



El test de proporcionalidad en la Suprema Corte

Aplicaciones y desarrollos recientes



Diana Beatriz González Carvallo
Rubén Sánchez Gil
Coordinadores



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

Primera edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

Segunda edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tirant lo Blanch, 2023.

© Diana Beatriz González Carvallo
Rubén Sánchez Gil

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

El contenido de 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.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

© EDITA: TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502
Hipódromo, Cuauhtémoc, 06100, Ciudad de México
Telf: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1056-172-4

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

El principio de proporcionalidad en la evaluación de las obligaciones estatales relativas al derecho a la cultura: el amparo 566/2015 de la Suprema Corte de Justicia

Andrea Viteri García*

* Maestra en Derecho por la División de Estudios de Posgrado de la UNAM y especialista en Derecho Laboral por esa casa de estudios. Tiene un máster en Derechos Humanos por la Universidad Castilla-La Mancha y cursos de especialización en materia laboral por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Castilla-La Mancha en colaboración con las universidades de Bolonia, Ferrara, Venecia y Verona. Licenciada en Derecho por la Universidad Central del Ecuador. Maestra por oposición de la materia Historia Constitucional de México en la Facultad de Derecho y profesora de la asignatura Derechos Sociales en la División de Estudios de Posgrado. Fue Coordinadora del Programa Único de Especializaciones en la División de Estudios de Posgrado en 2012-2013.

Ha sido consultora externa para varios organismos internacionales, como la Oficina de la Organización Internacional del Trabajo con sede en el Ecuador; The American Center for International Labour Solidarity, AFL-CIO sede Ecuador; Programa Laboral de Desarrollo, PLADES en Lima-Perú y la Oficina de Defensoría de Derechos de los niños (ODI) con sede en México; ha sido abogada postulante en materia laboral en Ecuador y México.

Ha realizado varias colaboraciones y publicaciones en materia laboral y en derechos sociales, entre los que destacan los libros *Trabajo decente: diagnóstico nacional del Ecuador*, publicado por el Ministerio de Recursos Humanos y Desarrollo Social de Canadá y PLADES de Perú; *A cinco años de la reforma laboral: efectos, perspectiva y retos. Homenaje a Néstor de Buen Lozano*, coordinado por Kurczyn Villalobos Patricia y Zavala Gamboa Óscar, publicado por la Barra Mexicana de Abogados y Tirant lo Blanch; *Los derechos sociales en México. Reflexiones sobre la Constitución de 1917*, coordinado por el Dr. Juan Antonio Cruz Parceró, publicado por el Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, y el *Impacto de los derechos humanos laborales en el sistema jurídico mexicano. Libro en homenaje a la Dra. Patricia Kurczyn Villalobos*, publicado por la Coordinación de Estudios de Posgrado en Derecho de la UNAM (En prensa).

Fue galardonada con la Medalla "Alfonso Caso" 2011, como mejor egresada de la División de Estudios de Posgrado en la Especialización de Derecho Laboral.

Sumario: A. Introducción; B. Principio de proporcionalidad y metodologías utilizadas; C. Derecho a la cultura como derecho social y obligaciones estatales; D. Posibilidades de aplicar el principio de proporcionalidad para evaluar el cumplimiento de obligaciones estatales; I. Obligaciones de efecto inmediato; 1. Deber de satisfacer niveles esenciales de los derechos; 2. Deber de protección del núcleo esencial del derecho a la cultura en el amparo 566/2015; II. Obligaciones de resultado; 1. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad; 2. Progresividad y regresividad en el amparo 566/2015; E. Prohibición de regresividad y escrutinio estricto: aplicación del principio de proporcionalidad; F. Conclusiones.

A. Introducción

El cambio en la concepción y aplicación de los derechos sociales ha generado mayores posibilidades de recurrir por la vía jurisdiccional al reclamo de posiciones jurídicas que antes se consideraban excluidas de la competencia de los jueces. Esto ha producido una mayor intervención del Poder Judicial en la evaluación de las medidas y acciones tomadas por los Estados para cumplir con las obligaciones establecidas en la Constitución y los tratados internacionales, incluso en casos en que los temas que se discuten son políticas públicas y medidas administrativas para la satisfacción de un derecho social.

Tales condiciones obligan cada vez a los juzgadores a buscar mecanismos que permitan aplicar parámetros objetivos y razonables para la evaluación de la actuación de los Estados, más si se involucran asuntos de colisión de derechos fundamentales o la restricción de derechos para cumplir con una finalidad constitucional. Por todo ello, el principio de proporcionalidad se ha convertido en una metodología muy recurrida

por algunos tribunales constitucionales para la resolución de conflictos que involucren la revisión de las actuaciones estatales.

En este artículo revisaré la constitucionalidad de la actuación del Gobierno de Nayarit en la omisión de concluir el proyecto Ciudad de las Artes, resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el amparo en revisión 566/2015, para lo cual aplicaré el principio de proporcionalidad en su formulación tradicional, y seguiré algunos criterios que han establecido las cortes constitucionales colombiana, sudafricana y mexicana para la solución de este tipo de asuntos.

Iniciaré el estudio con la definición del principio de proporcionalidad y la metodología que utilizaré; posteriormente hablaré de las obligaciones estatales desde el punto de vista de la teoría del derecho y la dogmática jurídica para analizar las posibilidades de aplicar el principio de proporcionalidad en estos casos. Enseguida veré los distintos niveles de cumplimiento de obligaciones estatales y los criterios que se deben aplicar para revisar que las actuaciones de los Estados fueron proporcionadas, y finalmente aplicaré el principio de proporcionalidad al caso concreto del amparo 566/2015 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

B. Principio de proporcionalidad y las metodologías utilizadas

"La aplicación del principio de proporcionalidad contribuye a la justa solución de los conflictos que enfrentan los derechos fundamentales y otros principios constitucionales, entre sí o con otros bienes jurídicos promovidos por una medida legislativa o administrativa que incida en la efectividad de aquellos" (Sánchez Gil, 2007, p. 3). Su relevancia se sustenta en la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, que los reconoce como "mandatos de optimización" que deben realizarse en la máxima medida de lo posible en relación con las posibilidades materiales y jurídicas.

En términos de Alexy, cuando se está frente a una contradicción de principios en la que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro, se debe acudir al principio de proporcionalidad (Alexy citado por Vázquez, 2018). Alexy considera que este tipo de situaciones no se solucionan al declarar que uno o ambos principios no son válidos y se elimina uno de ellos del sistema jurídico. Tampoco se soluciona al introducir una excepción en uno de los principios de forma tal que en todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no (Alexy, 2002, pp. 91-92).

La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro (Alexy, 2002, pp. 91-92)

De esta forma, cualquier menoscabo a la óptima realización *prima facie* de un derecho fundamental está prohibido, porque su restricción es válida sólo cuando sea *indispensable* para la realización de un fin legítimo.

En general, el principio de proporcionalidad se aplica en los casos de colisión de (dos) derechos fundamentales regulados como principios y lo que se consigue con este método es imponer "pautas de decisión a los órganos estatales con el objeto de armonizar su satisfacción" (Carpio citado por Sánchez Gil, 2007); sin embargo, el principio de proporcionalidad puede aplicarse de muchas maneras. Según Bernal Pulido (2014), en la doctrina y en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales se alternan un buen número de concepciones del principio de proporcionalidad, lo cual es corroborado por otros autores. De acuerdo con Rubén Sánchez Gil (2007, p. 14), "siempre que el concepto de justicia interviene en algún aspecto jurídico, implica la idea de proporcionalidad y, por lo tanto, este concepto puede ser utilizado en los más diversos ámbitos jurídicos".

Por ello, recurriré al principio de proporcionalidad en este estudio como un procedimiento objetivo que permita evaluar la validez constitucional de una medida tomada por el Gobierno de Nayarit para afectar un derecho fundamental (derecho a la cultura) en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales.¹ Por medio de este principio podré valorar si la acción tomada por el Estado para intervenir en el ámbito de protección del derecho a la cultura es lícita para lograr un fin legítimo. El objetivo es verificar si las medidas tomadas fueron proporcionadas, así como si los argumentos de resolución planteados por la Suprema Corte fueron justificados.

Los métodos que utilizaré en el presente caso los desarrollan y sistematizan Daniel Vázquez y Laura Clérico con diversas perspectivas para verificar si las actuaciones estatales son proporcionadas y razonables. Daniel Vázquez desarrolla su propuesta alrededor de la idea de "test de razonabilidad", que es una herramienta argumentativa utilizada por las cortes para verificar si la decisión tomada en un caso concreto es adecuada a partir de la verificación de ciertas premisas que sustenta las posibilidades y límites de esa decisión (Vázquez y Serrano, 2013, p. 26). Cristian Courtis considera que la aplicación de un test de razonabilidad no es extraña para la tradición jurídica iberoamericana, pues responde a características similares al principio de razonabilidad de la reglamentación de los derechos, incorporado e inferido a partir de casi todas las constituciones de la región (Courtis, 2006, p. 21).²

¹ En el cumplimiento de estas obligaciones constitucionales, los estados pueden o no restringir el ejercicio de un derecho fundamental para beneficiar a otro; en ocasiones sólo busca cumplir con una finalidad constitucional determinada o cubrir alguna necesidad presupuestal o administrativa urgente. Lo relevante será analizar la constitucionalidad de su actuación, si fue proporcionada o no, y si se justificó lo suficiente la restricción de algún derecho con argumentos válidos mediante acción u omisión.

² Véanse, por ejemplo, las constituciones argentina, artículo 28: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio"; chilena, artículo 19.26: "Los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su ausencia; ecuatoriana, artículo 18: "Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales", y guatemalteca, artículo 44:

En relación con el principio de proporcionalidad, Vázquez considera que no existe una mayor diferencia con el test de razonabilidad, excepto en lo referido a la corriente jurídica que los vio nacer —la proporcionalidad proviene del derecho alemán y la razonabilidad del anglosajón—, por lo tanto, los utiliza como sinónimos para revisar los niveles de cumplimiento de las obligaciones estatales (Vázquez, 2018). Para este análisis, el método seguido por Vázquez puede ser útil para verificar si las acciones tomadas por el Estado se enmarcan en los estándares establecidos en las observaciones del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC), las sentencias dictadas por las cortes constitucionales colombiana y sudafricana y las resoluciones de la SCJN. Vázquez sistematiza esta información y la sintetiza en una serie de criterios que me permitirán recabar información necesaria respecto de las posibilidades normativas y fácticas para la realización del derecho.

Por su parte, Laura Clérico, por medio del principio de proporcionalidad, da algunas referencias acerca de cómo evaluar si la afectación a un derecho implica o no una violación (Clérico, 2018, p. 18). Según la autora, los derechos pueden ser afectados porque el Estado intervino más de lo necesario (violación por acción) o porque el Estado no realizó nada (violación por omisión) o porque hizo menos de lo necesario (violación por insuficiencia) (Clérico, 2018, p. 18). Por ello, para su propuesta aplica el modelo de ponderación de Alexy: analiza la relación de la ponderación y la comparación de casos para la resolución de conflictos de derechos fundamentales, y también utiliza el modelo de Moreso mediante el estudio de casos paradigmáticos, principalmente de la Corte Constitucional argentina y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Clérico, 2018, p. 23). En este sentido, el examen de proporcionalidad permitirá identificar si en el caso concreto se ha permitido que el derecho afectado se realice lo más ampliamente posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas (Clérico, 2018, p. 28).

"Serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza".

Para aplicar el principio de proporcionalidad, Clérico sigue los criterios tradicionales de ese principio, pero incluye algunos elementos adicionales según el tipo de violación que se trate. De esta manera, el examen considera los tres subcriterios contenidos en la proporcionalidad en sentido amplio: el mandato de idoneidad, de necesidad y el de la proporcionalidad en sentido estricto. Así, el medio es *idóneo*, cuando con su ayuda puede ser fomentado el fin deseado; es *necesario*, cuando no pudo ser establecido otro medio igualmente adecuado para el logro del fin, pero que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado. A su vez, la limitación al derecho fundamental debe ser *proporcional en sentido estricto* y debe guardar una relación razonable con el peso e importancia de los argumentos que hablan a favor de una mayor y mejor protección del derecho afectado (Clérico, 2018, p. 28).

C. Derecho a la cultura como derecho social y obligaciones estatales

El punto principal de discusión en el amparo en revisión 566/2015 es la constitucionalidad de la acción tomada por el Gobierno Nayarit de cancelar la construcción de las etapas subsecuentes del proyecto Ciudad de las Artes en Tepic, para destinar el recurso económico que resultara de la venta del inmueble en el que se construiría la segunda etapa a la Universidad Autónoma de Nayarit, a fin de cubrir subsidios de anteriores ejercicios fiscales. El análisis, por tanto, se centra en las obligaciones estatales del derecho a la cultura según lo establecido en la Constitución y en los tratados internacionales.

Para examinar lo resuelto por la Primera Sala, debo revisar primero las distintas obligaciones que provienen del derecho a la cultura, entendido como un derecho social. Para ello analizaré ese derecho en primer término mediante teorías estructurales que me permitan indagar en su contenido obligatorio, e identificar el tipo de pretensiones que pueden ser articulables a partir de ciertos enunciados jurídicos (Acuña, 2010, p. 139). Para ello, la perspectiva analítica de Robert Alexy puede ser de suma

utilidad.³ Como segunda referencia revisaré desde la dogmática constitucional y convencional el contenido del derecho a la cultura para señalar las obligaciones estatales, para lo cual revisaré principalmente las observaciones del Comité DESC.

Según Alexy, los derechos subjetivos son posiciones jurídicas, las cuales pueden ser de tres tipos: 1) derechos a algo (derechos prestacionales), 2) libertades (derechos de defensa) y 3) competencias. La diferencia formal entre los derechos de defensa y de prestación se ubica en la consecuencia jurídica, si ésta consiste en una omisión o en una actuación positiva del Estado (Borowski, 2003, pp. 111-112).

Los derechos a algo pueden dividirse entre derechos a acciones negativas y a acciones positivas. Los derechos a acciones negativas (derechos de defensa) pueden dividirse en tres grupos: el primero está constituido por derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas acciones del titular del derecho; por ejemplo, en relación con el derecho a la cultura se refiere a los casos en que una autoridad administrativa niega la organización de algún evento cultural sin justificación alguna, con lo cual se violaría el artículo 4 constitucional; artículo 15, párrafo 1, inciso b, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); artículos 1 y 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en referencia con el derecho de toda persona a participar en la vida cultural.

El segundo está integrado por los derechos a que el Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho; por ejemplo, en los casos en que se viola el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora (artículo 15, párrafo 1c, PIDESC).

³ Es importante tomar esta visión por la forma en que aplica Laura Clérico la teoría de derechos fundamentales de Robert Alexy y el modelo de ponderación.

El tercero, por derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho (Alexy, 2002, p. 191), por ejemplo, la derogación de la legislación de derechos de autor o la eliminación de órganos de financiamiento de actividades culturales.

Los derechos a acciones positivas son denominados también derechos a prestaciones en sentido amplio; Alexy los conceptualiza como "todo derecho a un acto positivo del estado" (Alexy citado por Acuña, 2010). Éstos se dividen en tres: *a*) derechos a protección, *b*) derechos a organización y procedimiento y *c*) derechos a prestaciones en sentido estricto. Analizaré los derechos a organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto.

Los derechos a prestaciones en sentido estricto se refieren a aquellos que tienen los individuos para recibir un recurso o servicio determinado y la relativa obligación de otorgarlo por quien debe cumplirlo directamente, sea el Estado o un particular. Por ejemplo, para la realización del derecho a participar de la vida cultural se requiere, entre otras cosas, la presencia de bienes y servicios culturales que todo el mundo pueda disfrutar y aprovechar, en particular, bibliotecas, museos, teatros, salas de cine y estadios deportivos; literatura, incluido el folclore y las artes en todas sus manifestaciones (Observación General No. 21 Comité DESC, 2009).

Para Laura Clérico, los derechos a hacer algo (prestacionales) tienen como objetivo principal las obligaciones de organización y procedimiento — diseño, organización, implementación, cumplimiento, garantía, control, fiscalización, mejora—; desarrollo o ejecución normativa, o en una obligación de dar (Clérico, 2018, p. 59). Esto se puede realizar mediante diversas acciones que debe tomar el Estado según las condiciones fácticas y jurídicas existentes.

De esta manera, según el contenido normativo del derecho a participar en la vida cultural es necesario que el Estado:

a) Se abstenga de hacer algo (no tener injerencia en el ejercicio de las prácticas culturales y en el acceso a bienes culturales); y

b) Tome medidas positivas para asegurarse de que existan las condiciones previas para participar en la vida, la cultura, promoverla y facilitarla y dar acceso a los bienes culturales y preservarlos (Observación General No. 21 Comité DESC, 2009).

En el amparo en revisión 566/2015 se analiza el derecho a la cultura como derecho prestacional debido a que permite el acceso a bienes y servicios culturales y establece la obligación estatal de generar bienes y servicios en este rubro.⁴ De tal forma, el Estado debe demostrar que ha cumplido con sus obligaciones (generales y específicas), así como con las medidas necesarias, hasta el máximo de sus recursos disponibles, con miras a la plena realización del derecho a participar en la vida cultural (Observación General No. 21, Comité DESC, 2009).

D. Posibilidades de aplicar el principio de proporcionalidad para evaluar el cumplimiento de obligaciones estatales

Las funciones prestacionales tienen diversos niveles de cumplimiento y deben lograr ciertos requisitos para que se adecúen a lo establecido en la Constitución y en los tratados internacionales. Para Laura Clérico, cuando

⁴ La SCJN, con base en lo establecido en la Constitución (artículo 4) , los tratados internacionales (artículos 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 26 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, y 14.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador"), así como lo resuelto por la Primera Sala en el amparo directo 11/2011, consideró que el derecho a la cultura "es un derecho polivalente que tiene tres vertientes: 1) como un derecho que tutela el acceso a los bienes y servicios culturales; 2) como un derecho que protege el uso y disfrute de los mismos; y 3) como un derecho que protege la producción intelectual, por lo que es un derecho universal, indivisible e interdependiente". También retoma los criterios del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 21 y de la relatora especial sobre los derechos culturales que reconocen que la cultura tiene un contenido polifacético, con tres componentes: "a) la participación en la vida cultural; b) el acceso a la vida cultural, y c) la contribución a la vida cultural".

el derecho tiene una función prestacional implica para el obligado realizar lo siguiente:

- Tomar alguna medida, de manera adecuada —fáctica o normativamente;
- Mejorar lo que se ha hecho, si algo se empezó a hacer; aquí tenemos una obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente, "lo más rápidamente" posible hacia el disfrute pleno de los derechos— y, a su vez,
- Abstenerse de retroceder, de regresar arbitrariamente —prohibición de regresividad o de retroceso—, cuando algo se ha realizado y sigue siendo hecho o para no eliminar determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho (Clérico, 2018, p. 60).

El Comité DESC, en la Observación General No. 3, desarrolla las obligaciones de resultado, en las que se incluyen: obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes; adopción de medidas para lograr de forma progresiva los derechos reconocidos en el PIDESC, y prohibición de medidas de carácter deliberadamente retroactivo que requerirá de la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que disponga (Observación General No. 3, Comité DESC, 1990).

El cumplimiento de estos niveles puede ser analizado con parámetros objetivos que permitan comprobar si la actuación del Estado fue adecuada y razonable en relación con las obligaciones establecidas en la Constitución y los tratados internacionales.

I. Obligaciones de efecto inmediato

Según lo determinado por el Comité DESC en su Observación No. 3, los Estados deben adoptar medidas dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del PIDESC. Tales medidas deben ser deli-

beradas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el pacto. Para lograr ese objetivo, el Estado debe adoptar todos los medios apropiados, inclusive, en particular, medidas legislativas (párrafo 4). En este rubro se ubican las siguientes acciones.

1. Deber de satisfacer niveles esenciales de los derechos

El CDESC en su Observación General No. 3 sostiene como obligación mínima del Estado asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos, de tal manera que "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."

En este sentido, los principios de Limburgo y las Directrices de Maastricht admiten que en la evaluación del cumplimiento de la obligación de garantizar contenidos mínimos, debe considerarse la limitación de recursos, pues las medidas deben tomarse hasta el máximo de los recursos de que disponen. Sin embargo, sostiene que un Estado sólo puede atribuir el no cumplimiento de obligaciones mínimas a la falta de recursos disponibles, si logra demostrar que ha realizado todo esfuerzo a su alcance para utilizar la totalidad de los recursos señalan que la escasez de recursos no libera a los Estados de sus obligaciones mínimas, en caso de no poder cumplirlas a cabalidad deben demostrar que han realizado todo esfuerzo a su alcance para utilizar la totalidad de los recursos que están a su disposición en pos de satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas (Abramovich y Courtis, 2004, p.90)

Sobre los niveles esenciales (también denominado contenido esencial o mínimo), el PIDESC no hace mayor referencia excepto en algunos derechos, sin embargo, en sus últimas observaciones generales, el CDESC ha tratado de ofrecer orientación en cuanto a lo que consideraría un nivel

esencial de disfrute de distintos derechos, entre ellos, a la alimentación, a la vivienda, a la salud, al trabajo y a la seguridad social (Vázquez y Serrano, 2013, p. 23).

Cuando no existen estos parámetros específicos, los tribunales constitucionales han ensayado algunas fórmulas para poder establecerlos, basados principalmente en un test de razonabilidad, el cual ha sido retomado por Daniel Vázquez. Los criterios que integran ese test se guían por algunas preguntas que permiten determinar cuáles son las principales obligaciones para cumplir con los niveles esenciales. En primer término, se debe ubicar la finalidad última del derecho y establecer aquellas obligaciones sin las cuales perdería sentido. Así como determinar si existen algunas restricciones materiales y limitaciones de política pública para hacer efectivo el contenido esencial, si existen mecanismos establecidos para determinar prioridades en el marco de esas restricciones y qué impacto tendría la denegación de derechos específicos sobre las personas cuyo ejercicio de derechos es vulnerado (Vázquez, 2018, p. 154).

Para contestar esas preguntas es importante tener información empírica de las condiciones en que se encuentra el cumplimiento del derecho, por ejemplo, las necesidades de la población respecto al ejercicio de ese derecho en específico, las personas o grupos de personas a las cuáles impactarían las acciones u omisiones del Estado, y las consecuencias de no cumplir con los niveles mínimos del derecho. De alguna manera se tiene que conocer cuál será la incidencia del cumplimiento de este derecho en la vida de las personas y no sólo hacer un análisis en abstracto.

Para Vázquez, la determinación de los niveles esenciales de un derecho está directamente relacionada con los conceptos de progresividad y prohibición de regresión. De hecho, es el paso previo para poder hablar de progresividad (ya que las obligaciones que estén dentro del núcleo del derecho son de cumplimiento inmediato, por lo que no son susceptibles de una lógica de progresividad). Y es también la última frontera para cualquier intento de restricción y regresión (Vázquez, 2018, p. 31).

2. Deber de protección del núcleo esencial del derecho a la cultura en el amparo 566/2015

La Primera Sala, con el fin de determinar los niveles esenciales que debe cumplir el Estado mexicano en relación con el derecho a la cultura, aplica la referencia del contenido mínimo o núcleo esencial de los derechos. Para ello analiza varias sentencias dictadas por las salas Primera (amparo en revisión 323/2014 y amparo en revisión 759/2015) y Segunda (amparo en revisión 1219/2015), en las que se ha recurrido a este criterio.

En el caso del derecho a la cultura, la Sala refiere a la Observación General No. 21 del Comité DESC, que señala la obligación mínima de crear y promover un entorno en el que toda persona, de forma individual, en asociación con otros o dentro de una comunidad o grupo, pueda participar en la cultura de su elección. Debido a que la observación no señala de modo expreso los niveles esenciales que corresponden al derecho a la cultura en su función prestacional, la Sala considera que debe identificar el núcleo esencial del derecho en este caso en concreto.

Para ello recurre a la idea de dignidad como marco central de protección del núcleo esencial según lo señalado en los casos *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, y *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Sala no realiza un mayor análisis de lo que debería considerarse elementos mínimos para proteger la dignidad de las personas en relación con el derecho a la cultura.

Con base en estas dos ideas (núcleo esencial del derecho y protección de la dignidad), resuelve que la omisión de continuar con las subsecuentes etapas del proyecto Ciudad de las Artes no generó una afectación tan grave en la esfera de los quejosos que pueda calificarse como una vulneración a su dignidad, por lo cual se cumple con el núcleo esencial del derecho y por tanto considera que el Gobierno de Nayarit satisfizo los niveles esenciales del derecho a la cultura en el presente caso.

De ese primer argumento de la Sala se puede advertir que el contenido mínimo (o núcleo esencial de los derechos) puede llegar a ser un parámetro que varíe según las condiciones del caso y de quienes interpreten la norma, y deja en gran medida a discrecionalidad de los jueces la forma de establecerlo. Esto ha generado ciertas dudas respecto de cómo se debe establecer el contenido para fijar los niveles esenciales de las obligaciones estatales. Por ello, es importante referir cómo funciona ese criterio.

El contenido mínimo se entiende como el núcleo (intocable) que debe respetar el legislador para no desnaturalizar el derecho intervenido (Petit, p. 196). En este sentido, las posiciones iusfundamentales que resultan vinculantes para el legislador (y las demás autoridades) son aquellas que están comprendidas en el contenido esencial de cada derecho fundamental (Bernal Pulido, 2014). Éste ha sido uno de los criterios más recurridos por la dogmática alemana y española para definir la vinculación del legislador a los derechos fundamentales. En ambos casos el contenido mínimo ha sido tipificado expresamente tanto en la Ley Fundamental de Bonn como en la Constitución española.

Pese a su amplia utilización, ese parámetro ha sido muy criticado en la doctrina, debido a que podría tratarse de una categoría directiva "imprecisa por lo maleable" (Petit, 2016, p. 216). Incluso, Peter Häberle, a quien se debe la profusión de la teoría del contenido esencial, reconoce que tal figura tiene meramente un valor simbólico (Häberle citado en Petit, 2016). Por su parte, Bernal Pulido considera que si el Tribunal Constitucional es quien en última instancia debe decidir lo que pertenece al núcleo y a la periferia de los derechos fundamentales, y para ello está provisto únicamente de las referencias a una supuesta intuición colectiva, sus decisiones serán incontrolables y por tanto constituirán una amenaza de la competencia legislativa (y administrativa) para configurar tales derechos (Bernal Pulido, 2014).

Por ello, en el presente caso se ve que fijar el contenido esencial sin un parámetro claro que permita establecer de manera razonable lo que debe

ser el mínimo intocable de cada derecho, deja en una situación de incertidumbre respecto a cómo se establecerán las obligaciones mínimas e inmediatas para el Estado. Si bien algunos autores consideran que el contenido mínimo se aplica como regla y no debería utilizarse el principio de proporcionalidad para establecerlo (Clérico, 2018; Bernal, 2014), en el presente caso se ve que era necesario. Esto debido a que los argumentos señalados por la Primera Sala para vincular la dignidad y los niveles mínimos del derecho a la cultura se hicieron en abstracto y no consideraron las condiciones fácticas existentes para su análisis. No se sostuvieron en información clara respecto de las necesidades de la población, así como de las condiciones existentes para considerar que con la terminación de la primera etapa el proyecto Ciudad de las Artes se habían alcanzado niveles dignos en el ejercicio de ese derecho. Por ello, considero que en el presente caso podría resultar útil aplicar el test de razonabilidad que propone Daniel Vázquez para fijar los niveles esenciales del derecho a la cultura en relación con las obligaciones estatales.

II. Obligaciones de resultado

1. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad

La progresividad implica un reconocimiento de la necesidad de un esfuerzo prolongado por parte de los Estados para alcanzar la plena satisfacción de los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales. El artículo 1 constitucional dispone que "todas 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".

De igual forma, la Convención Americana de Derechos Humanos señala en el artículo 26 que los Estados parte se comprometen a adoptar providencias, tanto de modo interno como mediante la cooperación interna-

cional, en especial, económica y técnica, para lograr de forma progresiva la plena efectividad de los derechos humanos que se derivan de las normas económicas, sociales y de 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.

El artículo 2.1 del PIDESC establece que los Estados parte se comprometen a

adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Según el Comité DESC, la frase "lograr progresivamente" debe interpretarse a la luz del objetivo general "[por lo cual se impone] ... [u]na obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo".

Vázquez considera que el principio de progresividad tiene relevancia política, porque constituye esa promesa de bienestar, de mejora constante que va de la mano de la idea de soberanía popular en cualquier configuración democrática (Vázquez, 2018, p. 157). Por tanto, su intención es verificar si se ha cumplido con esos objetivos por parte de las decisiones, políticas públicas, programas presupuestales, legislación y demás actividades que se encuentran a cargo del Estado (Vázquez, 2018, p. 157). Para lograrlo, el Estado debe utilizar hasta el máximo uso de los recursos de los que disponga para atender a las necesidades concretas del lugar y de la población, y comprenda no sólo a los recursos económicos sino también los recursos tecnológicos, institucionales y humanos (Vázquez y Serrano, 2013, p. 73).

Se entiende que estas acciones no tendrán un efecto inmediato, sino que tendrán metas y objetivos de corto, mediano y largo plazo, por lo que la progresividad impone la obligación de moverse tan rápida y efectivamente como sea posible, así como la adopción de medidas deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en los documentos que integra el derecho internacional de los derechos humanos (Vázquez, 2018, p. 159).

De la mano del principio de progresividad se tiene la prohibición de regresividad que comporta la obligación de los Estados de abstenerse de implementar medidas que empeoren "la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de (ser) adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora progresiva" (Abramovich y Courtis, 2004, p. 94). En efecto, si lo que se procura es un aumento en el nivel de satisfacción de los derechos sociales, por principio sería inválida cualquier medida que, antes que incrementar su protección, la disminuya injustificadamente (Observación No. 3, Comité DESC, 1990).

Para Laura Clérico, el supuesto de regresión implica una acción estatal que significa dejar de hacer algo.

Para ponerlo en términos metafóricos: implica "pisar" el freno y "accionar" luego la marcha atrás. La regresión puede venir anunciada por varias acciones estatales –leyes, decretos, resoluciones que implican modificaciones o derogaciones de normas que garantizaban determinados niveles de realización de los derechos sociales. En suma, la regresión parece acontecer sobre posiciones de derechos fundamentales ganadas (Clérico, 2018, p. 133).

Según lo señala el Comité DESC en la Observación General No. 3, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse de forma plena por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos que disponga.

Para Vázquez, el test de no regresión permite verificar que una determinada actividad del Estado no sea contraria a los avances previamente logrados (Vázquez, 2018, p. 165).

En este sentido, lo que se busca verificar por medio del principio de proporcionalidad es si la acción de regresión está justificada o no a la luz de los derechos fundamentales de rango constitucional (Clérico, 2018); por tanto, se debe considerar que las medidas que podrían ser regresivas deben sujetarse a un escrutinio más estricto.

2. Progresividad y regresividad en el amparo 566/2015

Según la resolución dictada por la Primera Sala en el presente caso, una vez que se ha satisfecho el núcleo esencial del derecho, el Estado tiene *una obligación de fin* (progresividad), toda vez que dichas normas establecen un objetivo que el Estado debe alcanzar mediante los medios que considere más adecuados, partiendo de la premisa de que el pleno goce de los derechos sociales no se puede alcanzar inmediatamente, sino de manera progresiva.

En este sentido, el deber de progresividad en relación con la satisfacción del contenido de los derechos sociales implica la existencia de una política pública razonable para alcanzar el objetivo impuesto por el derecho en cuestión. Para ello cita la sentencia dictada por la Corte Constitucional de Sudáfrica en los casos *Sooramoney Grootbon*, *TAC* y *Khosa*. De acuerdo con lo expuesto, la Primera Sala consideró que la omisión de concluir el proyecto Ciudad de las Artes no vulneró la obligación de progresividad en la satisfacción del derecho, porque en el caso concreto existe una política pública razonable para el acceso de las personas a distintos bienes e infraestructuras culturales, en referencia a la primera etapa del proyecto Ciudad de las Artes.⁵

⁵ El Gobierno de Nayarit concluyó la primera etapa del proyecto, en la que se construyó un espacio propicio para exponer pintura y escultura y en el que se imparten talleres de pintura, oratoria y

Además, señaló que el producto de la venta del bien inmueble en donde se construiría las etapas subsecuentes del proyecto se destinará a la Universidad Autónoma de Nayarit para cubrir por concepto de subsidios de anteriores ejercicios fiscales. Por tanto, señala "que se puede inferir que la decisión de las autoridades responsables de omitir finalizar el proyecto también es razonable, ya que destinar los recursos de la venta a una universidad pública, abonará a satisfacer al derecho a la educación, lo cual es una decisión de *política pública razonable*".

Finalmente, sobre la prohibición de regresividad, refiere la Primera Sala que una vez alcanzado determinado nivel de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado está obligado a no dar marcha atrás, de modo que las prestaciones concretas otorgadas en un momento determinado constituyen el nuevo estándar mínimo a partir del cual puede seguirse avanzando hacia la satisfacción plena de tales derechos. Ahora, según la Primera Sala, esta prohibición de regresión no es absoluta, y, por tanto, debe aplicarse el principio de proporcionalidad para determinar la constitucionalidad de la medida regresiva.

Antes de aplicar el principio, la Primera Sala considera que se deben analizar dos supuestos: el tipo de regresividad del que se trata y las acciones tomadas por el Estado. En primer término, la Sala señala que se debe distinguir entre dos tipos de regresividad: de resultados y normativa. La primera se refiere a los casos en que una política pública empeora la satisfacción de un derecho social; la segunda, a los casos en que una norma posterior suprime, limita o restringe los derechos o beneficios que se habían otorgado con anterioridad al amparo del derecho social.

Respecto al tipo de regresividad la Sala señala:

[a]hora bien, en el caso concreto no existe una regresividad normativa porque no se reformó alguna norma que les hubiera

escultura; un espacio adecuado para practicar algunas disciplinas deportivas, así como un auditorio y un cine al aire libre para que los vecinos del municipio de Tepic tuvieran acceso a bienes y servicios culturales.

otorgado un derecho a los quejosos fuera eliminado o restringido con la medida impugnada. En efecto, contrario a lo manifestado en la demanda de amparo, la aprobación de un proyecto no les genera ningún derecho en su esfera jurídica y, por lo tanto, la omisión de concluir el proyecto no puede ser regresiva en ese sentido.

En cuanto a las acciones tomadas por el Estado, la Primera Sala señala: "[t]ampoco existe regresividad de resultados, toda vez que ni siquiera se había comenzado a construir la segunda etapa del proyecto, de tal manera que no se puede decir que los quejosos ya tuvieran acceso a bienes y servicios culturales que después se les haya quitado".

Si se analizan los hechos en el presente caso, se está ante una evidente regresividad por parte del Gobierno de Nayarit, debido a que se interrumpieron los avances logrados para cumplir el derecho a la cultura y favorecer a otro fin constitucional, como se verá más adelante. La Primera Sala decidió no aplicar el principio de proporcionalidad que anunció (o por lo menos eso se advierte del texto) debido a que en el presente caso no existía regresividad por dos situaciones: primero, los quejosos sólo tenían una expectativa de derechos porque su reclamo provenía de la interrupción de una política pública y no de una reforma normativa que cambiara su situación jurídica, y, segundo, las medidas tomadas no son regresivas porque el Estado no empezó a tomar medidas respecto de la segunda etapa del proceso.

Por tanto, lo primero es dilucidar si en este caso se tenía derecho a reclamar por la interrupción o sólo se trataba de una expectativa de derechos. Si se considera que la elaboración de políticas públicas y de proyectos para el cumplimiento de las obligaciones prestacionales provienen de disposiciones constitucionales y convencionales que regulan el derecho a la cultura, entonces no se está frente a una expectativa, sino ante un derecho que puede ser reclamado por vía judicial. Para ello el análisis estructural realizado al inicio de este estudio será de ayuda, porque permite considerar cuáles son las acciones que deben tomarse cuando un derecho tiene la función prestacional (o de hacer).

La Segunda Sala de la SCJN ha reconocido en otros casos (amparo en revisión 378/2014) la obligación del Poder Judicial de contrastar la actuación de las funciones de los poderes Ejecutivo y Judicial (referidos en específico a políticas públicas), con los estándares contenidos en la propia ley suprema y en los tratados de derechos humanos. Tampoco es ajeno para otros tribunales constitucionales el conocimiento de este tipo de asuntos. Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana, en los procesos T-025/2004 ha realizado tanto el análisis normativo, el escrutinio judicial, así como la evaluación de resultados de las políticas públicas.

De igual forma, la construcción de la primera etapa del proyecto y la toma de acciones para emprender la segunda etapa son medidas concretas tomadas por el Gobierno de Nayarit para cumplir con sus obligaciones constitucionales y convencionales en relación con el derecho a la cultura en su función prestacional. Por tales razones, no puede aseverarse que no se emprendieron acciones para el ejercicio del derecho, por el contrario, éstas fueron interrumpidas injustificadamente.

Por ello, las razones que en su momento dio la Primera Sala para no aplicar el principio de proporcionalidad en este caso y señalar que las políticas tomadas por el Gobierno de Nayarit fueron razonables, no se justifican en relación con lo establecido en la Constitución y en los tratados internacionales. Para determinar la razonabilidad de la política pública y de las acciones estatales es necesario aplicar el principio de proporcionalidad en el presente caso, como procuraré hacerlo en el siguiente apartado.

E. Prohibición de regresividad y escrutinio estricto: aplicación del principio de proporcionalidad

Para preparar el examen de proporcionalidad, previamente se deben analizar las acciones emprendidas por el Estado para llegar a la situación de violación al derecho. Según Laura Clérico, el estado de retroceso o regresión en la satisfacción del derecho surge de comparar lo siguiente:

- estado de satisfacción del derecho antes de la implementación de la medida —situación de partida— (e1);
- estado de satisfacción durante la implementación de la medida —progreso— (e2);
- estado que se produce por la interrupción de la medida —retroceso— (e3) (Clérico, 2018, p. 134).

El punto de partida en el presente caso, según la información que está en la sentencia, fue la inexistencia de infraestructura suficiente para el ejercicio del derecho a la cultura en sus diversas manifestaciones (E1). Por estas razones se desarrolló el proyecto Ciudad de las Artes con varias etapas. En la primera se construyó un espacio propicio para exponer pintura y escultura y donde además se imparten talleres de pintura, oratoria y escultura; un espacio adecuado para practicar algunas disciplinas deportivas, así como un auditorio y un cine al aire libre para que los vecinos del municipio de Tepic tuvieran acceso a bienes y servicios culturales (E2). Se tomaron algunas acciones para continuar con el proyecto, pues el Congreso de Nayarit aprobó la solicitud del Gobierno del estado para la obtención de un crédito, con el fin de realizar las obras tendientes a cumplir con la construcción de la segunda parte de la Ciudad de las Artes, pero se decidió detener estas medidas y enajenar el bien inmueble en el que se debía construir la segunda etapa del proyecto para asignar (el dinero recabado de su venta) a la Universidad Autónoma de Nayarit (E3).

En este sentido, la decisión de detener el avance en la construcción de instalaciones modificó las condiciones preexistentes, ya que se dieron las siguientes situaciones (Vázquez, 2018, p. 167):

1. Se redujo el radio de protección de un derecho social.
2. Se disminuyeron los recursos públicos invertidos en su satisfacción.
3. Se retrocedió, por cualquier vía, el nivel de satisfacción de un derecho.

Ahora bien, con esos antecedentes, es posible iniciar con la evaluación de las acciones realizadas por medio del principio de proporcionalidad. Empezaré con el subexamen de idoneidad por el cual preguntaré si el medio seleccionado por el Estado (la interrupción de la segunda etapa) en conexión con la nueva norma o con los otros medios ya existentes (terminación de la primera etapa) fomentan la realización del derecho.

En este punto se debe considerar si la medida regresiva promueve la realización de otros derechos fundamentales o fines constitucionales relevantes. Esta categoría es recuperada por Abramovich y Courtis (2004, pp.109-110), quienes aplican las observaciones generales 3, punto 9; 13, punto 45, y 14, punto 32, del Comité DESC y consideran que para determinar que una medida regresiva es justificada, el Estado debe probar que la legislación que propone, pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avance, teniendo en cuenta la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC.

De esta forma, cuando los tres medios (medida regresiva, estado de satisfacción y derecho fundamental beneficiado) en conexión no logran fomentar el derecho, entonces el medio escogido no es idóneo y la medida es desproporcionada en sentido amplio (Clérico, 2018, p. 135).

Empezaré por evaluar si se tomó la medida regresiva para promover la realización de otro derecho fundamental. En el presente caso, el producto de la venta del bien inmueble en donde se construirían las etapas subsecuentes del proyecto fue destinado a la Universidad Autónoma de Nayarit para cubrir subsidios de anteriores ejercicios fiscales, con lo cual la Primera Sala consideró que abonaría a satisfacer al derecho a la educación. Se debe analizar si esta medida permite satisfacer el derecho a la educación (superior en específico) o si, en su caso, se fomenta otra finalidad pública constitucional relevante.

Según el artículo 3 constitucional, todo individuo tiene derecho a recibir educación. Los párrafos primero y segundo del referido artículo estable-

cen que la educación que imparta el Estado, es decir, la educación básica (preescolar, primaria y secundaria) y media superior, tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará el respeto de los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

El artículo 13 del PIDESC señala que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. La Observación general No. 13 sobre el derecho a la educación, en sus párrafos 46 y 47, señala que el derecho a la educación, como todos los derechos humanos, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados parte: de respetar, de proteger y de cumplir.

La obligación de cumplir incluye las obligaciones de facilitar y proveer lo que exige que los Estados adopten medidas positivas que permitan a individuos y comunidades disfrutar del derecho a la educación y les presten asistencia, así como facilitar el acceso al derecho a la educación. Como norma general, los Estados parte están obligados a dar cumplimiento a (facilitar) un derecho concreto del Pacto cada vez que un individuo o grupo no puede, por razones ajenas a su voluntad, poner en práctica el derecho por sí mismo con los recursos a su disposición.

Sobre la enseñanza superior, la Observación No. 13 en su párrafo 18 señala que es preciso que los planes de estudio sean flexibles y los sistemas de instrucción variados, con utilización incluso de la enseñanza a distancia para que responda a las necesidades de los alumnos en distintos contextos sociales y culturales; por consiguiente, en la práctica, tanto la enseñanza secundaria como superior han de estar disponibles "en diferentes formas".

Por su parte, la Primera Sala de la SCJN, en el amparo en revisión 750/2015, señala que la educación superior no se centra en la formación de la autonomía personal (la distribución de un bien básico), sino

en la materialización de un plan de vida libremente elegido, por lo que este tipo de educación tiene como finalidad la provisión de herramientas necesarias para concretarlo. Asimismo, la educación superior está conectada de forma estrecha con la obtención de determinados objetivos colectivos, como el desarrollo del conocimiento científico y tecnológico, el fomento de actividades económicas, el desarrollo industrial y agrícola, el fomento de la cultura, etcétera, por lo que las obligaciones de promoción del Estado no pueden desvincularse de esas finalidades sociales cuya maximización beneficia a la sociedad de manera difusa.

Tras revisar estos instrumentos es posible advertir que ninguna de las finalidades del derecho a la educación ni las obligaciones establecidas para los Estados se relacionan con el pago de adeudos fiscales; las obligaciones de cumplir y proveer el derecho a la educación exigen a los Estados tomar medidas positivas que permitan a los individuos y comunidades acceder y disfrutar este derecho para cumplir los fines que señalados (Observación No. 13, 1999, CDESC). Por ello, no se cumple con los supuestos que justifican tomar una medida regresiva para favorecer a otro derecho fundamental, en tanto no se favorece en forma alguna el derecho a la educación, sino sólo se pagan deudas de una universidad (mas no se abona nada a sus actividades educativas).

En otro orden de ideas, y más allá del derecho a la educación invocado por la SCJN, se podría considerar que el pago de adeudos fiscales cumple otra finalidad constitucional relevante, que es la establecida en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución, disposición que reconoce la intervención estatal en el destino del gasto público proveniente de las contribuciones. En esta disposición se establece la obligación de los mexicanos a contribuir a los gastos públicos, tanto de la Federación, como del estado o municipio en que reside, de la manera proporcional y equitativa que dispongan sus leyes y, por tanto, esos impuestos deben aplicarse a los gastos públicos y a los servicios que el Estado debe prestar al conglomerado social en general. Para algunos autores, de este artículo se desprenden los derechos humanos de los contribuyentes, los cuales se integran por

los principios de proporcionalidad, equidad, legalidad y destino del gasto público.

Al considerar estos supuestos, si se relacionan la medida regresiva (interrupción del proyecto Ciudad de las Artes), el estado de satisfacción (conclusión de la primera etapa del proyecto) y la finalidad constitucional relevante (contribuir al gasto público), es posible ver que esta acción podría cumplir con el requisito de idoneidad, pero por razones distintas a las señaladas por la Primera Sala.

Continúo, entonces, con el siguiente subprincipio (necesidad), por el cual se debe examinar si el Estado realizó el esfuerzo de tratar de evitar el retroceso por otros medios alternativos (Clérico, 2018, p. 135). En este caso deberían considerarse las referencias de suficiencia de las medidas propuestas por el Estado (si las hubiera) para poder evaluar si los medios alternativos eran los más adecuados y eficaces (Clérico, 2018).

En el presente caso no se plantearon medios alternativos para evitar interrumpir el proyecto Ciudad de las Artes ni se dieron otras opciones para cubrir los servicios del proyecto. Esto significó un detrimento para los avances en el cumplimiento de las obligaciones del derecho a la cultura, pero no se plantearon otros proyectos que reemplacen el existente ni se concretaron medidas a mediano plazo. Se debe también considerar que no se podía evaluar si la terminación de la primera etapa del proyecto fue suficiente para satisfacer el derecho a la cultura, porque en su momento no se contó con la información empírica del impacto que tendría suspender la obra.

En este sentido, Daniel Vázquez señala una serie de interrogantes que permitan determinar si el Estado cumplió con los requerimientos para establecer una política pública que se sostuviera en el tiempo. En primer lugar, señala que se deberá verificar si existe algún diagnóstico que analice cuál es el contexto para la realización del derecho; si existen mecanismos establecidos para determinar las prioridades que deben tomarse

en referencia con el cumplimiento del derecho; si existen planes de acción o programas en torno al ejercicio progresivo del derecho en cuestión; si se establecen mecanismos de mejora de las políticas públicas ya existentes en términos de goce efectivo de los derechos, y si se divulgan periódicamente los resultados alcanzados y las medidas correctivas o complementarias, con el fin de que los interesados y los actores sociales participen en el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas (Vázquez, 2018, p. 163). Esta información no se proveyó en su momento por el Estado, o por lo menos no es señalada por la Primera Sala en la sentencia, lo cual en el presente caso es una referencia importante para poder evaluar si se cumplió con el principio de progresividad y no se incurrieron en medidas regresivas arbitrarias.

Otro de los instrumentos que en esta etapa puede servir para determinar si la política pública tomada por el Gobierno de Nayarit era razonable, es el documento elaborado por el CDESC en 2017 para la "Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el 'máximo de los recursos de que disponga' de conformidad con el protocolo facultativo del Pacto (PIDESC)". En este documento se señalan los requisitos para determinar si una medida tomada por el Estado es adecuada o razonable (párrafo 8) según las siguientes consideraciones:

1. Hasta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.
2. Si el Estado parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria.
3. Si la decisión del Estado parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos.
4. En caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto.

5. El marco cronológico en que se adoptaron las medidas.

6. Si las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo.

En el presente caso, las medidas tomadas fueron discrecionales, sin considerar la restricción que se generaría al derecho a la cultura y su logro progresivo, no se plantearon opciones que limitaran en menor medida al derecho a la cultura y la intervención a ese derecho no supuso el fomento de otro derecho fundamental. Por todas estas consideraciones, la actuación del Gobierno de Nayarit no pasaría la segunda etapa de proporcionalidad y, por tanto, sería desproporcionada en sentido amplio.

De esta forma, el análisis de la SCJN no comparó entre las medidas que, siendo igual de efectivas para cumplir con el fin constitucionalmente válido, afectaran en menor medida el derecho a la cultura. Esta falta de análisis de las alternativas, aunadas a la falta de justificación estatal de la medida regresiva (que exigía argumentos fuertes y muy buenos), permite concluir que la resolución de la Primera Sala fue poco afortunada.

Toda vez que el examen de proporcionalidad es escalonado y progresivo, y que ya se demostró que la medida tomada por el Gobierno de Nayarit no superó el examen de necesidad, no es necesario realizar una ponderación, pues el resultado de ese subprincipio sería intrascendente para la conclusión de que la actuación estatal fue inconstitucional y violatoria del derecho humano a la cultura.

F. Conclusiones

Los derechos sociales, como el derecho a la cultura, están regidos por el principio de progresividad, el cual implica el deber de cumplir este derecho en la mayor medida de lo posible y promover su avance continuo.

Logrado este progreso, los Estados tienen la prohibición de tomar medidas regresivas que dieran marcha atrás a lo logrado sin una justificación razonable. En el amparo 566/2015 de la Primera Sala podemos advertir que para hacer este análisis, era necesario aplicar el principio de proporcionalidad para poder evaluar si la restricción que se hizo a este derecho por medio de la interrupción de las acciones tomadas por el Gobierno de Nayarit eran justificadas y proporcionadas.

Pese a las intenciones de la Primera Sala de aplicar este principio, los argumentos planteados en la resolución del amparo 566/2015 no fueron claras respecto a la razonabilidad de las políticas tomadas por el Gobierno de Nayarit.

En primer término, se revisó cómo la forma de establecer el contenido mínimo del derecho a la cultura para fijar los niveles esenciales de cumplimiento inmediato por el Estado no fue la más adecuada, se tienen algunos mecanismos que podrían evaluar supuestos fácticos fundamentales para resolver estos temas. La sentencia analizada falla en desentrañar ese contenido mínimo de este derecho, pues sólo hizo alusiones dogmáticas y no razonadas sobre la dignidad humana.

Asimismo, un tema clave que no fue abordado debidamente en la sentencia fue la prohibición de regresividad, que exigía a la SCJN establecer un modelo o test más objetivo para determinar si una medida es regresiva o no (por ejemplo, en el presente trabajo me basé en los modelos propuestos por Clérico y Vázquez). La SCJN se limitó a justificar que sí se cumplía el mínimo esencial del derecho, no había necesidad de progresar en su cumplimiento, y mucho menos advirtió una regresividad. Esto resulta desafortunado, pues el Gobierno de Nayarit ya había avanzado en el cumplimiento del derecho a la cultura (mediante la decisión de realizar la segunda etapa proyecto del centro cultural, haberla planeado y haberse tomado acciones para la asignación del presupuesto), por lo que al cancelar el proyecto y reasignar su presupuesto, evidentemente se dieron pasos atrás respecto a lo avanzado.

Por último, destaca que, del análisis de proporcionalidad de la medida tomada por el Estado, se concluye que, pudiendo ser idónea (aunque no por las razones asentadas por la SCJN), no satisface el subprincipio de necesidad. Por lo que se trata de una afectación desproporcionada e inconstitucional del derecho humano a la cultura.

Fuentes

Abramovich, V. y Courtis, C. (2004), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta.

Acuña, J. (2010), *La justicia constitucional y las políticas públicas sociales. El control de las políticas públicas a partir de la articulación jurisdiccional de los derechos sociofundamentales*, México, Universidad Panamericana, Facultad de derecho (tesis doctoral).

Alexy, R. (2002), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Bernal Pulido, C. (2014), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*, Bogotá, Universidad Externado. Tercera parte: *status*, fundamento y estructura del principio de proporcionalidad, Edición de Kindle.

Borowski, M. (2003), *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Carbonell, M. (2011), *Los derechos fundamentales en México*, México, Editorial Porrúa.

Clérico, L. (2018), *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y*

comparadas, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2007), *Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el "máximo de los recursos de que disponga" de conformidad con un Protocolo Facultativo del PIDESC*, CDESC, E/C.12/2007/121 de septiembre de 2007, 18 de mayo de 2007.

Courtis, C. (comp.) (2006), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto.

Petit, L. (2016), *La categoría del contenido esencial para la determinación de los contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales y su problemática aplicación*, Sevilla, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla.

Sánchez Gil, R. (2007), *El principio de proporcionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

Vázquez, D. (2018), *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

Vázquez, D. y Serrano, S. (2013), *Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Naciones Unidas, Oficina Alto Comisionado Derechos Humanos-México.

Observación General No. 3, *La índole de las obligaciones de los Estados partes*, (pár. 1 del art. 2 del Pacto), Comité de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales (CDESC), Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, 14 de diciembre de 1990.

Observación General No. 13, *El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), E/C.12/1999/10, Consejo Económico y Social, Naciones Unidas, 8 de diciembre de 1999.

Observación General No. 21, Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC), E/C.12/GC/21, Consejo Económico y Social, Naciones Unidas, 21 de diciembre de 2009.

Sentencia recaída al Amparo en Revisión 566/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 15 de febrero del 2017.

Sentencia recaída al Amparo en Revisión 323/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo.

Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1295/2015, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: Alberto Pérez Dayán.

Sentencia recaída al Amparo en Revisión 378/2014, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: Alberto Pérez Dayán.

Sentencia recaída al Amparo en Revisión 750/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: Norma Lucía Piña Hernández.

Tesis [A.]: 2a. 1941 (5a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, mayo de 1941, Tomo LXVIII, p. 1564, Reg. Digital 328228.