 2000.

Mi objetivo en este trabajo es estudiar el alcance y los límites de esta práctica dialógica emergente. Mi impresión es que, a pesar de su notable importancia y potencial (aún creo que el diálogo constitucional puede favorecer en gran medida la causa de la democracia y la justicia social), hasta el día de hoy, el constitucionalismo dialógico no ha sido desarrollado en formas atractivas y depende todavía demasiado de la voluntad discrecional de los funcionarios públicos, en particular de los Jueces. Así, en lugar de celebrar estos avances incapaces de generar los resultados prometidos, aunque ciertamente sin desestimarlos por completo, en este trabajo me propongo llevar a cabo un escrutinio crítico, con la esperanza de obtener de ellos la mejor versión posible.

1. ¿Cómo se podría caracterizar un diálogo igualitario democrático?

Con el fin de analizar la práctica real, permítaseme antes establecer brevemente el ideal regulativo al que haré referencia a lo largo de este trabajo. En primer

[3] En lo que se refiere a la revisión judicial, la nueva práctica dialógica nos ayuda a revisar las explicaciones tradicionales en la materia. A través a la introducción del punto de vista dialógico, los Jueces tienden a perder la prerrogativa que hoy día poseen de pronunciar 'la última palabra institucional'. Sumado a esto, el modelo dialógico convive al sistema institucional de una forma significativamente distinta al modelo tradicional, en el que la revisión judicial se reduce a opiniones binarias sobre la invalidez o confirmación de un estatuto.

lugar asumo que, en una democracia, la interpretación constitucional tiene que ser el resultado de una conversación horizontal, colectiva e inclusiva, y no una imposición "desde arriba". Lo mismo vale para los derechos sociales, incluidos por muchas constituciones alrededor del mundo y cuya implementación ha resultado ciertamente complicada: la interpretación de estos derechos debería ser producto de una conversación colectiva, y su realización debería ser vista como una tarea grupal en manos de la comunidad entera, con una participación decisiva de parte de los trabajadores y aquellos grupos minoritarios que son sus principales depositarios.

Ahora, para contar con un punto de partida desde donde llevar a cabo la evaluación crítica de la práctica actual del constitucionalismo dialógico, definiré a continuación los posibles contornos de este ideal dialógico regulativo.

El ideal. En su forma ideal, el diálogo democrático puede caracterizarse de la siguiente manera:

i) Es una conversación sobre los asuntos públicos fundamentales, tales como los que contienen la mayoría de las Constituciones modernas (por ejemplo, el alcance y límites de la libertad de expresión o de la libertad de asociación, los derechos sociales, etcétera).
ii) Es un diálogo abierto, esto quiere decir que la conversación se celebra a puertas abiertas y es fácilmente accesible a todo público.
iii) Es un diálogo inclusivo, esto quiere decir que "todos los posibles afectados" toman parte en él.[4]
iv) Es genuinamente deliberativo, esto quiere decir que los participantes intercambian y discuten sus puntos de vista, son sensibles a las ideas de otros, y están motivados a cambiar las opiniones propias siempre

[4] *Cfr.*, Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, traducción de W. Rehg, MIT Press, Cambridge, MA (1992) 1996.

que reconozcan que sus argumentos estaban equivocados parcial o completamente, o bien si reconocen que los puntos de vista de los otros son más persuasivos (muestran sensibilidad a "la fuerza del mejor argumento", de acuerdo con la formulación de Habermas).

v) Es igualitario, esto quiere decir que todos los participantes están en condición de igualdad, esto es, son igualmente capaces de presentar y defender sus puntos de vista, al tiempo que gozan de la misma autoridad moral, política y jurídica.

vi) Finaliza cuando se llega a un acuerdo unánime entre todos los participantes.[5]

2. Diálogos constitucionales reales. Dificultades y limitaciones

A continuación, quiero presentar una lista no exhaustiva de los problemas que pueden surgir –y que de hecho han surgido, como veremos más adelante– en el desarrollo de los "diálogos constitucionales". Me referiré ahora brevemente a algunos de ellos:

¿Qué puede calificar como diálogo? Comenzaré esta exploración haciendo referencia a una cuestión general y básica, a saber, nuestro interés por evitar los usos demasiado vagos e imprecisos del término "diálogo".[6] A modo de ejemplo: el trabajo de Barry Friedman representa uno de los mejores y más sofisticados

[5] El punto de vista que me interesa defender aquí está relacionado con las concepciones deliberativas de la democracia. Sostengo que la idea de democracia deliberativa está asociada con dos de las características principales de todo sistema democrático, a saber, la *inclusión* y la *discusión*. Asumo además que la democracia deliberativa resulta particularmente atractiva gracias a sus virtudes epistémicas: nos permite obtener conocimiento sobre las perspectivas diferentes de personas distintas acerca de los asuntos públicos fundamentales. Véase Carlos S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, New Haven, 1996.

[6] Este punto es particularmente importante debido a que muchos defensores de las formas tradicionales de revisión judicial suelen estar tentados a redescribir tales prácticas tradicionales en términos dialógicos, con el fin de hacerlas inmunes frente a la objeción democrática clásica.

intentos por redescribir las prácticas judiciales tradicionales como prácticas dialógicas.[7] Desde mi punto de vista, el problema con la propuesta de Friedman (y de otros) es que presenta como "diálogo" lo que muchos de nosotros describiríamos en otros términos más rudimentarios. De hecho, la definición de "diálogo" ofrecida por Friedman no coincide con prácticamente ninguno de los requisitos que antes he asociado con el término: según él, "la conversación" tiene lugar entre actores con poderes sumamente desiguales; existen numerosas voces que quedan en el silencio o que no son escuchadas; las decisiones de la Corte ganan un carácter "final" por lo menos durante varios años o incluso décadas (una vez que el conflicto original haya sido disuelto). Asimismo, las numerosas calificaciones que caracterizan la descripción de Friedman del diálogo judicial sugieren que su concepción del diálogo resulta ser, en el mejor de los casos, muy restrictiva.[8] En lo que sigue, me concentraré en problemas más específicos relacionados con los quién, cómo y por qué de las prácticas dialógicas.

El diálogo no debería estar confinado a una elite social. Para ser atractivo, un proceso consultivo debería incluir diferentes actores, representantes de la pluralidad de individuos y grupos que pueden llegar a ser afectados por la decisión que habrá de tomarse. En la medida de lo posible, todas estas perspectivas deberían ser consideradas. Deberíamos esforzarnos especialmente por incluir los puntos de vista de aquellos individuos y grupos que tradicionalmente han enfrentado mayores complicaciones para ser escuchados. Alguno de los ejemplos que examinaré en este trabajo ratifican esta afirmación: si no son organiza-

[7] Jenna Bednar, "The Dialogic Theory of Judicial Review. A New Social Science Research Agenda", *The George Washington Law Review,* vol. 6, núm. 78, septiembre 2010; Barry E. Friedman "Dialogue and Judicial Review", *The Michigan Law Review Association*, vol. 91, núm. 4, 1993; *The Will of the People,* Farrar Straus and Giroux, Nueva York, 2009; y "Online Alexander Bickel symposium: Learning about the Supreme Court", *SCOTUSblog* (post de 20 de agosto de 2012, 2:19 pm).

[8] Roberto Gargarella, "Acerca de Barry Friedman y el 'constitucionalismo popular mediado'", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo,* vol. 30, 2005.

dos bajo reglas estables y justas, los debates públicos pueden quedar limitados a la participación de "unos cuantos" (expertos, burócratas representantes de corporaciones poderosas); o a otros individuos o grupos que simplemente reproducen o confirman los puntos de vista del gobierno (o los intereses de aquellos que están a cargo de las reuniones públicas).

El diálogo no debería reducirse a (o identificarse con) un mero intercambio de argumentos entre los distintos poderes. Un diálogo apropiado posible no debería restringirse a la comunicación o al intercambio de argumentos entre distintos sectores del poder. Mi punto aquí tiene dos dimensiones. Por un lado, quiero hacer notar que el sistema tradicional, bien establecido, de "frenos y contrapesos" tiende a evitar o socavar, más que a promover, el diálogo. En segundo lugar, quiero insistir en la idea de que un diálogo apropiado debería ser particularmente sensible a las voces de aquellos individuos y grupos que, asumimos razonablemente, han tenido serias dificultades para participar e incidir en los procesos de toma de decisión. En consecuencia, aquellos diálogos que limitan la participación a los miembros de distintos sectores poderosos no deberían ser considerados, en principio, expresiones atractivas de lo que he llamado un diálogo apropiado posible.

Sobre la primera dimensión he escrito ya en algún otro lugar, y no deseo repetir aquí mis argumentos.[9] Simplemente insistiré en la idea de que el objetivo fundamental buscado por la propuesta institucional de Madison sobre los "frenos y contrapesos" era la de proporcionar a las distintas ramas del poder "herramientas defensivas": cada sector del gobierno tenía que estar institucionalmente preparado para resistir los ataques que previsiblemente los demás dirigirían en su contra. En palabras de Madison, era necesario dar "a aquellos que administran cada departamento los medios constitucionales necesarios y los motivos perso-

[9] Roberto Gargarella, "'We the People' Outside of the Constitution. The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances", *Current Legal Problems,* vol. 67, núm. 1, 2014, pp. 1-47.

nales para resistir la transgresión de los otros" (federalist papers 51). Nadie niega que el "debate público" pudiera surgir también de esa peculiar estructura institucional elegida en ese momento.[10] Sin embargo, me parece claro, dar lugar al debate público no era la meta principal de la Constitución de Estados Unidos: el sistema institucional que se estableció en aquel momento estaba dirigido a prevenir o encausar la "guerra civil", más que a promover el desarrollo de una conversación colectiva de cualquier tipo.

Acerca del segundo problema –aquel sobre un diálogo sin "nosotros el pueblo"– solamente diré que en el contexto de los problemas de legitimad que caracterizan al Poder Judicial, y también a la luz de la crisis de representación que afecta al sistema político, la prospectiva de un "diálogo entre los distintos poderes" no luce como una propuesta particularmente emocionante. Claro que, para muchos de nosotros que hemos criticado las formas tradicionales de revisión judicial durante décadas (pensemos, particularmente, en el trabajo de Jeremy Waldron y Mark Tushnet), el surgimiento de alternativas institucionales que, de una u otra forma, diluyen el poder que tiene "la última palabra" de los Jueces, representa una excelente noticia. No obstante, en un contexto institucional como el que he sugerido (que además incluye desigualdades profundas e injustificadas: concentración de los medios de comunicación, campañas políticas financiadas por corporaciones millonarias, etc.), la perspectiva de promover un mayor "diálogo" entre los distintos poderes pierde una buena parte de su atractivo potencial: un diálogo entre elites/servidores públicos de alto rango resulta muy poco atractivo.

El diálogo no debe depender de la voluntad discrecional de ninguno de los participantes. El diálogo público debería seguir reglas claras y justas, y no depender

[10] Stephen Holmes, "Precommitment and the Paradox of Democracy", en Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitutionalism and Democracy,* Cambridge University Press, Cambridge, 1988; y Cass R., Sunstein, *The Partial Constitution,* Harvard University press, Cambridge, 1993.

exclusivamente de la voluntad de los participantes. Con mayor precisión, los participantes deben saber porqué, cuándo y por cuáles razones, las autoridades públicas habrán de dar lugar a procesos de consulta pública. Estas conversaciones públicas no deberían depender de la buena voluntad discrecional de ninguno de los participantes.

A modo de analogía, imaginemos la situación de una familia en la que el padre (quien está a cargo principalmente de la economía familiar) suele tener la "última palabra". Puede ser que el padre esté abierto al diálogo, puede incluso que esté dispuesto a discutir cualquier asunto relevante con el resto de la familia alrededor de una mesa. No obstante, no debería sorprendernos que, al final del día, las propuestas del padre sean las que prevalezcan. Normalmente, debates como estos comienzan y terminan en el momento que el padre decida. Esta situación apunta hacia un problema más general, a saber, que la presencia de poderes discrecionales –sin importar la mayor o menor frecuencia con la que dichos poderes se ejerciten, o su mayor o menor generosidad– socava el valor de un diálogo público.

La conversación no debería reflejar o reproducir las iniquidades que pueden existir entre los participantes. Sabemos que en cada diálogo real y posible habrá siempre algunas desigualdades y diferencias significativas entre los participantes. Un diálogo propiamente dicho debería estar organizado de manera que se minimicen o transformen esas desigualdades en lugar de darlas por hecho. En este punto, concentraré mi atención principalmente en una clase particular de estos problemas, a los que llamaré problemas *motivacionales* o *actitudinales*. La dificultad, en este caso, tiene que ver con la actitud con la que cada participante toma parte en la conversación, y particularmente con el tipo de actitudes que generan posiciones asimétricas entre los participantes.[11]

[11] Iris M. Young, *Inclusion and Democracy,* Oxford University Press, Oxford, 2002.

Los procesos dialógicos no deberían estar diseñados para el beneficio exclusivo (o casi exclusivo) de aquellos que los organizan. Las iniciativas dialógicas pierden su significado cuando, al final del proceso, los participantes no logran tener una idea clara de la razón por la que fueron invitados a formar parte de tales eventos, así como cuando quienes toman las decisiones no hacen explícita la manera en la que abrir la conversación ayudó a mejorar esas decisiones que se están por tomar. Desafortunadamente, esta situación aparentemente prevalece –hasta el día de hoy– particularmente en las audiencias públicas organizadas por el Congreso o la judicatura que, es de esperar, no siguen reglas procedimentales claras y equitativas. Para ilustrar este punto, utilizaré ahora una anécdota proveniente de mi propia experiencia. En lo personal, he tenido la oportunidad de participar de distintas audiencias públicas organizadas por el Congreso de mi país, y los resultados siempre han sido similarmente frustrantes: nosotros –expertos y académicos– presentamos nuestros puntos de vista, uno tras otros (alrededor de diez minutos o menos, cada uno). Normalmente, cada orador simplemente abandonaba el recinto al concluir su presentación. Nosotros sabíamos que ninguna conclusión vendría después de la reunión; sabíamos que no habría nadie que respondiera a nuestros argumentos; sabíamos que nadie nos informaría jamás si nuestros argumentos habrían de ser finalmente considerados o no, en qué manera o por qué razones. El punto es: los debates públicos deberían llevarse a cabo con la finalidad de enriquecer a la sociedad entera, y no celebrarse por el mero beneficio de aquellos que los organizan.

3. "Cláusula del 'no-obstante'", "compromiso significativo" y audiencias públicas

En las líneas siguientes, quiero examinar e ilustrar las ideas anteriores y las críticas que han sido dirigidas en contra del constitucionalismo dialógico. Para hacer eso, exploraré tres casos relacionados con las tres herramientas dialógicas, usadas y desarrolladas en nuestro tiempo, más significativas. En primer lugar

examinaré la *cláusula del 'no obstante'* (conocida como la *notwithstanding clause*) que fuera incorporada en la carta canadiense de derechos durante la década de 1980. Esta cláusula disparó una profunda discusión al interior de la academia acerca de los instrumentos dialógicos. Después, examinaré la noción de *compromiso significativo*, empleada por la Corte Constitucional de Sudáfrica en algunas decisiones recientes. Finalmente, exploraré la práctica de las *audiencias públicas*, desarrollada (entre otras instituciones) en años recientes por diferentes cortes constitucionales o supremas en América Latina.

a. La cláusula del 'no-obstante' (*notwithstanding clause*)

El surgimiento de la "cláusula del 'no-obstante'" en Canadá jugó un papel significativo en el desarrollo de los debates jurídicos sobre los instrumentos dialógicos y la democracia deliberativa. De hecho, algunos de los cambios que se introdujeron en el sistema jurídico canadiense, particularmente después de la adopción de la Carta de Derechos en 1982, detonaron discusiones contemporáneas acerca del así llamado "constitucionalismo dialógico".[12] Estos cambios forman una parte central de lo que ha sido llamado el "nuevo modelo *Commonwealth* del constitucionalismo".[13]

En Canadá, las discusiones sobre el tema comenzaron, no solamente sino centralmente, como resultado de lo estipulado en la sección 33 de la Carta de Derechos, misma que incluía la llamada cláusula "de salvaguardia" o "de preva-

[12] K. Young, *Constituting Economic and Social Rights*, *op. cit*., p. 148; Luc B. Tremblay, "The Legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005, pp. 617-648.

[13] El modelo del *Commonwealth* se refiere a una diversidad de experiencias que acompañaron la introducción de diversas reformas jurídicas no sólo en Canadá (1982), sino también en el Reino Unido (1998), Nueva Zelanda (1990) o Australia (2004). Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

lencia del interés público".[14] Esta cláusula permite a la legislatura nacional o local insistir en la aplicación de su legislación por un periodo adicional de cinco años, sin importar que una Corte la encuentre inconsistente en relación con algunos de los derechos contenidos en la Carta de Derechos. De este modo, parte de lo que la reforma canadiense hizo fue empoderar a la legislatura para ejercer la "última palabra" por mayoría ordinaria, por lo menos por un periodo de cinco años. Por un lado, la reforma desafiaba a los sistemas tradicionales de supremacía judicial, es decir a aquellos sistemas institucionales en los que la "última palabra institucional" pertenece a la judicatura. Por otro lado, la manera en la que la reforma consiguió hacer su objetivo abrió la oportunidad para un intercambio fructífero de argumentos –un proceso de acción y respuesta– entre los poderes judicial y legislativo.[15]

En términos de un sistema tradicional de "frenos y contrapesos", la propuesta anterior suena ciertamente radical. Esto es así, particularmente, si asumimos –como en mi caso– que los sistemas tradicionales de "frenos y contrapesos" desincentivan o previenen el surgimiento, en lugar de favorecerlo, de cualquier tipo de "diálogo" significativo relacionado con la interpretación constitucional. Los primeros académicos que presentaron a la reforma canadiense como una

[14] Véase Christine A. Bateup, "Expanding the Conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective", *Temple International and Comparative Law Journal, primavera*, Public Law Research Paper, No. 6-37 2007; Peter W. Hogg y Allison A. Bushell, "The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)", *Osgoode Hall Law Journal,* vol. 35, núm. 1, primavera 1997, pp. 75-124; Peter W. Hogg, Bushell, Allison A. y Wade Wright, "Charter Dialogue Revisited. Or 'Much Ado About Metaphors", *Osgoode Hall Law Journal,* vol. 45, núm. 1, primavera 2007, pp. 1-65; Malcolm Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; Christopher Manfredi y James B. Kelly, "Six Degrees of Dialogue. A Response to Hogg and Bushell", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 37, núm. 3, otoño 1999, pp. 513-527; Petter, Andrew, "Twenty Years of *Charter* Justification. From Liberal Legalism to Dubious Dialogue", *UNB Law Journal,* vol. 52, 2003, p. 187; Roach, Kent, "Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures", *Canadian Bar Review*, vol. 80, 2001, pp. 481-533; Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights,* Princeton University Press, Princeton, 2008 y M. Tushnet, "Dialogic Judicial Review", art. cit.

[15] K. Young, *Constituting Economic and Social Rights*, *op. cit*., p. 148.

que promovía "el diálogo constitucional" fueron Petter Hogg y Allison Bushell. De hecho fueron los primeros en usar la metáfora del "diálogo" en relación con la cláusula.[16] Más tarde, Kent Roach ofreció la que fue quizás la mejor justificación del sistema, basada en sus premisas dialógicas.[17]

Ahora bien, ¿cómo evaluar la reforma canadiense? Quizás, lo primero que debemos decir es que no está claro siquiera que la reforma haya promovido un cambio cercano relacionado con lo que llamaríamos una "discusión pública" en el contexto de este artículo. Si tuviéramos que describir la dinámica a la que da lugar la cláusula del 'no-obstante', los términos como "imposición" y "aquiescencia" serían más apropiados que "diálogo" y "cooperación". Por otra parte, debería decir que el sistema canadiense no proporciona incentivos de calidad a las distintas ramas de gobierno para alcanzar el compromiso mutuo en una conversación recíprocamente enriquecedora (lo que puede explicar por qué la cláusula ha sido raramente usada). Además, no es para nada obvio que la reforma canadiense haya transformado el sistema tradicional en uno de "revisión judicial débil".[18]

Tal vez estoy exagerando en mi acercamiento crítico a la cláusula del 'no-obstante'. Probablemente estoy poniendo demasiado énfasis en los aspectos menos atractivos del sistema. Pero el hecho es este: cuando ponemos atención a la discusión académica sobre la cláusula, encontramos que varias de las críticas principales que se dirigieron en su contra se refieren, justamente, al uso vago o inapropiado de la idea de "diálogo", promovido por los principales defen-

[16] P. Hogg y A. Bushell, "The Charter Dialogue between Courts…", art. cit.; y S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism, op. cit.,* p. 111.

[17] K. Roach, *op. cit.*, 2001 y 2004.

[18] De acuerdo con diversos autores, de hecho, "en un análisis más detallado, la revisión judicial en Canadá no es por lo general más débil que en los Estados Unidos simplemente por la existencia de la sección I": S. Gardbaum, *op. cit.* 2013, p. 117. Incluso Kent Roach –una de las principales autoridades académicas cuando se trata de la cláusula de salvaguarda, y uno de sus principales defensores– reconoce que "la revisión judicial dialógica puede degenerarse en un monólogo y supremacía judicial": K. Roach, "Dialogic Judicial Review…", art. cit., 75-6; Jamie Cameron, "Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation. A Comment on R. V. Mills", *Alberta Law Review,* vol. 38, núm. 4, 2001, pp. 1051-1068.

sores de la cláusula.[19] En el mejor de los casos, un diálogo como ese sería uno confinado meramente a las ramas legislativas y judiciales.

En resumen, no es claro que, a pesar de sus grandes promesas, la reforma canadiense haya representado una diferencia significativa con respecto al modelo tradicional estadounidense, y mucho menos que haya favorecido el objetivo de la deliberación democrática.[20] Si el nuevo sistema propuesto por la cláusula de salvaguarda ganó tanta atención fue, creo, porque nos ayudó a darnos cuenta tanto de las dificultades que establece un sistema de "frenos y contrapesos" respecto a la promoción del diálogo y la cooperación, como de la dificultad para introducir reformas institucionales (no dramáticas) en esta dirección.

b. Las audiencias públicas

La organización de audiencias públicas a cargo de distintas Cortes Supremas en América Latina se ha convertido en una práctica común en la región. Muchas de estas cortes adoptaron dicha práctica siguiendo el ejemplo de la progresista y activa Corte Constitucional colombiana. Hasta ahora, los tribunales latinoamericanos han utilizado las audiencias públicas por múltiples razones. En algunos casos –podemos asumir– lo único que se buscaba era recuperar un poco de la legitimidad perdida; en otros casos, la iniciativa respondió a un esfuerzo genuino por alcanzar la transparencia; y todavía en otros se buscó exhibir la apertura hacia la sociedad civil. De cualquier manera, es un hecho que desde el comienzo de la década de 1990 (la Corte Constitucional colombiana

[19] De acuerdo con Christine Bateup, es difícil describir aquellas situaciones de "simple conformidad" de parte de la legislatura, como evidencia de " un diálogo realmente interactivo entre iguales", C. Bateup, art. cit., p. 11. De forma similar, para Andrew Petter, "los teóricos del diálogo tienden a exagerar la influencia de las legislaturas al responder a decisiones judiciales", en A. Petter, Twenty Years of *Charter…*", art. cit., p. 11.

[20] Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 205.

fue creada en 1991), la práctica de celebrar audiencias públicas se volvió cada más común (particularmente) entre las Cortes de más alto rango.[21]

En las siguientes lineas me gustaría ilustrar el trabajo de estas audiencias públicas a través de dos ejemplos, la Corte Suprema de Brasil y la Suprema Corte de Argentina, las cuales han mostrado un activismo particular en la promoción de dichas audiencias desde principios del año 2000.

Tradicionalmente, la Corte Suprema de Brasil o Supremo Tribunal Federal (STF) ha sido caracterizado como un organismo "anti-deliberativo" o "no-deliberativo" "desde el primer momento".[22] No obstante (y probablemente por esa razón), en los últimos años la Corte en Brasil ha ido cambiando sus prácticas y adoptando procedimientos más transparentes. Estas novedades incluyen cambios al nivel de la jerarquía, la posibilidad de una intervención *amicus curiae*; la transmisión, a través de medios de comunicación masiva, de los procedimientos que celebra la Corte; así como la celebración de audiencias públicas, sobre las cuales concentraré mi atención en adelante. Las audiencias públicas eran una práctica común en el ámbito legislativo, sin embargo, su extensión hacia la esfera judicial no se produjo sino recientemente, después de la aprobación de dos leyes en 1999 (no obstante, como veremos, la primer audiencia pública se celebró hasta 2007). Estas leyes (encargadas de regular la Acción Directa de Inconstitucionalidad) permitían la organización de audiencias públicas en circunstancias específicas (aunque finalmente muy generales). De acuerdo con el texto legal, el Magistrado encargado del caso, el Relator, o el Presidente de la Corte está autorizado para llamar a una audiencia pública "siempre que considere que la aclaración de alguna cuestión, o de las circunstancias de hecho, sea necesaria,

[21] César Rodríguez-Garavito, "Beyond the Courtroom. The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, 2011, pp. 1669-1698.

[22] Virgilio Alfonso da Silva, "Deciding without Deliberating", *International Journal of Constitutional Law,* vol. 11, núm. 3, 2013, pp. 557-584.

en casos de repercusión general y que sean relevantes para el interés público".[23] Desde entonces, la Corte ha organizado audiencias públicas alrededor de 20 veces. Éstas incluyen discusiones acerca de los temas más variados, desde la prohibición de las importaciones de llantas automotrices usadas, hasta la acción afirmativa o la posibilidad de interrumpir el embarazo en los casos de concepción de fetos anencefálicos.

De acuerdo con un estudio reciente acerca de las audiencias brasileñas elaborado por el investigador Thiago Luis Santos Sombra (que examina las 18 audiencias públicas celebradas por la Corte entre 2007 y 2015), el Relator a cargo de cada audiencia goza de amplios poderes discrecionales.[24] De hecho, uno de los hallazgos más significativos en este estudio tiene que ver con aquello que no reveló, esto es, criterios claros y abiertos acerca de los requisitos básicos que conducen las audiencias. Con mayor precisión, el estudió no arrojó ninguna luz que nos permitiera entender por qué para ciertos casos se organizan audiencias públicas, pero no para otros; o por qué la frecuencia con la que son organizadas varía de la forma en lo que lo ha hecho (de 18 audiencias, 13 tuvieron lugar durante los últimos tres años de la investigación y siete en 2013). Sumado a esto, el estudio no reveló criterios claros que indicaran quién habría de ser invitado a participar en las audiencias –por qué a esas personas y no a otras–.[25] Desafortunadamente, conviene tener claro que en la mayoría de los casos las audiencias

[23] Mônia C.Hennig Leal, "Public Hearings in the Ambit of the Brazilian Federal Supreme Court. A New Form of Participation in Public Affairs?", 2015, p. 9. Documento de trabajo, disponible en: http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws16/w16-leal.pdf; M. Tushnet, "New Institutional Mechanism for Making Constitutional Law", *Harvard Public Law,* documento de trabajo 15-08, abril 2015, p.14. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2589178

[24] Thiago Santos Sombra, "Supremo Tribunal Federal Representativo? O Impacto das audiências públicas na deliberação", Revista Direito GV, vol. 1, núm. 1, 2017, pp. 236-273.

[25] El número de participantes ha variado, desde los diez hasta pasados los cincuenta; y su procedencia ha sido diversa, aunque la presencia de expertos suele dominar. En general, los participantes han sido divididos en grupos separados, uno favoreciendo la constitucionalidad del acto legislativo en pugna, y el otro oponiéndose a ella M. Tushnet, "New Institutional Mechanism…", art. cit., p. 14.

fueron abiertas exclusivamente a las voces de expertos y burócratas.[26] Por último, aunque al parecer lo más preocupante, el estudio subraya la tendencia que el STF ha mostrado a no usar o no reflejar propiamente el impacto de las audiencias en sus sentencias. "Por el contrario –sostiene el autor–, las distintas opiniones de los miembros del tribunal supremo se escriben regularmente, "en un nivel de abstracción elevado, seguido simplemente de un compromiso menor con la complejidad de la información obtenida durante las audiencias públicas".[27] En otras palabras, el propósito de las audiencias permanece poco claro después de leer las sentencias finales del tribunal: ¿para qué tal movilización de energía y recursos en la discusión de causas sumamente complejas, si los resultados de las audiencias no habrán de ser reflejados en las decisiones finales del tribunal?[28]

A continuación agregaré algunas observaciones que hacen referencia al caso de la Suprema Corte en Argentina. Esta Corte organizó su primera audiencia pública en 2004 en el caso *Verbitsky*, relacionado con las cárceles y los derechos de los presos (en ese entonces la Corte sostuvo dos audiencias en dos días distintos); después se organizaron ocho audiencias en el famoso caso *Mendoza* (entre 2006 y 2007). A este periodo inicial le siguió la Resolución 30 en 2007 (Acordada 30/2007), una instrucción breve y vaga con la que la Corte intentaba regular los procedimientos que debían seguir las audiencias. Esta escasa regulación explica, por lo menos parcialmente, algunos de los problemas que han

[26] Marjorie Corrêa Marona y Marta Mendes Rocha, "Public Hearings of the Brazilian Supreme Court: enhancing its democratic legitimacy?" Documento de trabajo, IPSA, 2013;. Santos Sombra, "Supremo Tribunal Federal Representativo?...", art. cit.

[27] *Ibid*., p. 16. Sin embargo, es posible encontrar explicaciones más optimistas sobre el asunto, por ejemplo D. W., Wang, "Courts and Health Care Rationing: The Case of the Brazilian Federal Supreme Court", *Health Economics, Policy and Law,* vol. 8, 2013, pp. 75; quien considera que las audiencias han mejorado en general la calidad de la jurisprudencia emitida por el tribunal (véase también M. Tushnet, "New Institutional Mechanism...", art. cit.)

[28] Miguel Gualano de Godoy, *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos inter-institucionais.* Tesis doctoral de la Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2015.

surgido a la hora de organizar audiencias públicas. Intentaré en adelante decir algunas cosas sobre este respecto.

En el que probablemente es el estudio más comprehensivo sobre las audiencias judiciales en Argentina, Benedetti y Sáenz documentaron con gran detalle la organización, el desarrollo y los resultados de todas las audiencias públicas que se han celebrado en Argentina desde 2004, año en el que la Suprema Corte sostuvo su primera sesión abierta.[29] Hay muchas cosas que podemos aprender de este estudio, por ejemplo el poco respeto mostrado por los Jueces hacia los participantes de las audiencias en ciertas ocasiones.[30]

Sea como fuere, sobre este punto existe un hecho que es particularmente relevante, a saber, la ausencia virtual de reglas claras dedicadas a regular la manera en la que las audiencias deben ser conducidas y, consecuentemente, a regular los enormes poderes discrecionales que permanecen en manos de las autoridades de la Corte (particularmente en manos de su Presidente).

Un ejemplo interesante es el siguiente. Después de un corto periodo inicial en el que no existía regulación alguna, la Corte comenzó a celebrar audiencias cada año. De alguna manera, la Corte asumió la práctica de celebrar audiencias públicas como una característica distintiva de su nueva y más abierta identidad pública. Las autoridades que integraban la Corte defendieron orgullosamente esta práctica en público, y se encargaron de hacer la publicidad correspondiente.[31] Ahora bien, el hecho es que cuando se examinan los registros

[29] Miguel Ángel Benedetti y María Jimena Sáenz, *Las audiencias públicas de la Corte Suprema,* Siglo XXI, Buenos Aires, 2016.

[30] Esto es lo que pasó, por ejemplo, cuando la Corte invitó a miembros de grupos indígenas para discutir la explotación de litio en territorios que pertenecían a comunidades indígenas. Los Magistrados se involucraron en la discusión desde una posición distante y de superioridad que resultó impactante para todos los presentes. Una crónica de estas audiencias se puede encontrar, por ejemplo, en la página del *Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas*, http://odhpi.org/2012/03/corte-suprema-mineria-y-pueblos-indigenas/.

[31] En su sitio oficial, la Corte reservó un lugar especial para la exposición y videograbación de las audiencias. A continuación comparto aquí el link a dicha página, la cual incluye todos los archivos grabados de las audiencias que tuvieron lugar entre 2008 y 2013:

de la Corte, encontramos datos sorprendentes como los siguientes: en 2007, la Corte celebró solamente una audiencia pública, aunque después en 2008, el número de audiencias celebradas se elevó a cinco. En 2009 la Corte sostuvo cuatro audiencias públicas, pero luego, de 2012 a 2014, solo se celebraron dos cada año (lo que es peor, en 2013 y 2014, las dos audiencias que se llevaron a cabo estaban relacionadas con el mismo caso). Así las cosas, es pertinente preguntarnos: ¿qué explica estas variaciones en el número de audiencias celebradas por la Corte cada año? El hecho es que no hay una respuesta clara a esta interrogante: básicamente, en esta cuestión, las autoridades que integran la Corte han hecho lo que han querido cuando así lo han dispuesto. De hecho, ésta es probablemente la conclusión más importante en el trabajo de Benedetti y Sáenz sobre el tema: "La discrecionalidad (su alto nivel) que encontramos en la selección de casos para los que se celebraron audiencias se encuentra también en la manera en la que la Corte las organizó y condujo".[32]

Esta misma idea aplica a las consecuencias inmediatas de las audiencias: en algunas ocasiones, las audiencias parecían tener un impacto decisivo sobre la sentencia final de la Corte, mientras que en otras parecían ser básicamente insignificantes.[33] El problema es una vez más que no tenemos razones que expliquen estas variaciones: "siempre la decisión final se mantiene en manos de la Corte misma".[34]

Cabe mencionar que la actuación de las Cortes argentina y brasileña no ha sido idéntica. Sin embargo, es un hecho que ambas han sido afectadas por problemas similares. Mencionaré ahora algunos de ellos:

---

http://www.cij.gov.ar/nota-12799-Las-audiencias-p-blicas-de-la-Corte-Suprema--en-un-nuevo-especial-del-CIJ.html

[32] M. A. Benedetti, y M. J. Sáenz, María Jimena, *op. cit.,* p. 135.

[33] *Ibidem*, 130.

[34] *Ibid.*

En primer lugar, ambas Cortes han trabajado siguiendo reglas vagas e inciertas, que les permiten actuar con altos niveles de discrecionalidad: comúnmente, ellas decidían si organizaban audiencias públicas o no, según quisieran. En segundo lugar, los participantes de las audiencias no tenían idea sobre si sus ideas o propuestas iban a ser tomadas en cuenta por la Corte, ni recibían comentarios después de sus presentaciones. Además, en ambos casos las audiencias tendían a reflejar y reafirmar el estatus desigual que existía entre los participantes y los Magistrados. Desde el punto de vista de "la inclusión", las audiencias (particularmente aquellas que tuvieron lugar en Brasil) tendían a ser más limitadas y elitistas de lo que se esperaba: las voces "expertas" y los representantes de grupos poderosos mostraron una tendencia a estar sobrerepresentadas en dichos intercambios. Por último, las sentencias finales de ambas Cortes, en ocasiones, reflejaban la importancia de las audiencias públicas previas, y en ocasiones las ignoraban por completo, lo que obviamente es un problema. Finalmente, aquellos ciudadanos comprometidos que seguían las audiencias con atención jamás supieron por qué, en qué momento o por qué razones el tribunal rechazaba o se apropiaba de un argumento particular.

Claramente, ninguna de estas críticas niega el enorme valor de las audiencias. Éstas representan una novedad que debe ser bienvenida. A pesar de los problemas que las aquejan, las audiencias constituyen un paso gigantesco en la dirección correcta. La gente puede reconocer la importancia de ciertos debates públicos, puede aprender de ellos, y puede ver también que aquellos asuntos aparentemente técnicos y ultra-complejos se refieren a asuntos que los afectan y que están abiertos a discusión. Las audiencias públicas también dejan en claro que en las conversaciones públicas, el mejor argumento siempre debe prevalecer. Es exactamente por estas razones que es tan importante que las Cortes comiencen a ejercer sus poderes de manera distinta. Deberían ratificar, en lugar de negar, los principios que subyacen a las conversaciones entre iguales.

c. El "compromiso significativo" (*meaningful engagement*)

La Corte Constitucional sudafricana se ha convertido en un ejemplo para las demás por varias razones –particularmente, si atendemos a la perspectiva de los activistas preocupados por la implementación de los derechos sociales y económicos–. La Corte es un modelo a seguir en términos de la manera en la que lleva a cabo los razonamientos con los que justifica sus decisiones, en el nivel de creatividad e innovación que ha mostrado en sus sentencias, y el grado de sensibilidad que ha exhibido en relación con los derechos de los más vulnerables.

La Corte ha promovido la participación popular, y de esa manera fortalecido sus lazos con la sociedad civil, de distintas maneras: desarrolló reglas generosas que rigen sus jerarquías internas, ha promovido el uso de las acciones de clase, las acciones de interés público y la figura *amici curiae*, etc.[35] En años recientes, al revisar un caso en el que estaban en juego lo derechos de vivienda, la Corte desarrolló también una práctica innovadora, esa llamada hoy día "compromiso significativo".

La figura del "compromiso significativo" *(meaningful engagement)* nació a partir de las resoluciones tomadas por la Corte con el fin de asegurar que las partes en un conflicto "se comprometieran entre ellas de manera significativa en relación con ciertos asuntos".[36] La primera ocasión en la que la Corte sudafricana promulgó una orden de "compromiso significativo" se dio en 2008 con el caso, bien conocido, *Olivia Road*.[37] El caso, como veremos, representa un excelente ejemplo

[35] Sandra Liebenberg, "Participatory Approaches to Socio-Economic Rights Adjudication: Tentative Lessons from South African Evictions Law", *Nordic Journal of Human Rights,* vol. 32, núm. 4, 2014, p. 317; Theunis Roux, *The Politics of Principle. The Fist South African Constitutional Court,* Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

[36] Anashri Pillay, "Toward Effective Social and Economic rights Adjudication: The Role of Meaningful Engagement", *International Journal of Constitutional Law,* vol. 10, núm. 2, 2012, p. 732.

[37] Los habitantes del número 51 de *Olivia Road, Bare Township y el número 197 de Main Street Johannesburgo vs. la Ciudad de Johannesburgo y otros,* 2008 (3) SA 208 (CC). Como sea, existe una larga historia que precede al caso *Olivia Road*, la cual comenzó con la prevención del Desalojo ilegal y la Ocupación Ilícita establecida

de lo que una Corte comprometida con los derechos de los menos aventajados podría hacer, asegurando la consistencia con (incluso demandando el entendimiento de) la democracia.

En el caso *Olivia Road*, los demandantes impugnaban la práctica de la municipalidad de Johannesburgo de desalojar por razones de salud y seguridad a los residentes de los supuestos "malos edificios".[38] No hace falta decir que con regularidad quienes ocupan esta clase de construcciones forman parte de los grupos más marginados de la sociedad. El desalojo que tuvo lugar en este caso era parte de un plan que pretendía expulsar a un estimado de 67,000 personas de 235 propiedades supuestamente insalubres e inseguras.[39] En un pasaje crucial de su decisión, la Corte sostenía que:

> Se exhorta a la ciudad de Johannesburgo y a los demandantes en este caso a comprometerse uno con el otro significativamente y tan pronto como sea posible, para llevar a cabo un esfuerzo por resolver las diferencias y dificultades exhibidas en esta solicitud a la luz de los valores impuestos por la Constitución, los deberes constitucionales y legislativos de la municipalidad y los derechos y obligaciones de los ciudadanos involucrados.[40]

---

por el Acto de Tierras 19 de 1998 (PIE) (mismo que permitió a las Cortes explorar nuevas soluciones en aquellos casos basados en las ideas de "justicia y equidad") y distintas decisiones significativas que tomó la Corte, desde el caso *Grootboom* (en el que la Corte sostuvo que el gobierno no podía simplemente remover ocupantes ilegales de las tierras que ocupaban, como si otros derechos fundamentales, incluyendo los derechos de vivienda no estuvieran igualmente presentes en la Constitución) hasta el caso *Marzbuko* (en el que la Corte reconoció los deberes que tiene el Estado en favor de los pobres, de modo que se asegurara la consecución de la igualdad básica) (S. Liebenberg, "Toward an Equality-promoting Interpretation of Socio-economic Rights in South Africa. Insights from the Egalitarian Liberal Tradition", *South African Law Journal*, vol. 132, part. 2, 2015, p. 430). Con mayor precisión, en una de sus decisiones iniciales en materia de desalojo, a saber en el caso *Port Elizabeth Municipality*, el tribunal definió que un elemento crucial al definir la justicia de un desalojo estaba dado porque las partes tuvieron una "discusion apropiada" entre ellos, y sí se habían intentado llevar a cabo procesos de "mediación". (Sandra Liebenberg, "Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication. The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement'", *African Human Rights Law Journal,* vol. 12, 2012, pp. 13-14).

[38] Lilian Chenwi, "Democratising the Socio-Economic Rights-Enforcement Process", en Alviar García, Helena, Klare Karl y Lucy A. Williams, *Social and Economic Rights in Theory and Practice*, Routledge, Londres, 2015, p. 185.

[39] *Ibidem*, 14.

[40] Supra nota 37. Disponible en: www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.html

Tiempo después de haber celebrado su "compromiso significativo", las partes en el caso tenían que informar a la Corte cuáles habían sido los resultados del convenio, de modo que el tribunal pudiera decidir cómo habría de proceder en consecuencia. En este caso en particular (y después de su "compromiso significativo") las partes alcanzaron un acuerdo sobre la manera en la que las condiciones de seguridad y salubridad del edificio en pugna habrían de ser mejoradas, y sobre la manera de colocar en un lugar alternativo a los ocupantes durante el tiempo que tomarían las reparaciones. En noviembre de 2007 la Corte finalmente aceptó el acuerdo.[41]

Olivia Road se convirtió así en un caso paradigmático de la manera en la que debe enfrentarse un conflicto social, favoreciendo estrategias que son sensibles a las necesidades de los menos aventajados, que favorecen la participación ciudadana, y que son conscientes de los poderes y la legitimidad limitada del tribunal supremo. Por supuesto existen numerosas objeciones que se pueden presentar en contra de la decisión de la Corte.[42] Para Sandra Liebenberg, el caso representa "una valiosa afirmación del principio de democracia participativa y deliberativa a la hora de resolver conflictos relacionados con los derechos constitucionales como el de vivienda".[43] No obstante, la autora señala también el riesgo que existe de que los "compromisos significativos" terminen convirtiéndose en "procesos de solución de disputas locales carentes de principios y vacíos de cualquier normatividad".[44]

Parcialmente, las sospechas de Liebenberg surgieron a consecuencia de lo que pasó en un caso subsecuente, *Joe Slovo I*,[45] en el que la misma Corte socavó en

[41] S. Liebenberg, "Engaging the paradoxes of the universal…", art. cit., p. 15.

[42] Katherine Young, por ejemplo, desarrolló un acercamiento crítico a este tipo de "revisión experimental" (K.Young, *op. cit.,* p. 154).

[43] S. Liebenberg, "Engaging the paradoxes of the universal…", art. cit., p. 19.

[44] Idem

[45] Caso *Los residentes de la comunidad Joe Slovo, Western Cape Vs. Thubelisha Homes y otros* (CCT 22/08) [2009] ZAZZ 16; 2009 (9) BCLR 847 (CC); 2010 (3) SA 454 (CC) (10 de junio de 2009).

buena medida parte de los aspectos más interesantes de sus decisiones previas. Joe Slovo es uno de los asentamientos informales más grandes de Sudáfrica (adquirió este nombre en honor a un Ministro de vivienda conocido por su activismo en contra del *apartheid*). Los residentes del área (que durante mucho tiempo se han visto involucrados en la disputa por sus derechos de vivienda) se opusieron a la iniciativa estatal que pretendía desalojar y reubicar a una gran cantidad de personas miembros de la comunidad. Después de una decisión polémica tomada por la Alta Corte de Sudáfrica, la Corte Constitucional tuvo una oportunidad para expresar su opinión sobre el caso. Sorprendentemente, en esta ocasión la Corte no solo se pronunció a favor del desalojo, sino que lo hizo de una forma que socavaba las consideraciones adoptadas previamente en el caso *Olivia Road,* relacionadas con la figura de los "compromisos significativos". Con mayor precisión, la Corte ordenó a las partes en el conflicto involucrarse en un proceso de "compromiso significativo" en torno a diversos aspectos del proceso de desalojo y reubicación. Esta nueva manera de considerar el asunto, parece claro, representó un desafío significativo a lo que la misma Corte había resuelto en el caso *Olivia Road*. De hecho, en ese primer caso, la Corte había alegado que la ausencia de un proceso adecuado de "compromiso significativo" afectaba la fuerza y valor jurídico de la orden de desalojo. En el nuevo caso, en cambio, se invitó a las partes a "comprometerse significativamente" en una conversación acerca de los detalles del desalojo que, en lugar de ser cuestionado, simplemente se tomaba por válido.[46]

Ahora bien, ¿cómo deberíamos evaluar la práctica de los "compromisos significativos" promovida en Sudáfrica? Por un lado, y tomando en cuenta el punto de

[46] En casos subsecuentes, incluyendo el caso *Abahlali* y *Schubart Park,* la Corte confirmó, por lo menos parcialmente, los principios que había establecido en *Olivia Road*, "particularmente la necesidad del respeto a la dignidad humana de los grupos vulnerables y su consideración como iguales en la resolución de conflictos acerca de los derechos de vivienda" (S. Liebenberg, "Participatory Approaches to Socio-Economic…", art. cit., p. 327). *AbahlaliBasemjondolo Movement SA and Another v Premier of the Province of Kwazulu-Natal and Others* (CCT12/09) [2009] ZACC 31; 2010 (2) BCLR 99 (CC) (14 de octubre de 2009); *Schubart Park Residents' Association and Others v City of Tshwane Metropolitan Municipality and Another* (CCT 23/12) [2012] ZACC 26; 2013 (1) SA 323 (CC); 2013 (1) BCLR 68 (CC) (9 de octubre de 2012).

vista normativo que he desarrollado a lo largo de este trabajo, las iniciativas judiciales que promueven la figura del "compromiso significativo" son enormemente prometedoras. Estas iniciativas representan una excelente oportunidad para expandir la conversación democrática acerca de asuntos constitucionales básicos. Con mayor precisión, podemos decir que proveen a la sociedad civil de una mayor oportunidad para participar en las discusiones acerca de los derechos fundamentales y su interpretación. A través de prácticas como éstas, la judicatura asume, en principio, lo que puede ser considerado un papel apropiado y justificado de acuerdo con sus poderes y los límites de legitimidad que le constriñen: la judicatura promueve y amplía así la discusión colectiva, cambiando su rumbo de una manera particularmente importante al incluir las voces de los más vulnerables.

Por otro lado, los desarrollos iniciales y más bien equivocados que tuvieron lugar en Sudáfrica alrededor del concepto de "compromiso significativo" resultan suficientemente informativos sobre el tipo de problemas que existían entonces. En mi opinión, el paso de *Olivia Road* a *Joe Slovo* sugiere, para empezar, la presencia de varias dificultades institucionales. El hecho es que un sistema judicial de este tipo queda en posibilidad de producir una decisión (como en el caso *Olivia Road*) u otra (como en el caso *Joe Slovo*) sin ningún problema: no hay medios de revisión, sanciones, controles populares o ningún otro tipo de incentivo institucional capaz de prevenir o favorecer la producción de ciertas decisiones. Cuando el sistema institucional no incluye los controles democráticos suficientes y no establece incentivos adecuados, las decisiones judiciales se vuelven demasiado dependientes de la buena voluntad de Jueces particulares en casos singulares. Una situación así no es sana para la democracia ni atractiva desde el punto de vista de la justicia social –particularmente en sociedades como la sudafricana que han quedado profundamente marcadas por la existencia de desigualdades injustificadas–.

En términos más generales, en mi opinión, los sistemas institucionales de este tipo no están bien preparados para hacer lo que nosotros –defensores

de "constitucionalismo dialógico y la justicia social– esperamos de ellos. Con mayor precisión, en el contexto de los sistemas tradicionales de "frenos y contrapesos", pensar que los Jueces serán capaces de actuar disciplinadamente y atarse las manos para decidir de acuerdo a lo que sugieren las mejores teorías jurídicas, no es más que una ilusión. ¿Por qué y en el nombre de qué renunciarían los Jueces a los poderes y libertad enormes que ahora tienen? El camino que siguió la Corte Constitucional de Sudáfrica, desde *Olivia Road* hasta *Joe Slovo* es, en este sentido, un buen ejemplo: una Corte excepcionalmente sofisticada y progresista no encontró problema alguno al ofrecer una solución nueva, desafiante y poderosa en un caso *(Olivia Road)*, ni después al socavar esa misma resolución en el caso siguiente *(Joe Sloyo)*. Al final, el punto es este: un diálogo igualitario y democrático no es compatible con la concesión de amplios poderes discrecionales a ninguna persona, grupo o institución.

4. Conclusión

En este texto he concentrado mi atención en distintas prácticas dialógicas y examinado varios de los problemas que pueden afectarlas y menoscabar su atractivo.

A través de tres ejemplos relevantes de prácticas dialógicas contemporáneas –a saber, aquellas relacionadas con la "cláusula del 'no-obstante'" en Canadá, la figura del "compromiso significativo" en Sudáfrica y las audiencias públicas en Sudamérica– he intentado ilustrar la seriedad de aquellos riesgos y el indeseable impacto que pueden llegar a tener. En pocas palabras, he dicho que, en primer lugar, la práctica jurídica impuesta por la adopción de la "cláusula del 'no-obstante'" difícilmente puede ser considerada una práctica dialógica interesante. Sumado a esto, el hecho de que sólo promueve un intercambio (limitado e imperfecto) entre las diferentes ramas del poder estatal, lo que la hace un movimiento atractivo en la búsqueda por un sistema institucional promotor del diálogo la convierte, en realidad, en una estrategia bastante limitada. En segundo

lugar, he sugerido que la práctica de las audiencias públicas resulta atractiva por diversas razones, particularmente por su potencial para enriquecer los procesos de toma de decisión, al incluir puntos de vista alternativos. La práctica, sin embargo, ha sido menoscabada en varias ocasiones por distintas razones. Una de estas razones, al parecer particularmente importante, es la siguiente: al no existir reglas claras y equitativas para regular las audiencias, todo depende de los poderes discrecionales de aquellos que las organizan. Como resultado, la equidad y el valor de las audiencias públicas depende de manera importante de la buena voluntad de los servidores públicos: si son justos, podemos esperar audiencias justas, si no lo son, entonces no tenemos razón alguna para esperar que se celebren audiencias justas. Finalmente, la figura de los "compromisos significativos" promovida por la Corte Sudafricana es interesante, particularmente por su carácter inclusivo –su potencial para involucrar en la discusión de los asuntos públicos relevantes a "todos aquellos potencialmente afectados"–. Como sea, esta importante promesa parece depender en exceso, nuevamente, de la voluntad de aquellos que poseen el control de los procesos judiciales. Si, como parece ser la regla, las instituciones públicas, como las Cortes Supremas, gozan de discrecionalidad para decir cuándo y cómo celebrar "compromisos significativos", entonces la promesa que ofrece una práctica como ésta queda severamente debilitada.

Los argumentos y ejemplos que he presentado a lo largo de este artículo no deben entenderse como si implicaran una crítica radical al llamado "constitucionalismo dialógico". Por el contrario, creo que nos encontramos ante uno de las novedades más significativas y favorables en el desarrollo del constitucionalismo moderno. No obstante, mi impresión es (aquella que me motivó a escribir este texto) que hay demasiados elementos que caracterizan actualmente a nuestras prácticas que están listos para atentar contra las atractivas promesas del constitucionalismo dialógico. La existencia de desigualdades sociales severas así como –de particular importancia para los propósitos de este trabajo– la prevalencia de instituciones que no están bien preparadas para promover un

diálogo inclusivo parece conspirar seriamente en contra del potencial contenido en una práctica dialógica igualitaria. Por esta razón, las prácticas dialógicas actuales se han vuelto dependientes de la voluntad de los Jueces. Como dijera James Madison, sabemos que las instituciones no deberían depender de la buena voluntad de nadie ("ángeles"), sino más bien estar preparadas para trabajar apropiadamente incluso si la mayoría de los cargos públicos estuvieran ocupados por demonios. El objetivo debe ser entonces cambiar nuestras intuiciones en línea con estas preocupaciones para así, y de este modo, ponerlas en línea con nuestras más básicas convicciones democráticas.

Bibliografía

BAKKER, Bradley M., "Blogs as Constitutional Dialogue. Rekindling the Dialogic Promise?" *New York University Annual Survey of American Law,* vol. 63, 2008, pp. 215-267.

BATEUP, Christine A., "Expanding the Conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective", *Temple International and Comparative Law Journal, primavera*, Public Law Research Paper, No. 6-37 2007.

BEDNAR, Jenna, "The Dialogic Theory of Judicial Review. A New Social Science Research Agenda", *The George Washington Law Review,* vol. 6, núm. 78, septiembre 2010.

BENEDETTI, Miguel Ángel y SÁENZ, María Jimena, *Las audiencias públicas de la Corte Suprema,* Siglo XXI, Buenos Aires, 2016.

CAMERON, Jamie, "Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation. A Comment on R. V. Mills", *Alberta Law Review,* vol. 38, núm. 4, 2001, pp. 1051-1068.

CHENWI, Lilian, "Democratising the Socio-Economic Rights-Enforcement Process", en Alviar García, Helena, Klare Karl y Lucy A. Williams, *Social and Economic Rights in Theory and Practice*, Routledge, Londres, 2015, pp. 178-197.

CORRÊA MARONA, Marjorie y MENDES ROCHA, Marta, "Public Hearings of the Brazilian Supreme Court: enhancing its democratic legitimacy?", Documento de trabajo, IPSA, 2013. [Disponible en: http://paperroom.ipsa.org/papers/paper_16063.pdf].

DOR, Gal, "Constitutional Dialogues in Action. Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective", *Indiana International & Comparative Law Review,* vol. 11, núm. 1, 2000.

FRIEDMAN, Barry E., "Dialogue and Judicial Review", *The Michigan Law Review Association*, vol. 91, núm. 4, 1993, pp. 577-682, doi: 10.2307/1289700.

_____, *The Will of the People,* Farrar Straus and Giroux, Nueva York, 2009.

_____, "Online Alexander Bickel symposium: Learning about the Supreme Court", *SCOTUSblog* (post de 20 de agosto de 2012, 2:19 pm) visitado 20 de enero de 2014. Disponible en: http://www.scotusblog.com/2012/08/online-alexander-bickel-symposium-learning-about-the-supreme-court/

GARGARELLA, Roberto, "Acerca de Barry Friedman y el 'constitucionalismo popular mediado'", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo,* vol. 30, 2005.

_____, "'We the People' Outside of the Constitution. The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances", *Current Legal Problems,* vol. 67, núm. 1, 2014, pp. 1-47.

GARDBAUM, Stephen, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

GODOY, Miguel Gualano de, *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais.* Tesis doctoral de la Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2015.

GOLDSWORTHY, Jeffrey, *Parliamentary Sovereignty*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms*, traducción de W. Rehg, MIT Press, Cambridge, MA (1992) 1996.

HENNIG LEAL, Mônia C., "Public Hearings in the Ambit of the Brazilian Federal Supreme Court. A New Form of Participation in Public Affairs?" Documento de trabajo, 2015, disponible en: http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws16/w16-leal.pdf

HOGG, Peter W. y BUSHELL, Allison A., "The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)", *Osgoode Hall Law Journal,* vol. 35, núm. 1, primavera 1997, pp. 75-124. Disponible en: http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2

HOGG, Peter W., BUSHELL, Allison A. y Wade WRIGHT, "Charter Dialogue Revisited. Or 'Much Ado About Metaphors", *Osgoode Hall Law Journal,* vol. 45, núm. 1, primavera 2007, pp. 1-65.

HOLMES, Stephen, "Precommitment and the Paradox of Democracy", en Jon Elster y Rune Slagstad, *Constitutionalism and Democracy,* Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

LANGFORD, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

LIEBENBERG, Sandra, "Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication. The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement'", *African Human Rights Law Journal,* vol. 12, 2012, pp. 1-29.

_____, "Participatory Approaches to Socio-Economic Rights Adjudication: Tentative Lessons from South African Evictions Law", *Nordic Journal of Human Rights,* vol. 32, núm. 4, 2014, pp. 312-330.

_____, "Toward an Equality-promoting Interpretation of Socio-economic Rights in South Africa. Insights from the Egalitarian Liberal Tradition", *South African Law Journal*, vol. 132, part. 2, 2015, pp. 411-437.

MANFREDI, Christopher y Kelly, James B., "Six Degrees of Dialogue. A Response to Hogg and Bushell", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 37, núm. 3, otoño 1999, pp. 513-527.

NINO, Carlos S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, New Haven, 1996.

PETTER, Andrew, "Twenty Years of *Charter* Justification. From Liberal Legalism to Dubious Dialogue", *UNB Law Journal,* vol. 52, 2003, p. 187.

PILLAY, Anashri, "Toward Effective Social and Economic rights Adjudication: The Role of Meaningful Engagement", *International Journal of Constitutional Law,* vol. 10, núm. 2, 2012, pp. 732-755.

ROACH, Kent, "Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures", *Canadian Bar Review*, vol. 80, 2001, pp. 481-533.

_____, "Dialogic Judicial Review and its Critics", *Supreme Court Law Review,* vol. 23, 2004, pp. 49-104.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César, "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, 2011, pp. 1669-1698.

ROUX, Theunis, *The Politics of Principle. The Fist South African Constitutional Court,* Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

SANTOS SOMBRA, Thiago, "Supremo Tribunal Federal Representativo? O Impacto das audiências públicas na deliberação", Revista Direito GV, vol. 1, núm. 1, 2017, pp. 236-273.

SILVA, Virgilio Alfonso da, "Deciding without Deliberating", *International Journal of Constitutional Law,* vol. 11, núm. 3, 2013, pp. 557-584.

SUNSTEIN, Cass R., *The Partial Constitution,* Harvard University press, Cambridge, 1993.

TREMBLAY, Luc B., "The Legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures", *International Journal of Constitutional Law, vol. 3,* 2005, pp. 617-648.

TUSHNET, Mark, *Weak Courts, Strong Rights,* Princeton University Press, Princeton, 2008.

_____, "Dialogic Judicial Review", *Arkansas Law Review,* vol. 61, 2009, pp. 205.

_____, "New Institutional Mechanism for Making Constitutional Law", Harvard Public Law, documento de trabajo 15-08, abril 2015. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2589178

WANG, D. W., "Courts and Health Care Rationing: The Case of the Brazilian Federal Supreme Court," *Health Economics, Policy and Law,* vol. 8, 2013.

YOUNG, Iris M., *Inclusion and Democracy,* Oxford University Press, Oxford, 2002.

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

EL DERECHO A LA SALUD EN LOS TRIBUNALES DE BRASIL: ¿AGRAVA MÁS LAS DESIGUALDADES EN SALUD?

*THE RIGHT TO HEALTH IN THE COURTS OF BRAZIL: STILL WORSENING HEALTH INEQUITIES?**

Octavio Luiz Motta Ferraz**

Resumen

La Constitución brasileña de 1988, adoptada tres años después del fin de la dictadura militar (1964-1985) es generosa en el reconocimiento de los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos y sociales (art. 5 a 15). Eso ha fortalecido significativamente las facultades del Poder Judicial, incluyendo en el capítulo de derechos fundamentales y sus garantías que "ninguna ley puede excluir del conocimiento del Poder Judicial cualquier violación o amenaza a un derecho" (Artículo 5, fracción XXXV), especificando una serie de remedios para la protección de los derechos e intereses colectivos (*habeas corpus*, fracción LXVIII; *writ of mandamus*, fracción LXIX; *actio popularis*, fracción LXXIII) y garantizando asistencia legal para aquéllos incapaces de costear los litigios (fracción LXXIV). En el campo específico de los derechos económicos, sociales y culturales, aunque los instrumentos de litigio han estado disponibles por lo menos desde la Constitución de 1988, la doctrina jurídica consideró a estos derechos como

* Traducción del inglés de Daniela Sánchez Carro.

** King's College London Law School.

"normas programáticas", es decir, no susceptibles de ser reclamadas judicialmente. Sin embargo, este enfoque fue gradualmente desplazado por uno que finalmente consolidó la visión de que sí son exigibles. Esto condujo a un aumento de litigios en el campo de la salud y la educación, y en un menor grado en otros derechos como la vivienda y a un salario mínimo. En el terreno de la salud, podemos hablar de una verdadera explosión de litigios, en donde los demandantes buscaron a través de la vía judicial, generalmente de forma exitosa, la provisión de un amplio rango de tratamientos y artículos médicos. Muchos celebraron la judicialización de la salud en Brasil como una herramienta de transformación al servicio de la población vulnerable. Desafortunadamente esto no es lo que algunos estudios empíricos realizados hasta la fecha nos permiten concluir. Los datos existentes sobre el litigio del derecho a la salud indicaban que el modelo brasileño era problemático desde las perspectivas de la equidad y del desajuste presupuestal. En este trabajo reviso esas conclusiones a la luz de nuevos estudios, en particular uno sobre el estado de Río Grande del Sur que contradice aquellas afirmaciones. Mi conclusión es que, desafortunadamente, no hay razón todavía para rechazar los resultados negativos de la judicialización de la salud en Brasil.

Palabras clave: Justiciabilidad de derechos sociales, derecho a la salud, litigio estratégico, derechos económicos, sociales y culturales, judicialización de la salud, acceso a la salud.

Abstract

The Brazilian constitution of 1988, adopted three years after the end of the military dictatorship (1964-1985) is generous in the recognition of human rights, both of the civil and political and the social and economic kinds (arts. 5 to 15). It has also strengthened significantly the powers of the judicial branch, including in the chapter of fundamental rights and guarantees that "no law can exclude from the consideration of the Judiciary a violation or a threat to a right" (art. 5, XXXV), specifying a series of remedies for the protection of rights and collective interests (habeas corpus, LXVIII; writ of mandamus, LXIX; actio popularis, LXXIII) and guaranteeing legal aid for those incapable of affording litigation (LXXIV). In the specific field of social and economic rights, although the instruments of litigation have been available since at least the 1988 constitution, the prevalent jurisprudence considered these rights as "programmatic norms", i.e. not amenable to direct judicial enforcement. This more deferential approach

was however gradually replaced by a more assertive one that finally consolidated into the view that social and economic rights are enforceable. This led to a growth in litigation in the fields of health and education, and to a lesser extent in other rights such as housing and the minimum wage. In the field of health, one can talk of a real explosion of litigation where claimants sought through the judiciary, by and large successfully, the provision of a wide range of medical treatments and goods. Many celebrate the judicialization of health in Brazil as a transformative tool in the service of the vulnerable. However, this is unfortunately not what the few empirical studies carried out so far allow us to conclude. The existing data on right to health litigation indicated that the Brazilian case was problematic from the perspectives of both equity and administrative disruption. In this article I review those conclusions in light of new studies that have emerged since, in particular one on the state of Rio Grande do Sul that claims to challenge most of the statements. My conclusion is that, unfortunately, there is no reason yet to dismiss the concerns about the negative effects of the judicialization of health in Brazil.

Keywords Justiciability of social rights, Right to health, Socio-economic and cultural Rights, Access to Health.

1. Introducción

"Brasil no es un país pobre, sino un país con muchos pobres".[1] Esta afirmación fue hecha en un artículo publicado en el año 2000 por tres destacados investigadores de la desigualdad en Brasil. Su objetivo principal era mostrar que, además de centrarse en el desarrollo económico, Brasil podría necesitar la implementación de políticas redistributivas si quería tener éxito en reducir la pobreza de manera significativa y sustantiva. En esta coyuntura, la pobreza permanecía obstinadamente alta, (en un nivel arriba del 30% de la población) afectando a unos 50 millones de personas, subiendo y bajando durante las décadas anteriores, fluctuando entre el 28% y 45% de la población,

[1] "O Brasil não é um país pobre, mas um país com muitos pobres." Ricardo Paes de Barros, et al. "Desigualdade e Pobreza no Brasil: retrato de uma realidade inaceitável" *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 15, núm. 42, Febrero/2000, pp.123-142.

dependiendo del estado de la economía.[2] Por lo anterior, y como fue mostrado en el artículo, Brasil no era un país pobre, existía un amplio margen para sumar la redistribución al crecimiento económico como una forma de reducir la pobreza a niveles aceptables.

Avanzando hacia 2013 (justo antes de que la crisis económica golpeara fuertemente), la situación había mejorado de forma significativa. La pobreza disminuyó para un 9% de la población,[3] y es indiscutible que eso se logró no solo por el crecimiento económico, sino también por la políticas redistributivas adoptadas desde principios de la década del 2000, en particular los incrementos recurrentes del salario mínimo legal encima de la inflación, así como otras políticas sociales progresivas financiadas por los impuestos, en particular, las transferencias de dinero en efectivo condicionadas a las familias (Programa Bolsa Familia) y algunas otras no condicionadas recibidas por aquellas personas incapaces de trabajar debido a discapacidades o a la edad avanzada (*Beneficio de Prestação Continuada* – "*BCP*").[4]

Hay sin duda mucho que celebrar, y el éxito electoral del Partido de los Trabajadores (PT) en cuatro elecciones consecutivas basado sólidamente en el voto de los más pobres de la sociedad (finalizado por un controvertido proceso de *impeachment*)[5] es evidencia de que esas políticas han beneficiado, en efecto, a los más necesitados. Sin embargo, es importante poner en perspectiva esta mejora para ver las dificultades que persisten y los peligros del retroceso que

[2] *Idem*. Las cifras reales fueron: 39.6% en 1977; alcanzando el punto más alto de 51% en 1983; bajando a 28.2% en 1986; subiendo de nuevo a 45.3% en 1988 y finalmente cayendo a 33.9% en 1995, y posteriormente, a 33% en 1998 (50 millones de personas).

[3] 9.6% si se toma el umbral del Banco Mundial de $3.30 dólares, o 8.9% si se toma el umbral nacional, por debajo de aquél. Ver: http://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.NAHC/countries/BR?display=graph

[4] Esto ha sido, por su puesto, una tendencia en toda Sudamérica desde el 2000. Véase: http://www.theguardian.com/news/datablog/2015/mar/27/income-inequality-rising-falling-worlds-richest-poorest

[5] Véase Octavio Ferraz, "A coup d'etat in Brazil?", *Prospect,* mayo 27, 2016. Disponible en: https://www.prospectmagazine.co.uk/world/brazil-rousseff-impeachment-legitimate-legal

sin duda existen. Brasil está todavía retrasado en relación a las promesas constitucionales de mejora social que empezaron desde la remota década de 1930 y culminaron con el actual sistema de protección social de 1988. Incluso en términos de pobreza, los números absolutos son todavía asombrosos –alrededor de 20 millones de personas en 2014– y se prevé que esto empeore si la crisis económica persiste, tal y como parece ser el caso.[6] En cuanto a la desigualdad, a pesar de que se celebró su disminución en las últimas dos décadas, la base estaba tan alta que Brasil permanecía como uno de los países más desiguales en el mundo, con un coeficiente de Gini de 51.5, solo por debajo de países como Botswana (60.5), República Centroafricana (56.2) y Colombia (53.5).[7] Además, algunos comenzaron a cuestionar si la disminución era real o generada artificialmente por datos incompletos.[8]

Además, el fuerte y célebre enfoque puesto en las últimas décadas sobre las llamadas políticas antipobreza no ha sido acompañado de un entusiasmo igual por aquellos derechos universales prometidos en la Constitución, como educación y servicios de salud, en donde, posiblemente, reside el impacto transformativo real. Como claramente fue mencionado por Lena Lavinas, en un detallado artículo sobre lo que ella llama "El Estado de bienestar del siglo XXI" en Latinoamérica:

[6] Véase: https://nacoesunidas.org/numero-de-pobres-no-brasil-tera-aumento-de-no-minimo-25-milhoes-em-2017-aponta-banco-mundial/

[7] Los otros países con más alta desigualdad que Brasil son Haití (60.8), Namibia (61), Lesoto (54.2), Paraguay (51.7), Zambia (55.6) y Sudáfrica (63.4). Información disponible en: http://hdr.undp.org/en/indicators/67106

[8] Marcelo Medeiros, Pedro Souza y Fabio Castro, "The Upper Tip of Income Distribution in Brazil: First Estimates with Income Data and a Comparison with Household Surveys (2006-2012)", *DADOS, Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 58, núm. 1, 2015, pp. 7- 36, afirman –basados en la primera estimación de la concentración de ingresos entre los más ricos de Brasil, calculada sobre la base de declaraciones de ingresos fiscales en vez de las encuestas de ingresos de hogares que tienden a subestimar el ingreso de los más ricos–, que "…los datos del ingreso revelan concentración en la parte superior, lo que es sustancialmente mejor que otras fuentes y, en términos generales, permanecen estables en el periodo analizado".

> La dinámica de la privatización ha sido impulsada, y el concepto de universalidad en la provisión social debilitado. Una tercera parte de la población adulta de Brasil cree que los servicios públicos deben ser limitados a los indigentes, y por lo tanto, reducidos en alcance y calidad; aunque una gran mayoría –75 por ciento– apoya algún tipo de redistribución a favor de los pobres, sólo si están ligados a condiciones y controles, y cuyo incumplimiento les conlleve la pérdida de los beneficios. La relación entre la provisión social y la selectividad se ha fortalecido, a medida que disminuye la idea de los derechos universales a los servicios públicos desmercantilizados.[9]

La frustración (rayando en la ironía), por lo menos para los abogados socialmente preocupados, es que la política social emblemática, la Bolsa de Familia, la ampliamente celebrada como la política social antipobreza de las décadas pasadas y la única apartidista o por lo menos sin ningún matiz, está ahora en peligro de ser abandonada; necesaria pero insuficiente, no es ni siquiera reconocida entre los derechos sociales de la generosa Constitución de 1988. Se está ante una difícil, y un tanto paradójica, situación de no poder recurrir a la Constitución en caso de un intento de algún gobierno conservador por eliminarla, pero también ante la situación de hacerlo (aunque tal situación parece políticamente improbable por ahora), mientras que, respecto a los otros derechos sociales universales garantizados por la Constitución, la vía legal sigue bastante abierta (sin embargo no sabemos por cuánto tiempo) y es extremadamente necesaria dado el incumplimiento de esos derechos, aunque aparentemente ineficaz, cuando no perniciosa, como veremos más adelante con respecto al derecho social a la salud.

Es dentro de este contexto que nosotros debemos insertar cualquier discusión del impacto del litigio de los derechos sociales en el actual disfrute de ellos por la población en Brasil. Un contexto de pobreza en disminución pero persistente,

[9] Lena Lavinas, "21st Century Welfare", *The New Left Review,* núm. 84, diciembre 2013, https://newleftreview.org/II/84/lena-lavinas-21st-century-welfare, ver también Lena Lavinas, Bárbara Cobo et al., "Medindo o Grau de Aversão à Desigualdade da População Brasileira—um survey nacional", mimeo, noviembre, 2012, p. 137.

de desigualdad decreciente pero obstinadamente alta, y una historia reciente de mucho mayor entusiasmo por las políticas sociales focalizadas y opuestas a las universales.

En este texto me enfocaré en el campo del litigio del derecho a la salud que, en el último par de décadas, alcanzó proporciones significativas tanto en términos de volumen como de impacto presupuestario, además de dar fuerza y polarizar el debate entre lo que podemos llamar el terreno a favor y en contra de la judicialización. Hasta ahora he tendido al bando de la antijudicialización, no por una objeción de principios dada la participación de los Jueces en políticas sociales,[10] sino debido a los efectos empíricos negativos (actuales y potenciales) que percibo al analizar los datos disponibles sobre el problema, aunque estén incompletos y fragmentados. De los estudios hasta ahora desarrollados, pienso que hay bastante evidencia para ser un "juriscéptico" [*juriskeptical*] (para utilizar la terminología de Gauri y Brinks),[11] es decir, ser por lo menos muy cauteloso de aclamar la judicialización como una práctica incuestionablemente benigna sin consecuencias negativas de qué preocuparse. No obstante, si los datos cambiaran, podría estar más que feliz de cambiar mi opinión, en la genuina forma Keynesiana.[12] A pesar de ser escéptico actualmente en el caso brasileño, no soy en general indiferente al potencial efecto transformador del litigio cuando las condiciones son propicias para ello.[13]

[10] Para una discusión más larga sobre mi opinión de esto, véase Octavio Ferraz, "Harming the Poor through Social Rights Litigation", *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, 2011.

[11] Daniel Brinks y Varun Gauri, "Law's Majestic Equality? Distributive Impact of Litigating Social and Economic Rights", *World Bank*, 2012, Policy Research Working Paper 5999.

[12] Según cuenta la anécdota, John Maynard Keynes supuestamente dijo: "Cuando los hechos cambian, cambio mi opinión. ¿Qué hace usted, señor?". Una variación fue de hecho mencionada por otro famoso economista ganador del Premio Nobel, Paul Samuelson: "Cuando mi información cambia, modifico mis conclusiones". Véase John Kay, FT 4.8.2915, "Keynes was half right about the facts". Disponible en: https://www.ft.com/content/96a620a8-3a8d-11e5-bbd1-b37bc06f590c?mhq5j=e1

[13] Para importantes estudios clásicos que profundizaron en el análisis de estas condiciones, véase Charles Epp, *The Rights Revolution,* University of Chicago Press, Chicago, 1998 y Stuart Scheingold, *The Politics of Rights,* University of Michigan Press, Michigan, 1984.

El artículo procede de la siguiente manera. Comienza con una breve historia de la judicialización de la salud bajo la Constitución actual de 1988. Colocado lo anterior, el texto pasa a analizar los datos disponibles sobre el impacto del litigio en el actual disfrute del derecho a la salud por la población y qué conclusiones, incluso tentativas, pueden ser esbozadas con base en esos datos. La conclusión general es que todavía es necesaria mucha más información de la que nosotros disponemos actualmente para permitirnos ir más allá de afirmaciones tentativas; con la información disponible hoy, no se justifica el abandono de la postura "juriscéptica". Termino indicando qué falta en la información y en el marco analítico disponible en la actualidad, para llegar a una conclusión más robusta sobre la controvertida cuestión del impacto transformador del litigio del derecho a la salud en Brasil y esbozar un modelo de lo que debe considerarse una judicialización progresiva.

2. Una breve historia de la judicialización de la salud en Brasil *(volumen, costos y equidad)*

La Constitución brasileña de 1988, promulgada tres años después del fin de la dictadura militar (1964-1985), es generosa en el reconocimiento de los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos y sociales. Eso ha fortalecido significativamente las facultades del Poder Judicial, incluyendo en el capítulo de derechos fundamentales y sus garantías que "ninguna ley puede excluir del conocimiento del Poder Judicial cualquier violación o amenaza a un derecho" (Artículo 5, fracción XXXV), especificando una serie de remedios para la protección de los derechos e intereses colectivos (*habeas corpus*, fracción LXVIII; *writ of mandamus*, fracción LXIX; *actio popularis,* fracción LXXIII) y garantizando asistencia legal para aquéllos incapaces de costear los litigios (fracción LXXIV). En el campo específico de los derechos económicos, sociales y culturales, aunque los instrumentos de litigio han estado disponibles por lo menos desde la Constitución de 1988, la doctrina jurídica consideró durante una década a estos derechos como "normas programáticas", es decir, no susceptibles de ser

reclamadas judicialmente. Sin embargo, este enfoque fue gradualmente desplazado por uno que finalmente consolidó la visión de que sí son exigibles. Esto condujo a un aumento de litigios en el campo de la salud y la educación, y en un menor grado, en otros derechos como la vivienda y el salario mínimo. Los artículos relevantes son el 6 y, en específico en el campo de la salud, del 196 al 200.

> Artículo 6. La educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda, el descanso, la seguridad, la previsión social, la protección de la maternidad y la infancia así como la asistencia a los desamparados son derechos sociales, como se establece en esta Constitución.
>
> Artículo 196. La salud es un derecho de todos y un deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas que tiendan a la reducción del riesgo de enfermedad y de otros peligros y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación.[14]

En el terreno de la salud, podemos hablar de una verdadera explosión de litigios, en donde los demandantes buscaron a través de la vía judicial, generalmente de forma exitosa, la provisión de un amplio rango de tratamientos y bienes médicos, lo que se conoció como "judicialización de la salud". Sin embargo, es extremadamente difícil elaborar un cuadro de la judicialización de la salud en Brasil, debido no solo a la falta de información completa y confiable que abunda normalmente en los estudios empíricos en general, sino también por la naturaleza compleja y fragmentada del sistema de salud pública en Brasil. La obligación de proporcionar atención y servicios de salud es llevada a cabo simultáneamente entre la Unión Federal, los 27 estados y los más de 5,550 municipios. Un verdadero estudio integral tendría que cubrir los juicios contra todos ellos. Hasta la fecha no se ha llevado a cabo ningún estudio de este tipo.

[14] Mi traducción directa del portugués: "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

Por lo tanto, se necesita confiar en la información fragmentada que se encuentra disponible de estudios parciales conducidos en diferentes estados y municipios.

En un estudio que realicé durante 2009 y 2010 para un proyecto coordinado por la Escuela de Salud Pública de Harvard y el Instituto Christen Michelsen, en Bergen, Noruega (en adelante "estudio Harvard-Bergen"), la información proporcionada por el Ministerio Federal de Salud mostró que la federación había contestado a 5,323 demandas de 2003 a 2009, resultando en un gasto de $159,03 millones de reales ($80 millones de dólares).[15] Información divulgada recientemente por el mismo Ministerio, muestra un incremento del 25% de 2009 a 2012 (de 10,498 a 13,051 juicios). En el estudio Harvard-Bergen, la información sobre el estado de San Paulo reveló un gasto de $400 millones de reales ($200 millones de dólares) en 2008; en Río Grande del Sur, $78 millones de reales ($39 millones de dólares), y en Minas Gerais $40 millones de reales ($20 millones de dólares) durante 2008. En términos del volumen de litigios, la información de Río de Janeiro reveló 2,245 casos en 2006 (arriba de los 1,144 del año 2002); Río Grande del Sur (1,846 casos en 2002 y 7,970 en 2007); Santa Catarina (de 24 en 2002 a 2,511 en 2007); el Distrito Federal-Brasilia (de 281 en 2003 a 682 en 2007) y el estado de San Paulo (solamente 4,123 casos en 2006). Sobre el número total de pacientes que reciben tratamiento a través de órdenes judiciales, existía información sobre San Paulo (25,000 en 2009) y de Río Grande del Sur (20,527 en 2008).

Respecto al nivel municipal, una encuesta electrónica llevada a cabo por las secretarías municipales de salud entre noviembre de 2009 y marzo de 2010, y enviada a todos los 5,566 municipios brasileños en ese entonces, preguntó si la

[15] Octavio L. Motta Ferraz, "Health Inequalities, Rights and Courts: The Social Impact of the Judicialization of Health in Brazil", en Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen (eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health Systems?*, Harvard University Press, Harvard, 2011, pp 76-102.

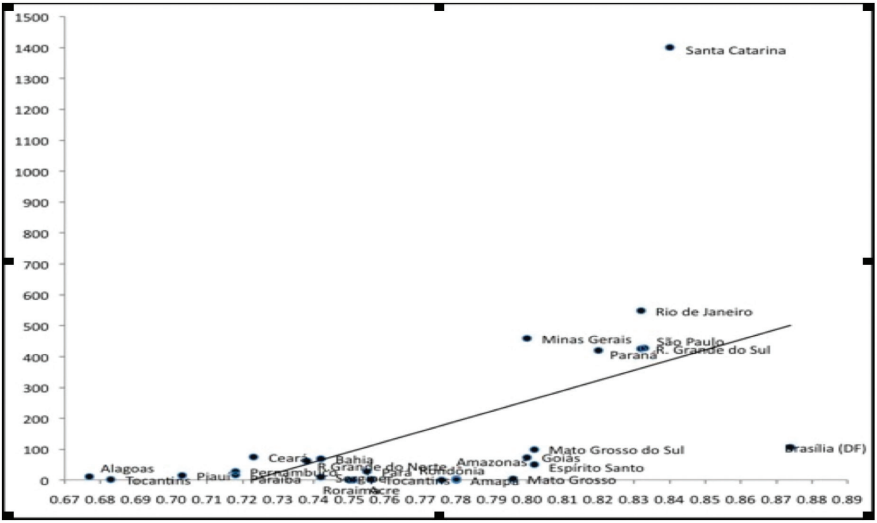
judicialización de la salud era un asunto importante en esa municipalidad y si lo era, se solicitaba información sobre la cantidad y costos de litigios en salud. Las respuestas recibidas provenían de 1,337 municipalidades (24% del total). De esas, el 34% dijo que la judicialización de la salud estaba aumentando y era un tema importante; el 23% respondió que estaba creciendo pero que todavía no era un asunto trascendental, y el 43% restante indicó que no tenían problema alguno al respecto. Seiscientos veinticuatro municipios reportaron sobre el número de individuos que actualmente recibían tratamiento a través de órdenes judiciales. El total agregado fue de 44,708 personas (un promedio de 71.64 por municipio encuestado), y la cantidad total de litigios mantenidos fue de 12,766 en 2007, 15,735 en 2008, y 14,560 en los primeros seis meses de 2009. Los costos también aumentaron de $47 millones de reales ($24 millones de dólares) en 2007 a $73 millones ($37 millones de dólares) en 2008, habiendo alcanzado los $57 millones de reales en los primeros seis meses de 2009. Además, la mayoría de las demandas solicitaban medicamentos, confirmando la misma tendencia encontrada a nivel federal y estatal.

Esos datos recolectados entre 2009 y 2010, si bien estaban incompletos y fragmentados, también dieron crédito a un argumento generalmente planteado por profesionales de la salud pública y administradores del sistema de salud acerca de que el modelo brasileño de litigio del derecho a la salud tenía problemas importantes en términos de gasto racional y gasto equitativo de recursos, tal y como la información disponible mostró:

> … la gran mayoría de casos sobre el derecho a la salud en Brasil hasta la fecha han sido presentados por demandantes individuales y han concernido la provisión de tratamiento médico-curativo (principalmente medicamentos) que pueden ser aprovechados individualmente. En cuanto al resultado de los litigios, el modelo brasileño está caracterizado por una tasa de éxito extremadamente alta para los demandantes… la mayoría de los jueces y tribunales brasileños, incluyendo el Supremo Tribunal Federal, ven el derecho a la salud como un derecho individual a la satisfacción de todas

> las necesidades de salud con el tratamiento más avanzado disponible, independientemente de los costos.[16]

Los datos también mostraron "una fuerte correlación positiva entre un estatus socioeconómico alto y la cantidad de demandas". El hallazgo más sorprendente surgió de las demandas en contra de la Unión Federal, en donde diez estados con el Índice de Desarrollo Humano más alto (arriba de 0.8) generaban en conjunto el 93.3% de los juicios (4,013), mientras los otros diecisiete estados con el Índice de Desarrollo Humano más bajo (por debajo del 0.8) originaron juntos un pobre 6.7% de los litigios (330).[17]



Fuente: A. Yamin y S. Gloppen, *Litigating Health Rights..., op. cit.,*

[16] O. L. M. Ferraz, "The Right to Health in the Courts of Brazil: Worsening Health Inequities?" *Health and Human Rights, An International Journal*, vol. 11, núm. 2, 2009, pp. 33-45.

[17] "Es importante notar que esta fuerte correlación permanece cuando ajustamos por el tamaño de población. El promedio del país, basado en las demandas en las bases de datos del SCTIE-MS, es una demanda en contra del gobierno federal por cada 42,364 habitantes. Pero existe una gran variación cuando uno desagrega ese número por región. El noreste, la región más pobre de Brasil, tiene una proporción muy baja de demandas por habitantes (1/177,704) –cuatro veces más baja que la media del país– mientras que el sur, la región con el IDH más alto, es el campeón del litigio, con una proporción de 1/11,902 –casi cuatro veces más alta que el promedio del país. La figura 4.5 muestra las proporciones por todas las regiones del país", *idem*.

Mi conclusión tentativa basada en estos descubrimientos respecto a la equidad del sistema fue esta:

> En general, el impacto social del modelo es negativo. En lugar de mejorar la provisión de beneficios para la salud que son gravemente necesarios para los menos favorecidos –tales como saneamiento básico, acceso razonable a primeros auxilios y programas de vacunación– este modelo desvía recursos esenciales del presupuesto de la salud para financiar los medicamentos en su mayoría, más costosos, reclamados por personas quienes son ya privilegiadas en términos de condiciones de salud y servicios.[18]

Muchos estudios nuevos han sido realizados desde entonces. Todos ellos indican que la cantidad y costos de los litigios continúan creciendo significativamente y que la inclinación social mencionada anteriormente continúa operando. El Ministerio de Salud estimaba que en 2016, la judicialización de la salud costaría $7 mil millones de reales para la federación, estados y municipios combinados,[19] casi 4% del presupuesto.[20] La Oficina del Abogado General (Advocacia Geral da União - AGU) estima que con la judicialización, entre 2010 y 2015, el gasto del Ministerio de la Salud creció un asombroso 727 por ciento. Las 20 medicinas más costosas compradas por este medio cuestan $959 millones de reales por año al Gobierno Federal.[21] En términos de gasto *per cápita*, la judicialización consume aproximadamente 8.5 veces más recursos que el sistema de salud.[22]

---

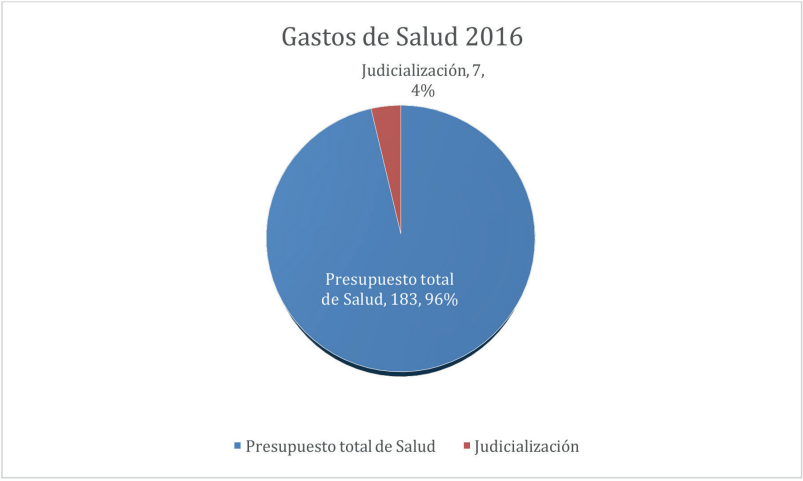
[18] *Ibid*., O. Motta, Ferraz, "Health Inequalities...", art. cit.

[19] En algunos municipios, el gasto con la judicialización es más alta que el total del gasto con la población. Por ejemplo, el gasto de Tubarão (SC) en farmacia básica fue de $971,000 reales en 2011, y el gasto con la judicialización fue de $975,000 reales.

[20] Véase http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2016/09/governo-eleva-orcamento-de-2017-para-saude-e-educacao

[21] *Idem*. Dos de los medicamentos más caros son Idursulfase 2 mg/ml, para el Síndrome de Hunter, con costo de $622 mil reales y Brentuxmab 50 mg, para el cáncer, $538 mil reales. Para un buen estudio sobre la judicialización basado en estos fármacos, véase D. Diniz, M. Medeiros y I.V.D. Schwartz, "Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacaridoses", *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 28, núm. 3, 2012, pp. 479-489.

[22] Si se considera que el sistema abastece a cerca del 75% de la población brasileña, es decir, a 150 millones de personas aproximadamente, mientras que la judicialización alcanza aproximadamente 47,000 personas.

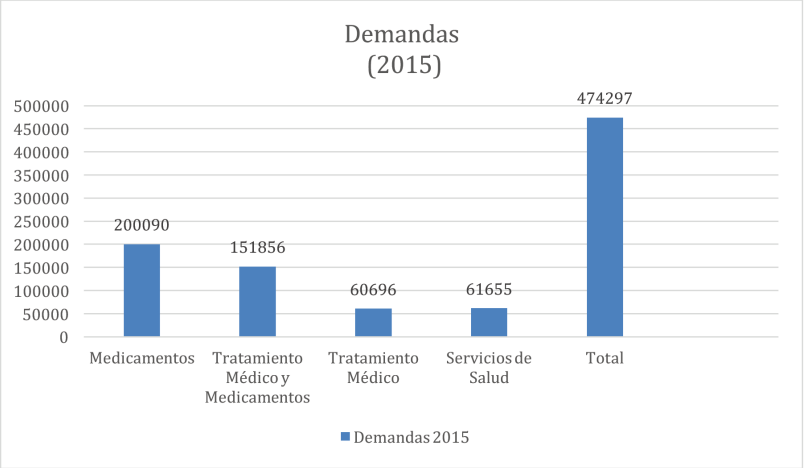


Fuente: Elaboración propia con datos reportados en prensa y en sitios web oficiales (Ministerio de Salud).

En el estudio más integral llevado a cabo hasta ahora, el Consejo Nacional de Justicia (Conselho Nacional de Justiça) encontró el asombroso número de 854,506 litigios relacionados de alguna manera al tema de la salud en todas las cortes y tribunales de Brasil en 2015.[23] Fuera de esos, más de 470,000 (justo debajo del 50%) eran en contra del Sistema de Salud del Estado (SUS), y el resto contra el sistema privado. De los casos en contra del sistema público, 42% fue en demandas exclusivamente de medicamentos; 32% por tratamiento hospitalario y medicinas; 12% fue en reclamaciones por tratamiento hospitalario y finalmente, un 16% fue clasificado genéricamente como exigencias de servicios de salud.[24]

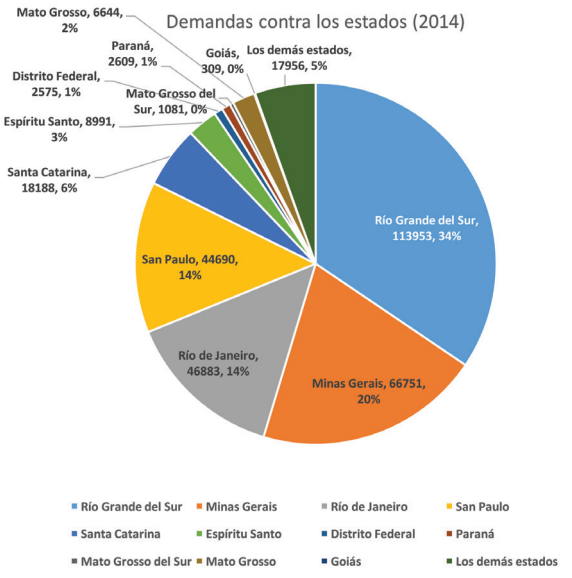
[23] Justicia en Números, 2016: año base 2015/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016. Disponible en: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros. Información compilada y agrupada por Clenio Jair Schulze, en "Novos números sobre a judicialização da saúde", disponible en: http://emporiododireito.com.br/novos-numeros-sobre-a-judicializacao-da-saude-por-clenio-jair-schulze/. Última consulta: 10 de mayo de 2017.

[24] La base de datos del CNJ puede ser explorada más allá para extraer datos sobre la edad de los litigantes.



Fuente: Elaboración propia con información del CJN, 2014.

En cuanto hacemos una correlación entre estos datos y los indicadores socio-económicos y el número de litigios, la imagen que resulta es similar a la encontrada en el estudio Harvard-Bergen realizado entre 2009 y 2010.



Fuente: Elaboración propia con datos del CNJ, 2014.

Como puede observarse, la mayoría de los litigios a nivel estatal se concentra en unos cuantos estados de las regiones del sur y sureste, las más ricas del país. Solamente en Río Grande del Sur y Minas Gerais, contabilizan el 54% de los casos relacionados con la salud. Si añadimos Río de Janeiro y San Paulo, tenemos un impresionante 82% de los juicios concentrado en cuatro de los estados más desarrollados de Brasil (todos ellos con un alto Índice de Desarrollo Humano). En cambio, si nos concentramos en los estados menos desarrollados en Brasil: Para, Piaui y Maranhao,[25] juntos representan solo 916 casos, es decir, el 0.2% del total de los litigios en Brasil. La inclinación social encontrada a nivel federal se repite a nivel estatal, lo que probablemente ocurre en el ámbito de los estados así como en muchos municipios, aunque la información aquí es menos completa. La mejor forma de ver esto es correlacionando el domicilio del demandante con un indicador de desarrollo social. El estudio que hizo esto y que es el más factible es el de Vieira y Zucchi que consideró todas las demandas en contra del municipio de San Paulo en 2005. Como mostraron gráficamente usando el mapa de la ciudad de Sa Paulo, había una fuerte correlación entre el IEX (Índice de inclusión/exclusión), el índice de exclusión social y el volumen de litigios. Cuanto mayor es el IEX, menor es el número de demandas que se encuentran en un distrito particular de la ciudad.[26]

[25] Alagoas, el estado más pobre, no ha proporcionado información a través del sistema electrónico, al igual que Pernambuco, Amazonas y Paraiba. El jefe de prensa de la Corte de Apelación de Alagoas informó 6,303 casos relacionados con el derecho a la salud, un número que sorprende y que justificaría una investigación adicional.

[26] Vieira FS, Zucchi P. "Distortions to national drug policy caused by lawsuits in Brazil" *Revista de Saúde Pública*, vol. 41, núm. 2, abril 2007, pp. 214-22. Disponible en: http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89102007000200007. Pepe VL, Ventura, M., et al, "Characterization of Lawsuits for the Supply of "Essential" medicines in the State of Rio de Janeiro", *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 26, núm. 3, marzo 2010, pp.461-471. Disponible en: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/20464065. Otros estudios han seguido una estrategia similar y llegando a conclusiones parecidas. Sobre Santa Catarina, véase: "Analisando a distribuição espacial dos municípios do estado onde houve ações movidas, verificamos que há concentração nas regiões próximas aos municípios da grande Florianópolis, Vale do Itajaí e Chapecó. Constatou-se, ainda, através do teste de correlação de *Spearman*, que os municípios com melhores indicadores socioeconômicos apresentaram maior número de ações deferidas por habitante." Boing *et al*. "The Judicialization of Access to Medicines in Santa Catarina State: A Challenge for the Management of the Health System", *Revista de Dereito Sanitario*, São Paulo, Vol. 14, núm. 1, p. 82-97, marzo/junio, 2013. Sobre Paraná, véase "Em 2009, entre as 142 comarcas do Paraná, 74 (52,1%) originaram ações judiciais requerendo medicamentos, sendo as comarcas de Curitiba (20,5%), Londrina (16,3%), Região Metropolitana de Curitiba (8,9%), Cascavel (6,2%) e Maringá (6,2%) as mais frequentes." Pereira y Pepe, "Judicial

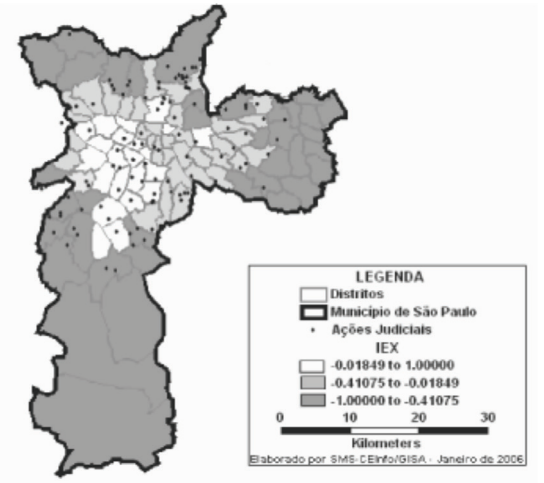


Figura 3. Acciones judiciales para la adquisición de medicamentos por la Secretaría municipal de Salud de San Paulo, segundo índice de exclusión/inclusión (IEX), San Paulo, 2005.

Una imagen muy similar fue encontrada en otros estudios, tales como los desarrollados por Chieffi y Barata, también en San Paulo[27] y por Gomes *et al*, en el estado de Minas Gerais.[28] [29] [30] En este último, los autores examinaron más de

Access to Medicine in Paraná: Applying a Methodological Model for Lawsuit Analysis and Monitoring", *Revista de Dereito Sanitario*, São Paulo, vol. 15, núm. 2, julio/octubre, 2014, pp. 30-45.

[27] Usando una diferente cohorte a la de Fabiola Vieira y una muestra mucho más amplia de 2,927 demandas, los autores alcanzaron una similar correlación fuerte entre el lugar de residencia y la cantidad de casos: 74% de las demandas vienen de tres de las áreas más ricas de las seis en las que está dividida la ciudad, más del 50% de las dos más ricas, Ana Luiza Chieffi y Rita Barradas Barata, "'Judicialization' of Public Health Policy for Distribution of Medicines", *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 25, núm. 8, Rio de Janeiro, agosto, 2009.

[28] F. de F., Gomes, *et al* (2014) "Access to Medium and High-complexity Procedures in the Brazilian Unified National Health System: A Matter of Judicialization", *Cadernos de Saúde Pública*, Río de Janeiro, vol. 30, núm. 1, enero, 2014, pp. 31-43.

[29] Para citar sólo algunos. F. Vieira y P. Zucchi, "Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil" (Distortions to national drug policy caused by lawsuits in Brazil), *Revista de Saúde Pública,* vol. 41, núm. 2, 2007, pp. 214–222; A. Chief y R. Barata, "Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e eqüidade" ("Judicialization of public health policy for distribution of medicines"), *Cadernos de Saúde Pública,* vol. 25, núm. 8 2009, pp. 1839-1849; D.W.L. Wang y O.L. Motta Ferraz, "Reaching Out to the Needy? Access to Justice and Public Attorneys' Role in Right to Health Litigation in the City of São Paulo," *SUR International Journal on Human Rights,* vol. 10, núm.18, 2013, pp. 159-179; "The Right to Health in the Courts of Brazil", art. cit., O. Ferraz, "Health Inequalities, Rights and Courts...", art. cit.

[30] Estos descubrimientos están lejos de ser sorprendentes o únicos. La literatura sobre los obstáculos a los que se enfrentan las estrategias del litigio como una herramienta progresiva efectiva es ahora vasta. Para

6,000 casos registrados en la Secretaría de Salud de 1999 a 2009.[31] Para este estudio solo analizaron los relacionados con los procedimientos en lugar de los medicamentos, terminando con una muestra de 783 casos (12.8%). Éstos concentrados en un pequeño número de municipios (14%, 122/853) y, dentro de esos, 22.3% originados en la capital, Belo Horizonte, que tiene el segundo Índice de Desarrollo Humano más alto del estado y en Divinópolis (19.8%), con el vigésimo primer Índice de Desarrollo Humano más alto.

a. Nueva información: ¿un panorama diferente en Río Grande del Sur?

El debate sobre la judicialización de la salud en Brasil ha sido tradicionalmente discutido en las páginas de los periódicos. De vez en cuando, se publica una noticia sobre un nuevo caso individual para determinado medicamento o procedimiento concedido por los tribunales en contra de la administración pública, o sobre las crecientes cantidades y costos de la judicialización en cierto estado, municipio o en la Unión Federal. Dichos reportes son frecuentemente acompañados por una afirmación genérica del gobierno, usualmente del Ministro de Salud o de alguna secretaría estatal, acerca de los efectos negativos de la judicialización sobre el presupuesto. Los estudios académicos más profundos y rigurosos del fenómeno son pocos y distantes entre sí. Con todo, han incrementado en número y calidad desde la década pasada, como se discutió en la sección previa, permitiéndonos formar un mejor panorama acerca de la actualidad del que teníamos diez o quince años atrás. También nos permiten reflejar cómo los estudios futuros podrían ser diseñados para superar algunos de los problemas que dimos cuenta en los ya existentes.

---

citar sólo un clásico, ver a Marc Galanter, "Why the Haves Come Out Ahead? Speculations on the Limits of Legal Change", *Law & Society Review*, vol. 9, núm. 1, Litigation and Dispute Processing: Part One (Otoño, 1974), pp. 95-160.

[31] Confirmando que la judicialización creció más rápidamente hacia finales de la década de los 2000, más del 80% de las demandas en su muestra se promovieron en los últimos tres años del periodo (2007-2009).

El artículo de Biehl, Socal y Amon recientemente publicado, "The Judicialization of Health and the Quest for State Accountability: Evidence from 1,262 Lawsuits for Access to Medicines in Southern Brazil",[32] es otra importante contribución al debate. Es trascendente analizarlo en una subsección aparte debido a su fuerte y audaz afirmación de que sus datos muestran una imagen significativamente diferente a aquella encontrada en otros estudios. También afirman que sus datos desafían a lo que provocativamente etiquetan como los cuatro "mitos" propagados por la prensa y otros análisis. No es mi intención cuestionar aquí su mala caracterización de algunas de las posiciones que llaman "mitos" (incluyendo a la mía), tampoco su mal uso del concepto de mito. Lo he hecho en otros lugares, y ellos me han respondido.[33] Mi objetivo aquí es analizar su propia información para medir si justifican un cambio en la tendencia general de la literatura académica viendo el litigio del derecho a la salud como una práctica problemática.

La primera cosa importante a notar es que su información se limita a Río Grande del Sur, un solo estado de los 27 de Brasil. Como lo aclaré anteriormente, dado que la responsabilidad constitucional de la salud es igualmente compartida entre la Unión Federal, los estados y todos los municipios (5,570 a partir de 2016), estamos hablando de 5,598 "judicializaciones" potencialmente distintas. No estoy sugiriendo, por su puesto, que solo si tenemos datos sobre todos los municipios, estados y de la federación podemos esbozar conclusiones generales sobre la judicialización de Brasil como un todo. Sin embargo, estoy sugiriendo que debemos ser cuidadosos, particularmente sobre la representatividad de una muestra, dadas la extensión geográfica, la diversidad socioeconómica y la complejidad administrativa de Brasil.

[32] João Biehl, Mariana P. Socal y Joseph J. Amon, "The Judicialization of Health and the Quest for State Accountability" en *Health and Human Rights Journal*, vol. 18, núm. 1, 2016, pp. 209-220.

[33] Octavio Ferraz, "Letter to the Editor: Moving the Debate Forward in Right to Health Litigation", *Health and Human Rights,* vol. 8. núm. 2, diciembre 2016, pp. 265-268. Disponible en: https://cdn2.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/13/2016/12/Ferraz-final-1.pdf y João Biehl, Mariana Socal, and Joseph Amon, "Response to Letter to the Editor. On the Heterogeneity and Politics of the Judicialization of Health in Brazil", *Health and Human Rights Journal*, vol. 18, núm. 2, diciembre 2016, pp. 269-271. Disponible en: https://cdn2.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/13/2016/12/Biehl-final-1.pdf

Una vez hecha esta importante advertencia, el siguiente paso significativo es tratar de establecer que tan representativa es la información de Río Grande del Sur acerca del fenómeno de la judicialización de la salud en Brasil, antes de llegar a cualquier conclusión sobre su información. Si por la hipótesis llegamos a la improbable conclusión de que Río Grande del Sur es un perfecto microcosmos de la judicialización de la salud en Brasil, podemos tomar el resultado del estudio (asumiendo que aceptamos que la información es confiable y completa) como un retrato definitivo del fenómeno en el país. En el otro extremo del espectro debemos considerar a Río Grande del Sur como un único estado entre los 27, y como una sola unidad entre 5,598 en un país tan grande y diverso como demasiado pequeño y peculiar para permitir cualquier extrapolación de su información a un cuadro general del país entero. El lugar adecuado de Río Grande del Sur está probablemente en algún lugar entre los dos extremos de ese espectro. Encontrar el punto exacto sería evidentemente imposible, e incluso un punto aproximado ocuparía todo el artículo. Pero, una breve contextualización de Río Grande del Sur dentro de Brasil bastará, pienso, para convencer al lector que cualquier intento de generalizar sus resultados estaría repleto de obstáculos.

Río Grande del Sur (RS) es un estado en el relativamente rico sur de Brasil,[34] con una población razonablemente grande de 11,286,500 habitantes (alrededor de 5.4% de la población de Brasil) y un ingreso familiar *per cápita* comparativamente alto de $1,554.00 reales, el tercero más alto de Brasil, cuyo promedio se sitúa en $1,226.00,[35] variando ampliamente (cuatro veces), dando pronunciadas disparidades regionales de $2,351.00 reales (Brasilia-Distrito Federal) a $575,00

[34] De las cinco macroregiones de Brasil, las más ricas son el sur y el sureste, casi dos veces más ricas que los estados del norte y del noreste. El centro oeste está en medio, pero tiene tanto a la capital Brasilia (DF), que tiene el más alto ingreso per cápita por hogar del país, levantando los índices del resto de la región, como los importantes estados agricultores, por ejemplo, Mato Grosso do Sul, cuyo ingreso *per cápita* no está lejos de los estados del sur y del sureste.

[35] Véase también http://www.ibge.gov.br/estadosat/perfil.php?sigla=rs

(Maranhão).[36] La misma variación amplia observada en ingresos se repite en educación y salud, tal y como da fe el Índice de Desarrollo Humano. El IDH de RS es el quinto más alto de Brasil, en 0.7779, considerado alto de acuerdo a los criterios del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. La media del país es 0.761,[37] variando de 0.839 (el más alto, Brasilia-DF) al 0.667 (medio, Alagoas).

A la luz de tales disparidades socioeconómicas entre los 27 estados de Brasil y la alta posición de Río Grande del Sur –entre los cinco principales, en términos de desarrollo humano, y entre los tres más altos, en cuanto a desarrollo económico– inmediatamente parece claro que sería sumamente problemático tomar ese estado como un buen indicador de la judicialización de la salud en Brasil. Especialmente cuando uno de los argumentos más importantes es que la judicialización es un "proceso desde abajo". (Regresaré más tarde a este importante tema).

Pienso que podemos concluir con seguridad, por lo tanto, que cualquier información que muestre Río Grande del Sur será útil sobre todo como una imagen de lo que está ocurriendo en ese estado en particular, generando potenciales ideas comparativas con los datos de otros estados, pero no mucho más allá. Esto parece ser aceptado por los autores mismos en el siguiente pasaje de su artículo:

> Río Grande del Sur tiene un número mucho mayor de litigios de derecho a la salud que otros estados brasileños, con más casos que los siguientes cuatro estados (San Paulo, Río de Janeiro, Ceará y Minas Gerais, respectivamente) con el mayor número de litigios

[36] Véase: http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/02/1861675-20-estados-tiveram-renda-per-capita-abaixo-da-media-em-2016-diz-ibge.shtml. Para una base comparativa, el Reino Unido, uno de los países desarrollados más desiguales, la mediana del ingreso familiar *per cápita* varía 1.5 veces de las £ 25,293 (Londres) a las £15,913 (Irlanda del Norte). Para conseguir la magnitud de la variación regional en Brasil, se necesita desagregar por área local, en este caso, £52,298 (Kensington y Chelsea) y £12,779 (Nothingham).

[37] Disponible en: https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/11/22/df-sao-paulo-e-santa-catarina-lideram-desenvolvimento-humano-entre-estados.htm

> combinados. Estas diferencias reflejan el variado desempeño del descentralizado sistema de cuidado de la salud a lo largo de todo el país, como también las diferencias significativas en la economía, demografía y capacidad administrativa dentro y a través de los 26 estados brasileños… la heterogeneidad del litigio del derecho a la salud a lo largo de los estados brasileños indica la necesidad de un análisis más matizado y a profundidad de sus operadores e implicaciones a niveles locales.[38]

Permítaseme entonces regresar a la afirmación principal de los autores y evaluarla dentro de estos límites. Diferente a lo que algunos estudios llevados a cabo en San Paulo, Río de Janeiro, Minas Gerais y otros lugares han encontrado, la conclusión de los autores es que, en Río Grande del Sur, los litigios *no* favorecen mayormente a quienes se encuentran mejor situados, *no* se enfocan en medicamentos de alto costo fuera del formulario gubernamental y *no* alteran las políticas de salud. Al contrario:

> Los resultados de nuestro estudio… revelan un proceso de judicialización desde abajo, derivado de personas pobres y de edad avanzada, quienes no viven en las principales áreas metropolitanas, y quienes dependen del estado para proveer su representación legal. No encontramos que la judicialización represente un fenómeno de 'Robin Hood a la inversa'; todo lo contrario: encontramos evidencia de que la judicialización, en gran medida, sirve a los desaventajados, quienes regresan a las cortes para asegurar un amplio rango de medicamentos, más de la mitad de los cuales están en los formularios gubernamentales y deberían estar disponibles en los centros de salud.[39]

Si esto fuera una interpretación adecuada y admisible de la información en Río Grande del Sur, mostraría un cuadro sorprendentemente distinto a otros lugares en Brasil que emerge de los estudios llevados a cabo en San Paulo y en Minas

[38] Sin embargo, es difícil reconciliar esta balanceada conclusión con otros pasajes, en los cuales los 'mitos' son cuestionados y en donde los autores parecen extrapolar sus conclusiones para el resto de Brasil. "Nuestro estudio desafía los mitos sobre el impacto negativo de la judicialización sobre la administración de salud pública así como sobre la amplia cuestión del acceso equitativo a la atención en Brasil. Si bien se basa directamente en el trabajo en el sur de Brasil, la información presentada aquí también es relevante para discusiones nacionales e internacionales sobre cómo avanzar el objetivo de la cobertura de salud universal". *Ibid*., p. 218.

[39] *Ibid*. p. 216.

Gerais, en los que, por ejemplo, encontraron una prevalencia de demandantes representados por abogados privados viviendo en lugares con un nivel de exclusión socioeconómica bajo, y demandando medicinas caras no incluidas en los formularios gubernamentales (por ejemplo, Vieira y Zucchi; Chiefi y Barata, Silva y Terrazzas, Gomes *et al*). Eso no muestra, por su puesto, que estos importantes descubrimientos académicos sean incorrectos, mucho menos que sean mitos. [40]

Pero ¿la información recogida por los autores justifica realmente sus fuertes conclusiones, incluso si se restringen a Río Grande del Sur?

Desde mi punto de vista, las conclusiones son más fuertes que el respaldo de los datos por dos razones principales. En primer lugar, si bien es considerablemente extensa, la información sobre Río Grande del Sur está todavía incompleta, y en algunas partes es significativamente más escasa que la recolectada en estudios que llegaron a diferentes conclusiones. Y en segundo lugar, los autores dan demasiado peso a ciertos indicadores que no son muy confiables para los propósitos previstos.

i. ¿Judicialización desde abajo?

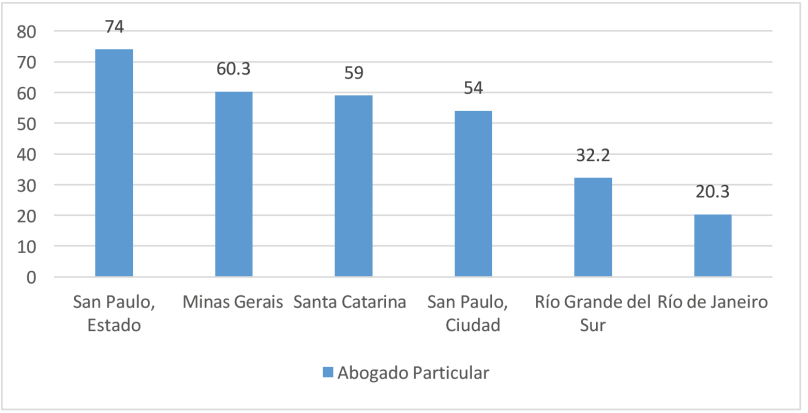
Para comenzar, tomemos el problema crucial del perfil socioeconómico de los litigantes, lo cual es extremadamente relevante si uno está tratando de evaluar si la judicialización es un proceso desde abajo o manejado por élites. Estudios en otros estados han utilizado una combinación de indicadores para tratar de alcanzar un panorama razonablemente robusto de este elusivo aspecto del litigio. Estos incluyeron: el índice de vulnerabilidad social, el Índice de Desarrollo

[40] En su artículo, Biehl, Socal y Amon *et al*, ni siquiera discuten los hallazgos de estos estudios.

Humano, información directa sobre el ingreso de los demandantes (reportada por sí mismos en los escritos de demanda), así como indicadores más indirectos, tales como el tipo de representación legal (abogados particulares o defensores de oficio), tipo de servicio de salud utilizado (público o privado) y el domicilio del demandante.

En el estudio de Río Grande del Sur, sus autores habían confiado, casi exclusivamente, en el tipo de representación legal y en el acceso a asistencia legal, que tal vez son los indicadores menos confiables sobre el perfil socioeconómico del demandante.

Porcentaje de demandas presentadas por abogados particulares



Fuente: Elaboración propia con información de varios estudios.

Como adecuadamente indican los autores, la defensoría pública, responsable del 57% de demandas en su muestra,[41] "provee asistencia legal gratis a las personas clasificadas como de 'bajo ingreso' (tres veces el salario mínimo nacional o menos)". Los autores no abordan, como otros estudios lo hacen, la situación

[41] Otro 9.4% fue representado por un "asesor legal federal" (7%) y clínicas universitarias (2.4%), p. 213.

de la pobreza en Brasil y en Río Grande del Sur como para permitir al lector entender lo que en realidad significa tres veces el salario mínimo. Es un umbral razonablemente alto. A $2,640.00 reales (alrededor de $760.00 dólares por mes, 3 por $880.00 reales, el salario mínimo), eso es bastante más alto que el ingreso promedio en Río Grande del Sur de $1,435.00 reales ($420.00 dólares)[42] al tiempo de la realización de su estudio ($1,554.00 reales actualmente), y casi 35 veces más alto que el umbral de la extrema pobreza en Brasil ($77.00 reales, es decir, $22.00 dólares).[43]

Lo mismo puede decirse del acceso a la asistencia legal, que fue garantizado asombrosamente para el 91% de los litigios. Como cualquier persona familiarizada con el litigio en Brasil sabe, es sumamente fácil quedar exento de las tarifas judiciales en Brasil, basta con hacer una declaración de "pobreza legal", la cual rara vez es cuestionada o rechazada por los tribunales. Eso a su vez explica por qué, incluso, demandantes con recursos suficientes para contratar abogados privados pueden acceder a la asistencia legal.

El indicador utilizado por los autores referente a la ocupación ofrece una pequeña pista, en tanto que las cinco categorías elegidas no son lo suficientemente detalladas (profesionista, obrero, retirado, desempleado y estudiante). Si uno agrega que una persona retirada (32%) que puede estar en cualquier rango socioeconómico del 26.9% de la muestra, cuya información no está disponible, se tiene un 58.9% de la muestra, con el cual no es posible llegar a una conclusión de ninguna forma sobre el estatus socioeconómico de la prueba. Los obreros o trabajadores del sector servicio (14.5%) podrían, de nuevo, encajar en varios

[42] Giane Guerra, "Gaúcho tem a terceira maior renda domiciliar do país", *ZH Notícias*, 26 de febrero de 2016, disponible en: http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2016/02/gaucho-tem-a-terceira-maior-renda-domiciliar-do-pais-4984327.html.

[43] También debe observarse que el umbral de la Defensoría Pública no suele seguirse en los casos de derecho a la salud (especialmente por quienes demandan medicamentos costosos) cuando los defensores públicos tienden a relajar los criterios de admisibilidad para aceptar el representar al demandante.

rangos con ingresos diferentes, a pesar de que tienden a tener salarios más bajos que los profesionistas (4.7%). Aún los desempleados (21%) no son en sí mismos un muy buen indicador, sin mayor información sobre su situación actual en términos de ingreso. Los estudiantes caen en el mismo problema, pero su participación en la muestra es tan insignificante, que uno puede desconsiderarlos (0.9%) sin equivocarse.

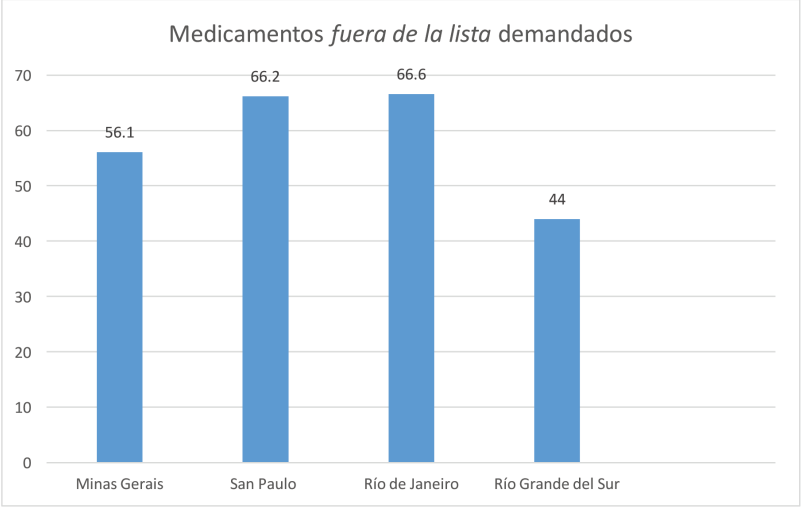
Parece claro para mí, por lo tanto, que la información recogida por los autores sobre la representación legal, la asistencia legal y la ocupación es insuficiente para respaldar una conclusión mínimamente robusta sobre el perfil socioeconómico de los demandantes, dejando atrás la afirmación de que la judicialización en Río Grande del Sur es un proceso desde abajo, que "en gran medida, sirve a los desaventajados".

ii. ¿Principalmente un fracaso del Estado?

Diferentes problemas afectan la afirmación de los autores de que la judicialización en Río Grande del Sur no sigue el patrón observado en otros lugares de concentración en medicamentos de alto costo y fuera de las listas gubernamentales. Primeramente, la información presentada por los autores no muestra tal imagen significativamente diferente de otros lugares como lo hacen parecer. En segundo lugar, la clasificación binaria de los medicamentos –*dentro* y *fuera* de formulario o lista– no es suficiente para capturar la complejidad total de la política de salud a fin de determinar si el Estado debería proporcionar o no cierta medicina.

Los autores presentan sus hallazgos de dos formas distintas. Primero, mencionan el número total de medicamentos solicitados (3,468) –que es mucho más alto al de litigios analizados (1,262)– ya que una sola demanda (frecuentemente un solo paciente) puede peticionar más de un fármaco, como ocurre a menudo. Al analizar por medicamento en lugar de hacerlo por demanda, los autores encuentran un menor, pero no demasiado bajo, porcentaje de medicinas fuera

del formulario, solicitadas en Río Grande del Sur, cuando se compara con otros estados. Aun así, un 44% de todos los medicamentos demandados en RS son aquéllos que se encuentran fuera de la lista gubernamental.



Fuente: Elaboración propia con datos de varios estudios.

Los autores presentan la información organizada por demanda en lugar de hacerlo por medicina, mostrando que 41% de los demandantes solicitó exclusivamente medicamentos que se encuentran dentro de la lista, 27% pidió solo medicamentos fuera de ella y 32% solicitó ambos. Al sumar el 41% de solicitud exclusiva de medicamentos dentro del formulario –lista– con el 32% de lo que puede llamarse "solicitudes mixtas", éstas alcanzan la alta pero engañosa proporción de 73% de demandas que han solicitado por lo menos un medicamento del formulario. Sin embargo, se podría preguntar: ¿por qué no se adicionan esos que han demandado por lo menos un medicamento que no se encuentra en la lista? Ello también podría resultar en un alto 59% de los casos en que se solicitan medicamentos fuera del formulario, un número no distinto al encontrado en otros estudios. Más allá de eso, no está todo garantizado para concluir, como hacen los autores, que debido a que el 73% de las demandas se trataban de

"parte de medicamentos de formularios gubernamentales", estas reclamaciones eran originadas por una falla del Estado de proporcionar estos fármacos. Los estudios mencionan al menos tres explicaciones convincentes de porqué un demandante puede terminar agregando a su demanda judicial un medicamento del formulario gubernamental aun cuando ese fármaco esté disponible en el sistema público (por ejemplo, el doctor de una mujer no siguió los lineamientos terapéuticos,[44] el medicamento del formulario fue solicitado simplemente como parte de un tratamiento que incluyó una medicina fuera de la lista, o el demandante no es un usuario habitual del sistema público…).[45] Los autores no discuten ninguna de estas posibilidades.

En cualquier caso, el hecho es que esta clasificación binaria *dentro* y *fuera* del formulario no es tan útil para evaluar la legitimidad del litigio del derecho a la salud, como usualmente se piensa. Es cierto que la inclusión de la categoría *dentro de la lista del Estado* (dentro del formulario) proporciona indicios del fracaso de la administración pública, mientras que la otra, *no inclusión en la lista* (fuera del formulario), provee alguna señal en sentido contrario. A pesar de esto, ninguna de las dos proporciona una evidencia definitiva. Ya he mencionado las tres razones potenciales por las que inclusive una medicina que está en el formulario puede, no obstante, ser proporcionada legítimamente al demandante. Por ejemplo, pensemos en un paciente que no es tratado en un hospital público pero que desea acceder a medicamentos que solo están disponibles en estas instituciones públicas (frecuentemente los medicamentos para el cáncer fallan

[44] Algunas demandas solicitan medicinas de marca, cuyos genéricos están disponibles en las listas oficiales. Un buen ejemplo es el ácido acetilsalicílico (Aspirina, ASA) que es parte de la lista oficial pero es uno de los fármacos frecuentemente exigidos en la muestra de los autores. En el estado de San Paulo, en donde también se generan cantidades significativas de litigios, un más detallado estudio mostró que 1,725 demandas en 2014 solicitaban 22 diferentes marcas o presentaciones de ASA a las ofrecidas en el sistema público. Brindar una versión genérica de un fármaco difícilmente puede considerarse como un obvio fracaso de la política. Secretaría de Salud del Estado de Sao Paulo, mayo de 2015 (en el archivo con autor).

[45] Para una mayor discusión, véase O. Ferraz, "Health Inequalities, Rights and Courts", *art. cit.*, pp. 95-6.

en este caso, ya que las regulaciones limitan su provisión en un hospital público). Sin una investigación más fina, es injustificado concluir, como hicieron los autores, que cualquier demanda que reclame un medicamento del formulario representa un fracaso del Estado en cumplir con las demandas del derecho a la salud.

Debe ser igualmente injustificado concluir que cualquier solicitud de un fármaco fuera de la lista es automáticamente ilegítima. Hay por lo menos tres diferentes tipos de demandas aquí. El tipo de demandas más obviamente ilegítimas son aquellas en las que los demandantes piden medicamentos que las autoridades estatales ya han rechazado, simplemente porque no hay suficiente evidencia científica de su eficacia (por ejemplo la infame píldora para el cáncer, el procedimiento quirúrgico para la vista en Cuba, etc.) A éstas podemos llamarlas demandas 'deshonestas' de medicinas o procedimientos médicos. Pero también existen demandas de fármacos que no se encuentran en el formulario y que científicamente está probado que son efectivas. Aquí debemos distinguir entre varios casos diferentes: medicamentos u otras intervenciones que, a pesar de ser efectivas, tienen alternativas terapéuticas que son igualmente eficaces pero menos costosas (es decir, son más económicas); medicamentos efectivos u intervenciones cuyas alternativas terapéuticas no son tan eficaces pero son mucho menos costosas; y fármacos y otras intervenciones que no tienen otra alternativa.[46] El primer tipo de demanda, de nuevo, parece claramente ilegítima, ya que pide al sistema público gastar más dinero para alcanzar el mismo resultado. Las otras dos son más complejas, y requieren un minucioso análisis de lo que debe brindar un sistema público con recursos limitados, la cual es la cuestión crucial y más difícil en la determinación del contenido del derecho a la salud.

[46] Para un buen análisis matizado de los diferentes tipos de demandas, véase Figueiredo T.A., Osorio-de-Castro C.G., Pepe VL, "Evidence-based Process for Decision-making in the Analysis of Legal Demands for Medicines in Brazil", *Cadernos de Saúde Pública*, 29 Supl. 1, noviembre 2013, S159-66.

La discusión anterior, aunque más breve de lo que requiere la complejidad del tema, pienso que basta para demostrar la insuficiencia de la conclusión de que, en Río Grande del Sur, la mayoría de los litigios benefician a los desaventajados y que son legítimos simplemente porque una gran proporción de demandas involucra medicamentos dentro del formulario gubernamental.

3. Conclusión:
hacia legitimar la judicialización

Las políticas sociales en Brasil se fortalecieron desde el gobierno de Getulio Vargas ("El padre de los pobres") en la década de 1930, y se constitucionalizaron aún más con cada nueva Constitución (1946, 1964, 1969) hasta alcanzar una especie de auge con la de 1988, la *Constitución Ciudadana*, aprobada después del fin del régimen militar. A pesar del significativo progreso experimentado en las pasadas décadas en términos de desarrollo social, queda una importante brecha entre las condiciones sociales y las promesas constitucionales. Los beneficios universales constitucionales de salud y educación han experimentado poca mejoría en el pasado reciente a comparación de las políticas antipobreza que no están constitucionalizadas, tal como la Bolsa de Familia. La judicialización de los derechos económicos y sociales en general, y de la salud en particular, es vista por muchos como una herramienta importante en la lucha para reducir esa brecha.

Si esto es verdad o no es una cuestión empírica, por supuesto, y los pocos estudios de este tipo realizados hasta ahora sobre el derecho a la salud han tendido a ver al modelo brasileño como problemático desde las perspectivas tanto de equidad como de desajuste administrativo. He argumentado en este artículo que esto todavía es así, y que un reciente estudio disonante, llevado a cabo en Río Grande del Sur, no ha sido capaz, desafortunadamente, de cuestionar ese sentido general.

¿Puede ser la judicialización verdaderamente transformadora en el sentido discutido en este artículo? ¿Puede ayudar la judicialización a los más desaventajados de la sociedad brasileña a mejorar sus terribles condiciones de salud, por ejemplo, tener una vida saludable y vivir más? Soy, en general, escéptico del poder de los abogados y Jueces para transformar de forma significantiva y duradera las desigualdades estructurales de la sociedad, aun cuando estén dispuestos a hacerlo (lo cual no es un escenario común).[47] Como Upendra Baxi ha afirmado correctamente: "*Los tribunales son, al final del día, nunca un instrumento de revolución social total… jamás un sustituto de la acción política directa*".[48] Las significativas desigualdades en salud predominantes en Brasil solo pueden ser efectivamente enfrentadas a través de políticas distributivas sociales y económicas de gran escala que solamente el sistema político puede ofrecer.

Sin embargo, lo que los tribunales brasileños pueden (y deben) hacer es adoptar un enfoque más responsable del litigio del derecho a la salud, es decir, uno que evite los efectos perniciosos discutidos con anterioridad y, de forma más modesta pero importante, mejorar la rendición de cuentas de los poderes públicos en su deber constitucional de promover la salud de la población brasileña. Lo más urgente hacia esa meta es la necesidad de que los Jueces brasileños entiendan que el derecho a la salud no puede ser interpretado como una prerrogativa a cualquier tratamiento que pueda necesitar una persona de acuerdo a su doctor particular, cualquiera que sea su costo. Ningún país en el mundo, por más desarrollado y rico, puede adoptar una concepción tan costosa del derecho a la salud. Como el Juez británico Thomas Bingham ha dicho enfáticamente en el destacado caso *Child B* en el Reino Unido:[49]

[47] Véase, para una mayor discusión, mi texto "*Harming the Poor...", art. cit., supra* nota 10.

[48] Upendra Baxi, "The Avatars of Indian Judicial Activism," en S. K. Verma and Kusum (eds), *Fifty Years of the Supreme Court of India: Its Grasp and Reach*, Oxford University Press, Nueva Delhi, 2000, p. 161.

[49] El Reino Unido cuenta con uno de los mejores sistemas de salud en el mundo.

> No tengo duda de que en un mundo perfecto, cualquier tratamiento que busque un paciente, o uno de sus familiares, sería proporcionado si los doctores estuvieran dispuestos a darlo, sin importar cuál sea su costo, particularmente cuando una vida estaba potencialmente en juego. Sin embargo, desde mi punto de vista, estaría cerrando los ojos al mundo real si la corte procediera sobre la base de que vivimos en un mundo así. Es de conocimiento general que las autoridades sanitarias de todo tipo están constantemente presionadas para hacer que el dinero alcance. No pueden pagar a sus enfermeras tanto como quisieran; no pueden proveer todos los tratamientos como quisieran; no pueden comprar todos los equipos médicos extremadamente caros que quisieran; no pueden llevar a cabo toda la investigación que quisieran; no pueden construir todos los hospitales y las unidades de especialidad que quisieran. **Tienen que hacerse juicios difíciles y angustiosos en cuanto a cómo asignar mejor un presupuesto limitado para tener el máximo beneficio para el máximo de pacientes.** (Énfasis agregado).

El derecho a la salud, como cualquier derecho humano, es universal, esto es, que debe beneficiar a todos, y no solo a un individuo que gestiona ir ante un tribunal y hacer un reclamo en contra del Estado. Cuando el Juez es enfrentado con una demanda de derecho a la salud no debe simplemente evaluar si la persona realmente necesita lo que pide, de acuerdo con la opinión de su médico. El análisis es uno mucho más complejo y espinoso, sobre si el sistema de salud estatal, con sus limitados recursos necesarios debería de proporcionar tal tratamiento no solo para un individuo en frente del Juez, sino a todas las personas en la misma situación. Y esto no es, por supuesto, un simple cálculo aritmético sobre si hay suficiente dinero en el presupuesto para cubrir algún tratamiento específico para un grupo de individuos en particular o para quienes sufren del mismo problema de salud. Es un análisis policéntrico de cómo distribuir los recursos limitados del presupuesto para la salud entre la infinidad de necesidades en salud de la población entera. Para citar nuevamente al Juez Bingham, estos son "difíciles y angustiosos juicios", los cuales para él, como para muchos otros, los Jueces no están legitimados ni son competentes para llevar a cabo.

No necesitamos participar en este controversial debate sobre el papel apropiado de los tribunales en relación con la adjudicación de los derechos sociales.

Todo lo que estoy pidiendo es que los Jueces brasileños se den cuenta de la complejidad del problema y abandonen la interpretación simplista del derecho a la salud como "el derecho a todo, sin importar su costo" que actualmente prevalece en la jurisprudencia brasileña.

Una vez dado este crucial paso, será naturalmente evidente que los tribunales no están en una buena posición para ordenar la provisión de tratamientos específicos individuales en contra de las decisiones de las autoridades sanitarias. Sin embargo, pueden desempeñar todavía un papel importante en la rendición de cuentas, de la siguiente manera.

Los tribunales pueden exigir de las autoridades una justificación transparente y racional del porqué no se le proporcionó el tratamiento específico solicitado por el demandante. Si las autoridades sanitarias pueden demostrar que el tratamiento no ha sido incorporado al sistema por razones válidas de seguridad, eficacia y rentabilidad *(cost-effectiveness)*, los tribunales no deberían anular aquella decisión simplemente porque el doctor del paciente ha prescrito el tratamiento. Esto es recurrir a la interpretación simplista del derecho a la salud, que ignora la necesidad de priorizar recursos que producen consecuencias negativas en términos de equidad y desajuste administrativo, discutidas en páginas anteriores. Los tribunales solo deben interferir si hay evidencia clara de que las autoridades sanitarias han fallado en cumplir con los criterios de seguridad, eficacia y rentabilidad establecidos en la legislación.[50]

Si las autoridades sanitarias no proporcionan razones válidas para justificar la denegación de un tratamiento, entonces los tribunales tienen las siguientes opciones dependiendo de la situación en específico. Aquí están algunas posibilidades:

[50] Conitec

1. Si el tratamiento ha sido incorporado al sistema estatal de salud (es decir, está en el formulario) y ha sido prescrito por el doctor siguiendo el protocolo clínico oficial y los lineamientos terapéuticos así como cualquier otra regulación administrativa en vigor, los tribunales pueden con seguridad condenar al Estado a brindar el tratamiento, ya que estamos claramente ante un fracaso administrativo;

2. Si el tratamiento todavía no ha sido evaluado por las autoridades sanitarias en términos de seguridad, eficacia y rentabilidad, los tribunales deben hacer lo siguiente:

2a. Si el proceso de evaluación está en progreso y no se retrasa de acuerdo con los plazos establecidos en la legislación, el tribunal deberá suspender el caso hasta que la valoración se lleve a cabo y entonces decidir.
2b. Si el proceso de evaluación no está en marcha, o está retrasado, el tribunal deberá ordenar al Estado realizarla o terminarla de acuerdo a los procedimientos y plazos establecidos en la legislación bajo amenaza de una multa en caso de no hacerlo.
2c. Como último recurso, si el proceso de evaluación está desproporcional o excesivamente retrasado, los tribunales pueden, de manera excepcional, sustituir su propia decisión por la de la autoridad sanitaria después de escuchar a expertos sobre los criterios de seguridad, eficacia y rentabilidad establecidos en la legislación.

Si los tribunales brasileños adoptaran estas recomendaciones, por supuesto que no resolverían todos los problemas del sistema de salud, y mucho menos remediarían la despreciable desigualdad en salud que existe entre la población brasileña, nuestra enfermedad más perniciosa. Sin embargo, los tribunales proporcionarían un importante y responsable mecanismo de rendición de cuentas, que ayudaría a mejorar la calidad y equidad de la toma de decisiones sobre los escasos recursos para la salud en Brasil, que no es un logro pequeño, muy lejos del actual enfoque simplista cuyos potenciales (y probables) efectos sobre la equidad y desajustes administrativos son terribles.

LA JUSTIFICACIÓN DEMOCRÁTICA DE LOS DERECHOS SOCIALES

THE DEMOCRATIC JUSTIFICATION OF SOCIAL RIGHTS

Leticia Morales*

Resumen

Las justificaciones normativas de la protección constitucional de los derechos sociales han recibido especial atención desde las teorías de la justicia social, a partir de las cuales se fundamentan estos derechos dentro de algún ideal de sociedad justa. Sin embargo, esta vía de justificación presenta varios problemas que la vuelven insatisfactoria. El objetivo en este trabajo, en cambio, es fundamentar el reconocimiento jurídico y la garantía constitucional de los derechos sociales desde la perspectiva de la democracia. No se niega que lo que requiere la justicia social es fundamental y que los derechos sociales presentan un canal atractivo para defender una distribución más igualitaria en las sociedades abiertamente desiguales. Se sostiene, no obstante, que las exigencias sociales pueden ser primeramente justificadas como precondiciones materiales de la legitimidad democrática de manera distintiva de lo que exige la justicia social.

* Leticia Morales, Doctora en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra (España). Investigadora Asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina). Correo electrónico: letimorales17@gmail.com. Este artículo está basado en los capítulos VIII y IX del libro Leticia Morales, *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

Palabras clave: Derechos sociales y económicos, democracia, precondiciones materiales, justificación, participación política, protección constitucional.

Abstract

Normative justifications of the constitutional protection of social rights have typically been grounded in theories of social justice, based on an ideal of the just society. However, to my mind this approach to justifying social rights is unsatisfactory. The aim of this article is to ground the constitutional protection of social rights in a democratic perspective. While I do not deny that social justice is a fundamental concern, and that social rights offer an attractive way to defend a more egalitarian distribution in unequal societies, social requirements could nevertheless be primarily justified as material preconditions for the legitimacy of the democratic process.

Keywords: Economic and social rights, democracy, material preconditions, justification, political participation, constitutional protection.

1. Introducción

La protección de las exigencias sociales y económicas puede adoptar diversas formas políticas y jurídicas en un cierto ordenamiento jurídico (meras gracias, políticas públicas, derechos subjetivos), del mismo modo que las exigencias de tipo civil o político. Sin embargo, desde la adopción de los pactos internacionales de derechos humanos en la década de los años 60[1] y, en particular, con la inclusión de las exigencias socioeconómicas en la mayoría de las constituciones de los países latinoamericanos en las últimas décadas, el debate se centró en la posibilidad y relevancia de la operatividad y justiciabilidad de los *derechos* sociales,[2] bregando por su reconocimiento y garantía constitucional a la par de los derechos civiles y políticos.

[1] En 1966 la Asamblea General de la ONU adoptó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

[2] Se utiliza la denominación "derechos sociales" para hacer referencia a los derechos sociales, económicos y culturales por razones de estilo y simplicidad.

Las justificaciones normativas de la protección constitucional de los derechos sociales se han desarrollado extensamente desde entonces, recibiendo en particular la atención de los especialistas en teorías de la justicia social, quienes fundamentan estos derechos dentro de algún ideal de sociedad justa o igualitaria. Sin embargo, esta vía de justificación presenta varios problemas que la tornan insatisfactoria.[3]

Mi objetivo en este trabajo, en cambio, es fundamentar el reconocimiento jurídico y la garantía constitucional de los derechos sociales desde la perspectiva de la democracia. No niego que lo que requiere la justicia social es fundamental y que los derechos sociales presentan un canal atractivo para defender una distribución más igualitaria en nuestras sociedades abiertamente desiguales. Sin embargo, sostendré que las exigencias sociales deben ser primeramente justificadas como precondiciones materiales de la legitimidad democrática de manera distintiva de lo que exige la justicia social.[4]

2. La objeción de ilegitimidad de los derechos sociales constitucionales

¿Es legítimo en una democracia proteger a los derechos sociales a través del control de constitucionalidad? La constitucionalización de los derechos fundamentales en general ha sido criticada de manera prominente por Jeremy Waldron, entre otros, para quien la incorporación de estos derechos en constituciones rígidas muestra una falta de igual respeto hacia las personas en

[3] Véase Leticia Morales, "The Discontent of Social and Economic Rights", *Res Publica*, 2017, pp. 1-16, doi:10.1007/s11158-017-9353-6, para un análisis de los problemas de las principales teorías de la justicia sobre el contenido de los derechos sociales.

[4] Véase Philip Pettit, "Legitimacy and Justice in Republican Perspective", *Current Legal Problems*, vol. 65, 2012, pp. 59-82, sobre la pertinencia de la distinción entre la cuestión de la legitimidad y la cuestión de la justicia.

tanto agentes morales con igual derecho a la participación política.[5] Waldron sostiene que en las sociedades democráticas que funcionan razonablemente bien caracterizadas por las siguientes cuatro condiciones, su argumento nuclear contra el control judicial robusto de constitucionalidad de los derechos sería patente:[6]

1) existen instituciones democráticas funcionando razonablemente bien, que respetan los valores procedimentales de deliberación responsable y de igualdad política, plasmados a través de una legislatura representativa, elecciones políticas periódicas y mecanismos que garantizan el debate en las instituciones políticas y en la sociedad;

2) existen instituciones judiciales que también funcionan bien, de manera razonable, y que tienen la tarea de resolver los conflictos individuales aplicando el derecho;

3) existe un compromiso serio con la idea del respeto a los derechos humanos individuales y de las minorías por parte de la mayoría de la sociedad y, con ese fin, se ha dotado de una declaración de derechos; y

4) existen desacuerdos fundacionales sinceros y razonables sobre el contenido y alcance de esos derechos sobre cuestiones de filosofía política y moral que tienen incidencia en la vida de las personas. La condición cuarta se relaciona de manera especial con la tercera, dado el hecho de que aunque la mayoría de la gente se comprometa con el respeto a los derechos fundamentales, ello no evita que surjan tensiones sobre el alcance real de ese compromiso.[7]

---

[5] Véase Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Law Journa*l, vol. 115, núm. 6, 2006, pp. 1346-1406. Si bien Waldron se refiere a los derechos fundamentales en general, esta objeción, con mayor razón, ha de pensarse respecto de los derechos sociales en particular, dado que la cuestión de la distribución de fondos públicos cobra mayor relevancia. Para un examen más extenso de las objeciones contra la constitucionalización de los derechos fundamentales, véase Leticia Morales, "La constitucionalización de los derechos sociales en la encrucijada entre las exigencias de la democracia y las demandas de la justicia distributiva", *Libertas*, vol. 1, núm. 2, 2014, pp. 30-61.

[6] *Cfr*. J. Waldron, *op. cit.,* p. 1359.

[7] *Ibid.*, pp. 1360-1369.

De tal manera, Waldron se opone al control judicial robusto de constitucionalidad basándose en el hecho de que los desacuerdos razonables sobre derechos (sus asunciones tercera y cuarta) en sociedades cuyas instituciones legislativas y judiciales funcionan razonablemente bien (asunciones primera y segunda), acentuando que los desacuerdos sobre derechos cuentan como una razón que excluye la justificación del control judicial robusto.[8]

Podría cuestionarse en primer lugar esta imagen simplificada de una sociedad liberal actual indicando que el argumento de Waldron funcionaría solamente en un mundo ideal. Sin embargo, Waldron aclara que la sociedad así caracterizada representa una imagen realista,[9] ejemplificada con la cita a las deliberaciones de la *House of Commons* (Reino Unido) sobre la ley de terminación médica del embarazo de 1966.[10] Sociedades como Nueva Zelanda[11] y Estados Unidos, en cambio, serían ejemplos de casos patológicos que quedarían fuera de su argumento central. Si bien podría insistirse contra el ejemplo de una legislatura de 1966 del Reino Unido de Waldron que, actuando en el examen de una ley particular y bajo condiciones extraordinarias de deliberación, sea suficiente para mostrar la plausibilidad de su argumento, no creo que éste sea un punto que valga la pena perseguir.

Pensando ahora la objeción de Waldron aplicada a los derechos sociales ¿hay alguna manera plausible de justificar su protección constitucional y que sea compatible con las demandas de la democracia procedimental? La respuesta es afirmativa, y se encuentra implícita en la primera condición dada por la existencia de un conjunto de propiedades que hacen al funcionamiento razonable de las instituciones democráticas: elecciones políticas periódicas, legislatura

[8] *Idem*, p. 1361.
[9] *Idem*, pp. 1389, 1402.
[10] *Idem*, pp. 1355, 1402.
[11] *Idem*, p: 1361: nota 47, p. 1362: nota 48, pp. 1385-1386.

representativa, respeto por los valores procedimentales de deliberación responsable y de igualdad política, y establecimiento de mecanismos que garantizan el debate en las instituciones políticas y en la sociedad.[12] Lo que propongo entonces es dirigir la atención a esta primera condición y sostener que en ella están comprendidos ciertos derechos sociales fundamentales necesarios para su propia admisión. Es decir, el funcionamiento razonable de las instituciones democráticas presupone el acuerdo de algunos derechos sociales, sobre cuyo establecimiento y garantía la objeción de los desacuerdos fundacionales no los alcanzaría.[13]

¿Por qué es importante la existencia de instituciones democráticas que funcionan bien de manera razonable? En una sociedad organizada mediante un procedimiento democrático de toma de decisiones, no solo importa qué se decide a través del procedimiento, sino quién decide, es decir, quiénes participan en ese procedimiento. Dado que no nos podemos poner de acuerdo sobre la justicia del contenido de lo que se decide (extremo que es asumido por el hecho de los desacuerdos razonables sobre cuestiones relevantes de la vida en sociedad), es fundamental para la legitimidad de ese régimen que todos sus miembros tengan la posibilidad de participar efectivamente en el procedimiento de adopción de sus decisiones.[14] Esas decisiones o resultados colectivos son el producto de elecciones interdependientes de quienes participan en el procedimiento político. Por supuesto, no es posible asegurarle a nadie que sus preferencias sobre la distribución de los recursos públicos se verán reflejados en las decisiones democráticas que se obtendrán como resultado (los denominados *outputs*). En cambio, un procedimiento democrático puede estructurarse de manera de

[12] *Idem*, p. 1361.

[13] Volveré sobre la cuestión de los desacuerdos más adelante.

[14] Se destaca la importancia de la participación política efectiva, no solo formal. Esto es, el derecho de participación política comprende un conjunto amplio de actividades que se dirigen a la formación y expresión pública de opiniones e intereses sobre cómo se ha de desarrollar la vida política de una sociedad. Véase L. Morales, *op. cit.*, pp. 276-282.

garantizar oportunidades efectivas a todas las personas, en tanto participantes políticos, de incluir sus preferencias, intereses o puntos de vista acerca de la justicia social (los denominados *inputs*).

Así, la legitimidad de la democracia se deriva en parte de la premisa básica de que todos tienen la posibilidad de participar en el procedimiento como sujetos políticos. De ello no se sigue que todos los ciudadanos deban ser tratados igual en los aspectos no políticos de la vida en sociedad. Puede haber otros argumentos que justifiquen un criterio de igualdad más extenso en las esferas sociales y económicas, pero ello no se derivaría de la justificación de la democracia procedimental.

Sin embargo, en un procedimiento democrático, la participación política efectiva requiere que, cuando se adopte una decisión colectiva sobre una cuestión socioeconómica determinada, las personas no basen su elección en factores externos y extraños.[15] La manera de asegurarlo es protegerlas frente a ciertas formas de interferencia.[16] Éstas pueden ser de distinto tipo, pero me interesa destacar dos formas de conducta que podrían tener una influencia negativa en la contribución individual al procedimiento. Por un lado, una forma de interferencia indirecta con la elección política se presenta a través de amenazas de daño en contextos no políticos. Por el otro lado, un tipo de censura impuesta por el mismo individuo como reacción negativa anticipada de otros participantes a las propias elecciones políticas.

Para comprender porqué ciertos individuos creerían que otros impondrán determinados costos sobre ellos si escogen ciertas elecciones políticas, es útil

[15] Véase especialmente en este sentido Philip Pettit, *On the People's Terms. A Republican Philosophy of Democracy,* Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

[16] *Cfr.* Jack Knight y James Johnson, *The Priority of Democracy. Political Consequences of Pragmatism*. Princeton University Press, Nueva York, 2011, p. 226.

recurrir a la idea de las asimetrías en la distribución de poder y en la distribución de recursos que existe en las esferas no políticas de la vida social. La idea subyacente es que, para asegurar una participación política voluntaria y libre (no coaccionada), hace falta neutralizar el efecto causal en el foro político de esas asimetrías no políticas. De allí que la participación política efectiva permite justificar arreglos institucionales que, por un lado, tiendan a garantizar que todas las personas tengan los recursos materiales necesarios, y por el otro, se dirijan a limitar a aquellos individuos que podrían tratar de aprovechar una asimetría ventajosa con el fin de ejercer coacción sobre los participantes vulnerables.[17]

3. Las precondiciones materiales y el contenido del primer nivel de los derechos sociales

Las precondiciones de un procedimiento democrático legítimo son aquellos bienes o derechos que deben garantizarse como condiciones de posibilidad de la participación política efectiva de todas las personas en dicho procedimiento, disminuyendo o evitando las interferencias antes mencionadas. Esta tesis normativa ha sido sostenida, entre otros, por Carlos Nino con relación a las precondiciones de una democracia deliberativa.[18] En términos generales significa que si se valora mínimamente un procedimiento democrático, entonces deben resguardarse ciertas precondiciones para que dicho procedimiento sea legítimo respecto de todos los miembros del grupo. Tales precondiciones pueden ser de distinto tipo, pero me interesa centrarme en las que denomino aquí *precondiciones materiales.* Estas son las exigencias de contenido socio-económico justificadas por el propio procedimiento democrático y componen el primer nivel de los derechos sociales.

[17] *Idem*, p. 227.

[18] Véase Carlos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 192. Nino argumenta en favor de una concepción deliberativa de la democracia que requiere, entre otros valores, una noción de igualdad política sustancial, por lo que el conjunto de precondiciones y el alcance que reivindica es más extenso.

Defender la justificación de la satisfacción jurídica del primer nivel de los derechos sociales en la importancia de la participación política, significa asociar la necesidad de garantizar ciertas precondiciones materiales con la posibilidad de participar *efectivamente* en el procedimiento. Lo contrario supone que solo tendríamos un concepto de participación política formal, demasiado empobrecido para que tenga algún valor. Ahora bien, ¿cómo se justifica la afirmación de que la posibilidad de participación política efectiva exige la satisfacción de ciertos derechos sociales, y de qué tipo de asociación se trata?

El argumento democrático a favor del reconocimiento y protección de las precondiciones materiales del procedimiento, en tanto contenido de los derechos sociales, se centra en la existencia de una interrelación empírica entre derechos fundamentales (civiles, políticos y sociales). Desde un punto de vista empírico es plausible sostener que las personas que no tienen satisfechas ciertas condiciones materiales, probablemente tienen menos capacidad de participar en el foro político, ya sea en la deliberación, en el uso de su derecho a voto, o en el derecho a presentarse como candidatas a cargos públicos.

No significa que la capacidad de participar como miembro político de la sociedad es condición para el disfrute de un tipo de bienestar social y económico, sino que el argumento transcurre en la otra dirección. Para gozar de la capacidad de participar políticamente, los derechos sociales deben estar garantizados respecto de todas las personas. Tampoco significa, como algunos teóricos políticos sostuvieron históricamente, que la constatación de la falta de recursos materiales pueda ser valorada como un criterio arbitrario para excluir la participación política de individuos y grupos desaventajados. En las sociedades contemporáneas se acuerda que en una democracia todos los ciudadanos tienen derecho a la participación política y no pueden quedar excluidos por razones de raza, género o estatus socioeconómico.

Entonces, para que la participación política funcione como garantía de la legitimidad democrática requiere algo más que su reconocimiento formal. Ese algo más consiste, en parte, en el aseguramiento de ciertos derechos sociales.

¿Cuáles derechos sociales? ¿Con qué alcance? ¿Cómo establecemos, en concreto, cuáles son las precondiciones materiales que son requeridas como derechos sociales para la participación democrática? ¿Cómo mostramos la existencia de la conexión empírica entre ciertos derechos sociales y el ejercicio del derecho político a la participación?

Para identificar cuáles son las precondiciones materiales que deben garantizarse en orden a posibilitar la participación de todos en el procedimiento democrático, podemos recurrir a un conjunto de mecanismos que cumplan con una doble función. De un lado, esos mecanismos deben ayudar a la identificación de lo que cuenta como propiedades generales de las precondiciones en una sociedad democrática, de manera de hacer efectiva la posibilidad de participar en el procedimiento mediante el cual se adoptan las decisiones sobre cómo ha de desarrollarse la sociedad. Del otro lado, es deseable que provean con un sistema de determinación de lo que cuenta como precondiciones materiales del procedimiento democrático; es decir, qué derechos sociales en particular satisfacen esas propiedades o test general de aplicabilidad, con independencia de las limitaciones particulares socioeconómicas de cada sociedad, o de consideraciones de otra índole.

Este vínculo empírico se refiere a la necesidad de que cada ciudadano tenga las capacidades y herramientas cognitivas individuales para articular y defender de manera persuasiva sus puntos de vista (intereses, preferencias, opiniones); éstas son relevantes no solo para exteriorizar su propia opinión sino también para la habilidad de deliberar en el foro político e influir sobre otros para que apoyen aquellos resultados que favorece. Así, es importante reconocer que la participación

política efectiva tiene muchas dimensiones.[19] Con respecto a la dimensión de las capacidades individuales, debemos emprender análisis específicos de los efectos relativos de las diferentes capacidades políticamente relevantes. ¿Qué tipos de capacidades son relevantes para la deliberación democrática y por lo tanto para una concepción de la participación política que incluya a todos?

Entre las capacidades relevantes para participar en el procedimiento político, suelen mencionarse: *i)* las capacidades y herramientas cognitivas básicas; *ii)* la capacidad para articular preferencias auténticas o autónomas (evitando situaciones donde se generen preferencias "adaptativas");[20] y *iii)* la capacidad para utilizar recursos culturales de manera efectiva.[21]

La evaluación de las posibles propuestas relativas a la determinación e implementación de una capacidad individual debería estar guiada por el modo en que facilita oportunidades individuales de influir en los resultados políticos colectivos. Un primer mecanismo, y potencialmente el más importante, se refiere a la relación causal entre recursos materiales y capacidades cognitivas.

El derecho social a la educación como precondición de la participación democrática es, posiblemente, el supuesto más intuitivo y robusto. Las capacidades cognitivas que se desarrollan como consecuencia del goce del derecho a la educación es un caso distintivo que permite mostrar supuestos en los que la necesidad de su establecimiento y protección como precondición material de la participación política efectiva es patente o manifiesta.[22]

---

[19] Véase Lorenzo Cicatiello, Salvatore Ercolano, y Giuseppe Lucio Gaeta, "Income Distribution and Political Participation: A Multilevel Analysis", *Empirica*, vol. 42, 2015, pp. 447-479.

[20] *Cfr.* J. Knight y J. Johnson, *op. cit.*, pp. 239-243.

[21] *Cfr.* Thomas Christiano, *The Rule of the Many. Fundamental Issues in Democratic Theory,* Westview Press, Oxford, 1996, p. 255.

[22] Véase Mark Bovens y Anchrit Wille, "The Education Gap in Participation and Its Political Consequences", *Acta Politica*, vol. 45, 2010, pp. 393-422; Joe Soss, "Making Clients and Citizens: Welfare Policy as a Source of Status, Belief, and Action", en Schneider, Anne L. y Helen M. Ingram (eds.), *Deserving and Entitled. Social*

Otros derechos sociales también se relacionan con las capacidades cognitivas, pero su fundamentación como precondiciones de la democracia es sensiblemente diferente al derecho a la educación. La prueba empírica de que los derechos sociales al cuidado médico o a una vivienda digna (incluido alimento y abrigo) constituyen precondiciones materiales de la participación política, no es tan directa o evidente. Existe evidencia científica, no obstante, que demuestra que el desarrollo intelectual es significativamente afectado por la pobreza en la niñez y especialmente por niveles relativamente bajos de malnutrición.[23] Los efectos dramáticos de la pobreza y la malnutrición sobre el desarrollo cognitivo aparecen en los primeros años de la niñez, pero sus efectos se mantienen más allá de la infancia. Las principales implicaciones de esos estudios para el punto que quiero mostrar aquí es que el desarrollo de las capacidades cognitivas necesarias para la participación política efectiva requiere la intervención estatal. La obligación del Estado en la provisión de recursos se justifica, según Knight y Johnson, en tanto remedio para un problema fundamental que consiste en que los ciudadanos han de poseer un cierto nivel de ingreso y recursos si han de desarrollar las capacidades cognitivas necesarias para ser participantes efectivos en el foro político.[24]

Por lo tanto, en los casos de otros derechos sociales contamos con una correlación estadística robusta que apunta a demostrar que la falta de su satisfacción (esto es, la carencia de una atención médica primaria o la falta de alimentos o vivienda) disminuye o anula las posibilidades de ciertos individuos de participar de forma efectiva en el procedimiento democrático.

Constructions and Public Policy, State University of New York Press, Nueva York, 2005, pp. 291-328; Sara K. Bruch, Myra Ferree y Joe Soss, "From Policy to Polity: Democracy, Paternalism, and the Incorporation of Disadvantaged Citizens", *American Sociological Review*, vol. 75, núm. 2, 2010, pp. 205-226; Stephen C. Rowe, "Liberal Education: Cornerstone of Democracy", *American Journal of Economics and Sociology*, vol. 76, núm. 3, 2017, pp. 579-617.

[23] Véase Angus Deaton, *The Great Escape: Health, Wealth, and the Origins of Inequality*, Princeton, Princeton University Press, 2015. [Hay edición en español: *El gran escape,* FCE, México, 2015].

[24] Véase Knight y Johnson, *op. cit.*

Las evidencias científicas son importantes para fortalecer el caso a favor de los derechos sociales a la salud y a una vivienda como precondiciones de la democracia, aunque es claro que no son concluyentes. Los análisis estadísticos sirven para generar pruebas tendientes a demostrar que las personas más desaventajadas son las que con mayor probabilidad carecen de las capacidades para actuar en los distintos canales de participación política a la hora de generar los resultados políticos colectivos.

No deberíamos distraernos requiriendo pruebas demasiado exigentes para demostrar el vínculo empírico entre la falta de satisfacción de los derechos sociales y la disminución o ausencia de capacidades que repercuten en la falta de participación política. Lo que nos ha de guiar es el acuerdo básico de que la democracia tiene valor como procedimiento de toma de decisiones colectivas en tanto mecanismo que posibilita la participación de todos. Lo que debemos debatir es cómo incluimos a todos en ese procedimiento dotándolos de las oportunidades para participar efectivamente (reconociendo la falibilidad de la ciencia social, pero utilizando principios democráticos como guía para establecer las precondiciones materiales). De ahí que he tratado de mostrar la utilidad de aproximarnos a los datos con una visión pragmática.

La tesis empírica para demostrar que la carencia material es causa de la disminución de oportunidades de participación efectiva en el procedimiento democrático no está exenta de críticas. En primer lugar, se ha sostenido que la posición que defiende la interdependencia instrumental de los derechos fundamentales no da cuenta de lo que realmente está en juego cuando se piensa en la exigencia de satisfacer las necesidades materiales de la gente. Por ejemplo, Fabre observa que justificar así los derechos sociales implica no advertir que hay algo muy importante que debería ser considerado como la razón para la asignación de esos derechos: "es la necesidad y su efecto sobre el necesitado lo que nos preocupa, no si el necesitado es capaz de participar en el proceso político".[25]

[25] Cécile Fabre, *Social Rights under the Constitution,* Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 122.

Una crítica de este tipo es irrelevante para la tesis que aquí se defiende. Porque desde una defensa de las precondiciones materiales del procedimiento democrático, no se pretende sostener que la exigencia de satisfacción de las precondiciones materiales para la participación política es más importante que la exigencia de satisfacción de necesidades requeridas para la obtención de algún otro fin valioso, que es más importante que la posibilidad de ejercitar otras capacidades en las esferas no políticas de la vida social, o que es lo único que importa. Sostener la relevancia de los derechos sociales para el ejercicio efectivo del derecho de participación política no implica negar que hay otras exigencias muy importantes que también exigen protección. La relevancia de asegurar lo primero radica en el hecho de que lo contrario significa habitar en una sociedad en la que las decisiones son sistemáticamente adoptadas con exclusión de parte de sus miembros –a quienes les son impuestas de todos modos–.[26] Nadie debería quedar excluido porque no tiene, por ejemplo, qué comer, o un techo bajo el cual cobijarse, o no cuenta con atención médica en caso de enfermarse. Si ello ocurre de manera sistemática respecto de ciertos individuos, las instituciones sociales y políticas del Estado no los tratan como al resto, como sujetos políticos.

En segundo lugar, se afirma que esta tesis asume injustificadamente que de la falta de voto se seguiría que los individuos no son capaces de participar en el foro político. No obstante, Fabre sostiene que

> cuando jóvenes enojados organizan demostraciones (a veces violentas), cuando los campesinos decepcionados saquean ciudades y cortan rutas, ellos expresan su insatisfacción con el sistema, ellos participan en el sistema, y muestran que serían capaces de usar los canales legales de participación –a través del voto– si quisieran hacerlo.[27]

[26] Véase Thomas Christiano, *The Constitution of Equality. Democratic Authority and its Limits*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

[27] C. Fabre, *op. cit.*, p. 125.

Es difícil ver cómo se sigue de la exteriorización del descontento (aún por vías violentas), respecto del sistema político, el hecho de que esos individuos están incluidos en el procedimiento de participación política, y que se excluyen voluntariamente de usar los canales 'legales' para la participación política. Hay algunas variables que deberían considerarse que debilitan el alcance de esa conclusión. Por ejemplo, cuál es la respuesta institucional y jurídica a una demostración violenta (porque si se entiende que están ejerciendo su derecho a participar políticamente, cómo se explica que en la mayoría de los países los manifestantes sean criminalizados); qué grado de representatividad pueden alcanzar esos manifestantes a la hora de votar (el tipo de sistema electoral); cuáles son los diferentes motivos por los que se puede llevar a cabo una actividad pública de forma violenta, etc.[28] Los cortes de ruta y las manifestaciones violentas (como el saqueo de comercios o los cortes de rutas absolutos) muchas veces tienen el objeto de denunciar la ilegitimidad de un sistema político que excluye sistemáticamente a un grupo de personas de la participación a través de los canales legales de los asuntos de la sociedad, a las cuales las instituciones sociales y políticas desatienden e ignoran y cuya situación es consecuencia de decisiones políticas que los llevaron por debajo del umbral de las precondiciones materiales (y de las amenazas implícitas del resto de la sociedad, cuando no de la total indiferencia).[29]

En tercer lugar, podría cuestionarse que no es plausible sostener la existencia de precondiciones porque, respecto de éstas, también existen desacuerdos sobre su contenido. La respuesta a esta objeción viene dada por la distinción entre dos tipos de desacuerdos. Existen diversos tipos de desacuerdos en nuestras sociedades. Gran parte de la atención se ha centrado en los desacuerdos fundacionales o sustantivos, aquellos que existen respecto de principios o valores morales,

[28] Véase J. Soss, *op. cit.*; M. Bovens y A. Wille, *op. cit.*; S.K. Bruch, M. Ferree y J. Soss, *op. cit.*

[29] Véase Roberto Gargarella, "A Dialogue on Law and Social Protest", en Sajó András (ed.), *Free to Protest. Constituent Power and Street Demonstration,* Eleven International Publishing, Países Bajos, 2008, pp. 61-86.

políticos, religiosos y filosóficos fundamentales; por ejemplo, la permisión o prohibición de la eutanasia, el aborto, o la pena de muerte. Dado el hecho del pluralismo de valores en nuestras sociedades, estos desacuerdos fundacionales son persistentes e irresolubles. Existen también desacuerdos operativos o fácticos respecto de las creencias sobre la implementación práctica de cuestiones sobre las que existiría un consenso mínimo. Estos desacuerdos pueden ser corregidos o resueltos mediante el acceso a la información necesaria o a través de estudios empíricos, experimentos, etcétera.[30] Cuando se afirma que no hay acuerdo sobre las precondiciones, ello no refiere al mismo tipo de desacuerdos que existe respecto de los valores subyacentes a las concepciones de la justicia, los desacuerdos fundacionales. Se trata en cambio de desacuerdos sobre los que habría un consenso de mínimos: el valor de la participación de todos para la legitimidad del procedimiento democrático. Esto es, mas allá de este acuerdo general (básico), hay lugar para desacuerdos sobre la forma y el contenido precisos del procedimiento democrático, que son desacuerdos operativos sobre la implementación práctica del procedimiento.

Más allá de las precondiciones materiales que conforman el contenido del primer nivel de los derechos sociales, existen exigencias socioeconómicas que conforman el segundo nivel de los derechos sociales. El contenido del segundo nivel entonces está dado por el compromiso con la satisfacción de los derechos sociales de todas las personas como exigencias de la justicia social. Incluye también la posibilidad de que la extensión de estas exigencias estén sujetas a

[30] Véase L. Morales, *op. cit.,* p. 184. Por ejemplo, imagínese una política estatal tendiente a adoptar un sistema público de salud en cierta comunidad. Podría surgir un desacuerdo entre los que están a favor de esa política porque realiza el valor de solidaridad, y quienes están en contra porque viola los derechos de libertad. Por otra parte, algunos podrían sostener que la política en cuestión repercutirá negativamente en los puestos de trabajo, y otros podrían creer que incrementará el número de personas empleadas. Mientras que en el primer caso se desacuerda sobre los valores que debería encarnar una política estatal, en el segundo, los desacuerdos son sobre creencias acerca de qué consecuencias se seguirán de esa política en el mercado laboral, no obstante podrían coincidir en rechazar políticas que reducen los empleos.

desacuerdos fundacionales respecto de cuál es la mejor teoría de la justicia social que debe regular la distribución de los recursos en esa sociedad.

La distinción entre el primero y segundo nivel de los derechos sociales puede ser concebida como una línea móvil dentro de un continuo en la satisfacción de las exigencias sociales, a modo de umbral revisable según se determine el impacto del incremento de una propiedad en la promoción de la participación política efectiva. Esto es, dónde establecer la separación entre uno y otro nivel dependerá de hasta dónde el contenido de cierto derecho social podría ser señalado como precondición material.[31]

Me refiero a un umbral en el que la línea de distinción podría moverse y no a una línea rígida para distinguir los dos niveles, porque una línea semejante no sería deseable. Y esto porque lo que se necesita es cierta flexibilidad para determinar el contenido de las precondiciones materiales en una cierta sociedad y en un momento determinado. Así, podría moverse la línea modificando el contenido requerido, por ejemplo, según el grado de desarrollo democrático de una sociedad, ciertas circunstancias contextuales justificadas o la evolución de medios tecnológicos.

Podemos ilustrar esta aproximación con el ejemplo del derecho a la educación. El caso de la provisión estatal de instrucción básica para todos es un supuesto claro que cae dentro del contenido del primer nivel. En cambio, una red de programas de doctorado provista por el Estado para todos sus miembros, sería materia del segundo nivel del derecho social a la educación. Ahora bien, ¿dónde ubicamos otros supuestos como la exigencia de provisión estatal de educación

[31] En un sentido similar, Carlos S. Nino propuso la existencia de un umbral en relación con la distribución de derechos *a priori* (aquellos requisitos del procedimiento democrático). Para Nino, el umbral debería servir como la base desde la que "el proceso democrático puede corregirse y mejorarse" (C. S. Nino, *op. cit.*, p. 276). Asimismo, para Nino "no existe ninguna fórmula exacta acerca de dónde ubicar ese umbral", *idem*.

universitaria o de la enseñanza de un segundo idioma, por caso? Estos supuestos se ubicarían en la zona intermedia o umbral.

4. El sistema mixto de protección de los derechos sociales

La distinción entre dos niveles de derechos sociales permite justificar un modelo de protección mixto de estos derechos que dé cuenta de la diversidad y complejidad de las cuestiones involucradas.[32]

El primer nivel de los derechos sociales, en tanto precondiciones materiales del procedimiento democrático, puede ser protegido por un control judicial robusto de constitucionalidad o algún mecanismo externo similar. Bajo este tipo de protección, los Jueces constitucionales tienen la facultad de controlar, con carácter final, que las leyes que dicta el órgano legislativo no violen dichas precondiciones. El carácter final o último de las decisiones judiciales sobrepasa la idea del mero control judicial de la legislación, introduciendo la nota de supremacía del Poder Judicial sobre la validez de las leyes promulgadas por el órgano legislativo o los actos administrativos del gobierno. El rasgo de la supremacía judicial es el que define el modelo robusto de protección constitucional de los derechos sociales.[33] Este modelo cuenta con un amplio apoyo de los partidarios del constitucionalismo jurídico respecto de los derechos sociales.

Por el contrario, el modelo robusto genera fuertes reticencias desde las concepciones favorecidas por los constitucionalistas políticos. Sin embargo, como he defendido antes, la propia noción de participación política y respeto por los

[32] Véase Juan Antonio Cruz Parcero, "Los derechos sociales y sus garantías. Un esquema para repensar la justiciabilidad", en Javier Espinosa de los Monteros y Jorge Ordoñez (coord.), *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, Tirant Lo Blanch, México, 2003, pp. 61-89.

[33] Véase L. Morales, *op. cit.*, pp. 173-175.

individuos presupone la garantía del primer nivel de derechos sociales en tanto precondiciones necesarias (aunque no suficientes) de la participación política de todos.

Ahora bien, ¿de qué manera podrían los Jueces contribuir a esta noción de participación en el procedimiento político de toma de decisiones colectivas en relación con los derechos sociales sin que ello signifique una intromisión injustificada en la esfera de decisión del órgano legislativo?

En nuestras sociedades, los mecanismos democráticos no siempre posibilitan la inclusión de todos los miembros en el procedimiento de toma de decisiones. Muchas veces, no necesariamente porque quienes detentan el poder político sean malvados egoístas o corruptos, algunas personas o grupos de personas quedan fuera del procedimiento. O puede ser que sean ignoradas por las mayorías, ya sea por prejuicio, o porque quienes están excluidos son individuos dispersos, incapaces de organizarse de manera de obtener peso electoral. En otras palabras, en las sociedades democráticas actuales existe la posibilidad de la existencia de mayorías dominantes en el foro político, mientras que algunas personas o grupos con intereses comunes se encuentren constante y sistemáticamente en minoría desventajosa y vulnerable.[34]

Entonces, dada la posibilidad de que las decisiones adoptadas por mayoría en el procedimiento democrático estén sujetas a errores lógicos y fácticos, falta de información o prejuicios, y otros problemas que disminuyen la posibilidad de participación de algunos, el control judicial de las leyes es un mecanismo, entre otros, que puede posibilitar la inclusión de esos individuos en los mecanismos políticos de participación. De esta manera los Jueces pueden contribuir a examinar cómo está funcionando el procedimiento de toma de decisiones y hacer

[34] Para un examen de la noción de minorías persistentes, *cfr.* T. Christiano, *op. cit.*, p. 289.

visibles sus fallas. La presentación de numerosos reclamos respecto de la insatisfacción del primer nivel de derechos sociales, dada la fuerte conexión de estos con la participación política, podría ser un indicio de que el procedimiento democrático está funcionando de manera parcial y arbitraria, y, en consecuencia, que su legitimidad está disminuida, o según el número y la intensidad de reclamos, es inexistente.

Ahora bien, los Jueces disponen de un conjunto de herramientas procedimentales para el resguardo de los derechos sociales que varían según sean los tipos de control que ejercen. Si se trata de un sistema de justicia constitucional como el de la mayoría de los países latinoamericanos caracterizado por un control difuso, efectos para el caso concreto y con carácter robusto, los Jueces pueden declarar la violación del primer nivel de los derechos sociales y delegar la solución particular a los legisladores; o pueden establecer que tal violación debe ser reparada en un cierto periodo de tiempo, dejando al legislador que decida el remedio que se ha de adoptar; o pueden ofrecer al legislador un conjunto de remedios alternativos, relegando a la autoridad legislativa la decisión sobre cuál de ellos elegir; o bien, pueden, además de declarar la violación del primer nivel de los derechos sociales (o del primer nivel de uno de ellos en particular), ordenar la reparación, incluyendo el tipo de remedio a emplear, e incluso el periodo de tiempo para ello.[35]

Se podría insistir en que los desacuerdos fundacionales también afectan este primer nivel de los derechos sociales a la luz de casos concretos y que, como consecuencia, la Corte Constitucional terminaría imponiendo su voluntad. Según Richard Bellamy, esto generaría el peligro de que las decisiones judiciales fueran

[35] Véase L. Morales, *op. cit.*, pp. 130-131, para una referencia a las varias formas en que los tribunales constitucionales pueden ejercer un control de constitucionalidad robusto de los derechos sociales.

percibidas como arbitrarias a los ojos del público, "como simplemente los puntos de vista adoptados por unos cuantos individuos desde los estrados".[36]

Es cierto que podrían presentarse desacuerdos en el primer nivel de los derechos sociales a la hora de la decisión con respecto a un caso concreto, pero es conveniente recordar que estos serían de tipo operativo. En estos supuestos, el control judicial robusto se justifica como un mecanismo institucional externo de verificación de la satisfacción de las precondiciones materiales. Así, no se trata de que los Jueces elaboran una concepción de los derechos sociales objetivamente correcta como cuestión moral. La concepción de los derechos sociales como precondiciones de la democracia es requerida por el propio procedimiento, y a través de éste, es que se establece y determina el primer nivel de los derechos sociales. Los Jueces pueden actuar legítimamente asegurando que este nivel se garantice a todos, y con este alcance, el valor del procedimiento democrático se incrementa.

Los mecanismos democráticos para determinar las precondiciones materiales no son tan exactos como para marcar una línea estricta que divida un nivel del otro y pueden aparecer casos problemáticos. En otras palabras, es posible que aparezcan problemas acerca de si cierta cuestión forma parte o no de las precondiciones porque, por un lado, pueden existir dudas sobre si corresponde ubicar una cuestión como parte de las precondiciones materiales o no (problema normativo de indeterminación). Por otro lado, las dificultades pueden presentarte cuando una persona considera que cierta cuestión debe ubicarse en el primer nivel y otra sostiene que se la debe ubicar en el segundo (problema normativo de desacuerdos).

[36] Richard Bellamy, "Rights as Democracy", *Critical Review of Social and Political Philosophy*, vol. 15, núm. 4, 2012, p. 466.

Para los desacuerdos que surjan sobre el alcance del primer nivel (es decir, si estamos o no en la zona del umbral), se justifica un control de diferente alcance, como alguna variante de control judicial débil que incorpore la idea de diálogo institucional entre el órgano legislativo y el tribunal de control.[37]

Por lo tanto, no es el caso que los derechos sociales deban ser removidos del proceso político con un sistema de control judicial robusto. El contenido de los derechos sociales puede ser diseñado a través de los mecanismos democráticos que los determinan en tanto precondiciones materiales del procedimiento democrático. A la vez, los Jueces constitucionales intervienen legítimamente como salvaguardas contra las deficiencias del procedimiento, protegiendo la satisfacción de ese contenido y garantizando a quienes están excluidos de su disfrute, una vía alternativa de reclamo.

Quien favorece una posición de los derechos sociales constitucionales más extensa podría objetar, en primer lugar, que la protección constitucional del primer nivel no es lo suficientemente relevante como para sostener la justicia de una sociedad, y en segundo lugar, que dicha justificación democrática para los derechos sociales constitucionales es sumamente débil.

Respecto a la primera cuestión, es cierto que el modelo mixto que propugna la protección constitucional robusta del primer nivel de los derechos sociales no basta para sostener la justicia de tal sociedad. Pero tampoco es ese el objetivo, ni debería serlo. Ello significa que una sociedad democrática, entre cuyos arreglos institucionales se protege constitucionalmente solo el primer nivel de los derechos sociales, podría ser considerada injusta bajo ciertas concepciones de la justicia social. Pero también se podría sostener razonadamente que es injusta una sociedad que protege constitucionalmente unos derechos sociales más

[37] Véase Roberto Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI, México, 2014.

extensos, ya sea porque desde una concepción de la justicia alternativa no se acuerda con esa extensión, o bien porque al momento de hacerlos efectivos a través del control de constitucionalidad, los Jueces también desacuerdan sobre cuál debería ser el alcance y como resultado, cinco Magistrados terminan imponiendo su concepción de la justicia sobre el cuerpo político. Lo que permite la garantía del primer nivel es que todos tengan la posibilidad de participar en el procedimiento democrático mediante el cuál se ha de decidir los lineamientos de la justicia social.

En cuanto a la objeción de la debilidad de una justificación democrática de los derechos sociales como precondiciones materiales, creo, es equivocada. En las democracias plurales contemporáneas, un procedimiento de toma de decisiones que incorpore mecanismos externos para controlar la inclusión de todos sus miembros es la base necesaria para debatir sobre la justicia social. Ello no significa que no existan otros valores fundamentales, pero su deliberación requiere la inclusión de todos.

El establecimiento y la protección del segundo nivel de los derechos sociales, aquellos de fundamental importancia para los individuos pero sobre cuyo contenido tenemos desacuerdos razonables, deben quedar en el ámbito de la deliberación y decisión por parte del cuerpo político. Hay escasas probabilidades de resolver estas cuestiones por vía de la referencia a un acuerdo colectivo sobre la *correcta* interpretación de los derechos sociales como exigencias de la justicia social. Con respecto a este segundo nivel, el tribunal constitucional no debería intervenir sino para controlar las cuestiones formales procedimentales de protección de los derechos (por ejemplo, del derecho al igual tratamiento). Debería abstenerse, en cambio, de intervenir en el control de la justicia del contenido de los derechos sociales en este segundo nivel porque carecería de legitimidad para imponer su interpretación sobre las decisiones adoptadas por el órgano legislativo en cuestiones de justicia social.

Es necesario reiterar con énfasis que la satisfacción de este segundo nivel de los derechos sociales es muy importante para la persecución de una sociedad justa. Que el tribunal constitucional no tenga legitimidad para controlar este nivel no significa que quede vacío de contenido o que carezca de mecanismos de protección. El procedimiento de toma de decisiones respecto del segundo nivel de los derechos sociales debe contener fuertes salvaguardas en su interior, de manera que los legisladores actúen consecuentemente con la concepción de justicia apoyada por la mayoría de los miembros de la sociedad. Por lo tanto, este segundo nivel estará protegido de manera adecuada si los controles políticos institucionales funcionan de manera aceptable.

El modelo de protección mixto de los derechos sociales que propongo, por lo tanto, incorpora para el resguardo de los derechos sociales, propiedades del sistema de control de constitucionalidad robusto, de alguna variante del sistema de control constitucional débil, y de la protección legislativa en un modo que es a la vez legítimo (en el sentido de velar por la inclusión de todos en el procedimiento de toma de decisiones), y sensible a las preocupaciones sobre la falta de competencia de los Jueces y de su excesiva intervención en el ámbito de decisión legislativo sobre la justicia social.

El sistema mixto de protección de los derechos sociales podría considerarse demasiado complejo para llevarlo a la práctica. Lo cierto es que la cuestión de la determinación del contenido de los derechos sociales y de su protección es compleja. No se avanza en la discusión desconociendo esta realidad u oscureciéndola tras una polémica centrada en un único sistema de protección de los derechos sociales.

5. Conclusiones

La distinción entre dos niveles de derechos sociales (el primer nivel como precondiciones materiales del procedimiento democrático, y el segundo nivel como

exigencias de la justicia social) es una cuestión fundamental que ha sido ignorada en la literatura sobre los derechos sociales. De manera habitual, los filósofos políticos y teóricos del derecho discuten sobre nociones de derechos sociales con diferente alcance, mayormente como reflejos de sus particulares concepciones de la justicia. Quienes abogan por los derechos sociales con un contenido mínimo descartan la posibilidad de que se justifique reclamar otras exigencias de mayor alcance. En esta línea, los teóricos suelen sostener que el contenido de los derechos sociales está dado únicamente por las exigencias de satisfacción de necesidades biológicas, urgentes y perentorias, y en ello agotan tal noción, como si nada más debiera exigirse desde la perspectiva de la justicia social. Del otro lado, quienes sostienen una visión más extensa de los derechos sociales con frecuencia subestiman la importancia de argumentar por la garantía de un alcance más básico de estos derechos.

En uno y en otro tipo de enfoque se omite prestar atención al lugar que ocupa la legitimidad del procedimiento para la determinación del contenido de los derechos sociales, el papel que desempeña un procedimiento democrático legítimo para el respeto a la dignidad de las personas, y la posibilidad de estructurar un contenido de justicia social de los derechos sociales a partir de asegurar las condiciones (institucionales y materiales) de todos los miembros de la sociedad. La distinción de niveles permitiría deslindar la provisión de recursos en tanto exigencias de la legitimidad, de las prestaciones que deberían garantizarse como exigencias de la justicia social.

El argumento democrático, por lo tanto, resuelve dos cuestiones comprometidas de manera simultánea: ofrece un argumento para justificar la identificación de las precondiciones materiales que deberían quedar incluidas como contenido del primer nivel de los derechos sociales (distinguiendo estas, de aquellas consideraciones de justicia social que formarían parte del segundo nivel); y ofrece una buena razón para afirmar que los derechos sociales son fundamentales y su establecimiento jurídico y protección constitucional están justificados en las sociedades democráticas contemporáneas.

Referencias

BELLAMY, Richard, "Rights as Democracy", C*ritical Review of Social and Political Philosophy*, vol. 15, núm. 4, 2012, pp. 449-471.

BOVENS, Mark y WILLE, Anchrit, "The Education Gap in Participation and Its Political Consequences", *Acta Politica*, 2010, vol. 45, pp. 393-422.

BRUCH Sara K., FERREE, Myra y SOSS, Joe, "From Policy to Polity: Democracy, Paternalism, and the Incorporation of Disadvantaged Citizens", *American Sociological Review*, vol. 75, núm. 2, 2010, pp. 205-226.

CHRISTIANO, Thomas, *The Rule of the Many. Fundamental Issues in Democratic Theory,* Westview Press, Oxford, 1996.

_____, *The Constitution of Equality. Democratic Authority and its Limits*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

CICATIELLO, Lorenzo, ERCOLANO, Salvatore y GAETA, Giuseppe Lucio, "Income Distribution and Political Participation: A Multilevel Analysis", *Empirica*, vol. 42, 2015, pp. 447-479.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, "Los derechos sociales y sus garantías: Un esquema para repensar la justiciabilidad", en Javier ESPINOSA DE LOS MONTEROS y Jorge ORDOÑEZ (coord.), *Los derechos sociales en el estado constitucional*, Tirant Lo Blanch, México, 2003, pp. 61-89.

DEATON, Angus, *The Great Escape: Health, Wealth, and the Origins of Inequality*, Princeton, Princeton University Press, 2015. [Hay edición en español: El gran escape, FCE, México, 2015].

FABRE, Cécile, *Social Rights under the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

GARGARELLA, Roberto, "A Dialogue on Law and Social Protest", en András SAJÓ (ed.), *Free to Protest. Constituent Power and Street Demonstration*, Eleven International Publishing, Países Bajos, 2008, pp. 61-86.

GARGARELLA, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI, México, 2014.

KNIGHT, Jack y JOHNSON, James, *The Priority of Democracy. Political Consequences of Pragmatism,* Princeton University Press, Nueva York, 2011.

MORALES, Leticia, "La constitucionalización de los derechos sociales en la encrucijada entre las exigencias de la democracia y las demandas de la justicia distributiva", *Libertas*, vol. 1, núm. 2, 2014, pp. 30-61.

_____, *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

_____, "The Discontent of Social and Economic Rights", *Res Publica*, 2017, DOI:10.1007/s11158-017-9353-6.

NINO, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997. (Citado por la traducción al castellano de Roberto P. Saba. Título original: *The Constitution of Deliberative Democracy,* Yale University Press, New Haven, 1996).

PETTIT, Philip, *On the People's Terms. A Republican Philosophy of Democracy,* Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

_____, "Legitimacy and Justice in Republican Perspective", *Current Legal Problems*, vol. 65, 2012, pp. 59-82.

ROWE, Stephen C., "Liberal Education: Cornerstone of Democracy", *American Journal of Economics and Sociology*, vol. 76, núm. 3, 2017, pp. 579-617.

SOSS, Joe, "Making Clients and Citizens: Welfare Policy as a Source of Status, Belief, and Action", en Anne L. SCHNEIDER y Helen M. INGRAM (eds.), *Deserving and Entitled. Social Constructions and Public Policy*, State University of New York Press, Nueva York, 2005, pp. 291-328.

WALDRON, Jeremy, "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 6, 2006, pp. 1346-1406.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN ASIA DEL SUR. EL CASO DE SRI LANKA*

THE CONSTITUTIONALISATION OF SOCIO-ECONOMIC RIGHTS IN SOUTH ASIA: THE CASE OF SRI LANKA

Asanga Welikala**

Resumen

Actualmente, Sri Lanka experimenta un proceso constituyente para la adopción de una nueva Constitución. En el marco de dicho proceso, el debate en torno a la constitucionalización y justiciabilidad de los derechos sociales no se ha hecho esperar. Del lado de quienes sostienen la necesidad de reconocer constitucionalmente dichos derechos se encuentra una visión fuertemente vinculada con una perspectiva legal del constitucionalismo que deja de lado consideraciones importantes sobre la posibilidad de adoptar esquemas constitucionales diversos, que refuercen y valoren los procesos políticos existentes. El presente texto ofrece algunos argumentos críticos que apuntan a la necesidad de considerar que, al menos en Sri Lanka, la constitucionalización de los derechos sociales, y su consiguiente justiciabilidad, no representa un fenómeno necesario, adecuado ni mucho menos deseable.

* Traducción de Daniel Antonio García Huerta. Este artículo se traduce y reproduce con autorización del autor.

** Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Edimburgo y Director en funciones del Centro de Derecho Constitucional de Edimburgo.

Palabras clave: Derechos sociales, constitucionalismo legal, constitucionalismo político, función judicial, constitucionalización de derechos sociales, justiciabilidad de derechos sociales, juristocracia.

Abstract

Currently, Sri Lanka faces a constitutional process towards the adoption of a brand new constitution. In such process, debates on the constitutionalisation and judicial enforcement of social rights have emerged. On the side of those who support the need for the constitution to recognise social rights rests a vision strongly linked to a perspective of legal constitutionalism that leaves aside important other constitutional schemes that reinforce and value the existing political processes. This paper offers some critical arguments pointing the need to consider that, at least in the Sri Lanka case, the constitutionalisation of social rights, and its judicial enforcement, is neither necessary nor desirable.

Keywords: Social Rights, Legal Constitutionalism, Political Constitutionalism, Judicial Review, Constitutionalisation, Judicial enforcement, Juristocracy.

Introducción

Actualmente, Sri Lanka contempla la posibilidad de adoptar una nueva Constitución con una larga lista de derechos, entre los que se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales. Los debates en torno a la constitucionalización de dichos derechos y a la posibilidad que éstos puedan ser exigibles judicialmente no se han hecho esperar. Tales debates, no obstante, han descansado esencialmente en consideraciones ideológicas. Detrás de las ideas de quienes defienden la constitucionalización de los derechos socioeconómicos (los proponentes), se encuentra una visión socialdemócrata que ve en esta posibilidad un marco para la redistribución de valores y recursos económicos. En cambio, los opositores a dicha propuesta suelen adoptar una visión liberal clásica que ve en su incorporación un pretexto perfecto para que el Estado pueda expandir su umbral de interferencia en los mercados y en la economía.

Comúnmente, quienes defienden la constitucionalización de los derechos sociales sostienen que la influencia del derecho internacional de los derechos humanos resulta una justificación suficiente para incorporarlos en la Constitución. Sin embargo, sus esfuerzos han resultado infructuosos en la medida en que dicho argumento no ha sido capaz de explicar por qué y cómo es que dicho objetivo puede lograrse, sobre todo, si se toman en consideración las circunstancias y condiciones que caracterizan a cada contexto en particular, ni tampoco la manera en que la incorporación de dichos derechos, y su consiguiente judicialización, puede contribuir al aseguramiento de los fines que persiguen.

Esta situación resulta por más insatisfactoria. A menos que un argumento mucho más fuerte y persuasivo sea desarrollado por quienes pugnan por el reconocimiento constitucional de los derechos sociales, existen razones de peso para sostener que la constitucionalización y la judicialización de los derechos económicos sociales y culturales en Sri Lanka no resultan necesarias, ni mucho menos deseables. En este texto presento algunos argumentos para defender esta postura. Comenzaré recapitulando algunas de las ideas de *quienes proponen* respecto a que la Constitución de Sri Lanka reconozca a los derechos sociales como elementos judicializables, y concluiré con algunos puntos que expresan la inoperancia de su posición.

1. El argumento de los proponentes

De acuerdo con los proponentes de la constitucionalización de los derechos sociales, Sri Lanka debe incorporar en su nueva Constitución los estándares más favorables que derivan del derecho internacional de los derechos humanos y, por tanto, reconocer en ella no solo a los derechos civiles y políticos, sino también a los derechos económicos, sociales y culturales. De acuerdo con esta posición, ambas categorías de derechos son reconocidas como universales, indivisibles e interdependientes, por lo que cualquier posible distinción en la Constitución

alejaría a Sri Lanka de una corriente internacional ya consolidada. Otro tipo de clasificaciones como las que ubican a los derechos como categorías de primera y segunda generación, o aquellas que los distinguen entre derechos positivos y negativos, tampoco resultan pertinentes.

Según sus argumentos, las demandas socioeconómicas no representan más simples aspiraciones o directrices políticas, por lo que aquellos diseños constitucionales que solían relegar a los derechos sociales como expectativas no justiciables no encuentran mayor asidero en los nuevos esquemas constitucionales. Incluso, en aquellos sistemas con modelos constitucionales clásicos, los tribunales han hallado maneras innovadoras para dotar de eficacia a las obligaciones del Estado en relación con los derechos sociales. De ello se sigue que hoy por hoy los derechos económicos, sociales y culturales son plenamente exigibles y que los Estados tienen a su cargo la obligación inmediata de garantizar, al menos, su mínimo esencial, y de adoptar todas las medidas necesarias, tanto a nivel nacional o internacional, para asegurar su progresiva realización. Asimismo, a la luz de los estándares señalados, el diseño de políticas públicas que promuevan la efectiva implementación de los derechos sociales debe venir acompañada de la consideración de elementos de razonabilidad y proporcionalidad, por lo que la discrecionalidad de autoridades administrativas o judiciales; la referencia a aspiraciones políticas y económicas ambiguas o la protección de intereses privados, no pueden representar una justificación para no garantizar las condiciones básicas de estos derechos.

Señalan que las tendencias del constitucionalismo contemporáneo, a las que las y los constituyentes de Sri Lanka deben ajustarse, reflejan precisamente este tipo de desarrollos, en los que con mucha mayor frecuencia las constituciones actuales incorporan y reconocen los derechos sociales, o se encuentran en proceso de hacerlo. Esta situación marca la pauta para reconocer que los gobiernos no pueden asegurar el cumplimiento de estos derechos a través de medidas o políticas ordinarias, sino que resulta mucho más conveniente reconocerles el

carácter de auténticos derechos constitucionales susceptibles de ser exigidos judicialmente. Ello ha traído como consecuencia que en jurisdicciones en donde los derechos económicos, sociales y culturales no son explícitamente justiciables (como sucede en Sri Lanka), las cortes hayan comenzado a hacer uso de principios como la interdependencia de los derechos civiles y políticos –o de algunos otros principios jurídicos– para dotar de efectividad a las demandas sociales asociadas a este tipo de derechos.

La propuesta refiere que incluso a través de la adjudicación de derechos sociales sobre la base de derechos civiles y políticos, los tribunales suelen adoptar decisiones que implican la disposición de recursos económicos, y que ello no ha derivado en un desequilibrio sistémico, en la usurpación de competencias de otros poderes públicos ni en la desestabilización de procesos democráticos. Por el contrario, la función de los tribunales –especialmente en casos que involucran la determinación de derechos sociales– ha derivado en un efecto disciplinario para la toma democrática de decisiones, de manera que no solo los derechos de los grupos más desaventajados gozan de una mayor protección por parte de los tribunales, sino que, incluso, refuerza la obligación a cargo de las autoridades de justificar sus decisiones de manera más rigurosa y sobre un enfoque de derechos, lo que reduce posibles escenarios de arbitrariedad. Asimismo, y lejos de provocar una desestabilización de los esquemas democráticos, el reconocimiento constitucional de los derechos anima y refuerza las luchas democráticas para la satisfacción de necesidades socioeconómicas.

A juicio de quienes promueven esta visión, la constitucionalización y justiciabilidad de los derechos humanos poseen un potencial para la transformación de políticas clientelares, así como de desigualdades económicas, en una clase de política mucho más responsable, transparente y libre de corrupción que fomenta la redistribución económica y el desarrollo de mayores condiciones de igualdad. De esta manera apuntan que el aparente conflicto entre el Poder Judicial y otras ramas del poder público ha sido comúnmente sobredimensionado,

particularmente en el contexto de la exigencia de los derechos sociales. La formulación en sí misma de los derechos sociales trae como consecuencia el desarrollo inherente de esquemas que equilibran posibles intereses contrastantes, por ejemplo, a través de la operatividad de los principios del máximo uso de los recursos disponibles y del desarrollo progresivo de tales derechos. Así, en jurisdicciones en las que es viable la justiciabilidad de los derechos sociales, los tribunales han desarrollado competencias dialógicas y moderadas con otras ramas del poder público, y han logrado asegurar que los derechos constitucionalmente reconocidos sean protegidos sin vulnerar la separación de poderes.

En el caso de Sri Lanka, todos estos argumentos han servido para apuntalar las recomendaciones hechas por diversos organismos vinculados con la reforma constitucional desde el gobierno de Chandrika Kumaratunga, a través del proyecto de Carta de Derechos del año 2009, hasta los reportes más recientes emitidos por el Comité de Representación Pública; el Subcomité de Derechos Humanos de la Asamblea Constituyente, así como por diversas organizaciones de la sociedad civil, quienes han mostrado una clara oposición a los intentos emprendidos por las élites liberales que buscan rechazar el reconocimiento constitucional de los derechos sociales.

Sin embargo, según los proponentes, los argumentos esbozados por quienes se oponen a esta visión resultan esencialmente erróneos, pues consideran que la mayor parte de ellos descansa sobre exigencias ideológicas sustentadas en un pensamiento económico neoliberal, que no solo atenta contra una perspectiva de justicia social, inclusión y ciudadanía, sino que también se opone abiertamente a las posibilidades de garantizar una justicia redistributiva. Sostienen que, por un lado, tales argumentos intentan preservar un injusto *statu quo* desigual de relaciones de clase y proteger intereses particulares por encima de intereses colectivos, mientras que, por otro, muchos de ellos reflejan un pensamiento jurídico desactualizado que continúa diferenciando entre derechos civiles y

derechos sociales, que privilegia a los primeros. En cualquier caso, afirman que esta distinción resulta espuria y reproduce esquemas de injusticia, en la medida en que una ciudadanía sustentada en los derechos humanos requiere del aseguramiento efectivo de ambos derechos.

De igual forma, resultan exagerados, si no es que equivocados, los argumentos asociados a la preocupación de que los tribunales se inmiscuyan en asuntos complejos de política pública, y a las dudas de que estos representen foros legítimos para la resolución de diferencias democráticas, sociales y morales. Para quienes defienden la constitucionalización de los derechos sociales, este proceso representa un aspecto fundamental para derrotar condiciones regresivas y ello solamente puede lograrse a través de la adopción de una nueva Constitución de corte democrático que se alinee con tales objetivos.

Este breve recuento de los argumentos sostenidos por quienes defienden la constitucionalización y la justiciabilidad de los derechos sociales en Sri Lanka, da cuenta del enfoque que describe al proyecto de nueva Constitución y refleja el objetivo con el que se han comprometido. En esencia, representa un objetivo ambicioso en la medida en que aspira a estructurar un esquema de transformación social, política, económica e incluso cultural, a través de una concepción de *constitucionalismo juristócrata.*[1] Dicha concepción implica, más que una 'revolución de los derechos' asociada al alcance de su reconocimiento constitucional, una transformación de la tradición democrática del Estado. Visto desde la mejor perspectiva posible, quienes no comulgan con la orientación del proyecto referido podrán apreciar que se trata de una respuesta basada en una clase de virtud normativa que pugna por la solución de problemáticas estructurales que han caracterizado a Sri Lanka a lo largo del devenir de su existencia poscolonial.

[1] Véase Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 2004.

Sin embargo, más allá de una mera oposición ideológica, lo cierto es que los argumentos que pugnan por la constitucionalización de los derechos sociales en Sri Lanka presentan deficiencias importantes cuando son sometidos a un escrutinio crítico mucho más profundo, mismas que pueden resumirse en los siguientes puntos:

1. Que la única manera de satisfacer demandas socioeconómicas es a través del reconocimiento constitucional de los derechos sociales y de su exigencia judicial;

2. Que existe un consenso sustancial en torno a un concepto de sociedad ideal que incluye la titularidad de prerrogativas socioeconómicas que, en términos de derechos sociales, son colocados fuera del alcance de las mayorías democráticas y de los procesos políticos ordinarios;

3. Toda vez que las demandas socioeconómicas constituyen derechos constitucionales, estas deben ser judicialmente exigibles; por lo que incluso, la actividad judicial representa una clase de razón pública superior a aquellas decisiones adoptadas en el marco de procesos democráticos ordinarios;

4. Que la búsqueda de la igualdad socioeconómica constituye un fin más relevante que el aseguramiento de otros objetivos democráticos, incluidos el pluralismo político y la competencia política y social.

2. La inoperancia del argumento de los proponentes

Quizás la principal deficiencia del argumento radica en que los defensores se adscriben a una perspectiva preponderantemente normativa de la Constitución. Una de las premisas básicas de esta visión es que la posibilidad de alcanzar un

consenso racional en torno a un ideal sustantivo de sociedad democrática no es solamente deseable, sino posible. Tal posibilidad encuentra asidero en los valores universales que conforman al discurso de los derechos humanos, los cuales se cree deben sentar las bases esenciales del orden constitucional. El concepto de 'constitucionalismo legal', o 'constitucionalismo normativo', ha sido un blanco de ataque durante los últimos años por parte de un sector de la academia que se inclina hacia una visión centrada en el 'constitucionalismo político'.[2] Al respecto, tal como lo ha señalado Richard Bellamy –uno de los mayores exponentes de esta corriente–, "la intención de articular una visión coherente y normativamente atractiva sobre una sociedad justa y bien ordenada constituye una noble labor que ha inspirado a filósofos y ciudadanos durante décadas".[3] Sin embargo, el problema fundamental que caracteriza a esta noble encomienda es que nadie que la haya intentado antes, desde Platón hasta Rawls, ha logrado convencer con éxito que su posición resulta universalmente aceptable.

Esto no quiere decir que no exista una 'verdadera' teoría de la justicia, o que una democracia no deba mostrar alguna clase de compromiso con los derechos y la justicia. Lo que quiere decir es que "existen limitaciones a nuestra capacidad para identificar una teoría de los derechos y la igualdad lo suficientemente sólida para convencer a los demás sobre su autenticidad y mayor conveniencia.

[2] Para un análisis detallado de los conceptos de 'constitucionalismo legal' y 'constitucionalismo político', véase: Adam Tomkins, "Authoritative expositions of political constitutionalism", en Adam Tomkins, *Our Republican Constitution*, Hart, Oxford, 2005, cap. 1; incluyendo John Griffith, *The Politics of the Judiciary,* 5a. ed., Fontana, Londres, 1997; John Waldron, *Law and Disagreement*, Clarendon, Oxford, 1999; John Waldron, *The Dignity of Legislation*; Cambridge University Press, Cambridge, 1999 y Richard Bellamy, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007; y para constitucionalismo legal véase John Laws, *The Common Law Constitution,* Cambridge University Press, Cambridge 2014; Trevor Allan, *Law, Liberty and Justice: The Legal Foundation of British Constitutionalism*, Clarendon, Oxford, 1993, T.R.S. Allan, *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001 y A. Kavanagh,*Constitutional Review under the UK Human Rights Act* Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

[3] R. Bellamy, *Political Constitutionalism…, op. cit.,* p. 3.

Tales dificultades suelen presentarse con mayor apremio cuando se trata de diseñar políticas que intentan promover nuestro ideal de justicia democrática".[4]

Lo anterior lleva al constitucionalismo político a concluir que en una sociedad democrática existen *desacuerdos legítimos* en torno a ciertos fines sustantivos que pretendemos alcanzar. Por lo tanto, aun cuando podamos llegar a coincidir en la existencia de ciertos derechos –aunque ello no suela ocurrir precisamente en una democracia– tales derechos pueden ser conceptualizados a partir de un proceso político de corte representativo que asegure el despliegue de desacuerdos legítimos, así como de *compromisos razonable*s, y no a través de un proceso de interpretación constitucional casi intocable que se limita a la participación exclusiva de Jueces y abogados.[5]

El segundo argumento esgrimido por el constitucionalismo legal supone una prevalencia de los procesos judiciales como mecanismos para la adopción de decisiones y, por tanto, como un tipo de razón pública. Para esta corriente, el derecho no solo debe prescindir de la política, sino que incluso esta debe ser limitada por el derecho. Tal como lo apunta Roberto Unger, esto se traduce en:

> la existencia incesante de restricciones a las mayorías populares; en el protagonismo de abogados y Jueces; en el fracaso del desarrollo que las políticas populares no han logrado materializar; en el abandono institucional frente a contextos de refundación nacional; y en una concepción de democracia deliberativa que se asemeja más a una plática de salón entre burgueses del siglo XVIII.[6]

El elitismo implícito de este enfoque es, no obstante, la última de nuestras preocupaciones. El problema principal se traduce en que un proceso judicial nunca

[4] *Ibid*.
[5] *Ibid*, cap.5; A. Tomkins, *Our Republican Constitution, op. cit*., cap. 3.
[6] Roberto M. Unger, *What Should Legal Analysis Become?*, Verso, Londres, 1996, p. 72.

podrá llegar a ser tan legítimo y efectivo como un proceso político en la misión de tratar, aunque sea imperfectamente, las profundas divisiones sociales que en una democracia se consideran como desacuerdos legítimos. Desde la perspectiva del constitucionalismo político, este enfoque es mucho mejor explicado a través de las ideas de Richard Bellamy, quien señala que:

> únicamente cuando las personas razonan por sí mismas en el marco de una democracia, es que pueden ser consideradas como iguales, y cuando sus múltiples derechos e intereses adquieren un grado igual de respeto y consideración por parte de los demás. El sistema de 'una persona, un voto' provee a los ciudadanos de recursos políticos similares; decidir por reglas de mayoría implica que sus opiniones y puntos de vista sean tratados de manera justa e imparcial, mientras que la contienda entre partidos en procesos electorales, y en el propio parlamento, fomenta la institucionalización de un equilibrio del poder que alienta a las distintas fracciones a reconocerse y escucharse mutuamente, lo que privilegia la adopción de compromisos. De acuerdo con esta concepción política, el proceso democrático es en sí mismo la Constitución. Es, por un lado, constitucional al ofrecer un proceso estructurado y, por el otro, constitutivo al garantizar las posibilidades de reforma y cambio institucional.[7]

Hay dos puntos que ameritan un énfasis particular. El primero se refiere a la dimensión procedimental de la democracia que yace en el corazón del constitucionalismo político, y que se caracteriza también por expresar una ambición modesta en cuanto a los resultados que pueden obtenerse, así como a un cierto realismo en relación con la manera en que los derechos y el gobierno pueden articularse en el ámbito práctico. Desde esta perspectiva, el principal propósito que persigue una Constitución democrática es el de proveer a las y los ciudadanos de instituciones y mecanismos que les permitan "decidir sobre sus intereses en común y resolver sus diferencias".[8] Una Constitución de dicho carácter busca

[7] R. Bellamy, *op. cit.,* pp. 4-5.
[8] *Ibid*, p.6.

asegurar, por un lado, un *equilibrio constitucional* entre los derechos reconocidos en la Constitución y, por el otro, asegurar aquellos elementos que delinean la estructura estatal; la relación entre los tres poderes que lo integran y el propio sistema electoral.[9]

El segundo punto supone una concesión parcial. Diversos proponentes del constitucionalismo político restringen el alcance empírico de sus teorías a sociedades maduras y bien organizadas que han desarrollado sus prácticas y políticas constitucionales durante siglos.[10] Sin embargo, ello no se opone a los argumentos críticos que he desarrollado en contra de adoptar una nueva Constitución sobre la base de un enfoque constitucional exclusivamente legal. El problema de cultura política que los constitucionalistas legales buscan afrontar por medio de la revisión judicial está destinado al fracaso, si antes no existe un proceso de reforma que transforme la cultura política de una sociedad. Una cultura política que atente contra los valores de un constitucionalismo liberal, difícilmente podrá ser modificado por medio de la actividad judicial o de constituciones escritas. Por el contrario, únicamente puede ser modificada desde dentro, y a través de un proceso que supondría un largo periodo de tiempo.[11]

Sin embargo, lo que parece que puede resultar más exitoso es lo que de acuerdo con los constitucionalistas legales, representa la contrapropuesta esgrimida por el constitucionalismo político, que consiste en elevar el umbral de escrutinio, responsabilidad y costos políticos de quienes gobiernan. Ello no supone pensar o aplicar cínicamente un esquema de policías y ladrones. De hecho, representa

[9] *Ibid*, cap. 6.

[10] *Ibid*, p. 2; A. Tomkins, *op. cit.,* p.13.

[11] *Cfr.* Asanga Welikala, "The Idea of Constitutional Incrementalism", CPA, Documentos de trabajo sobre reforma constitucional núm. 14, enero 2017. Disponible en: http://constitutionalreforms.org/wp-content/uploads/2016/06/Working-Paper-14.pdf

una condición de empoderamiento ciudadano que coloca en las personas la responsabilidad de mejorar las condiciones democráticas para el ejercicio de un gobierno ciudadano.

No es que Sri Lanka no haya experimentado anteriormente la posibilidad de atravesar por un cambio democrático a través de procesos políticos. De hecho, representa la más antigua democracia electoral en el continente asiático, al grado que fue la primera nación en la era poscolonial en vivenciar un cambio de gobierno por medio de elecciones democráticas en 1956. Tal elección puso de manifiesto el dilema planteado en el presente texto en relación con el constitucionalismo político: si bien la elección de 1956 amplió las condiciones para la participación democrática más allá de lo que había representado una actividad casi exclusiva de las élites más acaudaladas, también develó las profundas brechas y desigualdades raciales contras las que aún pelea la sociedad esrilanquesa.

Aún con ello, históricamente el electorado esrilanqués ha participado políticamente con el objetivo de afianzar cambios progresivos y estructurales. Ello ocurrió, por ejemplo, en las elecciones de 1994 y de nueva cuenta en las últimas elecciones celebradas en el año 2015. Incluso, en el marco de regímenes represivos, han existido aspectos que los gobiernos autocráticos han considerado imposible trastocar en virtud, esencialmente, de costos y cálculos políticos, y no precisamente por temor o respeto hacia el derecho o hacia la función judicial. Por lo tanto, en un país como Sri Lanka, la experiencia histórica y los actuales desafíos dan cuenta de la necesidad de adoptar un esquema mucho más estratégico y balanceado entre las ventajas que ofrecen ambos tipos de constitucionalismo, en vez de apostar todas las fichas por uno de tales modelos.

Esbozados los puntos anteriores, resulta quizás sorprendente apuntar algunos puntos en común entre las tesis de los proponentes y la crítica que pretendo desarrollar en este trabajo. La primera de ellas es que la línea que separa, por un lado, a los derechos civiles y políticos y, por el otro, a los derechos económicos

sociales y culturales, puede resultar en algunas ocasiones poco nítida. El derecho a la propiedad, por ejemplo, suele ser defendido tanto por quienes promueven su constitucionalización, como por quienes la critican, aun cuando sustenten sus argumentos en razones ideológicas o filosóficas totalmente diversas. Sin embargo, resulta claro que, en términos teóricos y prácticos, puede trazarse una distinción razonable entre ambos tipos de derechos. Esto es: los derechos civiles y políticos representan libertades negativas perfecta y completamente obligatorias para cualquier concepción de Estado democrático, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales carecen de dicho carácter.

Más aún, la doctrina sobre la indivisibilidad de los derechos considerada como punto cardinal del derecho internacional de los derechos humanos por los constitucionalistas de Sri Lanka, nunca ha estado exenta de críticas y cuestionamientos académicos, incluso en el ámbito de los derechos humanos. Tanto para liberales como para los conservadores políticos, como para los republicanos y los constitucionalistas críticos de izquierda,[12] la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales se ha mantenido, en virtud de que representa una distinción analítica relevante que guarda importantes consecuencias para la teorización de la democracia, el Estado y sus instituciones, la política, la sociedad, e incluso, la cultura política. Por lo tanto, aun cuando pueda concederse que existan derechos fundamentales capaces de traspasar dicha clasificación, lo cierto es que mantenerla resulta útil e importante en la medida en que permite comprender y diferenciar con claridad aquello que resulta práctico y normativamente fundamental para una democracia (derechos civiles y políticos) de aquello que no lo es en esencia (derechos económicos, sociales y culturales en su condición de derechos constitucionalmente judicializables), los

[12] Daniel Antonio Garcia-Huerta, "A Constitution for Human Rights: Between Abstract Principles and Social Transformation", CPA Working Papers on Constitutional Reform No 11, enero 2017: http://constitutionalreforms.org/wp-content/uploads/2016/06/Working-Paper-14.pdf

cuales representan más un conjunto de aspiraciones socioeconómicas guiadas por valores ideológicos.

De forma similar, la doctrina sobre la universalidad de los derechos no resulta menos criticable. No es mi interés por ahora abordar el tradicional relativismo cultural ni mucho menos las demandas de soberanía estatal esbozadas por sus defensores, pues creo que existen razones y argumentos jurídicos de mayor peso para considerar la universalidad de los derechos como un elemento susceptible de cuidado. Quizás, la más importante para el análisis del presente texto se refiere al pretendido consenso en torno al concepto de sociedad ideal señalado anteriormente. El punto débil del argumento que pugna por la constitucionalización de los derechos sociales, sobre la base de su supuesta integración a un cuerpo universal de derechos, yace en que sirve también para privilegiar un esquema de homogeneización legal y moral sobre un pretendido concepto de 'vida digna' que resulta inaplicable e inefectivo en contextos de gran heterogeneidad como el que caracteriza a las sociedades asiáticas. Una vez asegurada su constitucionalización, la hegemonía de esta visión monista de 'vida digna' limita y reduce el espacio para el dinamismo y la diversidad de valores e ideas, así como de costumbres sociales, culturales e intelectuales que únicamente pueden alcanzarse en el seno de un orden constitucional auténticamente pluralista.

La delgada línea que clasifica a los derechos también guarda consecuencias importantes para aproximarnos a la función judicial, en especial para el argumento que sostiene que los tribunales no deben inmiscuirse en medidas de política pública o de asignación de recursos económicos. En este punto también existen algunas coincidencias. Resulta imposible negar que –a menos que se trate de una cultura de debilidad institucional o extrema deferencia judicial– los tribunales no suelen adoptar decisiones que impliquen la asignación de recursos económicos cuando se trata de garantizar derechos civiles y políticos. Incluso, al interpretar o aplicar el derecho administrativo, los tribunales no suelen comprometerse en evaluar una medida de política pública en función de otra. Sin

embargo, en este punto los proponentes exageran la crítica de quienes se oponen a esta visión. El punto que estos últimos hacen representa una cuestión de grado: judicializar los derechos sociales fomenta que los tribunales dispongan de recursos económicos destinados a la salud, a vivienda y la educación. No se trata, entonces, de la garantía de derechos que resultan esenciales para una democracia, cuyos costos no se comparan en nada con la adjudicación de derechos sociales ni con aquellos costos elementales que una sociedad no puede darse el lujo de ahorrar si en verdad aspira a ser una democracia constitucional. La política judicial también representa una cuestión de grado: la judicialización de los derechos sociales implica que los tribunales evalúen y analicen aspectos importantes de política pública; algo para lo que las autoridades administrativas y legislativas fueron originalmente electas, dejando de lado la función de analizar la legalidad o proporcionalidad de decisiones o medidas gubernamentales. Es esta última la función apropiada de la judicatura en una democracia constitucional. Los tribunales, en efecto, pueden y deben evaluar la razonabilidad de acciones administrativas, pero carecen de la competencia para involucrarse en su diseño, aún tratándose de derechos sociales.

Hay quienes señalan que lo que realizan los tribunales en el marco de un contexto de justiciabilidad de derechos sociales no es una versión estricta de revisión judicial, por medio de la cual se asegure su inmediata garantía, sino que más bien se trata de un modelo más débil de revisión atemperado por los principios de progresividad y máximo uso de recursos disponibles. Así, se dice que el diseño de políticas públicas en materia de vivienda, salud o educación puede ser regulado por los tribunales en atención al contenido de los derechos constitucionalmente reconocidos, aunque los poderes políticos conserven una clase de discrecionalidad en torno a las posibles políticas a adoptar. Coincido un poco más con este último argumento, pues en una democracia parlamentaria deben existir tanto métodos políticos como legales de auscultación y rendición de cuentas. Mientras que las versiones rígidas de revisión judicial suelen asociarse a la tradición parlamentaria del *Commonwealth*, existen democracias parlamentarias como

la de India, equiparable a la de Sri Lanka, que han adoptado un modelo más flexible de revisión en aras de fortalecer las condiciones de un gobierno constitucional.

Es probable que, en la Constitución que está por venir, Sri Lanka adopte un modelo flexible de revisión judicial que faculte a los tribunales no solo para revisar acciones administrativas, sino también para determinar la invalidez de normas cuando estas lleguen a oponerse a disposiciones constitucionales. De adoptarse este modelo, los tribunales deberán contar con facultades específicas que clarifiquen qué medidas o acciones de gobierno serán susceptibles de revisión. No obstante, desde el punto de vista de los proponentes, abrir paso a un constitucionalismo dialógico minaría considerablemente su propuesta, ya que la expectativa pública que su propuesta ha generado es que cualquier demanda social constitucionalizada debería ser resuelta únicamente por los tribunales. Por tanto, una defensa a ultranza de constitucionalizar toda demanda socioeconómica no solo derivaría en una cantidad estéril de procesos judiciales, sino también generaría una importante confusión entre las personas y, peor aún, reproduciría un esquema de cinismo institucional que erosionaría la legitimidad del orden constitucional. Tal situación se ha presentado, por ejemplo, en casos sumamente explorados como el de Sudáfrica.[13]

Demandar la intervención de los tribunales, por limitada que ésta sea, en asuntos de política pública para la satisfacción de demandas sociales politiza su función y deslegitima su autoridad. Los Jueces deben adoptar decisiones concretas sobre la base de casos particulares puestos a su consideración, y a través de procedimientos que involucren únicamente a las partes en el proceso en un sentido

[13] D.M. Davis, "Socioeconomic Rights. Do They Deliver the Goods?", *International Journal of Constitutional Law,* vol. 6, núm. 3-4, 2008, pp. 687-711; D.M. Davis, "The Case Against the Inclusion of Socioeconomic Rights in a Bill of Rights except as Directive Principles", *South African Journal on Human Rights,* vol. 8, 1992, pp. 475-490.

estricto. Los Jueces no son electos como las legislaturas quienes representan los intereses de la mayoría o, al menos, de sectores particulares de la sociedad, y quienes, por tanto, cuentan con la capacidad y la legitimidad para discutir opciones de política pública y exigir cuentas a las autoridades ejecutivas. Pese a ello, puede existir algo de razón en este argumento, sobre todo en aquellas sociedades con bajos índices de exigibilidad o escrutinio gubernamental en donde las autoridades legislativas no puedan o no tengan la voluntad de ejercer dicho control, y por lo tanto deban ser los Jueces quienes se encarguen de dicha labor. Sin embargo, ello representa solo una medida paliativa para contrarrestar una problemática mucho más profunda y estructural como la que se vive en Sri Lanka. La función judicial no reduce el valor de la esfera política en una sociedad por más acostumbrada que esté a procesos de participación política desordenados o tumultuosos. Si lo que intentan los proponentes es que sus anheladas metas socioeconómicas sean valoradas y transformadas –y por tanto rescatadas de esta salvaje cultura política– quizás deban prestar un poco más de atención a las posibilidades de transformación cultural y política, en vez de forzar un cambio 'desde arriba' por medio de la constitucionalización y de la hegemonía de abogados, Jueces y activistas que, en conjunto, acarrean la despolitización de las instituciones.[14]

Aunado a ello, resulta difícil comprender a cabalidad la fe que los proponentes colocan sobre la judicatura, la cual, cabe mencionar, suele resultar inversamente proporcional a su desprecio por el proceso político, cuando la actuación de la Suprema Corte de Sri Lanka en torno a la defensa de los derechos constitucionales data únicamente de 1978. Con sus respectivas excepciones, en general, la jurisprudencia de la Corte se diluye entre sorprendentes fracasos en situaciones en las que el país más requería de su intervención para hacer frente a contextos de abuso y autoritarismo. Esto es, la Corte Suprema de Sri Lanka no goza del

[14] Conor Gearty, "Against Judicial Enforcement", en Gearty, Conor y Mantouvalou Virginia, *Debating Social Rights*, Hart, Oxford, 2011, pp.1-84.

prestigio y la legitimidad con la que cuentan otros tribunales. No cuenta, por ejemplo, con la legitimidad con la que la Corte Suprema de India se ha conducido desde que defendió su Constitución frente al Estado de emergencia decretado por Indira Gandhi, y sobre la cual el modelo rígido de revisión judicial en aquel país se ha construido desde la década de los años setenta. Quienes defienden la constitucionalización de los derechos suelen creer que la juristrocracia representa un bien homogéneo y asimilable en todos los contextos, pero, en contraste, el caso de Sri Lanka probablemente dé cuenta que ello representa un desafortunado desacierto.

Es precisamente en este punto en el que el caso esrilanqués expone una debilidad fundamental, o al menos una paradoja, en la tesis de los proponentes. En comparación con países con indicadores similares de desarrollo político y económico, Sri Lanka ha alcanzado niveles importantes de bienestar socioeconómico, sobre todo en lo que respecta al acceso a servicios de educación, salud y vivienda, aún sin haber constitucionalizado y asegurado la justiciabilidad de tales derechos. Tal situación se ha mantenido, incluso, a pesar del bajo crecimiento económico registrado durante los últimos años y aun frente a la presencia de conflictos sociales que se han prolongado desde su independencia, al grado que ni los gobiernos abiertamente liberales han considerado políticamente viable trastocar o reformar dichos programas.

Esto nos permite comprender que, en el marco de la cultura política de Sri Lanka, una democracia socializada y estructurada principalmente por partidos sociales de izquierda suele tener altas expectativas del Estado para la atención de problemáticas vinculadas con la vida social. Por mencionar el concepto gestado en la cultura estadounidense, la idea de un "gran gobierno" se encuentra inmersa en el ideario político y cultural de la sociedad esrilanquesa. Por tanto, puede decirse que el Estado de bienestar en Sri Lanka se encuentra políticamente protegido en contra de reformas o cambios por medio del mejor recurso de defensa que puede existir, esto es, un sólido y profundo consenso social en torno a

que el Estado debe continuar satisfaciendo las demandas sociales del país, sin importar los índices de crecimiento y desarrollo por los que atraviese en momentos determinados.

En este contexto, resulta desconcertante la ansiosa necesidad de los proponentes por constitucionalizar demandas y políticas que ya se encuentran efectivamente garantizadas. En contraste, algunos gobiernos han adoptado medidas mucho más agresivas en contra de los derechos civiles y políticos, que desde 1970 han representado serios ataques contra la democracia y el sistema constitucional, y respecto de los cuales parece haber existido una notable tolerancia por parte del electorado, con las excepciones señaladas en 1994 y 2015. Nos enfrentamos, por tanto, a una situación que requiere de un reforzamiento constitucional de los derechos civiles y políticos que se encuentran amenazados por la debilidad de la cultura política, más que a la necesidad de constitucionalizar derechos que ya se encuentran protegidos de facto gracias a las más fuertes y consistentes expectativas sociales.

La conclusión más obvia que puede seguirse de todo esto es que si la sociedad esrilanquesa desea estructurar una democracia constitucional por medio de la adopción de una nueva Constitución, debe preocuparse por incorporar en ella el conjunto más sólido posible de derechos civiles y políticos, pues en una escala de prioridad estos representan necesidades más imperantes que el reconocimiento constitucional de los derechos sociales. Tanto India como Sudáfrica –dos de los referentes comúnmente utilizados por los proponentes– adoptaron sus constituciones e incluyeron en ellas los derechos sociales en momentos históricos particulares marcados por profundas desigualdades. Sin importar si su régimen constitucional de derechos sociales ha hecho mucho o poco por combatir dicho contexto de desigualdad, es importante señalar que Sri Lanka ha tenido la fortuna de no atravesar por un esquema similar de desigualdades. Como un país con ingresos medios, extensión moderada y ventajas medioambientales, el desafío para el desarrollo económico de Sri Lanka yace en crear y

distribuir de mejor manera la riqueza, y no en tratar de corregir un sistema de castas o *apartheid*, como sucedió en los casos ejemplificados.

Tal situación suscita al menos dos importantes interrogantes: ¿cuál es la naturaleza del Estado que el actual proceso constituyente busca transformar?, y ¿cuál es el esquema que pretende reemplazarlo? Dejando de lado aspectos importantes como la nacionalidad o el pluralismo étnico, lo que resulta evidente de las tendencias autoritarias de los regímenes poscoloniales en Sri Lanka es que lo que el Estado requiere es una seria limitación a la probada capacidad de sus gobiernos de violar las libertades fundamentales de sus ciudadanos. Entre otros procesos, esto requiere de la adopción de una Carta de derechos mucho más robusta que amplíe los compromisos constitucionales con dichos derechos, lo que pasa también por el reforzamiento de la labor judicial en torno a su garantía. En la nueva Constitución, por ejemplo, Sri Lanka debe reconceptualizar ciertos derechos y libertades con el objetivo de hacerlos compatibles con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o incluso de ampliarlos. Estos derechos constitucionales renovados, como son el acceso a una defensa adecuada en el marco de detenciones cautelares y el acceso a traductores e intérpretes cuando se requiera, podrían garantizarse a través de la limitación del Estado para invadir la esfera privada de las personas. Por el contrario, la constitucionalización de los derechos sociales enmascara el efecto contrario a la expansión de las funciones del Estado al obligar a las autoridades ejecutivas y legislativas a otorgar medidas asistenciales, y a la judicatura de exigirlas, en términos de obligaciones constitucionales. Esto representa una alteración de la función estatal con respecto a la procuración de condiciones bienestar, las cuales, como ha quedado señalado, ya se garantizan por medio de acciones políticas ordinarias. Exigir la expansión arrogante de una intervención estatal ya existente no solo resulta contra intuitivo, sino también insostenible a la luz de las razones detrás del proceso de reforma del Estado en Sri Lanka.

Además de la expansión del Estado discutida con anterioridad, una de las mayores preocupaciones relacionadas con la ampliación de la función del gobierno central a través de una nueva Constitución se relaciona con el potencial impacto negativo que puede ocasionar en los esquemas de descentralización. Se espera que la nueva Constitución vaya más allá del actual esquema previsto en la Decimotercera Enmienda de la Constitución y que, por tanto, establezca un nuevo modelo de distribución de competencias. Esto responde a dos razones principales. La primera, a que encara las demandas de redistribución del poder político esgrimidas por grupos minoritarios en el norte y este del país. Y la segunda, a que implica una medida democrática que favorece un balance más justo de la arquitectura institucional del Estado, en contraposición a los esquemas centralistas del pasado comúnmente rechazados por las provincias o municipalidades, las cuales consideran que dichos modelos fomentan una interferencia desmedida del gobierno central en asuntos de educación, salud y vivienda.

Sin embargo, existe un riesgo considerable de que la constitucionalización de los derechos sociales genere el efecto contrario, ya que la implementación de las obligaciones estatales a la luz de la nueva Constitución quedaría bajo la responsabilidad exclusiva del gobierno central. En tal medida que sería éste, y no las municipalidades, el que contaría con los recursos económicos necesarios para cumplir con los compromisos derivados de la implementación de tales derechos. Por tanto, en caso de que surjan discrepancias entre los servicios ofrecidos en el plano local con las provisiones constitucionales en materia de derechos sociales, los tribunales tendrían que privilegiar estas últimas y obligar a las autoridades centrales a garantizarlas, lo que minaría la autonomía y las facultades de los gobiernos locales. Así, lo que podría haber significado una redistribución democrática de competencias derivaría en una recentralización, es decir, reforzaría uno de los aspectos que el proceso de reforma pretende combatir. De este modo, puede decirse que la homogeneización de normas constitucionales vinculadas a los derechos sociales genera, por un lado, un impacto normativo que atenta contra el valor de pluralismo en una sociedad altamente diversa y,

por el otro, un impacto práctico para las provincias o municipalidades, quienes deberían contar con la posibilidad de hacerse cargo de sus propios procesos de autonomía y desarrollo.

3. Conclusión

El objetivo del presente texto consistió en demostrar que para el caso de Sri Lanka, la constitucionalización de los derechos sociales no resulta un proceso necesario, adecuado ni deseable; sin que ello resulte aplicable necesariamente a otros contextos o latitudes asiáticas. En el mejor de los casos, la constitucionalización de los derechos sociales supondría un elemento ornamental que contribuiría al desarrollo de un esquema constitucional disfuncional y cínico que perjudicaría más de lo que podría beneficiar al desarrollo económico de Sri Lanka. El aspecto central que el actual proceso de reforma constitucional debe atacar es el de un Estado que requiere ser limitado y reestructurado con el objetivo de que la autonomía individual de los ciudadanos y la descentralización de su estructura institucional puedan convertirse en una auténtica realidad. Sri Lanka no requiere de la expansión del gobierno central. Por el contrario, el país posee un profundo consenso político en torno a un Estado garante que debe satisfacer la provisión de servicios sociales, pero no así de un consenso sobre la necesidad de constitucionalizar demandas sociales en términos de derechos. La sociedad esrilanquesa tampoco tiene la intención de sofocar las libertades económicas existentes bajo formas colectivas de redistribución. Sri Lanka cuenta con la fortuna de no atravesar por desigualdades históricas que requieran soluciones constitucionales radicales, lo que se traduce en que los procesos políticos ordinarios bastan para satisfacer las necesidades sociales de su comunidad. Si bien es cierto que Sri Lanka enfrenta serias debilidades de cultura política, ello requiere de cambios constitucionales que refuercen la garantía de los derechos civiles y políticos, y no tanto de los derechos sociales. Es este el auténtico objetivo que el país debe observar y atender en el proceso de adopción de su tercera Constitución.

Bibliografía

ALLAN, T.R.S., *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

_____, *Law, Liberty and Justice. The Legal Foundation of British Constitutionalism*, Clarendon, Oxford, 1993.

BELLAMY, Richard, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

DAVIS, D.M., "Socioeconomic Rights. Do They Deliver the Goods?", *International Journal of Constitutional Law,* vol. 6, núm. 3- 4, 2008, pp. 687-711.

_____,"The Case Against the Inclusion of Socioeconomic Rights in a Bill of Rights except as Directive Principles", *South African Journal on Human Rights,* vol. 8, 1992, pp. 475-490.

GARCIA-HUERTA, Daniel Antonio, "A Constitution for Human Rights: Between Abstract Principles and Social Transformation", CPA Working Papers on Constitutional Reform No 11, enero 2017. Disponible en http://constitutionalreforms.org/wp-content/uploads/2016/06/Working-Paper-14.pdf

GEARTY, Conor, "Against Judicial Enforcement", en GEARTY, Conor y Virginia MANTOUVALOU, *Debating Social Rights*, Hart, Oxford, 2011.

GRIFFITH, John, *The Politics of the Judiciary,* 5a. ed., Fontana, Londres, 1997.

HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 2004.

KAVANAGH, A., *Constitutional Review under the UK Human Rights Act* Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

LAWS, John, *The Common Law Constitution,* Cambridge University Press, Cambridge 2014.

TOMKINS, Adam, "Authoritative Expositions of Political Constitutionalism", en Adam TOMKINS, *Our Republican Constitution*, Hart, Oxford, 2005.

UNGER, Roberto M., *What Should Legal Analysis Become?*, Verso, Londres, 1996.

WALDRON, John, *Law and Disagreement*, Clarendon, Oxford, 1999.

_____, *The Dignity of Legislation*; Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

WELIKALA, Asanga, "The Idea of Constitutional Incrementalism", CPA, Documentos de trabajo sobre reforma constitucional núm. 14,, enero 2017. Disponible en: http://constitutionalreforms.org/wp-content/uploads/2016/06/Working-Paper-14.pdf

DERECHO A LA SALUD: DE LA LÓGICA DEL MERCADO AL LENGUAJE DE LOS DERECHOS

THE RIGHT TO HEALTH: FROM THE MARKET LOGIC TO THE HUMAN RIGHTS LANGUAGE

Valeria López Vela*

Luis Enrique Pereda Trejo**

Resumen

Este artículo busca señalar que los derechos humanos, incluidos los derechos sociales, no pueden estar sujetos a los criterios del mercado sino que deben atender a criterios morales y a las exigencias de los tratados internacionales. Sostenemos que la especial importancia del derecho a la salud, que señala Norman Daniels, exige una profunda revisión del ordenamiento jurídico mexicanos que revierta las inconsistencias entre la constitución y la normatividad en materia de salud vigentes.

Palabras clave: Derechos humanos, derechos sociales, derecho a la salud, Norman Daniels, Constitución.

Abstract

This article outlines that human rights, including social rights, can not be subject to market criteria but must meet moral standards and the requirements of international

* Doctora en Filosofía. Universidad Anáhuac, Campus Sur, México. Esta investigación se realizó con el apoyo del proyecto UNAM-DGAPA-PAPIIT IG400216. "Derechos sociales y justicia social".

** Maestro en Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

treaties. We argue that the special importance of the right to health, as stated by Norman Daniels, requires a thorough revision of the Mexican legal system that reverses the inconsistencies between the Constitution and the current health regulations.

Keywords: Human Rights, Social Rights, Health Care Rights, Norman Daniels, Constitution.

1. Introducción

a. El juego de *pool* de los derechos humanos

El desarrollo de los derechos humanos se parece más a un juego de *pool* que a un juego de balero. En el primero, el tiro inicial es definitivo pues si bien, no determina el final del juego, sí marca el rumbo que seguirá; además, en cada jugada, las bolas se impactan, se proyectan o se bloquean: un mismo tiro tiene repercusiones en varias bolas que abren o cierran oportunidades; así, cada lanzamiento –ya sea afortunado o infortunado– abre o cierra posibilidades de ganar o de perder.

En el balero, la partida se hace –en vez– a base de tiros individuales en los que se gana o se pierde. El resultado del juego depende, exclusivamente, de la pericia del jugador. Un mal tiro solo es un mal tiro y no tiene repercusiones en los siguientes intentos. Por ende, las reglas de un juego y otro son distintas pues reclaman parámetros de justicia diferentes.

La construcción de la cultura de los derechos humanos requiere la consideración del impacto que hay entre los distintos tipos de derechos. Aún no hemos dejado atrás las clasificaciones sospechosas[1] alrededor de los derechos humanos. Nos

[1] Retomamos la frase de la aguda crítica que hace Juan Antonio Cruz Parcero, en *El lenguaje de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007, p. 73.

detenemos en dos que han sido muy influyentes aunque imprecisas y perniciosas; primero, T. H. Marshall en el ensayo *Ciudadanía y clase social* publicado en 1950 propuso la división de los tres elementos que conforman la ciudadanía: el civil, el político y el social. Dichos elementos presentan una seriación histórica por lo que los derechos sociales habrían de estar precedidos por los derechos políticos y estos, a su vez, por los derechos civiles.[2]

Esta ordenación de los elementos de la ciudadanía que asume una progresión histórica dio pie a la vieja división artificial entre generaciones de derechos humanos propuesta por Vasak, quien en 1977 creó la falsa imagen de la incomunicabilidad de las condiciones y los efectos en el ejercicio de los derechos. Por un lado, se encontraban los derechos civiles y políticos, que se "basaban en oponerse al Estado", que formaban la primera generación; por otro lado, los derechos económicos y sociales, que consistían en exigencias a los Estados, y daban lugar a la segunda generación. Finalmente, la tercera generación contemplaría los derechos de solidaridad.[3] Los segundos y los terceros fueron concebidos como una suerte de "subproducto" que se derivarían de los primeros.[4]

Estas clasificaciones generaron, en no pocos lectores, tres malas interpretaciones; primero crearon la sensación de la incomunicabilidad entre las generaciones de los derechos en donde los derechos civiles parecían ajenos a los económicos y sociales, y pensaron que eran posibles sociedades en donde la vulneración de los primeros no tendría impacto alguno en los segundos y viceversa.[5] Segundo, no pocos autores pretendieron una suerte de "seriación" en la

[2] Thomas H. Marshall y Thomas B. Bottomore, *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid, 1998.

[3] *Cfr.* Karel Vasak, "La larga lucha por los derechos humanos", *El Correo de la Unesco,* vol. 77, núm. 11, París, UNESCO, noviembre 1977, p. 29.

[4] Karel Vasak, *Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos*, Barcelona, Serbal; Paris, Unesco, 1984, p. 168.

[5] A manera de ejemplo, consideremos la definición que ofrece Pérez Luño: "La distinción, que no necesariamente oposición, entre ambas generaciones de derechos se hace patente cuando se considera que mientras en la primera los derechos humanos vienen considerados como derechos de defensa *(Abwehrrechte)* de

consecución de los derechos humanos; de tal manera se privilegió la protección y garantía de unos –los civiles y políticos– por encima de otros –económicos, sociales, culturales–. Tercero, mientras que la intervención de la lógica del mercado se mantuvo distante del ámbito de los derechos civiles y políticos, se permitió la injerencia de intereses privados en el planteamiento y ejercicio de los derechos sociales. Este múltiple rasero es una muestra más de las indeseables consecuencias de las clasificaciones sospechosas.

Varios intérpretes consideraron que esta ordenación era, al mismo tiempo, genealogía, proyección y destino de los derechos humanos. De esta forma, subordinaron la implementación que habrían de hacer los Estados a tal propuesta de explicación histórica e hicieron un flaco favor a la cultura de los derechos humanos poniendo entre paréntesis el acceso a derechos indispensables de muchos ciudadanos.

Además, con el paso de los años, nos enfrentamos a la sobrepoblación teórica de generaciones de derechos humanos –ya hay quinta y sexta con sus respectivas declaraciones; lo que justificó la postergación del cumplimiento de derechos de otras generaciones que quedaron a la espera de tiempos mejores. A manera de ejemplo, para los gobiernos resultó aceptable disminuir el presupuesto de salud o educación –derechos humanos de segunda generación– pero no el de los organismos electorales –derechos humanos de primera generación. En México, esta interpretación desenfocada se tradujo en la reducción de programas sociales

---

las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa; en la segunda, correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales, se traducen en derechos de participación *(Teilhaberechte),* que requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio, y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos". (Antonio-Enrique Pérez Luño, "Las generaciones de derechos humanos", *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, vol. 2, núm. 1, Universidade Federal de Santa Maria, São Paulo 2013, p. 167). Hay que resaltar que aunque busca salvar la oposición entre generaciones, deja fuera de consideración la interdependencia entre unos y otros.

y el aumento estratosférico del presupuesto para la gestión de las elecciones. Hoy sabemos que la discusión acerca del origen, condiciones históricas y ejecución de los derechos humanos rebasa los modestos planteamientos de T. H. Marshall y de Vasak, pues es inevitable notar la interrelación y la transversalidad en el ejercicio de los derechos humanos; por ejemplo, las posibilidades de educación, salud y empleo tienen repercusiones en el desempeño de los derechos civiles y viceversa.[6]

Recuperando la analogía inicial: las propuestas de ordenación de Marshal y Vasak funcionan para la lógica de un juego de balero, pero quedan muy cortas cuando se trata de una partida *pool*.

b. Derechos humanos y lógica del mercado

Existe, además, otro factor importante que debe ser considerado. Los gobiernos han establecido mecanismos y regulaciones para mantener a los derechos civiles y políticos fuera de la lógica del mercado; incluso las prácticas clientelares que utilizan algunos partidos políticos son percibidas como 'vicios electorales' y no como parte de la dinámica de la oferta y la demanda. Esto es así pues se reconoce que los derechos humanos, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos o la Constitución, no deben estar condicionados a factores económicos –tampoco políticos– sino que se fundamentan en la dignidad de las personas.[7]

[6] Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, Ithaca y Londres, 2013, p. 27.

[7] Dejamos de lado la discusión sobre los contenidos de la dignidad pues como señalan Sandra Serrano y Luis Daniel Vázquez: "Desde la filosofía política, sin embargo, no hay un acuerdo sobre estos bienes primarios; no lo hubo desde su desarrollo contractual inicial entre Thomas Hobbes, John Locke y Jean Jacques Rousseau; no lo hay ahora entre los bienes primarios de Rawls, los principios de Dworkin, las capacidades de Amartya Sen y Martha Nussbaun, o los elementos constitutivos de la agencia y la ciudadanía de alta intensidad para Guillermo O'Donnell y Michael Ignatieff", en Sandra Serrano y Daniel Vázquez, *Los derechos humanos en acción. Operacionalización de los estándares internacionales de los derechos* humanos, Flacso, México, 2013, p. 8.

En el caso mexicano, los problemas asociados a la salud pública abrieron la puerta a la participación de empresas privadas que ofrecen los servicios bajo los criterios de la mentalidad empresarial que utiliza criterios actuariales, de eficiencia y de productividad. De esta manera, se ha nublado la importancia del acceso a la salud como derecho humano fundamentada en la dignidad y se ha privilegiado la lógica de mercado.

Sin embargo, las dificultades en el acceso al derecho a la salud son especialmente graves pues, además la injusticia en el impedimento del ejercicio del derecho, se generan, al menos, dos tipos de desventajas corrosivas: primero, la incapacidad del ejercicio de las capacidades y el desarrollo normal de la vida; segundo, el impacto en la economía de la familia o del ciudadano que genera un círculo vicioso asociado a condiciones de pobreza.

En otros términos, las fallas en el acceso al derecho a la salud son esencialmente graves pues, en ocasiones, impiden y –en otras– condicionan el ejercicio de otros derechos generando desventajas corrosivas en los ciudadanos. Éstas llevan, tarde o temprano, a elecciones trágicas: los pacientes tienen que renunciar a sus planes de vida –comprometiendo su agencia– ya sea por imposibilidad física o por desgracia económica.

Además, cuando los Estados subordinan el ejercicio de los derechos humanos –salud o educación– a la lógica del mercado, orillan a los ciudadanos a situaciones moralmente inaceptables: tener que elegir entre morir de enfermedad o morir de hambre por cubrir los costos de un padecimiento. Y esa es la realidad de buena parte de los mexicanos que se desprende de dos circunstancias: el desastroso sistema de salud nacional y las prácticas discriminatorias que, desde el Estado, se permite a las aseguradoras: "con frecuencia existen desigualdades que se vinculan a la raza, el género o la clase social, y una teoría de la justicia relacionada con los servicios de salud debe estar atenta a ellas".[8]

[8] Paulette Dieterlen, *Justicia distributiva y salud*, FCE, México, 2015, p. 64.

En este artículo, nos proponemos insistir en que el derecho a la salud no puede estar condicionado a situaciones laborales o educativas ni subordinado a la lógica del mercado; utilizamos un caso hipotético como medio de contraste para mostrar que ciertas prácticas aceptables en temas de salud suenan aberrantes en el ámbito educativo; esto llama la atención si partimos de que ambos son derechos sociales. Después, hacemos un breve recorrido histórico del derecho a la salud en México para resaltar ciertas fallas de origen en el acceso a la salud pública; después, acudimos a las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, a la Constitución y a los reglamentos vigentes en México para mostrar las inconsistencias entre ellos. Más adelante, fundamentamos la especial importancia de garantizar el derecho a la salud apoyados en la propuesta de Norman Daniels. Finalmente, señalamos las prácticas discriminatorias vigentes, avaladas por el Estado mexicano, en los reglamentos de las aseguradoras para concluir que son jurídica y moralmente inaceptables bajo el enfoque de los derechos humanos.

2. Desarrollo

a. Caso

Imaginemos el caso de una escuela privada que tuviera un tabulador de colegiaturas para los alumnos. Los diferentes rangos responden a cuatro criterios. Primero, al resultado de la medición del IQ del estudiante; segundo, al perfil emocional del alumno que señala los problemas de conducta escolar que enfrenta; tercero, al promedio obtenido en los últimos tres años de escolaridad cursados; finalmente, a la orientación sexual e identidad de género de las y los estudiantes.

La escuela sostiene que el tabulador es justo porque el gasto en tiempo, recursos y talento no es igual para todos los alumnos; los estudiantes más inteligentes y con mejor conducta exigen menos inversión que los alumnos retardados y

problemáticos. Además, con el historial se pueden prevenir posibles casos difíciles y tomar las precauciones económicas necesarias.

Los profesores tienen que atender a los alumnos con la misma cantidad de recursos y no todos los estudiantes responden con la misma celeridad a los procesos de aprendizaje. Cabe decir que los criterios de evaluación no fueron consensuados sino solamente informados a los padres de familia quienes tenían que aceptarlos "si querían que sus hijos estudiaran en dichas escuelas" pues, desde hace varios años, los estándares se hicieron una práctica usada por todas las escuelas privadas que comparten información –sin consentimiento de los padres– sobre los alumnos con el fin de evitar "posibles fraudes".

Las alumnas, estudiantes gay o trans tienen una cuota extra para compensar los gastos derivados de los desajustes hormonales propios de su orientación sexual. Esto ocasiona que haya mayor número de varones estudiando dentro de este tipo de escuelas y que la mayoría de los que abandonen sean niñas o estudiantes LGTBITQ pues la acumulación de sobre cuotas hace que el costo sea demasiado alto.

Además, los reglamentos se ajustan cada año. Las escuelas, de manera unilateral, incluyen cláusulas o prerrequisitos nuevos para proteger el capital y "la calidad" de la institución. Los padres eran informados *a posteriori* de las condiciones vigentes para ese periodo, lo que dificultaba el cambio a una escuela distinta.

El caso de los estudiantes "retardados y problemáticos" hacía que las colegiaturas elevaran su precio hasta 30 veces más que el costo que cubrían los estudiantes "talentosos", por lo que la mayoría de ellos tenía que abandonar la escuela y, con ello, renunciar a sus posibilidades de educación por la insuficiencia de lugares en las escuelas públicas y la imposibilidad de optar por otra opción del mercado educativo por el tráfico de información.

Así, el tabulador creaba una suerte de "clases sociales entre el alumnado" con base en condiciones intelectuales, situaciones de conducta, orientación de género e historia. Es muy importante decir que una vez que se había caído en un rango de evaluación bajo no era posible volver a recuperar la tarifa anterior pues las "preexistencias" hacían del estudiante un caso de riesgo.

Los padres de familia aceptaron esas cuotas, pues el sistema público pasaba por una mala época: la calidad era ínfima y no había espacios suficientes para atender a los estudiantes; la situación era tan compleja que las instancias gubernamentales cubrían las cuotas de los hijos de sus funcionarios. Así, los burócratas, encargados de mejorar la calidad de la educación pública, no tenían incentivos personales para hacerlo pues su propio empleo garantizaba que sus hijos estudiaran en escuelas privadas y no tuvieran que padecer el mal estado de la educación pública.

Así, el sistema de tabuladores y reglamentos de este caso ficticio trunca e impide el ejercicio de un derecho humano –el derecho a la educación– que es cordial en el desarrollo de la autonomía y el resto de las oportunidades de la vida de un ciudadano. Además, con esta distinción se crea un escenario de discriminación estructural que hiere no solo al individuo sino a la sociedad entera; en especial, a los grupos históricamente más débiles.

La pregunta ética que buscamos responder es si la lógica del mercado puede comprometer el ejercicio de algún derecho humano. Nos parece que la respuesta es un no contundente. La lógica del mercado no puede estar por encima del lenguaje de los derechos: ni de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ni de los principios constitucionales de los Estados.

Hay, además, dos argumentos morales por los que las aseguradoras deben comprender a la salud como un derecho y no como un producto. Primero, porque el acceso a la salud garantiza el desarrollo de un funcionamiento normal;

segundo, porque protege la seguridad económica del ciudadano, tal como señala Norman Daniels en *The Ethics of the Affordability of Health Insurance.*[9]

b. Marco jurídico nacional e internacional

La legislación en materia de salud es amplia y pone especial atención al artículo 4o constitucional, a la Ley General de Salud y a la Ley de los Institutos Nacionales de Salud. Sin embargo, la historia es diferente cuando hablamos de los seguros de salud, pues los objetivos legislativos la definen como el equivalente de no estar enfermo, sin tomar en cuenta lo mandatado por instrumentos de derecho internacional. Un ejemplo de esto es el artículo 10 del instrumento de derecho internacional público conocido como Protocolo de San Salvador, según el cual "toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social".[10]

De acuerdo con el artículo 1793 del Código Civil Federal, los contratos son convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos entre las partes firmantes. En el caso del contrato de seguro esto no es una excepción, es lo que permite que exista un asegurado y una institución aseguradora que se obligan a distintas contraprestaciones recíprocas; es decir, existe un acto de comercio cuyo objetivo consiste en que la empresa aseguradora resarce un daño o paga una suma de dinero al asegurado al verificarse la eventualidad prevista en el contrato, esto último según lo dispuesto por el artículo 75 del Código de Comercio y el artículo 1o de la Ley Sobre el Contrato de Seguro.

Existen distintos tipos de contratos de seguro (de pensiones, de crédito, de caución y de garantía, por mencionar algunos). En el caso del contrato de seguro

[9] Brendan Saloner y Norman Daniels, "The Ethics of the Affordability of Health Insurance", *Journal of Health, Politics, Policy and Law*, vol. 36, num. 5, Duke University Press, octubre 2011, pp. 815-827.

[10] Tesis [J.]: 1a. LXV/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVIII, Julio de 2008, p. 454. Reg. IUS 169316.

del ramo de salud, el capítulo 15[11] de la Circular Única de Seguros y Fianzas emitida por Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (Comisión) y la fracción V del artículo 27 de la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas establecen que los seguros del ramo de salud tienen como objeto la prestación de servicios dirigidos a prevenir enfermedades o restaurar la salud, a través de acciones que se realicen en beneficio del asegurado.

Un contrato nominado de la complejidad del contrato de seguro se basa en la Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas, la cual regula la organización, operación y funcionamiento de las Instituciones de Seguros, Instituciones de Fianzas y Sociedades Mutualistas de Seguros: "las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar, así como las de los agentes de seguros y de fianzas, y demás participantes en las actividades aseguradora y afianzadora, en protección de los intereses del público usuario de estos servicios financieros".[12]

Sin embargo, además de la Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas y la Ley Sobre el Contrato de Seguro –leyes emitidas por el Congreso de la Unión–, la autoridad administrativa en la materia la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas –órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público– emitió la Circular Única de Seguros y Fianzas, documento que aporta un orden adecuado, que desarrolla y regula la legislación general, y hace más compleja y especializada la materia.

De la amplia gama de factores que distinguen al contrato de seguro en materia de salud de otros contratos entre particulares, ya sean nominados o innominados, destaca lo insustituible e irremplazable del bien jurídico a proteger: la salud. Probablemente, el primer punto a considerar es que no nos encontramos

[11] Circular Única de Seguros y Fianzas, de 19 de diciembre, *Diario Oficial de la Federación,* 2014, Tomo DCCXXXV, Número 17, México, p. 23.

[12] Artículo 1, Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas, 4 de abril, *Diario Oficial de la Federación,* 2013, Tomo DCCXV, Número 4, México, p. 1.

ante un instrumento contractual cuyos límites están exclusivamente en manos de los particulares, lo que se entiende en razón de la enorme disparidad e inequidad entre las partes contratantes.

Los artículos 4o constitucional y 25 de la Declaración de los Derechos del Hombre establecen que los seres humanos tienen derecho a la salud. En este sentido, en su carácter de derecho humano, la salud no debería estar sujeta a los caprichos o vaivenes del mercado, la estadística o el lucro de los contratantes, ya que la eficiencia y la eficacia en términos de productividad o rendimientos de las empresas pueden ser una amenaza a la protección de la salud de la persona. Quizá sea necesario preguntarse si la intervención del Estado ayuda a equilibrar a las partes contratantes desde una perspectiva de derechos humanos o si, más bien, permite la subsunción de los derechos de unos a los intereses de los otros.

A partir de una lectura de los contratos de seguros en materia de salud que están disponibles en el mercado, es posible afirmar que éstos no consideran que los particulares están en igualdad de oportunidades, ni en materia de acceso a información médica, actuarial, jurídica o financiera, ni en materia de capacidad de negociación, en comparación con la capacidad de las empresas aseguradoras. En otras palabras, la mayoría de los particulares signatarios de los contratos de seguro en materia de salud no están en aptitud de negociar las mejores condiciones para cada uno de ellos, de tal suerte que alcancen un equilibrio justo para ambos contratantes, entre otras razones, porque para alcanzar un punto de equilibrio en la equidad entre contraprestaciones, aseguradora y asegurado tienen que trabajar con base en estadísticas, finanzas, normas y antecedentes clínicos, elementos que no necesariamente están totalmente disponibles para su contraparte.

Para explicar lo anterior es útil hacer notar que la Circular Única de Seguros y Fianzas, instrumento jurídico que pretende "compilar en un solo instrumento jurídico las disposiciones derivadas de la Ley de Instituciones de Seguros y de

Fianzas, sistematizando su integración y homologando la terminología utilizada",[13] a fin de facilitar la consulta de las disposiciones aplicables, tiene más de 200 capítulos y centenares de anexos. Las empresas aseguradoras tienen departamentos jurídicos que se encargan de procesar esta información, pero no queda claro qué sucede con el grueso de los particulares signatarios.

La ilustración de la disparidad de los contratantes en el caso de los seguros en materia de salud muestra cómo la Secretaría de Salud y la Comisión podrán establecer mecanismos de consulta con los diferentes participantes del mercado con el propósito de recibir información relativa a este tipo de seguros que coadyuve a procurar un desarrollo equilibrado del ramo de salud.[14] Sin embargo, el Estado no ha logrado proteger el derecho humano a la salud de la visión empresarial de las instituciones de seguros.

Un ejemplo de lo corta que se queda la labor de protección del Estado en materia de seguros es la figura del contralor médico. Las instituciones de seguros autorizadas a operar los seguros del ramo de salud cuentan con un contralor médico, quien es nombrado por el consejo de administración de la Institución de Seguros (reglas 15.3.1 y 15.3.2).[15] En la normatividad aplicable se especifica que el contralor médico de la institución de seguros será independiente de su área médica y dependerá únicamente del consejo de administración y, en su caso, de la asamblea de accionistas. Dichos órganos de gobierno corporativo están enfocados en las ganancias de la empresa, no en el disfrute del derecho humano a la salud. Por supuesto, el contralor médico solo tiene voz y no voto en las sesiones del consejo de administración de la institución de seguros pero, nuevamente, el nombre del juego es "ganancias" para la empresa, no "derechos" para el particular.

[13] Circular Única de Seguros y Fianzas, de 19 de diciembre, *Diario Oficial de la Federación*, 2014, Tomo DCCXXXV, Número 17, México, p. 1.

[14] *Ibid*., p. 23.

[15] *Ibid*., p. 24.

Entre los deberes del contralor médico se encuentra el de cerciorarse de que las decisiones que adopten las aseguradoras se apeguen a la normativa externa e interna en materia médica, así como a las sanas prácticas en materia de salud, sin importar criterios de protección de derechos humanos como progresividad, universalidad o indivisibilidad. Estos aspectos están contemplados en el artículo 1o de la CPEUM y en el expediente Varios 912/2010 del Pleno de la SCJN.[16]

Los contratantes del seguro de gastos médicos se exponen a padecer que las instituciones de seguros autorizadas no tengan la obligación de incorporar en sus productos de seguros criterios de integralidad que contemplen acciones de fomento, prevención, terapéuticas y de rehabilitación, para las coberturas ofrecidas. La Comisión solo las obliga a procurar incluirlas y, en caso de que las instituciones de seguros no lo hagan, la Secretaría de Salud podrá emitir recomendaciones pero no sancionar.[17]

Llama la atención que, a través de la fracción III de la regla 4.5.12 de la Circular, la Comisión autorice a las instituciones de seguros a requerir al solicitante "… como parte del procedimiento de suscripción…"[18] que se someta a un examen médico, a efecto, dice la norma, de "… determinar en forma objetiva y equitativa la preexistencia de enfermedades o padecimientos…".[19] Pero no especifica si los procedimientos toman en cuenta a la equidad si y cómo, sobre todo si unilateralmente una de las partes contratantes pide a la otra realizarse un examen médico para determinar qué enfermedades le serán cubiertas y cuáles no. Bajo estas condiciones, es discriminatorio que una mujer indígena no pueda tener

[16] Del estudio de este expediente la SCJN, por mayoría de votos, emitió una decisión histórica que transformó el entendimiento de las relaciones entre derecho nacional e internacional; a propósito de la eficacia de los derechos humanos.

[17] Circular Única de Seguros y Fianzas, de 19 de diciembre, *Diario Oficial de la Federación,* 2014, Tomo DCCXXXV, Número 17, México, p. 28.

[18] *Ibidem*, p. 98.

[19] *Idem*.

protección de salud de una empresa aseguradora regulada por el Estado por el simple hecho de estar enferma.

La no discriminación en materia de derechos sociales se encuentra explícitamente recogida en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual dispone que "[…] los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".[20]

En este mismo sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 7 establece que "todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación",[21] mientras que en su artículo 25 establece que "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud (…), y en especial la (…) asistencia médica (…); tiene asimismo derecho a los seguros en caso de (…) enfermedad (…).[22]

Es necesario identificar cómo conciliar las obligaciones del Estado mexicano contenidas en los instrumentos de derecho público arriba citados con las normas jurídicas contenidas en la Circular Única de Seguros y Fianzas. Todo parece indicar que el Estado mexicano falta a su obligación jurídica cuando las empresas aseguradoras que operan en el país pueden negar la celebración de un contrato

[20] Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx [último acceso: 23 de agosto de 2017].

[21] Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf [último acceso: 21 de agosto de 2017].

[22] *Ibidem*.

de seguro en el ramo de salud a una persona por razón de su edad o sus antecedentes médicos. Recordemos que a partir de la reforma de junio de 2011 todas las personas dentro de territorio nacional deberán gozar de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales a los que pertenezca nuestro país.

Para evidenciar aún más el incumplimiento del Estado mexicano en prevenir y combatir la discriminación al violar con esto los derechos humanos de las personas, basta con cotejar el texto de los artículos 1o, fracción III, 6o, y 9o fracciones VII, XX y XXI, de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LFPED) con lo establecido en la Circular Única. Aquí no hay debate, la LFPED lo establece con claridad: se considera como discriminación "establecer limitaciones para la contratación de seguros médicos"[23] y "limitar el derecho a los servicios de atención médica adecuados".[24] En materia de contratación de seguros para proteger la salud no estamos ante el enfrentamiento de dos derechos humanos excluyentes entre sí, estamos ante la imposición de la lógica del mercado sobre el disfrute de los derechos humanos y la permisividad del Estado.

Sabemos que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley"[25] y "la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes",[26] sin

[23] Artículo 9, fracción XX, Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, 11 de junio, *Diario Oficial de la Federación,* 2003, Tomo DXCVII, Número 8, México, p. 10.

[24] *Ibidem*.

[25] Artículo 1796, Código Civil Federal, Sección Tercera, de 31 de agosto, *Diario Oficial de la Federación,* 1928, Tomo XLIX, número 50, México, p. 376.

[26] Artículo 1797, Código Civil Federal, Sección Tercera, de 31 de agosto, *Diario Oficial de la Federación,* 1928, Tomo XLIX, número 50, México, p. 376.

embargo parece que es poco el trabajo que el Estado hace para equilibrar la relación entre los contratantes en materia del seguro en el ramo de salud.

c. El derecho a la salud en México

La historiografía del derecho a la salud ha sido trabajada por varios autores[27] quienes coinciden en señalar que: "Como consecuencia de la primera revolución social del siglo XX, en 1917 se inicia una nueva era con la Constitución Política de Querétaro, cuyo Artículo 73 confía la salubridad general de la República a los poderes nacionales y se crean el Departamento de Salubridad y el Consejo de Salubridad General. La Constitución agrega los derechos sociales a los derechos individuales y en su Artículo 123 se establecen las bases fundamentales de la seguridad social de los trabajadores".[28] Y que no es sino hasta el gobierno de Lázaro Cárdenas que, apoyado por la División internacional de Salud de la Fundación Rockefeller, el gobierno creó el Departamento de Salud Pública.[29] Sin embargo, a diferencia del modelo inglés que impulsó un sistema de protección social universalista, la salud pública mexicana nació fijada a la situación laboral de los derechohabientes.[30]

---

[27] Moramay López-Alonso, *Estar a la altura. Una historia de los niveles de vida en México, 1850-1950*, trad. Marcela Pimentel y Lusarreta, FCE, México, 2015; Salomón Chertorivski Woldenberg y German Fajardo Dolci, "El sistema de salud mexicano: ¿requiere una transformación?", *Gaceta Médica de México*, vol. 148, núm. 6, noviembre-diciembre 2012, pp. 502-508; Francisco López, "Evolución de los servicios de salud de la Secretaría de Salud", *Salud Pública de México*, vol. 35, num. 5, México, septiembre-octubre 1993, pp. 437-439.

[28] F. López, "Evolución de los servicios de salud de la Secretaría de Salud", *art. cit.*, p. 438.

[29] "Durante el gobierno de Lázaro Cárdenas (1934-1940) se estableció un sólido compromiso con la justicia social […] El presupuesto del DSP se incrementó de manera significativa, y se estableció un programa de salud pública a nivel nacional, en coordinación con los gobiernos estatales, conocido como "servicios coordinados de salud en los estados". En M. López-Alonso, *Estar a la altura…, op. cit.,* p. 210.

[30] "En 1942 se creó un sistema de asistencia social para los afiliados al IMSS; los servicios de salud fueron la primera área desarrollada por este instituto, sobre todo mediante la creación de clínicas y hospitales. La calidad de su servicio de salud era comparable con cualquier hospital o clínica del mundo desarrollado. No todos los trabajadores estaban afiliados al IMSS; por ejemplo, quienes trabajaban en las compañías petroleras, el ejército y las empresas ferroviarias tenían los servicios de salud brindados por sus empleadores" en M. López-Alonso, *Estar a la altura…, op. cit.,* p. 213.

Esta condición histórica se volvió, en nuestra opinión, el origen de un círculo vicioso en el ejercicio del derecho a la salud pues las diferentes ordenaciones y la percepción social asumieron que el acceso a la sanidad era más un beneficio laboral que un derecho humano. De esta manera, el punto de partida descansaba en la lógica del mercado pues la dependencia a cierto tipo de contrataciones permitía que, mediante las cuotas patronales, los empleados fueran afiliados al Seguro Social o, en su caso, al ISSSTE. En algunos casos, con el paso de los años y la incorporación de las aseguradoras privadas, los trabajadores de mayor rango pudieron, además, acceder a hospitales privados bajo la premisa de una prestación laboral de mayor nivel.

En 1987, el gobierno mexicano lanzó una nueva medida para ofrecer servicios de salud pública a los estudiantes de educación media superior; con esta medida, se otorgaba cobertura en la red hospitalaria del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) a los alumnos que estuvieran inscritos en escuelas públicas en todo el país y que no contaran con acceso a ningún otro servicio de salud.[31] Este esquema cubre situaciones de accidentes pero no considera ni la atención preventiva ni padecimientos crónicos que pudieran padecer los estudiantes. A partir de 1998, dadas las condiciones de embarazo juvenil que enfrenta el país, este seguro cubre las necesidades obstétricas de las alumnas.[32]

A diferencia de otros países en los que hay una línea clara de separación entre los sistemas públicos y privados de salud, en México dicha frontera no es del

[31] Artículo 1, ACUERDO por el que se incorporarán al seguro facultativo del régimen del seguro social, todas las personas que cursen estudios de nivel medio superior y superior en planteles públicos oficiales del sistema educativo nacional y que no cuenten con la misma o similar protección por parte de cualquiera otra institución de seguridad social, 10 de junio, *Diario Oficial de la Federación*, 1987, México, Tomo CDV, Número 8, México, p. 2.

[32] Artículo 1, DECRETO por el que se incorporan al régimen obligatorio del Seguro Social, por lo que corresponde a las prestaciones en especie del seguro de enfermedades y maternidad, a las personas que cursen estudios de los tipos medio superior y superior en instituciones educativas del Estado y que no cuenten con la misma o similar protección por parte del propio Instituto o cualquier otra institución de seguridad social, 14 de septiembre, *Diario Oficial de la Federación*, 1998, Tomo DXL, Número 10, México, p. 37.

todo clara. Por ejemplo, los funcionarios públicos de cierto nivel tienen como prestación laboral el pago de un seguro de gastos médicos mayores ofrecido por una asegurada privada además de los servicios de la seguridad social.[33]

Así, hasta 2003, el sistema de salud mexicano se desarrolló bajo un esquema de salud mixto, en el que los ciudadanos podían acceder a los servicios ya fuera como derechohabientes de la seguridad estatal o mediante las aseguradoras privadas. Esto hacía que fueran pocos los mexicanos que podían acceder a la salud: "En el año 2000, 50% de la población en México no tenía ningún tipo de seguro médico. El gasto en salud era bajo, favoreciendo a entidades cuya infraestructura e ingresos eran mayores. Esto, por supuesto, generaba notables inequidades en el acceso a servicios de salud para todas aquellas personas

[33] La información al respecto es opaca. Pero es posible rastrearla en referencias periodísticas que dan cuenta del gasto millonario que el gobierno efectúa en prestaciones de salud a las aseguradoras privadas.

2010: Seguros GNP gana licitación de póliza de seguros a servidores públicos. Póliza de 3 mil 853 millones de pesos para un periodo de tres años. Brindó seguridad a 940 mil trabajadores del gobierno federal con primas de seguro de vida. Cubría fallecimiento e invalidez para personal activo con 40 meses de sueldo y para los jubilados con 18 meses y sólo por fallecimiento. Fuente: *La Razón*, "Gana mega póliza para burócratas", 17 de noviembre de 2010, disponible en: http://www.razon.com.mx/spip.php?article54790 [último acceso: 6 de frebrero de 2017].

2014: Seguros GNP gana licitación nuevamente. Póliza de mil 594 millones de pesos por póliza de seguros de gastos médicos mayores. Cubriría a 320 mil burócratas del país.

"El monto de la prima básica contratada por el gobierno federal asciende a mil 594 millones de pesos sin incluir potenciados", indicó la aseguradora en información enviada a la Bolsa Mexicana de Valores (BMV). La compañía indicó que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) fue la convocante y contratante de esta licitación en la que se designó a GNP como ganador. La póliza de seguros estuvo vigente entre el 1 de octubre del 2014 al 31 de marzo de 2016; antes de esta licitación, la aseguradora en este rubro era Metlife. La suma asegurada de este contrato, es decir, el monto que alcanzaría a cubrir en caso de un siniestro va desde 150 mil pesos hasta 670 mil pesos por trabajador.

Lo anterior equivale a un rango de 74 a 333 salarios mínimos vigentes mensuales en el Distrito Federal, según estimaciones de GNP" Fuente: GNP, "Gobierno federal adquiere seguro de gastos médicos", 30 de septiembre de 2014, disponible en: http://www.intermediamexico.com/lib/clip_reporte.php?clave=6513411 [último acceso: 6 de frebrero de 2017].

2016: Met Life gana licitación pública para el seguro de gastos médicos mayores para trabajadores del gobierno federal. La SHCP pagó 2 mil 196 millones 246 mil 467 pesos por el servicio. La póliza inicia en mayo de 2016 y vence en noviembre de 2017. El gobierno federal se ahorró 195 millones en la cotización. Fuente: *El Universal*, "Piden cambiar modelo a licitación de seguros", 13 de junio de 2016, http://www.eluniversal.com.mx/articulo/cartera/finanzas/2016/06/13/piden-cambiar-modelo-licitacion-de-seguros [último acceso: 6 de frebrero de 2017].

que no fueran derechohabientes. El principal problema que esto acarreaba era que las personas que se encontraran en esta situación, al no poder acceder a servicios privados de salud, tenían que sufragar por su cuenta todos los gastos relacionados con la atención médica, incluso en instituciones públicas pero con financiamiento restringido, derivando en importantes y complicados desajustes económicos en las familias mexicanas".[34]

Tanto los gastos catastróficos como los gastos de bolsillo ligados a situaciones médicas fueron una causa de empobrecimiento familiar importante que el Estado mexicano intentó mitigar mediante la creación del Seguro Popular, en 2003, que otorgaría cobertura sanitaria a aquellas personas que no contaban con ningún otro tipo de seguro. Si bien se trató de un esfuerzo importante, sabemos que a casi diez años de su nacimiento: "según datos de la Encuesta Nacional y Nutrición (ENSANUT), en 2012 México tenía entre 21% y 25% de la población sin protección en salud. Además de otros problemas como la doble cobertura en el aseguramiento. También resaltan otros problemas, por ejemplo: la doble cobertura en el aseguramiento. Según un informe de la Auditoría Superior de la Federación, en 2010 más de 300 mil personas afiliadas al SP también eran derechohabientes del IMSS (80%) o del ISSSTE (15%)".[35]

Es decir, a pesar de este tercer esfuerzo, en México todavía estamos muy lejos de alcanzar la cobertura universal de salud basada en la valía personal que señala nuestra Constitución.

d. Importancia especial del derecho a la salud

En el caso que presentamos en el primer apartado, quisimos asimilar las condiciones que imponen las aseguradoras privadas a un caso hipotético enfocado

[34] Salomón Chertorivski Woldenberg y German Fajardo Dolci, "El sistema de salud mexicano: ¿requiere una transformación?", *Gaceta Médica de México*, vol. 148, num. 6, noviembre-diciembre 2012, pp. 504-505.

[35] Mónica Uribe Gómez y Raquel Abrantes Pêgo, "Las reformas a la protección social en salud en México: ¿rupturas o continuidades?", *Perfiles Latinoamericanos*, num. 42, julio-diciembre 2013, p. 151.

a la educación. El planteamiento suena absurdo por la cadena de injusticias y discriminaciones que conlleva pero, además, porque reconocemos cuán importante es la educación en el desarrollo de la vida de las personas y lo dañino que resultaría permitir situaciones como las que se proponen en el caso.

A pesar de que tanto la educación como la salud son derechos humanos –específicamente, derechos sociales– en este último, el Estado ha permitido prácticas que contradicen los principios constitucionales, los tratados internacionales y que van en contra de las obligaciones morales alrededor del derecho a la salud.[36]

Se normalizaron condiciones, tratos y excepciones que son claramente discriminatorias y, con ello, se privilegiaron las reglas del mercado impuestas por las aseguradoras por encima de los principios constitucionales de nuestro país. Esto ha generado daños específicos a los grupos vulnerables pero también pone en entredicho las obligaciones en materia de derechos humanos del Estado mexicano en cuanto al derecho a la salud se refiere.

Con independencia del servicio de salud al que se pueda acceder, los problemas de salud de los ciudadanos mexicanos impactan en el desarrollo integral del país; por ello, es primordial que desde el Estado se monitoree la situación de salud o enfermedad de todos los ciudadanos y, con mayor atención, la de los grupos que han padecido desventajas sistemáticas; esto con el fin de prevenir nuevas discriminaciones y reducir las desigualdades.[37]

[36] Dentro del marco de las Teorías de la Justicia, hay dos posturas fundamentales alrededor del derecho a la salud; por un lado, la de las Teorías Igualitarias –Rawls, Sen, Daniels–; por otro, el Igualitarismo de la Suerte –Arneson, Cohen–. Las primeras ponen el acento en que todas las personas reciban los bienes y servicios, especialmente los más necesitados, con independencia de las acciones y decisiones que hayan tomado. Las segundas, incorporan como elemento fundamental las decisiones hechas por los ciudadanos y su impacto en la situación actual de su vida.

[37] "Así, la obligación moral de la sociedad de brindar acceso universal a los servicios de protección de la salud descansa en una idea relacionada con los efectos que ese acceso tiene pero también en el hecho de que, desde un punto de vista moral, los seres humanos deben ser considerados iguales" en P. Dieterlen, *Justicia distributiva y salud*, *op. cit.*, p.137).

Para John Rawls, la aplicación de los principios de la justicia a las cuestiones de salud ha de resolverse en la etapa legislativa y no desde la posición original.[38] A partir de este punto, Norman Daniels sostiene que es en el estadio constitucional y legislativo en donde se pueden proponer soluciones a los problemas específicos de la sociedad particular.[39] Sin perder de vista que la salud tiene una importancia moral especial, pues es a partir de ella que los ciudadanos somos capaces de ejercer las oportunidades que se presentan en nuestros días y sacar adelante el plan de vida que hemos elegido para nosotros mismos.[40]

Recuperemos, nuevamente, en el ejemplo del juego del balero y del juego de *pool* con el que inició este artículo. Una persona que tiene comprometidas las condiciones de salud –ya sea por enfermedad, discapacidad o inaccesibilidad– no puede participar en el juego social en las mismas condiciones que los otros jugadores pues su funcionamiento se encuentra limitado y su rango normal de oportunidades reducido.

Sabemos que las limitaciones en el ejercicio del derecho a la salud hacen que, al momento de enfrentar las enfermedades, lo que se pueda hacer por los pacientes que no tienen seguro sea insuficiente en términos cualitativos y temporales: se puede hacer muy poco porque se llega muy tarde. Así, padecimientos que podían haberse prevenido, atendido o curado, si se hubiera podido ejercer el derecho humano a la salud, se vuelven intratables; en ocasiones, dichos padecimientos impiden el funcionamiento normal de un ciudadano que, con ello, ve limitada su capacidad de agencia. Otras veces, merman directamente su esperanza de vida.

---

[38] *Cfr.* John Rawls, *La justicia como equidad. Una reformulación*, trad. Andrés de Francisco Díaz, Paidós Ibérica, Barcelona, 2002, p.73.

[39] Norman. Daniels, "Equality of What: Welfare, Resources, or Capabilities?", *Philosophy and Phenomenological Research, International Phenomenological Society*, vol. 50, Suplemento, otoño 1990, pp. 274-275.

[40] "I want to emphasize a relationship between normal functioning and opportunity, one of the primary social goods. Impairments of normal species functioning reduce the range of opportunity open to the individual in which he may construct his 'plan of life' or conception of the good". *Ibidem*, p. 280.

Daniels abunda el argumento del funcionamiento que permite la justa igualdad de oportunidades. Para ello, señala cuatro condiciones:

> Primero, la función de los servicios médicos es satisfacer las necesidades médicas; segundo, la única base racional para distribuir un bien que satisfaga ciertas necesidades es proporcional a esas necesidades. Por lo tanto, la única base racional para la distribución de servicios médicos es atender a las necesidades médicas. Por lo que, finalmente, el estado de salud debe determinar el acceso a las necesidades médicas.[41]

Esto es, dado el vínculo entre estado de salud, funcionamiento normal e igualdad de oportunidades, los servicios médicos deben distribuirse de una manera racional que atienda a las necesidades. Esto ha de garantizarse, de acuerdo con los autores, en los textos constitucionales y legislativos a partir de criterios éticos, no de mercado ni tampoco ha de estar condicionado –situación laboral o escolar– sino atender a:

> las necesidades de curso de vida, que son aquellas que "las personas tienen a lo largo de su vida, o en ciertos periodos de la vida por los que necesariamente tienen que pasar" [...]. Las necesidades humanas de curso de vida no son deficiencias cuando se anticipan. Pero una deficiencia en relación con ellas "amenaza el funcionamiento normal del sujeto de la necesidad en cuanto miembro de una especie natural".[42]

Esto es, la atención a las enfermedades, a la vejez o a la maternidad no han de verse como un déficit sino como parte de las necesidades de curso de vida normal. A veces se trata de situaciones que escapan al control del sujeto –una enfermedad, una discapacidad, la propia vejez, algunos antecedentes de salud–; otras, son decisiones que se toman conforme al plan de vida que se ha elegido

[41] Norman Daniels, *Just Health. Meeting Health Needs Fairly*, Cambridge University Press, Nueva York, 2008, p. 20.

[42] Course-of-life needs are those needs which people "have all through their lives or at certain stages of life through which all must pass" [...] Such needs are not themselves deficiencies, for example, when they are anticipated. But a deficiency with respect to them "endangers the normal functioning of the subject of need considered as a member of a natural species", en N. Daniels, *Just Health*..., *op. cit.*, p. 26.

como bueno –la maternidad. Pero, en ninguno de esos casos, puede condicionarse el ejercicio de un derecho humano.

Además, no atenderlas pone en riesgo el funcionamiento normal del ciudadano. Por ello, ni las preexistencias médicas, ni el género, la edad o la maternidad han de penalizarse mediante el cobro de tarifas más altas. Tampoco ha de negarse el acceso a los servicios de salud a causa del desempleo o la falta de acceso a la educación.

Daniels parte de una definición amplia de salud que considera servicios médicos personales preventivos, curativos y de rehabilitación[43] pues, sin ellos, es difícil mantener las condiciones que permitan el desarrollo de las libertades de la persona. Tal como señalamos en el apartado 2.2, esta definición es compatible con la que ofrece la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas de nuestro país. Sin embargo, sabemos que la mayoría de las aseguradoras no ofrecen cobertura que contemple la prevención de la salud y que se rehúsan a cubrir estudios con carácter provisorio.

Contrario a lo que ha ocurrido en nuestro país, la labor del gobierno habría de velar por las condiciones de salud de todos los mexicanos; y de manera especial por aquellos que necesitan una consideración especial ya sea por género, orientación sexual, discapacidad, antecedentes de salud, desempleo o falta de acceso a la educación.

e. Tipos y prácticas de discriminación vigentes en el acceso a la salud en México

Una vez que se ha aclarado la importancia especial del derecho a la salud, nos gustaría señalar dos prácticas extendidas en México que merman la posibilidad

[43] *Cfr.* N. Daniels, "Equality of What: Welfare…, *op. cit.*, p. 281.

del acceso universal. La primera, que hemos anunciado antes, es la práctica estatal que condiciona el servicio bien ya a la situación laboral o ya a la situación educativa.

Una posible explicación para las prácticas estatales que anclan el derecho a la salud a la contratación laboral se encuetra en motivos históricos que es necesario superar, pues los derechos humanos no pueden estar condicionados a la contingencia de cierto tipo de contrataciones laborales. Éstas se encuentran sujetas al vaivén económico –nacional e internacional– y dicha volatilidad impide o merma el ejercicio de un derecho.

El seguro que ofrece cobertura a los estudiantes es una medida positiva aunque, nuevamente, condiciona el acceso a la salud a otro derecho: subordina el derecho a la salud al derecho a la educación; si uno falla, el otro también. Esto no es aceptable pues es difícil determinar la prioridad de uno sobre otro cuando ambos son igualmente importantes para el desarrollo de una vida normal.

Ningún Estado se atrevería a afirmar en sus textos constitucionales que los derechos humanos son un beneficio laboral como, de facto y en contra de la legislación, ocurre para la mayoría de los ciudadanos mexicanos. A diferencia del derecho a la educación, el derecho a la salud no termina de ser completamente asumido como tal ni por los gobiernos ni por los particulares; mucho menos, por las aseguradoras privadas.

No podemos perder de vista que una de las características de los derechos humanos es la incondicionalidad de los mismos. Las medidas anteriores, aunque en principio fueron positivas, hoy son más un pretexto político para evadir la necesidad del acceso universal a la salud, con las reformas necesarias a la Ley General de Salud, al reglamento del IMSS-ISSSTE-SEGURO POPULAR y al reglamento de las aseguradoras.

Es decir, aunque este tipo de prácticas estatales buscan dar cobertura sanitaria a los ciudadanos, no son más que medidas paliativas con efectos secundarios perversos: los grupos para quienes es más dificl el acceso al mercado laboral y educativo son los mismos que se quedan sin cobertura de salud: las mujeres, los miembros de la comunidad LGTBITQ, los adultos mayores. Esto crea un círculo vicioso que daña el ejercicio de los derechos.

De acuerdo con la Encuesta Nacional de Discriminación de 2011, las mujeres, las personas con discapacidad y los adultos mayores refirieron como su principal problema el desempleo y, bajo la óptica estatal, la falta de servicios de salud.[44] Por su parte, las colaboradoras domésticas son mayoritariamente mujeres con bajos niveles educativos cuya situación laboral no contempla ningún tipo de cobertura sanitaria.[45]

Por otro lado, las personas que forman parte de la comunidad LGTBITQ manifestaron que su principal problema es el trato discriminatorio en general,[46] aunque no hay cifras oficiales sobre el acceso a la salud, el trabajo o la educación. Esto muestra la invisibilización del problema pues de acuerdo con las mediciones y las experiencias internacionales, las personas con una identidad de género distinta a la heterosexual suelen recibir fuertes tratos discriminatorios en el ámbito de la salud.[47]

---

[44] Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Encuesta Nacional sobre Discriminación en México, Resultados generales, México, CONAPRED, 2001, pp. 70, 88 y 82.

[45] *Ibid*., p. 100.

[46] *Idem*, p. 49.

[47] *Cfr*. Stephen Neville y Mark, Henrikson, "Perceptions of lesbian, gay and bisexual people of primary healthcare services", *Journal of advanced nursing*, vol. 55, núm. 4, 2006, pp. 507-415; y Deidre A. Shires y Kim Jaffee, "Factors Asociated with Health Care Discrimination Experiences Among a National Sample of Female-to-male transgender individuals", *Health and Social Work*, vol. 40, núm. 2, 2015, pp. 134-141.

La segunda práctica que merma el acceso a la salud está compuesta por cuatro tipos de discriminación que realizan las aseguradoras privadas cuando niegan la posibilidad de aseguramiento por motivos de edad; o cuando cobran primas más caras en razón del género o de alguna discapacidad; o cuando no cubren ciertos padecimientos por considerarlos preexistentes a la contratación del seguro. Todas ellas constituyen prácticas discriminatorias que, como se mostró en el marco jurídico, van en contra de los tratados internacionales firmados por México –con carácter vinculante–, de la Constitución y de La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

De manera específica, la Circular Única de Seguros y Fianzas, fracción III, de la regla 4.5.12, en contra del texto constitucional, permite a las aseguradoras exigir al asegurado estudios clínicos para determinar las enfermedades preexistentes al momento de la contratación. Además del trato inequitativo que señalamos en el apartado 2.2, pensamos que esto es claramente discriminatorio y va en contra del espíritu de los derechos humanos. A manera de ejemplo, la más reciente reforma de salud en Estados Unidos, La Ley de Protección al Paciente y Cuidado de la Salud Asequible (Patient Protection and Affordable Care Act, PPACA) conocida como Obamacare, prohíbe a las aseguradoras pedir este tipo de pruebas e impide negar la cobertura por motivos de preexistencias.

Así, entendemos por discriminación: "una conducta, culturalmente fundada, y sistemática y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de un prejuicio negativo o un estigma relacionado con una desventaja inmerecida, y que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales".[48]

[48] Jesús Rodríguez Zepeda, *¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?*, CONAPRED, México, 2004, p. 18.

Sostenemos que son prácticas discriminatorias pues, de entrada, marcan una división entre los ciudadanos ideales para ser asegurados –varones, sanos, empleados, jóvenes– e imponen un estándar de salud que deja fuera a la mayoría de la población mexicana: mujeres, comunidad LGTBITQ, personas de la tercera edad y personas con algún tipo de discapacidad de manera injusta, inmerecida y sistemática. Crea, además, círculos viciosos asociados a la pobreza que resultan muy difíciles de romper; es decir, esta desigualdad en el trato genera, además, desigualdad económica que, como dijimos antes, hace que incrementen los niveles de pobreza en el país. Pongamos el caso de las mujeres, quienes sabemos que sus ingresos son considerablemente menores que los de los varones y que tienen que cubrir costos más altos en las aseguradoras privadas.

Pero, todavía más importante, impide el acceso a un derecho humano y condiciona el ejercicio de otros derechos y libertades.[49] Como se ve, estamos claramente frente a una injusticia.

La voracidad de las aseguradoras privadas se opone a los principios mínimos de justicia social y de igualdad de oportunidades. Pareciera que los reglamentos de las aseguradoras están por encima de los principios constitucionales y de los compromisos internacionales que México ha adquirido en materia de derechos humanos. Y esto es, tanto jurídica como éticamente, inaceptable.

Permitir el cobro diferenciado en salud es tan aberrante como aprobar el cobro de colegiaturas específicas que plantea el caso hipotético que propusimos en el primer apartado de este artículo. Aunque en ambos casos se trate de servicios ofrecidos por empresas privadas, estas prácticas no deben ser permitidas por la cadena de injusticias y discriminaciones que conllevan.

[49] "En cualquier caso, no sólo se mantiene la referencia a la discriminación como limitación o anulación de libertades y derechos, sino que se amplía su definición para hacerla equivalente a limitaciones de acceso a las oportunidades socialmente disponibles para el grueso de la población". En J. Rodríguez Zepeda, ¿Qué es la discriminación…, *op. cit.,* p. 20.

3. Conclusiones

El "bloque de constitucionalidad" construido a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 y la labor jurisprudencial de la SCJN, particularmente en el caso del Expediente Varios 912/2010 y la Contradicción de Tesis 293/2011, no ha logrado eliminar la discriminación que desde normas secundarias existe en contra de los particulares que no están dentro de los patrones actuariales de riesgo determinados unilateralmente por las compañías aseguradoras.

Dicho de otra manera: pese a que está prohibida la discriminación en México, algunas normas secundarias, como por ejemplo la Circular Única de Seguros y Fianzas, permiten prácticas por parte de las empresas aseguradoras que, en los hechos, generan formas de discriminación que lastiman a los grupos históricamente más débiles (v. gr.: mujeres y adultos mayores).

La labor de creación de normas jurídicas que combatan la discriminación por parte del Poder Legislativo quizá está concluida; sin embargo, no es posible afirmar lo mismo respecto la armonización normativa que cae en la esfera de atribuciones del Poder Ejecutivo. Hoy en día, en materia de seguros de salud, todavía hay normas que permiten un trato diferenciado en razón de la edad o el género de los usuarios de los seguros.

Si bien es verdad que el mercado de los seguros en materia de salud está dominado por personas jurídicas constituidas bajo las normas de derecho privado, y éstas deberían ser quienes adoptasen políticas corporativas que, ajustándose a estándares y normas nacionales e internacionales de protección de derechos humanos, terminaran con las prácticas discriminatorias que durante años han prevalecido en el mercado de las aseguradoras; también es verdad que el Estado mexicano falla en su obligación de promover, proteger, respetar y garantizar el derecho de los mexicanos a la salud.

En el contexto de garantizar el derecho a la salud a los mexicanos, la actividad del Estado no puede únicamente circunscribirse a sancionar a los gobernados que comenten delitos que atentan contra la salud, ya sea que suceda mediante el tráfico de drogas ilícitas, la alteración de medicamentos o la práctica de servicios de salud sin los permisos adecuados, por citar tan solo unos ejemplos. Es decir: para el Estado, garantizar el acceso a la salud no puede limitarse a su labor coercitiva.

Se requiere, además de la coacción, la prevención, educación y difusión de los alcances del derecho humano a la salud, así como la construcción de instituciones que desarrollen y ejecuten modelos actuariales que no sigan tendencias de mercado, las cuales claramente están basadas en una lógica de obtención de lucro, sino que innoven en materia de distribución de riesgos sin caer en prácticas discriminatorias.

La utilidad en la ampliación de la visión de la responsabilidad del Estado en la protección al derecho humano a la salud radica en que la salud es la condición *sine qua non* para disfrutar otros bienes, materiales e inmateriales, así como del desarrollo del plan de vida que cada uno ha elegido para sí mismo.

De esta forma, un trato justo que tendríamos que exigir a las aseguradoras es que todas las pólizas que se vendan dentro del territorio del Estado mexicano deben incluir: consultas, hospitalización, urgencias, servicios de maternidad, pediatría, salud mental, farmacia, laboratorio, servicios de rehabilitación, gestión de enfermedades crónicas y medicina preventiva. Todo ello conforme al artículo 1o constitucional y a los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país.

Permitir que las aseguradoras entiendan, en el contexto del contrato de seguro, a la salud como la simple ausencia de enfermedad es tan obtuso como pretender

afirmar que los medios de transporte están regulados con el reglamento destinado a normar la conducción de las carretas.

El Estado mexicano ha contraído compromisos internacionales que le exigen entender el derecho a la salud como el acceso al disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social; esto debería verse reflejado en las instituciones de derecho público que prestan los servicios, en la legislación de la materia elaborada por el Congreso de la Unión y en la regulación destinada a las empresas aseguradoras.

Que la normatividad técnica redactada desde el Poder Ejecutivo permita a las personas jurídicas de naturaleza privada ofrecer contratos de seguro que asumen una visión minimalista de la salud es inconsistente con el principio de progresividad establecido en nuestra Constitución Política, y esto es algo que el Estado mexicano no puede ignorar.

La protección a la salud que provee el Estado y aquella que promueven los particulares debe de buscar los estándares más altos y partir de una visión holística y no meramente remedial. Alcanzar esta realidad tomará tiempo, pero es imprescindible comenzar a cambiar la normatividad aplicable a los contratos de seguros para revertir tendencias, pues ésta no es una tarea de la que se pueda hacer cargo el mercado. Además, deben prohibirse de manera explícita toda forma de discriminación hacia los ciudadanos mexicanos.

Por todo esto, es necesario que todos los actores involucrados en la prestación de los servicios vinculados al derecho a la salud asuman una definición integral y común: que entiendan a la salud como un derecho y no como un producto; y que se utilicen criterios éticos y del derecho internacional de los derechos humanos en el trato a los pacientes. Por ello, es importante suprimir las discriminaciones; aceptar el curso normal de vida de los ciudadanos y reconocer una

definición amplia de salud que incorpore los estándares internacionales al respecto.

Las limitaciones en el acceso al derecho humano a la salud son de especial importancia pues es algo de lo que nadie puede ser privado sin que se cometa un agravio importante en el desarrollo de su plan de vida.

4. Bibliografía

a. Libros

CARBONELL, Miguel y CARBONELL, José, *El derecho a la salud: una propuesta para México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2013.

CNDH, *Informe de actividades del 1 de enero al 31 de diciembre de 2011*, México, CNDH, 2012.

CONAPRED, Encuesta Nacional sobre Discriminación en México, Resultados generales, México, CONAPRED, 2001.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos,* Trotta, Madrid, 2007.

DANIELS, Norman, *Just Health. Meeting Health Needs Fairly*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

_____, *Just Health Care*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.

DIETERLEN, Paulette (comp.), *Los derechos económicos y sociales, una mirada desde la filosofía*, UNAM, México, 2010.

_____, *Justicia distributiva y salud*, FCE, UNAM, PUB, FFL, CONBIOETICA, México, 2015.

DONNELLY, Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, Ithaca and Londres, 2013.

LÓPEZ-ALONSO, Moramay, *Estar a la altura. Una historia de los niveles de vida en México, 1850-1950*, trad. Marcela Pimentel y Lusarreta, FCE, México, 2015.

MARSHALL Thomas H. y BOTTOMORE Thomas B., *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid, 1998.

MOYN, Samuel, *The Last Utopia: Human Rights in History*, England, The Belknap Press of Harvard University Press, Inglaterra, Cambridge, Massachusetts y Londres, 2010.

NUSSBAUM, Martha, *Las mujeres y el desarrollo humano: el enfoque de las capacidades*, trad. Roberto Bernet, Herder, Barcelona, 2002.

NUSSBAUM, Martha y SEN, Amartya (comp.), *La calidad de vida*, FCE, México, 1996.

OECD, *Estudios de la OCDE sobre los Sistemas de Salud*: *México 2005*, trad. Secretaría de Salud de México, OECD Publishing, París, 2005.

RAWLS, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, trad. Andrés de Francisco Díaz, Paidós Ibérica, Barcelona, 2002.

_____, *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, FCE, México, 2006.

RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús, *¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?*, CONAPRED, México, 2004.

SERRANO, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos*, Flacso, México, 2013.

SHUE, Henry, *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, 2ª ed., Princeton University Press, New Jersey, 1996.

VASAK, Karel, *Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos*, Unesco, París, 1984.

b. Libros electrónicos

INEGI, "Estadísticas a propósito del Día Mundial De La Salud (07 De Abril). Datos Económicos Nacionales", 1 de abril de 2015, http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2015/salud0.pdf [último acceso: 6 de frebrero de 2017].

INEGI, "Clasificación de instituciones del sector salud", http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/aspectosmetodologicos/clasificadoresycatalogos/doc/clasificacion_de_instituciones_de_salud.pdf [último acceso: 6 de frebrero de 2017].

Ley General de Salud, https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/ley-general-de-salud, [último acceso: 6 de frebrero de 2017].

Naciones Unidas, "Declaración Universal de Derechos Humanos", http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf [último acceso: 21 de agosto de 2017].

OCDE, "Estadísticas de la OCDE sobre la salud 2014. México en comparación", http://www.oecd.org/els/health-systems/Briefing-Note-MEXICO-2014-in-Spanish.pdf [último acceso: 6 de frebrero de 2017].

OECD, "Estudios de la OCDE sobre los Sistemas de Salud: México 2016", Trad. Secretaría de Salud de México, Paris, OECD Publishing, 2016, *http://dx.doi.org/10.1787/9789264265523-es* [último acceso: 6 de frebrero de 2017].

ZURITA, Beatriz y RAMÍREZ, Teresita, "Desempeño del sector privado de la salud en México", en funsalud.org.mx, 2003, http://funsalud.org.mx/portal/wp-content/uploads/2013/08/10-Desempenio.pdf, [último acceso: 6 de frebrero de 2017].

c. Artículos

CHERTORIVSKI WOLDENBERG, Salomón y FAJARDO DOLCI, German, "El sistema de salud mexicano: ¿requiere una transformación?", *Gaceta Médica de México*, vol. 148, núm. 6, México, noviembre-diciembre 2012, pp. 502-508.

DANIELS, Norman, "Equality of What: Welfare, Resources, or Capabilities?", *Philosophy and Phenomenological Research*, International Phenomenological Society, vol. 50, Suplemento, otoño 1990, pp. 273-296.

_____, "Why We Should Care About the Social Determinants of Health", *The American Journal of Bioethics*, vol. 15, núm. 3, Harvard School of Public Health, 2015, pp. 37-62.

GROS ESPIELL, Héctor, "Los derechos humanos: derecho constitucional y derecho internacional", *Serie G. Estudios doctrinales*, núm. 161, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1994, pp. 169-186.

GRUSKIN, Sofia y DANIELS, Norman, "Justice and Human Rights: Priority Setting and Fair Deliberative Process", *American Journal of Public Health*, *Government, Politics, and Law,* vol. 98, núm. 9, septiembre 2008, pp. 1573-1577.

JUAN, Mercedes et al., "Universalidad de los servicios de salud en México", *Salud pública*, vol. 55, núm. especial, México, Cuernavaca, 2013, p. 1-64.

LÓPEZ, Francisco, "Evolución de los servicios de salud de la Secretaría de Salud", *Salud Pública de México*, vol. 35, núm. 5, México, septiembre-octubre 1993, pp. 437-439.

LÓPEZ VELA, Valeria, "Acción afirmativa y equidad: un análisis desde la propuesta de Thomas Nagel", *Open Insight*, vol. VII, núm. 12, México, CISAV, julio-diciembre 2016, pp. 51-77.

MUÑOZ PATRARCA, Víctor Manuel, "En busca de mayor justicia social: la descentralización de los servicios de salud y educación en México", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 61, núm. 4, México, octubre-diciembre 1999, pp. 3-21.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, "Las generaciones de derechos humanos", *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, vol. 2, núm. 1, Universidade Federal de Santa Maria, São Paulo 2013, pp. 163-196.

SALONER, Brendan y DANIELS, Norman, "The Ethics of the Affordability of Health Insurance", *Journal of Health, Politics, Policy and Law,* vol. 36, núm. 5, Duke University Press, octubre 2011, pp. 815-827.

SHIRES, Deirdre A. y JAFFEE, Kim, "Factors Associated with Health Care Discrimination Experiences Among a National Sample of Female-to-Male Transgender Individuals", *Health and Social Work*, vol. 40, núm. 2, 2015, pp. 134-141.

STEPHEN Neville y HENRIKSON, Mark, "Perceptions of lesbian, gay and bisexual people of primary healthcare services", *Journal of advanced nursing*, vol. 55, núm. 4, 2006, pp. 507-415.

TAMEZ GONZÁLEZ, Silvia y VALLE ARCOS, Rosa Irene, "Desigualdad social y reforma neoliberal en salud (Social Inequality and Neoliberal Reform in Health)", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 67, núm. 2, México, Universidad Nacional Autónoma de México, abril-junio 2005, pp. 321-356.

URIBE GÓMEZ, Mónica y ABRANTES PÊGO, Raquel, "Las reformas a la protección social en salud en México: ¿rupturas o continuidades?", *Perfiles Latinoamericanos*, núm.. 42, México, julio-diciembre 2013, pp. 135-162.

VASAK, Karel, "La larga lucha por los derechos humanos", *El Correo de la Unesco*, vol. 77, núm. 11, París, UNESCO, noviembre 1977, pp. 29-32.

d. Tesis

Tesis [J.]: 1a. LXV/2008, *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVIII, Julio de 2008, Reg. IUS 169316.

e. Legislación

ACUERDO por el que se incorporarán al seguro facultativo del régimen del seguro social, todas las personas que cursen estudios de nivel medio superior y superior en planteles públicos oficiales del sistema educativo nacional y que no cuenten con la misma o similar protección por parte de cualquiera otra institución de seguridad social, 10 de junio, *Diario Oficial de la Federación*, 1987, México, Tomo CDV, Número 8, México.

Circular única de Seguros y Fianzas, de 19 de diciembre, *Diario Oficial de la Federación*, 2014, Tomo DCCXXXV, Número 17, México.

Código Civil Federal, Sección Tercera, de 31 de agosto, *Diario Oficial de la Federación*, 1928, Tomo XLIX, número 50, México.

Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas, 4 de abril, *Diario Oficial de la Federación*, 2013, Tomo DCCXV, Número 4, México.

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, 11 de junio, *Diario Oficial de la Federación*, 2003, Tomo DXCVII, Número 8, México.

f. Páginas de internet

El Universal, "Piden cambiar modelo a licitación de seguros", 13 de junio de 2016, http://www.eluniversal.com.mx/articulo/cartera/finanzas/2016/06/13/piden-cambiar-modelo-licitacion-de-seguros [último acceso: 6 de febrero de 2017].

El Universal, "Seguros, gobierno federal duplica gasto", 17 de noviembre de 2015, http://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/politica/2015/11/17/seguros-gobierno-federal-duplica-gasto [último acceso: 6 de febrero de 2017].

El Universal, "Una cama de hospital por cada mil mexicanos", 24 de julio de 2015, http://www.eluniversal.com.mx/articulo/periodismo-de-datos/2015/07/24/una-cama-de-hospital-por-cada-mil-mexicanos [último acceso: 6 de febrero de 2017].

GNP, "Gobierno federal adquiere seguro de gastos médicos", 30 de septiembre de 2014, Disponible en: http://www.intermediamexico.com/lib/clip_reporte.php?clave=6513411 [último acceso: 6 de febrero de 2017].

La Razón, "Gana mega póliza para burócratas", 17 de noviembre de 2010, Disponible en: http://www.razon.com.mx/spip.php?article54790 [último acceso: 6 de febrero de 2017].

Secretaría de Salud, "El sistema de salud mexicano, una historia de casi 60 años" http://www.salud.gob.mx/apps/htdocs/gaceta/gaceta_010702/hoja7.html [último acceso: 6 de febrero de 2017].

La Constitución en acción

LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD EN MÉXICO

THE JUSTICIABILITY OF THE RIGHT TO HEALTH IN THE MEXICAN CONSTITUTION

Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena*

Resumen

En el presente artículo se exploran las condiciones normativas que hacen posible la justiciabilidad del derecho a la salud en México, esto es, la forma en que dicho derecho sirve de parámetro de control de validez constitucional. Para ello en el texto se exploran los caminos jurisprudenciales abiertos progresivamente por la Suprema Corte para lograr dicha justiciabilidad y se busca reconstruir la doctrina contemporánea en la materia. Este recorrido se hace a través de la sistematización de los precedentes relevantes de acuerdo a las reformas constitucionales más importantes en el país. En el artículo se argumenta que para determinar el grado de justiciabilidad de un derecho social como el de salud, no basta evaluar el contenido normativo del precepto que lo reconoce, sino principalmente visibilizar las doctrinas jurisprudenciales utilizadas por los tribunales para su aplicación.

Palabras claves: Derecho a la salud, Suprema Corte de Justicia de la Nación, justiciabilidad, derechos sociales, jurisprudencia.

* Agradezco a David García Sarubbi la ayuda en la realización de este artículo.

Abstract

In this paper it is explored the conditions upon which the right to health has become justiciable. It is argued that this has been a historical path opened in part by constitutional amendments, but moreover by judicial precedents of the Mexican Supreme Court. Here, those precedents are put together and assessed in order to get to surface the deep presumptions over which the Constitution in understood to provide rules of decisions in the subject matter. As explained, the Supreme Court has defended different judicial doctrines and to realize the current one we have to look back to those originated in the past.

Keywords: Right to Health, Justiciability, Mexican Supreme Court, Social Rights.

1. Introducción

Hoy en día en México la justicia constitucional es una realidad institucional. La Constitución, promulgada en 1917, es percibida como una norma jurídica y los ciudadanos la invocan ante los tribunales para exigir el cumplimiento de sus contenidos. Ante ello, los Jueces están obligados a aplicar la Constitución como cualquier otra norma jurídica y, conforme a ella cotidianamente revisan la validez de las leyes o, en su caso, determinan si la autoridad se ha ajustado a preceptos –no solo los de amparo sino de cualquier autoridad judicial. Por tanto, no es viable a estas alturas del debate la posición que defienda que algunos preceptos de ese texto solo sean políticos y por tanto sus sentidos normativos en relación a determinadas controversias no sean justiciables. Aunque algunos derechos como los sociales exijan la creación de políticas públicas, los Jueces tienen el encargo de evaluar la regularidad de lo hecho o dejado de hacer por los otros poderes. Así lo ha determinado la Primera Sala en la tesis de rubro "CONSTITUCIÓN. SU CONCEPCIÓN COMO NORMA JURÍDICA".[1]

[1] Véase la Tesis aislada 1a. CXXXV/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; Décima Época; Libro 17, Abril de 2015, Tomo I, Pág. 485. Reg. IUS 2008936, con el siguiente contenido: "Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha ido construyendo la doctrina de que la Constitución es, ante todo, una norma

Dos ejemplos relativamente recientes demuestran la importancia del derecho a la salud para la justicia constitucional e ilustran la forma en la cual el entendimiento jurisprudencial de este derecho tiene incidencia en el cambio social en México, justo a partir del litigio constitucional, por su impacto en las condiciones de creación de política pública.

El ejemplo más conocido en los últimos años es la sentencia emitida recientemente por la Primera Sala de la Suprema Corte el 4 de noviembre de 2015, al resolver el amparo en revisión 237/2014, el cual fue promovido por un grupo de ciudadanos, quienes acudieron ante un Juez de Distrito a solicitar la invalidez de los artículos 237, 245, fracción I, 247 y 248 de la Ley General de Salud que prohibían de manera absoluta el uso lúdico de marihuana, alegando que ello violaba su derecho de intimidad.

Aunque en un primer momento el Juez de Distrito que conoció del caso negó la petición de los demandantes, el caso subió a la Corte en revisión, en la cual se revocó la sentencia y se otorgó la razón a los actores, declarando la invalidez de las referidas, obligando a las autoridades no solo a no interferir en el ejercicio

---

jurídica. Tal situación implica el reconocimiento de las siguientes premisas: (i) en primer término, todo el contenido de la Constitución tiene un valor normativo inmediato y directo, teniendo la posibilidad de facto de desenvolverse en todo su contenido; (ii) adicionalmente, la Constitución requiere de un esquema idóneo que la proteja frente a actos o disposiciones que la pretendan vulnerar, pues su fuerza normativa radica tanto en su capacidad de adaptarse a los cambios de su contexto, así como en su permanencia, la cual no se refiere a una inmutabilidad, sino a su cabal aplicación; y (iii) la Constitución es el fundamento de validez del resto del ordenamiento jurídico, de lo cual se desprende la posibilidad de llevar a cabo un control de regularidad normativa respecto de aquellas disposiciones que la contraríen."

Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha ido construyendo la doctrina de que la Constitución es, ante todo, una norma jurídica. Tal situación implica el reconocimiento de las siguientes premisas: *i)* en primer término, todo el contenido de la Constitución tiene un valor normativo inmediato y directo, teniendo la posibilidad de facto de desenvolverse en todo su contenido; *ii)* adicionalmente, la Constitución requiere de un esquema idóneo que la proteja frente a actos o disposiciones que la pretendan vulnerar, pues su fuerza normativa radica tanto en su capacidad de adaptarse a los cambios de su contexto, así como en su permanencia, la cual no se refiere a una inmutabilidad, sino a su cabal aplicación; y *iii)* la Constitución es el fundamento de validez del resto del ordenamiento jurídico, de lo cual se desprende la posibilidad de llevar a cabo un control de regularidad normativa respecto de aquellas disposiciones que la contraríen."

de los derechos humanos de los quejosos, sino también a parte de los actores jurídicos relevantes a iniciar un debate democrático sobre un posible cambio de aproximación política al problema de las drogas.[2]

En su sentencia, la Corte precisó que el derecho a la salud debía entenderse en sentido amplio para incluir obligaciones a cargo del Estado para proteger a la población. Así, se determinó que el legislador puede emitir legislación que limite la libertad de las personas si ello redunda en la protección de la salud, por lo que una ley que prohíba el consumo de ciertos productos considerados nocivos no resulta inválida por la única razón de interferir con la libertad de la persona de decidir sobre su cuerpo; sin embargo, determinó que en este caso la norma resultaba inconstitucional porque una prohibición absoluta para consumir marihuana por razones lúdicas en cualquier circunstancia, esto es, con independencia del contexto de su consumo, resultaba desproporcionada.[3]

Para sustentar su decisión, la Corte evaluó las razones técnicas en que el legislador basó su medida legislativa sanitaria y concluyó que no existía evidencia suficiente sobre los riesgos de salud pública advertidos en el proceso político. Cabe aclarar que en parte de su sentencia, la Corte advirtió que el legislador podría volver a legislar y que ciertas medidas alternativas menos gravosas podrían superar un estándar de proporcionalidad.

En este caso, la Corte precisó que el derecho a la salud tiene una doble dimensión: una privada y una pública. La primera es aquella que permite a una persona

[2] Véase la Tesis aislada 1a. CCLXXIV/2016 (10a.) de rubro: "INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA AL CONSUMO LÚDICO O RECREATIVO DE MARIHUANA PREVISTA POR LA LEY GENERAL DE SALUD", Primera Sala, Décima época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, Noviembre de 2016, Pág. 901. Reg. IUS 2013142.

[3] Véase la Tesis aislada 1a. CCLXIX/2016 (10a.) de rubro: "TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR LA IDONEIDAD DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMOLÚDICO DE MARIHUANA", Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 36, Tomo II, noviembre de 2016, Pág.914. Reg. IUS 2013155.

exigir en lo individual al Estado ciertas condiciones para gozar del máximo grado posible de bienestar, mientras que la segunda obliga al Estado a brindar protección a la sociedad contra riesgos de salud pública.[4] Lo relevante del precedente es que el criterio de la Suprema Corte interrelaciona el derecho a la salud en su aspecto colectivo con un entendimiento robusto de libertades privadas, y reconoce el poder de los Jueces de evaluar las razones y la evidencia empírica utilizadas por el Congreso de la Unión para determinar la proporcionalidad de las medidas legislativas, como lo fue la prohibición legal absoluta para el consumo lúdico de la marihuana, a la cual declaró irregular en los siguientes términos:

> Así, a pesar de que el "sistema de prohibiciones administrativas" conformado por los artículos de la Ley General de Salud impugnados por los quejosos supera las dos primeras gradas del examen de proporcionalidad, al haberse establecido que se trata de una medida que busca proteger la salud y el orden público y resulta idónea para alcanzar dichos objetivos, esta Primera Sala considera que se trata de una medida que no sólo es innecesaria, al existir medios alternativos igualmente idóneos que afectan en un menor grado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sino que además es desproporcionada en estricto sentido, toda vez que genera una protección mínima a la salud y orden público frente a la intensa intervención al derecho de las personas a decidir qué actividades lúdicas desean realizar.

La Corte determinó que era legítimo que el Estado protegiera a la colectividad contra los riesgos de salud pública asociados al consumo de dicha substancia, pero que en sede de control constitucional deberían declararse inválidas aquellas prohibiciones que fueran desproporcionadas en el goce de libertades esenciales para el libre desarrollo de la personalidad, entendido este como un derecho humano.[5]

---

[4] Véase la Tesis aislada 1a. CCLXVII/2016 (10a.) de rubro: "DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. DIMENSIONES INDIVIDUAL Y SOCIAL.", Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 36, Tomo II, noviembre de 2016, Pág. 895, Reg. IUS 2013137.

[5] Véase la Tesis aislada 1a. CCLXVI/2016 (10a.) de rubro: "PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. ÉSTA PERSIGUE FINALIDADES CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDAS", Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 36, Tomo II, noviembre de 2016. Pág. 903. Reg. IUS 2013144.

Un segundo caso que también ilustra las condiciones actuales de justiciabilidad del derecho a la salud, también se resolvió recientemente por la Suprema Corte. Se trata de la acción de inconstitucionalidad 33/2015, fallada por el Pleno de la Corte el 18 de febrero de 2016, la cual fue interpuesta por la Comisión Nacional de Derechos Humanos contra la Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición del Espectro Autista, la cual tuvo el propósito de establecer protecciones especiales para las personas con la referida condición, ya que la respectiva Comisión consideró que la parte que establecía que las personas que padecieran esta condición tenían el derecho de solicitar a las autoridades sanitarias de carácter federal un certificado de habilitación, con el cual pudieran acreditar sus capacidades personales para incorporarse al mercado laboral, podría resultar violatorio de derechos humanos. Según la ley analizada, en caso de obtenerse el referido certificado se activaba una prohibición de discriminación, que impedía a los probables empleadores negar arbitrariamente una oferta de trabajo a las personas con esa condición.

El Pleno de la Corte declaró inconstitucional de los artículos 3o., la fracción III, 10, la fracción VI, 16, la fracción VI y del 17, la fracción VIII de la Ley General relativa por violación al principio de no discriminación, al considerar que un adecuado entendimiento del derecho a la salud debe excluir la posibilidad de que el Estado clasifique a las personas en términos de sus condiciones de salud cuando ello sea innecesario, no obstante lo haga con una buena intención. Esto es, el legislador debe ser cuidadoso al momento de pretender imponer medidas niveladoras en beneficio de grupos vulnerables por razón de salud, ya que no lo debe hacer a costa de generar una estigmatización en su contra que reproduzca la desigualdad estructural presente en la sociedad.[6]

[6] Véase la Tesis P./J. 15/2016 (10a.), del rubro "ESPECTRO AUTISTA. LOS ARTÍCULOS 3, FRACCIÓN III, 10, FRACCIÓN VI, 16, FRACCIÓN VI, Y 17, FRACCIÓN VIII, DE LA LEY GENERAL PARA LA ATENCIÓN Y PROTECCIÓN DE PERSONAS CON ESA CONDICIÓN, QUE PREVÉN LO RELATIVO AL CERTIFICADO DE HABILITACIÓN, VIOLAN LOS DERECHOS HUMANOS A LA IGUALDAD, A LA LIBERTAD DE PROFESIÓN Y OFICIO, ASÍ COMO

En su sentencia, la Corte precisó que la obligación de no discriminación no podía condicionarse a ninguna opinión médica, sino que esa debía entenderse desde antes con el quinto párrafo del artículo 1o. constitucional y advirtió de los riesgos constitucionales generados por una ley de este tipo en los siguientes términos:

> En ese sentido, la peculiaridad de que las personas con la condición de espectro autista sean el único grupo de la población que requiera de un certificado de habilitación para hacer constar sus aptitudes laborales, no sólo pone en situación de desventaja a las personas que cuenten con tal condición, sino que puede contribuir, indeliberadamente, a la formación o fortalecimiento de prejuicios y estereotipos sobre las personas que cuenten con tal discapacidad, es decir, es susceptible de generar la percepción de que tales personas cuentan con atributos o cualidades 'distintas' o 'anormales' respecto de las del resto de la población, y por ello, es necesario que requieran de un documento que avale sus aptitudes laborales; lo que consecuentemente tiene un efecto estigmatizante –la creación de una división entre 'nosotros' y 'ellos'– que resulta contrario a las obligaciones que ha contraído el Estado mexicano respecto al derecho humano de igualdad y no discriminación de las personas que cuenten con alguna discapacidad, e inclusive, a uno de los cometidos que el legislador federal pretendió lograr al expedir la ley impugnada, a saber, que su aplicación gener[e] nuevos hábitos de conducta social y […] propici[e] cambio cultural entre los mexicanos de respeto a la diversidad de personas y sus comportamientos.

Como se observa con estos dos ejemplos iniciales, el derecho a la salud es un contenido de primera importancia en el texto constitucional, ya que se reconoce como un derecho humano y, por tanto, un parámetro de control constitucional de la conducta de las autoridades políticas. Consecuentemente, en la jurisprudencia mexicana, el derecho a la salud se ha utilizado como parámetro de validez de las leyes y como fundamento para obligar a las autoridades de los distintos niveles de gobierno a realizar ciertas cosas. La jurisprudencia mexicana

---

AL TRABAJO DIGNO Y SOCIALMENTE ÚTIL, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 33, Tomo I, agosto de 2016, Pág. 483. Reg. IUS 2012302.

se basa en la premisa de que no solo las autoridades sanitarias de naturaleza están sujetas a control judicial, sino también –y de manera destacada– el legislador democrático.

En lo que sigue explicaré las condiciones que en México permiten la justiciabilidad del derecho a la salud y finalmente reconstruiré la concepción que de este derecho tiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como máximo intérprete de la Constitución.

La exposición la divido en cuatro apartados. En la primera parte presento las características básicas de la Constitución mexicana y el trayecto necesario que llevó al reconocimiento del derecho a la salud como parámetro de validez constitucional; en la segunda parte presento lo que, en mi forma de ver, es una caracterización de la jurisprudencia mexicana respecto al derecho a la salud y, en la tercera parte, lo que considero es la concepción actual de la Suprema Corte sobre el derecho a la salud, destacando algunos de los casos más relevantes de los últimos años, los cuales coinciden con la época en la cual la Corte se consolidó como un genuino tribunal constitucional –a partir de las reformas constitucionales de 1994 y 2011–. Finalmente, expondré algunas conclusiones.

2. La Constitución mexicana y el derecho a la salud

La Constitución mexicana cumple este año su primer centenario, ya que fue promulgada en 1917. Para el tema que nos ocupa importa destacar que fue la primera Constitución en el mundo en establecer un listado de derechos sociales, los cuales se reconocieron en ese texto como producto de las conquistas sociales de la Revolución mexicana de 1910, con las cuales se buscó superar las debilidades del liberalismo decimonónico reflejado en la Constitución de 1857.

La premisa social de esta nueva Constitución fue que el Estado debía intervenir en las relaciones sociales y económicas en beneficio de los grupos más vulnerables, superando la idea de que aquel debe mantenerse ajeno de las relaciones sociales y económicas. Por tanto, el posterior reconocimiento del derecho a la salud se realizó sobre la base de esta concepción, la cual asigna una responsabilidad más robusta al Estado respecto de las condiciones materiales de los grupos más vulnerables.

Así, a partir de la promulgación de la Constitución actual, las clases campesina y trabajadora se constituyeron como protagonistas de un nuevo constitucionalismo social, como titulares iniciales de lo que hoy podríamos denominar genuinos derechos sociales, con lo cual se inaugura el Estado benefactor como correlato. Por ello, no es posible desvincular el reconocimiento de derechos-prestaciones, incluido el de salud, del artículo 25 de la Constitución, en el cual se asigna al Estado la competencia de intervenir en la vida económica, participar en la planificación de los mercados y, de alguna manera, emprender políticas de redistribución de la riqueza.

Con base en esta nueva filosofía constitucional, en el texto original de 1917 se garantizaron los derechos a la educación, al trabajo, a la tierra agraria. No obstante, debe recordarse que al mismo tiempo la Constitución reiteró su compromiso previo, plasmado en la Constitución de 1857, de proteger derechos típicamente liberales, como el de propiedad, debido proceso, autonomía, legalidad, entre otros, lo cual es relevante para la jurisprudencia actual. Recuérdese que al resolver el amparo en revisión 237/2014, relativo al consumo lúdico de la marihuana, la Corte precisó que el derecho a la salud también comporta el ejercicio de libertades, lo cual es conforme con una Constitución social que se aprueba sobre una tradición liberal.[7]

[7] Véase, por ejemplo la tesis aislada 1a. CCLX/2016 (10a.). de rubro: "DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. LA PROHIBICIÓN PARA EL AUTOCONSUMO DE MARIHUANA CONTENIDA EN LA

Sin embargo, en el texto original de 1917 no se reconocía el derecho a la salud. Ello se logró hasta la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de febrero de 1983, para introducirse en el cuarto párrafo del artículo 4o. de la Constitución, conservado hasta estos días de la siguiente manera:

> **Artículo 4.** […]
>
> Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Como se observa, la norma constitucional reconoce a partir de ese momento un derecho a la protección de la salud y, establece que sea la federación, a través del Congreso de la Unión con la emisión de una ley general, que se reparta las competencias y responsabilidades relativas para establecer lo que ahora se conoce como un sistema nacional de salud, no obstante, como de inmediato procedo a demostrar, no puede tenerse a 1983 como el año inaugural de la vida constitucional del derecho a la salud.

Sin embargo, antes de precisar sus verdades originales es necesario precisar que en la actualidad el reconocimiento del derecho a la salud no se agota en el art. 4o. constitucional, al tener fronteras más amplias que desde ahora conviene tener presentes.

En junio de 2011 se reformó la Constitución de una manera estructural, especialmente en su artículo 1o, para establecer que los derechos humanos se reconocen con jerarquía constitucional y no solo aquellos previstos en el texto constitucional sino todos aquellos contenidos en tratados internacionales de los

---

LEY GENERAL DE SALUD INCIDE PRIMA FACIE EN EL CONTENIDO DE DICHO DERECHO FUNDAMENTAL", Primera Sala. Décima Época. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 36, Noviembre de 2016, Pág. 897. Reg. IUS 2013139.

que el Estado mexicano sea parte. Al resolver la contradicción de tesis 293/2011 el 3 de septiembre de 2013, el Pleno de la Suprema Corte determinó que esta reforma constitucional implicó una ampliación del parámetro de control constitucional para incorporar la fuente convencional, previéndose los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad y pro persona como elementos articuladores de ese parámetro, a menos que en el texto constitucional se contenga una restricción expresa.[8] Igualmente, la Corte ha concluido que toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los Jueces nacionales.[9]

En el artículo 1o constitucional no se distingue entre derechos sociales y los civiles o políticos, por ejemplo. En el tercer párrafo del referido precepto se establece sin distinción que "[t]odas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley." Esta redacción generó la interpretación de la Suprema Corte de que dichos principios y obligaciones aplican de manera idéntica para todos los derechos humanos, sin importar si se trata de derechos sociales, esto es, todos son igualmente exigibles bajo el mismo tipo de obligaciones y principios interpretativos.[10]

---

[8] Véase la tesis jurisprudencial P./J. 20/2014 (10a.), de rubro: "DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 5, Tomo I, abril de 2014. Pág. 202. Reg. IUS 2006224.

[9] Véase la tesis jurisprudencial P./J. 21/2014 (10a.), de rubro: "JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA." Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 5 , Tomo I, abril de 2014, Pág.204. Reg. IUS 2006225.

[10] Tesis aislada 1a. CCXCII/2016 (10a.) de rubro "PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD. ES APLICABLE A TODOS LOS DERECHOS HUMNOS Y NO SÓLO A LOS LLAMADOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES". Primera

Recapitulando estos elementos, en diversos precedentes la Suprema Corte ha determinado que debe entenderse que el derecho a la salud en México no sólo se integra con el artículo 4o. constitucional, sino principalmente con el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual establece "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", por lo que debe entenderse "incorporado" a nuestro parámetro de control constitucional según los estándares internacionales en la materia, incluidos los jurisprudenciales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[11] Una pregunta relevante, sin embargo, es la determinación del valor jurídico de las observaciones y demás instrumentos emitidos por Comités y demás órganos internacionales facultados para interpretar los tratados internacionales. Aunque frontalmente en los precedentes no ha respondido a esta interrogante, la Suprema Corte ha utilizado la Observación 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, principal instrumento interpretativo en la materia, como un genuino referente para interpretar a su vez a la Constitución mexicana.[12]

Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 37, Tomo I, diciembre de 2016, Pág. 379. Reg. IUS, 2013217.

[11] Véase, por ejemplo, la tesis aislada 2a. CVIII/2014 (10a.), de rubro: "SALUD. DERECHO AL NIVEL MÁS ALTO POSIBLE. ÉSTE PUEDE COMPRENDER OBLIGACIONES INMEDIATAS, COMO DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO". Segunda Sala. Décima Época. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 12, Noviembre de 2014, Pág. 1192. Reg. IUS 2007938.

[12] Así lo determinó el Tribunal Pleno de la Suprema Corte, al resolver el amparo en revisión 315/2010 de 28 de marzo de 2011, del cual derivó la tesis aislada P. XVI/2011. rubro y texto: "DERECHO A LA SALUD. IMPONE AL ESTADO LAS OBLIGACIONES DE GARANTIZAR QUE SEA EJERCIDO SIN DISCRIMINACIÓN ALGUNA Y DE ADOPTAR MEDIDAS PARA SU PLENA REALIZACIÓN". Pleno. Novena Época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXXIV, Agosto de 2011, Pág. 29. Reg. IUS 161333; de texto:

"de Del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, según el cual toda persona tiene derecho a la salud, derivan una serie de estándares jurídicos de gran relevancia. El Estado Mexicano ha suscrito convenios internacionales que muestran el consenso internacional en torno a la importancia de garantizar al más alto nivel ciertas pretensiones relacionadas con el disfrute de este derecho, y existen documentos que esclarecen su contenido y alcance jurídico mínimo consensuado. Así, la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, por ejemplo, dispone que el derecho a la salud garantiza pretensiones en términos de disponibilidad, accesibilidad, no discriminación, aceptabilidad y calidad de los servicios de salud y refiere que los poderes públicos tienen obligaciones de respeto, protección y cumplimiento en relación con él. Algunas de estas obligaciones son de cumplimiento inmediato y otras de progresivo, lo cual otorga relevancia normativa a los

Aunque actualmente el derecho a la salud se encuentre reconocido constitucionalmente con estos elementos, sin embargo, como había anticipado, estrictamente su historia constitucional no inició con su introducción textual en la Constitución en 1983, ya que, en mi opinión, se remonta a su texto original en 1917 cuando, con motivo del sentido social del movimiento constituyente, se estableció en el artículo 123 el derecho al trabajo y de manera incipiente se delineó un sistema de seguridad social, el cual fue retomado y enmendado en distintas reformas constitucionales posteriores para dar lugar a una amplia regulación constitucional en esa materia. Incluso en México, la seguridad social es una materia constitucional independiente y siempre se ha considerado que uno de sus elementos es el derecho a la salud.

En efecto, en México existen cuatro sistemas de seguridad social con los cuales se busca lograr la universalidad de los servicios de salud, cuya creación precede a la reforma constitucional que introdujo el derecho a la salud. En primer lugar se encuentra el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) creado por ley en 1943, como un régimen obligatorio para todos los trabajadores privados, esto es, para los trabajadores del Apartado A del artículo 123 constitucional; en segundo lugar se encuentra el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) creado en 1959 para los trabajadores del Estado, esto es, para aquellos regidos por el apartado B de ese mismo precepto legal; en tercer lugar se encuentra el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas

avances y retrocesos en el nivel de goce del derecho. Como destacan los párrafos 30 y siguientes de la Observación citada, aunque el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé la aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que representa la limitación de los recursos disponibles, también impone a los Estados obligaciones de efecto inmediato, como por ejemplo las de garantizar que el derecho a la salud sea ejercido sin discriminación alguna y de adoptar medidas para su plena realización, que deben ser deliberadas y concretas. Como subraya la Observación, la realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado periodo no priva de contenido significativo a las obligaciones de los Estados, sino que les impone el deber concreto y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia su plena realización. Al igual que ocurre con los demás derechos enunciados en el Pacto referido, continúa el párrafo 32 de la Observación citada, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud."

Armadas Mexicanas (ISSFAM), establecido por el Congreso en 1976, el cual, como su nombre lo indica, tiene como beneficiarios a los integrantes de las fuerzas armadas y, finalmente, se encuentra el último sistema de seguridad social creado en el 2003, el Sistema de Protección Social en Salud (Seguro Popular), el cual es residual para atender al resto de la población no cubierta con los otros sistemas. Este último es muy relevante, pues con él se busca lograr la universalidad de los servicios de salud a toda la población.

En otras palabras, en México existen dos caminos recorridos para constitucionalizar el derecho a la salud. Por una parte, se encuentra la vía de su reconocimiento como un derecho humano en 1983, el cual encontró su culminación en 2011 cuando se incorporaron como jerarquía constitucional los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Por otra parte, se encuentra aquel iniciado en 1917 con la promulgación del texto constitucional, cuando se previó un sistema de seguridad social que lo consideró como uno de sus componentes esenciales.

Este entendimiento ha generado que en la jurisprudencia mexicana a veces se traslapen ambos caminos para lograr la justiciabilidad de este derecho. Un ejemplo de lo anterior es la resolución de la acción de inconstitucionalidad 19/2015, por parte del Pleno de la Suprema Corte el 7 de octubre de 2015, el cual fue interpuesto por la Comisión Nacional de Derechos Humanos contra el artículo 10, entre otros, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Gobierno y Municipios del Estado de Baja California, en la parte en que condicionaba el disfrute de los beneficios de seguridad social de los trabajadores y sus familiares derechohabientes a que el Instituto local de seguridad social recibiera la totalidad de cuotas y aportaciones de los patrones.

Varios de los sistemas de seguridad social en México se financian con las cuotas o aportaciones otorgadas por sus miembros o por los empleadores de los beneficiarios –ya sea el Estado o las empresas privadas– por lo que una pregunta

constitucional de primera importancia en México era si las leyes podían habilitar a las autoridades de seguridad social a negar servicios de salud a sus causahabientes si constataban una falta de pago de cuotas por parte de los empleadores de estos.

La Corte determinó que la norma era inconstitucional porque violaba ambos derechos, a la salud y a la seguridad social y estableció el criterio de que los servicios de salud deben otorgarse con independencia de la conducta de los patrones.[13] En la sentencia se precisó:

> Estos razonamientos permiten concluir que, en atención al derecho al acceso a los servicios de salud previsto en el artículo 4o. constitucional, y el derecho a la seguridad social previsto en el artículo 123 constitucional, que garantiza el acceso a servicios de salud que brindan las instituciones públicas de seguridad social, no se puede restringir el acceso de los derechohabientes a los beneficios inherentes al seguro de salud, como lo es la atención médica y hospitalaria, así como suministro de medicamentos entre otras, por la falta de entero oportuno de las cuotas de seguridad social correspondientes, ya que se trata de una responsabilidad que corresponde exclusivamente al Estado en su carácter de patrón y no a los trabajadores.

Este caso demuestra cómo la Corte está dispuesta a someter a escrutinio de validez las leyes que afecten el derecho a la salud, no solo desde la perspectiva de este derecho humano, sino también desde la perspectiva del derecho a la seguridad social.

Habiendo precisado las condiciones de reconocimiento del derecho a la salud en la Constitución mexicana y su peculiar historia, estamos en condiciones de comprender de mejor manera la jurisprudencia respectiva.

---

[13] Véase la tesis jurisprudencial P./J. 26/2016 (10a.). de rubro: "SEGURIDAD SOCIAL. ES INCONSTITUCIONAL EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL GOBIERNO Y MUNICIPIOS DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA, AL CONDICIONAR EL DISFRUTE DE LOS BENEFICIOS A LA RECEPCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LAS CUOTAS Y APORTACIONES". Pleno. Décima Época. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 35, Octubre de 2016, Pág. 292. Reg. IUS 2012806.

3. La jurisprudencia mexicana del derecho a la salud

A diferencia de otros países de la región, como Colombia, México no presenta las características de activismo judicial en la materia, esto es, no hemos tenido la situación en la cual nuestro tribunal constitucional se enfrenta con los poderes públicos para diseñar un sistema de salud, pues a lo largo de nuestra historia constitucional el legislador ha sido muy activo. A lo largo del siglo XIX, los Jueces emitieron los criterios que más sirvieron a pavimentar el camino para que el legislador emitiera diseños legislativos en la materia. Existen dos etapas jurisprudenciales que vale la pena destacar.

La primera etapa transcurrió de 1940 a 1994. En ésta, la jurisprudencia de la Corte buscó el fortalecimiento de los sistemas de seguridad social, otorgándole valor normativo a las leyes que los regulan y buscó fortalecer las competencias del legislador para regular los sistemas de seguridad social, quien, insisto, fue el protagonista de la época al emitir legislaciones generales muy detalladas, creando tres de los cuatro sistemas de seguridad social. Antes de 1940 no es posible identificar un cuerpo relevante de criterios judiciales en la materia, por lo que la excluiré del análisis desde ahora.

La jurisprudencia generada a partir de la década de 1950 y hasta el inicio de 1995 puede caracterizarse por el ánimo judicial de fortalecer las facultades de los sistemas de seguridad social (especialmente el IMSS), para hacerse de los recursos necesarios para sostener el paquete de prestaciones sociales en beneficio de los trabajadores, ocupando un lugar central los servicios de salud. El gran destinatario de esta primera línea jurisprudencial fue el sector patronal, siendo el principal litigante en resistirse a la densidad de obligaciones impuestas por las leyes reglamentarias del artículo 123 constitucional, especialmente, el pago de

cuotas y aportaciones para financiar el sistema, así como las sanciones establecidas en caso de incumplimiento.

En concordancia con las leyes, la Corte dedicó gran cantidad de precedentes en insistir que el pago de cuotas de seguridad social se debía caracterizar de manera equivalente a un crédito fiscal, por lo que se concluyó que el Estado cuenta con amplias facultades para ejecutar su pago. Los casos conocidos por la Corte radicaron en determinar los amplios alcances de esas facultades cuasi-fiscales para cobrar y ejecutar los referidos créditos.[14]

Aunque el patrón fue el principal sujeto de la jurisprudencia de esta etapa, no puede desconocerse que también la Suprema Corte analizó las condiciones de exigencia de los derechos de los trabajadores frente a las autoridades de seguridad social, justo para garantizar su acceso a las instituciones que prestan los servicios de salud.

Así, los Jueces constitucionales se dedicaron a desentrañar los contenidos de las leyes respectivas, a aclarar las responsabilidades de cada actor y a establecer

[14] Véase, por ejemplo, las tesis como: Tesis aislada de rubro "SEGURIDAD SOCIAL, LAS CUOTAS PARA EL, TIENEN LA CALIDAD DE CRÉDITOS FISCALES", Segunda Sala, Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo CXIV, Pág. 424. Reg. IUS 316963; Tesis P./J. 38/97 de rubro "SEGURO SOCIAL, LEY DEL. AUNQUE LOS CAPITALES CONSTITUTIVOS TIENEN EL CARÁCTER DE CONTRIBUCIONES QUNQUE DIVERSAS A LOS IMPUESTOS, DERECHOS Y CONTRIBUCIONES DE MEJORAS Y DEBEN CUMPLIR CON EL REQUISITO DE EQUIDAD DE ACUERDO A SU NATURALEZA ESPECÍFICA", Pleno, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo V, Junio 1997, Pág. 100, Reg. IUS 198410; Tesis P. LIII/96 de rubro "APORTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL, SU RECAUDACIÓN SE DESTINA A LOS GASTOS PÚBLICOS", Pleno, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo III, Abril de 1996, Pág. 65, Reg. IUS 200139. Tesis P. LIV/96 de rubro "APORTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL. EL CONGRESO DE LA UNIÓN TIENE FACULTADES PARA DECRETARLAS", Pleno, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo III, Abril de 1996, Pág. 65, Reg. 200138; Tesis 1a. CCIX/2005, de rubro: "SEGURIDAD SOCIAL. EL ARTÍCULO 37 DE LA LEY RELATIVA NO VIOLA LA GARANTÍA DE PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA, POR OBLIGAR AL PATRÓN A CUBRIR LAS CUOTAS OBRERO PATRONALES, MIENTRAS NO PRESENTE ANTE EL INSTITUTO EL AVISO DE BAJA DE SUS TRABAJADORES", Primera Sala, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIII, Enero de 2006. Pág. 746. Reg. IUS 176118 y Tesis aislada (laboral), de rubro "SEGURO SOCIAL, LAS CUOTAS A CARGO DEL PATRON Y EN BENEFICIO DE SUS TRABAJADORES, NO CONSTITUYEN UNA PRESTACIÓN QUE SE ENTREGUE AL TRABAJADOR POR SU TRABAJO", Cuarta Sala, Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, Vol. 217-228, Pág. 50, Reg. IUS 242581.

criterios que permitieran la resolución de los conflictos entre las partes, pero siempre a la luz de las leyes. Por eso no debe extrañar que en esta etapa no se observe que los Jueces invoquen un derecho fundamental previsto en la Constitución para controlar la validez de las leyes. Lo relevante era apuntalar al Congreso de la Unión como actor protagonista del sistema.

Corolario del sentido de esta etapa jurisprudencial es la existencia de distintos criterios preocupados por aclarar el alcance de las facultades concurrentes en materia de salud, precisando en diversos temas los equilibrios específicos de responsabilidades entre los estados y la federación; con lo cual, desde la perspectiva del modelo federal también se buscó apuntalar al Congreso de la Unión como protagonista del sistema de salud.[15]

Esta caracterización no pretende afirmar que en esta etapa no hayan existido litigios entablados para exigir el cumplimiento del derecho a la salud sino, más precisamente, que éstos, bajo el paradigma de la época, se terminaron resolviendo en el ámbito de legalidad y no en el de la constitucionalidad, esto es, conforme un parámetro de control integrado con la gran cantidad de leyes en la materia.

En suma, en esta primera etapa la justiciabilidad del derecho a la salud se consolidó a partir del gran número de litigios entablados sobre la aplicación de leyes reglamentarias altamente prestacionales y con un alto grado de densidad normativa (incluso de detalle), pues este derecho fue entendido como parte del

[15] Véase, por ejemplo, las tesis P./J. 6/2010 de rubro "ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL. ESTÁ FACULTADA PARA LEGISLAR EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES", Pleno, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Tomo XXXI, febrero de 2010, Pág. 2312, Reg. IUS 165339; y la tesis aislada 1a./J. 44/2009 de rubro "SALUD. EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 271 DE LA LEY GENERAL RELATIVA NO INVADE EL ÁMBITO COMPETENCIAL DE TITULARIDAD ESTATAL CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 5o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS". Primera Sala. Novena Época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXIX, Abril de 2009, Pág. 514. Reg. IUS 167367.

derecho a la seguridad social, el cual siempre se entendió como una responsabilidad del legislador. Esto explica que la jurisprudencia de esta primera etapa haya otorgado una gran deferencia al Congreso de la Unión para determinar los contenidos prestacionales debidos de la seguridad social, relegando las cuestiones interpretativas a un ámbito de legalidad.

Sin embargo, es necesario precisar que la amplitud de los paquetes de servicios de salud puso en peligro la viabilidad de las finanzas del Estado, ya que las cuotas y aportaciones de los patrones y del Estado no eran suficientes para financiar el sistema, lo que generó que en el 2007 se abrogara la Ley del ISSSTE y se aprobara una nueva ley que abordara los problemas de financiamiento y reacomodara el paquete de prestaciones, momento histórico aquel que coincidió con el cual la Suprema Corte empezó a retirar el derecho a la salud del ámbito de legalidad para ubicarlo en uno de constitucionalidad.[16]

La **segunda etapa** de la jurisprudencia transcurre de 1994 a la fecha. Ésta inició con una reforma constitucional de gran calado con la cual se transformaron las competencias de la Suprema Corte para convertirla en un tribunal constitucional,

[16] Véase, por ejemplo, las tesis: P./J. 152/2008 de rubro "ISSSTE. EL ARTÍCULO 19, FRACCIÓN I, DE LA LEY RELATIVA, NO ES VIOLATORIO DE LAS GARANTÍAS DE PROTECCIÓN A LA SALUD Y DE SEGURIDAD SOCIAL (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ABRIL DE 2007)", Pleno, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, , Tomo XXX, Noviembre de 2009, Pág. 10. Reg. IUS 165972.

Tesis jurisprudencial P./J. 122/2008, de rubro "ISSSTE. LOS ARTÍCULOS CUARTO A NOVENO TRANSITORIOS DE LA LEY RELATIVA, AL EXCLUIR A LAS PERSONAS QUE A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY SE ENCUENTREN PENSIONADAS, NO VIOLAN LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA, ASÍ COMO EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 14, 16 Y 123 CONSTITUCIONALES (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ABRIL DE 2007)", Pleno, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación,* Tomo XXVIII, octubre de 2008. Pág. 56. Reg. IUS 168623.

Tesis jurisprudencial P./J. 184/2008, de rubro "ISSSTE. LA LEY RELATIVA ES REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN XI, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ABRIL DE 2007)". Pleno. Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Tomo XXX septiembre de 2009, Pág. 30. Reg. IUS 166386.

Tesis P./J. 188/2008 de rubro "ISSSTE. EL ARTÍCULO 25, PÁRRAFOS SEGUNDO Y TERCERO, DE LA LEY RELATIVA, AL PERMITIR LA SUSPENSIÓN DE LOS SEGUROS OBLIGATORIOS, ES VIOLATORIO DE LOS ARTÍCULOS 4o. Y 123, APARTADO B, FRACCIÓN XI, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ABRIL DE 2007)".Pleno. Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Tomo XXVIII, octubre de 2008, Pág.14. Reg. IUS 168651.

especialmente, con la introducción de las acciones de inconstitucionalidad y la reglamentación de las controversias constitucionales (incipientemente previstas desde el texto original de 1917), así como con la remoción de las facultades de administración del Poder Judicial de la federación, con lo cual la Corte asumió una responsabilidad para empezar a dar contenido independiente a los distintos sentidos de los preceptos constitucionales.[17]

En la última parte de esta etapa se da la exploración del derecho a la salud como un derecho humano propio y se exploran sus condiciones de vinculación con el derecho internacional de los derechos humanos, motivado principalmente por la reforma constitucional de junio de 2011. Aunque se siga otorgando deferencia al legislador para regular el sistema de salud en esta etapa, la Corte ha determinado que existen contenidos constitucionales que no son de libre configuración como lo eran previamente y ha determinado que en su responsabilidad está el cuidar que se ejecuten medidas de reparación en caso de violación.[18]

Los criterios generados por la Corte en esta época se han vinculado con el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente, con motivo de la reforma en materia de DDHH de 2011, pues el derecho a la salud del 4o constitucional se ha abierto para formar un solo contenido normativo con el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y dar nacimiento al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Con ello, este derecho si bien no se desvincula con las aspiraciones sociales del movimiento de 1917, la Corte ha deter-

[17] Véase por ejemplo, la tesis jurisprudencial P./J. 98/99 de rubro "CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTORIZA EL EXAMEN DE TODO TIPO DE VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL." Pleno. Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Tomo X, septiembre de 1999. Pág. 703. Reg. IUS 193259.

[18] Véase la tesis aislada 1a. CCCXLIII/2015 (10a.). de rubro: "DERECHO A LA SALUD. ALGUNAS FORMAS EN QUE LAS AUTORIDADES DEBEN REPARAR SU VIOLACIÓN". Primera Sala. Décima Época. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 24, Noviembre de 2015, Pág. 969. Reg. IUS 2010420.

minado su finalidad es la de garantizar la dignidad de las personas, la cual es una norma jurídica.[19]

La Suprema Corte ha determinado que el derecho a la salud sirve para controlar un complejo de obligaciones del Estado en la materia y no sólo aquellas relacionadas con la prestación de servicios de salud, haciendo propia la Observación 14 del Comité de los Derechos Sociales, Culturales y Económicos. Así lo determinó el Pleno al resolver el amparo en revisión 315/2010 el 28 de marzo de 2011, y previamente la Primera Sala al resolver el diverso amparo en revisión 173/2008 el 30 de abril de 2008, en asuntos cuyos tópicos versaron sobre leyes que buscaban proteger a las personas contra daños de salud pública, como es el tabaco y la profesionalización de determinadas cirugías.

Estas premisas renovadas han permitido a la Primera Sala, establecer que el derecho a la salud es justiciable incluso en las relaciones entre particulares. Al resolver el amparo en revisión 584/2013 el 5 de noviembre de 2014, en una caso relacionado con la responsabilidad extra contractual de un hospital privado, determinó que el Estado tiene una serie de obligaciones en relación a los actores privados y respecto del mercado de servicios médicos, por lo que no puede sostenerse la existencia de una separación clara entre lo público y lo privado. Por ello, los hospitales privados no solo se obligan en términos de derecho privado, sino que también deben cumplir con ciertos estándares materiales exigibles para garantizar el derecho a la salud, de tal forma que las acciones de los sujetos privados pueden someterse a escrutinio judicial conforme a ciertos estándares de derechos humanos en la materia, lo cual se basó en la premisa de que

[19] Véase la tesis jurisprudencial 1a./J. 37/2016 (10a.) de rubro "DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA." Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 33 ,Tomo II, agosto de 2016, Pág. 633. Reg. IUS 2012363.

los usuarios de los servicios de salud privados se encuentran en una relación asimétrica.[20]

Como se observa, la pregunta que se planteó a la Sala era si los conflictos entre los hospitales privados y los pacientes debían resolverse exclusivamente por referencia al derecho civil o si por el contrario, debían introducirse elementos del parámetro de control constitucional; y la Corte respondió afirmativamente por la inclusión de los estándares de derechos humanos.

Con base en estas mismas premisas, la Primera Sala ha resuelto que en los casos de responsabilidad patrimonial del Estado, en términos del artículo 109 constitucional, deben considerarse las exigencias del derecho a la salud. Así, al resolver el amparo directo en revisión 10/2012 el 11 de abril de 2012, respecto de un caso en el cual se reclamaba responsabilidad patrimonial por un mal servicio médico de una institución pública, concluyó que:

> La responsabilidad objetiva del Estado no se origina por cualquier daño causado, sino que éste debe ser consecuencia de su actuar administrativo irregular, es decir, derivado del incumplimiento de los deberes legales de los servidores públicos, establecidos en leyes o reglamentos. Sin embargo, tratándose de la prestación de los servicios de salud pública, dicha responsabilidad también se origina por el incumplimiento de las prescripciones de la ciencia médica, al desempeñar sus actividades, esto es, por no sujetarse a las técnicas médicas o científicas exigibles para dichos servidores –*lex artis ad hoc*–, o al deber de actuar con la diligencia que exige la lex artis.[21]

[20] Tesis aislada 1a. CXXII/2015 (10a.) de rubro "SERVICIOS DE SALUD. LAS OBLIGACIONES DEL PERSONAL MÉDICO DERIVADAS DE SU PRESTACIÓN EN LOS HOSPITALES PRIVADOS NO SE LIMITAN A LAS DISPOSICIONES DE DERECHO PRIVADO", Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Tomo II, Libro 16, marzo de 2015, Pág. 1117. Reg. IUS 2008751; así como T[A] 1a. CXX/2015 (10a.) de rubro "SERVICIOS DE SALUD PRESTADOS POR HOSPITALES PRIVADOS. SUS USUARIOS CONSTITUYEN UN GRUPO EN CONDICIÓN ASIMÉTRICA, AUN CUANDO NO SE IDENTIFIQUE CON UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA O UN ESTEREOTIPO." Primera Sala. Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 16, Marzo de 2015, Tomo II, Pág. 1118, Reg. IUS 2008752.

[21] Tesis aislada 1a. CLXXII/2014 (10a.), de rubro "RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA PRESTACIÓN DEFICIENTE DE LOS SERVICIOS DE SALUD PÚBLICA. CUÁNDO SE CONFIGURA LA

En mi opinión, estos dos son ejemplos demuestran la amplificación del ámbito de control constitucional: *1)* la amplificación de la justiciabilidad del derecho a la salud en las relaciones entre particulares (relación hospital o médico/paciente) y *2)* de la justiciabilidad de los servicios prestados directamente por el Estado en términos de calidad, haciéndolo responsable por su negligencia. Ambas ampliaciones hechas al ámbito nuclear del derecho a la salud que son los servicios médicos, respecto de los cuales la Corte ha determinado su justiciabilidad.[22]

Esto contrasta con la primera etapa de la jurisprudencia mexicana. A diferencia de ésta, en la última etapa de la jurisprudencia la Corte mexicana ha tenido una producción importante de criterios materiales relacionados con el derecho a la salud, a través de los cuales se busca explorar el significado constitucional con independencia de lo que establezca el legislador.

4. La actual concepción del derecho a la salud de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Aunque el derecho a la salud ha sido objeto de estudio en la jurisprudencia de la Suprema Corte desde la promulgación de la Constitución de 1917 –desde la perspectiva del derecho a la seguridad social– y no solo desde 1983 –con el reconocimiento del derecho a la salud– los dilemas asociados en derecho comparado

NEGLIGENCIA MÉDICA EN ESTOS CASOS". Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Libro 5, abril de 2014, Pág. 818 Reg. IUS 2006252.

[22] Véanse por ejemplo las tesis de la Segunda Sala de la Suprema Corte, ya citada 2a. CVIII/2014 (10a.). Reg. IUS 2007938; así como tesis aislada 2a. CI/2013 (10a.) de rubro "SALUD. LA OMISIÓN DEL PATRÓN DE INSCRIBIR AL TRABAJADOR ANTE EL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL NO CONSTITUYE UNA LIMITANTE PARA EJERCER ESE DERECHO HUMANO", Segunda Sala, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Libro XXVI, noviembre de 2013, Tomo I. Pág. 649. Reg. IUS 2004991; tesis aislada 2a. CXXXVIII/2016 (10a.), de rubro "DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. EL ARTÍCULO 50, FRACCIONES VII Y XI, DE LA LEY GENERAL RELATIVA, AL RECONOCER EL DEBER ESTATAL DE GARANTIZAR EL ACCESO A MÉTODOS ANTICONCEPTIVOS Y PRESTAR ASESORÍA Y ORIENTACIÓN SOBRE SALUD SEXUAL, RESPETA EL DERECHO HUMANO AL NIVEL MÁS ALTO POSIBLE DE SALUD FÍSICA Y MENTAL DE LOS MENORES DE EDAD", Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 38 (enero de 2017), Tomo I, Pág. 790. Reg. IUS 2013382.

a la justiciabilidad del derecho a la salud empezaron a preocupar a los Jueces a partir de 1994, con la consolidación de la Suprema Corte como Tribunal Constitucional y más precisamente con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011.

Por tanto, en lo que resta de esta exposición me concentraré en la segunda de las etapas de la jurisprudencia mexicana, para efectos de problematizar en la actual concepción jurisprudencial.

En efecto, solo recientemente el derecho a la salud se ha consolidado como un contenido indisponible para las ramas políticas, que debe ser tutelado por los Jueces desde una lógica contramayoritaria, esto es, para controlar, limitar y, en su caso, obligar a la acción de los órganos representativos.

Si bien el legislador no ha dejado de ser el protagonista de la historia, pareciera que los Jueces han adquirido un papel de co-protagonista con el entendimiento progresivo del derecho a la salud como un derecho humano.

En la construcción de la concepción del derecho a la salud, en primer lugar, me parece que la Suprema Corte considera que la justiciabilidad del derecho a la salud es una exigencia del actual modelo constitucional. Aunque suponga el involucramiento del legislador para la formulación de las políticas públicas, los Jueces están obligados a encontrar un contenido normativo independiente de ese derecho.

Sin embargo, ante esta premisa, la concepción actual de la Corte dialoga con dos posiciones; por una parte, con quienes celebran la participación de la Suprema Corte para controlar los excesos u omisiones del legislador, al considerar que el derecho a la salud no es algo optativo para las autoridades, por lo que se requiere de una vigorosa intervención de la autoridad judicial sin importar la voluntad de los órganos representativos; sin embargo, la concepción de la Corte

también dialoga con quienes advierten de los peligros de la intervención judicial en la formulación de políticas públicas, especialmente, por lo que respecta a decisiones relativas a la priorización de los servicios, distribución de recursos y los costos del sistema.

De esta manera, considero que en los últimos años la Corte ha buscado encontrar un equilibrio entre ambas posiciones. Por una parte ha explorado la exigibilidad de ciertos elementos mínimos del derecho a la salud, como el principio de no discriminación en la prestación de los servicios de salud y de exigibilidad de ciertos servicios básicos para grupos vulnerables,[23] pero al mismo tiempo ha determinado que en ciertos ámbitos de proyección del derecho el legislador solamente se encuentra constreñido por estándares de razonabilidad al diseñar políticas públicas, sin poder exigirle resultados específicos, correspondiéndole al legislador democrático precisar los umbrales de protección de este derecho.[24]

De la primera vertiente se puede destacar el amparo en revisión 378/2014 resuelto por la Segunda Sala el 15 de octubre de 2014, el cual fue interpuesto por un grupo de tres pacientes con VIH del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias, una institución prestadora de servicios a cargo del gobierno federal,

[23] Por ejemplo, ver las tesis ya citadas P. XVI/2011. Reg. IUS 161333.

Así como: 1001549. 39. De rubro "SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS. EL ARTÍCULO 226, SEGUNDA CATEGORÍA, FRACCIÓN 45, DE LA LEY DEL INSTITUTO RELATIVO, QUE PREVÉ LA CAUSA LEGAL DE RETIRO POR INUTILIDAD BASADA EN LA SEROPOSITIVIDAD A LOS ANTICUERPOS CONTRA EL VIRUS DE LA INMUNODEFICIENCIA HUMANA (VIH), VIOLA EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL", Pleno. Novena Época. Apéndice 1917-Septiembre 2011. Tomo I. Constitucional 3. Derechos Fundamentales Primera Parte - SCJN Primera Sección - Igualdad y no discriminación, Pág. 872.

[24] Véase, por ejemplo, las tesis aisladas P. XVII/2011 de rubro "DERECHO A LA SALUD. LAS OBLIGACIONES QUE LA LEY IMPONE DAN FORMA A UNA ESPECÍFICA MODALIDAD DE GOCE DE AQUÉL, Y DELIMITAN SU CONTENIDO EN UNA SOCIEDAD DETERMINADA", Pleno. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXIV, agosto de 2011. Pág.30. Reg. IUS 161332, y 2a. CXVII/2017 (10a.), de rubro "SERVICIOS MÉDICOS. EL ARTÍCULO 55 DE LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DE LOS PODERES DEL ESTADO DE PUEBLA, QUE PREVÉ EL PERIODO DE CONSERVACIÓN DE ESE DERECHO A LOS TRABAJADORES QUE DEJEN DE PRESTAR SUS SERVICIOS AL ESTADO POR UN LAPSO QUE NO DEBERÁ EXCEDER DE 3 MESES, NO VIOLA EL DERECHO HUMANO A LA SALUD". Segunda Sala, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación,* viernes 4 de agosto de 2017,. Reg. IUS 2014809.

contra la omisión de las autoridades sanitarias y legislativas de culminar la construcción de un pabellón autorizado para la atención de personas con esa condición.

Este caso tuvo como antecedente las conclusiones emitidas por las autoridades respectivas según las cuales, del universo de pacientes que acudían por enfermedades respiratorias, aquellos con VIH/SIDA conformaban un grupo vulnerable, por las condiciones de contagio a que estaban expuestos, por lo que se requería de la construcción de un nuevo pabellón especializado para atender a ese subgrupo de pacientes.

La Segunda Sala otorgó la razón a los demandantes y les concedió la protección constitucional, al considerar que el derecho a la salud incluye obligaciones de cumplimiento inmediato como son aquellas necesarias para atender necesidades urgentes de grupos vulnerables. Así, determinó que los demandantes tenían el derecho a recibir un tratamiento en un lugar separado del resto de los pacientes para evitar riesgos innecesarios de contagios, especialmente peligrosos por su condición, por lo que obligó a las autoridades a culminar la construcción del pabellón autorizado para ello, o bien, la adaptación de alguna clínica existente.

Cabe destacar que en este caso, la autoridad había reconocido la necesidad de construir el pabellón y había tomado medidas para ello; sin embargo, no lo llevaron a cabo, por eso se justificaba la intervención judicial para obligar a la autoridad a cumplir sus obligaciones.

En otras palabras, aunque la Corte obligó a las autoridades a realizar ciertas cosas, incluido la eventual obligación de construcción de un pabellón médico, también precisó que, siguiendo el entendimiento internacional del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho a la salud incluye obligaciones de cumplimiento mediato, con lo que se

busca que el derecho a la salud se adapte a las necesidades de cada país y a las posibilidades reales de cada uno para hacer frente a sus responsabilidades. Por tanto, pareciera que la Segunda Sala busca subrayar que su resolución no implica desconocer un amplio espacio de apreciación a las autoridades democráticas para crear políticas públicas.

De esta forma llegamos a un segundo caso que ilustra un ejemplo de la segunda vertiente de la concepción de la Corte, en donde su pretensión es auto limitarse al constreñirse a evaluar la razonabilidad de la actuación de las autoridades políticas y no sustituirse en ellas. Se trata de un conjunto de amparos resueltos en diversas sesiones por la Segunda Sala. Sin embargo, cabe destacar el amparo en revisión 932/2014 resuelto el 25 de marzo de 2015, el cual fue interpuesto por un conjunto de pacientes del IMSS contra la omisión de sus hospitales públicos de proveerles determinadas medicinas (denominadas huérfanas) al no incluirse en el cuadro básico de medicinas aprobadas cada año para su distribución gratuita.

La Corte otorgó la razón a los peticionarios y les otorgó la protección constitucional, pero no para el efecto de que se les otorgaran las medicinas inmediatamente sino para que el órgano técnico encargado de aprobar el cuadro básico de las medicinas determinara razonadamente la conveniencia de incluir aquellas solicitadas por los peticionarios sobre la base de criterios objetivos como son seguridad, eficiencia y eficacia terapéutica, sobre los cuales son expertos y no los Jueces.

La Corte determinó que el derecho a la salud amparaba a los peticionarios a recibir de las instituciones de salud los medicamentos necesarios para ver restaurada su condición médica, sin embargo, determinó que no correspondía a los Jueces ordenar la provisión de medicamento alguno, pues ello correspondía a las autoridades sanitarias. En dicha sentencia se precisó que era responsabi-

lidad de los Jueces velar para que las autoridades especializadas tomaran las decisiones de una manera razonada sobre la base de criterios objetivos.

Así, pareciera que en esta última etapa en México recreamos el debate americano generado a partir de la objeción "contramayoritaria", así identificada por Alexander Bickel, para hacer notar que sobre los Jueces pesa una ilegitimidad de origen para tomar decisiones en nombre de la sociedad a partir de sus propias preferencias, ya que los Jueces, a diferencia de los legisladores, no son elegidos por el pueblo en elecciones periódicas ni están sujetos a una sistema de rendición de cuentas.[25]

En mi opinión, por lo que respecta a esta segunda vertiente del derecho a la salud, la Corte se auto-limita para no tomar decisiones relacionadas con la priorización de tratamientos y servicios, distribución de recursos y costos, ya que reconoce que esas decisiones requieren de evaluaciones distributivas, que encierran decisiones éticas y que no corresponde resolver a los Jueces, por lo cual limita sus estándares de escrutinio a controlar la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones de las autoridades competentes.

Sin embargo, en México este debate de la objeción contramayoritaria debe entenderse como resuelto parcialmente por el texto constitucional. La justiciabilidad del derecho a la salud es algo inevitable por dos razones: en primer lugar, la naturaleza jurídica de la integridad de la Constitución y por tanto, la traducibilidad de todos sus contenidos en normas jurídicas. El derecho a la salud, a diferencia de algunos países, como en los Estados Unidos, se encuentra previsto en la Constitución como un derecho humano y en este sentido, no cabe exentarlo del control judicial; en segundo lugar y de manera correlativa, el principio de división de poderes se ha entendido en el sentido de depositar en los Jueces la

[25] Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics,* Yale University Press, New Haven, 1986.

tutela de la naturaleza jurídica de la Constitución. Conforme a este principio resulta difícil defender un espacio exento de control para la autoridad sanitaria, o bien un espacio libre de control para los profesionales de la salud. La idea de pesos y contrapesos exige la disponibilidad de los Jueces para evaluar la corrección de las decisiones de los poderes públicos y los privados.

Por tanto, pareciera que, en la concepción de la Corte, la pregunta relevante no es tanto si el derecho a la salud es o no justiciable, o en otras palabras, si sería deseable una judicialización del tema. La pregunta relevante en su jurisprudencia es sobre las condiciones de la justiciabiliad de ese derecho.

De los precedentes de la Corte, destaco tres preocupaciones que trazan su concepción del derecho a la salud:

I. Tutelar el máximo umbral posible de protección del derecho a la salud.
II. Preservar las competencias técnicas de las autoridades de salud, así como los espacios científicos del sector profesional.
III. Tutelar la forma democrática de gobierno.

Ello se debe a que el derecho a la salud: *1)* es un derecho humano de carácter social que, por tanto, debe garantizarse con independencia de lo que dispongan las ramas políticas del gobierno, *2)* sin embargo, al ser de carácter social o prestacional, por tanto, dicho derecho requiere asignación presupuestal dentro de políticas públicas, lo que requiere de técnicos dotados de autonomía para que sean estos quienes tomen decisiones para priorizar recursos y determinar distribución de recursos y no los Jueces y, *3)* su realización depende del éxito de garantizar el desenvolvimiento técnico de la ciencia médica.

Si bien los Jueces están equipados institucionalmente para hacer lo primero, esto es, para tutelar contenidos normativos mínimos indisponibles, no tienen capacidades institucionales para sustituirse en las ramas políticas o en los

sectores profesionales y determinar por sí mismos las políticas públicas o el contenido debido de un servicio de salud, en otras palabras, no tienen las capacidades para establecer una grada de prioridades de los servicios y tratamientos de salud ni para distribuir recursos de una manera eficiente ni para establecer la conveniencia de asumir ciertos costos para el sistema.

Por tanto, para la Corte mexicana, la justiciabilidad del derecho a la salud, lejos de exigir que los Jueces se sustituyan en los órganos políticos o en los médicos, los invita a ser creativos para propiciar que los actores políticos y técnicos cuenten con los elementos para diseñar razonablemente políticas públicas en la materia. Dos casos recientes resueltos por la Corte mexicana ilustran lo anterior.

El primero es el amparo directo 51/2015 resuelto por la Primera Sala el pasado 3 de mayo de 2017, interpuesto por la madre de una menor fallecida con motivo de una negligencia médica de diversas instituciones de salud pública a las cuales acudió para tratar un brote de varicela que afectó a su hija.

La madre de la menor demandó en lo particular a los médicos y funcionarios encargados de tratar a su hija menor por daño moral. En el juicio se planteó la posibilidad de extender a las instituciones públicas y a sus funcionarios la doctrina de la Corte sobre los daños punitivos *(punitive damages),* aplicables cuando se pretende reparar un daño de una forma sancionatoria.

La Corte negó la extensión de su doctrina de daños punitivos a este caso, aunque indicó que debía considerarse el carácter de garante del Estado de la salud de la menor al momento de cuantificar la indemnización. Con ello, pareciera que la Suprema Corte si bien indica que no debe olvidarse que el Estado debe ser responsable por su negligencia médica, dicha responsabilidad no puede llegar al grado de impedir a las autoridades tomar con cierto margen de apreciación decisiones distributivas de riesgos e interiorizar los costos respectivos con cierta

latitud, lo cual no podrían hacer si el Poder Judicial los obligara a interiorizar costos de riesgo a través de los daños punitivos.

En efecto, este criterio, en mi opinión, demuestra el tipo de equilibrios que la Corte busca encontrar al hacer justiciable el derecho a la salud, pues en sus consideraciones pareciera pesar el hecho de que, extender la doctrina de los daños punitivos a la actividad del Estado podría generar problemas distributivos en los recursos en detrimento del sistema de salud en su totalidad.

Otro caso relevante es la controversia constitucional 38/2015 resuelto por la Primera Sala el pasado 17 de mayo de 2017, interpuesto por un municipio de los estados más pobres del país, Oaxaca, contra el gobierno del estado por la omisión de asignar recursos y culminar la construcción de un hospital público en su localidad, luego de que en años previos se había acordado la construcción de éste con motivo del caso lamentable de una mujer de la localidad que diera a luz en las afueras de un hospital del municipio debido a la falta de espacios para atenderla, caso que acaparó la atención de la opinión pública.

La Corte otorgó la razón al municipio actor y ordenó a las autoridades estatales que en un plazo razonable culminaran la construcción del hospital público, lo cual lo hizo con base en las siguientes premisas: *1)* el municipio es una autoridad sanitaria con base en la ley federal, que le ha distribuido una competencia constitucional de naturaleza concurrente, como es la de salud; *2)* en su calidad de autoridad sanitaria, el municipio tiene el deber de vigilar el cumplimiento de las obligaciones respectivas que lo ponen en situación de garante del derecho a la salud; y *3)* cuando se realizan convenios entre las autoridades, estos son exigibles en sede judicial.

En mi opinión, la decisión de la Corte tiene como premisa subyacente una concepción del derecho a la salud que supone la activa participación de los distintos niveles de gobierno en un modelo federal, pues le otorga la razón al municipio

actor sobre la premisa de que es titular de una responsabilidad de garante, lo que le permite exigir judicialmente a los otros niveles de gobierno el cumplimiento de sus deberes en materia de salud en beneficio de sus habitantes.

En suma, la actual concepción de la Corte en materia de salud pareciera arrojar dos conclusiones. Por una parte, cuando las ramas políticas, tanto representativas como técnicas, no actúan, la justiciabilidad del derecho a la salud debe implicar, cuando menos, garantizar el núcleo esencial del derecho. Sin embargo, por otra parte, cuando los Jueces no controlan un estado de cosas omisivo, sino que controlan acciones y políticas públicas tomadas por las autoridades, entonces, la justiciabilidad debe implicar una mayor construcción de estándares de razonabilidad.

5. Conclusión

La concepción actual del derecho a la salud de la Suprema Corte es compleja, pues refleja su visión de que este derecho incluye diversos elementos esenciales para el modelo de democracia constitucional. Sus precedentes demuestran su preocupación por responder a la objeción contramayoritaria a la que se enfrentan los Jueces constitucionales cuando revisan la validez de las leyes frente a los derechos sociales como parámetro de control constitucional de las políticas públicas aprobadas por los órganos con legitimidad democrática.

Aunque resulta difícil caracterizar de una manera general la concepción de la Corte, sí observo al menos dos componentes de su marco teórico: *1)* la garantía de un contenido mínimo que es exigible de manera inmediata ante los tribunales con independencia de lo que determinen las autoridades políticas y sanitarias, derivada de los derechos a la salud y de seguridad social, en términos de un origen social de la Constitución de 1917; y al mismo tiempo, *2)* la preservación tanto de un espacio para el desarrollo de políticas públicas, como la asignación presupuestal reservada para las autoridades democráticamente legítimas;

la cual solo puede controlarse judicialmente a través de estándares de razonabilidad, pues se considera una condición de realización del cumplimiento de obligaciones mediatas de una forma flexible; y también se ha vinculado al origen constitucional de la seguridad social en el artículo 123, con el que se otorgarían amplias facultades al legislador para emitir políticas públicas.

Esta concepción, en mi opinión, genera el reto difícil de lograr equilibrios complejos entre ambos componentes. En la jurisprudencia reciente se observa una tendencia interpretativa a hacer justiciables las normas constitucionales de seguridad social desde la perspectiva del derecho humano a la salud, entendido en su aspecto multifacético, lo cual implica replantearse las facultades de configuración del legislador democrático previamente reconocidas en una primera etapa, cuando el derecho a la salud se controlaba únicamente con la previsión constitucional de la seguridad social.

La dificultad para lograr los equilibrios planteados es evidente. Por ello, considero que la Suprema Corte deberá dialogar con mayor frecuencia con otros tribunales constitucionales del mundo y echar mano cada vez más del derecho comparado e internacional.

Bibliografía

Alexander Bickel, *The least Dangerous Branch*. *The Supreme Court at the Bar of Politics, Yale University Press,* New Haven, 1986.

Criterios jurisdiccionales

Tesis aislada 1a. CXXXV/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; Época: Décima Época; Libro 17, Abril de 2015, Tomo I, Pág. 485.

T[A] 1a. CCLXXIV/2016 (10a.) de rubro: "INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA AL CONSUMO LÚDICO O RECREATIVO DE MARIHUANA PREVISTA POR LA LEY GENERAL DE SALUD", Primera Sala, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, noviembre de 2016, Pág. 901. Reg. IUS 2013142.

T[A] 1a. CCLXIX/2016 (10a.) de rubro: "TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR LA IDONEIDAD DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMOLÚDICO DE MARIHUANA", Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 36, Tomo II, noviembre de 2016, Pág. 914. Reg. IUS 2013155.

T[A] 1a. CCLXVII/2016 (10a.) de rubro: "DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. DIMENSIONES INDIVIDUAL Y SOCIAL.", Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 36, Tomo II, noviembre de 2016, Pág. 895, Reg. IUS 2013137.

T[A] 1a. CCLXVI/2016 (10a.) de rubro: "PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. ÉSTA PERSIGUE FINALIDADES CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDAS", Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 36, Tomo II, noviembre de 2016. Pág.903. Reg. IUS 2013144.

T[A] 1a. CCXCII/2016 (10a.) de rubro "PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD. ES APLICABLE A TODOS LOS DERECHOS HUMNOS Y NO SÓLO A LOS LLAMADOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES". Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 37, Tomo I, diciembre de 2016, Pág. 379. Reg. IUS 2013217.

T[A] 1a. CCLX/2016 (10a.). de rubro: "DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. LA PROHIBICIÓN PARA EL AUTOCONSUMO DE MARIHUANA CONTENIDA EN LA LEY GENERAL DE SALUD INCIDE PRIMA FACIE EN EL

CONTENIDO DE DICHO DERECHO FUNDAMENTAL", Primera Sala. Décima Época. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 36, noviembre de 2016, Pág. 897. Reg. IUS 2013139.

2a. CVIII/2014 (10a.). de rubro: "SALUD. DERECHO AL NIVEL MÁS ALTO POSIBLE. ÉSTE PUEDE COMPRENDER OBLIGACIONES INMEDIATAS, COMO DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO". Segunda Sala. Décima Época. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 12, noviembre de 2014, Pág. 1192. Reg. IUS 2007938.

P. XVI/2011. rubro y texto: "DERECHO A LA SALUD. IMPONE AL ESTADO LAS OBLIGACIONES DE GARANTIZAR QUE SEA EJERCIDO SIN DISCRIMINACIÓN ALGUNA Y DE ADOPTAR MEDIDAS PARA SU PLENA REALIZACIÓN". Pleno. Novena Época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXXIV, agosto de 2011, Pág. 29. Reg. IUS 161333.

T[A] 1a. CCCXLIII/2015 (10a.). de rubro: "DERECHO A LA SALUD. ALGUNAS FORMAS EN QUE LAS AUTORIDADES DEBEN REPARAR SU VIOLACIÓN". Primera Sala. Décima Época. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 24, noviembre de 2015, Pág. 969. Reg. IUS 2010420.

T[A] 1a. CXXII/2015 (10a.) de rubro: "SERVICIOS DE SALUD. LAS OBLIGACIONES DEL PERSONAL MÉDICO DERIVADAS DE SU PRESTACIÓN EN LOS HOSPITALES PRIVADOS NO SE LIMITAN A LAS DISPOSICIONES DE DERECHO PRIVADO", Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Tomo II, Libro 16, marzo de 2015, Pág. 1117. Reg. IUS 2008751.

T[A] 1a. CXX/2015 (10a.) de rubro "SERVICIOS DE SALUD PRESTADOS POR HOSPITALES PRIVADOS. SUS USUARIOS CONSTITUYEN UN GRUPO EN CONDICIÓN ASIMÉTRICA, AUN CUANDO NO SE IDENTIFIQUE CON UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA O UN ESTEREOTIPO." Primera Sala. Décima Época, *Gaceta del*

Semanario Judicial de la Federación, Libro 16, marzo de 2015, Tomo II, Pág. 1118, Reg. IUS 2008752.

T[A] 1a. CLXXII/2014 (10a.), de rubro: "RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA PRESTACIÓN DEFICIENTE DE LOS SERVICIOS DE SALUD PÚBLICA. CUÁNDO SE CONFIGURA LA NEGLIGENCIA MÉDICA EN ESTOS CASOS". Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 5, abril de 2014, Tomo I, Libro 5, abril de 2014, Pág. 818 Reg. IUS 2006252.

T[A] 2a. CVIII/2014 (10a.). Reg. IUS 2007938; así como T[A] 2a. CI/2013 (10a.) de rubro "SALUD. LA OMISIÓN DEL PATRÓN DE INSCRIBIR AL TRABAJADOR ANTE EL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL NO CONSTITUYE UNA LIMITANTE PARA EJERCER ESE DERECHO HUMANO", Segunda Sala, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Libro XXVI, noviembre de 2013, Tomo I. Pág. 649. Reg. IUS 2004991.

T[A] 2a. CXXXVIII/2016 (10a.), de rubro "DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. EL ARTÍCULO 50, FRACCIONES VII Y XI, DE LA LEY GENERAL RELATIVA, AL RECONOCER EL DEBER ESTATAL DE GARANTIZAR EL ACCESO A MÉTODOS ANTICONCEPTIVOS Y PRESTAR ASESORÍA Y ORIENTACIÓN SOBRE SALUD SEXUAL, RESPETA EL DERECHO HUMANO AL NIVEL MÁS ALTO POSIBLE DE SALUD FÍSICA Y MENTAL DE LOS MENORES DE EDAD", Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 38, enero de 2017, Tomo I, Pág. 790. Reg. IUS 2013382.

T[A] P. XVII/2011 de rubro "DERECHO A LA SALUD. LAS OBLIGACIONES QUE LA LEY IMPONE DAN FORMA A UNA ESPECÍFICA MODALIDAD DE GOCE DE AQUÉL, Y DELIMITAN SU CONTENIDO EN UNA SOCIEDAD DETERMINADA", Pleno. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXIV, agosto de 2011. Pág. 30. Reg. IUS 161332.

T[A] 2a. CXVII/2017 (10a.), de rubro "SERVICIOS MÉDICOS. EL ARTÍCULO 55 DE LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DE LOS PODERES DEL ESTADO DE PUEBLA, QUE PREVÉ EL PERIODO DE CONSERVACIÓN DE ESE DERECHO A LOS TRABAJADORES QUE DEJEN DE PRESTAR SUS SERVICIOS AL ESTADO POR UN LAPSO QUE NO DEBERÁ EXCEDER DE 3 MESES, NO VIOLA EL DERECHO HUMANO A LA SALUD". Segunda Sala, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación,* viernes 4 de agosto de 2017. Reg. IUS 2014809.

Tesis jurisprudenciales

P./J. 20/2014 (10a.), de rubro: "DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 5, Tomo I, abril de 2014. Pág. 202. Reg. IUS 2006224

P./J. 15/2016 (10a.), del rubro "ESPECTRO AUTISTA. LOS ARTÍCULOS 3, FRACCIÓN III, 10, FRACCIÓN VI, 16, FRACCIÓN VI, Y 17, FRACCIÓN VIII, DE LA LEY GENERAL PARA LA ATENCIÓN Y PROTECCIÓN DE PERSONAS CON ESA CONDICIÓN, QUE PREVÉN LO RELATIVO AL CERTIFICADO DE HABILITACIÓN, VIOLAN LOS DERECHOS HUMANOS A LA IGUALDAD, A LA LIBERTAD DE PROFESIÓN Y OFICIO, ASÍ COMO AL TRABAJO DIGNO Y SOCIALMENTE ÚTIL, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 33, Tomo I, agosto de 2016, Pág. 483.

P./J. 21/2014 (10a.), de rubro: "JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA."

Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 5 , Tomo I, abril de 2014, Pág.204. Reg. IUS 2006225.

T[J] P./J. 26/2016 (10a.). de rubro: "SEGURIDAD SOCIAL. ES INCONSTITUCIONAL EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL GOBIERNO Y MUNICIPIOS DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA, AL CONDICIONAR EL DISFRUTE DE LOS BENEFICIOS A LA RECEPCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LAS CUOTAS Y APORTACIONES". Pleno. Décima Época. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 35, octubre de 2016, Pág. 292. Reg. IUS 2012806.

P./J. 6/2010 de rubro "ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL. ESTÁ FACULTADA PARA LEGISLAR EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES", Pleno, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Tomo XXXI, febrero de 2010, Pág. 2312), Reg. IUS 165339; y T[A] 1a./J. 44/2009 de rubro "SALUD. EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 271 DE LA LEY GENERAL RELATIVA NO INVADE EL ÁMBITO COMPETENCIAL DE TITULARIDAD ESTATAL CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 5o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS". Primera Sala. Novena Época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXIX, abril de 2009, Pág. 514. Reg. IUS 167367.

P./J. 152/2008 de rubro "ISSSTE. EL ARTÍCULO 19, FRACCIÓN I, DE LA LEY RELATIVA, NO ES VIOLATORIO DE LAS GARANTÍAS DE PROTECCIÓN A LA SALUD Y DE SEGURIDAD SOCIAL (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ABRIL DE 2007)", Pleno, 9a. Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, , Tomo XXX, Noviembre de 2009, Pág. 10. 165972.

T[J] P./J. 122/2008, de rubro "ISSSTE. LOS ARTÍCULOS CUARTO A NOVENO TRANSITORIOS DE LA LEY RELATIVA, AL EXCLUIR A LAS PERSONAS QUE A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY SE ENCUENTREN PENSIONADAS, NO

VIOLAN LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA, ASÍ COMO EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 14, 16 Y 123 CONSTITUCIONALES (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ABRIL DE 2007)", Pleno, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación,* Tomo XXVIII, octubre de 2008. Pág. 56. Reg. IUS 168623.

Tesis P./J. 184/2008, de rubro "ISSSTE. LA LEY RELATIVA ES REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN XI, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ABRIL DE 2007)". Pleno. Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Tomo XXX septiembre de 2009, Pág. 30. Reg. IUS 166386.

Tesis P./J. 188/2008 de rubro "ISSSTE. EL ARTÍCULO 25, PÁRRAFOS SEGUNDO Y TERCERO, DE LA LEY RELATIVA, AL PERMITIR LA SUSPENSIÓN DE LOS SEGUROS OBLIGATORIOS, ES VIOLATORIO DE LOS ARTÍCULOS 4o. Y 123, APARTADO B, FRACCIÓN XI, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ABRIL DE 2007)". Pleno. Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Tomo XXVIII, octubre de 2008, Pág.14. Reg. IUS 168651.

T[J] P./J. 98/99 de rubro "CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTORIZA EL EXAMEN DE TODO TIPO DE VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL." Pleno. Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Tomo X, septiembre de 1999. Pág. 703. Reg. IUS 193259.

T[J] 1a./J. 37/2016 (10a.) de rubro: "DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA." Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 33 ,Tomo II, agosto de 2016, Pág. 633. Reg. IUS 2012363.

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 revision 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 Revision 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 Parcero, "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 justiciabilizar los derechos sociales, sin decir cómo los van a proteger los Jueces.[6] Coincido en que algunos puntos del debate pueden informar uno al 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 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 Periodo 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 aquéllas 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 Courtis 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. Courtis 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 avances".[25] 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 entendiéramos 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, determinaran 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 Periodo 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 aprisionado 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 all* (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 all* (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.

ALGUNOS PROBLEMAS PARA LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN MÉXICO: CUESTIONES PERSISTENTES Y NUEVAS

SOME PROBLEMS FOR THE JUSTICIABILITY OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS IN MEXICO: PERSISTENT AND NEW QUESTIONS

Ricardo Alberto Ortega Soriano*

Resumen

El problema de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales se mantiene como una asignatura pendiente en las democracias constitucionales. Además de los problemas persistentes derivados de la falta de una comprensión y conceptualización adecuada de tales derechos, ahora se ha sumado otro tipo de problemáticas que dificultan aún más sus condiciones de eficacia. En el presente artículo se reflexiona, por una parte, sobre los problemas tradicionales que enfrenta la justiciabilidad de los DESC junto con aquellos que se originan cuando el Estado delega en empresas privadas el cumplimiento de algunos derechos a través de la prestación de servicios públicos. Por otro lado, se advierten aquellos problemas de justiciabilidad de tales derechos

* Doctor en Derecho. Académico e investigador de tiempo completo de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Investigador Nacional Nivel 1 del SNI- CONACyT. Esta investigación se realizó con el apoyo del proyecto UNAM-DEGAPA-PAPIIT IG400216, Derechos Sociales y Justicia Social.

en función de la estructura compleja e inadecuada del juicio de amparo como una herramienta de garantía de los derechos humanos en general y de los DESC en particular. Tales reflexiones se plantean a la luz de la revisión del caso de una comunidad indígena que se enfrentó a una importante compañía telefónica que interrumpió unilateralmente el servicio de telefonía fija, así como de la omisión del Estado de garantizar el contenido esencial del derecho de acceso a internet.

Palabras clave: Derechos económicos, sociales y culturales, justiciabilidad, servicios públicos, pueblos indígenas.

Abstract

Problems surrounding the judicial enforcement of economic, social and cultural rights remain a pending matter for constitutional democracies. Many of these problems still derive from a legal and theoretical misunderstanding of such rights that make their effectiveness a difficult matter for real life. Based on the situation faced by an indigenous community in Hidalgo, México, this paper aims to analyze some consequences derived from the privatization of socioeconomic rights by the provision of public services by private actors, as well to denounce the structural limits inherent to the amparo writ for the judicial enforcement of human rights, particularly freedom of speech and internet access.

Keywords: Economic, Social and Cultural Rights, Justiciability, Public Services, Indigenous Communities.

Introducción

Uno de los temas más complejos que se han planteado en el ámbito de los derechos humanos, se relaciona con el problema de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante podrá utilizarse la expresión DESC). Es importante no perder de vista que la exigibilidad de los derechos (en general y no solo de los DESC) se materializa a través de las distintas garantías que existen para su protección. Por ello, de manera persistente se ha

sostenido que una persona puede tener un derecho (es decir, una pretensión jurídica y moralmente justificada para que el Estado haga o deje de hacer algo) reconocido o positivado en un ordenamiento, pero que ello no significa que ese derecho se encuentre por ese simple hecho garantizado de forma automática.[1]

Durante mucho tiempo, activistas, personas dedicadas a la academia o a la función jurisdiccional han debatido ampliamente sobre los diversos obstáculos que se encuentran asociados con las vías adecuadas de garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, también puede afirmarse que la exigibilidad de los derechos sociales no se reduce a las posibilidades de su justiciabilidad, es decir, a la posibilidad de poder llevar reclamos a los tribunales para que determinen las obligaciones asociadas al respeto, protección o garantía de los derechos, sino que tales posibilidades de exigibilidad se extenderían a otro tipo de garantías, ya sea institucionales (políticas, cuasi-jurisdiccionales, nacionales o internacionales) o extra institucionales (que se plantean como garantías sociales autónomas).[2]

Como puede verse, el problema de la exigibilidad de los derechos en general y de los derechos económicos sociales y culturales, en particular, resulta amplio y complejo; sin embargo, resulta importante tener presente que en el caso de los DESC, particularmente, el problema específico de su justiciabilidad ha constituido uno de los principales retos que se han tenido que enfrentar.[3] El problema

[1] *Cfr.* Luigi, Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 4a. ed., Trotta, Fernández, 56, 2004, en esp. Cap. 2, Derechos fundamentales, pp. 37-72.

[2] *Cfr.* Gerardo, Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción,* Trotta, Madrid, 2007, p. 111.

[3] Incluso ahora no debemos perder de vista que el problema mismo de la justiciabilidad los derechos (que en principio puede ser entendido desde una concepción meramente jurídica) trasciende el día de hoy los debates asociados con el derecho e incluso con las posibilidades teóricas y estructurales de los DESC, sino que se extiende a otro tipo de reflexiones vinculadas al papel del litigio dentro de otro tipo de estrategias para obtener alguna respuesta por parte de los tribunales, tales como la presión política o mediática, el fortalecimiento comunitario, el desarrollo de estrategias mediáticas, aspectos que por supuesto, nos conducen a

para la efectiva protección de los DESC a través de la defensa de casos ante los tribunales continúa planteando numerosos obstáculos, algunos que se han denunciado de manera persistente desde hace ya algún tiempo, y algunos otros en función de nuevas complicaciones que han aparecido o se han recrudecido en épocas más recientes.[4]

El propósito del presente análisis, desde luego, no intenta agotar el análisis de los problemas de la justiciabilidad de los DESC. Debo resaltar que, para ejemplificar tales problemáticas, utilizaré como referente la manera en que este tema se presenta en México. Desarrollaré algunos de los principales problemas para la justiciabilidad de los DESC desde dos perspectivas. Por una parte, revisaré aquellos problemas de la justiciabilidad asociados con una deficiente o inadecuada conceptualización de este tipo de derechos. En este punto, me referiré no solo a la persistencia de muchos de los problemas que la doctrina ya ha planteado en el pasado, sino que añadiré algunos otros, como los que se suscitan a partir de la aparición de entidades privadas en la intermediación de este tipo de derechos. Por otra parte, el segundo grupo de problemas a revisar se relaciona con aquellos vinculados con las características e idoneidad del recurso disponible para protegerlos.

---

reconocer que el problema de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ha dejado de ser un problema exclusivamente jurídico y que incluso se relaciona con otras herramientas de exigibilidad. *Cfr.* Oscar, Parra, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CNDH, México, 2011, p. 9.

[4] De acuerdo con Rodrigo Uprimny, parece ser que el debate se ha movido de la justificación de la justiciabilidad de los derechos sociales (es decir, de si debería o no existir una protección judicial a tales derechos) hacia uno nuevo, que se pregunta sobre cuáles serían las formas apropiadas (o buenas prácticas) de justiciabilidad de los DESC. *Cfr.* Rodrigo, Uprimny, "La justiciabilidad de los DESC en Colombia en perspectiva comparada" en Magdalena, Cervantes Alcayde, et al. *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, SCJN- UNAM, 2014, p. 65.

De esta manera, uno de los objetivos que plantea el presente estudio es advertir que los problemas para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales no solo se encuentran limitados a los ya tradicionales aspectos vinculados con la limitación de recursos económicos, el acceso colectivo a los mismos, la progresividad de su cumplimiento,[5] sino que por el contrario, y sin haber logrado superar tales limitantes, en nuestros días, la exigibilidad de los DESC constituye todavía un enorme reto para el trabajo de los tribunales en la medida en que, incluso sus esquemas de garantía se vuelven aún más complejos debido a la aparición en la escena de otras variables, que podremos mirar brevemente más adelante.

Quiero hacer una puntualización más a la metodología de análisis que utilizo en el presente texto, la cual se relaciona con la estrategia empleada para abordar los problemas de justiciabilidad anteriormente apuntados. Tengo la impresión de que una manera bastante ilustrativa para pensar en los problemas que estructuralmente se presentan en la justiciabilidad de los DESC puede expresarse a través de la revisión de casos específicos. Me queda claro que con este proceder no se puede evaluar desde luego el comportamiento sistemático de los tribunales en general y de los mexicanos en particular, ya que para ello se requiere otro tipo de estudio. En cambio, lo que una revisión específica de asuntos concretos sí puede ejemplificar es la oportunidad para apreciar en ellos una "manera particular" de argumentar por parte de las autoridades y tribunales en los casos que les son presentados, y justo tal forma peculiar en que los tribunales se aproximan a este tipo de casos es lo que pretende mostrarse.

[5] Algunos de estos problemas son generados por una inadecuada concepción sobre su estructura, y el tipo de obligaciones que implican para el Estado. *Cfr.* Víctor Abramovich, y Christian, Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2a. ed., Trotta, Madrid, 2004. pp. 21 a 25.

Por ello, en muchos sentidos, este artículo se inspira en la práctica del litigio estratégico en materia de derechos humanos, y en una serie de problemáticas que por desgracia parecen encontrarse fuertemente instaladas en la defensa cotidiana de los derechos económicos, sociales y culturales en México. De esta manera, como base de las reflexiones que presento aquí, utilizo un caso que, me parece, incorpora en su aproximación, análisis y resolución, muchos de los problemas que estructuralmente se han reconocido para la justiciabilidad de los DESC, pero que además aborda algunos derechos que tampoco se sitúan en el plano tradicional de temáticas que han recibido mayor estudio a lo largo de la historia de este grupo de derechos tales como la vivienda, educación, salud, etc.[6] El caso referido implicó una gran oportunidad para la garantía de los derechos humanos de las y los integrantes de una comunidad indígena que fueron afectados por al actuar discrecional de una empresa privada al amparo de un título de concesión otorgado por el Estado mexicano para la prestación de servicios públicos de telefonía e internet de banda ancha.

Quiero resaltar que mi propósito no es explicar toda la complejidad que envuelve al caso en cuestión, ya que el mismo puede ser mirado desde diferentes aristas que exigirían una revisión más amplia y detallada que no es el propósito de este texto abordar. Por ello, mi objetivo será concentrarme específicamente en aquellos aspectos relacionados con la justiciabilidad de los DESC de acuerdo con la categorización apuntada líneas atrás. De esta manera, presentaré en primer lugar una descripción más o menos detallada del caso base del análisis, a partir del mismo, presentar algunas reflexiones acerca de los problemas de justiciabilidad de este tipo de derechos.

[6] Quiero resaltar que el caso que aquí se presenta ha sido seleccionado en función de mi propia experiencia en la defensa de derechos humanos con la Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia A. C. (que ha extendido su trabajo de litigio estratégico a grupos en situación de vulnerabilidad y no solo a niñas, niños y adolescentes), y que a mi juicio tiene la virtud de sintetizar la problemática que me interesa atender en el presente estudio.

1. El caso de los integrantes de la comunidad Hñähñü de San Ildefonso, Tepeji del Río *vs*. Teléfonos de México (TELMEX) por la interrupción del servicio de telefonía fija y el acceso a internet de banda ancha.

Me parece necesario detenerme un poco en la historia que motiva la reflexión del presente estudio. La razón no es solo, por extraño que parezca, que el asunto llegó en dos ocasiones a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) de México (algo bastante inusual por la configuración residual de la competencia del tribunal constitucional mexicano, que solo conoce de asuntos que tienen particularidades de relevancia y trascendencia, cualquier cosa que tales términos puedan significar); sino también porque la misma historia pone de manifiesto las tensiones tanto políticas, sociales, económicas y, en consecuencia, jurídicas que se suscitan cuando se definen los enfoques estructurales bajo los cuales las instituciones (en este caso las judiciales) determinan su actuar respecto a problemáticas complejas. Uno de los aspectos que (sin ser motivo central de este estudio) aparece de manera reiterada en las resoluciones dictadas sobre este caso es el de una cierta deferencia o cercanía que parecen caracterizar a los tribunales mexicanos hacia los poderes políticos y económicos, aspecto que les aleja de la posibilidad de traducir los casos en demandas sobre derechos humanos[7] y que, como intento evidenciar más adelante, contribuye a la interferencia tanto del Estado como de actores privados en el ejercicio de los DESC.

[7] Esta situación me ha llevado a recordar el estupendo artículo de Karina Ansolabehere sobre los procesos de judicialización de las disputas desde la perspectiva de las ciencias sociales, y al mismo tiempo recordar que ya se ha referido que el modelo constitucional mexicano (aunque a propósito de tal artículo se plantea el análisis para el aborto, la verdad es que los razonamientos pueden aplicarse perfectamente al caso que ahora analizamos) se caracteriza en el plano político e institucional por estar diseñado más para los políticos que para los ciudadanos; se caracteriza por una jurisdicción cerrada (que limita el acceso de la Suprema Corte a la vía de la atracción o requiere de alianzas específicas con actores que están legitimados para poder acceder, y que cuando resuelve lo hace de manera minimalista, es decir asumiendo un mínimo de compromisos políticos planteando sus decisiones desde perspectivas meramente formales. *Cfr.* Karina, Ansolabehere, "Oportunidades

a. La historia que ejemplifica una problemática

El pueblo indígena de San Ildefonso, se encuentra ubicado en el estado de Hidalgo, en el municipio de Tepeji del Río de Ocampo,[8] en medio del corredor industrial Tula-Tepeji, en dónde existe una importante cantidad empresas textiles, de producción de medicamentos, productoras de cemento importantes e incluso una refinería estatal. No obstante la ubicación geográfica y la cantidad de complejos empresariales que la rodean, por extraño que parezca, no existen en la comunidad servicios de internet de banda ancha e incluso el servicio de telefonía móvil es bastante deficiente.

Durante abril de 2013, y como consecuencia del robo de los cables de telefonía que alimentaban a toda la comunidad de San Ildefonso, el servicio de telefonía fija prestado por la empresa Teléfonos de México S. A. B. de C.V. (en adelante TELMEX) fue suspendido en todos los hogares y comercios que contaban con el mismo.[9] Esta situación fue reportada por diversas personas de la comunidad a las oficinas regionales de la empresa de telefonía anteriormente referida por diversos medios sin recibir respuesta a la solicitud de restablecimiento del referido servicio. La interrupción del servicio se mantuvo por un espacio de cuatro meses, aspecto que generó una importante afectación a las y los habitantes de la comunidad. Debe resaltarse que el pueblo indígena de San Ildefonso se ca-

y Decisiones: la judicialización del aborto en perspectiva comparada", *Yale Law School,* SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), pp. 2, 6, 13, 25 y 26.

[8] San Ildefonso ha cambiado en diversas ocasiones de clasificación, de ser considerado originalmente "pueblo" para actualmente ser considerado como "comunidad". En el año 2010 contaba con un total de 4,423 habitantes. Véase Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática. Archivo histórico de localidad. Disponible en: www.inegi.gob.mx (consultada por última vez: 1o. de julio de 2017).

[9] Escrito inicial, demanda de amparo indirecto, Integrantes de la Comunidad de San Ildefonso v. Teléfonos de México S.A.B. de C.V. y Secretaría de Comunicaciones y Transportes. 1 de septiembre de 2013. Exp.1126/2013 Juzgado Cuarto de Distrito del Vigésimo noveno circuito con residencia en Pachuca, Hidalgo. pp. 3 y 4.

racteriza por una importante tradición musical, razón por la cual un significativo número de personas de la comunidad forman parte de diversas bandas musicales, que suelen obtener contratos para tocar en diferentes eventos o festividades populares, principalmente a través del contacto telefónico.

Derivado de lo anterior, algunas personas integrantes de la comunidad presentaron en el mes de septiembre de 2013 una demanda de amparo debido a la interrupción del servicio público de telefonía fija, así como por la falta de acceso a internet de banda ancha. La demanda de amparo, en concreto, reclamaba la omisión de TELMEX de "garantizar la prestación continua y permanente del servicio de telefonía fija, en virtud de la interrupción del servicio y el incumplimiento de reinstalación del mismo", así como la omisión de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes de "supervisar de manera diligente la prestación de los servicios de telefonía fija concesionados a la persona moral" antes referida. Además, respecto a ambas autoridades reclamaron la omisión de "garantizar a los habitantes de la comunidad de San Ildefonso el acceso a los servicios de internet de banda ancha", así como la omisión de asegurar el acceso esencial a tal derecho.[10] Tanto Teléfonos de México S.A.B. de C.V. (TELMEX) como a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes fueron señaladas como autoridades responsables en la demanda.

El Juez de Distrito decidió admitir la demanda de amparo en contra de tales autoridades señaladas. Frente a esta situación, la empresa telefónica decidió presentar un recurso de queja en contra de la admisión de la demanda de amparo, argumentando que la misma era una empresa privada que no podía ser considerada como autoridad responsable.

[10] Véase Amparo en revisión 1242/2015, Segunda Sala, SCJN, Ministro Ponente Eduardo Medina Mora I. Secretario Eduardo Romero Tagle, Sentencia de 11 de mayo de 2016. p. 3.

El asunto, a solicitud de los integrantes de la Comunidad de San Ildefonso, fue enviado por primera ocasión a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que determinara si TELMEX podría ser considerada como autoridad para efectos del juicio de amparo en este caso.[11] Debe resaltarse que cuando TELMEX presentaba la queja negándose a ser reconocida como autoridad desde la perspectiva del juicio de amparo, al mismo tiempo enviaba cuadrillas de trabajadores a la comunidad de San Ildefonso para restablecer el servicio de telefonía en la comunidad. Estas dos acciones resultan de enorme interés debido a que puede observarse detrás de ellas el mismo propósito: evitar su reconocimiento como autoridad susceptible de responder jurídicamente como un brazo ejecutor de las obligaciones del Estado y al mismo tiempo desaparecer la materia del juicio iniciado en su contra.[12]

Uno de los aspectos más interesantes de este caso se relaciona con la posición de TELMEX sobre su eventual reconocimiento como autoridad responsable dentro del juicio de amparo. De acuerdo con dicha empresa telefónica: *a)* el Juez de Distrito no debía reconocerla como autoridad responsable porque no realiza actos equivalentes a los de una autoridad que afecte derechos; y *b)* porque la omisión de restaurar los servicios de telefonía e internet está vinculada "casuís-

[11] Véase Queja 23/2014, Segunda Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ministro: Sergio A. Valls Hernández, Secretario: Miguel Ángel Burguete García, Sentencia de 26 de marzo de 2014.

[12] La primera de las estrategias fracasó debido a que el recurso de queja en donde TELMEX se negaba a ser considerado como autoridad para efectos de juicio del amparo fue considerado como infundado, pero la segunda de éstas, en realidad sí logró su objetivo al evitar que la Suprema Corte de Justicia se pronunciara en la sentencia de fondo sobre la interrupción de servicio de telefonía fija, debido a que de acuerdo con dicho tribunal, "el restablecimiento del servicio de telefonía fija, implica precisamente que han cesado las violaciones a sus derechos de libertad de expresión y acceso a la información, pues al contar con dicho servicio, no se advierte una limitante al ejercicio de tales derechos, aunado a que han desaparecido las afectaciones laborales que alegaron, al contar de nueva cuenta con el servicio de telefonía fija como instrumento de trabajo". Regresaré sobre este punto más adelante, por ser relevante para pensar en la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Véase Amparo en revisión 1242/2015, Segunda Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Ministro Ponente Eduardo Medina Mora I., Secretario Eduardo Romero Tagle, Sentencia de 11 de mayo de 2016. p. 42.

ticamente con la obligación de proveer los servicios establecidos en los contratos de suministro de servicios de telecomunicaciones" que se celebran con cada una de las personas contratantes.[13]

Es importante no perder de vista que TELMEX adoptaba tal posición, citando incluso precedentes de la propia SCJN adoptados en el año 2010; es decir, precedentes que marcaban la posición del tribunal mexicano en casos. En tales oportunidades, la Segunda Sala de la Suprema Corte sostuvo que en casos relacionados con el suministro de energía eléctrica realizados por la Comisión Federal de Electricidad (empresa productiva del Estado)[14] no deberían ser considerados como actos de autoridad debido a que los mismos: *a)* tienen su origen en un acuerdo de voluntades donde el prestador del servicio y el usuario adquieren derechos y obligaciones recíprocas, aspecto que supone que se recurra a las formas del derecho privado para regular la relación entre un proveedor y un particular; y *b)* porque la relación existente (producto del contrato de suministro de energía) no corresponde a la de una autoridad y un gobernado (*supra* a subordinación), sino que se trata de una relación de coordinación entre quien presta el servicio y quien lo recibe; *c)* por lo que el corte de suministro del usuario no genera que la relación de coordinación se transforme en *supra* a subordinación.[15]

[13] Queja 23/2014, Segunda Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ministro: Sergio A. Valls Hernández Secretario: Miguel Ángel Burguete García, Sentencia de veintiséis de marzo de 2014. pp. 8 y 9.

[14] De acuerdo con el artículo 1 de la Ley de la Comisión Federal de Electricidad. *D.O.F.* Ley de la Comisión Federal de Electricidad. Publicada el día 11 de agosto de 2014.

[15] Los criterios jurisprudenciales que se citan son: Tesis: 2a./J. 112/2010, de rubro COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. EL AVISO RECIBO POR CONCEPTO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA, INCLUSIVE CUANDO CONTENGA UNA ADVERTENCIA DE CORTE DEL SERVICIO, NO ES ACTO DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXII, Agosto 2010, Pág. 364. Reg. IUS 164145. De igual manera: Tesis: 2a./J. 113/2010, de rubro COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. EL CORTE O SUSPENSIÓN DEL SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA NO ES ACTO DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pág. 365. Reg. IUS 164144.

De esta manera, para la empresa Teléfonos de México, el contrato de suministro de telefonía básica celebrada entre dicha empresa y los usuarios de tal servicio corresponde a un contrato de adhesión en donde tanto la empresa como dichos usuarios se encuentran "en un mismo plano, en el que están establecidas obligaciones y contraprestaciones entre las partes en donde el suministrador del servicio y el cliente, adquieren derechos y obligaciones recíprocos".[16]

Es importante no perder de vista que la Segunda Sala de la Suprema Corte declaró como infundada la queja presentada por TELMEX, lo que no significó que dicha empresa de servicios de telefonía fija fuese reconocida como autoridad en el juicio de amparo. Esta situación resulta importante, ya que de alguna manera demuestra una cierta resistencia de los tribunales en México para reconocer a sujetos privados que realizan actos de autoridad a pesar de que, en teoría, cuenta con un marco jurídico adecuado para ello.

En relación con esta última cuestión, debemos recordar que el año 2011 significó para la legislación en México un momento importante, ya que tuvieron lugar dos de las reformas constitucionales más importantes en la historia reciente del país; tanto la denominada reforma constitucional en derechos humanos, que incorporó una serie de herramientas interpretativas para la protección y garantía del marco internacional de los derechos humanos, así como la reforma al juicio de amparo mexicano. Esta última, en teoría orientada a mejorar y ampliar los estándares de protección del juicio de amparo al reconocer su procedencia frente a la violación a normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales, incorporar el denominado interés legítimo para ampliar las posibilidades de combatir actos de autoridad, particularmente frente a la violación de derechos colectivos, entre otras modificaciones. Sin que sea mi propósito detenerme en

[16] Queja 23/2014, Segunda Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ministro: Sergio A. Valls Hernández, Secretario: Miguel Ángel Burguete García, Sentencia de 26 de marzo de 2014. P. 10.

este punto, es importante no perder de vista que muchos de los problemas estructurales del juicio de amparo mexicano como herramienta para la protección de los derechos humanos se mantienen vigentes (más adelante me detendré a revisar algunas de las razones por la que ello es así), aspecto que se traduce en última instancia a que dicho recurso no pueda ser considerado como adecuado y efectivo en términos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[17]

Precisamente, los problemas que se apuntan sobre el juicio de amparo no escaparon de la decisión de la Suprema Corte frente al embate de la compañía telefónica, ya que si bien reconoció que debido las reformas a la Ley de Amparo, el nuevo concepto de autoridad establecido ésta, implicaba la posibilidad de reconocer como autoridades, (con independencia de su naturaleza formal), a aquellas que dictan, ordenan, ejecutan o tratan de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas de forma unilateral y obligatoria, u omita el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas instituciones jurídicas,[18] y que por tanto es posible que los particulares realicen "actos equivalentes a los de la autoridad" que afecten sus derechos y sus funciones estén determinados por una norma general,[19] por lo que es necesario que durante la tramitación del juicio se demuestre o no que las omisiones imputadas a la compañía telefónica constituyen o no actos de autoridad. Por esta razón determinó que era correcta la admisión al juicio que decretó el Juez de Distrito.

---

[17] Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, Párrafo 64, Corte IDH. Caso *Mejía Idrovo vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228, Párrafo 91, Corte IDH. Caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, Párrafo 110.

[18] Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, última reforma el 17 de junio de 2016.

[19] *Cfr.* Queja 23/2014, Segunda Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ministro: Sergio A. Valls Hernández, Secretario: Miguel Ángel Burguete García, Sentencia de 26 de marzo de 2014. P. 16.

Este primer debate sostenido en el ámbito de la SCJN evidenciaría ya la posición de una empresa concesionaria de un servicio público de telefonía como TELMEX frente a la actividad que realiza y, en realidad, establecería las bases de su estrategia de litigio: llevar el tema de la prestación de los servicios públicos al ámbito empresarial del derecho privado e intentar hacer aparecer el problema como un asunto de carácter contractual, que debería regirse por normas del derecho privado y no, como un problema de derechos humanos conducido así bajo las reglas del derecho público y con un enfoque orientado a la protección de las personas y los grupos afectados.

Es importante no perder de vista que, durante el proceso de defensa de este caso se cristalizaría el contenido de la denominada reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y competencia económica que, entre otros aspectos, reconocería a las telecomunicaciones y a la radiodifusión como servicios públicos de interés general y reconocería algunos derechos a favor de usuarios y audiencias,[20] particularmente con la creación de juzgados de distrito y tribunales colegiados especializados en telecomunicaciones y competencia económica.[21] En virtud de esta transformación constitucional (que resulta relevante, en la medida que otorgaría rango constitucional al reconocimiento de los servicios públicos en materia de telecomunicaciones, lo que constituye una de las bases de la demanda de los integrantes de la comunidad de San Ildefonso) sería un Juez de Distrito especializado en materia de competencia económica y telecomunicaciones quien resolvería en primera instancia el litigio planteado.

[20] Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de telecomunicaciones. *Diario Oficial de la Federación*. Publicada el día martes 11 de junio de 2013.

[21] De acuerdo con el artículo cuarto transitorio del Acuerdo General 22/2013 del Consejo de la Judicatura Federal, los asuntos que se presentaran a partir del 10 de agosto de 2013 serían competencia de los juzgados de distrito y tribunales colegiados especializados. Consejo de la Judicatura Federal, Acuerdo 22/2013.

No es muy difícil imaginar cuál fue el desenlace de la historia en primera instancia. En realidad, el resolutivo en esta etapa del asunto solo pondría de manifiesto dos de los principales problemas que tiene la exigibilidad de los derechos humanos en México, particularmente los denominados derechos económicos, sociales y culturales: *a)* las dificultades conceptuales relacionadas con los DESC, aunadas a la disolución de obligaciones de las empresas privadas que prestan servicios públicos; y *b)* la falta de idoneidad del juicio de amparo mexicano para proteger derechos humanos. Estas limitaciones que se visibilizaron en el Juzgado de Distrito se volverían a presentar más adelante cuando la Suprema Corte resolviera el asunto definitivamente.

En síntesis, el Juez de distrito determinaría que el asunto debía sobreseerse (terminar el procedimiento sin que exista un pronunciamiento de fondo) por diversas razones que, posteriormente, reproduciría en buena medida la SCJN. Determinó que:

a) no había materia de análisis en el presente asunto porque algunos integrantes de la comunidad no exhibieron sus recibos telefónicos en el juicio. Esta situación también explicaría que no pudieran demostrar que tenían un contrato para el servicio de internet y por lo tanto, al no demostrar que gozaban del servicio no hay forma de comprobar que tenían derecho a recibir tales servicios.[22]

b) a pesar de contar con evidencias suficientes (en este caso recibos telefónicos correspondientes al periodo de suspensión presentados por las y los integrantes de la comunidad de San Ildefonso y que demostraban que no existió tránsito de llamadas durante el mismo) toda vez

[22] Amparo Indirecto. Exp. 68/2014. Consejo de la Judicatura Federal, Juzgado Segundo de Distrito en materia Administrativa Especializada en Competencia Económica y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal, p. 16, 17 y 18.

> que la compañía telefónica había reestablecido el servicio cuatro meses después de su interrupción, eso significaba la desaparición de la materia del juicio porque ya contaban nuevamente con el mismo.[23]

Finalmente, sí hubo un aspecto en donde entraría al fondo del asunto y que, curiosamente, se relaciona con la solicitud de acceso a servicios de internet de banda ancha; sin embargo, en este tema, decidiría negar el amparo debido a que:

> el artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la parte en que tutela el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación y a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet, se trata de una norma programática que requiere de complementación operativa en los programas que al efecto se emitan y en las acciones que se desarrollen de conformidad con la política pública que fije el Ejecutivo Federal.[24]

El argumento central utilizado por la Jueza de Distrito es uno de sobra conocido para quienes realizan la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales, es decir, al establecer la Constitución el derecho fundamental al acceso universal al servicio de banda ancha e internet, no vincula o liga a las autoridades para actuar de manera inmediata.[25] De acuerdo con la Juez de Distrito la única obligación de la autoridad será la de establecer una política pública en la materia.

En los argumentos esbozados en la citada sentencia para ampliar tal justificación se afirmaría que: "la infraestructura existente es insuficiente para responder al crecimiento exponencial de la demanda de ancho de banda para transportar todo el tráfico de voz y datos que se generan día con día, además de que la mayor

[23] *Ibid*., p. 35, 49 a 56.
[24] *Ibidem,* p. 64.
[25] *Ibidem,* p. 65.

red troncal es propiedad del principal operador" (operador que curiosamente es una de las autoridades demandadas) por lo que resulta fundamental que el Estado asuma un papel activo y rector en el desarrollo de redes con capacidad suficiente para la presentación de tal servicio.[26]

De acuerdo con la Jueza: "la obtención de los objetivos de la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones no depende de la inmediatez con que se adopten las medidas conducentes como implícitamente lo sugieren los quejosos en su escrito de demanda (es decir, no significa que las personas cuenten con los servicios en la actualidad, lo cual parece irrelevante para la juzgadora) sino de la idoneidad de la política y su consecuente instrumentación.[27] Adicionalmente, de acuerdo con la misma juzgadora, como la demanda se presentó con anterioridad a la reforma en materia de telecomunicaciones, entonces no existía en ese momento tal derecho.[28]

b. El final de la historia. La decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

En contra de la sentencia referida, las y los integrantes de la comunidad indígena de San Ildefonso presentaron un recurso de revisión que fue turnado al Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. Este determinó remitir el caso a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en virtud de que la determinación de conocer si TELMEX es o no autoridad para el juicio de amparo continuaba presente en el juicio, por lo que existían las condiciones de relevancia y trascendencia que motivaron la primera atracción que hizo la Suprema Corte, ya que la misma determinó en aquella oportunidad que no era el momento

[26] Amparo Indirecto. Exp. 68/2014. p. 86.
[27] *Ibid.,* p. 92.
[28] *Ibidem,* p. 93.

adecuado para pronunciarse sobre si la empresa prestadora de servicios públicos debía o no ser considerada como autoridad en dicho juicio.[29]

Fue así que el asunto llegó nuevamente a la Segunda Sala de la Suprema Corte. La situación en dicho tribunal no fue muy distinta al enfoque del caso adoptado por el Juzgado de Distrito. En síntesis, la Suprema Corte, decidió el caso, argumentando lo siguiente:

a) En relación con la situación de aquellas personas que en la demanda de amparo no presentaron recibos telefónicos como evidencia, la Suprema Corte afirmó que tales quejosos argumentaron que al reclamarse una omisión a una autoridad, la carga de la prueba recae en ésta, por lo que en este caso, al cuestionarse la omisión de brindar el servicio público de telefonía de manera continua e ininterrumpida se obligaba a TELMEX a demostrar que la interrupción del servicio no sucedió.
Sin embargo, de acuerdo con la Suprema Corte mexicana, de manera previa a la demostración de la interrupción del servicio, los quejosos deberían haber demostrado que tenían un contrato con la compañía telefónica. Incluso llegó a afirmar que: "si bien algunos quejosos exhibieron recibos telefónicos para demostrar que habían contratado el servicio de telefonía fija de TELMEX, ello no implicaba en automático que el servicio hubiese sido contratado para todos los integrantes de la comunidad".[30]

Una afirmación muy peculiar sobre el enfoque de la Suprema Corte sobre los servicios públicos aparece cuando la Segunda Sala afirma que: "la protección consistente en que el servicio de telefonía fija se

[29] *Cfr.* Consejo de la Judicatura Federal, Primer Tribunal Colegiado de Circuito especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, Amparo en revisión, Exp. R.A. 19/2015. pp.16-20.
[30] Amparo en revisión 1242/2015, p. 30.

preste de manera continua e ininterrumpida, no es aplicable a todas las personas, sino que por lógica, solamente se encuentra dirigida a aquellas que han contratado el servicio, ya que éste no podría interrumpirse respecto de aquellos quejosos que ni si quiera cuentan con el mismo".[31] Por ello, según la Corte mexicana "la exigencia de la Juez (sic) de Distrito consistente en que los quejosos debían demostrar que habían contratado el servicio de telefonía fija, no implica una carga probatoria excesiva o desproporcionada, que se tradujera en un obstáculo procesal insuperable, toda vez que por lógica, quien ha contratado tal servicio tiene recibos telefónicos del mismo".[32]

Esta situación pone de manifiesto un entendimiento muy peculiar del significado de los servicios públicos por parte del tribunal constitucional mexicano (y de los derechos que con ellos se busca garantizar), toda vez que permite vislumbrar al menos dos aspectos: *i)* una visión contractualista que desnaturalizaría la idea misma de los servicios públicos, sometiendo su análisis a reglas del derecho privado; *ii)* consecuencia de lo anterior, una concepción restrictiva, de las posibilidades de protección de derechos a través del juicio de amparo, al someter a las personas que ven afectados sus derechos al cumplimiento de formalidades, que serían fácilmente remontables si los tribunales de amparo solicitaran tal información (la evidencia de si alguna o algunas personas son subscriptores del servicio público) a la empresa concesionaria, en virtud de que es ésta la que cuenta con la información del padrón de personas usuarias del servicio de telefonía; y porque ello significaría no someter a las víctimas de violación de derechos humanos a una carga desproporcionada. Pero, más allá de ello, parecería incluso que por encima de un contrato celebrado entre las personas que requieren el

[31] *Ibid.,* p. 31.
[32] *Ibidem.*

servicio y la empresa telefónica, los tribunales tendrían que preguntarse de qué forma se presta un servicio público cuyo responsable, al final del día, es el Estado.

b) Es particularmente interesante un aspecto de la sentencia. Por un lado, la Jueza de Distrito reconoció (para aquellas personas que presentaron todos los recibos telefónicos de la época de la suspensión del servicio como evidencia) que la interrupción unilateral del servicio por parte de la compañía telefónica existió, pero para la Suprema Corte no parece contradictorio el negarse a reconocer que la misma afectación se generó en relación con otras personas que tenían contratado el servicio pero que no contaban con la evidencia (recibos telefónicos) para demostrarlo.[33] Lo relevante en este punto, como decíamos, es que para el Máximo tribunal mexicano no existía una obligación de los tribunales para generar una presunción de interrupción generalizada (como sucedió en esta comunidad) que les obligara a solicitar mayor información a la empresa de telefonía sobre las razones y dimensión de la interrupción de un servicio público. Si pensamos que el juicio de amparo en México es complejo, tardado, costoso y por tanto inaccesible, para amplios sectores de la población, la posibilidad de que muchas personas tengan los medios necesarios, cuenten con el histórico de todos sus recibos telefónicos, parece francamente condenar a una comunidad a no poder demostrar que una empresa que presta servicios públicos haya suspendido de manera generalizada un servicio tan importante como el de telefonía.

c) En adición a lo anterior, las y los integrantes de la comunidad de San Ildefonso argumentaron que sujetar la obligación relacionada con la

[33] *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Segunda Sala, Amparo en revisión 1242/2015. Ministro Ponente Eduardo Medina Mora I. Secretario Eduardo Romero Tagle, Sentencia de 11 de mayo de 2016. p. 32.

prestación del servicio público de telefonía fija a la existencia de un contrato de adhesión, en realidad constituía una forma de mirar el asunto desde una óptica de derecho privado, derivada de una consideración contractual, cuando el asunto debería ser observado desde la perspectiva del derecho e interés público en donde lo que debería determinarse son afectaciones a los derechos humanos de las personas. Sobre este punto la Suprema Corte insistiría en argumentar que "el análisis sobre la deficiente prestación del servicio de telefonía fija, sí debe realizarse a partir del contenido del título de concesión respectivo, es decir, el análisis de fondo sobre el modo en que se debió prestar el mismo sí tendría que responder al clausulado contenido en el título de concesión, pero solamente respecto de los quejosos que hubiesen acreditado que tenían derecho a que se les prestara el servicio de telefonía fija, con motivo de la celebración de un contrato". Y luego, la propia Corte insistiría que esto no significaría observar el "análisis sobre la interrupción del servicio a partir de un enfoque meramente contractual".[34]

d) Por otra parte, un elemento que nos ayudaría a ejemplificar uno de los problemas más significativos del juicio de amparo mexicano se relaciona con la posibilidad de reparar judicialmente violaciones a los derechos humanos. En una suerte de juego tautológico, la Suprema Corte afirmaría que si bien se demostró respecto a algunos de los quejosos la interrupción unilateral del servicio público de telefonía por parte de la empresa de telefonía, lo cierto era que al restablecerse el servicio, el juicio de amparo debería quedarse sin materia, porque las cosas habían vuelto a la situación anterior, razón por la cual debería desaparecer la materia del amparo, porque según la Corte se habían "destruido de forma inmediata, total e incondicional" los efectos del acto reclamado.[35]

[34] Amparo en revisión 1242/2015, p. 36.
[35] Amparo en revisión 1242/2015, p. 39.

Precisamente por ello, de acuerdo con la Corte, no había lugar a otorgar la reparación a los integrantes de la comunidad de San Ildefonso por los cuatro meses en que vieron afectados sus derechos, porque como por "arte de magia" el restablecimiento del servicio regresaba las cosas a como se encontraban antes de la violación. En otras palabras, el restablecimiento del servicio anula la violación de los derechos y, ante la falta de violación a los derechos, entonces no hay nada que reparar. De acuerdo con la Corte mexicana, habría que suponer que las cosas volvieron a su estado anterior a la violación constitucional "como si el acto no hubiera invadido la esfera jurídica del particular, o habiéndola interrumpido, no deje ahí, ninguna huella".[36]

e) En relación con el derecho de acceso a internet, la Suprema Corte realizaría algunos razonamientos que, por lo menos, nos generan algunas dudas. Por una parte, reconocería que expresamente el artículo 6o. constitucional incorpora el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicación incluido el de banda ancha e internet.[37] De igual manera, reconocería que este derecho aplicado a las comunidades indígenas implicaría reducir la brecha digital, ampliar las vías de comunicación, con la intención de que las comunidades indígenas tengan acceso a servicios como la telefonía y el internet, y que la operación de los medios de comunicación debería atender a las costumbres, políticas y dialecto y que además, tales exigencias se encuentran justificadas por su condición de vulnerabilidad.[38]

[36] Amparo en revisión 1242/2015, p. 41.
[37] Amparo en revisión 1242/2015, p. 50.
[38] Amparo en revisión 1242/2015, p. 55.

Aunado a lo anterior y en sintonía con la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconocería la interdependencia existente entre derechos civiles y políticos y los económicos sociales y culturales, la inexistencia de una jerarquía entre ellos y la exigibilidad de todos ante las autoridades.[39]

De igual manera, y en una afirmación interesante, la Segunda Sala de la Suprema Corte reconocería que la vía judicial no es la única alternativa para la exigibilidad de los derechos; así mismo, reconocería que los derechos económicos sociales y culturales, en particular el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación en su vertiente de acceso a internet, son justiciables a través del juicio de amparo.[40]

Luego de tales aseveraciones la Suprema Corte nos volvería a sorprender (de manera positiva, aunque por poco tiempo) cuando afirmó que, en función de lo anterior, resulta importante analizar si las autoridades han garantizado el núcleo mínimo o esencial de este derecho con el propósito de verificar si se han o no vulnerado los derechos fundamentales de los integrantes de la Comunidad de San Ildefonso. Hasta aquí, la Suprema Corte nos ha sorprendido con la incorporación de una visión relevante sobre la justiciabilidad de los DESC. Sin embargo, tal visión parece desmoronarse cuando es traducida en significados particulares para el caso que ahora relatamos. De acuerdo con el tribunal constitucional, el Estado mexicano sí ha garantizado el núcleo esencial del derecho de acceso a las tecnologías de la información y la comunicación, en específico internet ya que cuenta con una estrategia a nivel

[39] Incluso la Segunda Sala hace referencia aquí al caso Acevedo Buendía. *Cfr.* Corte IDH. Caso *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198. Párr. 100.

[40] Amparo en revisión 1242/2015, pp. 58-59.

nacional que contiene un plan de acción con objetivos y estándares orientados al desarrollo de la infraestructura, el empleo del internet en la vida cotidiana, la creación de centros comunitarios para su acceso, así como un enfoque hacia los sectores más vulnerables.

Tal estrategia estaría contemplada en la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones (de la que ya se ha hablado aquí) en el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, así como en el "Programa para un Gobierno Cercano y Moderno". De acuerdo con la Corte, la existencia de esa política en materia de tecnologías de la información y la comunicación permite concluir que el Estado ha garantizado el núcleo esencial de tal derecho, con independencia de que la comunidad de San Ildefonso no cuente con un acceso general a internet. De la misma manera afirman que tampoco hay evidencia que los quejosos hubieran tenido acceso al internet en su comunidad y que el mismo se hubiera interrumpido o se disminuyeran las condiciones para su acceso. Precisamente, al establecer en el diseño de la política pública la preocupación por grupos vulnerables, esto demuestra que el Estado ha cumplido con el núcleo esencial del derecho en cuestión.[41]

De esa manera, según la Suprema Corte:

> Lo anterior no desconoce la importancia del acceso a las tecnologías de la información y comunicación, en especial el internet, para las comunidades indígenas. Sin embargo, ello no implica que como medida inmediata todos los integrantes de éstas deberán contar con pleno acceso a internet, pues como ya se ha indicado, ello depende del desarrollo de infraestructura[42]

[41] Amparo en revisión 1242/2015, pp. 79-80.
[42] Amparo en revisión 1242/2015, pp. 79-80.

f) Así, el Alto tribunal afirmaría que la sentencia tenía además un enfoque de derechos de los pueblos indígenas, debido a que la decisión de negar el amparo no descansó en una distinción con basada en la pertenencia de las personas a una comunidad indígena, sino a que existía una política pública en marcha. Según la Corte, también tienen una perspectiva de derechos indígenas porque, si bien en este asunto no hubo intérpretes, ello se debe a que la propia Corte no advirtió la necesidad de ello. También afirman que tal perspectiva indígena existe en el caso porque pidieron información de la Comunidad al Instituto Nacional de Estadística y Geografía, así como a la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

Como puede observarse, al final del camino la Segunda Sala consumaría lo que de origen se perfiló como un proceso en el que existiría una tendencia sumamente acentuada hacia una concepción contractualista, o de derecho privado, asociada a la prestación de los servicios públicos, así como una profunda incomprensión de la naturaleza y requerimientos de protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Todos estos elementos nos permitirán ahora exponer algunas ideas en relación con la tesis planteada al inicio de este estudio.

2. Algunos problemas asociados con la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en México

Después de casi cuatro meses de interrupción del servicio telefónico, así como más de tres años de juicio, quizá lo único que se obtendría como victoria en el caso sería el casi instantáneo restablecimiento del servicio producto de la presentación de la demanda de amparo, después de que las y los integrantes de la comunidad habían tocado muchas puertas y recibido negativas por parte de la empresa concesionaria. También es posible que el juicio tuviera un efecto importante en el reconocimiento de las y los integrantes de la comunidad como

interlocutores válidos y legítimos que había que atender por parte de una empresa muy poderosa, que apenas se decidía mirarles. Teniendo presente lo anterior, lo cierto es que, en términos generales, el resultado del juicio de amparo resulta bastante desalentador, no solo por la negativa de los tribunales para proteger los derechos de las personas que estaban a discusión, sino acaso, con mayor razón, por la perspectiva tan limitada, así como la pobreza conceptual y argumentativa de las consideraciones.

a. Problemas asociados a la conceptualización de los DESC

La sentencia que hemos revisado presenta una serie de problemáticas en donde, aún se conservan de fondo, algunas de las viejas cuestiones asociadas con la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales. En el caso estudiado en el presente artículo podríamos identificar diversos problemas asociados con la manera en como son entendidos los derechos económicos, sociales y culturales, sin embargo, quiero referirme a dos aspectos que me parecen particularmente problemáticos. El primero asociado con la identificación del tipo de obligaciones que se imponen al Estado cuando se reconoce la existencia de los derechos sociales, y que podemos advertir, en el momento en que la Corte reconoce la existencia de un derecho de acceso al internet dentro de la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales. El segundo problema puede observarse cuando el Estado no reconoce que la prestación de un servicio público de interés general se encuentra relacionada con la protección y garantía de alguno o algunos derechos económicos, sociales y culturales.

i. Una conceptualización deficiente relativa a la estructura y posibilidades de los derechos económicos sociales y culturales

Desde luego, un primer debate que podría plantearse a la luz de la revisión del presente caso radica en la identificación de los derechos que se encuentran en juego cuando se cuestiona la interrupción de servicios públicos de interés general

por parte de una empresa privada. Desde esta perspectiva, no resulta claro si existe un derecho de acceso a los servicios públicos o bien, si a través de los servicios públicos el Estado cumple con una serie de obligaciones relacionadas con derechos. Sin embargo, a partir de la sentencia analizada es posible identificar que la Segunda Sala reconocería que: *a)* existe un derecho de acceso a internet; pero *b)* no reconoce la existencia de un derecho de acceso a la telefonía fija a pesar de tener ambos un tratamiento similar en el texto constitucional.

Sin intentar profundizar demasiado en los criterios utilizados por la Corte mexicana en el reconocimiento del derecho de acceso a internet, vale la pena detenernos un momento en una cuestión que resulta relevante. A partir de la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones en México del año 2013, el artículo 6o. constitucional reconoció el derecho de acceso a: *1)* las tecnologías de la información y comunicación; *2)* los servicios de radiodifusión; *3)* los servicios de telecomunicaciones, incluido el de banda ancha.

Esta situación es particularmente relevante, ya que por una parte la SCJN afirmaría que el "derecho de acceso a las tecnologías de información y comunicación es un derecho humano de los identificados como derechos económicos, sociales y culturales";[43] y, por otra parte, otro servicio de telecomunicaciones como la telefonía fija no recibiría el mismo tratamiento en la sentencia. Tal circunstancia se tornaría al menos contradictoria porque, por una parte, tanto el acceso a internet como el acceso a la telefonía fija constituyen dos tipos de servicios públicos que pueden ser englobados como parte de los llamados servicios de telecomunicaciones. Por otra parte, la propia Segunda Sala afirma que el artículo 2o. constitucional reconoce que: "a efecto de reducir la brecha digital de las comunidades indígenas: a) la ampliación de las vías de comunicación, con la intención de que las comunidades indígenas tengan acceso a servicios como la telefonía

[43] Amparo en revisión 1242/2015, p. 55.

y el internet".[44] Parecería ser por tanto que si existe un derecho de acceso a internet para una comunidad indígena, como parece reconocer la Suprema Corte mexicana, con mayor razón debería existir un reconocimiento a un derecho de acceso al servicio de telefonía fija.

En relación con este punto, una de las cuestiones que aparece de manera confusa en la argumentación del Máximo tribunal mexicano se relaciona con el proceso de identificación de los derechos económicos, sociales y culturales. Si bien la propia Corte mexicana reconoce un "derecho de acceso al internet", de la sentencia no parece desprenderse con claridad, cuáles son las razones que le llevaron a la construcción de este derecho, y mucho menos cuáles fueron las que le condujeron a reconocerle como un derecho económico, social y cultural. Una de las posibles hipótesis asociadas a este problema de conceptualización tiene que ver con la falta de claridad respecto a la situación que tienen los servicios públicos de interés general en relación con los derechos humanos. Tal situación será abordada más adelante.

Por otra parte, existe un segundo aspecto que debería tenerse presente en la sentencia referida, y se relaciona con el impacto y las consecuencias que la Corte mexicana advierte una vez que ha declarado que el "derecho de acceso a internet" es un derecho económico, social y cultural.

Me detendré un momento en este punto. En un primer momento, la Jueza de Distrito especializada en telecomunicaciones que conoció el caso refirió que: "el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet, constituye una norma programática que requiere complementación operativa en los programas y acciones que, conforme con la política

[44] Amparo en revisión 1242/2015, p. 55.

pública, fije el Ejecutivo Federal".[45] Como puede verse, este desde luego es un argumento asociado a un debate aparentemente superado relacionado con la idea según la cual el carácter programático de los derechos económicos, sociales y culturales, impedía su justiciabilidad.[46]

Debo destacar que, esta concepción asociada al carácter programático de las obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales expuesta en el juzgado de distrito fue modificada posteriormente por la SCJN, por una concepción que aparentemente se encontraría más alineada a una concepción más amplia de los DESC, aunque como veremos, sorprendentemente llegaría al mismo resultado. En este punto, lo preocupante es visualizar cómo la sentencia de la Suprema Corte vaciaría de contenido algunos de los principales conceptos elaborados a favor de la justiciabilidad de los derechos sociales; sin embargo, vale la pena ir paso por paso. A diferencia de lo sostenido por la Jueza especializada en competencia económica y telecomunicaciones, la Segunda Sala asumiría diferentes posturas, que en principio deberían reconocerse como elementos positivos para la defensa y protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

a) En un primer momento, y teniendo presentes las consideraciones que ya se han expuesto al respecto, la Suprema Corte reconoce el derecho

[45] *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, Ponente: Min. Alberto Pérez Dayán, Secretaria, María del Carmen Alejandra Hernández Jiménez, Solicitud de ejercicio de la Facultad de Atracción 316/2015. Solicitante: Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa, especializado en competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones, Sentencia de 7 de octubre de 2015. p.16.

[46] Esta situación nos recuerda dos de los principales argumentos que se han utilizado a lo largo de la historia para cuestionar la justiciabilidad de los DESC. Por una parte, el hecho de que el carácter progresivo de los mismos impida que los tribunales puedan determinar el incumplimiento de las obligaciones positivas por parte de los Estados, y en segundo lugar, una concepción de los derechos sociales que les ubica más como principios políticos que como normas jurídicas que imponen obligaciones. Véase Víctor Abramovich, y Christian, Courtis, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales" en Carbonell, Miguel, Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., Porrúa-UNAM, México, 2001, pp. 139-141.

de acceso a las tecnologías de la información y la comunicación como un derecho económico, social y cultural.[47]

b) En función del reconocimiento de este derecho, posteriormente, la propia Suprema Corte de Justicia reconocería que "en un principio se admitía la existencia de una aparente dicotomía" entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, aspecto que entre otros "se reflejó en la emisión de dos Pactos Internacionales". Adicionalmente, según la Corte, lo anterior ocasionaría la persistencia de la idea "de que los derechos civiles y políticos eran susceptibles de aplicación inmediata, requiriendo obligaciones de abstención por parte del Estado, mientras que los económicos, sociales y culturales, eran implementados por reglas susceptibles de aplicación progresiva, requiriendo acciones positivas".[48] Tal idea, según la Corte, deja fuera el hecho de que: "entre los derechos económicos, sociales y culturales hay algunos que requieren mecanismos de protección parecidos a los de los derechos civiles y políticos, y que exigen la misma garantía por parte del Estado, a fin de brindar a éstos un carácter no derogable". Aunque tal afirmación del tribunal mexicano resulta poco precisa, debido a que, en realidad, no es que "algunos" DESC requieren mecanismos parecidos a los civiles y políticos, ya que en realidad, como lo ha enfatizado algún sector de la doctrina, es que tanto la estructura de los derechos civiles y políticos, como la de los económicos, sociales y culturales constituyen "un complejo de obligaciones negativas y positivas por parte del Estado", por lo que las diferencias entre ambos tipos de derechos "son diferencias de grado".[49]

---

[47] Amparo en revisión 1242/2015, p. 55.

[48] Aunque la Corte no lo cita, parecería que hasta aquí se refiere a la misma cita que se ha referido en este trabajo anteriormente. V. Abramovich y C. Courtis, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos...", *op. cit.*, pp. 139-141.

[49] *Ibid.,* p. 143.

c) De la misma manera, la Segunda Sala de la Corte reconoció que tanto derechos civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales "deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos", y que "si bien la vía judicial no es la única posible, sí es una forma en que pueden aplicarse inmediatamente en el ámbito interno, por lo que es adecuado que esas prerrogativas fundamentales, sean justiciables ante los tribunales". En función de lo anterior "se encuentra justificado que los DESC, en particular el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, en su vertiente de acceso a internet, son justiciables a través del juicio de amparo".[50]

d) Quizá el único punto que reconocería la SCJN a las y los integrantes de la comunidad indígena de San Ildefonso era que: "la 'Jueza de Distrito' debió percatarse de la previsión, a nivel internacional, pues omitió el hecho de que este tipo de derechos sí se encuentran sujetos a dos obligaciones inmediatas". La primera, la obligación de garantía sin discriminación de tales derechos, y la segunda, adoptar medidas orientadas a garantizar un núcleo mínimo o esencial de los mismos, lo cual implica la provisión de aquellos recursos o servicios básicos indispensables que aseguren su ejercicio. Máxime teniendo presente las condiciones de desigualdad de la comunidad indígena de San Ildefonso.[51]

Hasta aquí, parecería ser que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dado algunos pasos significativos en relación con las posibilidades de justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales. Sin embargo, nuevamente incurre en algunos errores importantes y concluye el caso

[50] Amparo en revisión 1242/2015, *Cit*. p. 59.
[51] Amparo en revisión 1242/2015, p. 59.

afirmando que: *a)* "El Estado mexicano sí ha garantizado el núcleo esencial del derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, en específico, el internet", ya que a juicio de este tribunal, "el Estado mexicano si cuenta con una estrategia a nivel nacional, con un plan de acción con objetivos y estándares claros"; *b)* la estrategia referida se encuentra en marcha; *c)* el tiempo transcurrido es razonable, desde 2013 como año de la reforma en materia de telecomunicaciones y 2016, cuando la Corte no dice que, realizó en concreto, el Estado para la implementación de tal política; y *d)* no se advierte que la comunidad indígena de San Ildefonso tuviera internet o que se hubieran disminuido las condiciones del acceso.

Resulta bastante preocupante que la Corte reconozca que: "no obstante los quejosos pertenecen a una comunidad indígena en la cual manifiestan que no cuentan con acceso general a internet, lo cierto es que tal situación se encuentra sujeta precisamente al desarrollo progresivo de la estrategia nacional diseñada e implementada". Pero no solo eso, el propio tribunal continúa señalando que todo lo dicho antes: "no desconoce la importancia del acceso a las tecnologías de la información y comunicación, en especial el internet para las comunidades indígenas", sin embargo, indica que esto "no implica que como medida inmediata todos los integrantes de éstas deberían contar con pleno acceso a internet".[52]

Al respecto, resulta importante decir que existen dos teorías o enfoques relacionados con el contenido esencial de los derechos humanos. La primera denominada como *absoluta*, que reconoce que los derechos cuentan con una parte que es intocable, por lo que cualquier afectación a la misma sería ilícita. Por otra parte, para la teoría *relativa*, el contenido esencial de un derecho no es algo "preestablecido" o fijo, sino que deben atenderse de manera casuística a través

[52] Amparo en revisión 1242/2015, p. 60.

del principio de proporcionalidad.[53] Uno de los aspectos que más se ha enfatizado sobre la idea del contenido esencial de los derechos es que su determinación no debería permitir que el derecho del que se hable quede "desnaturalizado, desfigurado" y que se vuelva "irreconocible e impracticable".[54]

En este punto, el planteamiento de la sentencia de amparo parecería ser que la Suprema Corte mexicana se decanta por el primero de los modelos, aunque francamente, y a pesar de citar al Tribunal Constitucional de España que sostiene la importancia de evitar que los derechos se tornen irreconocibles, parecería ser que el fallo del tribunal mexicano en el caso que analizamos ahora, ha dejado al derecho de acceso internet, francamente irreconocible.

En primer lugar, no resulta muy claro cómo fue que el tribunal referido llegó a la conclusión según la cual el núcleo esencial, como el contenido esencial del derecho de acceso a las tecnologías de la información, implicaba solamente el diseño de una política pública de carácter nacional que tuviera en condición a los sectores más vulnerables, y menos aún, las razones del por qué eligió tres instrumentos de carácter no vinculante para identificarlo.[55] En segundo término, tampoco queda muy claro en la sentencia cómo una valoración del núcleo esencial de un derecho reivindicado por integrantes de una comunidad indígena puede ser realizada sin valorar información específica sobre el proceso de

[53] Véase Rubén, Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad*, UNAM, México 2007, pp.111-112.

[54] Véase Gerardo, Pisarello, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción, El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003, p.106. El propio autor hace referencia al tribunal constitucional español en su sentencia 11/1981. En dicha ocasión el Tribunal Constitucional español reconocería que: "Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Véase Tribunal Constitucional de España, Sentencia 11/1981 de fecha 8 de abrll de 1981. párr. 8.

[55] La Suprema Corte refiere que su construcción del núcleo esencial se basó en "Declaración de Principios de la Cumbre Mundial sobre la sociedad de la información (celebrada en Ginebra en dos mil tres), la resolución A/HRC/20/L.13 del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, y la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet de la Organización de Estados Americanos". Amparo en revisión 1242/2015, pp. 60-62.

implementación de la política nacional en la comunidad en cuestión. De esta manera, una definición poco clara de un concepto tan importante como el contenido esencial es utilizada con el propósito de tornar ilusorio el contenido de un derecho.[56] El uso del contenido esencial, en contra de los propios derechos económicos, sociales y culturales.

ii. La intermediación de sujetos privados en la distorsión de obligaciones sobre derechos humanos

En este punto, quiero referirme en concreto a la problemática que vincula a los servicios públicos con los derechos económicos, sociales y culturales, y en particular a la manera en que la intervención de actores privados, de alguna manera diluye la responsabilidad del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Uno de los problemas más importantes que se presenta en el caso analizado es la dificultad que encuentran los tribunales mexicanos para delimitar aquellos espacios de naturaleza privada en donde intervienen entidades no estatales (empresas concesionarias) en relación a otros ámbitos, en donde no obstante intervienen actores privados, y lo hacen ejecutando actividades de carácter público. Esta situación ocasiona un enorme problema en la medida en que transforma de alguna manera una serie de actividades de carácter público en relaciones amparadas por el derecho privado.

[56] Es particularmente interesante visualizar que la Suprema Corte mexicana utiliza el modelo de la argumentación categórica o de contenido prestablecido, en oposición al modelo de la ponderación. No obstante ello, el ejemplo en el caso analizado en el presente estudio en realidad actuaría en contra de los propósitos que la determinación de un contenido esencial de los derechos: la utilización arbitraria del mismo. En teoría, "mientras mayor sea la categorización del estilo de argumentación empleado, más elevado será el potencial de protección del contenido esencial". Daniel Vázquez, y Sandra Serrano, "Contenido, esencial, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles" en Cervantes Alcayde, Magdalena, et al., *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, SCJN-UNAM, 2014, p. 198.

Precisamente este es uno de los principales problemas a los que nos enfrentamos en los casos de prestación de servicios públicos de interés general. Una cuestión que sería importante enfatizar es que el Estado cumple a través de la prestación de los servicios públicos con una serie de obligaciones que se relacionan con diversos derechos. Dicho de otra manera, los servicios públicos constituyen la manera en que el Estado se encarga de cumplir con una serie de obligaciones para la garantía de diversos derechos. De ahí que, aunque pueda argumentarse que las personas tienen el derecho de acceder a los servicios públicos de diferente tipo, como por ejemplo, el caso de las telecomunicaciones, en realidad la prestación de los servicios públicos garantiza una serie de derechos que se aseguran a través de tales servicios.

De esta manera, la Corte Constitucional colombiana ha reconocido que: "la asunción de funciones administrativas por parte de particulares" no debería "confundirse con el tema de la privatización de ciertas entidades públicas", ya que de acuerdo con la propia Corte colombiana "la privatización es un fenómeno jurídico que consiste en que un patrimonio de naturaleza pública es enajenado a particulares, de tal manera que se trueca en privado".[57] De ahí que pareciera que, como veremos más adelante, en el caso que aquí se analiza la SCJN deja de lado las implicaciones que están detrás de plantear el caso relativo al servicio público de telefonía fija como un asunto privado entre una empresa y quien es suscriptor de ella.

Con una posición de este tipo, parece perderse de vista que la prestación de servicios públicos en realidad se encuentra asociada con el ejercicio de una importante cantidad de derechos, por lo que, la interrupción unilateral de los mismos genera afectaciones de carácter colectivo. De ahí que resulte funda-

[57] Corte Constitucional Colombiana, C-644/11 Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 140 (parcial9 y 144 (parcial) de la Ley 1437 de 2011. Ponente: Jorge Iván Palacio. 3.1.2. La responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares que cumplen funciones públicas en el Estado Social de Derecho.

mental desarrollar una concepción de los servicios públicos con enfoque de derechos que nos conduzca a identificar el conjunto de obligaciones de derechos humanos que tiene el Estado y que cumple a través de la prestación de diversos servicios públicos (ya sea que se auxilie o no de personas privadas) con el propósito de anteponerlas al análisis de cualquier cuestión contractual que pueda argumentarse.[58]

Si pensamos así la lógica de los servicios públicos entonces podremos reconocer que, por encima de las disposiciones contractuales se encuentran las obligaciones del Estado que serán cumplidas a través de la prestación de tales servicios públicos. Dicho de otra manera, resulta fundamental limitar la autonomía contractual en aquellos casos en donde lo que está en juego es la protección y garantía de los derechos. En este mismo sentido, la propia Corte Constitucional colombiana reconoció que: "las regulaciones sólo puedan limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta".[59]

Incluso el propio tribunal colombiano ha reconocido que "se podría decir, por ejemplo, que la concepción de igualdad material que inspira el Estado social de derecho se manifiesta plenamente en el mandato de protección especial a los más débiles". Finalmente, el tribunal concluye señalando que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado.[60] De esta manera, uno de los principales obstáculos que se enfrentó en el caso que se analiza en este texto se relaciona justamente con los problemas para el reconocimiento de las dimen-

[58] Es importante reconocer una idea similar que reconoce la posibilidad de aplicar el bloque de constitucionalidad a los servicios públicos domiciliarios. *Cfr.* Julián López Murcia, Johann Schonberger, "'Servicios domiciliarios'. Una interpretación con base en el 'bloque de constitucionalidad'". *Vniversitas*, vol. 57, núm. 117, julio diciembre de 2008, p.185.

[59] Corte Constitucional Colombiana, C-150/03. Expediente D-4194 Sentencia de 25 de febrero de 2003.

[60] *Ibid*.

siones asociadas de la prestación de servicios públicos de interés general, que por mucho trascienden los aspectos contractuales de carácter individual.

b. Problemas asociados con la idoneidad del recurso disponible para la protección de los DESC

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos, los Estados se encuentran obligados a contar con un recurso sencillo y breve que además, resulte adecuado y efectivo para proteger los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[61] Quizás, una de las primeras reflexiones que podríamos hacer sobre este particular es acerca de las propias características que presenta el recurso judicial mexicano que tiene como finalidad resarcir las violaciones a los derechos humanos. Desde luego, un análisis exhaustivo sobre la medida en que el juicio de amparo mexicano cumple o no con los estándares internacionales reconocidos en el artículo 25 de la Convención Americana e interpretados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, supera por mucho los objetivos del presente estudio; sin embargo, eso no implica que por el momento se puedan presentar algunas de las principales carencias de este recurso a la luz del caso que se analiza en el presente artículo.

Una de las hipótesis que se planteó al momento de definir la estrategia del caso se basaba en la idea de que el juicio de amparo no es un recurso adecuado y

[61] OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32) San José Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969. Artículo 25. Protección Judicial. De igual manera, pueden verse múltiples sentencias de la Corte Interamericana que han mantenido un criterio constante y expansivo sobre este tema. Véase Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. F*ondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, Párrafo 64. También, *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Hondura*s. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2, párr. 90. *Cfr.* Corte IDH. Caso *Mejía Idrovo vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228, Párrafo 91, Caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C. No. 250, párr. 191 Corte IDH. Caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, Párrafo 110.

efectivo para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Tal circunstancia (que desde luego fue confirmada por la sentencia, y no necesariamente porque el resolutivo haya sido adverso a la comunidad) se debe a diversas razones que expongo a continuación.

i. El juicio de amparo como un mecanismo estructuralmente complejo y de estricto derecho

El acceso a la justicia en México en materia de derechos económicos, sociales y culturales constituye una asignatura compleja. Ello es así, debido a que no es nuevo el señalamiento de los problemas existentes para alcanzar decisiones jurisdiccionales que protejan este tipo de derechos en dicho país. Con lo que aquí se advierte, no se quiere decir que no existan sentencias favorables a la causa de los DESC o de la protección en general de otros derechos, lo que aquí se afirma, es más bien el carácter excepcional de las decisiones que protegen este tipo de derechos frente a la multiplicidad de problemas a los que una persona o colectivo deben enfrentar para la protección de estos.[62] Sin intentar hacer una

[62] Por ejemplo, es particularmente interesante el desarrollo que ha tenido a nivel jurisprudencial el derecho a la consulta en la actividad de la SCJN y en donde los resultados parecen ser interesantes en cuanto a la manera en que, en mayor medida, se ha intentado proteger ese derecho. Eso no significa desde luego que el tema de la consulta haya dejado a ser una temática de preocupación. Otro aspecto que podría ayudar a entender una mayor factibilidad de resultados positivos en este ámbito, podría estar relacionado con el hecho de que las vías de impugnación que se plantearon en estos casos sean la vía de la Controversia Constitucional (vía adecuada en México para que los poderes públicos de cualquier nivel impugnen conflictos competenciales) o la de la Acción de Inconstitucionalidad (que en México se reserva a minorías parlamentarias o a algunos entes públicos esencialmente) y no el Juicio de Amparo a disposición delas personas. Otro aspecto que podría tener incidencia en esta determinación podría ser el carácter que tiene la consulta como condición para la realización de otros actos jurídicos. Sin embargo, sobre este tema no me pronunciaré ahora. *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Controversia Constitucional 32/2012, Ponente: Min: Margarita Beatriz Luna Ramos, Municipio de Cherán del Estado de México v. Poderes legislativo y ejecutivo del Estado de México, Sentencia de 29 de mayo de 2014. *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Acciones de inconstitucionalidad, 83/2015 y sus acumuladas 86/20156, 91/2015 y 98/2015, Ponente: Min. Jorge Mario Pardo Rebolledo, Creación de la Ley de Sistemas Electorales Indígena 19 de octubre de 2015, *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, Controversias Constitucionales 60/2015; 61/2015; 62/2015; 63/2015; 64/2015; 65/2015; 66/2015; 67/2015, Distritos del Municipio de Eloxoxhitlán, Oaxaca, Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo (originalmente Margarita Luna Ramos), Sentencia de 26 de mayo 2016.

descripción detallada del juicio de amparo mexicano, parecería ser que el mismo cuenta con una estructura normativa y un diseño institucional orientado a obstaculizar el acceso a la justicia de las personas o colectivos que buscan la protección y garantía de sus derechos.

Aunque podría sonar extraño, el diseño del juicio de amparo mexicano presenta enormes complicaciones de origen para constituir una herramienta adecuada para la protección de derechos humanos en lo general, y derechos económicos sociales y culturales en lo particular. A pesar de haberse planteado en sus orígenes como una herramienta para la protección de los derechos humanos, este recurso judicial enfrenta en la actualidad una serie de complicaciones, que en buena medida tienen que ver con su propio desarrollo histórico y una suerte de sobrecarga en las funciones que actualmente le son encomendadas, e incluso, a pesar de una reciente reforma anunciada como el principio de una nueva institución de amparo,[63] pero que sólo ha significado cambios en algunos de sus componentes, no elimina los obstáculos estructurales que incluyen, por ejemplo, la enorme cantidad de requisitos formales de procedibilidad que tornan este recurso en un procedimiento complejo que implica de origen un obstáculo para el acceso a la justicia de las personas, y resulta notoriamente incompatible con los estándares establecidos en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[64]

[63] Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*, 6 de junio de 2011, Primera Sección, p. 2.

[64] "272. En el marco del examen de los recursos sencillos, rápidos y efectivos que contempla la disposición en estudio, esta Corte ha sostenido que la institución procesal del amparo puede reunir las características necesarias para la tutela efectiva de los derechos fundamentales esto es, la de ser sencilla y breve. En ese sentido, el Estado sostuvo en el trámite ante este Tribunal en relación con los hechos del presente caso, que el recurso de amparo era efectivo para "solucionar la situación jurídica del peticionario"". Corte IDH. Caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, Párrafo 272. También *Cfr.* Corte IDH, El Habeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultativa OC-8/87 del 30 de enero de 1987, párr. 32; Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 91.

En efecto, tal y como ha sido expuesto en alguna oportunidad, el juicio de amparo mexicano consiste una multiplicidad de recursos legales creados con diferentes propósitos. Así, se ha sostenido que el juicio de amparo "se transformó en un instrumento muy complejo" que el día de hoy ha abandonado su orientación esencial dirigida a la protección de los derechos humanos para incorporar otro tipo de finalidades jurídicas. Así, se podría decir que el amparo es "cinco tipos de proceso" o cinco tipos de juicio al mismo tiempo. Es tanto un recurso de *habeas corpus* (exhibición o de libertad personal), un juicio de control de constitucionalidad de las leyes; un recurso de casación en contra de sentencias definitivas; de revisión de cuestiones contencioso administrativas; y de protección de cuestiones agrarias.[65] De alguna manera, esta sobrecarga de funciones ha orientado al juicio de amparo mexicano a constituirse en un medio encaminado al control de la legalidad de los actos de autoridad más que a la protección de los derechos humanos de las personas.[66] Parecería ser que esta sobrecarga funcional del juicio de amparo le ha apartado de su cometido original de proteger los derechos humanos, y le ubica de manera más cercana con la estructura procedimental de un juicio de control de la legalidad.

Resulta bastante claro que un juicio pensado estructuralmente para el control de la legalidad se oponga conceptualmente a las necesidades de un juicio de control de la constitucionalidad cuya finalidad es, precisamente, desafiar el contenido de la legalidad del Estado. De ahí que, usando una analogía, el juicio de amparo cuenta con una carrocería muy pesada que le impide proteger derechos de manera adecuada.

[65] Héctor Fix Zamudio, *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, UNAM, México, 1992. Pp. 263-266

[66] Tania Giovanna Vivas Barrera, "El Amparo mexicano y la acción de Tutela colombiana. Un ejercicio de derecho constitucional comparado para Latinoamérica", *Pensamiento Jurídico*, núm. 33, Bogotá, 2012. pp. 31-34.

Tales aspectos terminan por afectar las oportunidades de protección de dicho juicio, que además debe enfrentarse a otro enorme problema: su visualización como un juicio de estricto derecho, que en el caso que analizamos se traducirá en una serie de exigencias a las y los quejosos debido además, a una concepción contractualista del problema por parte de la Jueza de Distrito (y posteriormente la Suprema Corte) que impondrá como hemos visto una serie de cargas desproporcionadas a quienes reclaman la afectación de sus derechos. Así, el enfoque de carácter privado orientado al control de la legalidad que se le confiere al juicio de amparo, ocasiona además que no baste la sola manifestación de las personas reclamantes de ser usuarias de un servicio público, sino que la carga probatoria para demostrar tal relación contractual recae en el peticionario del juicio de amparo. Cuando tanto el Juzgado de Distrito como la Suprema Corte actúan de esta manera, desmantelan prácticamente todas las posibilidades para que el juicio de amparo se convierta en un recurso idóneo y adecuado para la protección de los derechos humanos.[67]

- Un juicio que no se encuentra centrado en las personas ni en las reparaciones sino más bien en las autoridades y sus actos

Uno de los aspectos más problemáticos ocasionados por la reducción legalista del juicio de amparo mexicano anteriormente apuntada puede observarse en el caso de la comunidad de San Ildefonso cuando la Segunda Sala de la Suprema

[67] Si pensamos como Christian Courtis, que la efectividad de los recursos, podrían pensarse a través de dos aspectos, uno normativo y uno empírico. El primero orientado a comprender la "idoneidad del recurso para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla, así como la posibilidad de dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos"; mientras que el segundo, un aspecto empírico, asociado con las condiciones "políticas e institucionales que hacen posible que un recurso previsto normativamente pueda cumplir con su objeto u obtener el resultado para el que fue concebido". En el presente caso, ambos aspectos parecerían verse gravemente afectados, condenando al juicio de amparo a su mayor desnaturalización. Véase Christian Courtis, "El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos" en Ávla Ordoñez, María Paz y Corredores Ledesma, María Belén, *Los derechos colectivos*, Ministerio Coordinador de Patrimonio de Ecuador- ONU, Ecuador, diciembre de 2009. p. 465.

Corte reconocería expresamente que, si bien se había demostrado la omisión de prestar el servicio público de telefonía fija por parte de la empresa de telefonía debido a una restricción de carácter unilateral (y que duró al menos cuatro meses) también habían cesado tales afectaciones con el restablecimiento del servicio.

De acuerdo con la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia "el hecho de que la Juez de Distrito haya tenido por acreditada la interrupción de dicho servicio respecto de algunos de los quejosos –desde luego, los que lograron vencer todos los obstáculos judiciales que les puso en el camino la estructura del juicio de amparo– solamente implica que el acto reclamado se tuvo por existente, sin que ello sea obstáculo para que se estime la actualización de algún obstáculo de índole técnica para el estudio de fondo correspondiente."[68]

Como puede verse, para la SCJN el restablecimiento del servicio público de telefonía fija después de cuatro meses de interrupción injustificada, regresa las cosas al estado que tenían antes de que tal violación ocurriera. En este punto, resulta particularmente contradictoria la argumentación del referido tribunal constitucional debido a que por una parte afirma que: *a)* reconoce que la obligación de reparación integral se genera cuando existe una violación a los derechos humanos; *b)* reconoce que hubo una interrupción unilateral de un servicio público que en principio ocasionaría una afectación a los derechos de las personas reclamantes; pero al mismo tiempo *c)* sostiene que los actos se han destruido de forma inmediata, "total e incondicional, de tal modo que las cosas han vuelto al estado que tenían antes de la violación constitucional, como si se hubiese otorgado el amparo". Es decir, afirma que existió una violación a los derechos, pero que el restablecimiento del servicio ocasiona el efecto de que las violaciones a los derechos en realidad nunca hubieran ocurrido.

[68] Amparo en revisión 1242/2015, p. 45.

De esta manera, resulta ilustrativo en el caso analizado, cómo la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce, por una parte la existencia de la restricción unilateral de la compañía telefónica en la prestación de un servicio público; pero por la otra, afirma que la materia del juicio ha desaparecido; en la medida que el servicio fue restablecido varios meses después de ocurrida la violación, y en realidad como consecuencia de la presentación de la demanda de amparo. Sin embargo, y de forma por demás desconcertante, la propia Suprema Corte advertiría que: aquellos recurrentes que, si demostraron haber celebrado el contrato de adhesión respectivo con la compañía telefónica, y "de estimarlo pertinente, promuevan las instancias y procedimientos necesarios para recuperar los daños económicos que pudieron haber sufrido por la interrupción del servicio de telefonía fija, en específico, las afectaciones en sus respectivos trabajos".[69]

De todo lo anterior podríamos extraer algunas ideas relevantes. *1)* La primera es que parecería ser que el juicio de amparo en realidad tiene como propósito calificar la validez o invalidez de los actos de la autoridad y no la protección de los derechos humanos (juicio de control de la legalidad). *2)* Que los obstáculos técnicos se encuentran por encima del mandato constitucional de protección de los derechos humanos. *3)* Que como tribunal constitucional, por tanto, no se observa a sí misma como entidad capaz de determinar reparaciones cuando se vulneran objetivamente determinados derechos.

Para ejemplificar tal concepción limitada de la justicia mexicana, resultaría importante tener presente, por ejemplo, la manera en que la Corte Constitucional colombiana ha logrado hacer frente a ese tipo de "imposibilidades técnicas" y asumir una posición de garantía de los derechos humanos de las personas. Me refiero en especial a la doctrina conocida como "carencia actual de objeto por daño consumado". En este sentido, dicho tribunal constitucional ha recono-

[69] Amparo en revisión 1242/2015, pp. 45, 42 y 43.

cido que: el objeto de la acción de tutela, en términos del artículo 86 de la Constitución de ese país sudamericano, "consiste en la protección expedita de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular".[70]

De esta manera, la Corte colombiana ha reconocido la posibilidad de que se genere la "carencia actual del objeto" debido a aquellos aspectos que ha denominado como hechos superado y hecho consumado. En estos casos nos encontramos en el supuesto en donde se solicita que una autoridad pública o un particular hagan algo o dejen de hacerlo, en donde "previamente al pronunciamiento del Juez de tutela sucede lo requerido, es claro, que se está frente a un hecho superado porque desaparece la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales" y en donde en principio ya no existirían circunstancias reales que materialicen la decisión del Juez de tutela. Sin embargo, la propia Corte a partir de la teoría de la carencia actual del objeto ha generado "una alternativa para que los pronunciamientos de la Corte no se tornen inocuos". De esta manera, para la Corte Constitucional de Colombia: "la tarea del Juez constitucional no solo es proteger los derechos fundamentales a través de la solución de controversias, sino también mucho más en el Estado Social y Democrático de Derecho, supone la presencia de injusticias estructurales que deben ser consideradas y a pesar de que no existan situaciones fácticas sobre las cuales dar órdenes, ello no es suficiente para obviar la función simbólica que tienen sus decisiones".[71] Esto implica de acuerdo con la Corte una obligación para que los Jueces de tutela busquen la protección o vigencia objetiva y subjetiva de los derechos.[72]

[70] Véase Constitución Política de Colombia, 1991. Artículo 86.

[71] Acción de tutela instaurada por Julia en contra de Coomeva E. P. S de 15 de diciembre de 2014: Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-970/2014, expediente T-4.067.849, consultada el 1 de enero de 2016, véase http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm pp. 11.

[72] Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-576/2008, consultada el 1 de julio de 2017. Véase en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-576-08.htm, párr. 3.

Si tenemos presente entonces que de acuerdo con la Corte Constitucional existen dos circunstancias en las que se genera la denominada carencia actual del objeto (de la controversia): el hecho superado y el hecho consumado. La primera de estas circunstancias implica, como su nombre lo indica, que se ha superado el acto u omisión reclamado por actuar del sujeto obligado. Esto significa que si se reclama una omisión por parte de la autoridad, por ejemplo la omisión de prestar el servicio público de salud a una persona que lo requiera, tal omisión se encontraría superada al momento en que el sujeto obligado presta el servicio de salud requerido. En el caso del daño consumado, la situación es diferente, ya que en este caso, el perjuicio o afectación que se pretendían evitar con la acción de tutela se ha ocasionado, por lo que la desaparición del objeto materia de la protección solicitada se ha perdido por responsabilidad de los sujetos obligados.

En el primera caso (el hecho superado) implicaría, en principio, la desaparición del objeto del juicio de protección de derechos en la medida en que la autoridad ha cumplido con la obligación que se le exigió con la presentación del juicio. Esta parecería ser la visión que se equipararía con la teoría de la restitución integral de derechos que expuso la Segunda Sala de la SCJN, con excepción de dos cuestiones que la Corte Constitucional colombiana establecería como condición para reconocer que, efectivamente, se ha superado la situación violatoria de los derechos humanos.

Por una parte, la Corte colombiana ha reconocido que incluso en los casos de un "eventual hecho superado" el tribunal puede pronunciarse sobre el fondo "cuando estime necesario hacer observaciones sobre los hechos que originaron la acción de tutela, con el propósito de resaltar su falta de conformidad constitucional, condenar su ocurrencia y conminar a que se adopten las medidas

necesarias para evitar su repetición, so pena de las sanciones pertinentes".[73] Pero eso no es todo, como se exigiría de un tribunal constitucional, la Corte Constitucional ha referido que una cuestión ineludible para decretar el hecho superado consiste en que previo a la aprobación del fallo se demuestre la reparación del daño, aspecto sin el cual no puede hablarse propiamente de este supuesto.

De esta manera, resulta evidente que la aproximación planteada por el tribunal colombiano se basa en una aproximación desde la perspectiva de los derechos afectados, y no como en el caso mexicano a partir de si el acto ha sido invalidado o no; la perspectiva expuesta por la Corte Constitucional colombiana permitiría un pronunciamiento sobre el fondo cuando a pesar de haberse superado la situación que ocasiona derechos, la existencia de las violaciones exige un pronunciamiento del tribunal constitucional para evitar su repetición o alertar sobre su gravedad, y no como en el caso mexicano en donde la existencia reconocida de violaciones no implica que el tribunal se pronuncie debido a "razones técnicas"; desde la perspectiva de la Corte Constitucional colombiana resultaría necesario realizar un examen de la integralidad de las reparaciones antes de decretar el hecho efectivamente superado, desde la perspectiva mexicana la sola realización del acto o la omisión reclamada implica que las cosas regresen mágicamente a la situación que tenían antes de su violación. Es evidente desde esta perspectiva que, un juicio centrado en la legalidad, como el juicio de amparo mexicano, resulta considerablemente restrictivo en oposición a un juicio de análisis de la constitucionalidad para la protección de los derechos, cuyo espectro de actuación resulta considerablemente más amplio.

[73] Acción de tutela instaurada por Julia en contra de Coomeva E. P. S de 15 de diciembre de 2014: Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-970/2014, expediente T-4.067.849, consultada el 1 de enero de 2016. Véase http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm pp.12

De la misma manera, la constatación de violaciones a los derechos humanos por parte de la SCJN y la recomendación a las y los quejosos para que acudan ante "las instancias y procedimientos necesarios para recuperar los daños económicos que pudieron haber sufrido por la interrupción del servicio de telefonía fija, en específico, las afectaciones en sus respectivos trabajos", advierte el poco potencial que el tribunal mexicano reconoce en el juicio de amparo para tutelar violaciones a los derechos humanos y ordenar directamente reparaciones (que además es consciente de que pueden existir) porque, a diferencia del tribunal colombiano, no se encarga de exigir un test de comprobación de haber cumplido con la reparación integral del daño, sino simplemente sostiene que si hubo violaciones a los derechos las personas pueden ir ante "las instancias" pertinentes.

A manera
de conclusión

Como lo expliqué desde el primer momento, el presente trabajo se encuentra orientado a presentar, a partir del análisis de un caso resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, una particular forma de argumentar un caso relacionado con derechos económicos, sociales y culturales pero que, de la misma manera, nos permite dar cuenta de una suerte de tendencia por parte de los tribunales mexicanos para respaldar las actuaciones estatales y del poder público.

Esta circunstancia se traduce en el mantenimiento de importantes obstáculos para la defensa y protección de los derechos económicos, sociales y culturales que, de acuerdo con este análisis, atraviesan por dos ámbitos de problema. El primero relacionado con la conceptualización de los DESC, así como una mala aplicación de la teoría existente. El segundo relacionado con la idoneidad y efectividad del recurso de protección de derechos que a la fecha es el juicio de amparo. Desde luego, a partir del análisis de un solo caso, parecería difícil

construir una justificación más amplia que demuestre que lo sucedido en este caso corresponde a una manera particular en que los tribunales suelen argumentar de manera sistemática. Sin embargo, lo que si nos permite es desarrollar y visibilizar una serie de problemáticas que se encuentran ahí, tanto por los elementos conceptuales anteriormente referidos como porque el juicio de amparo parecería ser que avanza con una carga muy pesada que le impide situarse como un auténtico recurso para la protección de los derechos humanos y con especial énfasis de los derechos económicos, sociales y culturales. Quizá sea tiempo de empezar a pensar en el diseño de un juicio para la protección de los derechos humanos que tenga mayores posibilidades de alcanzar los estándares exigidos por la jurisprudencia interamericana, y que al mismo tiempo asegure una protección integral y efectiva del conjunto de derechos a favor de las víctimas de violaciones a sus derechos.

Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles,* Trotta, Madrid, 2004,

_____, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales" en CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan Antonio y VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., Porrúa-UNAM, México 2001.

ANSOLABEHERE, Karina, "Oportunidades y Decisiones: la judicialización del aborto en perspectiva comparada", *Yale Law School*, SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política).

COURTIS, Christian, "El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos" en ÁVILA ORDOÑEZ, María Paz

y CORREDORES LEDESMA, María Belén, *Los Derechos Colectivos*, Ministerio Coordinador de Patrimonio de Ecuador- ONU, Ecuador, diciembre de 2009. p. 465.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 2001.

FIX ZAMUDIO Héctor, *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, UNAM, México, 1992.

Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática. Archivo histórico de localidad. www.inegi.gob.mx, Consultada por última vez el día 1o. de julio de 2017.

LÓPEZ MURCIA, Julián, Universitas, No. 117-171-196, Bogotá, julio diciembre de 2008, pp.171-196.

PARRA, Oscar, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CNDH, México, 2011.

PISARELLO, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción, El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003.

_____, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

UPRIMNY, Rodrigo, "La justiciabilidad de los DESC en Colombia en perspectiva comparada" en CERVANTES Alcayde, Magdalena, et al. *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, SCJN- UNAM, México, 2014.

SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, UNAM, México 2007.

VÁZQUEZ, Daniel y SERRANO Sandra, "Contenido, esencial, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles" en CERVANTES ALCAYDE, Magdalena, et al. *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, SCJN- UNAM, 2014.

VIVAS BARRERA, Tania Giovanna, "El Amparo mexicano y la acción de Tutela colombiana. Un ejercicio de derecho constitucional comparado para Latinoamérica", *Pensamiento Jurídico*, núm. 33, Bogotá, 2012.

Documentos, criterios
y resoluciones judiciales

OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32) San José Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969.

Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198.

Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, Párrafo 272.

Corte IDH, El Habeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultativa OC-8/87 del 30 de enero de 1987.

Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Caso *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2, párr. 90.

Corte IDH. Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228.

Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.

Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C. No. 250,

Corte Constitucional Colombiana, C 134-94. 2.2. La acción de tutela contra particulares. Sentencia de 17 de marzo de 1994

Corte Constitucional Colombiana, C-644/11 Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 140 (parcial9 y 144 (parcial) de la Ley 1437 de 2011. Ponente: Jorge Iván Palacio.

Corte Constitucional Colombiana, C-150/03. Expediente D-4194 Sentencia de 25 de febrero de 2003.

Consejo de la Judicatura Federal, Juzgado Segundo de Distrito en materia Administrativa Especializada en Competencia Económica y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal, Amparo Indirecto. Exp. 68/2014.

Consejo de la Judicatura Federal, Primer Tribunal Colegiado de Circuito especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, Amparo en revisión, Exp. R.A. 19/2015. pp.16-20.

ODI, Escrito inicial, demanda de amparo indirecto, Integrantes de la Comunidad de San Ildefonso v. Teléfonos de México S.A.B. de C.V. y Secretaría de Comunicaciones y Transportes. 1 de septiembre de 2013. Exp.1126/2013 Juzgado Cuarto de Distrito del Vigésimo noveno circuito con residencia en Pachuca, Hidalgo.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, Queja 23/2014, Ministro: Sergio A. Valls Hernández Secretario: Miguel Ángel Burguete García, Sentencia de veintiséis de marzo de 2014.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, Ponente: Min. Alberto Pérez Dayán, Secretaria, María del Carmen Alejandra Hernández Jiménez, Solicitud de ejercicio de la Facultad de Atracción 316/2015. Solicitante: Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa, especializado en competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones, Sentencia de 7 de octubre de 2015.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Segunda Sala, Amparo en revisión 1242/2015. Ministro Ponente Eduardo Medina Mora I. Secretario Eduardo Romero Tagle, Sentencia de 11 de mayo de 2016.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Controversia Constitucional 32/2012, Ponente: Min: Margarita Beatriz Luna Ramos, Municipio de Cherán del Estado de México v. Poderes legislativo y ejecutivo del Estado de México, Sentencia de 29 de mayo de 2014.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Acciones de inconstitucionalidad, 83/2015 y sus acumuladas 86/20156, 91/2015 y 98/2015, Ponente: Min. Jorge

Mario Pardo Rebolledo, Creación de la Ley de Sistemas Electorales Indígena 19 de octubre de 2015.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Controversias Constitucionales 60/2015; 61/2015; 62/2015; 63/2015; 64/2015; 65/2015; 66/2015; 67/2015, Distritos del Municipio de Eloxoxhitlán, Oaxaca, Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo (originalmente Margarita Luna Ramos), Sentencia de 26 de mayo 2016.

Época: Novena Época, Registro: 164145, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXII, agosto de 2010, Materia(s): Administrativa, Tesis: 2a./J. 112/2010, Página: 364, Comisión Federal de Electricidad. El aviso recibo por Concepto de Suministro de energía eléctrica, Inclusive cuando contenga una advertencia de corte del servicio, no es acto de autoridad para efectos del juicio de Amparo.

Época: Novena Época, Registro: 164144, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXII, agosto de 2010, Materia(s): Administrativa, Tesis: 2a./J. 113/2010, Página: 365 Comisión Federal de Electricidad. El corte o suspensión del suministro de energía eléctrica no es acto de autoridad para efectos del juicio de amparo.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia 11/1981 de fecha 8 de abrll de 1981.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-576/2008, consultada el 1 de julio de 2017. Véase en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-576-08.htm párr. 3.

Acción de tutela instaurada por Julia en contra de Coomeva E. P. S de 15 de diciembre de 2014: Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-970/2014, expediente T-4.067.849, consultada el 1 de enero de 2016, véase http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm pp.12

LOS DERECHOS SOCIALES Y SU EXIGIBILIDAD. ALGUNOS PROBLEMAS PARA SU PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO

SOCIAL RIGHTS AND THEIR JUSTICIABILITY. SOME PROBLEMS FOR THEIR PROTECTION THROUTGH THE WRIT OF AMPARO

Alejandro González Piña*

Para Sofía

Resumen

En este trabajo analizo algunas dificultades para proteger derechos sociales a través del juicio de amparo. A partir de un resumen de la problemática de los derechos sociales y del juicio de amparo, examino varios casos resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que muestran algunos de los obstáculos y posibilidades para proteger esos derechos.

Palabras clave: Derechos sociales, justiciabilidad, juicio de amparo.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante, España. Suprema Corte de Justicia de la Nación. alejandrogpina@gmail.com.

Abstract

In this paper I analyze some difficulties to guarantee social rights through the writ of *amparo*. It begins with a summary of the problems of social rights and the writ of *amparo*, and then I examine some cases resolved by the mexican Supreme Court of Justice, which exhibit some of the obstacles to protect adequately those rights.

Keywords: Social rights, Justiciability, Writ of *Amparo*.

1. Introducción

Es un lugar común afirmar que en la filosofía práctica contemporánea los derechos humanos son una pieza fundamental de cualquier concepción de la justicia razonable, ya que estos derechos expresan las exigencias morales más fuertes que derivan de los principios morales básicos de dignidad, autonomía e igualdad. Hoy, al menos en nuestro contexto cultural, es difícilmente concebible que se ponga seriamente en duda el estatus central que los derechos humanos tienen en el discurso público, lo que no impide que exista una importante discusión acerca del concepto, del fundamento y de las posibilidades de realización de estos derechos. Los derechos sociales,[1] en tanto especie del género derechos humanos, no están exentos de controversia. Se discute, entre otras cosas, si los derechos sociales son o no equiparables a los derechos civiles y políticos, y si deben ser protegidos con la misma intensidad y a través de las mismas garantías.

En México, la cuestión de los derechos humanos ha cobrado especial interés en los últimos años, debido, entre otras cosas, a cambios normativos relevantes, como la reforma constitucional sobre derechos humanos (2011) o la publicación

[1] Por razones de economía lingüística, usaré el término "derechos sociales" para referirme a los también conocidos como derechos económicos, sociales y culturales.

(2013) de una nueva Ley de Amparo;[2] a un cambio incipiente en la cultura jurídica que empieza a alejarse del formalismo, en el peor sentido de la palabra,[3] y se manifiesta en la toma de conciencia de que el derecho tiene también una dimensión valorativa que da sentido a la práctica; en dar centralidad en la educación jurídica a sus aspectos metodológicos y filosóficos, sobre los memorísticos;[4] en un cambio de rumbo –aunque con claroscuros– en las prácticas del Poder Judicial de la Federación, y especialmente, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en el sentido de abandonar el formalismo y otras prácticas que dificultaban garantizar efectivamente los derechos humanos y el estado de derecho, o en los cambios inaugurados por la decisión del expediente Varios 912/2010 ("caso *Radilla*") en cuanto al funcionamiento del control de constitucionalidad en el sistema jurídico mexicano, abriendo la puerta para que cualquier autoridad jurisdiccional del país realice, *ex officio*, un control de constitucionalidad y convencionalidad[5] de las normas generales de las que conoce en su ámbito

[2] Un análisis del proyecto que, sin grandes modificaciones, se convirtió en la ahora vigente Ley de Amparo, pude verse en Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, 2a. ed., Porrúa, México, 2004.

[3] Sobre los sentidos de formalismo, véase Manuel Atienza, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, capítulo 1, punto 4.

[4] Esto, en buena medida debido a la influencia que han tenido en Latinoamérica el magisterio y la obra de filósofos del derecho como Ferrajoli, Alexy, Dworkin, Atienza y otros autores constitucionalistas o postpositivistas, que sería prolijo mencionar. El caso del argentino Carlos Santiago Nino merece una mención aparte. Aunque se trata de un autor constitucionalista de extraordinaria relevancia, por el rigor y la profundidad de su obra, no ha tenido la influencia en nuestro país que sería deseable esperar. Comparto la opinión de Owen Fiss (véase Alejandro González Piña, *Los derechos humanos en perspectiva: El pensamiento de Gregorio Peces-Barba, Antonio E. Pérez Luño y Carlos S. Nino*, Tirant lo Blanch, México, 2015, p. 265) en el sentido de que se trata de uno de los filósofos del derecho más importantes que Latinoamérica haya dado jamás. Hay al menos tres razones que podrían explicar la escasa difusión de su obra. Por una parte, su complejidad filosófica y la relativa dificultad para apreciar su obra. Por otra, cierta actitud de "malinchismo" y/o "papanatismo" cultural, arraigada en Latinoamérica y en nuestro país, que se manifiesta en el desprecio de los autores de nuestro ámbito cultural (Iberoamérica) y la preferencia acrítica por autores estadounidenses o europeos. Por último, la prematura muerte de Nino, quizá, haya contribuido también a que su obra no se haya difundido con la amplitud que debería.

[5] En adelante, se hablará simplemente de control de constitucionalidad, porque los derechos humanos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los incorporados en otros tratados internacionales de los que México es parte, tienen rango constitucional, conforme al artículo 1o. constitucional. Véase la jurisprudencia Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), de rubro "DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL." Pleno. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. Libro 5, Abril de 2014, Tomo I. Pág. 202. Reg. IUS 2006224.

de competencia.[6] Y, por supuesto, debido a la grave situación del país en materia de derechos humanos, cuya causa estructural es la enorme desigualdad social y la pobreza en la que nacen, viven y mueren la mayoría de los mexicanos.[7]

En este trabajo me propongo hacer el análisis de algunas cuestiones relacionadas con la exigibilidad de los derechos sociales a través del juicio de amparo, principalmente mediante el examen de las varias decisiones de la SCJN. Es importante aclarar, desde ahora, que analizaré solo unas cuantas de las muchas sentencias que sobre derechos sociales ha dictado ese tribunal, elegidas por su interés para ilustrar diversos aspectos de su justiciabilidad a través del juicio de amparo, como mostrar los límites o dificultades de esta garantía jurisdiccional, o por basarse en auténticos argumentos sobre derechos sociales y no en otras estrategias argumentativas, como el apelar a derechos civiles como el debido proceso, la vida o la no discriminación, para exigir un derecho social.[8] Hay, pues, muchas otras sentencias sobre derechos sociales emitidas por ese tribunal que podrían revestir interés y que no son analizadas en este trabajo.

---

[6] No obstante, la propia Suprema Corte, en decisiones posteriores, ha restringido –a mi juicio injustificadamente– el alcance de esa obligación. Ver el amparo directo en revisión 1046/2012, resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 16 de abril de 2015. http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/ResultadosPub.aspx?Tema=&Consecutivo=1046&Anio=2012&TipoAsunto=10&Pertenecia=0&MinistroID=0&SecretarioID=0&MateriaID=0, y la Tesis: P. X/2015 (10a.), de rubro: CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL EX OFFICIO. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO NO ESTÁN FACULTADOS PARA EJERCERLO RESPECTO DE NORMAS QUE RIGEN EL JUICIO DE ORIGEN. Pleno. Gaceta del *Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. Libro 21, Agosto de 2015, Tomo I. Página: 356. Registro: 2009817.

[7] Ver cifras oficiales en: http://www.coneval.org.mx/paginas/principal.aspx , http://www.inegi.org.mx/.

[8] Véanse –entre otras– las siguientes tesis, en las que se logró la protección de derechos sociales a partir de argumentos de derechos civiles, como la no discriminación: Tesis: 2a. IX/2017 (10a.) de rubro,INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO. LOS ARTÍCULOS 6, FRACCIÓN XII, INCISO A), 39, 40, 41, FRACCIÓN I, 131 Y 135, FRACCIONES I Y II, DE LA LEY RELATIVA, VIOLAN LOS DERECHOS A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN, A LA FAMILIA Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PAREJAS INTEGRADAS POR PERSONAS DEL MISMO SEXO. Segunda Sala. Décima Época. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 40, Marzo de 2017, Tomo II. Pág.1393. Reg. IUS 2013788. Y Tesis: 2a. VI/2009, de rubro: PENSIÓN POR VIUDEZ. EL ARTÍCULO 130, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL, AL CONDICIONAR SU OTORGAMIENTO A QUE EL VIUDO O CONCUBINARIO ACREDITE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA RESPECTO DE LA TRABAJADORA ASEGURADA FALLECIDA, VIOLA LAS GARANTÍAS DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN. Segunda Sala. Novena Época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXIX, Febrero de 2009. Pág. 470. Reg. IUS 167886.

Realizaré en primer lugar un brevísimo bosquejo de la problemática de los derechos sociales. Después haré una corta referencia al juicio de amparo, en tanto garantía judicial de los derechos humanos. En seguida, analizaré algunos casos judiciales sobre derechos sociales en los que se plantearon problemas de procedencia, de fondo y relacionados con los efectos del juicio de amparo. Por último, haré un balance a manera de conclusión.

2. La problemática de los derechos sociales

La problemática de los derechos sociales relacionada con su concepto, fundamentación y posibilidades de eficacia, es vasta, compleja y excede, por mucho, las pretensiones de este trabajo. Al respecto, remito al lector a los otros trabajos publicados en este mismo número[9] y a los que cito en la bibliografía. No obstante, quisiera explicitar algunos aspectos esenciales como base para el análisis de sentencias que se realizará posteriormente. Por razones de espacio, me limitaré a señalar, casi dogmáticamente,[10] esos aspectos.

Para efectos de la exigibilidad judicial de los derechos sociales, hay al menos dos fuentes de problemas jurídicos. La primera está relacionada con la concepción de estos derechos como derechos "defectuosos", como normas programáticas que no establecen genuinos derechos subjetivos, sino meros programas políticos y sociales. La segunda atañe a ciertas concepciones acerca del control judicial de constitucionalidad y su relación con la democracia, que si bien pueden considerar a los derechos sociales como auténticos derechos humanos, no reconocen a los Jueces competencia para controlar las decisiones legislativas relacionadas con estos.[11]

[9] Específicamente, para un panorama breve, véase el trabajo de Rodolfo Arango, "Derechos sociales. Un mapa conceptual", en este volumen p. 495.

[10] Digo "casi" porque no se espera adhesión irreflexiva del lector y se le invita a explorar críticamente la bibliografía citada que fundamenta esas afirmaciones.

[11] Esta es la concepción de Carlos Nino. Véase Alejandro González Piña, *op. cit.*, capítulo III.

La tesis que asumiré como trasfondo de este artículo es que no existe ninguna diferencia substancial entre los derechos sociales y los derechos liberales,[12] sino que se trata de un continuo, esto es, que las diferencias que cabe encontrar entre ambos, son diferencias de grado, mas no cualitativas. Ambos conjuntos de derechos son derechos morales, universales, absolutos, protegen bienes básicos para una vida digna, autónoma e igualitaria, son muy costosos, requieren garantías similares, etcétera, y por ello, no hay razones de peso para hacer distinciones fuertes entre esos tipos de derechos de cara a sus garantías y técnicas de protección.[13]

Partiré de la base, entonces, de que los derechos sociales protegidos constitucionalmente deben limitar a todos los poderes constituidos, incluido al legislador, por lo que en relación con el contenido esencial de esos derechos, cuando menos, su competencia –incluso financiera–[14] es limitada y controlable judicialmente, si es que hemos de dar algún contenido significativo al principio de supremacía constitucional.

3. El juicio de amparo como garantía jurisdiccional de los derechos humanos

El control judicial es solo una de las garantías de los derechos sociales, pero no debe sobredimensionarse su importancia, pues su eficacia está condicionada

[12] En adelante, por economía del lenguaje, usaré "derechos liberales" para aludir a los derechos civiles y políticos.

[13] Para un examen crítico de los argumentos a favor de una distinción cualitativa entre derechos liberales y sociales, véase la bibliografía citada, especialmente Robert Alexy, "Derechos sociales fundamentales" y Luis Prieto Sanchís, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en Carbonell, Miguel, Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, Porrúa-UNAM, México, 2004; Alfonso Ruiz Miguel, "Derechos liberales y derechos sociales", en Espinoza de los Monteros, Javier y Ordóñez, Jorge (coords.), *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*, Tirant lo Blanch, México, 2013; Liborio L. Hierro, *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia,* Marcial Pons, Madrid, 2016, y Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles,* Trotta, Madrid, 2002.

[14] *Cfr.* R. Alexy, *op. cit.*

en buena medida por la de otras garantías, como la existencia de una cultura política de reconocimiento y respeto de los derechos, la implementación de instituciones administrativas, etcétera.

El juicio de amparo es una acción que permite a las personas someter a control constitucional actos de autoridad[15] y normas generales. Se trata de una institución de derecho procesal constitucional de gran tradición en México, surgida en nuestro país en el siglo XIX.[16] El juicio de amparo adquirió gran prestigio en la doctrina mexicana, al grado de que fue mitificado y venerado en la academia, el foro y la judicatura, como la más noble y perfecta institución de la justicia. Ello, como dice Zaldívar,[17] aunado quizá al nacionalismo que llevó a ignorar los avances del derecho procesal constitucional en otros países, y a una práctica predominantemente formalista y anti-garantista del Poder Judicial de la Federación, ocasionó el anquilosamiento de esa institución y convirtió al juicio de amparo, inicialmente concebido como un medio sencillo, expedito y eficaz para proteger a las personas de violaciones a sus derechos humanos ("garantías",[18] en términos

[15] Actualmente, también pueden someterse a control actos de particulares, cuando actúan como autoridades, en términos del artículo 5, fracción II, párrafo segundo, de la Ley de Amparo vigente, que establece: "Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo: [...] II. La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omita el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.

Para los efectos de esta Ley, "los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.[...]"

Es decir, el concepto de autoridad, para efectos de la procedencia del juicio de amparo, no es formal (dependiente de su fuente), sino material, en el sentido de que se basa en la "naturaleza" del acto, con independencia del carácter de su emisor.

[16] Para un compendio de los antecedentes y evolución histórica del juicio de amparo, véase Alfonso Noriega, *Lecciones de amparo*, 6a. ed., Porrúa, México, 2000, Capítulo III.

[17] *Ibidem*, pp. 2-4.

[18] Se ha hablado mucho de la relevancia que tuvo sustituir la palabra "garantías" por "derechos humanos", en la vigente Ley de Amparo. En mi opinión, aunque ambos términos pueden aludir al mismo concepto: el de derechos fundamentales, entendidos como derechos humanos (morales) reconocidos jurídicamente, lo cierto es que el término garantías individuales, cuyo uso en nuestro lenguaje constitucional se remonta al siglo XIX, especialmente a partir del acta de reformas de 1847 y de la Constitución de 1857, alude predominantemente a los derechos de origen liberal, es decir, a los derechos civiles y políticos, aunque en la Constitución de 1917

de la ley abrogada), en un "mar de trampas procesales", esto es, en un juicio altamente técnico, intrincado, del que en muchas ocasiones solamente podían salir beneficiados quienes tuvieran un abogado especialmente competente. Sin duda, la práctica llevó al juicio de amparo a alejarse, en una medida importante, de su espíritu tutelar.[19]

Estos vicios pretendieron superarse a través de diversas reformas constitucionales y legales, sobre todo, a través de la creación de una nueva Ley de Amparo que derogó a la anterior (de 1936) y entró en vigor el 3 de abril del 2013. Si ese objetivo se cumplió, está por verse, porque para proteger a los derechos humanos no son suficientes los cambios normativos. Se requiere, necesariamente, de un cambio en la cultura jurídica, en las prácticas legales.

En relación con la protección de los derechos sociales, me gustaría destacar lo siguiente. El juicio de amparo, institución procesal que tiene su origen en el siglo XIX, fue concebido para proteger los derechos fundamentales ("garantías") reconocidos por la Constitución, especialmente la de 1857, a partir de la cual el juicio de amparo se consolidó como una institución de nuestro derecho nacional.[20] Como se desprende de los antecedentes del juicio de amparo y del proceso constituyente que desembocó en esa Constitución, los derechos en los que estaba pensando el Constituyente eran los clásicos derechos o garantías individuales: libertad personal, propiedad, seguridad e igualdad,[21] es decir, en los derechos de origen liberal, y así se plasmó en el contenido de esa Constitución.

No es casual, por tanto, que el diseño del juicio de amparo respondiera a la finalidad de tutelar derechos fundamentales concebidos como derechos "de libertad

y sus innumerables reformas, se introdujeran derechos que ahora consideramos como económicos, sociales y culturales. En este sentido, más allá de las cuestiones simbólicas, el término derechos humanos es más adecuado para hacer referencia a todos los derechos fundamentales, y no solo a los de origen liberal o de "primera generación".

[19] A. Zaldívar, *op. cit.*

[20] A. Noriega, *op. cit.*.

[21] *Ibidem,* capítulo III, *passim,* especialmente p. 96 y ss.

negativa",[22] y que este objetivo perfilara cada uno de los principios y figuras procesales que conforman el medio de control constitucional por antonomasia en nuestro sistema jurídico: la exigencia de agravio personal y directo, el entendimiento del interés jurídico como afectación a un derecho subjetivo reconocido por una norma del derecho objetivo, la concepción de los efectos del juicio de amparo (restituir el estado de cosas previo a la violación, tratándose de actos positivos, u obligando a la autoridad a actuar, en caso de omisiones), el principio de relatividad que establece la obligación de limitar los efectos de la concesión del amparo a proteger al quejoso en el caso especial, sin hacer una declaración general de inconstitucionalidad de la ley, etcétera.

Algunos de esos rasgos del juicio de amparo entrañan dificultades para exigir judicialmente derechos sociales, así como para proteger intereses colectivos o difusos. En parte por ésta y las razones mencionadas se emitió la nueva Ley de Amparo. Sin embargo, aunque se han producido avances, subsisten ciertas dificultades para garantizar judicialmente los derechos sociales.

En relación con la legitimación para promover el juicio de amparo, se introdujo, junto al concepto de interés jurídico, el de interés legítimo,[23] que de acuerdo con el artículo 5, fracción I, de la Ley de Amparo, se define como el interés, individual o colectivo, para reclamar actos que afecten derechos humanos reconocidos por la Constitución o los tratados y produzcan una afectación real y actual a la esfera jurídica del quejoso, sea de manera directa o por virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

El concepto de interés legítimo brinda un anclaje interpretativo para admitir el control constitucional de actos y normas relacionadas con derechos sociales

[22] Sobre los conceptos de libertad negativa, positiva y real, véase Manuel Atienza, *El sentido del Derecho*, 2a. ed., Ariel, Barcelona 2003, pp. 178-180.

[23] Sobre los conceptos de interés jurídico y legítimo, y cómo deben interpretarse a la luz de los derechos humanos, véase Juan A. Cruz Parcero, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Queretaro. capítulo IV.

que, a la luz de la legislación previa, escapaban al juicio de amparo, ya sea porque se considerara que el acto no violaba un genuino derecho subjetivo del quejoso y/o porque se refería solo a políticas públicas. En este sentido, el interés legítimo puede servir para proteger facetas relevantes de los derechos sociales, que por no corresponder a los estrechos términos del interés jurídico, quedaban sin control.

En relación con las cargas probatorias de la inconstitucionalidad del acto reclamado y la intensidad del escrutinio judicial cuando analizan reclamos relacionados con derechos humanos en general, y con derechos sociales en particular, no se advierte en la nueva Ley de Amparo algún cambio relevante. El artículo 117, párrafo cuarto, establece que cuando la autoridad no rinda informe justificado, se presumirá cierto el acto reclamado, salvo prueba en contrario, quedando a cargo del quejoso acreditar su inconstitucionalidad cuando dicho acto no sea en sí mismo violatorio de los derechos humanos y garantías. Es decir, la ley vigente reitera en lo esencial la regulación al respecto de la ley abrogada, a saber, que por regla general, la carga de acreditar la existencia e inconstitucionalidad de los actos reclamados recae en el quejoso.

Esto dificulta tutelar derechos sociales, especialmente, cuando la autoridad, para justificar su incumplimiento, aduce razones presupuestarias, ya que probar esos hechos es complejo y requiere información que por lo general no está al alcance o es de difícil acceso para el quejoso. Además, imponer –por regla general– la carga al quejoso para demostrar la inconstitucionalidad de actos que violan derechos sociales, sugiere que el juzgador debe aplicar un escrutinio ordinario de los actos reclamados, lo que no parece adecuado teniendo en consideración que se reclaman actos que vulneran derechos que tutelan bienes básicos indispensables para gozar de autonomía personal. En estos casos, cuando se alega la violación de un genuino derecho humano, a mi juicio, la intensidad del escrutinio que debe aplicar el juzgador, debe ser alta.[24]

[24] *Cfr*. María José Añón Roig, "Hay límites a la regresividad de derechos sociales", *Derechos y Libertades*, Número 34, Época II, enero 2016; y Víctor Ferreres Comella, *Justicia Constitucional y Democracia*, 2a. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Otro aspecto criticable de la regulación vigente del juicio de amparo, para efectos de tutelar derechos sociales, tiene que ver con el principio de relatividad, que establece que la concesión del amparo debe ceñirse a proteger al quejoso en el caso concreto, sin emitir una declaratoria general de inconstitucionalidad de la ley con efectos derogatorios/abrogatorios.

Hay varias razones que pueden aducirse en contra de este principio del juicio de amparo. La relatividad de las sentencias,[25] cuyo origen se remonta al de la institución, se justificó en su momento por el temor de que la judicatura adquiriera un poder extraordinario sobre el Legislativo y privara de eficacia general a las leyes. Era una síntesis entre la necesidad de proteger derechos subjetivos y la de preservar la eficacia de la ley. En esta ecuación, empero, no se dio un peso decisivo a los principios de supremacía constitucional ni al de igualdad.

En efecto, el principio de relatividad permite que normas declaradas inconstitucionales sigan obligando a quienes no obtuvieron un amparo, generalmente, la gente con menos recursos económicos y culturales, por lo que la operación de este principio refuerza las profundas desigualdades sociales existentes en el país. Este principio permite también un trato desigual ante la ley, puesto que genera regímenes jurídicos diferenciados: uno aplicable a quienes tienen una sentencia que los ampare, y otro al resto de las personas.

El principio de relatividad, si bien es congruente con la protección de los derechos subjetivos de los quejosos (con tiempo y recursos para promover y obtener un amparo), no se compadece del todo bien con el principio de supremacía constitucional, pues permite que normas violatorias de la Constitución, permanezcan –formalmente– en el sistema y sigan vinculando a las personas.

Otro tipo de razones por las que es criticable este principio, o al menos su interpretación por el Poder Judicial de la Federación, reside en que se usa para

[25] En este punto sigo a A. Zaldívar, *op. cit.,* capítulo VI.

fundamentar una causa de improcedencia y sobreseer el juicio de amparo,[26] porque la jurisprudencia ha establecido que el juicio es improcedente cuando no puedan darse efectos relativos a una sentencia amparadora.

Este criterio es conflictivo, entre otros casos, cuando la procedencia del amparo se fundamenta en el interés legítimo, especialmente si es colectivo, y cuando se reclaman normas generales autoaplicativas que regulan situaciones colectivas complejas, pues en muchos de estos supuestos es difícil relativizar los efectos de la sentencia, por ejemplo, porque tendrían que ser derogatorios o abrogatorios.[27] Estos problemas dificultan determinados aspectos de los derechos sociales mediante el amparo. En los siguientes apartados comentaré –de entre muchas– algunas sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre derechos sociales, en las que se presentan problemas como los mencionados.

4. Derecho a la salud, interés jurídico y relatividad de las sentencias

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el 28 de marzo de 2012 el amparo en revisión 315/2010.[28] El quejoso, una persona física, reclamó varios artículos de la Ley General para el Control de Tabaco y la derogación de

[26] El sobreseimiento del juicio de amparo consiste en desestimar la acción sin analizar el problema planteado: es decir, sin examinar si el acto reclamado es o no violatorio de derechos humanos.

[27] Por mencionar un caso, cuando se reclama un plan urbanístico como norma autoaplicativa, es imposible declarar su inconstitucionalidad con efectos relativos, pues estos serían necesariamente derogatorios o abrogatorios y alcanzarían a un número indeterminado de personas que no promovió el amparo.

[28] Amparo en revisión 315/2010, Min. José Ramón Cossío Díaz, PROHIBICIÓN DEL CONSUMO DE TABACO EN LUGARES PÚBLICOS CERRADOS, OBLIGACIÓN DE ESTABLECER LUGARES ESPECÍFICOS PARA EL CONSUMO DEL MISMO Y MULTAS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO. ARGUMENTA VIOLACIÓN A LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 1o.; 4o.; 6o.; 16; 17; 28 Y 133 CONSTITUCIONALES. Pleno. Votado por mayoría de 8 votos el 28 de marzo de 2011. Disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=116751.

otros de la Ley General de Salud, como normas autoaplicativas.[29] En su concepto de violación, el quejoso adujo que esas normas violaban –principalmente– los artículos 1o, 4o, 6o, 16 y 28 constitucionales, así como el 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[30] porque representaban un *retroceso* en la protección del derecho a la salud (como derecho social), a la información, a la no discriminación, a los derechos de los consumidores, a la protección del medio ambiente y al principio de legalidad. En esencia, el quejoso argumentó que del entramado normativo reclamado (las normas reformadas y las derogadas) se seguía la eliminación de diversas restricciones a la publicidad de los productos del tabaco y se omitía adoptar una política prohibicionista en relación con la publicidad, promoción y patrocinio de esos productos, lo que abría la puerta a la publicidad engañosa, a la promoción y patrocinio del tabaco.

En la sentencia de primera instancia se sobreseyó el juicio, porque se estimó que el quejoso carecía de interés jurídico para reclamar esas normas, por lo que se actualizaba la causa de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción V, de la Ley de Amparo abrogada,[31] entre otras, por las razones siguientes.

Porque las normas reclamadas no le causaban afectación alguna ni le privaban de algún derecho por no ser su destinatario. El Juez consideró que el derecho a

[29] Para efectos de su impugnación a través del juicio de amparo, las normas se clasifican en heteroaplicativas y autoaplicativas. Las primeras son normas cuya mera existencia no afecta la esfera jurídica del quejoso, por lo que requieren de un acto de aplicación en su perjuicio. El juicio de amparo procede, en principio, con motivo de ese acto de aplicación. Las normas autoaplicativas son las que afectan la esfera jurídica del quejoso desde su entrada en vigor, es decir, son de aplicación "incondicionada", porque inciden en su esfera jurídica por su mera existencia, incluso si no existe un acto individualizado de aplicación. Es decir, le imponen obligaciones, prohibiciones, etc., *ex lege.* Estas normas pueden reclamarse desde su entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación individualizado en perjuicio del quejoso, a su elección.

[30] CAPITULO III-DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. Artículo 26. Desarrollo Progresivo.

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

[31] "ARTICULO 73.- El juicio de amparo es improcedente: [...] V.- Contra actos que no afecten los intereses jurídicos del quejoso; [...]".

la protección de la salud, previsto en el artículo 4o constitucional y en los tratados internacionales, era un derecho "indeterminado" y "abstracto", es decir, una prerrogativa de la colectividad y no un derecho subjetivo del quejoso.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estimó que el criterio del Juez, respecto del interés jurídico, era incorrecto, por las razones siguientes. En primer lugar, hizo un repaso de la jurisprudencia sobre el interés jurídico y puso de manifiesto que este concepto, en efecto, se había mantenido en sus rasgos esenciales, desde la Quinta Época.[32] En síntesis, la Corte señaló que el interés jurídico era entendido como un derecho subjetivo, tutelado por el derecho objetivo; que implicaba un poder de exigencia jurisdiccional, coercitivo, frente a determinados sujetos obligados. La Corte señaló que lo que había cambiado no era propiamente el concepto de interés jurídico, sino "lo que está detrás de los conceptos jurídicos a los que hacen referencia las tesis sobre interés jurídico, y en particular, el entendimiento de la situación en la cual podemos hablar de la existencia de un derecho "objetivo" conferido por las normas del ordenamiento jurídico".[33]

En seguida mencionó que si bien, tradicionalmente, los derechos a la salud o a la educación, por ejemplo, habían sido concebidos como declaraciones de intenciones, escasamente vinculantes para el poder público y los ciudadanos, es decir, como normas programáticas o directrices de política pública cuya eficacia dependía de actuaciones legislativas y administrativas, en cuya ausencia los Jueces constitucionales tenían poco que hacer, ese entendimiento estaba en una fase de intensa transformación. Esa transformación, se argumentó, implicaba

[32] El sistema de precedentes y jurisprudencia en México funciona a través de la elaboración y publicación en el *Semanario Judicial de la Federación* de "tesis", es decir, de la formulación canónica del criterio *(ratio decidendi)* contenido en un precedente o tesis asilada, que sólo vincula a su emisor en virtud del principio de universalidad, o en una jurisprudencia, esto es, un conjunto de precedentes con determinadas características que los vuelve obligatorios para las autoridades jurisdiccionales sometidas a la jurisdicción del emisor. La publicación de las tesis se realiza por épocas. Actualmente, estamos en la décima época, que se inició con las reformas sobre derechos humanos del 2011.

[33] Sentencia citada, pp. 45 y 46.

que si bien los poderes Legislativo y Ejecutivo tenían un margen amplio para plasmar su visión de la Constitución y diseñar políticas públicas, su actuación debía ser contrastada con los estándares constitucionales y convencionales que protegen derechos humanos, porque estos vinculaban a todos los poderes públicos.

Posteriormente, la Corte dotó de contenido al derecho a la salud previsto en el artículo 4o constitucional[34] con base en normas de tratados internacionales y su interpretación por los organismos estatuidos para vigilar su cumplimiento. En concreto, con base en la Observación General número 14 del Comité de los Derechos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, relativa al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), del cual nuestro país es parte.

Así, sostuvo que el derecho a la salud implicaba una serie de libertades y derechos, una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para gozar del más alto nivel posible de salud. Que ese derecho debe ser reconocido con ciertas características, como disponibilidad, accesibilidad (no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica, *acceso a la información*), aceptabilidad y calidad. Que si bien en el pacto se recogió el principio de progresividad, éste no debía interpretarse como una mera declaración de intenciones que privara de todo contenido significativo al derecho a la salud, sino como el reconocimiento de los Estados Parte estaban obligados, de manera concreta y constante, a realizar plena y expeditamente ese derecho, aunque de manera progresiva debido a las dificultades circunstanciales de cada país. En este sentido, los Estados parte, entre ellos, México, habían adquirido obligaciones concretas para satisfacer plenamente el derecho a la salud, tanto con efecto inmediato como mediato. Entre las primeras, estaban las de garantizar su ejercicio sin discriminación, adoptar medidas deliberadas, concretas y orientadas

[34] "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud".

al cumplimiento del derecho, y la prohibición de regresiones injustificadas. Se dijo, también, que el derecho a la salud, como otros derechos humanos, imponían a los Estados parte tres tipos de obligaciones: respetar, proteger y cumplir, y dentro de éstas, las de facilitar, proporcionar y promover, y se desarrolló el contenido de ellas, enfatizando el deber del Estado de impedir que terceros limiten o dificulten el ejercicio de este derecho, especialmente, en relación con el acceso a la información y los servicios de salud.

A partir de esta lectura del derecho a la salud, la Corte concluyó que las normas reclamadas tenían una clara e inmediata afectación en la esfera jurídica individual del quejoso que la protección constitucional del derecho a la salud convertía en relevante, porque el Estado debía adoptar medidas para impedir que los particulares frustraran el disfrute de ese derecho por parte de todos, y en concreto, para que terceros no limitaron el acceso a las personas a la información y los servicios de salud. En este sentido, sostuvo la irrelevancia de que el quejoso no fuera el destinatario directo de las normas, pues esas obligaciones impuestas a terceros daban forma a determinada modalidad de goce del derecho a la salud y delimitaban su contenido.

En suma, concluyó que fue indebido el sobreseimiento del juicio, porque el quejoso sí tiene interés jurídico, porque "no puede afirmarse más, bajo una Constitución normativa que incluye entre los derechos fundamentales protegidos el derecho a la salud, que el artículo 4o y las disposiciones correspondientes de los tratados tutelen un derecho indeterminado que no establece prerrogativa a favor de sujeto alguno",[35] y mencionó, de paso, que las normas que suponen un retroceso en el nivel de goce de un derecho fundamental, están revestidas de una fuerte presunción de ser violatorias de ese derecho.

[35] *Ibidem*, p. 61.

No obstante, la Corte advirtió un motivo de improcedencia diverso, relacionado con el principio de relatividad de las sentencias de amparo, es decir, con la imposibilidad de proveer un remedio individualizado al quejoso. Por lo que sobreseyó el juicio sin pronunciarse sobre el fondo, esto es, sobre la constitucionalidad, o no, de las normas reclamadas.

En efecto, la Corte sostuvo el criterio de que la justiciabilidad del derecho a la salud, a través del juicio de amparo, requería que el tipo de invasión al derecho denunciada, adoptara la forma de una vulneración tal que fuera posible dar efectos al amparo, ya que este medio de control constitucional tenía efectos *inter partes*, únicamente para el caso concreto, aunque en ocasiones, dar efectividad al amparo implicara la adopción de medidas que colateral y fácticamente tuvieran efectos para personas distintas de las partes, esto es, los efectos del juicio de amparo no podrían ser central o "preliminarmente colectivos".

En el caso, la Corte advirtió la imposibilidad de dar efectos relativos a la sentencia que eventualmente dictare sobre el fondo, en esencia, porque si los conceptos de violación fueren fundados, la Corte tendría que colmar el "vacío legal" denunciado por el quejoso, en el sentido de que las normas reclamadas no imponían regulaciones restrictivas a la publicidad, promoción y patrocinio de productos del tabaco, ni adoptaban una política prohibicionista al respecto. En este sentido, los efectos tendrían que ser obligar a las autoridades legislativas a introducir esas restricciones a la publicidad, promoción y patrocinio de productos del tabaco y/o a adoptar esa política prohibicionista, mediante la emisión de *normas generales*, cuyos efectos, evidentemente, no podrían circunscribirse al quejoso. Esto es, no podrían imponerse restricciones o prohibiciones a esas actividades que rigieran únicamente para el quejoso, sino que, centralmente, tendrían que adoptarse para todos, con efectos *erga omnes.*

Pues bien, esta sentencia es interesante por varias razones. En primer lugar, porque se trata de uno de los primeros precedentes en que se reinterpretó un

derecho social, el derecho a la salud, como un auténtico derecho humano en sentido subjetivo. En efecto, como ya se mencionó, una de las dificultades principales para exigir judicialmente los derechos sociales, es que suele concebírseles como meras directrices de política social y no como verdaderos derechos subjetivos, con un contenido concreto, exigible judicialmente, y adscribibles individual o distributivamente a todas las personas. Es bastante irónico, por cierto, que se reconozca a México como uno de los países pioneros en el constitucionalismo "social", por haber reconocido una serie de derechos sociales en la Constitución de 1917, derechos que, no obstante, fueron interpretados por el Poder Judicial de la Federación, en general, como meras directrices de política pública, competencia discrecional del legislador y la administración, y no exigibles judicialmente.[36]

Un aspecto positivo de este precedente, entonces, es el reconocimiento de que el derecho a la salud previsto por la Constitución, al menos en algunos aspectos, es un verdadero derecho humano que confiere a su titular un poder de exigencia frente al Estado, reclamable, en principio, judicialmente. Además, este precedente refleja un giro importante en el entendimiento de la Constitución, ya que afirma que los enunciados que contiene son directamente normativos, y como tales, vinculantes para todos los poderes públicos, lo que abre la puerta a que la "densidad normativa" de la Constitución, esto es, sus contenidos regulativo y valorativo sean exigibles directamente ante los tribunales. Este cambio de dirección en la interpretación constitucional es relevante, porque se aleja de una concepción de la Constitución como declaración de meras intenciones o de programas librados exclusivamente al juego político, para dotarla de un auténtico carácter normativo propio del constitucionalismo contemporáneo, vinculante para todos los poderes constituidos, sobre todo en materia de derechos fundamentales.

[36] Véase J. Cruz Parcero, *op. cit*.

Otro aspecto que merece comentarse es la construcción del derecho a la salud con base en normas internacionales y su interpretación por los órganos encargados de vigilar el cumplimiento de los tratados. Esta sentencia se dictó antes de que entrara en vigor la reforma constitucional de junio de 2011, que incluyó en el artículo 1o. el reconocimiento inequívoco de los tratados internacionales como fuentes de derechos humanos.[37] La obligatoriedad de los tratados internacionales, así como su rango constitucional en nuestro sistema jurídico, hoy ha quedado zanjada por esa reforma constitucional y su interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[38] La relevancia de incluir como parte del parámetro de constitucionalidad de nuestro sistema jurídico normas internacionales de derechos humanos, radica en que éstas pueden contener nuevos derechos no reconocidos expresamente por la Constitución, o bien pueden dotar de un contenido tutelar mayor a los previstos en ésta. Además, al margen de la obligatoriedad o no de las opiniones interpretativas de los organismos internacionales encargados de vigilar su cumplimiento,[39] éstas son un material valioso que puede orientar la interpretación de los tribunales nacionales.

Quizá lo que puede echarse en falta en construcciones interpretativas como la realizada en el proyecto, es que no se hubiera complementado esa interpretación apelando directamente a las razones substantivas que proporcionan las propias normas constitucionales, es decir, mostrando que la salud es un bien básico derivado directamente del principio de autonomía personal, de acuerdo con el

[37] El artículo 1o constitucional vigente en el momento en que se dictó la sentencia no incluía ese reconocimiento, pues se limitaba a establecer que "Art. 1o.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las *garantías que otorga esta Constitución*, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece. […]".

[38] Véase Tesis P./J. 20/2014 (10a.), del rubro "DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL." Pleno. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.* Décima Época. Libro 5, Abril de 2014, Tomo I. Pág. 202. Reg. IUS 2006224.

[39] Respecto de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Suprema Corte ha aceptado su obligatoriedad, cuando el Estado mexicano fue parte, y cuando dan mayor alcance tutelar a los derechos humanos.

cual, al ser valiosa en sí misma la libre elección individual de planes de vida e ideales de excelencia humana, el Estado tiene prohibido interferir con la elección y materialización de estos ideales, debiendo limitarse a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno elija, así como a impedir la interferencia injustificada de otras personas en su persecución.[40] En este sentido, al ser un bien básico para la autonomía personal, es el contenido de un derecho moral fundamental, que, como cualquier otro derecho humano, ya sea de origen liberal o social, debe ser reconocido y protegido por el sistema jurídico, lo que descartaría, de inicio, cualquier lectura del derecho a la salud que lo redujera a una mera directriz de política pública. Este tipo de argumentos, por cierto, al asentarse en el fundamento moral del derecho en cuestión, son menos dependientes de las contingentes interpretaciones de órganos internacionales y permiten construir una doctrina constitucional dotada de un mayor rigor y consistencia filosóficas, que explicite una cierta concepción política y moral de la Constitución y sirva de guía para reorientar la práctica jurídica en su conjunto.

Por último, este precedente es interesante porque muestra algunos de los límites del juicio de amparo, en su concepción tradicional, como garantía jurisdiccional eficaz de los derechos sociales. Como ya se mencionó, el principio de relatividad de las sentencias ha sido mantenido en la Constitución y la Ley de Amparo. Si bien se intentó limitar el alcance de este principio con la introducción de la figura de la declaratoria general de inconstitucionalidad,[41] lo cierto es que sigue constituyendo un obstáculo para exigir judicialmente derechos sociales, cuando los efectos del amparo no pueden limitarse a la persona del quejoso, sino que implican, central y necesariamente, efectos *erga omnes,* lo que suele acontecer,

[40] La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido en varios precedentes que la autonomía personal es un principio fundamental reconocido por nuestro sistema jurídico. Véase, por todos, el amparo en revisión 750/2015 citado, párrafo 113.

[41] *Cfr.* A. Zaldívar, *op. cit.*

entre otros casos, cuando se impugnan omisiones legislativas o normas generales autoaplicativas que regulan situaciones colectivas complejas, con base en un interés legítimo e, incluso, jurídico. Y aunque la Corte, como se verá, ha intentado limitar el alcance de este principio, sigue representando un escollo a la protección de los derechos sociales, en casos como el presente.

Ahora bien, un aspecto criticable del precedente citado es su interpretación de los efectos de la eventual transgresión del principio de relatividad. En un caso como el citado, en efecto, no es posible conceder el amparo para el efecto de que el legislador adopte medidas que rijan exclusivamente para el quejoso, pues el adoptar una determinada regulación de la publicidad, promoción y patrocinio de los productos del tabaco, implica, necesariamente, imprimir efectos *erga omnes* a la sentencia de amparo. No obstante, en mi opinión, de aquí no se sigue necesariamente que deba sobreseerse el juicio de amparo, al menos por dos razones.

La primera, de tipo formal, consiste en que esa causa de improcedencia no estaba prevista expresamente en la Ley de Amparo, sino que fue construida interpretativamente, relacionando la fracción XVIII, del artículo 73,[42] una cláusula genérica, con el artículo 76,[43] que recogía el principio de relatividad. Por ende, no hay un mandato legal inequívoco de considerar improcedente el juicio de amparo en este caso.

La segunda razón, material, es de mayor entidad. Esa causa de improcedencia se asienta en la consideración de que no tendría ninguna finalidad práctica que

[42] "ARTICULO 73.- El juicio de amparo es improcedente: [...] XVIII.- En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la ley. [...]"

[43] "ARTICULO 76.- Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare."

el tribunal se pronunciara sobre el fondo del asunto, ya que en un examen preliminar, se advierte que no podría otorgar efectos protectores limitables al quejoso. Es decir, sobre la idea de que los efectos del juicio de amparo deben ser no sólo relativos, sino necesariamente reparadores o compensadores, directamente. Y, es cierto, en casos como ese el amparo no podría otorgarse con ese alcance.

Sin embargo, no es descabellado imaginar otro tipo de efectos que podrían imprimirse al amparo, que si bien no representan una reparación o compensación directa e inmediata al quejoso en el caso concreto, sí serían compatibles con una cierta concepción del control constitucional y de la relación entre el Poder Judicial y el Legislativo, en el marco de una democracia deliberativa.[44] En concreto, la Corte podría haber desestimado esa causal de improcedencia y resuelto el fondo, declarando la inconstitucionalidad de las normas reclamadas, y concedido el amparo para el único efecto de que se informara al Legislativo las razones por las que había emitido una norma inconstitucional, sin más.

Esta interpretación, aunque heterodoxa, a mi juicio es compatible con la regulación del juicio de amparo vigente y tendría, al menos, los beneficios siguientes: el primero, dotar al quejoso de un pronunciamiento de fondo respecto de la constitucionalidad de los actos reclamados, pues la existencia de ese pronunciamiento *per se* constituye una forma de reparación o de acceso, si se quiere simbólico, a la justicia. En ocasiones, una victoria moral es suficiente reparación para el agraviado, aunque no tenga otras consecuencias "prácticas". El segundo beneficio es que llamaría la atención del Legislador o la administración sobre un problema que debe atender y generaría un incentivo institucional para que lo haga, sobre todo teniendo en cuenta la posibilidad de que se generalicen las sentencias amparadoras, es decir, sería un mecanismo "dialógico" entre poderes del Estado que, eventualmente, podría tener efectos indirectos deseables para

[44] *Cfr.* Roberto Gargarella, "Justicia diálogica y derechos sociales", en Espinoza de los Monteros, Javier y Ordóñez, Jorge (coords.), *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*, Tirant lo Blanch, México, 2013.

el propio quejoso, una vez que los mecanismos de la política, convenientemente espoleados, superen el problema de constitucionalidad. Y por último, esta interpretación podría activar el mecanismo de declaratoria general de inconstitucionalidad previsto como una forma de atemperar el principio de relatividad de las sentencias y sus efectos perniciosos ya mencionados, con lo que se lograría, indirectamente, el efecto práctico buscado por el quejoso.

5. Derecho a la educación e interés legítimo

El 11 de marzo de 2015, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el amparo en revisión 323/2014.[45] El quejoso, una asociación civil[46] cuyo objeto social consistía en realizar distintas acciones para colaborar en la protección del derecho a la educación, reclamó de varias autoridades administrativas y legislativas, entre otros actos, la omisión de ejercer sus facultades de fiscalización y sancionadoras, respecto del resultado de la revisión de la cuenta pública en determinados ejercicios fiscales, en los que se detectaron irregularidades en el manejo de los recursos destinados a la educación.

La parte quejosa alegó que esos actos violaban, entre otras normas, el derecho a la educación previsto los artículos 3o. constitucional y 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El Juez de Distrito sobreseyó el juicio porque estimó que la quejosa no acreditó el interés legítimo, ya que no demostró tener un interés personal, cualificado, actual,

[45] Amparo en revisión 323/2016, Min. Jorge Mario Pardo Rebolledo, DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LEGITIMACIÓN DE LAS ASOCIACIONES CIVILES PARA DEFENDERLO. MANEJO, DESTINO Y APLICACIÓN DE RECURSOS DEL FONDO DE APORTACIONES PARA LA EDUCACIÓN BÁSICA Y NORMAL (FAEB). Primera Sala. Votado por unanimidad el 11 de marzo de 2015. Disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=165345

[46] En realidad, eran dos asociaciones civiles las que promovieron el amparo, pero una de ellas no acreditó su interés legítimo y el juicio se sobreseyó por su parte.

real y jurídicamente relevante, que se traduciría en un beneficio jurídico a favor del quejoso si se le concediere el amparo, por lo que no cumplió con el principio de parte agraviada. El Juez consideró que los actos reclamados no estaban dirigidos de manera directa a la quejosa, no le ocasionaban un perjuicio, por lo que no tenía una posición especial frente al orden jurídico, sino un interés simple en la legalidad de la actuación del poder público.

La Suprema Corte estimó fundado el agravio de la quejosa, en el que argumentó que en la sentencia recurrida se omitió hacer un análisis integral de la naturaleza del derecho a la educación, su vinculación con el objeto social de la quejosa y su pretensión en el juicio de amparo.

Recordó que la figura del interés legítimo derivó de las reformas sobre derechos humanos y debía ser interpretada conforme al principio *pro persona*, en el sentido siguiente: el interés legítimo implicaba un vínculo entre ciertos derechos fundamentales y el quejoso; no requería de una facultad conferida expresamente por el orden jurídico, pero sí de un agravio diferenciado, es decir, de un interés cualificado, actual, real y jurídicamente relevante; recordó que el interés jurídico era un concepto más amplio, sin llegar a ser un interés genérico, por lo que la concesión del amparo debía traducirse en un beneficio jurídico a favor del quejoso, actual o futuro, pero cierto; la afectación a ese interés debía apreciarse con base en un parámetro de razonabilidad, teniendo en cuenta que el quejoso debía tener una posición especial respecto de la violación que aduce; y que el interés debía ser congruente con la dinámica y alcances del juicio de amparo.

La Corte abordó después el contenido del derecho a la educación previsto en los artículos 3o constitucional, 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales

y Culturales,[47] y destacó que se trataba de un derecho social complejo, cuyo cumplimiento requería tanto de acciones positivas como negativas, y en el que tenían participación no sólo el Estado, sino también los particulares y otros actores de la sociedad civil. Así mismo, citó la Observación General 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la que se interpretó que el cumplimiento de este derecho debía satisfacer las características de disponibilidad, accesibilidad (no discriminación, accesibilidad material y económica), aceptabilidad y adaptabilidad. Destacó que si bien estaba sometido al principio de progresividad, ello no le restaba imperatividad, sino que implicaba que debía ser cumplido lo más expeditamente posible y que debía cumplir con obligaciones inmediatas, como el garantizar su acceso sin discriminación, mantener un sistema transparente y eficaz para comprobar que se cumplieran los objetivos de la educación, o establecer normas mínimas para las instituciones privadas, entre otras.

Precisado lo anterior, la Corte examinó el objeto social de la quejosa y advirtió que estaba relacionado con la defensa del derecho a la educación, por lo que concluyó que los actos reclamados sí incidían en su esfera jurídica porque contaba con una especial situación frente al derecho a la educación, y afirmó que "no se está reclamando la protección de un derecho tradicional, en el que fácilmente pueda identificarse o individualizarse un derecho subjetivo, sino que se trata de un derecho compuesto por relaciones jurídicas, por lo que aun cuando no es el beneficiario tradicional del derecho, es titular de obligaciones y derechos que se encuentran comprendidos dentro del mismo, como lo son intervenir como parte de la sociedad civil para lograr su efectividad".[48] Afirmó que los actos reclamados incidían directamente en el cumplimiento de su objeto social, y que su pretensión no era abstracta, porque había demostrado haber llevado a cabo

[47] La Primera Sala ha realizado un extenso análisis del derecho a la educación, en el amparo en revisión 750/2015 citado.

[48] Sentencia citada, p. 62

acciones concretas en defensa del derecho a la educación, durante varios años antes de la interposición del amparo. Por ende, concluyó que la quejosa sí tenía interés jurídico y fue indebido el sobreseimiento del juicio.

A continuación, la Corte examinó las causas de improcedencia invocadas por las autoridades responsables. Destaca la concerniente a la imposibilidad de dar efectos al amparo en relación con las omisiones reclamadas de autoridades administrativas, en virtud del principio de relatividad. El Tribunal desestimó este argumento, sobre la base de que sí podían darse efectos relativos, consistentes en obligar a las autoridades administrativas a ejercer sus facultades fiscalizadoras y sancionadoras, para proteger el derecho a la educación, y que debían tenerse en cuenta los nuevos parámetros constitucionales para resolver el juicio de amparo, específicamente el interés legítimo, que generaba en el juzgador la obligación de buscar los mecanismos adecuados para remediar los vicios de inconstitucionalidad, incluso si rebasan la esfera individual del quejoso.

En el fondo, la Corte estimó que el acto reclamado tenía carácter negativo, es decir, consistía en la omisión de cumplir deberes constitucionales y legales, por lo que la carga de la argumentación se revertía en perjuicio de la autoridad, quien no demostró haber ejercido todas las facultades a su cargo previstas en la ley para cumplir con el derecho a la educación. Luego, la Corte concedió el amparo para que la autoridad demostrara haber cumplido con todas sus facultades fiscalizadoras y sancionadoras o, en su caso, para que las ejerciera, lo que sería controlado en ejecución de sentencia.

Pues bien, este precedente es relevante por varias razones. En primer lugar, porque permite exigir judicialmente aspectos del derecho a la educación que normalmente quedaban fuera del alcance de los particulares. En efecto, su interpretación del interés legítimo, abre la puerta para que personas morales cuyo objeto social esté vinculado con la defensa de los derechos sociales, en este caso, del derecho a la educación, puedan controlar, jurisdiccionalmente, el

cumplimiento por parte las autoridades de obligaciones legales relacionadas con el uso de los recursos destinados a garantizar los derechos. Pero además, su interpretación del derecho a la educación, como un verdadero derecho exigible ante los tribunales, se aleja de la concepción que tradicionalmente se había tenido de los derechos sociales, como meras normas programáticas o directrices de política pública, cuyo cumplimiento quedaba exento de control jurisdiccional.

Respecto de la construcción del derecho a la educación, merece los mismos comentarios que la sentencia del apartado anterior, ya que se basa en normas internacionales y su interpretación por los órganos encargados de vigilar el cumplimiento de los tratados, pero no se acudió a las razones substantivas que directamente proporcionan las normas constitucionales y convencionales, esto es, podría haberse puesto de manifiesto que la educación es un bien básico para la formación de autonomía personal, un principio toral de nuestro sistema jurídico, y para la realización de una serie de bienes colectivos de gran importancia, como el funcionamiento de una democracia de tipo deliberativo, y otros de tipo científico, económico, social, ecológico, cultural, etcétera, es decir, un aspecto indisociable de un estado de bienestar.

Otro aspecto que merece ser destacado es el análisis que hizo del principio de relatividad de las sentencias, destacando que éste debe hacerse compatible con la intención del legislador de ampliar las posibilidades del amparo a través del concepto de interés legítimo, lo que se traduce en la imposición a los juzgadores de un deber de buscar los mecanismos adecuados para remediar los vicios de inconstitucionalidad, incluso si rebasan la esfera individual del quejoso. La relevancia de esta interpretación, como ya se mencionó, reside en que existe una tensión entre el principio de relatividad de las sentencias y la posibilidad de exigir ciertos aspectos de los derechos sociales, debido a la dificultad de individualizar los efectos de una eventual concesión del amparo. Por ello, este criterio llama la atención de los juzgadores para cumplir con su deber de garantizar el acceso

a la justicia y buscar mecanismos que eviten el sobreseimiento del juicio ante la dificultad de individualizar los efectos del amparo.

6. Derecho a la salud, carga de la prueba, escrutinio estricto y efectos

El 15 de octubre de 2014, la Segunda Sala de la Suprema Corte falló el amparo en revisión 378/2014.[49] Los quejosos, pacientes con VIH del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias (INER en lo subsecuente), promovieron el juicio de amparo y reclamaron de varias autoridades administrativas la omisión de tomar medidas presupuestarias y ejecutivas para la materialización del proyecto para construir un pabellón especializado en el tratamiento de pacientes con VIH.

Este acto, argumentaron, violaba su derecho a la salud, a la vida y a la no discriminación por motivos económicos, ya que como pacientes con VIH eran atendidos en un pabellón inadecuado (el pabellón 13, en adelante), con escasa ventilación y baños, junto a otros pacientes con infecciones respiratorias que ponían en riesgo su salud y vida dado su estado de inmunodeficiencia grave.

Como antecedente relevante, debe decirse que las autoridades habían aprobado la remodelación del pabellón 13, sobre la base de que era inadecuado para tratar a pacientes con VIH porque no cumplía los estándares internacionales al respecto (ventilación, aislamiento de otros pacientes, etcétera). Posteriormente, advirtieron que era necesario construir un pabellón nuevo para tratar adecuadamente a los

[49] Amparo en revisión 378/2014, Min. Alberto Pérez Dayán, ALCANCES E IMPLICACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS A LA SALUD, A LA VIDA Y A LA NO DISCRIMINACIÓN, ASÍ COMO LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIÓN, EN RELACIÓN CON EL PROYECTO DENOMINADO "CONSTRUCCIÓN Y EQUIPAMIENTO DEL SERVICIO CLÍNICO PARA PACIENTES CON VIH/SIDA Y CO-INFECCIÓN PARA ENFERMEDADES DE TRANSMISIÓN AÉREA" (PABELLÓN TRECE) DEL INSTITUTO NACIONAL DE ENFERMEDADES RESPIRATORIAS. Segunda Sala. Votado por mayoría de 3 votos el quince de octubre de dos mil catorce. Consultable en: http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=166107

pacientes con VIH y evitar ponerlos en riesgo de contraer enfermedades infecciosas nosocomiales. No obstante que se destinaron recursos para formular un proyecto ejecutivo para la construcción del nuevo pabellón, ésta no se materializó, supuestamente, por razones presupuestarias (falta de recursos). Así mismo, se demostró que alguno de los quejosos contrajo una infección nosocomial al ser atenido en el INER, lo que puso en riesgo su vida y tuvo que permanecer internado por más de dos meses en esa institución.

El Juez de Distrito, en lo que interesa, negó el amparo a los quejosos, esencialmente, porque estimó que la Constitución no les confería un derecho a que se ejecutara la construcción de un nuevo pabellón (sic); porque había constancias de que habían sido atendidos gratuitamente y de que fueron internados y egresaron posteriormente, lo que revelaba que la atención era adecuada y protegía su salud; porque estimó demostrada la falta de recursos alegada por las autoridades; porque el derecho a la salud era un derecho "a lo posible", y la construcción del pabellón podría restar recursos para atender a otros pacientes; porque ese proyecto no era una prioridad; y porque el riesgo cero de infección no era asequible.

La Segunda Sala revocó esa decisión al conocer de la revisión, por las razones siguientes. En primer lugar, desarrolló el contenido del derecho a la salud de acuerdo con precedentes de la Corte. Sostuvo que el derecho a la salud implicaba una serie de libertades y derechos, una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias para gozar del más alto nivel posible de salud, que se traducía en un bienestar general. Que si bien en el Pacto se recogió el principio de progresividad, este no debía interpretarse como una mera declaración de intenciones que privara de todo contenido significativo al derecho a la salud, sino como el reconocimiento de los Estados parte estaban obligados, de manera concreta y constante, a realizar plena y expeditamente ese derecho. Y que ese derecho incorporaba pretensiones jurídicas subjetivas, exigibles a través del juicio de amparo.

La Sala puso de manifiesto que se trataba de un derecho complejo, inherente a un Estado de bienestar, y que era una prioridad en sí mismo, porque era una condición indispensable para poder ejercer el resto de los derechos humanos tutelados por la Constitución y, por ende, para llevar una vida digna.

En cuanto al alcance del derecho a la salud, la Sala se basó en los artículos 2 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su interpretación por el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en las Observaciones Generales 3 y 14, de donde derivó la obligación del Estado mexicano de adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente entre otros el derecho a la salud. Destacó, además, que el Estado tenía la obligación de asegurar de inmediato por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos, y cuando atribuyera su incumplimiento a la falta de recursos, debía demostrar no sólo esa falta, sino que había realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos disponibles para garantizar, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas, y que atendió prioritariamente a grupos vulnerables o a situaciones graves o de riesgo. Que ese derecho debía ser reconocido con ciertas características, como disponibilidad, accesibilidad (no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica, *acceso a la información*), aceptabilidad y calidad, y que incluía una serie de prestaciones como el tratamiento adecuado de enfermedades, especialmente cuando afectaban a grupos vulnerables, como el VIH/SIDA.

La Sala aplicó esos estándares al caso concreto, poniendo de manifiesto que los argumentos de la sentencia recurrida evadían la *litis*, que era determinar si las condiciones en que se proporcionaba atención médica a los quejosos respetaban el estándar de constitucionalidad delineado.

Enfatizó que la necesidad de construir un nuevo pabellón no debió ser motivo de controversia, porque las propias autoridades admitieron en varias ocasiones

que las instalaciones en que se atendía a los quejosos eran inadecuadas, no satisfacían los estándares internacionales, los ponían en riesgo de contraer infecciones nosocomiales, y que era necesario un nuevo pabellón.

La Sala citó el caso *Ximenes Lopes vs. Brazil,* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para fundamentar la obligación del Estado de ofrecer servicios de salud que "disuadieran" cualquier amenaza al derecho a la vida y la integridad de las personas, y lo vinculó con la situación de los quejosos como pacientes con VIH/SIDA.

Posteriormente, consideró que las autoridades no habían aportado pruebas para demostrar la falta de recursos para ejecutar el proyecto, ni demostraron haber hecho esfuerzos para utilizar todos los recursos a su disposición para cumplir prioritariamente con el derecho a la salud, y afirmó que no bastaba la simple afirmación de que carecía de recursos para tener por demostrado ese hecho.

La Sala mencionó que si bien los poderes Legislativo y Ejecutivo tenían competencias para definir las políticas públicas y la asignación de recursos, que no podían ser suplantadas por los tribunales, el Poder Judicial sí podía verificar que cumplieran con las obligaciones que en materia de derechos humanos les imponen la Constitución y los tratados internacionales, pues estos cuerpos normativos no son un compendio de "buenas intenciones", sino normas que deben tener la máxima fuerza jurídica, eficacia y justiciabilidad.

Por lo que concedió el amparo a los quejosos para que las autoridades responsables tomaran las medidas necesarias para salvaguardar el derecho a la salud de los quejosos, ya sea construyendo el pabellón, remodelando el existente, o gestionando la atención de los quejosos en otras instituciones públicas en las que pudieran recibir atención adecuada, lo que sería controlado judicialmente en ejecución.

Este asunto merece varios comentarios. Respecto a la construcción del derecho a la salud, se sigue una estrategia similar a la sentencia comentada previamente: a partir de la Constitución, los tratados internacionales y su interpretación por los órganos encargados de vigilar su cumplimiento, se delinea el contenido y alcance del derecho en nuestro sistema jurídico. No obstante, en esta sentencia sí se advierten argumentos –aunque parcos– que apelan directamente a razones substantivas contenidas en la Constitución y los tratados, como la afirmación de que la salud es un presupuesto necesario para una vida digna y para poder ejercer otros derechos. Además, la interpretación que da al derecho a la salud como un verdadero derecho humano y no como una mera directriz de política pública es un elemento indispensable para poder garantizarlo judicialmente, y tiene consecuencias metodológicas respecto del análisis del fondo de la violación aducida al derecho, que se verán en seguida.

Un punto destacable de esta resolución es el uso del principio de progresividad. Con base en este principio, la Sala extrae dos consecuencias de suma importancia cuando se trata de exigir judicialmente derechos sociales. La primera tiene que ver con las cargas probatorias. Cuando la autoridad aduce la falta de recursos para no cumplir con las obligaciones que derivan del derecho a la salud (o de otros derechos sociales), tiene la carga de demostrar, primero, que en efecto existe esa escasez de recursos, y segundo, que ha realizado todos los esfuerzos para usar los recursos disponibles para satisfacer, *prioritariamente,* los derechos sociales.

La importancia de esta regla metodológica es doble. Primero, porque introduce una excepción en el funcionamiento de las cargas probatorias tradicionalmente aceptadas en el juicio de amparo, conforme a las cuales, corresponde en principio al quejoso acreditar los hechos en los que basa su pretensión cuando se trata de actos positivos, y en el caso, ante la afirmación de la autoridad de que carece de recursos, correspondería al quejoso demostrar que la autoridad sí tiene recursos (esta es, quizá, la razón por la que el Juez de distrito consideró

probada la falta de recursos, es decir, la mera afirmación de la autoridad sin prueba en contrario). Y segundo, porque si se aceptara esta carga probatoria, es evidente que se pondría un obstáculo injustificado para acceder a la justicia, ya que la prueba de esos hechos implica acceder a información en poder de la autoridad, y el acceso puede ser dificultado por ésta.

No obstante, en este punto se echa en falta un desarrollo de lo que significa satisfacer *prioritariamente* otros derechos. En efecto, la Sala podría haber abundado en el sentido de que, para justificar su incumplimiento, la autoridad no sólo debía demostrar la carencia de recursos, sino que aquellos disponibles fueron asignados a satisfacer *otro derecho humano cuya importancia relativa de satisfacción, era mayor,* es decir, que los recursos disponibles se asignaron para proteger otros derechos humanos *y no cualquier objetivo social*, puesto que ello es una exigencia del reconocimiento, por una parte, de que los derechos humanos son normas que tutelan bienes básicos de la máxima importancia derivados de los principios de autonomía, igualdad y dignidad, y por otra, de que los objetivos colectivos son eminentemente instrumentales, y tienen importancia si y sólo en la medida en que producen estados de cosas benéficos para los derechos humanos, es decir, que tienen una importancia moral secundaria o subordinada.

La segunda consecuencia metodológica del principio de progresividad en la sentencia parece ser la de requerir un escrutinio estricto de constitucionalidad de los actos reclamados,[50] que se traduce en imponer a la autoridad la carga de la argumentación y demandarle una justificación robusta acerca de la legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. En el caso, si bien no se realizó un test de proporcionalidad, sí se puso de manifiesto que la autoridad no justificó el incumplimiento de su obligación respecto del derecho a la salud.

[50] Sobre la intensidad del escrutinio tratándose de derechos sociales, véase Añón Roig, *op. cit.* Sobre los diferentes grados de escrutinio y el juicio de proporcionalidad, véase Ferreres Comella, *op. cit.*

Esta consecuencia es relevante puesto que el escrutinio que suele aplicarse a las políticas públicas es mucho más laxo.[51] Basta con demostrar que la medida persigue un objetivo que no está proscrito constitucionalmente (una exigencia mucho más débil que la de un escrutinio estricto, que exige la persecución de un bien tutelado y "apremiante" constitucionalmente), que es idónea (que hay alguna conexión instrumental, aunque no sea óptima), que es necesaria (lo que ha de presumirse, salvo casos extremos, a partir de un principio de deferencia al legislador), y que no es evidentemente desproporcionada.

Sin embargo, si los derechos sociales son auténticos derechos humanos que protegen bienes básicos, y las medidas reclamadas afectan de manera relevante a estos derechos, el escrutinio no puede ser sino estricto, es decir, la medida reclamada no debe estar amparada por la presunción de constitucionalidad, y la autoridad debería justificar con un estándar alto, que ésta es el reflejo de una ponderación adecuada de derechos fundamentales,[52] o dicho en otros términos, que persigue un objetivo constitucional imperioso, es la más adecuada, no hay medidas alternativas igualmente eficaces pero menos invasivas con el derecho fundamental (necesidad), y el balance entre derechos es proporcional a la importancia de cada uno.

Por último, los efectos que se dan al amparo, al ofrecer alternativas de cumplimiento a la autoridad en cuanto a la elección de los medios, puede verse como un reconocimiento de la competencia de las autoridades administrativas y legislativas para valorar y determinar qué medios son más aptos para garantizar un determinado objetivo, como es el diseño de un sistema de salud, garantía institucional del derecho a la salud, lo que sería compatible con una concepción dialógica del control constitucional.[53]

[51] Ferreres Comella, *idem*.
[52] *Cfr.* R. Alexy, *op. cit.*
[53] *Cfr.* R. Gargarella, *op. cit.*

7. Conclusiones

Los derechos sociales son derechos humanos que tutelan bienes básicos derivados de los principios morales fundamentales de autonomía, igualdad y dignidad, y no se diferencian en aspectos substanciales de los derechos civiles y políticos, por lo que no hay razones de peso para excluir de control jurisdiccional a los actos que atenten contra esos derechos.

El interés por los derechos sociales, en tanto derechos humanos, se ha renovado en nuestro país por una serie de circunstancias, entre las que destacan el llamado "cambio de paradigma" en nuestras prácticas jurisdiccionales, que incluye el deber de todas las autoridades jurisdiccionales del país de hacer control difuso de constitucionalidad, *ex officio*, sobre las normas de que conocen en ejercicio de su competencia. Por lo tanto, es importante que los operadores jurídicos se familiaricen con los problemas del concepto, fundamento y la exigibilidad de los derechos sociales, para que puedan actuar con mayor responsabilidad.

El juicio de amparo es un mecanismo a través del cual pueden exigirse derechos sociales. No obstante, existen ciertas dificultades para protegerlos a través de este mecanismo, provenientes, sobre todo, del principio de relatividad de las sentencias, de una concepción restrictiva del interés legítimo, de un entendimiento inadecuado de los derechos sociales, como directrices de política pública en vez de derechos subjetivos, y de cierta concepción de los límites del control judicial de constitucionalidad. A pesar de ello, pueden detectarse importantes avances en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de la protección de estos derechos. No obstante, existen aún posibilidades interpretativas de ampliar la protección de los derechos sociales, reconsiderando el funcionamiento de diversas figuras del juicio de amparo, como el sobreseimiento y la improcedencia, entre otras.

8. Bibliografía

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

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

AÑÓN Roig, María José "Hay límites a la regresividad de derechos sociales", *Derechos y Libertades*, núm. 34, Época II, enero 2016, pp.

ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, 2a. ed., Ariel, Barcelona, 2003.

_____, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

_____, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

ATIENZA, Manuel y MANERO, Juan Ruiz, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2a. ed., Ariel, Barcelona, 2004.

CARBONELL, Miguel, CRUZ Parcero Juan Antonio y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, Porrúa-UNAM, México, 2004.

COPI, Irving M. y COHEN, Carl, *Introducción a la lógica*, Limusa, México, 2008.

COSSÍO Díaz, José Ramón "Problemas para la exigibilidad de los derechos sociales en México", disponible en http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/8.pdf

CRUZ PARECERO, Juan Antonio, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017.

FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia Constitucional y Democracia*, 2a. Ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

ESPINOZA, Javier y ORDÓÑEZ Jorge (coords.), *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*, Tirant lo Blanch, México, 2013.

GARZÓN VALDEZ, Ernesto, *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

GONZÁLEZ PIÑA, Alejandro, *Los derechos humanos en perspectiva: El pensamiento de Gregorio Peces-Barba, Antonio E. Pérez Luño y Carlos S. Nino*, Tirant lo Blanch, México, 2015.

HIERRO, Liborio L. *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

NORIEGA, Alfonso, *Lecciones de amparo*, 6a. Ed., Porrúa, México, 2000.

ZALDÍVAR, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo,* 2a. ed., México, Porrúa, 2004.

Notas especiales

DERECHOS SOCIALES. UN MAPA CONCEPTUAL

Rodolfo Arango*

1. Introducción

Los derechos sociales tienen una larga y abigarrada historia.[1] Como producto de revoluciones y luchas políticas han sido reconocidos a grupos o colectividades, como la clase trabajadora, en forma de derechos laborales y a la seguridad social, o a individuos en estado de necesidad, en forma de un derecho a la subsistencia. En el siglo XX fueron incluso identificados por algunos como "derechos socialistas", ajenos al orden constitucional burgués.[2] Esta historia

* Universidad de los Andes, Colombia.

[1] Véase Guillermo Peces-Barba, "Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto", *Revista Derechos y Libertades*, año III, núm. 6, Madrid, 1998, pp. 15-34; Carlos Miguel Herrera, *Les droits sociaux*, Presses Universitaires de France, Paris, 2009; Pereira De Souza Neto, C. y Daniel Sarmiento, (coords.), *Direitos sociais*, Río de Janeiro, 2008.

[2] Véase Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1934; y Ernst Forsthoff, "Problemas constitucionales del Estado social", Abendroth, W., Forsthoff, E., Doehring, K. (eds.), *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 69-106.

polifacética aconseja analizar su concepto, historia, estructura, fundamentación y exigibilidad.

2. Concepto

Los derechos sociales son derechos subjetivos que tienen como contenido una prestación positiva fáctica del Estado.[3] Los derechos sociales participan del mismo destino que el de su género próximo, los derechos subjetivos.[4] Los derechos subjetivos son producto de un proceso de creciente abstracción y desontologización del pensamiento jurídico; que, inicialmente, fueron concebidos de manera sustancial e identificardos con ámbitos de autodeterminación en los que el sujeto se "desata de las obligaciones asociativas",[5] con el paso del tiempo se ha arribado a un concepto formal que permite entenderlos como "posiciones o normativas" de sus titulares. Estas posiciones normativas son idénticas con relaciones deónticas entre sujetos[6] en un orden o sistema normativo intersubjetivamente compartido. Como derechos subjetivos pueden, a su vez, adoptar la modalidad de derechos morales, humanos, fundamentales o legales.[7]

Así, los derechos subjetivos son posiciones o relaciones normativas para las cuales es posible dar razones válidas y suficientes, cuyo injustificado no reconocimiento ocasiona un daño inminente a la persona.[8] Gracias a que aceptamos

[3] *Cfr.* Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

[4] Véase, José Reinaldo de Lima Lopes, "Direito subjetivo e directos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito", Faria, José E. (ed.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, San Pablo, 1994; José Joaquín Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1997; Rodolfo Arango, "Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos", *Pensamiento Jurídico*, núm. 8, Bogotá, 1997, pp. 63-72.

[5] Thomas Hobbes, *El Leviatán*, Alianza, Madrid, 1989, p. 119.

[6] Véase John Searle, *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 145 y ss.

[7] Juan Antonio Cruz Parcero, *El lenguaje de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007.

[8] Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005 (2a. Ed., Legis, 2012), p. 298.

el lenguaje y la práctica relacional de los derechos es posible que nos hagamos exigencias mutuas y las respaldemos institucionalmente con el fin de asegurar su cumplimiento.[9] A este concepto de derechos subjetivos hemos arribado luego de un progresivo abandono de concepciones de derecho natural según las cuales las personas tendrían derechos o libertades anteriores al Estado y por voluntad de Dios o por el mero hecho de existir, como si del hecho de *ser* pudiese derivarse *deber ser* alguno.[10]

Tener una posición normativa es estar en relación con otros, una relación respaldada institucionalmente. Esta afirmación presupone la posibilidad de justificar la vinculación de otros sujetos a dicha posición. Un trasfondo normativo, fruto de la interacción y las experiencias humanas, es una realidad innegable, aún si tal realidad ha sido socialmente construida. Las razones esgrimidas para justificar una determinada posición normativa deben cumplir con criterios de validez del sistema normativo; además, dichas razones deben ser suficientes para vencer a las razones o argumentos contrarios que niegan esa relación. El carácter ideal de esta construcción exige su reconocimiento institucional; esto, para coordinar los diversos niveles de corresponsabilidad existentes entre las personas y grupos sociales.[11] La efectividad del reconocimiento de posiciones o relaciones normativas entre sujetos de derechos depende de un adecuado y efectivo entrelazamiento de los diversos niveles de protección de tales posiciones o relaciones.[12] El discurso y la práctica de los derechos requieren de un equilibrio entre responsabilidad individual o grupal y subsidiariedad, entre esfuerzo personal y apoyo de terceros, así como la intervención efectiva de los diferentes niveles de protección según el nivel de riesgo y daño presente en cada ocasión. La inminencia

[9] Ernst Tugendhat, *Lecciones sobre ética*, Gedisa, Barcelona,1997, p. 325 y ss.

[10] John Searle, *Making the Social World*, *op. cit.* p. 174 y ss.

[11] Jaime Rodríguez-Arana, *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Global Law Press/INAP, Sevilla, 2015, p. 498 y ss.

[12] Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 13a. ed., Sao Paulo, Saraiva, 2012.

del daño y la urgencia de la situación exigen la inversión en el orden de exigibilidad de las posiciones normativas.[13]

En la tradición legalista de los siglos XVIII y XIX los derechos subjetivos eran asegurados principalmente por vía legislativa.[14] El legalismo, no obstante, sería incapaz de responder a la aceleración del tiempo en el capitalismo avanzado.[15] Fue necesario que los Jueces interpretaran en forma amplia y sensible la Constitución para intentar llenar los vacíos de ley frente a realidades constantemente cambiantes. El proceso de constitucionalización del derecho, con la adopción de extensas y sustanciosas cartas de derechos de aplicación directa y la creación de tribunales especializados, caracteriza la evolución actual de la práctica de los derechos.[16] El reconocimiento creciente de los derechos sociales como verdaderos derechos humanos y fundamentales es una clara expresión de dicho proceso, siendo la experiencia latinoamericana digna de mención a este respecto.[17]

3. Historia

En el siglo XVIII la ayuda o el apoyo a pobres, niños o ancianos expósitos era asunto librado a la familia o la beneficencia pública y privada en forma de deberes jurídicos o morales. En el siglo XIX, los derechos sociales se identificaron con demandas que, mediante luchas políticas y sociales, podían lograr el estatus de

[13] Véase *infra* 6. Exigibilidad, p. 506.

[14] Véase Francisco Laporta, "Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema", Betegón, J., et al. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, 2004, pp. 297-326.

[15] Niklas Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

[16] *Cfr.* Frank Michelman, "Welfare Rights and Constitutional Democracy", *Washington University Law Quarterly* núm. 3, 1979, pp. 659-693; Mark Tushnet, *Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton & Oxford, Princeton University Press, 2008.

[17] Véase Rodolfo Arango y Julieta Lemaitre, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2002; Cláudio Ari Melo, *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, 2004; Ingo Sarlet, *A Eficácia dos direitos fundamentais*, 7a. ed. Livreria do Advogado, Porto Alegre, 2007.

derechos legales de grupos particulares, como en el caso de los trabajadores asalariados. En el siglo XX les fue dado el carácter de fines u objetivos sociales, para cuya realización se requiere de normas jurídicas que impongan obligaciones positivas a las autoridades públicas, lo cual excluyó la posibilidad de hacerlos exigibles directamente ante los Jueces de manera individual.[18] Hoy en día los derechos sociales son entendidos por una amplia corriente doctrinaria como verdaderos derechos humanos y fundamentales a nivel internacional y en diversas constituciones nacionales.[19] Esta concepción y su fundamento filosófico son relativamente nuevos.

Al entendimiento de las prestaciones positivas del Estado como meros deberes, morales o jurídicos, se opone la tradición revolucionaria iniciada por Maximilien Robespierre. Este fue el primero en erigir la fraternidad –a la par con la libertad y la igualdad– como principio universal, del cual emanan derechos del individuo frente a su comunidad política. En 1790 se constituye en París el Comité contra la Mendicidad, el cual formula un primer derecho social a la asistencia pública en caso de necesidad: "todo hombre tiene derecho a la subsistencia".[20]

Para contener el comunismo y "quitarle la gasolina a la revolución", se expidieron las leyes de pobres en tiempos de Otto von Bismark. Mediante la ayuda a los pobres y la asistencia social, las personas necesitadas recibían del Estado prusiano prestaciones determinadas en la ley. Ésta establecía obligaciones de beneficencia a la administración con miras a controlar problemas de orden público.

---

[18] Véase Léon Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, A. Fontemoing, París, 1901.

[19] Véase Carlos S. Nino, "On Social Rights", en Aarnio, A. et al. (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Berlin, 1993; Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parcero y Rodolfo Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, México, 2001; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002; Magdalena Sepúlveda et al., *Human Rights Reference Handbook*, University of Peace, Ciudad Colón, Costa Rica, 2004; R. Arango, *El concepto de derechos sociales…, op. cit.*; Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción,* Trotta, Madrid, 2007; Carlos Miguel Herrera, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

[20] C. Miguel Herrera, *Los derechos sociales, entre Estado…, op. cit.*

La cuestión social era asunto policivo. Lo mismo sucedió en Italia con las leyes de gobiernos conservadores.

Con el cambio de siglo las cosas dieron un giro gracias al avance de la conciencia jurídica socialista y la positivización de las demandas sociales.[21] Tanto la Constitución mexicana (1917) como la de Weimar (1919) incluyeron en sus catálogos de derechos multiplicidad de derechos sociales. No obstante, la ampliación del lenguaje de los derechos para abarcar una nueva generación de derechos que vendría a complementar a los derechos liberales de corte individualista, no fue suficiente para alcanzar el reconocimiento de derechos con rango constitucional.

Los derechos sociales adoptaron en el constitucionalismo de la postguerra la forma de normas objetivas, directivas o disposiciones dirigidas al legislador para el aseguramiento de finalidades u objetivos sociales. No obstante, a nivel del derecho internacional tal desarrollo no pareció suficiente. La Declaración Universal de los Derechos Humanos sí incluyó en su articulado derechos sociales a la salud, a la educación, a la vivienda, al trabajo y a la seguridad social.[22]

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoció plena eficacia a los derechos liberales, los cuales pueden ser invocados directamente ante los Jueces en caso de violación por parte de las autoridades estatales.[23] No sucedió lo mismo con los derechos sociales. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hizo depender el reconocimiento de estos derechos al nivel de desarrollo de cada sociedad, dentro de la reserva de lo posible, no

[21] Carlos Miguel Herrera, *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

[22] Véase Karel Vasak (ed.), *The International Dimensions of Human Rights,* Greenwood Press, Connecticut, 1982; Asbjørn Eide, Catarina Krause y Allan Rosas, (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, 2a. ed., Brill, Dordrecht, 2001.

[23] Thomas Buergenthal, *International Human Rights*, West Publishing, Minnesota, 1988.

siendo judicializables, salvo en casos de retrocesos injustificados en el nivel de aseguramiento ya alcanzado.[24]

A la luz de su evolución histórica, los derechos sociales han quedado atrapados en una doble significación: para algunos se trata de verdaderos derechos universales –por ejemplo el derecho a un mínimo social (vital, existencial)– con la misma importancia que los derechos fundamentales de defensa;[25] (para otros, sus titulares pueden ser los nacionales que por su situación objetiva de necesidad son protegidos por la comunidad política particular mediante disposiciones generalmente de ley. El divergente sentido y alcance reconocido a los derechos sociales exige profundizar en el estudio de su estructura, fundamento y exigibilidad.

4. Estructura

Los derechos sociales, al igual de los demás derechos, tienen una estructura triádica o de tres elementos: titular del derecho, sujetos obligados y objeto del derecho o prestación.[26]

Si bien la titularidad de un derecho subjetivo puede ser individual o colectiva, en el caso de los derechos sociales, humanos y fundamentales, el titular del derecho es la persona natural o individuo. Esto porque el destinatario directo de

[24] Véase Maurice Cranston, "Human Rights, Real and Supposed", Raphael, D. D. (ed.), *Political Theory and The Rights of Man*, Macmillan, Londres, 1967; Cançado Trindade, Antônio Augusto, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, São Paulo, Saraiva, 1991; Tara Melish, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, s.e., New Haven/Quito, 2003, Christian Courtis, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL/CELS, Buenos Aires, 2006.

[25] Henry Shue, *Basic Rights*, Princeton University Press, Princeton, 1980; Amartya Sen, *El derecho a no tener hambre*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002; Stephen Holmes y Cass Sunstein, *El costo de los derechos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

[26] Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 186, 494 y ss.

la alimentación, la salud, la educación, la vivienda, el trabajo o la seguridad social es la persona humana. Es el individuo quien sufre de hambre, enfermedad, desempleo, falta de techo o de protección social en la vejez. Si bien pueden perfectamente reconocerse derechos culturales colectivos con el contenido o las prestaciones típicas de los derechos sociales –como por ejemplo la salud o la vivienda según la concepción de mundo de una comunidad étnica determinada–, en tal caso técnicamente es más adecuado hablar de derechos culturales y no de derechos sociales colectivos. La adecuada conceptualización y categorización de los derechos contribuye a su óptima protección.

Los derechos sociales pueden tener diversos y múltiples obligados.[27] Su determinación corresponde al legislador en caso de derechos sociales legales; al Constituyente en el caso de los derechos sociales fundamentales; a los Estados y Jueces constitucionales o internacionales en el caso de los derechos sociales humanos. Los obligados a satisfacerlos en estos dos últimos eventos pueden ser determinados según una cadena u orden de precedencia.

En Estados de Derecho contemporáneos que garantizan los derechos sociales a nivel legal, los obligados pueden ser personas particulares –como el empleador en el caso de la salud o la seguridad social– o el Estado. El menor que exige alimentos; el o la joven que busca un cupo de estudio; el trabajador que demanda el pago de su salario o prestaciones sociales; la familia que pretende el reconocimiento de vivienda o salud, tienen como contrapartes obligados bien a familiares, a empleadores o al Estado. Cuando el legislador democrático ha desarrollado dichas garantías es posible obligar por vía administrativa y de la justicia ordinaria el cumplimiento de las respectivas prestaciones.

[27] Audrey Chapman, y Sage Russell (eds.), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Bélgica, 2002.

Según el principio de subsidiariedad, los primeros llamados a satisfacer los derechos sociales son su propio titular o sus allegados; en caso de vacío legal o de imposibilidad fáctica, corresponde hacerlo al Estado o a la comunidad internacional. Por su parte, el principio de solidaridad garantiza que ante la imposibilidad jurídica o material de cumplir por parte de los primeramente obligados, según el orden de precedencia en el sistema de protección multinivel de los derechos humanos, sea el Estado nacional el obligado a garantizar el pleno goce de los derechos sociales.

Un criterio determinante para la asignación de las respectivas responsabilidades está dado por la urgencia de la situación.[28] No es razonable en un Estado constitucional, basado en la dignidad humana y el respeto de los derechos humanos y fundamentales, no reconocer a personas pobres o desamparadas una exigencia suficientemente justificada cuyo no reconocimiento le ocasionaría un daño inminente con el simple argumento de que el legislador no ha establecido quién o quiénes son los posibles obligados. En caso de urgencia, situación en la que el contenido de las prestaciones es determinable contra-fácticamente (ver *infra* 6. Exigibilidad), opera una inversión en el orden de obligados a satisfacer los derechos sociales.

Como fuese enunciado arriba al referirnos al concepto de los derechos sociales, el objeto del derecho son –prioritariamente– prestaciones fácticas positivas. Si bien parte de la doctrina incluye obligaciones de no hacer o abstención en el contenido de los derechos sociales, el énfasis en las obligaciones positivas se justifica por requerir para su determinación de métodos más complejos a los tradicionalmente utilizados por los Jueces.

[28] R. Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, *op. cit.* pp. 212, 316.

5. Fundamento

El debate en torno al fundamento de los derechos sociales es amplio y extenso. Cuatro opciones han sido exploradas en los últimos tiempos en la literatura filosófica y jurídica: la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad.

La dignidad humana ha sido invocada repetidamente en la doctrina y la jurisprudencia como fundamento de los derechos sociales.[29] La dignidad humana es empleada a expresar el valor intrínseco de los seres humanos y evitar su instrumentalización, límite de la acción moral expresado en la segunda formulación del imperativo categórico kantiano, a saber, el deber de tratar a la persona siempre también como un fin y no meramente como un medio. El núcleo intangible del ser humano no solo incluiría la prohibición de degradar su valor intrínseco, sino también el deber de proveer las prestaciones materiales necesarias para una existencia digna. Tales prestaciones abarcarían, entre otras garantías fisiológicas y de inserción sociocultural de la persona como ser social.

La tradición analítica demo-liberal ha intentado fundamentar los derechos sociales fundamentales en la idea de una libertad fáctica, en contraste con concepciones libertarias niegan tal posibilidad.[30] Para Alexy, derechos básicos a la alimentación, a la salud básica, a la educación, la vivienda digna, al trabajo y a la seguridad social deben ser asegurados para garantizar libertad efectiva a la persona.[31] No basta defender una idea abstracta de libertad asociada a la posibilidad de optar o elegir. Es así como la necesidad de asegurar al individuo su condición de ciudadano que pueda efectivamente tomar parte en el proceso democrático lleva a John Rawls a incluir el mínimo social, necesario para ser un ciudadano

[29] E. Tugendhat, *Lecciones sobre ética*, *op. cit.*, p. 348.
[30] Robert Nozick, *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1990, p. 7
[31] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.,* p. 494.

pleno, en el primer principio de la justicia y en los contenidos constitucionales esenciales que aseguran iguales libertades básicas para todos.[32]

La tradición democrática igualitaria funda los derechos sociales en el principio de igualdad.[33] El aseguramiento de estos derechos se muestra indispensable en el proceso de inclusión democrática y social de persona y grupos que, por sus condiciones personales, no se encuentran en capacidad de autodeterminarse sin la garantía estatal de medidas positivas.[34] Quienes fundamentan los derechos sociales en la igualdad parten de la distinción entre igualdad "formal" e igualdad "material". La primera asegura solo la igualdad ante y bajo la ley: prohíbe la discriminación legislativa de quienes deben ser tratados de la misma manera.[35] La igualdad material, por su parte, supone la igualación de condiciones materiales mínimas –por vía del reconocimiento de derechos sociales– de forma que la persona, atendiendo a sus capacidades reales y sus funcionamientos en la sociedad concreta, pueda participar plenamente en la vida social, política y cultural de su comunidad.

La solidaridad es un cuarto argumento que se ha esgrimido para fundamentar los derechos sociales.[36] La solidaridad tiene origen en el derecho romano. Se refiere a la responsabilidad que asume cada uno de los miembros de un grupo

[32] John Rawls, *Liberalismo político*, Cátedra, Barcelona, 1996, p 265; "John Rawls y los derechos constitucionales", Juan José Botero, (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 141-156.

[33] Luis Prieto Sanchís, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, Madrid, 1995, pp. 9-57; José García Añón, "Derechos sociales e igualdad", Abramovich, Víctor, Añónn, José García y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de Uso*, Fontamara, México, 2003, pp. 79-102.

[34] Cass R. Sunstein, "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa", *University of Chicago Public Law Working Paper No. 12*, Chicago, 2001; Martha Nussbaum, *Capacidades como titulaciones fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

[35] M. Carbonell y J.A. Parcero y R. Vázquez, *op. cit.*; Guillermo Escobar Roca, *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.

[36] Javier de Lucas, *El concepto de solidaridad*, 2a. ed., , Fontamara, México,1998; Kurt Bayertz, "Begriff und Problem der Solidarität", Bayertz, Kurt (ed.), *Solidarität. Begriff und Problem*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1998, pp. 11-53; Arango, Rodolfo. *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012, p. 187.

por las obligaciones de todos, así como a la responsabilidad del grupo frente a las obligaciones de sus miembros individualmente considerados. La naturaleza jurídica del concepto de solidaridad permite deslindar la responsabilidad por las obligaciones de su contenido moral, con lo cual se realza el papel crucial del derecho en la coordinación de la acción individual y colectiva.

A las razones de tipo jurídico y político se suman las de tipo económico para justificar los derechos sociales a partir de la solidaridad. En un mundo cada vez más intredependiente e interconectado, donde el hacer o dejar de hacer en una esquina del mundo repercute inevitablemente sobre personas o poblaciones lejanas, los derechos positivos entre unos y otros tienden a aumentar y multiplicarse. El punto de partida del liberalismo, el individuo autónomo, racional e irreductible en sus preferencias, viene siendo corregido por el énfasis en nuestro ser relacional e interdependiente que, sin negar las libertades individuales, integra los derechos de liberad y sociales en un todo universal, integral e indivisible.

6. Exigibilidad

Con respecto a los derechos sociales –p.ej. alimentación, salud, educación, vivienda, seguridad social y trabajo– es necesario distinguir dos tipos de exigibilidad: política y jurídica.

Si bien los derechos sociales fueron inicialmente identificados con reivindicaciones sectoriales o grupales, especialmente de la clase trabajadora a principios del siglo XX, actualmente los derechos sociales hacen parte no sólo de las constituciones de países socialistas sino también de muchas constituciones, declaraciones y convenciones o pactos internacionales de derechos humanos. Este es el fruto de exigencias o demandas colectivas así como de la movilización popular en defensa del pleno reconocimiento de los derechos humanos en su integridad.

La experiencia de acciones coordinadas entre teóricos, activistas de derechos humanos, Jueces y tribunales sensibles a los desarrollos del constitucionalismo y del derecho internacional de los derechos humanos ha llevado a la convicción de que, sin la movilización activa de las organizaciones sociales y de las asociaciones cívicas, no habrían sido posibles los avances políticos para la garantía y el goce efectivo de los derechos sociales.[37] La exigibilidad política exige por ello un constante trabajo de apreciación de experiencias comparadas, lobby político, desarrollo doctrinal, decisiones macroeconómicas, acuerdos o convenios internacionales y litigio internacional en pos de la plena vigencia de los derechos sociales como verdaderos derechos humanos y fundamentales.

La exigibilidad jurídica (justicialibilidad) de los derechos sociales es quizás el más difícil desafío que plantean los derechos sociales humanos y fundamentales en la actualidad.[38] La complejidad de los problemas conceptuales, interpretativos e institucionales no ha sido del todo resuelta ni en la teoría ni en la práctica. La situación, más que desanimar a sus defensores, eleva un reto de gran atractivo e importancia: la posibilidad de realizar efectivamente un mínimo de justicia que asegure la estabilidad de las sociedades que buscan asegurar la paz por vía del derecho, en particular mediante el modelo de Estado social, constitucional y democrático y los sistemas de protección nacional, regional y universal de los derechos humanos.

En la literatura especializada, son claramente discernibles dos estrategias complementarias para avanzar en la justiciabilidad de los derechos sociales. La primera toma como pie de apoyo el derecho internacional de derechos humanos, en particular las garantías que suponen principios como los de progresividad

[37] Victor Abramovich, "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo", *Revista de la CEPAL* núm. 88, Abril de 2006, pp. 36-50.

[38] V. Abramovich y C. Courtis, *op. cit.*; A. Chapman y S. Russell, *op. cit.*; Christian Courtis y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales,* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

y prohibición de regresividad.[39] La segunda estrategia se basa en el constitucionalismo social y los avances interpretativos en sistemas de derecho del llamado "Sur Global".[40] Ambas estrategias convergen en la práctica y potencian las posibilidades de responder satisfactoriamente a las objeciones elevadas en contra de los derechos sociales como verdaderos derechos humanos y fundamentales.

7. Conclusión

Luigi Ferrajoli afirmaba hace dos décadas que el Estado social de derecho carecía de una teoría del Estado social, en contraste con la frondosa y arraigada teoría del Estado liberal de derecho.[41] El nivel de institucionalización alcanzado actualmente por los derechos sociales, en especial en sociedades "periféricas" o del Sur Global, ha permitido avanzar en el reconocimiento pleno de estos derechos. Nuevas investigaciones sobre el desarrollo jurisprudencial de este tipo de derechos, así como la internacionalización de su discurso, permiten desmontar los prejuicios en su contra y asegurar derechos sociales mínimos para todos, sin desconocer la libertad individual o la democracia ni sustituir la lucha política por un activismo judicial desbordado e irracional.[42] Por el contario, hoy en día el amplio reconocimiento de los derechos sociales asegura la inclusión de todos en el proceso democrático como ciudadanos libres, capaces y plenos.

---

[39] Tara Melish, *La protección de los derechos…, op. cit.;* C. Courtis, *Ni un paso atrás, op. cit.*; Katherine G. Young, "The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content", *The Yale Journal of International Law,* vol. 33, año 2008, pp. 113-175.

[40] Véase Roberto Gargarella et al. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, 2006; Malcolm Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008; Varun Gauri y Daniel M. Brinks (eds.), *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

[41] Luigi Ferrajoli, "Estado social y Estado de derecho", en Abramovich, Víctor, Añón, José García y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales, op. cit.,* pp. 11-21.

[42] Véase María Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009; de la misma autora véase "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto", Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, pp. 125-174; así como "Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad", en: Clérico, L., Sieckmann, J., Oliver Lalana, D. (eds.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, pp. 177-198.

Bibliografía

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

ABRAMOVICH, Victor, Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo, *Revista de la CEPAL* núm. 88, Abril de 2006, pp. 36-50.

ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

_____, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

ARANGO, Rodolfo y LEMAITRE, Julieta, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2002.

ARANGO, Rodolfo, "John Rawls y los derechos constitucionales", en BOTERO, Juan José (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 141-156.

_____, "Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos", *Pensamiento Jurídico*, num. 8, Bogotá, 1997, pp. 63-72.

_____, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005 (2a. ed., Legis, 2012).

_____, *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012.

ARI MELO, Cláudio, *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, 2004.

BALDASARRE, Antonio, *Los derechos sociales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

BAYERTZ, Kurt, "Begriff und Problem der Solidarität", BAYERTZ, Kurt (ed.), *Solidarität. Begriff und Problem*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1998, pp. 11-53.

BUERGENTHAL, Thomas, *International Human Rights*, West Publishing, Minnesota, 1988.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, Saraiva, San Paulo, 1991.

CARBONELL, Miguel, "La eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas", COURTIS, Christian y ÁVILA Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales,* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, pp. 55-87.

CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, 2001.

CHACÓN MATA, Ana María, *Derechos económicos, sociales y culturales. Indicadores y justiciabilidad*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007.

CHAPMAN, Audrey y RUSSELL, Sage (eds.), *Core Obligations. Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Oxford-Nueva York, 2002.

CLÉRICO, María Laura, "Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad", en CLÉRICO, L., SIECKMANN, J., Oliver LALANA, D. (eds.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, pp. 177-198.

_____, "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto", CARBONELL, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 125-174.

_____, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009.

COURTIS, Christian y ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales,* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

COURTIS, Christian, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL/CELS, Buenos Aires, 2006.

CRANSTON, Maurice, "Human Rights, Real and Supposed", RAPHAEL, D. D. (ed.), *Political Theory and The Rights of Man*, Macmillan, Londres, 1967.

CRANSTON, Maurice, *What are Human Rights?* Bodley Head, Londres, 1962.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007.

DUGUIT, Leon, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, París, 1901.

ESCOBAR ROCA, Guillermo, *Protección de la salud*, Trama, Madrid, 2006

_____, *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.

EIDE, A., Krause C. y ROSAS, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, 2a. ed., Dordrecht, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, "Estado social y Estado de derecho", ABRAMOVICH, V., AÑON, M.J. y COURTIS, Ch. (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de Uso*, Fontamara, 2003, México, pp. 11-21.

_____, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

FORSTHOFF, Ernst, "Problemas constitucionales del Estado social", Abendroth, W., Forsthoff, E., Doehring, K. (eds.), *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

GARCÍA Añon, José, "Derechos sociales e igualdad", en ABRAMOVICH, V., AÑON, M.J. y COURTIS, Ch. (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de Uso*, Fontamara, México, 2003, pp. 79-102.

GARGARELLA, Roberto et al. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, 2006.

GAURI, Varun y BRINKS, Daniel M. (eds.), *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

GOMES Canotilho, José Joaquín, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1997.

HERRERA, Carlos Miguel, *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

_____, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

_____, *Les droits sociaux*, Presses Universitaires de France, Paris, 2009.

HOBBES, Thomas, *El Leviatán*, Alianza, Madrid,1989.

HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass, *El costo de los derechos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

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

LAPORTA, Francisco, "Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema", Betegón, J., et al. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, 2004, pp. 297-326.

LIMA Lopes, José Reinaldo de, "Direito subjetivo e directos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito", FARIA, José E. (ed.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, San Pablo, 1994.

LUCAS, Javier de, *El concepto de solidaridad*, 2a. ed., Fontamara, México, 1998.

LUHMANN, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

MELISH, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, New Haven/Quito, 2003.

MICHELMAN, Frank, "Welfare Rights and Constitutional Democracy", *Washington University Law Quarterly,* vol. 3, 1979, pp. 659-693.

NINO, Carlos S., "On Social Rights", AARNIO, A. et al. (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Berlin, 1993.

NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1990.

NUSSBAUM, Martha, *Capacidades como titulaciones fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

PECES-BARBA, Guillermo, "Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto", *Revista Derechos y Libertades*, Año 3, núm. 6, Madrid, 1998, pp. 15-34.

PEREIRA De Souza Neto, C. y SARMIENTO, Daniel (coords.), *Direitos sociais*, Río de Janeiro, 2008.

PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 13a. ed., Saraiva, San Paulo, 2012.

PISARELLO, Gerardo, "Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de la relaciones entre política y derecho", CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan Antonio y VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, 2001, pp. 113-138.

_____, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

PRIETO SANCHÍS, Luis, Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, Madrid, 1995, pp. 9-57.

RAWLS, John, *Liberalismo político*, Cátedra, Barcelona, 1996.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Global Law Press/INAP, Sevilla, 2015.

SARLET, Ingo, *A Eficácia dos direitos fundamentais*, 7a. ed., Livreria do Advogado, Porto Alegre, 2007.

SCHMITT, Carl, *Teoría de la constitución*, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1934.

SEARLE, John, *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

SEN, Amartya, *El derecho a no tener hambre*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

SEPÚLVEDA, Magdalena, et al., *Human Rights Reference Handbook*, Costa Rica, 2004.

SHUE, Henry, *Basic Rights*, Princeton, Princeton University Press, 1980.

SUNSTEIN, Cass R., "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa", *U. of Chicago Public Law Working Paper No. 12*, Chicago, 2001.

TUGENDHAT, Ernt, *Lecciones sobre ética*, Gedisa, Barcelona, 1997.

TUSHNET, Mark, *Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2008.

VASAK, Karel (ed.), *The International Dimensions of Human Rights*, Greenwood Press, Connecticut, 1982.

YOUNG, Katherine G., "The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content", *The Yale Journal of International Law*, vol. 33, 2008, pp. 113-175.

LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD EN MÉXICO Y EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS*

Rodrigo Gutiérrez Rivas**

Es un hecho reconocido por la doctrina que la Constitución mexicana de 1917 fue la primera norma fundamental en el mundo que adquirió de forma manifiesta un carácter social; sin embargo, el derecho a la salud no fue incluido en el texto original de la misma. Hubo que esperar más de sesenta años para que en dicha norma se aludiera por primera ocasión a ese derecho, y ello ocurrió de forma singular. En la primera formulación constitucional del derecho en el artículo 4o, los titulares del mismo fueron sólo los menores de edad, y los sujetos obligados a protegerlo no fueron las autoridades estatales. De acuerdo con aquel primer reconocimiento, los padres debían "preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental."[1] Por lo tanto, la constitucionalización en México de ese derecho en un sentido fuerte ocurrió

* Esta investigación se realizó con el apoyo del Proyecto UNAM-DGAPA-PAPIIT IG400216 "Derechos sociales y justicia social".

** Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

[1] Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de marzo de 1980.

hasta 1983, cuando se universalizó su titularidad y se identificó al Estado como el principal sujeto obligado a protegerlo a través de la Federación y las Entidades Federativas (con competencias concurrentes).[2] Conviene señalar –por lo que se refiere a las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos– que lo anterior ocurrió un año y ocho meses después de que entrara en vigor en México el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).[3]

Sin embargo, desde su constitucionalización y hasta fecha muy reciente, el derecho a la salud (junto con los demás derechos sociales) fue considerado por la doctrina y por la jurisprudencia como un derecho programático que sólo podría ser garantizado cuando el Estado contara con los recursos presupuestales para ello y sin posibilidad de ser reclamado ante tribunales. Es decir, un derecho sin garantías secundarias, cuya materialización quedaba en manos de los poderes Legislativo y Ejecutivo, sin que la ciudadanía tuviera al alcance las vías institucionales para su exigencia en caso de omisiones o violaciones por parte de los poderes obligados. Al margen de la discusión sobre si ello se debió a razones ideológico-políticas[4] vinculadas a las estrategias clientelares y corporativas de un sistema autoritario basado en un modelo de partido hegemónico, lo cierto es que la salud –al igual que la vivienda, la educación, la alimentación, el agua, etcétera– como derecho quedó inscrito dentro de un marco de discrecionalidad política,[5] en el que el cumplimiento del mismo dependía de la "buena voluntad" de los gobiernos en turno, o bien de la capacidad organizativa que pudiera tener la ciudadanía para acumular fuerza política y exigir los derechos a través de la

[2] Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de febrero de 1983

[3] Entró en vigor en México el 23 de junio de 1981.

[4] Luigi Ferrajoli, "Prólogo", en Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles,* Trotta, Madrid, 2002, p. 9

[5] Gerardo Pisarello, "El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia", en Abramovich, Víctor, Añón, M. J., y Christian Courtis, (comps.). *Derechos sociales: instrucciones de uso*. Distribuciones Fontamara, México. 2003, p. 28.

movilización social y la lucha ciudadana (con los riesgos que ello implica hacerlo al interior de un Estado de corte autoritario).

Dicha situación ha comenzado a modificarse en fechas recientes aunque continúan existiendo fuertes resistencias.[6] El cambio tiene una base importante en la teoría jurídica latinoamericana de los derechos, donde comenzaron a desarrollarse sólidos argumentos en favor de la justiciabilidad de los DESC.[7] A lo anterior hay que sumar los avances interpretativos desarrollados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), a través de sus Observaciones Generales (interpretación autorizada del PIDESC), así como los avances jurisprudenciales ocurridos en el derecho comparado.[8] Todo lo anterior contribuyó para que en México comenzaran a moverse, desde principios de este siglo las posiciones teóricas sobre los derechos sociales y empezaran a dictarse las primeras sentencias en la materia. El derecho a la salud fue precursor en todo ello y el caso *Mininuma,*[9] uno de los hitos en esa materia. Sin embargo, como se ha destacado en foros y publicaciones, deberia ser la reforma constitucional de junio de 2011 la que marcara un antes y un después en el debate sobre la justiciabilidad de los DESC en México, incluyendo el derecho a la salud. Como se ha destacado desde la teoría, los primeros cuatro párrafos del artículo 1o de la Constitución implican –entre otras cosas– el reconocimiento constitucional de la igualdad entre todos los derechos (sin distinguir entre civiles, políticos y sociales) por varias razones. En primer lugar por el hecho de que la Constitución

[6] José Ramón Cossío, "Perspectiva del Poder Judicial", en *Memoria Simposio CONAMED; el derecho a la protección de la salud en el marco de la seguridad humana y el desarrollo social*, CONAMED, México, 2015, p. 243.

[7] Véase Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles,* Trotta, Madrid, 2002; Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías; elementos para una reconstrucción,* Trotta, Madrid, 2007.

[8] En la página https://www.escr-net.org/es/jurisprudencia se puede encontrar una base de datos muy amplia con una variedad enorme de sentencias de tribunales en todo el mundo relativos a derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

[9] Sentencia dictada. Véase artículo Aline Rivera y Rodrigo Gutiérrez, "El Caso Mininuma un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 251, UNAM, 2009.

incorpora todos los tratados internacionales en materia de derechos, sin distinciones entre instrumentos de derechos civiles o de derechos sociales; en segundo lugar porque identifica las mismas obligaciones para todos los derechos (promover, respetar, proteger, garantizar); y finalmente, porque establece los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad como guías interpretativas de todos los derechos. Que los derechos sean indivisibles e interdependientes supone romper con la idea de jerarquía y diferencia entre derechos.[10]

Dentro de este nuevo marco constitucional, el derecho a la salud debe entonces ser entendido como un derecho igual a cualquier otro, con un contenido específico y del que derivan obligaciones (costosas y no costosas) de hacer y no hacer para las autoridades competentes en la materia. Asimismo, los poderes judiciales ya no deberían anteponer ningún obstáculo para admitir y analizar demandas relativas a este derecho y dictar las sentencias correspondientes[11] como ha comenzado a ocurrir. Y no sólo me refiero al Poder Judicial de la Federación; como se sabe, a partir de la sentencia del llamado "caso *Radilla*" en México se estableció el "control difuso de la Constitución", lo cual supone que no solo los Jueces federales pueden proteger los derechos humanos sino que todos los Jueces en el país, en todos los procesos en los que intervengan, pueden desaplicar aquellas normas que consideren contrarias a los derechos humanos reconocidos en la Constitución o en los tratados internacionales.

Ahora bien ¿cuáles son los trazos generales del contenido del derecho a la salud que los ciudadanos y Jueces deben identificar para que los primeros puedan

[10] Rodrigo Gutiérrez, "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos", en Cervantes, M. et. al. *¿Hay justicia para los derechos económicos sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos,* SCJN, IIJ/UNAM, México, 2014.

[11] J. R. Cossío, *op. cit.,* p. 237.

impugnar las posibles violaciones al mismo y los segundos dictar las sentencias que permitan reparar esas violaciones?

Las pautas del contenido del derecho deberían poder encontrarse en la propia Constitución mexicana; sin embargo, al acudir a los artículos que se refieren a este tema, descubrimos que son muy generales y aportan pocos elementos interpretativos. El párrafo cuarto del artículo 4o señala solamente que toda persona tiene derecho a la protección de la salud y que será la ley la que defina las bases para el acceso a los servicios en la materia. Por otra parte, en el artículo 2o constitucional –donde se establecen los derechos de los pueblos indígenas– existe una fracción III, en su apartado B, en la que se obliga al Estado a que asegure a los Pueblos el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando la medicina tradicional y apoyando la nutrición de dichas comunidades. Aunque esta redacción es un poco más precisa que la anterior, continúa siendo muy general y solo está orientada a proteger el derecho de un sector de la población.

Frente a lo anterior, el siguiente paso sería acudir a la Ley General de Salud[12] que, como garantía primaria, debería identificar el contenido del derecho y las obligaciones estatales; sin embargo, en tanto que dicha norma no parece haber sido elaborada desde un enfoque de los derechos humanos, su orientación es más bien de carácter orgánico, y si bien permite identificar a las autoridades que deben prestar los servicios de salud –y algunas de sus obligaciones– no así el contenido del derecho que podrían reclamar los ciudadanos. Como sucede con la mayor parte de la legislación secundaria que regula los derechos sociales en México –en tanto que todas ellas fueron diseñadas y aprobadas antes de la reforma de 2011, bajo la ideología de los derechos sociales como normas pro-

[12] Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de febrero de 1984 con diversas modificaciones.

gramáticas–, la Ley General de Salud no configura con claridad prerrogativas que puedan ser exigibles por los ciudadanos hacia los poderes públicos.[13]

Frente a las anteriores carencias, es necesario acudir al ámbito internacional de los derechos humanos donde se ha ido desarrollando con mayor precisión qué es el derecho a la salud y a qué tienen derecho los y las ciudadanas cuando pretendan hacer valer esta pretensión ante tribunales. Antes de realizar una muy breve descripción de sus principales trazos, conviene recordar que todo el contenido normativo que se precisa a continuación forma parte de nuestro derecho interno, puesto que la reforma constitucional al artículo 1o aclaró que todas las personas en el país gozan de los derechos establecidos en la Constitución mexicana y en los tratados internacionales, y que las normas relativas a todos los derechos deberán ser interpretadas de conformidad con la propia Constitución y los tratados en la materia.

En el ámbito internacional de los derechos humanos existen un número significativo de tratados que aluden al derecho a la salud;[14] sin embargo, el más preciso es el PIDESC, cuyo artículo 12 establece este derecho. Además ha sido el Comité DESC, a través de la Observación General no. 14, el que ha establecido los lineamientos generales –obligatorios hacia los Estados Parte– sobre los alcances y contenidos del derecho a la salud. Por razones de espacio es imposible abordar con detalle dichos contenidos; sin embargo es importante destacar algunos puntos clave. En primer lugar conviene decir que el Comité ha subrayado que el derecho a la salud va más allá de la atención médica y el acceso a medicamentos, y que éste abarca una amplia gama de factores socioeconómicos

[13] José Carbonell, y Miguel, Carbonell, *El derecho a la salud; una propuesta para México,* IIJ/UNAM, México, 2013, p. 7.

[14] Algunos de ellos son: Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25); Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 12); Convención sobre los derechos de los niños y las niñas (art. 24). En el ámbito interamericano la Convención Americana sobre derechos humanos (alude a todos los derechos sociales en el art. 26); Protocolo de San Salvador (art.10) y otros más.

que les permite a las personas llevar una vida sana. Este derecho, –señala el Comité–, "...debe entenderse como el derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel posible de salud"[15] y, mucho más importante, que

> no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional.[16]

Después de este conjunto de apreciaciones generales, el Comité precisa que los elementos esenciales del derecho son: *a)* la *disponibilidad,* que se refiere a la obligación que tiene todo Estado Parte de contar con un suficiente número de establecimientos, bienes y servicios, centros de atención y programas; *b)* la *accesibilidad,* según la cual los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos. Esta accesibilidad se subdivide en cuatro dimensiones superpuestas: *i) la no discriminación,* que exige que los establecimientos, bienes y servicios sean accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación; *ii) la accesibilidad física,* que obliga a que los establecimientos, bienes y servicios de salud estén al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados; *iii) la accesibilidad económica* (asequibilidad), que exige que los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén

[15] Observación General 14, párr. 9.
[16] *Ibid.*, 14: párr. 11.

al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos; *iv) el acceso a la información*, que comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas. El tercer elemento general es, *c)* la *aceptabilidad,* que supone que todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados; es decir, respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate. Y por último, *d)* la *calidad,* que establece que, además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud también deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico, y ser de buena calidad: personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

Con base en estos lineamientos –respaldados por otras disposiciones internacionales y nacionales– es que personas en todo el mundo han ido presentando causas ante tribunales para solicitar a los Jueces que apliquen el derecho internacional de los derechos humanos para reparar las violaciones u omisiones en materia de salud.

Como se señaló más arriba, el caso *Mininuma*[17] es una sentencia emblemática en materia de salud en México. En dicha controversia el Juez Séptimo de Distrito del estado de Guerrero concedió un aparo directo a la comunidad indígena de Mininuma, ubicada en el municipio más pobre del país (Metlaltonoc), para exigirle al gobierno del estado que construyera un hospital capaz de atender las enfermedades padecidas por los pobladores. Cabe decir que los habitantes de Mininuma debían caminar una hora y media para poder llegar al "centro de salud"

[17] Amparo Indirecto 1157/2007-II resuelto el 11 de julio de 2008 por el Juez Séptimo de Distrito en el estado de Guerrero.

más cercano (en realidad una caja de un *tráiler* donada por "Vamos México") donde un médico general daba consultas de las 10:00 a las 15:00 hr. Si los enfermos no llegaban a tiempo para alcanzar la ficha con la que se asignaba el orden de atención, debían regresar hasta su comunidad para volver al día siguiente. La sentencia es importante por varias razones. En primer lugar, porque se trata de uno de los primeros fallos en México en materia de salud, pero también uno de los primeros en derechos económicos, sociales y culturales (excluyendo trabajo y tierra, que como se sabe tiene una tradición de protección jurisdiccional en nuestro país). En segundo lugar, porque se trata de una sentencia fundada en el derecho internacional de los derechos humanos (PIDESC y OG 14 entre otros instrumentos) aún y cuando se dictó antes de la reforma de 2011 al artículo 1o. constitucional. En tercer lugar porque combatió frontalmente muchos de los prejuicios ideológicos que obstaculizan, en México y en el mundo, la protección judicial de los DESC, incluyendo el de la reserva de lo económicamente posible.

Un caso que también llegó a tribunales es el del señor Abel Montenegro, quien siendo funcionario público en el Ayuntamiento de Hermosillo, Sonora, se le negó la afiliación al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales del estado de Sonora (ISSSTESON) por padecer una enfermedad. Dicha institución fundó su decisión en una norma administrativa, claramente discriminatoria, que violaba el derecho de acceso a la salud de las personas que, no gozando de buena salud, intentaban afiliarse al organismo. Esta situación, que no era privativa del señor Montenegro sino una práctica recurrente de la institución (106 personas sufrieron el mismo rechazo entre julio de 2006 y finales de 2008), fue reclamada a través de un amparo elaborado por Sonora Ciudadana AC y Fundar, Centro de Análisis e Investigación AC en acompañamiento del señor Montenegro. El amparo fue rechazado en primera instancia y en revisión ante los colegiados se solicitó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) atrajera el caso. Cuatro meses después de haber atraído el caso, la Primera Sala de la SCJN resolvió por unanimidad que el artículo 6o. del Reglamento de Servicios Médicos del ISSSTESON era

inconstitucional y obligó a que fuera afiliado el señor Montenegro. La sentencia también se basó en el derecho internacional de los derechos humanos y en los estándares ahí establecidos, los Ministros determinaron que el hecho de que una norma exija a las personas gozar de 'buena salud' para poder acceder a los servicios médicos es inconstitucional, en tanto se vulnera el derecho a no ser discriminado y el derecho a la salud. La relevancia de la sentencia también estriba en que la Corte abordó directamente la relación entre el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social.

Un tercer caso relevante es el conocido en la prensa como "Pabellón 13".[18] En esta controversia, el problema radicó en la suspensión que ordenara el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias (INER) de la construcción de un área médica especializada para la atención de personas enfermas de VIH/SIDA en estado avanzado. Como se sabe, dichas personas son muy propensas a contagiarse con otras enfermedades oportunistas capaces de poner en riesgo su vida. A pesar de ello, en el INER los pacientes con VIH se veían obligados a compartir habitación y servicios sanitarios con personas que padecían enfermedades diversas. Por esa razón, en el 2007, dicha institución inició un proceso de construcción de una unidad especializada (Pabellón 13) en la que fuera posible brindar una atención médica adecuada y así reducir el riesgo de muerte de las personas con VIH. Sin embargo, en febrero de 2012, sin explicación alguna, se suspendió el proyecto. Conviene destacar que ese mismo año, la Secretaría de Salud había gastado 2 mil millones de pesos en publicidad oficial. En diciembre de 2012, tres pacientes afectados, también acompañados por Fundar, Centro de Análisis e Investigación AC, presentaron un amparo por violación al derecho a la salud, fundando su demanda en el artículo 4o de la Constitución y en el art. 12 del PIDESC. El amparo también fue desechado en primera instancia y en un recorrido similar al del caso arriba relatado, se solicitó la atracción por parte de la SCJN.

[18] Amparo en revisión 378/2014 resuelto el 15 de octubre de 2014 por la Segunda Sala.

La Segunda Sala de la Corte –únicamente con el voto contrario de la Ministra Luna Ramos– otorgó el amparo a los quejosos el 15 de octubre de 2014 argumentando, entre otras cosas, que la adecuación de la infraestructura del INER se encontraba comprendida dentro de las obligaciones establecidas por el artículo 12 del PIDESC. La SCJN también estableció en su sentencia, que cuando las autoridades estatales mexicanas, alegando falta de recursos, incumplan con la plena realización del derecho a la salud, le corresponderá a estas comprobar dicha situación, y además acreditar que ha realizado todos los esfuerzos posibles para utilizar el máximo de los recursos disponibles para cumplir con las obligaciones establecidas por los derechos humanos.

No son estos los únicos casos resueltos en México en materia de salud. Se han dictado otras sentencias de amparo para garantizar el abastecimiento de un cuadro básico de medicamentos a personas enfermas de VIH, o también sobre cuestiones relativas a salud y donación de órganos;[19] sin embargo, es posible decir que, en comparación con otros países como Colombia o Argentina, donde las sentencias se pueden contar por miles, en México el avance es por goteo (lo que, entre otras cosas, exige una reflexión crítica sobre si el juicio de amparo mexicano puede considerarse un instrumento óptimo de acceso a la justicia para las mayorías).

A continuación interesa referirnos –también de forma general– a la situación del derecho a la salud en el sistema interamericano de derechos humanos, tomando en cuenta que la SCJN ha determinado (Contradicción de Tesis 293/2011) que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) son criterios vinculantes u orientativos para el Estado mexicano.

Una primera consideración que conviene hacer es que, aun cuando el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece la

[19] Acción de Inconstitucionalidad SCJN 10/2005.

obligación que tienen los Estados partes de lograr progresivamente la plena efectividad de los DESC, y a pesar de que existe un protocolo específico sobre estos derechos (Protocolo de San Salvador), solo encontramos una sentencia de la Corte IDH (caso *González Lluy vs Ecuador*) que ha declarado, en fecha reciente, la violación del derecho a la salud de forma directa y autónoma, en perjuicio de Talía González Lluy, quien fue contagiada de VIH vía transfusión sanguínea en una clínica privada. Durante su vida, dicho Tribunal ha dictado muy escasas sentencias sobre la materia que aquí nos interesa, y cuando lo ha hecho ha sido de forma indirecta en vía de conexión con otros derechos.[20] Por ejemplo, en el caso *Instituto de reeducación del menor vs. Paraguay,* donde la Corte IDH abordó un problema relativo a niños privados de su libertad que habían fallecido, la Corte IDH realizó una interpretación amplia del derecho a la vida (más allá de no ser privado de la misma) incluyendo la garantía de condiciones para una existencia digna como salud y educación. En casos indígenas como el de la *Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay,* la Corte IDH también utilizó un concepto amplio del derecho a la vida señalando la obligación del Estado de garantizar condiciones de vida digna como la alimentación, educación y salud. Argumentos similares se repitieron en el caso *Xákmok Kásek vs. Paraguay,* en donde la vida digna (incluyendo las condiciones de salud) se vinculó con la falta de tierra de las comunidades. Otra vía indirecta de protección de la salud emprendida por la Corte IDH ha sido la del derecho a la integridad personal. En el caso *Furlán y familiares vs. Argentina*, la Corte relacionó la falta de respuesta oportuna por parte de las autoridades judiciales argentinas con la posibilidad de recibir una rehabilitación a tiempo y adecuada por parte de Sebastián Furlán. Sebastián padecía una situación de discapacidad que podría haberse atenuado con un tratamiento de rehabilitación oportuno, cosa que no sucedió. En fin, como puede observarse, la Corte IDH ha ido circundando al derecho a la salud desde múltiples flancos aunque de forma tímida y limitada. Sería conveniente que la

[20] O. Parra, "La Protección del Derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el sistema interamericano de derechos humanos", p. 763. Disponibe en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32459.pdf

pauta que marcó el caso *González Lluy vs. Ecuador* pudiera irse convirtiendo en la ruta a seguir para que desde ese ámbito de decisión se envíe una señal fuerte a la región sobre la posibilidad de tramitar en sede judicial las demandas relativas al derecho a la salud y los derechos sociales en general.

Finalmente, por lo que se refiere al ámbito internacional de los derechos humanos, conviene aludir al largo proceso de discusión y aprobación del Protocolo Facultativo al PIDESC que es una herramienta importante en la discusión sobre la justiciabilidad de los DESC. Después de un intenso cabildeo y debate ocurrido entre los Estados en el seno de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 2008, la Asamblea General de la ONU aprobó dicho Protocolo que, entre otras cuestiones, permite a personas elevar quejas por la violación de derechos económicos, sociales y culturales ante el Comité DESC. Se trata de un avance importante en términos procesales (antes no existía una vía directa para denunciar a los Estados en esta materia ante la ONU) y también en términos simbólicos. El hecho de que hoy también sea posible hacer "justiciables los DESC ante Naciones Unidas, se traduce en un mensaje fuerte que reitera la consideración de estos derechos como derechos equivalentes a todos los demás. Dentro de este nuevo contexto, es preocupante que el Estado mexicano (quien desempeñó un papel proactivo en la discusión del Protocolo) aún no haya firmado ni ratificado el instrumento, mostrando con ello su falta de compromiso con la integralidad de los derechos y su resistencia pensar los DESC como derechos exigibles y justiciables.

Conclusiones

Con base en lo arriba señalado podemos concluir que si bien en México la doctrina dominante en materia de derechos humanos cada día se pronuncia con mayor seguridad y claridad sobre la exigibilidad judicial del derecho a la salud (y otros derechos sociales), y el texto constitucional ya no deja dudas sobre la igualdad e interdependencia que existe entre éste y otros derechos, el Poder Judicial continua mostrando timidez en la materia, dictando pocas sentencias

que no acaban de romper la autolimitación que parece seguir existiendo al interior de dicha institución. Para acabar con esa y otras resistencias sería conveniente que el Poder Legislativo tomara cartas en el asunto y cumpliera con las obligaciones internacionales establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos que lo obligan a armonizar las leyes estatales –entre ellas la Ley General de Salud– con los mejores estándares internacionales en aplicación del principio de interpretación conforme. Cómo se señaló en los primeros párrafos del texto, la Ley General de Salud es más bien una ley de carácter orgánica que identifica autoridades y responsabilidades pero que no configura con claridad prerrogativas que puedan ser exigibles por los ciudadanos hacia los poderes públicos. También contribuiría a avanzar en la justiciabilidad del derecho a la salud no abandonar los procesos de formación de los funcionarios judiciales, quienes deben seguir profundizando en el conocimiento de los estándares internacionales en materia de derecho a la salud y otros derechos. La SCJN tiene una responsabilidad en ello, pero también la academia. Esta última también debería desempeñar un papel relevante en el debate sobre la justiciabilidad y no sólo contribuyendo a la formación de Jueces y profundizando la investigación sobre estándares, sino estableciendo vínculos de relación y acompañamiento con la ciudadanía para que ésta cuente con mejores y mayores elementos que le permitan exigir sus derechos. Una sociedad consciente de sus derechos, y organizada para exigirlos, es quizá la clave fundamental para avanzar en la garantía de los mismos. En el ámbito regional, también sería de enorme importancia ejercer mayor presión social y académica para intentar obligar a que la Corte IDH asuma con mayor compromiso el análisis y resolución de casos sobre derecho a la salud y rompa las barreras que ahora están bloqueando la posibilidad de aplicar de forma directa el artículo 26 de la CADH. Finalmente, por lo que toca al ámbito internacional de los derechos humanos, sería también de gran importancia que México atendiera los llamados que se la han hecho desde distintas relatorías y Comités de la ONU y firmara y ratificara el Protocolo Facultativo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que permitiría procesar quejas

individuales y colectivas sobre violaciones del derecho a la salud en México ante el Comité DESC.

Bibliografía

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

CARBONELL, José y CARBONELL, Miguel, *El derecho a la salud; una propuesta para México,* México IIJ/UNAM, 2013.

COSSÍO, José Ramón, "Perspectiva del Poder Judicial" en *Memoria Simposio CONAMED; el derecho a la protección de la salud en el marco de la seguridad humana y el desarrollo social*, CONAMED, México, 2015.

FERRAJOLI, Luigi, "Prólogo" en Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles,* Trotta, Madrid, 2002.

GUTIÉRREZ, Rodrigo y RIVERA, Aline, "El Caso Mininuma un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 251, UNAM, 2009.

GUTIÉRREZ, Rodrigo, "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos", en Cervantes, M. (Et. Al.) ¿Hay justicia para los derechos económicos sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, México, SCJN, IIJ/UNAM, 2014.

PARRA, O., "La Protección del Derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el sistema interamericano de derechos humanos". Disponible en http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32459.pdf

PISARELLO, Gerardo, "El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia", en Abramovich, Víctor, Añón, M. J., Courtis, Christian (comps.). *Derechos sociales: instrucciones de uso*. Distribuciones Fontamara, México. 2003,pp. 23-53.

_____, *Los derechos sociales y sus garantías; elementos para una reconstrucción,* Trotta, Madrid, 2007.

SÁNCHEZ de Tagle, M. "Pabellón 13, triunfa el derecho a la salud", *Revista Nexos,* 0ctubre 2014. Disponible en http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=4162

DEMOCRACIA, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHOS SOCIALES

Christian Courtis*

¿Cuáles son los desafíos más importantes para hacer efectivo el cumplimiento de los derechos sociales prometidos por la gran mayoría de las constituciones latinoamericanas? Durante algo más de una década, algunos de los esfuerzos teóricos para saldar la deuda de atención que tradicionalmente habían padecido los derechos sociales apuntaron a dos ejes:

1) el de la conceptualización de los derechos sociales en cuanto derechos, es decir, el de la determinación de su alcance y contenido, superando así el escepticismo sobre su posible concepción en tanto derechos que predomino en la región durante gran parte del siglo XX;

* Es funcionario de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Nueva York, donde se desempeña como especialista en tema de derechos humanos y desarrollo y derechos económicos, sociales y culturales en la Oficina de Nueva York.

2) el de su justiciabilidad, es decir, la posibilidad de consideración y protección de esos derechos en el marco de un proceso judicial o cuasi-judicial.[1]

Aunque la discusión sobre esos dos ejes diste de estar definitivamente saldada, al menos en muchos países de la región, incluyendo a México,[2] ya existe sobre estos temas una sana pluralidad de voces y una práctica judicial y académica heterogénea pero muy fértil. Este debate ha permitido al menos expulsar del paraíso de las verdades incuestionables a las doctrinas que hasta no hace muchos años han prevalecido en la mayoría de nuestros países: la idea de que los "derechos sociales" solo podrían concebirse como programáticos –o, peor aún, que la sola idea de derechos sociales constituía un sinsentido– , y la correlativa idea de su carácter no justiciable.

Me parece, en todo caso, que para ser relevante, la discusión no puede quedar confinada a esos ejes. Una parte importante del debate teórico sobre derechos sociales ha tomado un giro complementario, a partir de la creciente conciencia de que, pese a su importancia tanto simbólica como práctica, la protección ju-

[1] Véase por ejemplo, Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002; Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis/Universidad Nacional, Bogotá, 2005; Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo y César Rodríguez Garavito (coords.), *Derechos Sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2010; Lucas Grossman, *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, Libraria, Buenos Aires, 2008; Malcolm Langford (ed.), *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional comparado*, Siglo del Hombre-Uniandes, Bogotá, 2013; Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007; Rodrigo Uprimny, César A. Rodríguez Garavito, Mauricio García Villegas (eds.), ¿Justicia para todos?: sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia, Norma, Bogotá, 2006.

[2] Véase por ejemplo, Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parcero y Rodolfo Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., Universidad Nacional Autónoma de MéxicoInstituto de InvestigacionesJurídicas/Porrúa, México, 2002; Rodrigo Gutiérrez Rivas y Pedro Salazar, *Igualdad, no discriminación y derechos sociales. Una vinculación virtuosa*, CONAPRED, México, 2011; Malena Cervantes, María Silvia Emanuelli, Omar Gómez Trejo y Areli Sandoval Terán (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos,* Suprema Corte de Justicia de la Nación/UNAM, México, 2014.

dicial de los derechos sociales no puede constituir su principal instrumento de garantía. Esta constatación ha llevado a poner mayor atención a una gama más amplia de metodologías y mecanismos de garantía de los derechos sociales –y de los derechos humanos en general– que no se centra únicamente en sus componentes puramente jurídicos o formales, sino que intenta vincular el disfrute de derechos sociales con otras aproximaciones conceptuales, echando mano para ello de herramientas teóricas que eran poco frecuentes en el debate entre los juristas.

Las metodologías de garantía son herramientas conceptuales que permiten una mejor evaluación del grado de cumplimiento de obligaciones estatales en materia de derechos, y de la efectividad del goce de esos derechos. Entre las metodologías de garantía, existen tres exploraciones promisorias que han obligado a una apertura interdisciplinaria, representadas por: *a)* el intento de desarrollar indicadores de efectividad de los derechos sociales, utilizando para ello una combinación de metodologías cualitativas y cuantitativas; *b)* el intento de desarrollar técnicas de análisis presupuestario en clave de derechos, lo que supone un diálogo con las finanzas públicas y la economía, y *c)* el intento de desarrollar un marco conceptual que vincule la realización de derechos con la formulación, la implementación y el seguimiento de las políticas públicas.

Entre los mecanismos de garantía, una parte importante del debate se ha centrado en la crítica a las limitaciones del papel del Poder Judicial como mecanismo de corrección de las fallas e incumplimientos de los poderes políticos en la realización de derechos sociales. Se señala, con razón, que la actuación del Poder Judicial se produce por regla general *a posteriori*, una vez que los derechos en cuestión ya han sido afectados, y que el marco estrecho de las causas judiciales impide una visión holística de la política pública que se cuestiona a través de la alegación de violaciones puntuales, con el consiguiente riesgo de distorsiones o efectos indeseados. Aunque no faltan propuestas concretas que han sugerido soluciones antes estas críticas –la creciente literatura procesal sobre

acciones colectivas es prueba de ello–,[3] de todos modos parece importante tomar conciencia de que la plena realización de los derechos sociales, particularmente en países caracterizados por la desigualdad y la injusta distribución de la riqueza, es una tarea compleja que requiere la articulación de múltiples mecanismos de garantía, incluyendo (pero no limitándose a) los mecanismos judiciales.

En este sentido existen al menos dos tendencias complementarias que han intentado subrayar la necesidad de un seguimiento más completo de las instancias gubernamentales encargadas de hacer efectivos los derechos y de los resultados de su acción. La primera subraya la centralidad de la *información pública fiable y pertinente*, que permita una evaluación de los esfuerzos realizados por las instancias gubernamentales responsables y de los resultados obtenidos –por ejemplo, para evaluar la realización progresiva de los derechos de acuerdo con el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En este sentido, se ha subrayado la importancia de la independencia, imparcialidad y transparencia de los organismos nacionales de estadística, y la necesidad de contar con órganos independientes con facultades de seguimiento y evaluación de la implementación de políticas públicas destinadas a la realización de derechos sociales.

La segunda tendencia es el reforzamiento de la estructura de pesos y contrapesos de la democracia republicana, que permita mejores controles entre poderes y, en particular, asegurar un amplio debate público y rendición de cuentas sobre la marcha de las políticas públicas implementadas por el gobierno para la realización de derechos sociales. Una de las lecciones del Premio Nobel Amartya Sen en su trabajo sobre pobreza y hambrunas apunta a que las fallas en las

[3] Véase, por ejemplo, Antonio Gidi, Antonio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 2a. ed., Porrúa/Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, México, 2004; Leonel Castillo González y Jaime Murillo Morales (coords.), *Acciones colectivas. Reflexiones desde la judicatura*, Consejo de la Judicatura Federal/Instituto de la Judicatura Federal, México, 2013.

políticas públicas destinadas a garantizar derechos sociales –en el caso del ensayo, el derecho a la alimentación– no se deben principalmente a la falta de recursos, sino a la falta de un espacio público de debate que permita detectar graves errores en esas políticas, escuchar propuestas de solución y corregir el rumbo.[4]

La cuestión plantea el desafío de establecer mecanismos de participación y de rendición de cuentas de la administración pública ante la ciudadanía a la que, en teoría, están destinadas las políticas públicas y los servicios que la administración implementa y presta. En este sentido se ha discutido la necesidad de establecer tanto instituciones como mecanismos que permitan evaluaciones independientes de la política pública en cuestión y oportunidades para la crítica y la propuesta de soluciones para corregir sus errores, fallas y disfunciones.

Así, en distintas latitudes se ha discutido el papel que puede caber a las instituciones nacionales de derechos humanos (comisiones independientes de derechos humanos, defensorías del pueblo, ombudspersons o similares) en el monitoreo de la realización de derechos sociales. En el mismo sentido, se ha discutido la necesidad de utilización periódica de mecanismos parlamentarios, como la interpelación a Secretarios o la designación de comisiones especiales, a efectos de promover la evaluación transparente de las políticas públicas destinadas a realizar derechos sociales. La constatación de la importancia de la previsión y ejecución presupuestaria adecuadas para garantizar la efectividad de los derechos sociales, ha llevado también a subrayar el papel que pueden cumplir las instituciones independientes encargadas de controlar la legalidad del gasto público, como las auditorías generales, y las instituciones con mandato para investigar denuncias de corrupción y desvíos de fondos. Otras propuestas han señalado la importancia de garantizar mecanismos de consulta y participación

[4] Véase Amartya K. Sen, *Poverty and Famines: An Essay on Entitlements and Deprivation*, Clarendon Press, Oxford, 1981.

antes de la toma de decisiones y en la evaluación de implementación de políticas públicas. Entre esos mecanismos se encuentran la consulta previa, la participación popular en la formulación de presupuesto, las audiencias públicas, y las instancias de consulta con poblaciones potencialmente afectadas en las evaluaciones de impacto ambiental, social o sobre derechos previas a la toma de decisiones en materia de concesiones, autorizaciones de construcción, realización de obras públicas o adopción de proyectos de desarrollo o cambio de uso del suelo, entre otros.

Este cúmulo de ideas ofrece un caldo de cultivo interesante para identificar mejor algunos de los grandes desafíos de la realización de los derechos sociales en America Latina. Me parece que detrás de muchas de estas ideas yace un problema teórico importante, que toca cuestiones que en mi opinión merecen ser encuadradas en el marco de la discusión de la teoría de la democracia. Puesto de forma sencilla, la cuestión es la siguiente. La teoría de la democracia y de la división de poderes que hemos heredado no ha tematizado debidamente el papel de la administración pública, que sin embargo, constituye la mayor parte del aparato estatal, en especial a partir de las funciones encomendadas al Estado desde el desarrollo del constitucionalismo social.

La teoría de la democracia decimonónica, desarrollada particularmente a partir de la experiencia constitucional estadounidense, identifica al Ejecutivo, Legislativo y Judicial como los grandes poderes del Estado. En esta teoría, que informa los modelos constitucionales que nos son más cercanos –el estadounidense, los latinoamericanos y los europeos occidentales– el Poder Ejecutivo es el Presidente, en países de cuño presidencialista, o el Primer Ministro, en países de cuño parlamentarista, y en algunos casos, como agregado, el gabinete de Ministros. La legitimación democrática del Ejecutivo es típicamente electoral –el Ejecutivo representa la voluntad de las mayorías electorales. En esa teoría, la Administración esta prácticamente ausente, probablemente porque en el momento de su formulación, el tamaño y papel de la Administración eran mucho

menos significativos que hoy en día. La actuación de la Administración recibe su legitimación democrática por "derrame" o delegación, por el hecho de estar subordinada al Presidente o Primer Ministro– como veremos, esta idea no está exenta de problemas.

Una segunda fuente de legitimación de la actuación de la administración proviene de una fuente diversa, de origen napoleónico. Menos preocupada con la legitimación democrática, esta segunda fuente conceptualiza a la administración como un cuerpo profesional y jerarquizado –la semejanza con el ejército no es casual. La legitimación de la actuación de la Administración, en esta segunda vertiente, no tiene que ver con su origen democrático, sino con criterios tecnocráticos, es decir, con las credenciales profesionales de los administradores. En consonancia, para ser consistente con esa idea, se ha buscado la profesionalización de la carrera de administrador– el modelo francés de la Escuela Nacional de la administración pública es un ejemplo paradigmático al respecto.

El juego de estos dos modelos de legitimación de la actuación de la Administración plantea, desde ya, una serie de cuestiones espinosas en términos de su legitimidad democrática. En lo que se refiere a la legitimación derivada del origen electoral, extender la legitimidad del Presidente o Primer Ministro, por ser su responsable político último, a todo acto de la administración por delegación, "derrame" o aquiescencia, implica extender la noción de representatividad electoral mucho más allá de lo permisible, particularmente en vistas del crecimiento y complejidad de la administración pública de nuestros días. Las decisiones de miles de funcionarios no electivos, designados en cargos de confianza, para los que no existe mecanismo de rendición de cuentas ante la ciudadanía, difícilmente pasen el tamiz de un análisis riguroso de credenciales democráticas.

El modelo de legitimación tecnocrático tampoco está exento de problemas. Por definición, los funcionarios de carrera no son electivos ni cuentan con mecanismos de rendición de cuentas ante la ciudadanía. Pero además, aun en los casos

en los que los presupuestos ideales del modelo tecnocrático se cumplan enteramente –administración pública profesional, de carrera, seleccionada a partir de méritos en concursos abiertos y transparentes– cabe preguntarse si la pura legitimación tecnocrática o meritocrática es suficiente para garantizar la efectividad de la actuación administrativa en sociedades desiguales, complejas y multiculturales, en las que existen importantes brechas sociales, económicas y culturales entre quienes pueden acceder a puestos en la administración y las personas de escasos recursos, destinatarios principales de los servicios sociales. La legitimación tecnocrática tiende a favorecer la mirada de los técnicos y la planificación de arriba hacia abajo, basada sobre criterios profesionales. En sociedades caracterizadas por la desigualdad y las brechas sociales, esto puede entrar en tensión con la autopercepción de las necesidades e identidad de los grupos sociales menos favorecidos.

La cautela sobre las supuestas bondades de la tecnocracia encuentra reflejo además en una extendida corriente de investigación en ciencias sociales, en la que convergen los estudios foucaultianos sobre el nacimiento de la biopolítica y la investigación sobre los efectos de la institucionalización en establecimientos carcelarios, psiquiátricos, juveniles y en otras institucionales de encierro generadas en el campo de la criminología y psiquiatría criticas. La obra de Michel Foucault es sugestiva al respecto, dado que permite trazar las raíces de la administración pública basada en criterios tecnocráticos en la organización de tipo militar de instituciones estatales informadas por disciplinas de medición, clasificación, examen del cuerpo, que el autor llama "anatomía del poder".[5] Lejos de emancipar, la asunción por parte del aparato estatal de estas disciplinas ha sido –en la mirada foucaultiana– una herramienta para el sometimiento de los cuerpos. Sin que sea necesario refrendar totalmente la perspectiva foucaultiana, su

[5] Véase por ejemplo, Michel Foucault, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, México, 1976 y *Seguridad, territorio, población*, Fondo de Cultural Económica, Buenos Aires, 2006.

mirada resulta importante como llamado de alerta frente a las posibles derivaciones antidemocráticas de la gestión basada en criterios tecnocráticos.

De todos modos, en América latina el problema se agrava porque, en general –y dejando a salvo algunas excepciones– no existe una administración pública de carrera, de modo que la Administración está por lo común compuesta por un aluvión de funcionarios que fueron ingresando por designación política o de confianza en distintas épocas, cuando se abrieron vacantes. Poco queda en estos casos de los fundamentos de la legitimación tecnocrática o meritocrática. Aun cuando exista una administración de carrera, un segundo problema común a los países de América Latina es la conflictiva relación de convivencia entre los estratos superiores de la administración, que corresponden a cargos de confianza designados por el gobierno o el Secretario de turno, y los estratos profesionales de la administración, que están subordinados jerárquicamente a los primeros. Por ejemplo, el nivel de corte entre cargos políticos de confianza y cargos meritocráticos y profesionales es a menudo demasiado bajo jerárquicamente –es decir, una serie importante de escalones superiores de la Administración es ocupada por cargos políticos o de confianza–. Esto genera pocos incentivos para la primacía de la legalidad o de los criterios técnicos por encima de los criterios políticos, partidarios y clientelistas de turno: los funcionarios de carrera o permanentes, que mantendrán sus puestos mas allá del gobierno de turno, tienden a adaptarse a las (malas) prácticas y humores de los funcionarios políticos que están de paso. Un efecto particularmente preocupante de este problema, común en muchos países de América Latina, consiste en que la salida de un gobierno y la llegada de uno nuevo genera una situación de completo reemplazo y pérdida de memoria institucional en la administración –un hecho que atenta contra la necesidad de continuidad de políticas públicas que requieren de ciclos prolongados para alcanzar resultados sostenibles, como en materia de educación, salud, vivienda, alimentación, agua y, saneamiento así como seguridad social.

Lo dicho hasta aquí pretende poner de manifiesto que, pese a su crecimiento, y al hecho de que le confiemos un papel clave en la realización de derechos sociales, la legitimación de la actuación de la administración sufre un déficit democrático importante. Aun cuando triunfen electoramente proyectos políticos de cuño progresista y redistributivo, la implementación efectiva de esos programas electorales exige, como requisito indispensable, la creación de mecanismos de legitimación democrática de la Administración. Los límites democráticos de ambas vertientes analizadas –la legitimación puramente político-partidaria de la actuación de la Administración, basada en la legitimidad electoral del jefe de gobierno, y la legitimación tecnocrática– plantean el desafío de imaginar mecanismos que permitan la participación de la ciudadanía, y en especial de los destinatarios principales de derechos sociales, que son los grupos sociales en situación de vulnerabilidad y precariedad, en el diseño, la implementación y el seguimiento de las políticas sociales destinadas a hacer efectivos esos derechos.

El desarrollo actual del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente en el campo de los derechos sociales, aporta algunas ideas que pueden ser útiles a la hora de explorar y proponer mecanismos que aseguren una mayor legitimación democrática de la actuación de la administración destinada a satisfacer esos derechos. Tanto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como varios de los Relatores Especiales de Naciones Unidas sobre derechos sociales, incluyendo los Relatores Especiales sobre el derecho a la vivienda, a la alimentación, al agua y saneamiento y el Relator sobre los Derechos de los pueblos indígenas, han ofrecido algunas pautas interesantes vinculadas con la idea de involucrar a los destinatarios de las políticas sociales en su diseño, implementación y seguimiento.

Una influencia importante de estas ideas ha tenido como fuente la codificación – tanto vinculante como no vinculante–[6] en materia de derechos de los pueblos indígenas, en las que la noción de consulta previa con el objeto de obtener el consentimiento previo, libre e informado de dichos pueblos cuando las autoridades toman medidas que puedan afectar su territorio ancestral, recursos naturales, prácticas culturales, modo de vida o modelo de desarrollo, ocupa un lugar fundamental para la propia supervivencia de pueblos y comunidades indígenas. La misma noción fue progresivamente aplicada a minorías étnicas, lingüísticas, religiosas o culturales, y se ha extendido como ejemplo de buena práctica a toda otra decisión de autoridades estatales que pueda poner en peligro el goce de derechos o pretenda definir el modo de desarrollo que involucrará directamente a comunidades identificables. Así, por ejemplo, los Principios Básicos y Directrices sobre los Desalojos y el Desplazamiento generados por el Desarrollo, adoptados por el Relator Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada, contienen el siguiente principio:

> "37. En los procesos de planificación y desarrollo urbanos y rurales deberían participar todos los que pueden verse afectados e incluir los siguientes elementos: a) un aviso apropiado a todas las personas que podrían verse afectadas de que se está considerando el desalojo y que habrá audiencias públicas sobre los planes y las alternativas propuestos; b) difusión eficaz por las autoridades de la información correspondiente por adelantado, en particular los registros de la tierra y los planes amplios de reasentamiento propuestos, con medidas dirigidas especialmente a proteger a los grupos vulnerables; c) un plazo razonable para el examen público, la formulación de comentarios y/o objeciones sobre el plan propuesto; d) oportunidades y medidas para facilitar la prestación de asesoramiento jurídico, técnico y de otro tipo a las personas afectadas sobre sus derechos y opciones; y e) celebración de audiencias públicas que den la oportunidad

[6] Por ejemplo, Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, C-169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989): Declaración de naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).

> a las personas afectadas y a sus defensores a impugnar la decisión de desalojo y/o presentar propuestas alternativas y formular sus exigencias y prioridades de desarrollo."[7]

A su vez, el Relator Especial sobre el derecho a la alimentación ha adoptado un conjunto de principios mínimos en materia de derechos humanos aplicables a las adquisiciones o arrendamientos de tierras en gran escala, entre los cuales se destaca el siguiente:

> Principio 2. En general, cualquier cambio del uso de la tierra solo debería tener lugar con el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades locales afectadas. Esto reviste especial importancia en el caso de las comunidades indígenas, habida cuenta de la discriminación y la marginación a la que históricamente han sido sometidas. Los desalojos forzosos solo deberían permitirse en las circunstancias más excepcionales. Conforme al derecho internacional, solo son admisibles cuando se ajusten a la legislación local aplicable, cuando estén justificados en aras del bienestar general y cuando vayan acompañados de una indemnización apropiada y del reasentamiento o el acceso a nuevas tierras productivas.
>
> Antes de proceder a cualesquiera desalojos o cambios del uso de la tierra que puedan hacer que se prive a algunas personas del acceso a sus recursos productivos, los Estados deberían cerciorarse de que, en consulta con las personas afectadas, se han explorado todas las alternativas factibles, con miras a evitar, o al menos minimizar, la necesidad de recurrir a desalojos. En todos los casos, se deberían proporcionar recursos o procedimientos legales efectivos a las personas afectadas por las órdenes de desalojo.[8]

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también ha subrayado la necesidad de asegurar la participación de los grupos afectados en la formu-

[7] Ver Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, Miloon Khotari, Principios Básicos y Directrices sobre los Desalojos y el Desplazamiento generados por el Desarrollo, A/HRC/4/18, 5 de febrero de 2007, Anexo 1, par. 37.

[8] Ver Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Olivier De Schutter, Las adquisiciones o arrendamientos de tierras en gran escala: conjunto de principios mínimos y medidas para tener en cuenta los derechos humanos, 28 de diciembre de 2009, A/HRC/13/33/Add.2, Anexo, principio 2.

lación de políticas, planes y programas relativos a diferentes derechos sociales. En materia de derecho a la salud, por ejemplo, el Comité ha dicho que

> 54. Al formular y ejecutar las estrategias nacionales de salud deberán respetarse, entre otros, los principios relativos a la no discriminación y la participación popular. En particular, un factor integrante de toda política, programa o estrategia con miras al cumplimiento de las obligaciones gubernamentales en virtud del artículo 12 es el derecho de los particulares y grupos a participar en el proceso de adopción de decisiones que puedan afectar a su desarrollo. Para promover la salud, la comunidad debe participar efectivamente en la fijación de prioridades, la adopción de decisiones, la planificación y la aplicación y evaluación de las estrategias destinadas a mejorar la salud. Sólo podrá asegurarse la prestación efectiva de servicios de salud si los Estados garantizan la participación del pueblo.[9]

Estos son solamente algunos ejemplos de una tendencia que va cobrando mayor peso: la de exigir espacios de participación institucionalizados como mecanismo para garantizar el involucramiento y la expresión de la voz de las comunidades potencialmente afectadas por medidas adoptadas por las autoridades, y en particular por la Administración, que por regla está a cargo de la gestión de los servicios e implementación de las políticas destinadas a satisfacer derechos sociales.

Otras sugerencias provienen de una lectura amplia del derecho a un recurso o a presentar quejas en caso de alegadas violaciones de derechos. Ciertamente, la lectura tradicional de este derecho lo ha vinculado con el acceso a la justicia, en particular a tribunales judiciales. Sucede, sin embargo, que el acceso a la justicia implica una serie de costos –la necesidad de abogado, tasas y costas judiciales, tiempos prolongados, la necesidad de involucrarse en un proceso formal– y supone un procedimiento litigioso y adversarial, *a priori* poco adecuado como

[9] Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nro. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 de Agosto de 2000, E/C.12/2000/4, par. 54.

canal de comunicación constructivo. Sin negar la importancia del acceso a la justicia, es necesario subrayar su carácter de último recurso, una vez que todos los otros canales de diálogo hayan sido intentados sin éxito. Esto lleva a pensar en canales de comunicación más informales, que permitan hacer llegar quejas o sugerencias que pueden cumplir el papel de detectar fallas y disfunciones en el funcionamiento de servicios –como los de salud o educación– o en el diseño e implementación de programas sociales– como los de transferencia de ingreso. La existencia de estos canales requiere, para ser efectiva, el tratamiento imparcial de estas quejas o sugerencias, y el compromiso de que serán contestadas o tenidas en consideración. La existencia por ejemplo, de instancias, de unidades de servicios públicos como hospitales o escuelas, que incluyan en su conformación representantes de los usuarios o de la comunidad, puede facilitar la detección de problemas de gestión o de corrupción y su canalización para la búsqueda de soluciones consensuadas.

Una característica importante de estos mecanismos de participación es que privilegian el espacio de lo local, que es el espacio en el que se produce el contacto directo de la administración con los usuarios y destinatarios de programas sociales.

En síntesis, creo que una agenda de la investigación que se abre debe centrarse en explorar, sugerir y evaluar mecanismos de participación que permitan superar el carácter vertical, jerárquico y tecnocrático de la administración, y generen canales de legitimación democrática de su actuación. Esto supone, claro está, que la Administración esté abierta a críticas y propuestas por parte de la ciudadanía y, en particular, de los destinatarios de los servicios y programas cuyo objeto es supuestamente la satisfacción de derechos sociales. Como he señalado, algunas sugerencias provenientes de los órganos internacionales de derechos humanos pueden ser relevantes a este respecto y podrían ser adaptadas a los contextos y tradiciones locales.

Bibliografía

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

ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis/Universidad Nacional, Bogotá, 2005.

ARCIDIÁCONO, Pilar, ESPEJO, Nicolás y RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coords.), *Derechos Sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2010.

CASTILLO González, Leonel y MURILLO Morales, Jaime (coords.), *Acciones colectivas. Reflexiones desde la judicatura*, Consejo de la Judicatura Federal/Instituto de la Judicatura Federal, México, 2013.

CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan Antonio y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de InvestigacionesJurídicas/Porrúa, México, 2002.

CERVANTES, Malena, EMANUELLI, María Silvia, GÓMEZ Trejo, Omar y SANDOVAL Terán, Areli (coords.), ¿Hay justicia para los d*erechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, Suprema Corte de Justicia de la Nación/UNAM, México, 2014.

FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, México, 1976.

_____, *Seguridad, territorio, población*, FCE, Buenos Aires, 2006.

GIDI, Antonio y FERRER Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 2a. ed., México, Porrúa/Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004.

GROSSMAN, Lucas *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, Libraria, Buenos Aires, 2008.

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

LANGFORD, Malcolm (ed.), *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional comparado*, Siglo del Hombre-Uniandes, Bogotá, 2013.

PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

SEN, Amartya K. *Poverty and Famines. An Essay on Entitlements and Deprivation*, Clarendon Press, Oxford, 1981.

UPRIMNY, Rodrigo, RODRÍGUEZ GARAVITO, César A. y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (eds.), ¿Justicia para todos?: sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia, Norma, Bogotá, 2006.

Reseñas

Morales, Leticia

Derechos sociales constitucionales y democracia

Marcial Pons, Madrid, 2015

Los derechos tienen una estructura conceptual clara y cumplen funciones específicas en el ordenamiento social. Debido al tipo de protección que suponen, se ha intentado, desde muchos frentes, extender esta tutela a objetos que no pertenecen a esta categoría. Quiero decir, se pretende dilatar ese amparo específico, reforzado y que implica la limitación de la libertad de otros a supuestos que, por su misma naturaleza, están excluidos. En ese subconjunto de situaciones que pretenden adecuarse de manera ilegítima al discurso de los derechos están los denominados "derechos sociales". En la medida en que estos últimos implican pretensiones distributivas de bienes y recursos, limitan lo que los individuos autónomos pueden hacer para procurárselos e imponen deberes de prestación que mutilan la libertad de disposición de ciudadanos libres e iguales. En todo caso, si de políticas de redistribución y bienestar se trata, los mecanismos para su concreción y desarrollo son las estrategias públicas legislativas y gubernamentales, no el espacio contencioso de protección coactiva judicial propio de los derechos auténticos.

Estos son, en términos muy generales, algunos de los reproches que se han dirigido contra la noción de derechos sociales y su implementación fáctica. El libro de Leticia Morales *Derechos sociales constitucionales y democracia* es, entre otras cosas, una exposición minuciosa de las razones diversas de por qué estas críticas están equivocadas y, a la vez, una defensa de su propia posición sobre el tema. La tesis que sostiene la autora es que los derechos sociales, al menos los más fundamentales, integran el conjunto de las precondiciones materiales que son necesarias para la participación política en un proceso democrático legítimo. Insiste en que muchos de los estudios dedicados a este tema, sobre todo por parte de los defensores de su estatus de derechos, optan por postular teorías de la justicia sustantivas y polémicas y restar importancia al procedimiento democrático.

Este tipo de fundamentación sustantiva pretende dar respuestas y cerrar polémicas abiertas en sociedades plurales, así como desconocer la importancia de los desacuerdos en torno a cuestiones de justicia social. La única manera razonable de reconocer el conflicto propio de las sociedades contemporáneas, respetar el estatus de agentes morales de los individuos y dar el peso específico que merece el procedimiento que permite la participación política (es decir, peso de importancia intrínseca) es defender una propuesta procedimental de la democracia. Entre las condiciones de posibilidad de este mecanismo de elección están algunos derechos sociales a que se garanticen condiciones materiales que, a su vez, permitan la participación adecuada de los ciudadanos en las decisiones que los afectan.

Morales defiende su tesis en varias etapas y en cada una de ellas discute con los autores que plantean posiciones contrarias a la suya y también con los que coincide parcialmente. El estilo dialéctico de la autora permite identificar las virtudes y las debilidades de los enfoques, entender cuál es el punto de la polémica y cuál su posición al respecto. El texto no se limita a hacer una reconstrucción

del debate sino que, además, dialoga con la bibliografía relevante sobre el tema y la cuestiona punto por punto.

El libro está dividido en tres partes: (i) el concepto de derechos sociales; (ii) su institucionalización; y (iii) su dimensión normativa. La primera parte explora qué son los derechos sociales y cuál es su estatus conceptual en relación con los derechos civiles y políticos, señalados por muchos como "derechos genuinos". Según la autora, los derechos sociales, al igual que los civiles y políticos, son subjetivos, fundamentales y tienen la misma estructura conceptual. La justificación más adecuada para estos es postulada por las tesis del interés o del beneficio, en tanto explican más adecuadamente el vínculo entre titulares y obligados. La segunda sección estudia las formas de institucionalización de los derechos sociales y la manera en la que distintos países adoptan modelos de tutela constitucional o a través de legislación secundaria. Morales enfatiza que, en diversos ordenamientos jurídicos, el reconocimiento de exigencias sociales es hecho a través de mecanismos como los derechos subjetivos, las directrices y las meras gracias (actuaciones voluntarias del Estado que no generan para éste obligaciones prestacionales). Del mismo modo, el control judicial del amparo efectivo de esas provisiones normativas puede ser robusto o débil, evidenciando así la extensión y variedad que pueden adoptar los mecanismos de defensa de las asistencias sociales. Finalmente, en la tercera parte rastrea diferentes opciones de fundamentación de los derechos sociales y, a partir de eso, concluye que la más adecuada para esos efectos es la defendida por la teoría procedimental de la democracia. Entiende a los derechos sociales, entonces, como precondiciones de la participación política y expone cuáles y hasta dónde pueden ser tutelados legítimamente en tanto condiciones necesarias de participación en el proceso democrático.

Esta manera de presentar los derechos sociales es generosa en la exposición de muchas de sus complejidades teóricas y prácticas. La obra de Morales, por su orden expositivo, profundidad y rigor en los planteamientos invita a un diálogo

que no termina con la finalización de la lectura. Precisamente, a algunas de estas complejidades y temas derivados del texto quisiera referirme ahora. Considero que son puntos en los cuales la discusión no está cerrada y que, por eso mismo, pueden ser un campo prolífico para la deliberación. Mis observaciones son, por un lado, de tipo interpretativo, (por lo que tal vez un conocimiento más sistemático y completo de la teoría procedimental de la democracia podría corregir mi lectura) y, por otro lado, de tipo crítico de la propuesta específica acerca de los derechos sociales fundamentales.

1. El estatus conceptual y normativo de los derechos sociales

Uno de los errores más frecuentes de los críticos de los derechos sociales, nos recuerda la autora, es invalidar su estatus de derechos (problema conceptual) con base en argumentos morales e ideológicos (problema normativo) (pág. 36). El orden adecuado de una indagación en esta materia debe ir de la precisión conceptual sobre vínculo obligacional, sujetos, objetos y relaciones normativas a los planteamientos sobre su fundamentación. En ese orden procede Morales: empieza por presentar la idea de derechos como posiciones jurídicas, para luego exponer cuáles son las condiciones que deben cumplir éstas para ser clasificadas como derechos subjetivos.

Las razones para sostener que algo es un derecho, o debería serlo, no se limitan al ámbito de la actividad estatal. También son invocadas cuando se discute sobre las exigencias que plantea la moralidad respecto de las relaciones entre sujetos y cuyo sustento es, precisamente, no una legislación concreta sino una concepción determinada de la acción correcta (págs. 56-58). En relación con las razones que permiten atribuir derechos subjetivos, moral o jurídicamente hablando, indica que de las dos teorías dominantes, la de la elección y la del interés, solo la última es adecuada para esos fines (págs. 53-56). Quisiera exponer brevemente en qué consisten estas ofertas de fundamentación de derechos, para después

señalar por qué considero que tanto la tesis de Morales sobre los desacuerdos, como la noción derivada de precondiciones materiales de la democracia, son inconsistentes con su exposición sobre qué es un derecho y cuál es su función.

Las teorías de la elección sostienen, a grandes rasgos, que el único objeto de tutela admisible por parte de los derechos es la libertad individual. En la medida en que la imposición de deberes relativos a los derechos limita esa libertad, debe reservarse para situaciones muy acotadas y respecto del interés normativamente más importante: la libertad entendida como agencia moral. La soberanía de los individuos implica un poder que los habilita para elegir libremente sobre el espacio protegido por los derechos. Este espacio debe ser respetado escrupulosamente por las otras personas pero, sobre todo, por el Estado. Hay una alta posibilidad de que una institución tan poderosa como ésta quiera ejercer poder y control absoluto sobre las personas, imponerles coactivamente ideas de lo bueno e ideales de perfección, así como derogar fáctica y normativamente el valor más importante de todos, la libertad individual. Por eso, los únicos derechos moralmente admisibles y jurídicamente legítimos son aquellos que acotan las pretensiones de dominación del Estado y de los particulares, protegen los derechos y la agencia moral de los individuos mediante derechos y solamente imponen deberes de abstención.

Las teorías del interés, por su parte, sostienen que los derechos están vinculados con algún beneficio tan importante para el titular, que hay razones suficientes para imponer a otra persona esa prestación como un deber. Ese interés a tutelar es tan significativo para quien tiene el derecho que, aunque no lo reconozca así, su vulneración le ocasionaría un daño importante. Estas teorías amplían, entonces, el espectro de los sujetos que pueden ser titulares de derechos, los que pueden serlo de deberes, los objetos de prestación, las conductas que pueden ser exigidas y los intereses que pueden dar lugar a esas relaciones normativas. La libertad como valor y como bien a proteger no ocupa el lugar dominante que

tiene en las teorías de la elección. Muchos otros bienes y valores integran el universo de lo que puede y debe ser amparado y promovido y, en ese sentido, la idea de agencia moral también está integrada por consideraciones diversas.

Ahora bien, dado el carácter normativo del discurso de los derechos me surgen varias dudas en relación con el tipo de discusión que puede darse respecto de estos y la pulcritud analítica representada, según Morales, en la distinción clara entre cuestiones conceptuales y normativas. Quiero decir, aunque pueden señalarse las características definitorias del concepto de "derecho subjetivo", de "derecho subjetivo fundamental", de "derecho subjetivo fundamental social", por poner solo algunos ejemplos, creo que el resultado de esa factorización dependerá de la teoría de fundamentación de la que se parta. Esto es, el rastreo definitorio, desde algunas teorías de la elección, del término "derecho subjetivo social fundamental", arrojará que éste es un sinsentido categorial. La conclusión se sigue de lo que esas tesis definen como derechos, qué hacen y por qué es bueno que lo hagan. De ese modo, la idea misma de desacuerdo social sobre valores, respeto de los agentes morales, derechos y conflictos entre derechos tendrán unidades de análisis muy diferentes según los presupuestos teóricos de inicio. Enfatizo esto no porque crea que la distinción entre preguntas analíticas y morales no pueda y deba hacerse, sino porque la idea de desacuerdo en las circunstancias de la política defendida por Morales, y lo que eso implica en relación con las discusiones normativas y de justicia sobre los derechos sociales como intereses tutelados, parecen inconsistentes. Me referiré a esta posible inconsistencia en el siguiente apartado de la reseña.

La autora considera que los derechos sociales son, estructuralmente, iguales a los civiles y políticos y que la mejor estrategia de fundamentación es la ofrecida por las teorías del interés. También sostiene que hay un ámbito legítimo de uso del concepto "derecho" en tanto que exigencias morales. Le parece, además, que la discusión sobre derechos sociales ha estado monopolizada y, tal vez por eso, catalogada a la fuerza como cuestión de teoría de la justicia sustantiva, ¿qué

problemas conllevan esos análisis sustantivos de resultados para la justificación de los derechos sociales?

2. Desacuerdos fundamentales y desacuerdos operacionales

Las sociedades contemporáneas se caracterizan, nos recuerda Morales, por un alto grado de conflictividad (págs. 37, 180). Los agentes morales tienen valores, principios e ideas de la justicia que chocan constantemente. Por eso, pretender imponer un catálogo de derechos (sociales, para el caso) a partir de teorías de la justicia que representan solo algunos de esos valores es no tomarse en serio la diversidad de intereses, puntos de vista y preferencias en contextos plurales. Es un imperativo moral tratar a las personas con respeto, esto es, tomar en cuenta su opinión así estén equivocadas y permitirles ser artífices de sus vidas, así no sean grandes artífices.

Los desacuerdos persistentes sobre cuestiones fundamentales discutidos por la filosofía política no agotan el universo de los desacuerdos relevantes (pág. 183). Hay otro tipo cuyo objeto son las creencias fácticas de los agentes que, bien observadas, no son en realidad desacuerdos de base sino diferencias sobre las consecuencias deseables de determinadas decisiones de política pública o de implementación de derechos (pág. 183). En suma, los desacuerdos operacionales son fácticos, no valorativos y apuntan a un conflicto resoluble en relación al cómo implementar medidas respecto de las cuales hay un consenso mínimo (presumiblemente no cimentado en principios). Por el contrario, intentar imponer una política distributiva como la mejor, con base en los argumentos derivados de las teorías de la justicia, es considerar irracionales a los agentes y a sus preferencias en relación con cuáles son las distribuciones socioeconómicas más justas (págs. 180-181).

En primer lugar, me gustaría anotar que la pluralidad de intereses y preferencias, en tanto materia de la política, no parece algo que haya que proteger como especies naturales en vía de extinción. Precisamente porque esas preferencias tienen consecuencias en términos de políticas públicas, su mera existencia no las hace normativamente vinculantes. Me explico, una cosa es la constatación de la preferencia subjetiva y otra que la soberanía de los agentes respecto de éstas, agregadas en los espacios de decisión pública, sean admisibles únicamente por ser suyas.

Precisamente, esta es una de las objeciones de las teorías del interés contra los modelos de la elección: que su idea de que la soberanía de los sujetos sobre su ámbito de libertad tutelado por derechos negativos es prácticamente absoluto, no dan cuenta ni conceptualmente ni en términos de fundamentación de cómo operan los derechos. Los intereses que dan lugar a los derechos son diversos y provienen de tradiciones ideológicas que muchas veces chocan entre sí, pero eso no los hace exclusivamente subjetivos. Muchos de esos intereses apuntan a cuestiones que no están disponibles para las personas, independientemente de sus preferencias. Por eso, ni todos los intereses se traducen en derechos, ni el problema de las distribuciones más justas de bienes (incluidos los derechos) está desterrado del discurso público en general en términos de meras preferencias subjetivas agregadas. Creo, entonces, que la noción de derechos operativa en el texto está más cerca de las teorías de la elección que de las del interés. Esta última forzaría a la propuesta de Morales a considerar temas de fundamentación moral de intereses que dan lugar a derechos, más allá de la mera manifestación de preferencias como objeto de política pública. Implicaría también plantear la cuestión de las consecuencias de la imposición mayoritaria de esas preferencias y, por su puesto, de su admisibilidad.

El agente moral soberano sería respetado si no se cuestionara, con base en argumentos normativos de justicia, sus preferencias en relación con, por ejemplo, los derechos sociales. Debatir en esos términos implicaría no respetarlo en tanto

implícitamente se le daría un trato de "ser irracional" (pág. 181). Ahora, la duda que me surge es si en realidad lo único, o lo que más importa, en las sociedades contemporáneas es el respeto de los agentes morales entendidos de esta manera tan acotada; entonces parece que no solo importan la rectitud de los procedimientos o que todos los agentes manifiesten su punto de vista y eventualmente lo traduzcan en normas del Estado, sino qué tan admisibles son los resultados de esos procedimientos. Creo que falta explicitar, en caso de que los criterios de justicia en la distribución no sean los adecuados, cuál es el aparato evaluativo para juzgar los resultados del ejercicio democrático, especialmente cuando impacta precondiciones materiales de la participación.

Ahora, esos agentes morales soberanos y con preferencias tan significativas chocan sobre valores, principios y teorías de la justicia, pero no sobre cuestiones de hecho u operacionales. O bien, si están en desacuerdo sobre ellas, llegar a un consenso sobre lo que se debe tutelar y hacer es posible sin caer en el agujero sin fin de las confrontaciones fundacionales (pág. 306). Lo que resulta extraño en relación con esta reconstrucción de los desacuerdos sociales y, en particular en qué categoría están inscritas las diferencias sobre derechos sociales, es que en su componente fundamental son desacuerdos operativos, es decir, sobre hechos. La discusión se traslada, entonces, del tipo de intereses que por su relevancia fundamentan la adscripción de derechos, y los excluyen por eso de las decisiones legislativas ordinarias, a la afirmación de un consenso, fáctico supongo, respecto de la precondiciones materiales que permiten el respeto de la agencia moral de los individuos en la arena política.

Esta manera de resolver el problema me parece poco satisfactoria. En primer término, porque no queda muy claro quiénes o cuándo o cuántos hacen parte de ese consenso. Si es un consenso hipotético acerca de los mínimos prestacionales en los que deberían coincidir las personas razonables, entonces los eventuales desacuerdos no son mera cuestión de puesta en práctica de esas prestaciones. Para dar cuenta de por qué determinado ordenamiento jurídico

protege unos intereses por sobre otros en términos de derechos, o cuáles debería tutelar si es que no lo hace, no es admisible invocar un consenso fáctico que en sociedades plurales presumiblemente no existe. Si va a apelarse al conflicto como situación relevante, normativa y fácticamente, no se vale evadirlo precisamente en relación con un punto crítico en las discusiones políticas, morales, de justicia y de legitimación democrática: los intereses fundamentales tutelados mediante derechos y, especialmente, a través de derechos sociales.

Uno puede decir que las discusiones sobre la justicia en la distribución de bienes sociales, o sobre lo justificado que resulta amparar ciertos intereses mediante relaciones jurídicas, incluyendo la libertad, la autonomía y la participación igualitaria en las decisiones públicas, no es su objeto de estudio o que se focalizará en problemas de implementación y tutela específicos. Lo que parece incorrecto es afirmar que, como los agentes morales tienen preferencias en relación con las teorías de la justicia más adecuadas, es una falta de cuestionar la admisibilidad de esas inclinaciones. Eso supone que la idea de que las preferencias son la expresión privilegiada de la libertad individual y que, por eso, la manera de respetar a los individuos libres es reconocerles un derecho igual a la manifestación de éstas en la participación política; que el procedimiento democrático mayoritario tiene valor en sí mismo; y que los resultados son legítimos independientemente de la evaluación que pueda hacerse respecto de ellos. Pero parece que todas estas ideas están apoyadas en ciertas nociones, que no se explicitan, de lo que implica normativamente ser un agente moral, cómo deben distribuirse bienes en una sociedad y por qué está bien que sea así.

Es cierto que las discusiones acerca de cuál es la teoría más adecuada sobre la justicia de distribución de bienes sociales y acerca de qué le debemos a los agentes morales están abiertas. Pero, como ocurre en todos los ámbitos de la deliberación práctica, la falta de consenso no implica que sea una cuestión de preferencia subjetiva. La idea de que la participación política como derecho ciudadano y la democracia procedimental como mecanismo de decisión pública

tienen valor en sí mismos está enmarcada en la reflexión sobre distribución de reconocimiento como bien social. Suponer un consenso (fáctico o normativo) sobre estos puntos es no tomarse en serio ni los desacuerdos, fundacionales u operativos, ni la tesis de derechos basados en intereses ni la idea de los derechos sociales fundamentales. Es, además, partir de una noción de agente moral y lo que le es debido, que no es neutra y que está bastante cerca del individuo soberano y libre que postulan de las teorías de la elección.

3. Derechos sociales y democracia procedimental

El libro define la democracia como un proceso de toma de decisiones colectivas en el que ninguno de los miembros de la comunidad política está excluido de participar. La democracia misma implica, como condición de posibilidad, ciertas exigencias en términos de derechos que suponen, por eso, restricciones a este mecanismo de toma de decisiones colectivas (págs. 235, 236). Se trata de un dispositivo que, bien entendido, se toma en serio el pluralismo y por eso no mezcla cuestiones de legitimidad del procedimiento y justicia de los resultados. Dado, entonces, su respeto por los agentes y por la pluralidad de preferencias en cuestiones de justicia, la noción de democracia adecuada para las sociedades contemporáneas es de tipo procedimental y, por exigencias internas, incorpora el derecho a la participación política (págs. 275-276).

A juicio de Morales, esta tesis clásica de la democracia procedimental es parcialmente correcta. Si bien es cierto que el derecho formal de participación política es fundamental para este tipo régimen político, por sí solo no basta para garantizar el ejercicio de esa participación. Además de considerar los aspectos formales, se requiere también tomar en consideración los aspectos materiales de acceso a ese ejercicio (pág. 276). La legitimidad del procedimiento democrático es el resultado, entonces, tanto del respeto del derecho formal de participación

política, como de la satisfacción de las necesidades materiales que son su condición de posibilidad.

Una de las conclusiones centrales del texto es que la democracia, en tanto procedimiento de toma de decisiones colectivas, está justificada en sí misma. Si esto es así, respecto de ella no habría desacuerdos fundacionales, solo de tipo operacional relativos a las precondiciones entendidas en términos de derechos sociales (págs. 284-286). Las precondiciones no están justificadas por apelación a valores o principios fundacionales externos a la lógica democrática, sino que están basadas en las exigencias procedimentales e internas. En suma, hay desacuerdos fundacionales sobre muchos asuntos, pero no sobre el derecho de participación política efectiva como condición necesaria de legitimidad del procedimiento democrático. Lo que tiene valor en sí mismo, enfatiza el texto, es el procedimiento democrático entendido en estos términos, no la justicia de los resultados. Respecto de esto último hay conflictos entre las diversas concepciones sustantivas acerca de cuáles serían las mejores consecuencias y, por eso, no deben ser retirados del debate político que es su arena natural de resolución.

Quisiera hacer solo un par de comentarios en relación con esta idea. Creo que el diagnóstico del problema es acertado: los teóricos de los derechos sociales se han enfocado en cuestiones de fundamentación y de justicia en la distribución de los bienes sociales y han descuidado el estudio de la democracia como mecanismo político de toma de decisiones colectivas y sus relaciones con la tutela de estas posiciones normativas. Los vínculos y tensiones entre estos dos temas tienen que ser objeto de reflexión y, afortunadamente, en "derechos sociales constitucionales y democracia" lo son de manera rigurosa y persuasiva.

Ahora, como ya lo señalé en relación con otros puntos, no creo que la respuesta a este vacío sea decir que la tensión es más bien aparente debido a que uno de los extremos del debate quiere imponer sus opiniones sobre resultados y justicia sustantiva. La democracia procedimental con precondiciones materiales de la

participación es una idea persuasiva pero polémica, que difícilmente puede ser calificada como objeto de consenso empírico o normativo. Tengo la impresión de que, al intentar darle un peso específico a asuntos de participación política igualitaria y democracia en los debates sobre derechos sociales, se termina de alguna manera fetichizando el procedimiento democrático y otorgándole valor en sí mismo, sin que quede muy claro qué implica eso. Según entiendo, ese movimiento argumentativo, por un lado, postularía a este mecanismo como algo que hay que conservar como cuestión fundamental de principios, independientemente de cualquier consecuencia que se siga. Al mismo tiempo parece que esta afirmación es aceptada por muchos (¿todos?) y los desacuerdos que podrían derivarse son solo operacionales. Lo que no queda claro es qué tipo de choques generarían las objeciones a la pertinencia y aceptabilidad de este tipo de modelos.

Me parece también que en el texto hay una idea de agente moral fantasma, es decir, que aunque es central para el desarrollo del argumento, no queda muy claro quién es o qué hay que hacer para respetarlo. Se postula un mecanismo procedimental con valor en sí mismo, algunas condiciones materiales internas al mecanismo con valor mediático (supongo) y agentes morales con un derecho fundamental a participar a través de las elecciones periódicas (el texto insiste en que la elección de representantes no es la única forma de involucrarse, pero no ofrece más ejemplos de otras instancias de intervención). Pero parece extraño que quien tenga valor intrínseco sea un procedimiento independientemente de las consecuencias que éste genere. Parecería que lo que tiene valor en sí mismo son los agentes morales y eso explica por qué el procedimiento democrático, los derechos fundamentales y, en especial, la provisión material mínima son formas de reconocer esa importancia.

Tal vez un análisis más dialéctico de los vínculos entre derechos sociales (en tanto provisión mínima) y democracia permitiría entender tanto los procedimientos, como los intereses fundamentales en perspectiva. Quiero decir, tanto el modelo

democrático, como los derechos sociales son instrumentos para procurar determinado nivel de vida y participación a quienes tienen valor en sí mismos. También permitiría pensar a esos agentes morales como merecedores no solo del respeto expresado en el derecho a la participación política, sino del reconocimiento y promoción de otros intereses fundamentales que, por ser tales, serían objeto de tutela mediante derechos.

Diana Beatriz González Carvallo*

* Investigadora jurisprudencial del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Atria, Fernando,
Derechos sociales y educación:
un nuevo paradigma de lo público,
LOM-Ediciones, Chile, 2014

Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público es un candidato a manifiesto para una izquierda posneoliberal. Se trata de un esfuerzo por posicionar una agenda no insurreccional, no agonal y no estatista, en la que se propone obtener la redistribución que tradicionalmente la izquierda espera del Estado por vías gradualistas, no violentas y compatibles con la participación de privados; vías que se resumen como "el régimen de lo público". Los conceptos están alineados con la matriz de la filosofía política republicana. Ideas familiares de interés general, de domesticación colectiva del futuro, de deliberación pública y de igualdad ciudadana desfilan por el libro y hacen las veces de ladrillos con los que se intenta edificar un proyecto político redistributivo e igualitarista que escape del agonismo marxista y del individualismo (neo)liberal.

El trasfondo del libro es la lucha por la educación en Chile. El argumento es que la educación es un bien escaso de características especiales que hacen indeseable una distribución de mercado, pues ésta segmenta a la población en

categorías según su capacidad de pago, lo cual, entre otras cosas, neutraliza su potencial de movilidad social y tiende a reproducir incrementalmente las desigualdades. Dentro de este contexto, el derecho a la educación puede entenderse de dos formas. La primera es adjudicarle al Estado la obligación de proveer un mínimo para todos, asegurándose de que quienes quedan fuera del mercado educativo por falta de recursos tengan escuela mediante subsidios focalizados: todos tienen derecho a recibir educación, y los que no son pobres a recibir una tan buena como (sus padres) puedan conseguir pagando en el mercado. Este es el diagnóstico de Fernando Atria sobre la educación en Chile al momento de escribirse el libro, a la que caracteriza como "neoliberalismo con rostro humano" (pág.101). La segunda, que es la propuesta del autor, es crear un orden institucional en el que la distribución de la educación sea completamente indiferente a los recursos económicos de las familias: todos tendrían derecho a recibir educación de la misma calidad porque formaría parte de la dotación igualitaria de la ciudadanía. Para hacer realidad esta segunda comprensión del derecho a la educación Atria propone la gratuidad universal, impedir que las escuelas seleccionen unilateralmente quienes pueden estudiar en ellas y, en caso de insuficiencia de los servicios educativos, la creación de criterios públicos (no de mercado) para distribuir la que sea que se encuentre disponible. De este modo podría "descomodificarse la educación".

Una virtud de esta propuesta "paradigmática" para una izquierda posneoliberal está en recentrar el debate de la izquierda (no anarquista), que tradicionalmente tiene al Estado como actor protagónico de la redistribución. Para Atria lo fundamental no es quién lo haga, sino que la redistribución tenga efectivamente lugar ("iguale" a los ciudadanos). Esto tiene el mérito de abrir los repertorios estratégicos, por ejemplo, como vimos arriba, no sería indispensable estatizar a la educación y sus potenciales fuentes de subsidio (ej. la industria del cobre en Chile) para dar cumplimiento al "derecho a la educación" entendido como "educación de igual calidad para todos": basta con garantizar que la distribución/selección sea enteramente indiferente a la dotación económica de los aspirantes

–y eso es compatible con sistemas educativos en que convivan escuelas y universidades públicas y particulares.

Un problema obvio con la fundamentación republicana de un acceso a la educación que no discrimine por riqueza es que la exclusividad educativa juega un papel central en la reproducción de la desigualdad y el privilegio. Si se le impide a las escuelas y universidades discriminar estudiantes por riqueza la consecuencia es que en los establecimientos educativos se darán cita todas las clases sociales, es decir, los más adinerados perderán la capacidad de la que actualmente gozan de formar comunidades educativas exclusivas. Los ricos que hoy envían a sus hijos a una escuela de élite están invirtiendo a la vez en capital social (porque los jóvenes formarán lazos de amistad, lealtad y hasta matrimonio entre sí) y en capital cultural (porque recibirán una educación de mayor calidad y competirán con ventaja en el mercado laboral). Esto hace previsible que la élite resista el modelo de acceso universal propuesto, y el argumento de Atria no es muy convincente en este punto. Recordemos que la concepción de la política que propone es republicana, por lo que la clave de argumentación es el interés común –no vale decir, como tal vez lo haría un marxista: "los intereses son irreconciliables, ¡nos vemos en las barricadas!", sino que hay que explicar por qué "a todos los ciudadanos nos conviene". Y Atria dice que a los jóvenes adinerados les conviene un sistema de acceso a la educación superior de este tipo porque los independiza en sus elecciones profesionales de las expectativas de sus padres, ya que la educación sería "gratuita en el punto de acceso" y no dependería de la aportación familiar de recursos para colegiaturas (p. 210). Aun concediendo que esto sea cierto y relevante para alguna fracción de los jóvenes ricos, suena algo ingenuo, porque en la reacción de los ricos previsiblemente pesaría el prejuicio, el clasismo, el racismo y el elitismo, ya que estas familias –jóvenes incluidos– pueden sentirse ultrajadas ante la mera posibilidad de convivir con los pobres. Tal vez la respuesta de Atria a esta cuestión es que su pretensión no es que todo el mundo acepte que el contenido del interés público es el que él define, sino que su planteamiento orilla a los intereses particulares a desnudarse –es decir,

les priva de cualquier argumento que puedan usar en público, pues las reglas de la deliberación pública excluyen la posibilidad de aducir cosas como "las escuelas de élite deben seguir existiendo porque quiero que mis hijas no convivan con *flaites*".[1] Cuando la educación está en un régimen de mercado, explica Atria, es válido que las decisiones sobre ella sean tomadas sin necesidad de justificarlas –al fin y al cabo, los proveedores son dueños privados de empresas y pueden hacer (casi) lo que les plazca con ellas. La "descomodificación" de la educación obligaría a todos a argumentar en clave de interés público: ya no sería válido decir "esta escuela es de mi propiedad y aquí estudia quien yo decida", sino que se volvería necesario justificar las decisiones sobre la selección apelando al interés público, es decir, en un espacio deliberativo igualador donde todos los ciudadanos valen lo mismo –diferente al mercado, donde se valida que cada quien ponga en juego su poder fáctico para promover sus intereses particulares. Y Atria discute una y otra vez con todos los argumentos públicos a favor de la educación mercantilizada, su idea es probar que una vez que se "publifica" la discusión no hay buenas razones para segmentar el acceso a la educación.

En un mundo poscomunista en que las concepciones marxistas de la política están de capa caída, recurrir, como hace Atria, a la matriz republicana en busca de conceptos para articular una posición de izquierda es tal vez más atractivo que disputarle a la derecha los de la matriz liberal. Los problemas del paquete republicano, sin embargo, son tan viejos como Platón y uno fundamental es ¿a quién le toca decidir los contenidos del interés general? Los liberales pueden resolver, por ejemplo, por apelación a procedimientos democráticos: le toca decidirlo a aquél que logre, siguiendo ciertas reglas, alzarse en representante formal de la mayoría –dándole garantías a la minoría en forma de derechos contramayoritarios–. Como una posible definición liberal (minimalista) del contenido del interés general es un contexto institucional en el que cada quién haga lo

[1] *Flaite* es una forma despectiva de hacer referencia a las clases populares en Chile, equivalente al "naco" mexicano.

que quiera siempre y cuando no impida al resto hacer lo mismo, se espera del Estado que provea, con el menor costo posible, los medios que los individuos genéricamente requieren para llevar adelante sus planes de vida y cuyo suministro ninguno está incentivado para asegurar: los famosos bienes públicos. La labor de las autoridades es encontrar los mejores métodos para proveer esos bienes públicos –seguridad, defensa, sistema de justicia, faros, mínimos de bienestar para los pobres– con el menor costo posible para el conjunto social. Para un republicano esto es insuficiente porque tiene mayores expectativas de la vida en común, y en particular a un republicano de izquierda como Atria el individualismo y la desigualdad le resultan problemáticos porque considera que segregan, antagonizan y en general disuelven la solidaridad social. No es claro, sin embargo, cómo descifrar el contenido del interés general en la pluralidad discordante de voces sociales. "Cada quién tiene su opinión" y "mayoría gana" son ambos insatisfactorios para el republicano: es necesario alguna idea de deliberación pública, alguna posibilidad objetiva de determinación colectiva de lo bueno y lo mejor. Por otra parte, "la derecha sólo defiende el privilegio" y "la historia es lucha de clases" son también insatisfactorios para el republicano: es necesaria alguna posibilidad de armonización social, de movimiento colectivo consensuado racionalmente. Ahora bien, si no podemos aceptar que la diversidad política es arbitraria porque cada persona es un mundo y tampoco que es superflua porque en última instancia sólo refleja el antagonismo social estructurante, ¿cómo la explicamos? Aquí Atria nos propone la idea de "los paradigmas".

"Los paradigmas" de Atria son una adaptación de los conceptos de Thomas Kuhn, originalmente pensados para describir el cambio en el conocimiento científico. La idea es que hay "formas distintas inconmensurables de ver la sociedad", que el neoliberalismo es una y que sus razonamientos son válidos dentro de sus premisas. En este punto es necesario algún recurso que permita descalificar a los argumentos neoliberales, porque si cada quien tiene su paradigma y estos son igualmente válidos no hay deliberación racional posible –y esto es preocupante porque la necesitamos para derrotar políticamente a los contrincantes e

identificar en forma adecuada el contenido del interés general–. Atria dice entonces que un paradigma se revela superior a otro cuando lo abarca, por analogía al modo en que teorías alternativas compiten en la ciencia (explicando no sólo lo que la otra explica sino también los fenómenos que en la otra eran anómalos). Así, el paradigma de los derechos civiles habría sido derrotado por el paradigma de los derechos políticos, que estaría, a su vez, en proceso de ser derrotado por el paradigma de los derechos sociales. De este modo, la forma de acomodar en el esquema a quienes difieren de la propuesta de Atria es decir que razonan con arreglo a un "paradigma" en vías de superación por su alternativa "más abarcadora". El nuevo paradigma de los derechos sociales, se sobreentiende, contiene una mejor comprensión de los contenidos del interés general que el anterior. Es decir, actuar con arreglo a sus directrices es "mejor para todos" y si los otros "no lo ven" es porque razonan con arreglo a premisas, conceptos y preguntas caducas. Esto parece preferible que negar la posibilidad misma de la discusión ("cada quién sus opiniones individuales, nos vemos en las urnas") y negar la relevancia de la discusión ("cada quién sus intereses de clase, nos vemos en las barricadas"), pero tiene el problema de descansar en última instancia en una idea de progreso histórico (paradigmas que superan a otros paradigmas) que Atria intenta fundamentar con el concepto de "pedagogía lenta", una suerte de espíritu universal teleológico de la solidaridad social que lentamente se implanta en el mundo y nos permite transitar de un paradigma a otro, especialmente cuando construimos instituciones que lo prefiguran y nos acostumbramos a vivir mejor gracias a ellas. En este esquema, a la izquierda le toca familiarizarse con el nuevo paradigma y crear las instituciones que realicen los derechos sociales, en conflicto con aquéllos que las resisten porque no las entienden. La sociedad en sentido amplio introducirá en su "sentido común" lo que de bueno tienen estas instituciones cuando viviendo en ellas las conozcan y "aprendan algo sobre sí mismos" (pág. 77), de modo que se complete el cambio paradigmático.

La idea de "paradigma" juega aquí el papel que en la matriz liberal pueden llegar a desempeñar las de "preferencias" o "pluralidad valorativa" y en el marxismo las

de "hegemonía ideológica" y "conciencia de clase". Pero ¿es realmente necesario un esquema tan enredado y riesgosamente relativista para codificar la pluralidad?, ¿el mejor modo de explicar lo que "los neoliberales" piensan es decir que tienen "su propio paradigma"?, ¿no mete esto una piedra innecesaria en el zapato de cualquier concepción fuerte de razón común?, ¿se apega el mismo Atria a esta codificación cuando califica a las publicaciones del ultraliberal Instituto Libertad y Desarpapello como "algo que no puede sino ser denominado *bullshit*" (pág. 242)?

Una ventaja aparente de la conceptualización en clave de paradigmas es la posibilidad de descalificar lo que los adversarios "expertos" de Atria llaman "evidencia empírica" alegando que ha sido construida con categorías, supuestos y preguntas del paradigma neoliberal en vías de superación. Esto provocaría en sus defensores "ceguera inducida por la adhesión irreflexiva a un paradigma hegemónico" (pág.195), lo que les impediría ver los fenómenos y problemas a la luz del nuevo (y mejor) paradigma de los derechos sociales. Así, la demanda de que los adversarios del régimen educativo de mercado demuestren empíricamente que éste causa segregación puede ser desestimada o respondida por Atria a partir de razonamientos teóricos sobre las consecuencias esperables de una distribución de mercado. Ésta no es la forma óptima de responder a una demanda de evidencia, porque es perfectamente factible que la teoría estándar sobre mercados sea imperfecta y que las mejores predicciones sobre las consecuencias de la mercantilización de la educación no se verifiquen en la realidad. Establecer, por ejemplo, que de nuestra mejor comprensión sobre el funcionamiento de un mercado educativo se desprende lógicamente que el chileno segrega o que la educación gratuita sea de peor calidad que la costosa es una hipótesis necesitada de validación: sí puede ocurrir que la teoría lo prediga, no ocurra y haya por tanto que corregir la teoría. La disputa de Atria con los "expertos neoliberales" formuladores de políticas públicas chilenos es a ratos endeble: dice, por ejemplo, que estos sistemáticamente ignoran "la evidencia que muestra que hay una correlación entre focalización y desigualdad, y universalismo e

igualdad" (pág. 111), lo cual es una afirmación problemática en términos metodológicos porque la correlación entre dos variables no implica necesariamente que entre ellas exista un vínculo causal.

El libro tiene varias virtudes adicionales. El esfuerzo del autor por comprender la lógica de sus adversarios (mercado, individualismo, liberalismo) en sus propios términos es destacable, aunque se echa en falta una discusión más a fondo con el autonomismo/anarquismo (al que mete en el mismo saco que al comunismo con el viejo mote leninista de "izquierdismo") y con el liberalismo de izquierda, más centrado en la maximización del bienestar que de la libertad individual –Friedrich Hayek, citado casi una veintena de veces, no es el único ni necesariamente el mejor portavoz del liberalismo–. También la claridad expositiva es de destacarse, aunque a veces raye en la redundancia, pues facilita mucho la lectura y la extracción de los argumentos y tesis centrales: es un libro que se abre y apuesta fuerte por la discusión. Un detalle sorprendente son los argumentos por analogía extraídos del derecho privado: por ejemplo, el concurso de acreedores es usado como ejemplo de la transición a una situación de interés común (págs. 58-61) y la estructura de las sociedades anónimas sirve de base para una propuesta de gobierno de las universidades (págs. 317-320). Puede que la mejor contribución de *Derechos sociales* sea, sin embargo, la que mencionamos arriba: el énfasis en distinguir lo público del Estado, pues abona al debate de la izquierda democrática sobre el papel que le toca jugar al Estado en la agenda de la justicia distributiva. Es un libro que le conviene leer a quien le subleva la desigualdad pero no ve factibles (o deseables) las soluciones insurreccionales o del Estado de bienestar, y en general a cualquiera que le interese adentrarse en la discusión tendiente a reconstruir una agenda para la izquierda tras el neoliberalismo.

Javier Yankelevich*

* Investigador jurisprudencial del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en diciembre de 2017. Se utilizaron tipos Gothic 720 Lt BT y BT de 8, 9, 10, 11, 13 y 15 puntos. La edición consta de 3,000 ejemplares impresos en papel bond de 75 grs.