

Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)

CHRISTIAN COURTIS
COORDINADOR

TOMO I

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

PO
Q300.113
M368m

Manual sobre justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) / coordinador Christian Courtis ; esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar ; preámbulo Guillermo Fernández-Maldonado C. -- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
1 recurso en línea (2 tomos : ilustraciones, cuadros ; 24 cm.)

En la portada: Derechos Humanos; Escuela Federal de Formación Judicial

Material disponible solamente en PDF.

Contenido: t.1. El papel de los jueces en la protección de los DESCAs en la división constitucional de poderes. Estado social constitucional, garantías y democracia : el papel de las garantías jurisdiccionales en la tutela de los derechos sociales / Gerardo Pisarello -- Jueces constitucionales, derechos sociales y economía : sobre la legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía / Rodrigo Uprimmy -- Los derechos sociales y los deberes de cuidado de la administración / José Roldán Xopa -- La deseable sinergia entre las comisiones de derechos humanos y el poder judicial en México en la protección de los DESCAs : propuestas de renovación para una relación inexistente / Julieta Morales Sánchez -- Fuentes de interpretación. Los principios constitucionales en materia de derechos humanos y su relación con los DESCAs / Sandra Serrano y Daniel Vázquez -- Los tratados internacionales de derechos humanos y su interpretación en sede internacional como fuente de aplicación de los DESCAs para los jueces mexicanos / Christian Courtis -- Los DESCAs en la Corte Interamericana y su trascendencia para el poder judicial mexicano / Eduardo Ferrer Mac-Gregor -- Treinta años de adjudicación de derechos sociales, económicos y culturales en Colombia / Natalia Ángel Cabo -- La experiencia argentina en materia de protección judicial de los DESCAs / Christian Courtis y Sebastián Tedeschi -- Principios, criterios y herramientas de interpretación y tutela. El núcleo mínimo vital de los derechos sociales / Leticia Morales -- El principio de razonabilidad en la tutela judicial de los DESCAs / Aniza García -- Aportes desde el DIDH sobre el principio de igualdad y no discriminación y los DESCAs / Silvia Serrano Guzmán -- La prohibición de regresividad en materia de DESCAs / Christian Courtis -- El valor de la metodología : claroscuros en la jurisprudencia mexicana en materia de derechos sociales / Roberto Lara Chagoyán -- El amparo al servicio de los derechos sociales : orientación para la acción / Francisca Pou Giménez -- La tensión entre interés legítimo y derechos sociales : una propuesta de solución / Juan Antonio Cruz Parceró -- t.2. Derechos, grupos de especial protección y situaciones de vulnerabilidad. La protección judicial del derecho a la salud : avances y ejemplos en perspectiva comparada / Laura Clérico y Liliana Ronconi -- Derecho a la educación : bases para su tutela judicial / Liliana Ronconi -- El derecho a una vivienda digna y adecuada : experiencias comparadas de tutela judicial / María Silvia Emanuelli y Carla Luisa Escoffé Duarte -- El derecho a la vivienda como derecho humano en la jurisprudencia argentina / Sebastián Tedeschi -- El enfoque de derechos de la protección social y su protección judicial / Magdalena Sepúlveda -- El derecho humano al agua / Rodrigo Gutiérrez Rivas -- Apuntes sobre el sentido y alcance del derecho a un nivel de vida adecuado / Dorothy Estrada Tanck -- Protección judicial del derecho al ambiente sano en México : avances y desafíos para el poder judicial / Astrid Puentes Riaño -- Judicialización de DESCAs y desigualdades estructurales : el caso de la desigualdad de género ante la SCJN / Tatiana Alfonso Sierra y Ana Micaela Alterio -- Pueblos indígenas, derecho al territorio y derechos sociales / Rodrigo Gutiérrez Rivas y Daniela Sánchez Carro -- Derechos humanos y desastres : los deberes del Estado y el poder judicial en su cumplimiento / María Paula Saffon y Mayra Ortiz Ocaña

ISBN 978-607-552-246-3

1. Derechos Humanos de segunda generación -- Derecho a protección judicial -- Derecho comparado -- México 2. Protección de los Derechos humanos -- División de poderes -- Jueces 3. Principios constitucionales -- Interpretación 4. Derecho internacional de los Derechos humanos 5. Derechos de los grupos en estado de vulnerabilidad I. Courtis, Christian, coordinador, autor de introducción II. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo III. Fernández-Maldonado C., Guillermo, escritor de prólogo IV. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General de Derechos Humanos
LC KGF3003

Primera edición: diciembre de 2021

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.

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

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.

Esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

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

Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)

CHRISTIAN COURTIS
COORDINADOR

TOMO I

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministro Alberto Pérez Dayán

Dirección General de Derechos Humanos

Mtra. Regina Castro Traulsen
Directora General

Contenido

Tomo I

Presentación	XIII
Preámbulo	XVII
Introducción	XXI

PRIMERA PARTE

El papel de los jueces en la protección de los DESCAs en la división constitucional de poderes

Capítulo I

Estado social constitucional, garantías y democracia: el papel de las garantías jurisdiccionales en la tutela de los derechos sociales <i>Gerardo Pisarello</i>	3
I. Introducción.....	5
II. Los derechos sociales en el constitucionalismo previo a la consolidación del Estado social	6
III. El Estado social tradicional como Estado constitucional restringido	8
IV. El proceso “deconstituyente” de los derechos sociales: una regresión política y jurídica.....	14

V. Las tareas del Estado social constitucional: mejores garantías, más democracia.....	18
VI. La reconstrucción de las garantías institucionales	20
VII. La reconstrucción de las garantías sociales. La ciudadanía como custodio último de los derechos sociales.....	35
VIII. A modo de conclusión. Derechos, garantías, democracia: en busca de los sujetos perdidos.....	40
Bibliografía	41

Capítulo II

Jueces constitucionales, derechos sociales y economía: sobre la legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía <i>Rodrigo Uprimny</i>	47
Preludio a la reedición de este artículo en 2021	49
I. Introducción.....	53
II. Las críticas a la intromisión judicial en la economía.....	56
III. La incapacidad técnica de los jueces constitucionales	61
IV. El “populismo” y la insensibilidad de los jueces frente a las consecuencias de sus decisiones	65
V. Sobre el supuesto carácter antidemocrático del control constitucional de los procesos económicos	73
VI. Sobre los riesgos de rigidez constitucional.....	90
VII. Los problemas de inseguridad jurídica	92
VIII. Los riesgos de desmovilización ciudadana y politización de la justicia	94
IX. Conclusiones.....	95
Bibliografía	97

Capítulo III

Los derechos sociales y los deberes de cuidado de la Administración <i>José Roldán Xopa</i>	103
I. Introducción.....	105

II. Los derechos sociales como fines de procesos públicos de distinto tipo y su control jurisdiccional.....	109
III. Los DESC y los fines constitucionales.....	111
IV. Los deberes de cuidado y la debida diligencia administrativa.....	114
V. El debido proceso de la decisión pública y las capacidades públicas.....	120
VI. Los deberes de cuidado y de diligencia y los DESC.....	128
VII. La discrecionalidad administrativa.....	131
VIII. Garantía jurisdiccional de los DESC y política pública.....	134
IX. Conclusiones.....	139
Bibliografía.....	139

Capítulo IV

La deseable sinergia entre las comisiones de Derechos Humanos y el Poder Judicial en México en la protección de los DESCA.

Propuestas de renovación para una relación inexistente

<i>Julieta Morales Sánchez</i>	147
I. Nota de advertencia.....	149
II. La actividad de las Comisiones de Derechos Humanos en materia de DESCA.....	151
III. Razones jurídicas para la construcción de una relación entre los sistemas jurisdiccional y no jurisdiccional de derechos humanos.....	154
IV. Casos paradigmáticos y buenas prácticas en materia de DESCA: propuestas para la innovación.....	169
V. Guía práctica para la incorporación y valoración del expediente no jurisdiccional en sede judicial.....	177
VI. A manera de conclusiones.....	184
Bibliografía.....	186

SEGUNDA PARTE

Fuentes de interpretación

Capítulo V

Los principios constitucionales en materia de derechos humanos
y su relación con los DESCAs

<i>Sandra Serrano y Daniel Vázquez</i>	197
I. Introducción.....	199
II. La interpretación conforme y el principio <i>pro persona</i>	202
III. Los principios de los derechos humanos.....	207
IV. Las obligaciones generales	215
V. Reflexiones finales	222
Bibliografía	222

Capítulo VI

Los tratados internacionales de derechos humanos y su
interpretación en sede internacional como fuente de aplicación
de los DESCAs para los jueces mexicanos

<i>Christian Courtis</i>	225
I. Introducción.....	227
II. Los tratados internacionales como fuentes de interpretación en materia de DESCAs	227
III. Fuentes internacionales relevantes en materia de DESCAs	235
IV. A modo de conclusión.....	259
Bibliografía	259

Capítulo VII

Los DESCAs en la Corte Interamericana y su trascendencia
para el poder judicial mexicano

<i>Eduardo Ferrer Mac-Gregor</i>	271
I. Introducción.....	273

II. Los DESCAs en la jurisprudencia de la Corte Interamericana...	275
III. Las reformas constitucionales de 2011 y su impacto en la protección jurisdiccional de los DESCAs	290
IV. La Jurisdicción mexicana y algunos desafíos frente a la experiencia internacional	314
Bibliografía	317

Capítulo VIII

Treinta años de adjudicación de derechos sociales, económicos y culturales en Colombia

<i>Natalia Ángel Cabo</i>	327
I. Introducción.....	329
II. Sobre el carácter evolutivo de la jurisprudencia y otras precisiones iniciales.....	333
III. La evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de DESC.....	339
IV. La etapa actual: ¿viraje jurisprudencial?	378
V. A manera de conclusión: un balance de 30 años de adjudicación de los DESCAs en Colombia	386
Bibliografía	392

Capítulo IX

La experiencia argentina en materia de protección judicial de los DESCAs

<i>Christian Courtis y Sebastián Tedeschi</i>	403
I. Introducción.....	405
II. Derechos laborales.....	405
III. Derechos previsionales	410
IV. Derecho a la salud	415
V. Derechos educativos.....	424
VI. Derecho a la alimentación.....	430
VII. Derechos ambientales y al agua	432
Bibliografía	438

TERCERA PARTE

Principios, criterios y herramientas de interpretación y tutela

Capítulo X

El núcleo mínimo vital de los derechos sociales

<i>Leticia Morales</i>	453
I. Introducción.....	455
II. Delineando el concepto de núcleo mínimo vital de los derechos sociales.....	457
III. Estrategias de fortalecimiento del contenido del núcleo mínimo vital.....	465
IV. El potencial del núcleo mínimo vital en la jurisprudencia.....	472
V. Conclusiones.....	477
Bibliografía	478

Capítulo XI

El principio de razonabilidad en la tutela judicial de los DESC

<i>Aniza García</i>	485
I. La justiciabilidad de los DESC como punto de partida	487
II. La definición de los derechos y de las condiciones mínimas como criterios de interpretación	490
III. La determinación de las obligaciones que conllevan los DESC: criterios para su aplicación.....	495
IV. Nota sobre el principio de “progresividad”	498
V. El criterio de “razonabilidad”	500
VI. El desarrollo de estrategias, planes nacionales e indicadores ...	514
VII. Nota sobre el impacto presupuestario.....	518
VIII. A manera de conclusiones	519
Bibliografía	521

Capítulo XII

Aportes desde el DIDH sobre el principio de igualdad y no discriminación y los DESC

<i>Silvia Serrano Guzmán</i>	529
I. Introducción.....	531
II. Base normativa de la relación entre el principio de igualdad y no discriminación y los DESC en el DIDH.....	532
III. Precisiones sobre las obligaciones derivadas del principio de igualdad y no discriminación en relación con los DESC.....	535
IV. Casos sobre igualdad y no discriminación en materia de DESC	540
V. Conclusión.....	558
Bibliografía.....	560

Capítulo XIII

La prohibición de regresividad en materia de DESCA

<i>Christian Courtis</i>	565
I. Introducción.....	567
II. Dos nociones de regresividad.....	567
III. La prohibición de regresividad en la Constitución mexicana y en el PIDESC.....	570
IV. Algunas bases para la aplicación de la prohibición de regresividad.....	575
V. Algunas aplicaciones jurisprudenciales.....	597
Bibliografía.....	601

Capítulo XIV

El valor de la metodología: claros y oscuros en la jurisprudencia mexicana en materia de derechos sociales

<i>Roberto Lara Chagoyán</i>	611
I. Introducción.....	613

II. Principio de delimitación: ¿Realmente se trata de un tema de derechos sociales?	615
III. Las particularidades de la interpretación de los derechos sociales	625
IV. A manera de conclusión	641
Bibliografía	642

Capítulo XV

El amparo al servicio de los derechos sociales: orientación para la acción

<i>Francisca Pou Giménez</i>	645
I. Introducción: el amparo constitucionalizado	647
II. El acceso al amparo	649
III. La sustanciación del amparo: interludio.....	668
IV. La resolución y el cumplimiento del amparo	671
V. Conclusión	689
Bibliografía	690

Capítulo XVI

La tensión entre interés legítimo y derechos sociales.

Una propuesta de solución

<i>Juan Antonio Cruz Parcero</i>	701
I. Introducción.....	703
II. El origen del interés legítimo y sus complicaciones.....	704
III. El desarrollo de los derechos sociales y los derechos humanos	714
IV. Los criterios de la SCJN sobre interés legítimo	720
V. La tensión entre interés legítimo y derechos sociales.....	729
VI. Propuesta para resolver las tensiones	732
Bibliografía	734

Presentación

En los últimos diez años, el derecho en nuestro país ha atravesado una verdadera revolución. La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, interpretada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dio lugar a un nuevo paradigma a partir del cual el lenguaje del derecho se ha transformado. En esta década se amplió el parámetro de regularidad constitucional, se consignaron herramientas interpretativas novedosas, se estableció la obligatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y recientemente se afirmó la obligación de las y los jueces federales de realizar un control oficioso de convencionalidad de todas las normas sujetas a su conocimiento, entre muchos otros desarrollos.

A pesar de estos cambios dramáticos en nuestro sistema, el modelo de formación y capacitación de personal jurisdiccional y los materiales de apoyo se habían mantenido estáticos y no evolucionaron a la par. Por ello, desde el inicio de mi gestión como Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal sostuve la necesidad de consolidar un nuevo perfil de las personas juzgadoras, sustentado en la formación de las competencias y habilidades propias del nuevo paradigma constitucional.

En ese contexto, y teniendo en mente las necesidades formativas de nuestros operadores de justicia, la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema

Corte y la Escuela Federal de Formación Judicial diseñaron el proyecto editorial *Manuales de Actuación*, dirigido especialmente al personal jurisdiccional. Los manuales buscan ser verdaderas herramientas didácticas que, por un lado, faciliten la resolución de los casos a la luz de los estándares más actualizados en derechos humanos, y por el otro, contribuyan a la formación especializada en temas esenciales para la impartición de justicia.

Así, los manuales abordan temas que han sido poco explorados en la formación de las y los impartidores de justicia, aun cuando resultan trascendentales para su labor. Algunos manuales desarrollan conocimientos transversales a la función jurisdiccional, con independencia de la materia. Otros buscan profundizar sobre temas específicos en diversas materias como penal, civil o laboral.

Cada manual es coordinado académicamente por una persona experta en el tema. Por su parte, los capítulos son escritos por personas nacionales e internacionales que fueron cuidadosamente elegidas a partir de su formación y experiencia. El eje rector, en todo momento, ha sido fortalecer la impartición de justicia con herramientas pedagógicas accesibles, y claras, en línea con nuestra visión de una nueva formación judicial.

En ese contexto, me complace presentar el *Manual sobre protección judicial de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales* que tiene en sus manos. Como lo indica su título, el manual se enfoca en la defensa de los DESCAs en sede judicial, a la luz de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos, derecho comparado y de criterios nacionales.

Desde hace varias décadas, la protección de los DESCAs es uno de los temas que ha cobrado gran relevancia en el debate constitucional latinoamericano. Una de las discusiones más importantes tiene que ver con la legitimidad de los tribunales para hacer efectivos estos derechos, pues su satisfacción se ubica en el cruce del mercado, la economía y las políticas públicas: ámbitos tradicionalmente reservados a los poderes democráticamente electos.

En esta línea se sostiene, por ejemplo, que los jueces no deben resolver sobre derechos de esta naturaleza porque sus decisiones tienen considerables impactos

presupuestales, además de que requieren de considerar variables complejas de política pública que los tribunales son incapaces de ponderar, y cuyas consecuencias no pueden prever; o bien, porque son decisiones que demandan credenciales democráticas que los jueces no tienen.

Con todo, aunque existen retos en la adjudicación de los DESCAs, ello no significa que los jueces y juezas no tengan ningún papel relevante en la esfera de los derechos sociales, o que carezcan de legitimidad para protegerlos. Por el contrario, bien entendida, nuestra tarea en la defensa de los derechos sociales es una exigencia constitucional indeclinable.

En efecto, si nuestra Constitución impone a todas las autoridades la obligación de proteger los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, entonces, es momento de abandonar la visión obsoleta que concibe a los derechos sociales como un catálogo de promesas y buenos deseos, y asumirlos cabalmente como normas jurídicas con plena exigibilidad.

Esto significa entender que los DESCAs obligan a los tribunales a hacer efectivo, progresivamente, el programa social de nuestra Constitución. Así, es tarea de las personas juzgadoras asumir un proyecto de interpretación constitucional transformador que promueva el cambio social y permita obtener resultados tangibles en la vida de las personas. No se trata de diseñar políticas públicas en las sentencias sino de darle contenido y alcance a los derechos sociales que reconoce la Constitución. En ese sentido, tampoco basta la implementación de políticas desde el Ejecutivo para abatir la desigualdad y la pobreza, sino que es crucial un papel activo de todos los jueces y juezas en la interpretación y construcción progresiva del contenido de estos derechos.

Mediante la interpretación de los derechos sociales, las personas juzgadoras pueden impulsar a los otros poderes a justificar sus decisiones a la luz de un contenido robusto de DESCAs, lo que detonará un valioso proceso de deliberación interinstitucional y fomentará la responsabilidad política. A golpe de sentencias, podemos retroalimentar la labor de quienes toman decisiones de política pública con

parámetros razonables y coherentes basados en derechos humanos. Así entendida, la justicia constitucional hace una contribución única a la justicia social: que el diseño de la política pública internalice el respeto pleno de los derechos sociales.

El Manual que tengo el placer de presentar es una herramienta indispensable para hacer realidad ese objetivo. Con una estructura clara y didáctica, el texto recoge los estándares emitidos en las sentencias de la SCJN, de otras Altas Cortes de la región, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de otros organismos en la materia, con el fin de ofrecer a las personas operadoras de justicia de nuestro país un panorama tanto teórico como práctico de los desafíos conceptuales y de las experiencias concretas de protección judicial de los derechos sociales.

De manera particular, el manual dedica una primera parte a los fundamentos de la protección judicial de los derechos sociales a la luz de la teoría democrática y de la división de poderes. La segunda parte recoge las fuentes nacionales, internacionales y comparadas de desarrollo del contenido de derechos sociales. La tercera parte analiza los principios, criterios y herramientas de interpretación y tutela de los derechos sociales, a partir de las fuentes previamente presentadas. Por último, la cuarta parte aborda la protección judicial de derechos sociales específicos, como los derechos a la salud, educación, vivienda, agua, protección social, a un nivel de vida adecuado y medio ambiente sano. Para ello, se pone especial énfasis en la tutela de grupos en situaciones de vulnerabilidad.

Acabar con la pobreza y disminuir la brecha de desigualdad que nos separa a los mexicanos debe ser una política de Estado fundada en una visión de derechos humanos y respaldada por un amplio consenso político y social. En ese contexto, hacer efectivos los derechos sociales en sede judicial es una exigencia impostergable, y un paso fundamental para construir una sociedad más igualitaria. El *Manual*, estoy convencido, facilitará el cumplimiento de esa labor.

Ministro Arturo Zaldívar

*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de Judicatura Federal*

Preámbulo

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 constituye la base sobre la cual se ha erigido el andamiaje normativo e institucional del sistema de protección internacional de los derechos humanos, cuya influencia sobre el constitucionalismo moderno es innegable.

En la histórica declaración se reconocen los derechos mínimos de todas las personas para vivir una vida digna, libres de discriminación. Pero también se sientan las bases de los principios de indivisibilidad, interdependencia e igual valor de los derechos humanos sean estos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales. Pese a que estos principios se ratificaron en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena 1993), en los hechos estos dos grupos de derechos siguieron procesos diferentes.

En la práctica, los derechos sociales no lograron el respeto, protección y garantía que desde un inicio se concedieron a los derechos civiles y políticos, con el argumento de que eran derechos de otra naturaleza —de realización progresiva o programáticos, pero sin plazos ni indicadores de progreso—. Por un lado, se omitió la adopción de medidas para promover su goce efectivo, y tampoco se desarrollaron mecanismos internos e internacionales para monitorearlos y exigir su vigencia.

Hoy, tras 45 años de vida del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es universalmente aceptado, como una obligación de todos los Estados, el adoptar medidas rápidas y eficaces hacia la plena realización de estos derechos, a su vez el no adoptar medidas regresivas y el satisfacer con carácter prioritario niveles mínimos y esenciales de estos derechos.

Los estándares internacionales de derechos humanos contribuyen enormemente a facilitar el efectivo cumplimiento de estas obligaciones, al establecer una referencia universal sobre su contenido y alcance. Los estándares y las recomendaciones de comités de los tratados, procedimientos especiales y el Examen Periódico Universal de la ONU, ponen a disposición de cada Estado —dentro de un adecuado margen de discrecionalidad— medidas concretas para hacerlos efectivos.

La gravedad de la mencionada disparidad de trato, —que llevó al escaso desarrollo de la vigencia efectiva y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales— se profundiza en regiones con desigualdades trascendentales, como ocurre, por ejemplo, en el marco de la pandemia del COVID-19 en América Latina. A consecuencia de esto, los llamados desde CEPAL y el propio Secretario General de la ONU de no regresar al modelo de desarrollo que generó tales niveles de pobreza y desigualdad cobran mayor relevancia, con el fin de colocar a la persona y sus derechos en el centro. Se trata de un llamado urgente a sumar esfuerzos hacia el logro de la realización de los derechos sociales como resultado de la acción del Estado y de la exigencia de la sociedad.

Gracias al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se erradicó la arcaica concepción de derechos humanos con diversa jerarquía y exigibilidad. El protocolo pone a disposición de todas las personas un mecanismo internacional para exigir el respeto, protección y garantía de estos derechos y permite una mayor comprensión de su contenido.

Sin perjuicio de los importantes avances en la esfera del derecho internacional y del derecho constitucional —entre los que se cuenta sin duda la reforma constitucional mexicana de 2011 en materia de derechos humanos—, la implementación efectiva de la exigibilidad de los derechos sociales constituye un enorme

desafío, tanto para operadores judiciales como para la ciudadanía. La pregunta que enfrentar es ¿cómo se debe proceder para que los derechos reconocidos jurídicamente pasen a ser derechos disfrutados de manera efectiva por las personas?

Esta magnífica obra ofrece una reflexión académica y comprometida para construir una respuesta actual y realista a esta pregunta en México. Su utilidad no se limita a los jueces en su papel de interpretación y protección de estos derechos, pues es también una herramienta extraordinaria para exigirlo, en particular para grupos de especial protección o en situación de vulnerabilidad. Expertos nacionales y extranjeros nos ofrecen experiencias y visiones innovadoras sobre este complejo tema, mostrándonos cómo es que constituciones y estándares internacionales de derechos humanos pueden ser instrumentos efectivos para la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales para todas las personas.

Guillermo Fernández-Maldonado C.

*Representante de la Oficina en México del Alto
Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos*

Introducción

Uno de los temas que se ha abierto camino con mayor vigor en las últimas décadas en el debate constitucional y de los derechos humanos es el de la protección judicial de los derechos sociales —o, con mayor detalle y amplitud, los también llamados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, según la terminología usada en el ámbito regional latinoamericano—.

Aunque la tradición constitucional latinoamericana los reconoce hace más de un siglo —con la experiencia pionera de la Constitución mexicana de 1917—, durante mucho tiempo se consideró que se trataba de derechos de carácter meramente programático; es decir, sólo destinados a habilitar la acción de los poderes políticos del Estado y por ende, exentos de control judicial. Una confluencia de factores —entre ellos, la renovación constitucional en gran parte de América Latina, y en países emergentes de otras zonas del mundo, además del creciente desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos en la materia— ha dado como resultado el florecimiento de experiencias jurisprudenciales comparadas que, como mínimo, han puesto en duda la supuesta imposibilidad de hacer justiciables los derechos sociales.

Estas experiencias también han sido acompañadas por un intenso debate teórico sobre la jurisprudencia y sobre el cambio del papel de la judicatura en la materia. Superada ya la cuestión de si estos derechos son por naturaleza justiciables, las

discusiones han girado en torno a cuestiones más prácticas: obstáculos y soluciones de carácter procesal, el desarrollo de criterios adecuados de decisión en la materia, el tipo de reparación o remedio judicial necesario para la adecuada protección de estos derechos, la necesidad de mecanismos de seguimiento del cumplimiento de sentencias complejas que requieran un tiempo prolongado de implementación, o la evaluación de la efectividad de actuación judicial en esta área, entre otros temas. México no ha sido ajeno a estas discusiones, que se han instalado progresivamente en el debate académico y en la jurisprudencia mexicana, en particular a partir de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos.

Aunque estos temas tienen paralelos en otros ámbitos jurídicos que han experimentado reciente renovación, lo cierto es que muchas de las cuestiones planteadas requieren revisar conceptos tradicionales, basados en muchos casos en una comprensión estrecha de los derechos fundamentales como libertades negativas con dimensiones exclusivamente individuales. La discusión sobre el papel de los jueces y el alcance de su actuación en materia de derechos sociales pone sobre la mesa algunas cuestiones que habían tenido poco desarrollo en la doctrina constitucional tradicional, y que obligan a reevaluar y ajustar concepciones tanto de la idea de derecho fundamental, como de la función de los jueces frente a los poderes políticos: administración y legislatura.

En el fondo, se trata de reconsiderar el papel de los jueces en democracias constitucionales caracterizadas por constituciones que colocan en cabeza de los poderes políticos responsabilidades importantes en materia social y ambiental. Sin pretensión de agotar el elenco de cuestiones que han merecido debate, me limito a anotar algunas relevantes: el alcance del contenido de los derechos sociales y de sus correlativas obligaciones; los criterios para evaluar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones en cabeza de los poderes políticos, el papel de los jueces ante omisiones totales o parciales de esos poderes; la actuación judicial ante el incumplimiento de obligaciones de hacer; el alcance necesariamente colectivo de remedios o reparaciones que impliquen la puesta en marcha o modificación de servicios o políticas públicas; la necesidad de ajustar instituciones

procesales tradicionales para garantizar la efectividad de los derechos sociales y de la intervención judicial en la materia.

De modo similar, el debate sobre la protección judicial de los derechos sociales ha traído a la palestra el papel de los jueces en aquellos casos en los que la realización o afectación de derechos sociales depende de la actuación de sujetos privados —sea porque su realización se haya dejado librada primordialmente al mercado, como es el caso de los derechos a la vivienda, al trabajo o a la alimentación, sea porque el Estado ha privatizado total o parcialmente los servicios destinados a satisfacer derechos sociales, como en el caso de los derechos al agua y a la seguridad social—. Esto requiere revisar la concepción según la cual los derechos fundamentales rigen solamente en relaciones entre individuo y Estado, y desarrollar bases para la protección directa o indirecta de derechos sociales en juego en relaciones entre particulares.

La creciente diversidad y pluralidad de nuestras sociedades agrega otro tema de reflexión importante en materia de derechos sociales. La visibilización de reclamos tanto de reconocimiento como de redistribución de distintos colectivos —mujeres, pueblos indígenas, campesinos, personas con discapacidad, adultos mayores, colectivos LGTBI, extranjeros, entre otros— ha generado una reflexión crítica contra un modelo vertical y homogeneizante de instituciones y servicios sociales, además ha colocado en el debate la cuestión por las formas de satisfacer los derechos sociales de manera sensible a la pluralidad y a la diferencia que las constituciones y los tratados de derechos humanos afirman valorar. Por ello, una parte considerable del debate contemporáneo en materia de derechos sociales gira en torno a la aplicación del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación. Estos debates se han reflejado de manera creciente en la jurisprudencia dedicada a la materia, y han revertido en la discusión y propuestas de elaboración de criterios adecuados para la adopción de decisiones judiciales en este campo.

Por último, a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, el ordenamiento jurídico mexicano ha reforzado la necesidad de interpretación armónica de los derechos fundamentales de fuente constitucional y de los

derechos humanos emanados de tratados internacionales ratificados por México. Como he sugerido antes, el derecho internacional de los derechos humanos ha constituido una fuente importante para la consolidación de una concepción más exigente del papel del Poder Judicial en la protección de derechos sociales. Es relevante, entonces, explorar los estándares internacionales desarrollados en la materia, como guía interpretativa de los derechos sociales que forman parte del bloque de constitucionalidad, y como resguardo para la correcta realización por parte de los jueces del control de convencionalidad cuando se trate de la aplicación de derechos sociales de fuente internacional.

En este contexto, el objetivo de la presente publicación es el de ofrecer a los jueces mexicanos y a otros lectores interesados un panorama tanto teórico como práctico de los mencionados desafíos conceptuales y de las experiencias concretas de protección judicial de los derechos sociales. Para ello, la obra recoge discusiones teóricas, criterios de resolución y reflexión sobre ejemplos jurisprudenciales mexicanos, internacionales —tanto interamericanos como universales— y de países con tradiciones jurídicas y culturales cercanas a México —en particular, latinoamericanas—. Cabe aclarar que, aunque el debate conceptual no está ausente, la obra tiene una orientación fundamentalmente práctica, destinada a presentar problemas y desafíos de la protección judicial de los derechos sociales, y a sugerir —a partir del diagnóstico de dificultades o barreras pasadas o presentes en la materia, y sobre la base de experiencias nacionales internacionales y comparadas— soluciones operativas que permitan adaptar esas experiencias al contexto mexicano.

El libro cuenta con el aporte de académicas y académicos de destacada trayectoria en el tema, tanto mexicanos como extranjeros. En cuanto a la estructura de la obra, una primera parte está dedicada a los fundamentos de la protección judicial de los derechos sociales a la luz de la teoría democrática y de la división de poderes. La segunda parte revisa las fuentes nacionales, internacionales y comparadas de desarrollo del contenido de derechos sociales. La tercera parte se adentra en los principios, criterios y herramientas de interpretación y tutela de los derechos sociales, a partir de las fuentes previamente presentadas. Por último, la cuarta parte aborda la protección judicial de derechos sociales específicos

—como los derechos a la salud, educación, vivienda, agua, protección social, a un nivel de vida adecuado y medio ambiente sano— y considera la actuación judicial en la tutela de grupos de especial protección y en situaciones de vulnerabilidad.

Aunque por razones de extensión fue necesario dejar fuera algunos derechos y otros temas relevantes, he intentado cubrir esa posible carencia sugiriendo a los autores y autoras incluir ejemplos ilustrativos sobre cuestiones a las que no hemos dedicado capítulos específicos, tales como los derechos laborales, y la protección de los derechos sociales de niños, niñas y adolescentes y de personas con discapacidad.

Agradezco desde ya a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la iniciativa para esta oportuna publicación, y espero sinceramente que la obra ayude a consolidar la ya perceptible tendencia de los tribunales mexicanos a asumir decididamente el papel de garante de todos los derechos humanos —incluyendo los derechos sociales— que le asigna la constitución; ofreciendo mediante estos textos materiales y herramientas a los operadores judiciales, para que contribuyan al desarrollo de criterios de decisión adaptados a la realidad y cultura jurídica mexicanas, en diálogo con las mejores experiencias internacionales y comparadas en la materia.

Christian Courtis

Primera Parte

**El papel de los jueces
en la protección de los DESCAs en
la división constitucional de poderes**

Estado social constitucional,
garantías y democracia:
el papel de las garantías
jurisdiccionales en la tutela
de los derechos sociales*

Gerardo Pisarello**

* Este artículo está basado en el previamente publicado V. Añón y Courtis, “El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia”, en *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, pp. 23-53. He actualizado y recontextualizado algunas ideas, aunque las tesis centrales del trabajo no han variado.

** Doctor en Derecho y profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Barcelona, Doctor Honoris causa por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina (agosto de 2018). Se ha desempeñado como primer teniente de alcaldía de Economía y Trabajo, Ciudad.

Estado social constitucional, garantías y democracia: el papel de las garantías jurisdiccionales en la tutela de los derechos sociales. I. Introducción; II. Los derechos sociales en el constitucionalismo previo a la consolidación del Estado social; III. El Estado social tradicional como Estado constitucional restringido; IV. El proceso “deconstituyente” de los derechos sociales: una regresión política y jurídica; V. Las tareas del Estado social constitucional: mejores garantías, más democracia; VI. La reconstrucción de las garantías institucionales; VII. La reconstrucción de las garantías sociales. La ciudadanía como custodio último de los derechos sociales; VIII. A modo de conclusión. Derechos, garantías, democracia: en busca de los sujetos perdidos.

I. Introducción

En un sentido amplio, los derechos sociales consisten en expectativas o pretensiones de recursos y bienes dirigidos a satisfacer necesidades básicas de las personas. Esas necesidades suelen estar ligadas a cuestiones como la educación, la salud, la vivienda o el ingreso. Su reivindicación, en consecuencia, interesa a todas las personas pero sobre todo a los miembros más vulnerables de la sociedad, cuyo acceso a dichos recursos suele ser residual, y no pocas veces, inexistente.

Es esa caracterización de los derechos sociales como derechos de los desaventajados lo que explica que su reclamo suscite, entre quienes poseen una sensibilidad igualitaria, emociones favorables.¹ Lo cierto, sin embargo, es que a lo largo de su relativamente breve pero conflictiva existencia histórica, el reconocimiento político y jurídico de derechos sociales ha operado tanto desde lógicas emancipatorias como desde lógicas de integración o de control social. Es decir, ha estado vinculado tanto a políticas orientadas a ampliar la autonomía de grupos vulnerables,

¹ Sobre el vínculo entre derechos sociales y el principio de igualdad sustancial ha insistido recientemente, Ferrajoli, “Derechos fundamentales”, en *Derechos y garantías*, caps. 3 y 7.

como a políticas de dominación dirigidas a reproducir jerarquías y privilegios, sometiendo a aquellos a diversas formas de subordinación.²

En las últimas décadas, de hecho, el debate acerca del estatuto jurídico de los derechos sociales y sus potencialidades garantistas ha tenido como telón de fondo un insistente ataque a los Estados sociales tradicionales, —favorecido, en buena medida, por el fracaso del comunismo burocrático y por el agotamiento de los proyectos socialdemócratas dominantes durante la guerra fría—.³ En ese marco, y sin ánimo de extenuar un tema cuya complejidad excede el tratamiento que puede darse en unas pocas páginas, estas líneas pretenden dar cuenta de tres cuestiones básicas. En primer lugar, indicar de forma sucinta cómo la eficacia decreciente de los derechos sociales tiene su origen en ciertas “patologías” ya presentes en el diseño político y jurídico del Estado social tradicional. En segundo término, señalar de qué manera dichas patologías se han ahondado con las diversas ofensivas neoconservadoras desatadas contra sus elementos más igualitarios e incluyentes. Finalmente, sugerir algunas posibles vías —teóricas, pero también prácticas— para una superación garantista y democrática de los límites del Estado social legislativo y, sobre todo, administrativo, y su conversión en verdadero Estado social constitucional.

II. Los derechos sociales en el constitucionalismo previo a la consolidación del Estado social

En su acepción moderna, el constitucionalismo aparece como una técnica dirigida a limitar, distribuir poder y a garantizar derechos. Alentado por las revoluciones del siglo XVIII, el constitucionalismo clásico irrumpe con la intención de limitar el absolutismo político, clerical o policial y de dotar de cierta seguridad jurídica a las nuevas relaciones económicas que cuestionan el viejo orden feudal. Con ese

² Para esta distinción entre lógicas de emancipación y lógicas de integración en el constitucionalismo social moderno, V. Herrera, *Confines del constitucionalismo*, cap. VII.

³ Para una caracterización institucional e histórica de los distintos modelos de Estados sociales, V., por todos, Cf., Esping-Andersen, *Los tres mundos del estado de bienestar*, y Merrien, *L'Etat providence*.

objetivo se garantizan ciertas libertades contractuales y se otorga centralidad al derecho de propiedad privada. Los derechos sociales, en cambio, irrumpen como una reacción a las desigualdades y a la exclusión que el capitalismo temprano genera y se sitúan en abierta tensión con la lógica que alienta el carácter absoluto de los derechos patrimoniales. La Constitución republicana francesa de 1793 es quizás uno de los reflejos más acabados de esta tensión.

En esa fase temprana, la relación entre constitucionalismo y derechos sociales se plantea como una relación formalmente débil, que sólo se reforzará con la eclosión más acusada de la llamada “cuestión social” hacia la segunda mitad del siglo XIX. Es entonces cuando, —como producto de la agudización de los conflictos entre las clases poseedoras y los sectores empobrecidos y excluidos por el capitalismo— comienza a plantearse la progresiva constitucionalización de los derechos sociales, bien a través de su incorporación explícita en los textos constitucionales de la época, mediante una cierta deconstitucionalización del carácter indisponible e ilimitable de la propiedad privada y de la libertad de contratación.

Mientras, las intervenciones estatales de asistencia a los colectivos más vulnerables no pasan de ser más que previsiones inspiradas antes en el pietismo o la caridad que en la idea de igualdad social. Durante el ciclo constitucional de la revolución francesa, como se apuntaba antes, aparece una clara preocupación por el “derecho a la existencia”, entendido como presupuesto material para el despliegue de las libertades personales.⁴ Asimismo, se recogen de manera tangencial derechos sociales relativos a la instrucción y los socorros públicos. Pero se trata de previsiones carentes de una base formal sistemática.

En las constituciones liberal-conservadoras decimonónicas, los derechos sociales desaparecen, al tiempo que se restringen los derechos políticos que facilitaban su reivindicación por parte de grupos subalternos. Así, ese Estado liberal se resuelve en un Estado de pobres, de menesterosos, en donde las intervenciones “sociales” tienen como principal propósito resolver un problema de orden público suscitado

⁴ He tratado esta cuestión, entre otros sitios, en *Cf.*, Pisarello, *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*.

en los amplísimos márgenes del mercado laboral. Ese modelo de Estado, reticente a cualquier tipo de intervención compensatoria en sentido fuerte, delega el control social a una serie de instituciones de sostenimiento mínimo y disciplina suficiente que comprenden desde hospitales y conventos hasta casas de caridad y socorro, asilos y comedores para pobres.⁵

En ese contexto, los derechos sociales se consagran a menudo como cláusulas políticas de compromiso, promovidas por élites conservadoras o liberales reformistas, como una forma de dotarse de legitimidad y de desarticular los movimientos sociales que persiguen un reconocimiento más amplio de sus intereses. La Constitución francesa de 1848, por ejemplo, recoge por primera vez el derecho al trabajo. Pero lo hace bajo la presión y vigilancia de los sectores más conservadores, que se encargan de desbaratar cualquier avance significativo en el plano político. Más tarde, en Prusia, el Estado social de Bismarck se convierte en el paradigma del Estado social paternalista, antiliberal y antidemocrático, que basa su política en un modelo corporativo y autoritario, pensado para proteger ciertas estructuras culturales, tales como la familia tradicional, de los efectos disolventes del mercado y, sobre todo, para neutralizar la creciente presión del movimiento obrero.

III. El Estado social tradicional como Estado constitucional restringido

Entre finales del siglo XIX y comienzos del XX, las críticas al capitalismo se agudizan y los derechos sociales experimentan un renovado impulso político e incluso legal. Enérgicas experiencias reformistas inspiran el surgimiento de Estados sociales liberal-laboristas en el mundo anglosajón —Gran Bretaña, Nueva Zelanda y Australia— y sientan las bases de un modelo universalista y socialdemócrata en los países escandinavos —Suecia, Noruega, Dinamarca—. En el viejo Imperio ruso y en México, por su parte, tienen lugar ensayos revolucionarios de alcance diverso.

⁵ Cf., Alonso, 1999, *passim*.

En el caso inglés o en el sueco, la generalización del acceso a ciertos recursos y bienes se abre paso a través de experiencias autogestionarias y de asociaciones de fraternidad. Sólo más tarde son protegidas a través de regulaciones que, sin embargo, no adquieren reconocimiento constitucional formal. El Estado social, en otras palabras, encuentra reflejo jurídico en constituciones sin una carga social extensa, pero que admiten limitaciones más o menos amplias a la propiedad privada o al principio de mercado.

En el caso mexicano o en el ruso, en cambio, el panorama es el inverso. Las primeras constituciones revolucionarias recogen un generoso elenco de derechos sociales y, sobre todo, de derechos laborales. Su alcance efectivo, sin embargo, resulta limitado, deformado o simplemente cancelado por la realidad política. La burocratización y el autoritarismo anquilosan el ensayo constitucional emancipatorio alumbrado en Querétaro, en 1917. El cerco internacional al régimen bolchevique y el totalitarismo estalinista, por su parte, tuercen de manera definitiva el rumbo del modelo soviético, cuyas “constituciones-balance”, aprobadas en los años 30 y 70, tienen una virtualidad jurídica claramente limitada.

Otros proyectos intermedios, sugerentes desde el punto de vista normativo, no logran concretar con éxito ni la vía del reformismo ni la vía revolucionaria. Es el caso de la Constitución de Weimar, en 1919, o de la Constitución de la República Española, en 1931. Allí, el fracaso a la hora de proyectar el contenido garantista de un Estado liberal todavía débil en un Estado democrático y social —o socialista— acaba convirtiéndose en la antesala del Estado totalitario.⁶

Hacia el final de la segunda gran guerra, todo hace presagiar una crisis terminal del dominio capitalista. Las luchas sociales se multiplican y el poder social y político de los trabajadores crece tanto en los países centrales de la economía

⁶ Los colapsos de Weimar y de la República española ofrecen una lección un tanto obvia con relación al constitucionalismo del Estado social: las posibilidades de su relativa consolidación, más allá de los dispositivos institucionales establecidos, están supeditadas en último término a la fortaleza y cohesión de los actores interesados en su expansión como a la ausencia o debilidad de actores capaces de resistirlos. Sobre estas experiencias, Cf., Herrera, *op. cit.* y Domènech, *El eclipse de la fraternidad. Una revisión republicana de la tradición socialista*.

mundial como en los de la periferia y semiperiferia. Sin embargo, la guerra radicaliza el curso de muchas existencias. El miedo a nuevas variantes, reaccionarias o revolucionarias, de violencia social, instaura las condiciones favorables para una experiencia de refundación social.⁷

Sobre ese trasfondo, justamente, el Estado social se consolida en los países centrales como una especie de acuerdo o compromiso implícito, expresado en un pacto asimétrico entre capital y trabajo: el llamado pacto keynesiano. A tenor de dicho acuerdo, que permite al capitalismo avanzado disfrutar, en los siguientes treinta años, de una nueva “época dorada” de expansión sin precedentes, el mundo del trabajo —sobre todo del trabajo fordista— acepta la lógica del beneficio y del mercado a cambio de participar en la negociación de la distribución del excedente social.⁸

Así, cobra forma una nueva variante de capitalismo, regulado, disciplinado, que sin embargo no deja de ser capitalismo. Institucionaliza distintos sistemas de transferencias parciales, pero no consigue remover las desigualdades sociales. Desradicaliza ciertos conflictos, pero no los elimina. Nuevos espacios de libertad y dominio, en consecuencia, cobran vida. También el derecho se socializa, con consecuencias ambiguas:⁹

- a) Por un lado, en efecto, surgen nuevos mecanismos jurídicos de regulación que ponen en cuestión el viejo principio civilista de autonomía e igualdad contractuales y contemplan criterios de compensación para la parte más débil. La conformación del derecho laborales y de la seguridad sociales es un producto evidente de dicha transformación. Y, en un sentido similar, la introducción de criterios objetivos de responsabilidad civil, la irrupción en general del derecho de daños —derecho de accidentes o infortunios— y la difusión, por fin, de las constituciones sociales, primero en países centrales (con la aprobación de la Constitución francesa de 1946, la italiana de 1948 y, en menor medida,

⁷ Cf., Rosanvallon, *La crise de l'Etat providence*.

⁸ Cf., De Cabo, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*.

⁹ Cf., Ewald, *L'Etat-providence*.

la Ley Fundamental de Bonn, en 1949) y luego también en distintos países periféricos.

- b) Pero se trata, en cualquier caso, de un movimiento que expresa no sólo la necesidad de compensar a los colectivos más vulnerables por los efectos más perjudiciales de la lógica capitalista, sino también la necesidad de estabilizar ciertos requisitos indispensables para la propia reproducción pacífica de los intereses mercantiles. El Estado social, en realidad, actúa como una “mano izquierda” que se ocupa de la cuestión social y una “mano derecha” que se encarga de garantizar intereses económicos de tipo privado. Desmercantiliza, por un lado, una serie de bienes y servicios que se convierten en eje central de la ciudadanía social keynesiana. Pero actúa, por otro, como instrumento de asentamiento del principio de mercado y generación de mercados secundarios, favoreciendo de ese modo los procesos de acumulación privada.¹⁰

Desde el punto de vista constitucional, será principalmente a través de las tesis del carácter “programático” de los derechos sociales constitucionales como las democracias occidentales emergentes en la posguerra responderán, con mayor o menor éxito, a las tendencias estructurales hacia la consolidación del Estado social. Dicha concepción, en realidad, supone admitir una constitucionalización restringida de los derechos sociales. Estos, en efecto, se consideran mandatos políticos o, si acaso, normas de efecto indirecto, mediato, que cumplen sobre todo una función de cobertura, de habilitación, que permite al legislador incursiones en esferas que el constitucionalismo liberal le vedaba radicalmente. Pero no adquieren el *status* de verdaderos “derechos subjetivos”. Mientras los derechos civiles clásicos son considerados derechos incondicionados, accionables de manera directa ante los tribunales, los derechos sociales son presentados como derechos condicionados, cuya exigibilidad ante órganos jurisdiccionales aparece inevitablemente supeditada a la previa interposición legislativa y administrativa.

¹⁰ Cf., Esping-Andersen, *op. cit.*

La construcción del Estado social tradicional, en consecuencia, profundiza, en lo que a los derechos sociales se refiere, el positivismo legalista afincado en la idea de un poder legislativo —y cada vez más, ejecutivo— políticamente omnipotente, con facultades prácticamente incontroladas de gobernar, en su calidad de señor absoluto del derecho, las condiciones de oportunidad para el desarrollo del contenido de las normas constitucionales de carácter social. Así, mientras más corporativista o residual sea el Estado social del que se trate, mayor es su propensión a configurarse antes como simple Estado legislativo y, sobre todo, administrativo, que como genuino Estado constitucional. Es decir, como un Estado incapaz de articular una red garantista para los derechos sociales similar a la diseñada por el constitucionalismo clásico para la protección de los derechos liberales.

Esto explica, en último término, que los derechos sociales aparezcan a menudo insertos en una lógica jurídica al mismo tiempo inclusiva y excluyente, en abierta tensión, en cualquiera caso, con elementos centrales del Estado de derecho clásico: desde el principio de responsabilidad o de publicidad hasta el propio principio de legalidad.¹¹ En efecto, en un claro abandono de los principios de generalidad y abstracción que inspiran la noción de ley en el Estado de derecho clásico, las intervenciones del Estado social se muestran propicias a la multiplicación de espacios de legalidad atenuado y decisionismo administrativo. Tiene lugar, ciertamente, intervenciones a favor de sectores vulnerables hasta entonces privados de los beneficios reales de la ciudadanía. Pero son sobre todo aquellos grupos organizados, capaces de presionar corporativas en las instituciones estatales, los principales beneficiarios de las políticas sociales.

Con el capitalismo fordista como trasfondo, la protección legal de los derechos sociales se subordina en gran medida a la garantía de los derechos laborales y se concede, de manera selectiva, al precio de una doble desprotección. Esta última opera por un lado, desde aquellos colectivos que no consiguen acceder a la ciudadanía a través del mercado laboral formal: las mujeres, las personas indígenas, las personas con discapacidad, los migrantes y otras minorías —y a veces mayorías—

¹¹ Cf., Ferrajoli, “Stato sociale e stato de diritto”, en *Politica del diritto* y Habermas, *Facticidad y Validez*.

culturales marginadas, y por otro, desde ciertos recursos naturales, como la tierra, el agua, o los alimentos, esenciales para la satisfacción de las necesidades básicas de las personas y que, sin embargo, representan para el modelo productivista de desarrollo capitalista un objeto de explotación estatal o privada casi ilimitada.

De ese modo, el principio de generalidad tiende a ceder frente a intervenciones de tipo corporativo o residual, de manera que la prestación de derechos sociales queda a menudo expuesta a la comisión de delitos y daños ecológicos, a vulneraciones al derecho de consumo de bienes y recursos básicos o a graves discriminaciones de género, raciales y de otro tipo.¹²

Por otra parte, la politización del Estado que permite la articulación de sus tareas reformistas desde el punto de vista legal tiene lugar al precio de una progresiva despolitización de la esfera no estatal y privada. La burocratización de la tarea normativa, por un lado, y la progresiva erosión de la participación ciudadana, por otro, terminan por relajar no sólo los mecanismos de responsabilidad y de control horizontal entre los poderes públicos sino también los controles ciudadanos sobre los propios poderes institucionales.

En ese contexto, el tipo de ciudadanía que caracteriza al Estado social tradicional permite, en principio, reforzar los elementos más progresistas de la democracia liberal, abriendo incluso espacios de genuina democracia social. Sin embargo, el esquema de arreglos corporativos sobre los que se asienta expone a las principales organizaciones vinculadas a la reivindicación de derechos sociales —partidos de masa y sindicatos— a severos procesos de oligarquización que acaban por separarlas de sus bases sociales, convirtiéndolas, en muchos casos, en una prolongación burocratizada de las instituciones estatales.

Consecuencia obligada de todo ese proceso es la creciente autoprogramación de la actuación legislativa, administrativa y jurisdiccional, así como la impunidad del poder en general. Sin embargo, despojados de límites y controles jurídicos, los

¹² Cf., Santos, *Reinventar la democracia. Reinventar el estado*.

poderes institucionales, lejos de fortalecerse, se debilitan: quedan atezados por la multiplicación de pequeñas lógicas burocráticas en competencia entre sí, y se tornan vulnerables, en último término, al asalto mercantilista de poderes privados de diverso tipo.

A pesar, por tanto, de su impacto en términos igualitarios e incluyentes, la prestación de derechos sociales durante el Estado social tradicional no deja de desarrollarse en un entorno preñado de componentes paternalistas y clientelistas. De manera objetiva, el tipo de intervencionismo que los derechos sociales suponen expresa, por un lado, un medio de costear la reproducción y cualificación de la fuerza de trabajo —a través de las prestaciones de salud, seguridad social, vivienda o educación pública— y por otro, un mecanismo de disciplina e integración social. En cuanto las prestaciones, sólo se obtienen si se ha participado en el proceso productivo como trabajador, aceptando, por consiguiente, las condiciones del mercado de trabajo.

Una vez más, mientras más corporativo o residual es el Estado social de que se trate, mayor es la tendencia de las instituciones estatales a concebir los derechos sociales como concesiones institucionales planificadas “desde arriba”, según criterios tecnocráticos, dirigidas a reducir la compleja problemática del trabajador a la del simple consumidor y la del ciudadano a la de cliente maltratado por las burocracias estatales.¹³

IV. El proceso "deconstituyente" de los derechos sociales: una regresión política y jurídica

Tras un largo ciclo expansivo que en parte disimula las tendencias patológicas del Estado social tradicional, sus bases materiales e ideológicas sufren un duro cuestionamiento. Las crisis económicas y ecológicas que sacuden el capitalismo industrial, sus transformaciones tecnológicas y productivas, el fracaso del comu-

¹³ Cf., De Cabo Martín, *Contra el consenso. Estudios sobre el constitucionalismo de la crisis del estado social*.

nismo burocrático y la defección de algunas de las más notorias socialdemocracias occidentales, terminan por imponer un nuevo sentido común que altera el “sentimiento constitucional” predominante.

A partir de la década de 1970, la imposibilidad de compatibilizar la expansión de las grandes corporaciones con el aumento de los derechos de los trabajadores acaba por generar presiones inflacionistas imprevistas y una desenfadada carrera por la reducción de los costos sociales. Dicho progreso, agravado por la extensión de los mercados financieros en detrimento de los productivos y por la deslocalización de la producción industrial debida al proceso de globalización económica, contribuye a socavar y a fragmentar la base de apoyo sobre la que se había asentado el contrato constitucional del Estado social de la posguerra.

La Constitución portuguesa de 1976 representa acaso el último intento de llevar los presupuestos del Estado social hasta sus últimas consecuencias. Otras constituciones posteriores, como la española de 1978, la brasileña de 1988, la colombiana de 1991 o la sudafricana de 1996, también recogerán, con alcance diverso, esos principios sociales, que experimentan una relativa generalización desde el punto de vista normativo. Pero lo harán en un contexto en el que los propios fundamentos del Estado social se encuentran ya cuestionados en diferentes frentes. Fracturados en sus cimientos democráticos, en efecto, y sin una tradición de garantías jurídicas lo suficientemente sólida como para resistir los embates regresivos, el camino para el asalto neoconservador y para su deconstitucionalización formal y material, queda prácticamente despejado.¹⁴

En cuestión de años, los derechos patrimoniales se tornan más fluidos que nunca y abandonan sus anclajes territoriales. Los derechos sociales, por el contrario, se vuelven fragmentarios, dispersos y discontinuos. Más aún: en virtud del estrecho vínculo entre prestaciones laborales y prestaciones sociales, la “flexibilización” de las primeras conduce a la negación de las segundas. De ese modo, la “deslocalización” y “destemporalización” de las relaciones laborales ponen al descubierto

¹⁴ Cf., Ferrajoli, *Manifiesto por la igualdad*.

los límites del proyecto de inclusión del Estado social tradicional. El aumento de la precariedad y de la desocupación estructural desnuda la brecha existente entre los derechos relativamente protegidos de una minoría de trabajadores estables y los inexistentes o residuales derechos sociales reconocidos a una gran mayoría de excluidos o de precarios partícipes del mercado laboral formal. Desde las mujeres hasta los migrantes pobres, pasando por toda una serie de colectivos —niñas y niños, pueblos indígenas, campesinos, desempleados de larga duración, personas con discapacidad— que pasan a engrosar una suerte de infraclase con escasas posibilidades de inserción.

En el plano inmediato, este proceso debilita la acción reivindicativa de los colectivos más vulnerables, que se ve privada de su raíz objetiva y de las posibilidades de solidaridad horizontal que el propio proceso productivo había favorecido en la gran fábrica fordista. Así, a diferencia de los intereses vinculados a la expansión mercantil, de articulación relativamente fácil, los intereses de los colectivos más débiles no pueden tomarse ya, en el marco de la crisis del Estado social tradicional, como un dato previo. Exigen, por el contrario, una dificultosa y constante recomposición que altera y desequilibra el pretendido alcance imparcial del programa normativo del constitucionalismo social tradicional.

En ese contexto, las distintas ofensivas neoconservadoras, en su afán de eliminar aquellos controles políticos al mercado que, desde sus premisas, constituyen un cepo que atenaza la eficiencia, el crecimiento económico y el ejercicio de la autonomía patrimonial, terminan por desatar un escandaloso aumento de las desigualdades sociales que reduce de manera drástica la autonomía individual y colectiva de vastos sectores de la sociedad. Pero, sobre todo, que agudiza los rasgos más regresivos del Estado social tradicional, incurriendo en nuevas y graves violaciones de los principios que informan el Estado de derecho e instalando, con dispar intensidad según el contexto, elementos de una inconfundible regresión autoritaria.

Lejos de devolver al principio de legalidad un papel central, de acuerdo con las exigencias de un Estado de derecho, lo que la privatización y restricciones en los servicios públicos suponen es la profundización de las intervenciones selectivas

y clientelares. Las técnicas garantistas arduamente construidas por el derecho laboral de la posguerra son desarticuladas en beneficio de técnicas de regulación que introducen criterios propios del clásico derecho privado liberal conservador. Las políticas públicas, por su parte, son progresivamente reemplazadas por políticas asistenciales precarias y focalizadas, ligadas a grupos excluidos del mercado laboral formal que, al mismo tiempo, resultan estigmatizados como grupos “no normales”, culpables de su propia exclusión.

Se abre paso así la conversión, originariamente impulsada en el mundo teórico y político del Estado social liberal anglosajón, pero cada vez más extendida al ámbito de los estados sociales del resto de los países centrales y de la periferia, del *welfare* al *workfare*; del Estado social de derechos al Estado social contributivo, de deberes. Para esta concepción, los derechos sociales incondicionados representan perniciosos ejemplos de “derechos sin deberes” y, por tanto, fuente de irresponsabilidad y dependencia para sus destinatarios. De lo que se trataría, en consecuencia, es de introducir un nuevo pragmatismo caracterizado por el control milimétrico de los menguantes subsidios sociales y por la obligatoriedad de búsqueda y aceptación de empleo, con independencia de su calidad y estabilidad.

En la realidad, la severa retórica de los deberes va dirigida exclusivamente a los estratos sociales más vulnerables y nunca, en cambio, a los “satisfechos”. Los primeros tienen que resignar derechos presentados como ingobernables e insaciables. Los segundos deben ser “incentivados” y liberados de las incómodas trabas que suponen los controles políticos y jurídicos.

A resultas de ello, se incentiva una política social residual, de mínimos, para una ciudadanía también de baja intensidad que, al no poder gestionar ni acceder a la previsión privada de sus riesgos, sólo puede acudir, de manera dependiente y subordinada, a un sector público más asistencial que distributivo.¹⁵ Y allí donde esa última y frágil red de contención se quiebra o directamente no existe, el paso obligado es el del Estado social al Estado carcelario, mecanismo paradigmático

¹⁵ Cf., Alonso, *Trabajo y posmodernidad: el empleo débil*.

de control y represión social en virtud del cual el Estado social neoconservador embiste simultáneamente contra los derechos de libertad, políticos y sociales y se hermana, regresivamente, con el victoriano Estado pietista, de pobres, carente de un proyecto colectivo de construcción social.¹⁶

Ocurre así que la reformulación restrictiva y autoritaria del Estado social propuesta por el pensamiento neoconservador se convierte en una suerte de pendiente resbaladiza hacia el estado de naturaleza, caracterizado por el inminente desgobierno de las expectativas ciudadanas, las intervenciones arbitrarias y un permanente caos en los actos más elementales de supervivencia o convivencia.

La gobernabilidad neoconservadora, esgrimida de forma recurrente contra la supuesta ingobernabilidad de las democracias, supone la estabilidad de los poderes burocráticos y de mercado, pero no de las personas. La incertidumbre, ligada a la inestabilidad, pasa a constituir, en el actual escenario, el obstáculo principal para la reactivación de la esfera pública. La velocidad que el capitalismo tardío imprime a las transacciones mercantiles, sobre todo en el plano internacional, se convierte en factor clave para una vertiginosa acumulación de macropoderes, sólo posible al precio de una constante inseguridad en torno al estatuto de los derechos fundamentales. A ese terreno movedizo, siempre amenazado, son progresivamente arrumbados los derechos sociales, pero también, junto a ellos, los clásicos derechos civiles y políticos, el derecho a un ambiente sano e incluso, en las relaciones internacionales, el derecho de los pueblos al desarrollo y el derecho a la paz.

V. Las tareas del Estado social constitucional: mejores garantías, más democracia

Esta situación de volatilización y eficacia decreciente de los derechos sociales como producto de su colonización burocrática y mercantil puede reconocerse en

¹⁶ El alarmante crecimiento de la población carcelaria en los Estados Unidos, unido al dismantelamiento de políticas sociales en las administraciones conservadoras de las últimas décadas, es una prueba cabal de esta tendencia. V., al respecto, el demoledor ensayo de Wacquant, *Las cárceles de la miseria*; Gargarella, 2008, *passim* y Pisarello y Asens, *No hay derecho(s). La ilegalidad del poder en tiempos de crisis y La bestia sin bozal. En defensa del derecho a la protesta.*

la historia y la sociología del derecho constitucional recientes. Pero no se deriva de manera necesaria, ni se encuentra inscrita, en la estructura normativa sistemática de la mayoría de los textos constitucionales aprobados a partir de la segunda posguerra, ni tampoco en los tratados internacionales en materia de derechos humanos que a menudo, reconocen como fuente de derecho en el orden interno —como lo ha hecho, de manera reforzada, la reforma constitucional mexicana de 2011 en materia de derechos humanos—.

Por el contrario, estos documentos ofrecen el equipamiento normativo básico para una recomposición y conversión del Estado social tradicional, propiciando su transformación de simple Estado legislativo y administrativo en verdadero Estado constitucional y democrático de derecho. De allí que, a diferencia de la fase de construcción del Estado social, —en la que desde una perspectiva crítica, resultaba necesario “ir” desde la realidad hacia el derecho, para transformarlo—, se plantea ahora la necesidad de tomarse en serio el derecho positivo para desde allí, practicar un constitucionalismo activo capaz de influir en una realidad, que, en buena medida, se presenta como regresiva.¹⁷

En las condiciones actuales, la efectividad de un proyecto de este tipo exige una renovada aproximación al constitucionalismo como instrumento de autocontención política, económica y ecológica, de desaceleración de la acumulación de poderes y de reconstrucción de la solidaridad entre los miembros más débiles de la sociedad. Y demanda, por tanto, una profundización, al mismo tiempo garantista y democrática, de los principios de difusión, limitación y responsabilidad de todo poder: de los públicos, pero también de los privados; de los estatales, pero también de los supraestatales. La profundización de las garantías, en efecto, depende la conversión de un Estado social simplemente legislativo y administrativo en un auténtico Estado social constitucional. De la profundización de la democracia, por su parte, la conversión de regímenes simplemente representativos y delegativos en genuinas democracias republicanas, social y ecológicamente garantistas.

¹⁷ Cf., De Cabo Martín, *Sobre el concepto de ley*.

Una estrategia de este tipo, obviamente, ha de repensar la diversa función de los actores llamados a operar como custodios constitucionales de los derechos sociales; de los actores institucionales, como el legislador, la administración o los jueces, pero muy especialmente, de los propios ciudadanos y de los colectivos vulnerables, organizados y movilizados. Se trataría, en suma, de promover un modelo que favorezca la circulación y el mutuo reforzamiento de un sistema multilateral de protección de los derechos sociales. Una red normativa en la que tanto las garantías institucionales como las sociales o ciudadanas puedan ser definidas, más allá de los distintos controles intermedios, a través de la opinión y la activa participación de los interesados directos.¹⁸

VI. La reconstrucción de las garantías institucionales

En un sentido lato, las garantías institucionales constituyen técnicas de protección de los derechos. Esa función de tutela, en efecto, se concreta en el establecimiento de una serie de obligaciones o deberes, de límites y vínculos que, en resguardo precisamente de los derechos, les son impuestos a los poderes políticos.

Según quiénes sean los destinatarios de las obligaciones en cuestión, es posible distinguir, en las Constituciones modernas, dos tipos de garantías. Por un lado, aquellas que constituyen deberes *políticos* o *legales*, dirigidos al legislador, y de modo indirecto, a la administración. Por otro, aquellas que encierran deberes *jurisdiccionales* o *cuasijurisdiccionales*, dirigidas principalmente a los jueces o a otros organismos con competencia para recibir y resolver quejas por vulneraciones a derechos —tales como las comisiones de derechos humanos, instituciones nacionales de derechos humanos u otros organismos semejantes—.¹⁹ Mientras las garantías legales operan como *garantías primarias* de los derechos, las juris-

¹⁸ Cf., Cohen y Rogers, *Associations and Democracy*.

¹⁹ Sobre el papel de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos sociales, Cf., Courtis, *Las instituciones nacionales de derechos humanos y los derechos económicos, sociales y culturales. Apuntes sobre una relación clave*. Ver también la contribución de Julieta Morales, en este mismo volumen.

diccionales pueden reputarse *garantías secundarias*, es decir, mecanismos de tutela que se activan en caso de insuficiencia o incumplimiento de las primeras.²⁰

La mayoría de estas garantías ha sido desarrollada de manera más o menos eficaz en lo que concierne a los llamados derechos civiles y políticos. Una recomposición extensiva del estatuto jurídico de los derechos sociales exige tanto la creación de nuevas garantías adecuadas para su tutela, como la extensión de aquellas ya previstas, de modo más o menos acabado, para otros derechos y para los propios derechos sociales, tal como resulta del derecho internacional de los derechos humanos como, en buena parte, del constitucionalismo social comparado.²¹

1. El papel de las garantías normativas constitucionales

En un sentido normativo estricto, tiene sentido afirmar que el solo reconocimiento de un derecho constitucional comporta ya alguna forma, más o menos explícita, de garantía normativa. Así, al tornar “visibles” una serie de intereses y pretensiones y al incorporarlos en un sistema de normas con fuerza vinculante, el reconocimiento de derechos constitucionales encierra ya una serie de límites y vínculos para el propio legislador y, de manera indirecta, para la administración. Esos

²⁰ Acerca de los fundamentos jurídico-positivos, y no simplemente políticos, de las distintas obligaciones estatales en materia de derechos sociales, sobre todo en el derecho internacional de los derechos humanos, Cf., Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*; Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A perspective on its development* y Sepúlveda, *The Nature of the Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Además de la creciente jurisprudencia en la materia desarrollada por tribunales y órganos de tratado regionales, —Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Comité Europeo de Derechos Sociales— y por los órganos de tratados de Naciones Unidas —Comité DESC, CEDAW, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad—, son de indispensable referencia dogmática los Convenios de la OIT, las Observaciones Generales del Comité DESC y de otros órganos de tratados de Naciones Unidas, y documentos de *soft law* como los Principios de Limburgo y Maastricht. Sobre las normas internacionales como fuente de derechos sociales, ver la contribución de Christian Courtis, en este mismo volumen.

²¹ La distinción que sigue entre garantías primarias y secundarias puede verse en Cf., Ferrajoli, “Derechos fundamentales”, en *Derechos y garantías* y Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías*. En el constitucionalismo actual ambas garantías vienen a su vez insertas dentro de una garantía adicional: la rigidez constitucional, que obliga a los poderes constituidos a respetar ciertos procedimientos agravados en caso de querer reformar las garantías primaria y secundarias positivamente estipuladas.

límites pueden presentarse como garantías tanto formales como materiales o sustantivas.

a) Desde un punto de vista formal, en efecto, el Estado constitucional ha desarrollado una garantía de vital importancia para la protección de derechos: la reserva de ley. Dicha garantía comporta la obligación de que sea el legislador, en condiciones adecuadas de debate, contradicción y publicidad, quien regule materias que involucren derechos constitucionales, restringiéndose de ese modo los márgenes para el vaciamiento de las competencias del parlamento en beneficio de sedes administrativas, o peor, mercantiles.

La extensión de esta garantía formal al contenido mínimo, indisponible, de los derechos sociales, sobre todo cuando sea evidente su conexión con otros derechos civiles protegidos, reviste especial relevancia en el actual marco de crisis del Estado social. Sobre todo, si se tiene en cuenta que muchas de las vulneraciones de los derechos sociales tienen lugar a través de excepcionales procedimientos de “urgencia” amparados en razones de “interés general”, en “imperativos económicos” o en “situaciones de emergencia”, y desvinculados de los controles discursivos y justificatorios que supone su tramitación parlamentaria.

b) Desde un punto de vista material o sustantivo, por su parte, la consagración constitucional de derechos sociales introduce una serie adicional de deberes dirigidos al legislador y, en consecuencia, a la propia administración.

- 1) En primer lugar, una *obligación negativa de respeto*, es decir, el deber del legislador y de la administración de abstenerse de interferir en la libertad de acción y uso de aquellos recursos o servicios básicos que los individuos o los grupos se hayan procurado por sí mismos, a través de terceros o del propio Estado. Especialmente cuando los coloca debajo del umbral de la pobreza, vulnerando su derecho a un nivel de vida digna o bien cuando, aun respetándolo, no mejora la posición de los individuos o grupos más desaventajados.²²

²² Cf., Fabre, *Social Rights under the Constitution*.

Esta obligación, no siempre onerosa ni destinada a aumentar las estructuras burocráticas del Estado, podía considerarse secundaria en la fase de creación y maduración del Estado social tradicional, pero adquiere especial relevancia en un contexto en el que el desmantelamiento de los derechos sociales tiene lugar a través del propio Estado, que no deja de intervenir en las relaciones económicas, alterando activamente la dirección de su intervención en un sentido no pocas veces violatorio de derechos sociales ya reconocidos. Se trata, en otros términos, de un deber que presenta tanto una dimensión objetiva como subjetiva.

- Desde un punto de vista objetivo impone, sino una férrea obligación de irreversibilidad, que comportaría un congelamiento del modelo económico vigente incompatible con el pluralismo político, un claro deber de *no regresividad*.²³ Es decir, la obligación de que las medidas legales que afecten instituciones y servicios públicos en materia, por ejemplo, de educación, salud, seguridad social o vivienda, respeten siempre el núcleo esencial que, en un contexto dado, identifica dichas instituciones, quedando prohibida toda regulación que suponga su aniquilamiento, su velada desnaturalización o la reducción injustificada del alcance de prestaciones y servicios previamente reconocidos.
 - Desde un punto de vista subjetivo, por su parte, comporta la consideración de los derechos sociales, no sólo como expectativas de prestaciones, es decir como *derechos positivos*, sino también como inmunidades frente al poder, es decir, como *derechos negativos*, que obligan al legislador y a la administración a no privar a las personas de recursos básicos que éstas hayan obtenido, sin arbitrariedad, por sí mismas, de terceros o del propio Estado.
- 2) En segundo término, la presencia de derechos sociales constitucionales encierra asimismo para el legislador una *obligación positiva de*

²³ V., al respecto, la contribución de Christian Courtis, en este mismo volumen.

promoción y garantía. Esto es, un deber de *progresividad*, complementario de la obligación de no regresividad que permita asegurar, de manera positiva y gradual, pero en ningún caso postergable *sine die*, los bienes y recursos que constituyen el objeto de los derechos, tanto a través de la creación de estructuras institucionales adecuadas como mediante el otorgamiento de las respectivas prestaciones.

Una obligación de esta índole, como es natural, exige una transferencia de recursos de los sectores más pudientes a los más vulnerables y la introducción, en consecuencia, de límites y vínculos a los derechos patrimoniales y a las libertades contractuales. Y supone, no sin ciertas tensiones estratégicas, diferentes vías de intervención legislativa:

- Por un lado, *actuaciones legislativas de garantía diferenciada*, dirigidas a asegurar el acceso a ciertos bienes y recursos a colectivos concretos, en especial situación de vulnerabilidad. Es decir, tratamientos jurídicos “desiguales para los desiguales”, diferenciados pero razonables —medidas de igualación positiva, acciones positivas y medidas de discriminación inversa— con el objeto de compensar o promover la integración de personas o colectivos en situación de vulnerabilidad.²⁴
- Por otra parte, *actuaciones legislativas de garantía universal*, que posibiliten la reconstrucción de la generalidad de los derechos sociales, esto es, asignación a todos los ciudadanos, o mejor, a todas las personas, de ciertos bienes o recursos, como el acceso a servicios de salud, la educación pública o el ingreso.

Este último sería, precisamente, el caso de las propuestas de un piso de protección social, tal como el delineado por la Recomendación 202 de la Organización Internacional del Trabajo (que garantiza cobertura universal de un paquete básico de salud y un ingreso para todo niño

²⁴ Cf., Añón, *Igualdad, diferencias y desigualdades*. V. también las contribuciones de Silvia Serrano, y Micaela Alterio y Tatiana Alfonso, en este mismo volumen.

y niña, personas en edad activa que no puedan obtener ingresos suficientes y personas de edad)²⁵ o de otras propuestas más ambiciosas orientadas en el mismo sentido, como el de una renta o ingreso básico universal reconocidos a todas las personas de una comunidad, independientemente de su estado civil, de su vinculación efectiva o eventual al mercado formal de trabajo o a otras fuentes de ingreso que puedan tener.²⁶

A diferencia de las intervenciones selectivas, esta segunda vía de actuación legislativa en tutela de los derechos sociales permitiría una reconstrucción en sentido sustantivo, y no sólo formal, del principio de generalidad de la ley. Y aunque aparentemente más costosa, ya que su financiación exigiría evidentemente reformas tributarias en un sentido progresivo, bien podría resultar más legítima y eficaz que las prestaciones selectivas, en virtud precisamente de su alcance universal. De una parte, porque permitiría ampliar la autonomía individual y colectiva de las personas, favoreciendo las condiciones para su autogobierno y conjurando los elementos de estigmatización, humillación y clientelismo que suponen las prestaciones sociales supeditadas a la demostración de pobreza o falta de recursos. De otra, porque al simplificar la gestión de las prestaciones sociales, contribuiría a moderar la corrupción y a minimizar, en suma, los costos globales de la mediación técnico-burocrática característica de buena parte de los regímenes asistenciales tradicionales.²⁷

La puesta en práctica de derechos sociales universales como el derecho a un ingreso garantizado no es incompatible con otras propuestas

²⁵ Ver, al respecto, la contribución de Magdalena Sepúlveda, en esta misma obra.

²⁶ Un elemento central en la justificación de la renta básica y de otras propuestas de transferencia de ingresos incondicionadas reside en la inclusión en el concepto de trabajo, no sólo del trabajo asalariado sino también del trabajo doméstico y del trabajo voluntario. Cf., Gargarella, 1995, *passim.*, Pisarello y de Cabo, *La renta básica como un nuevo derecho ciudadano* y Raventós, “La renta básica: introito”, en *La renta básica*.

²⁷ Cf., Ferrajoli, *op. cit.*

de garantía legal de los mismos. Sobre todo, con el reparto de empleo a través de la reducción de la jornada laboral o con la creación de empleo público, por ejemplo, en áreas tales como el cuidado social —como la extensión del servicio de guarderías, que permitiría aliviar la carga de las tareas de cuidado que recaen desproporcionadamente sobre las mujeres— o la protección del medio ambiente —los llamados “empleos verdes”—. De hecho, ambas propuestas, apoyadas en una necesaria y simultánea distribución de la riqueza, podrían constituir, en el contexto de crisis de generalización del derecho al trabajo estable y de calidad, la base de un indisponible y universal derecho social a la existencia autónoma. Un derecho en el mejor de los casos complementario, pero no dependiente, de la eventual vinculación al mercado laboral remunerado o de otras prestaciones sociales de las que se pueda disfrutar.²⁸

- 3) En tercer lugar, incumbe a los poderes públicos, si no ya la provisión y gestión directa de los bienes y servicios que comportan el objeto de los derechos sociales, una irrenunciable *obligación de protección* de las personas y grupos más vulnerables frente a afectaciones provenientes de otros agentes privados, sobre todo cuando éstos se presentan como verdaderos poderes con capacidad privilegiada de incidencia sobre los recursos en cuestión.

En efecto, tras el ostensible proceso de privatización y desmercantilización experimentado en las últimas décadas, ha crecido el número de sujetos que, en razón bien de la propiedad, bien de la gestión de ciertos recursos y bienes básicos, actúan, no ya como simples ciudadanos, sino como verdaderos poderes privados capaces de incidir de manera arbitraria en la esfera de elección de otras personas. Ello es así, en particular, en aquellas relaciones contractuales en las que la propiedad o gestión privada de bienes y servicios esenciales da lugar

²⁸ Sobre la articulación entre políticas de reparto del trabajo y de ingresos incondicionales, Cf., Gorz, *Misères du présent, richesse du possible* y Raventós, *El derecho a la existencia*.

a vínculos caracterizados por la subordinación e indefensión de la parte más débil.

El establecimiento, en estos supuestos, de relaciones jerárquicas, de desigualdad, obliga al Estado a regular la conducta de los actores privados, a establecer sistemas de supervisión y monitoreo, y a establecer mecanismos de acceso a la justicia en caso de incumplimiento, por parte de los actores privados, de sus obligaciones. También justifica ampliar el grado de aplicación de la llamada *Drittwirkung* constitucional, es decir, la posibilidad de vincular directamente a los poderes privados y económicos al cumplimiento, en materia de derechos sociales, a las ya aludidas obligaciones de respeto, de no discriminación y, en ciertos casos, de garantía.²⁹

- 4) Finalmente, y moderando la férrea presunción de legalidad que ha dado cobertura a las actuaciones y omisiones “opacas” del Estado social tradicional, adquiere una nueva dimensión el *deber estatal de información*, es decir, el deber de publicidad y justificación de todos los actos y omisiones de los que dependa el disfrute efectivo de un derecho.

En lo que respecta a los derechos sociales, ese *deber de publicidad* se traduce en la obligación de informar qué medidas, y con qué alcance, se están adoptando para garantizar el cumplimiento de las obligaciones antes mencionadas, incluida la utilización del *máximo de los recursos* —humanos, tecnológicos, informativos, naturales y financieros— disponibles para el cumplimiento de los derechos sociales.³⁰

En un esquema institucional interesado en la recuperación del principio de transparencia en el manejo de los recursos públicos, esta obligación ocupa un papel fundamental. Por un lado, constituye una garantía de

²⁹ Cf., al respecto, el sugerente análisis de Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*.

³⁰ V., PIDESC, art. 2.1. Igualmente, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General núm. 3, sobre la naturaleza de esta obligación.

certeza y seguridad jurídica, en tanto permite a los destinatarios de los derechos conocer con debida anticipación cualquier posible alteración o restricción en la titularidad o el ejercicio de los mismos —información indispensable para alegar ante las instancias respectivas su derecho al debido proceso y a una tutela judicial efectiva—.

Y, desde una perspectiva más general, representa una eficaz vía de expansión de los controles ciudadanos sobre los poderes institucionales, en la medida en que una justificación endeble o a destiempo podrían operar como elementos de deslegitimación ante la opinión pública, mitigando así la impunidad —es decir, la existencia de conductas antijurídicas carentes de todo control o sanción— con la que los órganos estatales suelen actuar en estos ámbitos.

2. El papel de las garantías jurisdiccionales constitucionales

Ciertamente, la experiencia del Estado social legislativo-administrativo ha enseñado que la operatividad de las garantías políticas de los derechos constitucionales no puede dejarse librada a la benevolencia, a la autorregulación o a la mera autolimitación de un legislador “virtuoso” o de un poder político “bueno”.³¹ Mucho menos cuando las instituciones legislativas y administrativas realmente existentes han sido paulatinamente vaciadas de sus facultades de intervención política y económica o colonizadas por diferentes clases de poderes corporativos.

De hecho, cuando desde posiciones *iusrealistas* se afirma que los derechos sociales constitucionales no son auténticos derechos, sino sólo principios orientadores, o peor, simples *flatus vocis*, lo que se pretende poner de relieve es, precisamente, que carecen de adecuadas garantías jurisdiccionales, secundarias, capaces de actuar en caso de incumplimiento o insuficiencia de las obligaciones legales o políticas previstas por las garantías primarias.

³¹ Cf., Ferrajoli, 1989, *passim*.

Las razones esgrimidas para explicar o justificar dicha laguna han revestido un doble carácter: “político” o de legitimidad, por un lado, y “técnico” o de competencia, por otro.³²

- a) Desde un punto de vista político, se afirma, las garantías jurisdiccionales comportarían una ilegítima usurpación de las competencias legislativas por parte de funcionarios no responsables ante el electorado como son los jueces. Los derechos, por tanto, representarían, de acuerdo con la llamada objeción contramayoritaria a la justicia constitucional, un ilegítimo instrumento de limitación del principio democrático.
- b) Desde el punto de vista técnico, la argumentación va todavía más allá. Aun admitiendo la legitimidad política de las garantías jurisdiccionales, se sostiene, éstas resultarían inviables. En primer lugar, porque los derechos sociales, a diferencia de otros derechos constitucionales, vienen con frecuencia recogidos en normas vagas y abiertas que dejan indeterminado el supuesto de cumplimiento, lo que imposibilita toda tarea de control. En segundo término, porque la satisfacción de derechos sociales encierra la adopción de una serie de medidas vinculadas a la asignación de recursos y a la evaluación de información relevante en materia de políticas públicas para las que la jurisdicción simplemente no está facultada. Así planteados, sin embargo, ninguno de los argumentos resulta terminante.

Por un lado, la experiencia comparada demuestra que la oposición política a la introducción de garantías jurisdiccionales de los derechos sociales no redundan en una mayor democratización del sistema sino todo lo opuesto: opera como una coartada para dotar de impunidad a la actuación restrictiva de los poderes políticos en la materia, erosionando así los propios supuestos materiales que aseguran el funcionamiento del procedimiento democrático.

³² Cfr. Fabre, *op. cit.*

La introducción de garantías jurisdiccionales en protección de los derechos sociales no tiene por qué concebirse, en efecto, como un elemento de amenaza para los ámbitos de discusión democrática. El contenido mínimo e indisponible de los derechos sociales constitucionales, de hecho, comporta vínculos y límites para todos los poderes públicos. “Todas las autoridades, en el ámbito de competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”, reza el artículo 1.º constitucional mexicano desde la reforma de derechos humanos de 2011. Es decir, todos los derechos humanos, incluyendo los derechos sociales, comportan vínculos y límites no sólo para el legislador o para la administración, sino también para los propios jueces que tienen el deber —y no la simple facultad— de promover la reparación de las vulneraciones de derechos sociales que puedan tener lugar, bien por acción, bien por omisión. No se trata, en consecuencia, de legitimar cualquier actuación de los jueces en materia de derechos, sino sólo aquellas dirigidas a maximizar su vigencia o, dicho de otro modo, a denunciar y a participar en la reparación de las violaciones resultantes del fracaso o la insuficiencia de las garantías primarias.

Provocadas de manera adecuada, en efecto, las garantías jurisdiccionales pueden introducir un relativo control entre poderes a través de diferentes medidas de presión sobre el legislador y la administración y operar, así, como un eficaz elemento de desbloqueo de las constricciones que a dichos ámbitos de decisión les vienen a menudo impuestas por presiones corporativas de distinta índole, evitando de ese modo el naufragio tecnocrático o simplemente plebiscitario de los deberes políticos en materia de derechos sociales.³³

³³ Sobre esta estrategia, más bien procedimental, de fundamentación de la justicia constitucional, Cf., Ely, *Democracy and Distrust. A theory of judicial* y Habermas, *Facticidad y Validez*. De lo que se trataría, en último término, es de reconstruir dichas posiciones en los términos, no ya de un procedimentalismo débil, sino más bien de un procedimentalismo fuerte que incluya los derechos sociales constitucionales básicos. Para un balance de estas posiciones, Cf., Michelman, “Human Rights and the Limits of Constitutional Theory”, en *Ratio Juris* o Palombella, *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*. Para una justificación de los derechos sociales orientada a posibilitar y ampliar la participación democrática, V. Morales, *Derechos sociales, constitucionales y democracia*. V. n. 21.

Desde esta fundamentación, antes republicana que liberal-delegativa del control jurisdiccional de constitucionalidad, la apertura de canales jurisdiccionales de contestación a las medidas legislativas y administrativas de vulneración de derechos sociales podrían concebirse como paradójicos límites habilitantes dirigidos no a despolitizar, sino a desburocratizar y desmercantilizar las relaciones jurídicas, incentivando ámbitos de discusión y deliberación de otro modo insensibles a las demandas sociales o económicas de la ciudadanía.

Aceptado este punto, tampoco el argumento técnico resulta incontestable. En la mayoría de los casos, la protección judicial de los derechos sociales no ofrece menos dificultades ni tiene menos incidencia presupuestaria que la de numerosos derechos civiles y políticos cuya tutela constitucional resulta en buena medida indiscutible.³⁴ De hecho, la dogmática constitucional comparada ofrece un nutrido elenco de estrategias de protección de los derechos sociales a través de sedes jurisdiccionales:³⁵

- a) Tanto los sistemas de filiación kelseniana como aquellos tributarios de la *judicial review*, han previsto o desarrollado mecanismos dirigidos a sancionar o, de algún modo, a controlar, las actuaciones legislativas lesivas de la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales constitucionales.

Por ejemplo, autorizando directamente a la jurisdicción constitucional a expulsar, anular o inaplicar normas o actos jurídicos que vulnere el contenido esencial o mínimo o que reduzcan injustificadamente el alcance ya otorgado de los derechos sociales en cuestión. O admitiendo, en casos de lesiones constitucionales producidas por la concesión discriminatoria de ciertas prestaciones sociales o de compensaciones

³⁴ Cf., Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*; Gomes Canotilho, “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*; Palombella, “Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría”, en *Doxa*, núm. 22.

³⁵ Para un panorama de casos provenientes de distintos sistemas y tradiciones jurídicas, Cf., Abramovich y Courtis, *op. cit.*, Langford, *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el Derecho internacional y comparado*; Langford et al., *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento* y Pisarello, *op. cit.*

insatisfactorias a determinados grupos en perjuicio de otros, la utilización de mecanismos correctores como las sentencias aditivas de prestación, que permiten, en cumplimiento del mandato de igualdad de trato, extender los beneficios de una norma sobre derechos sociales a colectivos excluidos de manera arbitraria o irrazonable.

En sentido similar, desde una perspectiva más dialógica, dirigida a evitar que el monopolio legislativo en la reparación de la inconstitucionalidad se convierta en simple monopolio jurisdiccional, es posible concebir controles de tipo preventivo, como en el sistema francés o irlandés. O modular los efectos de las decisiones judiciales a través de mandamientos, recomendaciones y reenvíos al legislador o a la administración, instándolos a que, en un plazo razonable, rediscutan y reparen, a través de alguno de los distintos medios que se encuentran a su alcance, la situación de inconstitucionalidad derivada de la afectación de derechos sociales.³⁶

Concebidas en un sentido proactivo y no simplemente condescendiente, las sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad, las sentencias aditivas de principio y otros tipos de sentencias “bilaterales” pueden representar vías incisivas para promover controles intermedios: garantistas, sí, pero idóneos al mismo tiempo para impulsar y expandir, y no para sofocar, el debate democrático acerca de lo declarado “indecidible”, que no “indiscutible”, por la Constitución en materia de derechos sociales.³⁷

- b) Una perspectiva de este tipo, por otro lado, valdría incluso para controlar aquellos casos en los que la vulneración de derechos sociales

³⁶ Cf., Gargarella, 2014, *passim* y Rodríguez Garavito, “Activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*.

³⁷ Acerca de la jurisprudencia constitucional italiana referida a sentencias aditivas de “prestación” y de “principio”, V., Moscardini, 1997, *passim*. Para una exposición más amplia de otros tipos de sentencias bilaterales utilizadas en Europa, Cf., Aja, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*.

tiene lugar en razón de *omisiones absolutas* en su desarrollo. Nada justifica, en efecto, la impunidad e irresponsabilidad de los poderes públicos ante una situación de morosidad inconstitucional. También aquí cabría pensar, en última instancia, en la posibilidad de requerimientos jurisdiccionales al legislador o a la administración para que informen, para que hagan público, en suma, qué medidas y con qué alcance, han adoptado para satisfacer, hasta el máximo de los recursos disponibles, los derechos sociales concretamente afectados. Además, naturalmente, de exigir, llegado el caso, reparaciones para casos de afectación concreta.³⁸ Se trata, por lo demás, de alternativas en ningún caso desconocidas en el ámbito de la responsabilidad estatales o de los prestadores de servicios públicos prevista en el derecho administrativo, ni en el de la responsabilidad de los particulares contemplada en el derecho civil.

- c) Con todo, la gran mayoría de los casos vinculados con la vulneración de los derechos sociales tiene como protagonista a la administración, y está vinculada con el incumplimiento o el cumplimiento parcial, insuficiente o insatisfactorio de su deber de garantía de los derechos —típicamente, de sus deberes de prestación o provisión, o de sus deberes de regulación o supervisión o monitoreo de actores privados que puedan afectar derechos sociales—. La experiencia comparada muestra la posibilidad de empleo fructífero de acciones tales como la de amparo, tutela o protección, acciones populares, *class actions*, acciones declarativas de certeza y otras acciones previstas en los ordenamientos procesales para proteger derechos sociales. Un rasgo común de la experiencia comparada ha sido la necesidad de ajuste de aquellas acciones diseñadas a partir de un modelo puramente individual —reflejo, sin duda,

³⁸ Sobre todo en aquellos casos en los que el abanico fáctico de medidas disponibles para el legislador o para la administración se vea restringido, bien por las propias circunstancias de satisfacción del derecho en cuestión —el tratamiento de ciertas enfermedades exige la adopción de determinadas medidas sanitarias y no de otras, las medidas alternativas disponibles en casos de desalojos están restringidas por las efectivamente existentes en un contexto concreto, etc.—, bien en razón de expectativas previas creadas por los propios poderes públicos, de acuerdo al principio *venire contra factum proprium non valet*.

de su empleo para proteger el derecho de propiedad—, para dar cabida a planteos que permitan el tratamiento judicial y la adopción de remedios de alcance colectivo.

Dicho esto, tampoco parece concluyente el argumento que pretende rechazar la posibilidad de introducir garantías jurisdiccionales de los derechos sociales en razón de la vaguedad de las normas que los contemplan.

Una cierta vaguedad semántica, en efecto, es un rasgo no sólo inherente al lenguaje jurídico sino al propio lenguaje natural. En el caso de los derechos constitucionales, encierra, además, una exigencia derivada del principio de pluralismo jurídico, que prefiere una cierta apertura a la utilización de minuciosas cláusulas de detalle. Ahora bien, esa apertura relativa, de la que no está exento ninguno de los derechos constitucionales —piénsese en el contenido en absoluto inequívoco del derecho a la vida, o de la libertad de expresión—, no equivale a ininteligibilidad, y menos aún, a inutilidad. La indeterminación de una norma sea que contemple derechos civiles y políticos, sea que recoja derechos sociales, no supone indeterminabilidad absoluta, ni semántica ni fáctica, por lo que es deber de los operadores jurídicos colmarla, bien mediante una hermenéutica controlada, sistemática y debidamente motivada, bien mediante el perfeccionamiento del propio lenguaje constitucional.³⁹

La creciente jurisprudencia internacional sobre casos que involucran derechos sociales es una prueba del afianzamiento de un “quinto método de interpretación”⁴⁰ construido a partir de las experiencias de derecho comparado, incluso en ordenamientos pertenecientes a tradiciones jurídicas diversas.⁴¹

³⁹ Caso, este último, que exigiría, evidentemente, la reforma del texto constitucional, como lo ha hecho el constituyente mexicano con la reforma sobre derechos humanos de 2011.

⁴⁰ Cf., Häberle, “The Constitutional State and Its Reform Requirements”, en *Ratio Juris*, núm. 1.

⁴¹ Así, una aproximación auténticamente “cosmopolita” al método comparativo permite recoger interesantes muestras de una jurisprudencia en materia de derechos sociales desarrollada, de manera directa o indirecta —a través de la protección de otros principios constitucionales—, en ordenamientos semi-periféricos como el sudafricano, el indio, el colombiano, el argentino o el brasileño. Cf., Abramovich y Cortis, *op. cit.*; Langford, *op. cit.* V. n. 35; Langford *et al.*, *op. cit.* V. n. 35 y Pisarello, *op. cit.*, V. n. 21.

Dichas experiencias, especialmente relevantes en el ámbito de los órganos de tratados de Naciones Unidas —en especial, aunque no únicamente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales—, los comités de expertos de la Organización Internacional del Trabajo o las instancias regionales de derechos humanos, como la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, revelan las múltiples posibilidades de participación jurisdiccional en el manejo de la información necesaria para precisar el contenido dogmático de las obligaciones estatales de un estado determinado en materia de derechos sociales.

VII. La reconstrucción de las garantías sociales. La ciudadanía como custodio último de los derechos sociales

Ahora bien, si el papel de estas garantías políticas y jurisdiccionales resulta esencial a la hora de recomponer el estatuto efectivo de los derechos sociales, conviene no perder de vista que un programa constitucional de garantías institucionales de derechos, por más exhaustivo que fuera su diseño, resultaría incompleto, irrealista y, en última instancia, fútil, sin la existencia y permanente promoción de múltiples y robustos espacios ciudadanos en condiciones de *garantizar socialmente* la eficacia de las aludidas garantías institucionales y de conjurar su ya probada tendencia a la autoprogramación.⁴² Sin una clara identificación de las obligaciones y de los sujetos obligados, los derechos pierden toda su fuerza reivindicativa. Pero los obligados, a su vez, sólo son concebibles si existen actores capaces de obligar.

A diferencia, por tanto, de las *garantías primarias y secundarias*, que comportan obligaciones para los poderes institucionales, las *garantías sociales* representan al mismo tiempo un deber y un derecho de los ciudadanos y de los colectivos vulnerables en general.

Y no se trata, como pretende cierto comunitarismo de cuño *schmittiano*, de supe-
ditar la eficacia de la Constitución a la existencia de una comunidad prepolítica,

⁴² La centralidad de las garantías sociales es apuntada por Ferrajoli, *Derecho y Razón*, *passim*.

homogénea, sin la cual todo programa normativo resultaría vacuo. Más bien, se trata de recordar que todo proyecto garantista constreñido a operar en el contexto de sociedades complejas no puede sino descansar en la articulación, no ya unitaria, pero sí plural, de actores sociales capaces de recoger, perfeccionar y profundizar una cultura constitucionalista en materia de derechos sociales. Dicho en otros términos: no en la praxis virtuosa de la sociedad o de una clase única concebidas como sujetos de gran formato, sino en una pluralidad de actores con derechos y deberes de presionar y participar directamente en la formulación y activación de las garantías institucionales de los derechos, así como de procurarse mecanismos de autotutela de los mismos. Y ello, tanto por razones de legitimación como de eficacia.

- a) De legitimación, ya que sólo un amplio proceso deliberativo y dialógico impulsado desde abajo, por los propios colectivos involucrados, puede propiciar un esquema de derechos sociales no sólo *para* los “sin derechos”, sino *con* los “sin derechos”. Es decir, no meras concesiones tecnocráticas, paternalistas, y por lo tanto revocables, que conciban a los destinatarios de los derechos antes como *objetos* que, como *sujetos* de las políticas sociales, sino apropiaciones plurales y autoconscientes de la defensa e interpretación de los derechos constitucionales por parte de los potenciales afectados. Conquistas autónomas, en suma, que permitan crear, en un proceso de continuada actividad *instituyente* —y llegado el caso, *constituyente*— verdaderos espacios de contrapoderes sociales con los que contrarrestar la tendencia a la autoprogramación de las burocracias administrativas integradas por expertos o su cooptación por los poderes mercantiles.⁴³
- b) De eficacia, ya que, aunque mecanismos delegativos de participación como el voto pueden ser eficaces para impulsar leyes, no siempre lo son para gestionar su aplicación. En ese sentido, las organizaciones cívicas y sociales pueden, a través de su intervención directa, suministrar

⁴³ Cf., Capella, *Los ciudadanos siervos y Castoriadis, Ciudadanos sin brújula*.

información “de campo” sobre las necesidades prioritarias de las personas de las que el Estado no dispone, además de un mejor control en la articulación, aplicación y seguimiento de las políticas sociales respectivas. Lo cual, en definitiva, también contribuye a reducir los costos del “esfuerzo del bienestar”: piénsese en áreas como salud, educación, seguridad en el trabajo, control en la construcción de viviendas o monitoreo ambiental, donde un control ciudadano de la ejecución de la normativa respectiva bien puede resultar más eficiente —y menos corrompible— que la de un cuerpo compuesto exclusivamente por inspectores y funcionarios administrativos.

Así, es necesario potenciar los mecanismos de participación ciudadana en la elaboración y puesta en marcha de las diferentes garantías institucionales legales, administrativas y jurisdiccionales.

- 1) Frente a las versiones que reducen el principio democrático al ejercicio periódico del derecho de voto o a la intermediación de los partidos políticos, es preciso, más que nunca, ampliar los márgenes de participación ciudadana en la elaboración de garantías legales. Para ello, deben potenciarse las diferentes vías de petición parlamentaria directa y, sobre todo, las iniciativas legislativas ciudadanas vinculadas a la maximización de derechos sociales, las cuales, a diferencia de los *referenda* sobre temas de desarrollo local, permiten un mayor grado de reflexión y deliberación colectiva en torno a las preguntas y respuestas prioritarias que han de ser elevadas a las instituciones.

También en ese sentido, es importante prestar atención a las diferentes variantes de presupuestos participativos en los que los propios ciudadanos participan de manera directa tanto en la asignación de una parte de los recursos presupuestarios como en el control de la ejecución misma del presupuesto.⁴⁴

⁴⁴ Mecanismo sensiblemente diferente a aquellos en los que el control presupuestario se delega a un órgano de expertos como los tribunales de cuentas.

Estas experiencias de participación legislativa, atractivas precisamente en la medida en que han conseguido sortear la simple manipulación plebiscitaria, parten de la necesidad de socializar la política para obtener un mejor reparto de la riqueza y pueden considerarse, en ese sentido, como una alternativa garantista, posible y deseable, tanto al paternalismo distributivo sin autogestión como a la participación estéril incapaz de incidir en las formas de producción y apropiación de la riqueza.⁴⁵

- 2) Naturalmente, la elaboración de garantías legislativas adecuadas no asegura de manera definitiva la tutela efectiva de los derechos sociales. La participación ciudadana, individual o colectiva, ha de extenderse también a los procedimientos de elaboración de las disposiciones administrativas en materia de derechos sociales que les afecten, incluyendo el acceso a archivos, a registros y a otras fuentes de información relevantes, así como la intervención en audiencias públicas en las que puedan hacer sentir sus voces.⁴⁶
- 3) Finalmente, en lo que respecta a la participación en la elaboración de garantías jurisdiccionales, es posible pensar en ciertos mecanismos procesales de tutela colectiva, como las acciones populares o las de interés público. Este tipo de recursos, impulsados en contextos constitucionales tan diversos como los de Estados Unidos, India, Sudáfrica, Colombia o Argentina, permiten sortear los límites individualistas de las concepciones tradicionales de los derechos subjetivos, facilitando la articulación de demandas de efectos colectivos o grupales impulsadas tanto por los propios afectados —grupos sin agua, sin techo, sin tierra— como por asociaciones cívicas —de consumidores, de ambientalistas, de derechos humanos— interesadas en su representación. Se trata, en ese sentido, de acciones que alientan la proliferación de

⁴⁵ Cf. Genro y Souza, 2000, *passim*.

⁴⁶ Acerca de estas posibilidades, Cf., Castellà, *Los derechos constitucionales de participación política en la administración pública*.

comunidades más amplias de interpretación jurídica y constituyen un medio idóneo para provocar e incidir en jurisdicciones de otro modo inermes y conservadoras, al tiempo que contribuyen a reducir los gastos de justicia derivados de la multiplicación de recursos individuales. La introducción, tanto en el texto constitucional como en la Ley de Amparo, de la noción de interés legítimo como criterio de legitimación activa, y la evolución interpretativa de la Suprema Corte mexicana sobre la necesidad de modular el alcance de los remedios judiciales de acuerdo con la naturaleza del objeto del litigio constituyen buenas señales a este respecto.⁴⁷

Pero la garantía jurisdiccional de un derecho social tampoco se agota en el acceso a la justicia, y ni siquiera en el pronunciamiento de una sentencia favorable. Es necesario, además, como ha demostrado la experiencia comparada en la ejecución de sentencias complejas, involucrar a los afectados en el seguimiento de la ejecución de las mismas, verdadera garantía de su eficacia.

De lo que se trataría, en suma, es de favorecer la posibilidad de que las personas accedan a los ámbitos en los que se desarrollan las garantías políticas y jurisdiccionales como a lugares, espacios o escenarios predispuestos por las instituciones, pero en los cuales sujetos diversos a ellas desarrollan *su propia* actividad.

Ciertamente, estas vías de participación pueden complementarse con otras formas de autotutela directa de los bienes y recursos que constituyen el objeto de los derechos sociales. Desde una perspectiva externa democrática, en efecto, la construcción de un Estado social constitucional ha de verse también como un proceso abierto, inacabado, cuya interpretación y desarrollo incumbe no sólo a los operadores jurídicos formalmente autorizados, sino también a los propios ciudadanos.

En este sentido, el ejercicio de ciertos derechos de autonomía, como el derecho de asociación, de huelga, de petición, de autogestión, e incluso la propia desobediencia

⁴⁷ V., al respecto, la contribución de Francisca Pou, en esta misma obra.

civil puede, llegado el caso, operar como fuente de cuestionamiento del derecho vigente pero inválido en su cotejo con las disposiciones constitucionales y convertirse, así, en un valioso mecanismo de defensa y actualización de la Constitución.⁴⁸

VIII. A modo de conclusión. Derechos, garantías, democracia: en busca de los sujetos perdidos

Una vez más, la efectividad de este esquema de garantías depende no sólo de su adecuado diseño normativo e institucional, como de la existencia y promoción, no ya, como se ha apuntado, de un agente social unitario, sino de múltiples actores capaces de hacer valer los derechos sociales en, fuera, contra e incluso, más allá de los órganos estatales en su conjunto.

Desde esas premisas, el propio vínculo entre garantías políticas, jurisdiccionales y sociales ha de definirse, no tanto como una relación de jerarquía y subordinación, sino más bien, como una relación circular de controles recíprocos y permanentes. Es decir, como un modelo, no unilateral, sino multilateral de reparación de las vulneraciones de los derechos sociales.

Mejores garantías y más democracia, en suma, podrían ser las consignas impulsoras del programa de reforma necesario para propiciar la conversión del contradictorio Estado social legislativo y administrativo en verdadero Estado social constitucional, y de las actuales democracias, simplemente delegativas, en auténticas democracias republicanas.

Ahora bien, el éxito de un programa de este tipo y sus posibilidades de arraigar en el lenguaje de lo jurídico dependen de una simultánea recreación del lenguaje y la actuación en lo político y en lo social. Por eso, precisamente, sólo pueden fundarse en la constante articulación de contrapoderes democráticos, políticos y

⁴⁸ Cf., Estévez Araujo, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*; Gargarella, 2005, *passim* y Pisarello y Asens, *op. cit.*

sociales, no ya como un simple complemento de la estrategia de los derechos, sino como la única alternativa realista para garantizar su efectividad.⁴⁹ En este sentido, no se exagera si se afirma que la lucha por los derechos, como nunca antes, sólo puede prosperar como construcción, colectiva y conflictiva, de los sujetos de los derechos.⁵⁰

Bibliografía

Libros

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2001.

Aja, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Alonso, Luis Enrique, *Trabajo y posmodernidad: el empleo débil*, Fundamentos, Madrid, 2001.

—————, *Trabajo y ciudadanía. Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial*, Trotta, Madrid, 1999.

Añón Roig, María José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, 2001.

Barcellona, Pietro, *Democrazia: quale via di scampo?*, Edizioni la Meridiana, Bari, 1995.

⁴⁹ Cf., Barcellona, *Democrazia: quale via di scampo?*; Santos, *op. cit.* y Herrera, *op. cit.*

⁵⁰ Cf. De Cabo, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*.

Cabo Martín, Carlos de, *Contra el consenso. Estudios sobre el constitucionalismo de la crisis del estado social*, UNAM, México, 1997.

_____, *Sobre el concepto de ley*, Trotta, Madrid, 2001.

_____, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid, 2010.

_____, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Trotta, Madrid, 2014.

Capella, Juan Ramón, *Los ciudadanos siervos*, Trotta, Madrid, 1993.

Castellà Andreu, Josep Ma., *Los derechos constitucionales de participación política en la administración pública*, Cedecs, Barcelona, 2001.

Castoriadis, Cornelius, *Ciudadanos sin brújula*, Coyoacán, México, 2000.

Cohen, Joshua y Rogers, Joel, *Associations and Democracy*, Verso, Londres, 1995.

Courtis, Christian, “Las instituciones nacionales de derechos humanos y los derechos económicos, sociales y culturales. Apuntes sobre una relación clave”, en Escobar Roca, G. (coord.), *La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo. Actas del I Congreso Internacional del PRADPI*, Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá/PRADPI, 2013.

Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A perspective on its development*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

Domènech, Antoni, *El eclipse de la fraternidad. Una revisión republicana de la tradición socialista*, Crítica, Barcelona, 2004.

Ely, John Hart, *Democracy and Distrust. A theory of judicial review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980.

Esping Andersen, G., *Los tres mundos del Estado de bienestar*, Alfons el Magnànim, Valencia, 1993.

—————, *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, trad. F. Ramos, Ariel, Barcelona, 2000.

Estevez Araujo, José Antonio, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, Madrid, 1994.

Estrada, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

Ewald, François, *L'Etat-providence*, Grasset, Paris 1986.

Fabre, Cécile, *Social Rights under the Constitution*, Clarendon Press, Oxford, 2000.

Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, en *Derechos y garantías*, trad. de P. Andrés y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999.

—————, *Derecho y Razón*, trad. de P. Andrés y otros, Trotta, Madrid 1995.

—————, *Manifiesto por la igualdad*, trad. Perfecto Andrés, Trotta, Madrid, 2019.

—————, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Laterza, Roma, 2021.

Gorz, André, *Misères du présent, richesse du possible*, Editions Galilée, París, 1997.

Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998.

Herrera, Carlos Miguel, *Confines del constitucionalismo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.

- Langford, Malcolm, *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el Derecho internacional y comparado*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2013.
- Langford, Malcolm, Rodríguez Garavito, César y Rossi, Julieta, *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, Dejusticia, Bogotá, 2017.
- Merrien, Francois-Xavier, *L'Etat providence*, PUF, Paris, 1997.
- Morales, Leticia, *Derechos sociales, constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- , *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, trad. de J. Calvo Gonzalez, Comares, Granada, 2000.
- Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007.
- , *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Trotta, Madrid, 2011.
- Pisarello, Gerardo, García Morales, Aniza y Olivás Díaz, Amaya, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Bomarzo, Madrid, 2009.
- Pisarello, Gerardo y Cabo, Antonio de, *La renta básica como un nuevo derecho ciudadano*, Trotta, Madrid, 2006.
- Pisarello, Gerardo y Asens, Jaume, *No hay derecho(s). La ilegalidad del poder en tiempos de crisis*, Icaria, Barcelona, 2012.
- Palombella, Gianluigi, *La bestia sin bozal. En defensa del derecho a la protesta*, Los Libros de la Catarata, Barcelona, 2014.
- Santos, Boaventura de Sousa, *Reinventar la democracia. Reinventar el estado*, trad. de D. Palacios Cerezales y J. Eraso Ceballos, Sequitur, Madrid, 1999.

Sepúlveda Carmona, Magdalena, *The Nature of the Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Amberes, 2003.

Raventós, Daniel, *El derecho a la existencia*, Ariel, Barcelona, 1999.

—————, “La renta básica: introito”, en Raventós, D. (coord.), *La renta básica*, Ariel, Barcelona, 2001.

—————, (coord.), *La renta básica. Por una ciudad más libre, más igualitaria y más fraterna*, Ariel, Barcelona, 2001.

Rosanvallon, Pierre, *La crise de l’Etat providence*, Seuil, París, 1981.

Wacquant, Loïc, *Las cárceles de la miseria*, trad. Horacio Pons, Manantiales, Buenos Aires, 2000.

Revistas

Ferrajoli, Luigi, “Stato sociale e stato de diritto”, en *Politica del diritto*, a. XII, núm. 1, 1982.

Gomes Canotilho, José Joaquim, “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, Madrid, 1988.

Häberle, Peter, “The Constitutional State and Its Reform Requirements”. *Ratio Juris*, vol. 13, núm. 1, 2000.

Habermas, Jürgen, “Le paradoxe de l’Etat de droit démocratique”. *Les Temps Modernes*, núm. 610, París, 2000.

Michelman, Frank, “Human Rights and the Limits of Constitutional Theory”. *Ratio Juris*, vol. 13, núm. 1, 2000.

Moscarini, Anna, “La Corte costituzionale contro lo Stato sociale?”. *Giurisprudenza Costituzionale*, vol. 42, núm. 1, Roma, 1997.

Palombella, Gianluigi, “Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría”. *Doxa*, núm. 22, Alicante, 1999.

Rodríguez Garavito, César, “Activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, núm. 2, 2013.

Jurisprudencia y normas

PIDESC, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General, núm. 3, 1990.

Jueces constitucionales,
derechos sociales y economía:
sobre la legitimidad y conveniencia del
control constitucional a la economía

Rodrigo Uprimny*

* Profesor titular Universidad Nacional de Colombia, investigador del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad “Dejusticia” e integrante del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas 2015-2022.

Jueces constitucionales, derechos sociales y economía: sobre la legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía. I. Introducción; II. Las críticas a la intromisión judicial en la economía; III. La incapacidad técnica de los jueces constitucionales; IV. El “populismo” y la insensibilidad de los jueces frente a las consecuencias de sus decisiones; V. Sobre el supuesto carácter antidemocrático del control constitucional de los procesos económicos; VI. Sobre los riesgos de rigidez constitucional; VII. Los problemas de inseguridad jurídica; VIII. Los riesgos de desmovilización ciudadana y politización de la justicia; IX. Conclusiones.

Preludio a la reedición de este artículo en 2021

Este artículo fue publicado en 2001, bajo el título “Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía”, simultáneamente en dos revistas universitarias colombianas: la revista Núm. 12 *Derecho Público* de la Universidad de los Andes y la revista *Precedente* Núm. 1 de la Universidad Eafit. Luego fue reimpresso en otras ocasiones en la primera mitad de esa década; por ejemplo, en el libro editado por Germán Burgos en 2003 sobre independencia judicial en América Latina y el libro publicado por Dejusticia, del cual fui coautor, junto con Mauricio García y César Rodríguez en 2006.¹

Cuando escribí originariamente el artículo era magistrado auxiliar de la Corte Constitucional colombiana y el texto se inscribía en un debate intenso que se dio en esos años en Colombia, tanto a nivel académico como político, en torno a la jurisprudencia sobre derechos sociales de ese tribunal. Algunos economistas y juristas ortodoxos criticaron duramente esas intervenciones judiciales, supuestamente

¹ V. Burgos, *Independencia judicial en América Latina: ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* Y Uprimny, García, et al., *Justicia para todos? Derechos sociales, sistema judicial y democracia en Colombia*.

por sus efectos macroeconómicos negativos, lo cual suscitó su defensa por parte de algunos constitucionalistas cercanos a la Corte, como era mi caso, sin perjuicio de que fuéramos críticos de algunas decisiones específicas del tribunal. La polémica fue muy intensa en esos años: no sólo era una controversia académica, sino que tenía claras connotaciones políticas, ya que algunos pretendían reducir las competencias de la Corte para decidir esos casos. Este artículo hacía parte entonces de la defensa de la legitimidad de la intervención de la Corte en esos ámbitos.

¿Por qué acepté entonces que este artículo fuera republicado 20 años después, sin casi ninguna modificación, cuando es un texto de circunstancia y que hace parte de un campo que ha sido muy dinámico en estas dos décadas, como es el relativo a la justiciabilidad de los derechos sociales y la intervención de los jueces en estos ámbitos? Mi respuesta es sencilla: el texto me sigue gustando y comparto aún la esencia de sus tesis. Además creo que, a pesar de que originariamente fue un texto de circunstancia y en cierta forma de combate, pues se inscribía en la defensa de las orientaciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional en materia económica y social, es un artículo que tiene un valor teórico más allá de ese debate coyuntural en Colombia pues es una justificación general de la justiciabilidad de los derechos sociales y de la intervención, obviamente prudente, de los jueces constitucionales en decisiones económicas. Este debate sigue siendo actual y pertinente, por lo que la argumentación del artículo sigue siendo relevante.

Si hoy abordara este mismo tema tal vez plantearía en forma distinta algunos puntos y, sobre todo, desarrollaría más ciertos aspectos, que no son abordados sistemáticamente en el texto. Esos cambios de énfasis derivan de los notables desarrollos doctrinarios y de la rica experiencia judicial nacional en esta materia de estas dos décadas, que permite hoy no sólo un enfoque comparado más fecundo en este campo, sino que ciertos temas nuevos adquieren gran prominencia. Por ejemplo, cuando escribí mi texto en el año 2000, para ser publicado en 2001, el tribunal constitucional sudafricano no había decidido aún el célebre caso *Grootboom*, que ha sido muy influyente en los debates teóricos y comparados sobre la posibilidad y conveniencia de la justiciabilidad de los derechos sociales. Recordemos que ese caso hizo cambiar la posición de un autor influyente, como Cass Sunstein, quien

había sido muy escéptico frente a la posibilidad de la protección judicial de los derechos sociales, pero que consideró que esa sentencia sudafricana mostraba que era posible “un modelo de derecho administrativo de justiciabilidad de los derechos sociales”, que permitía amparar esos derechos, pero respetando las prerrogativas democráticas de los órganos políticos.² En ese período tampoco se había desarrollado claramente en el ámbito académico la distinción entre constitucionalismo fuerte y constitucionalismo débil, que es, a mi juicio, uno de los desarrollos teóricos más importantes en derecho constitucional comparado. Así, el artículo seminal de Gardbaum, que introduce el tema, con la idea de que existe un modelo “Commonwealth” de constitucionalismo, que se opone tanto a la tradición de supremacía parlamentaria, asociada al constitucionalismo francés, como a la supremacía judicial, vinculada al constitucionalismo estadounidense, es de 2001.³ Igualmente, los artículos de Tushnet, que popularizan la distinción entre formas fuertes y débiles de justicia constitucional, son posteriores a mi artículo y serán recogidos en un influyente libro suyo de finales de esa década.⁴ Finalmente, las reflexiones sobre la implementación y el impacto efectivo de estas decisiones progresistas de la justicia constitucional sobre derechos sociales estaban apenas empezando. Por ejemplo, sólo años después publicaríamos con Mauricio García un artículo que evalúa si ese tipo de decisiones tenía o no un verdadero impacto emancipador.⁵ Varios años después, Julieta Rossi, Malcolm Langford y César Rodríguez editaron un libro que abordaría más sistemáticamente el tema en perspectiva comparada.⁶

Estos desarrollos académicos y jurisprudenciales me llevarían hoy a enfatizar otros temas, que son centrales en el debate actual sobre justiciabilidad de derechos sociales y que, en este artículo, por el momento en que fue escrito y por su propio propósito, apenas esboqué. La razón es que la experiencia de estas décadas

² Cf., Sunstein, *Social and Economic Rights? Lessons from South Africa*. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=269657> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.269657>

³ Cf., Gardbaum, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism” en *The American Journal of Comparative Law*.

⁴ Cf., los artículos de Tushnet de 2008, *passim*.

⁵ Cf., Uprimny, García Villegas, 2005, *passim*.

⁶ Cf., Langford, Rodríguez y Rossi, *passim*.

ha mostrado que la justiciabilidad de los derechos sociales es legítima, necesaria y representa un avance democrático indudable. Sin embargo, esta misma experiencia ha mostrado también que ciertas intervenciones judiciales en este campo han sido problemáticas, por ejemplo, porque no tienen impactos reales, o erosionan la deliberación democrática, o terminan beneficiando esencialmente a las clases medias y altas, —debido a los problemas de acceso a justicia— con lo cual terminan siendo regresivas en términos distributivos. Por eso creo que hoy es necesario debatir cuáles son las formas de justiciabilidad que potencien sus virtudes democráticas y reduzcan sus posibles riesgos y efectos contraproducentes. En algunos textos posteriores he intentado intervenir en esas discusiones,⁷ defendiendo una perspectiva de justiciabilidad de los derechos sociales, que no sólo logre amparar efectivamente los derechos de las personas afectadas sino que, además, sea técnicamente sólida y tenga en lo posible impactos redistributivos y fortalezca la deliberación ciudadana. Y en ese debate surgen al menos tres temas decisivos: i) el problema de cuáles son los mejores diseños procedimentales e institucionales de una justicia constitucional que asuma la justiciabilidad de los derechos sociales; ii) el análisis de la implementación y de los impactos efectivos de las decisiones judiciales sobre derechos sociales; y iii) la discusión sobre cuál es la mejor forma de argumentar y sustentar las decisiones judiciales sobre derechos sociales.

Todo esto muestra que hoy no basta fundamentar la justiciabilidad de los derechos sociales, como intento hacerlo en este artículo, sino que es necesario ir más lejos: es necesario debatir qué formas debería adoptar esa intervención judicial. Sin embargo, el debate sobre la fundamentación de la justiciabilidad de los derechos sociales sigue siendo relevante, al menos por dos razones: i) porque la aceptación de la justiciabilidad de los derechos sociales sigue siendo una posición aún minoritaria en el derecho comparado, por lo que el debate persiste; y ii) porque, en todo caso, el reexamen de esa discusión es importante ya que las mejores objeciones a la justiciabilidad pueden también ser vistas como advertencias de los

⁷ Uprimny “The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates” en *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*; “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos” en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos* y Uprimny, Durán, *Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia*.

escépticos acerca de los posibles efectos negativos que podrían tener ciertas formas de justiciabilidad, por lo es importante tomar en serio esos temores. Por todo ello creo que este artículo sigue siendo relevante y decidí aceptar su reimpresión, prácticamente en su forma original. Lo único que hice fue corregir algunos problemas menores de redacción y eliminar algunas referencias que estaban demasiado ligadas a la coyuntura colombiana de finales de siglo.

I. Introducción

En uno de sus textos, Amartya Sen señala que “la economía moderna se empobreció en forma sustancial debido a la distancia que se ha abierto entre la ética y la economía”,⁸ ya que, como consecuencia de ese divorcio, la ciencia económica ha tenido una visión estrecha de las motivaciones del comportamiento humano y del significado del desarrollo social. Pero a su vez, señala Sen, este distanciamiento también ha perjudicado a la ética, que ha perdido la posibilidad de usar el fino instrumental analítico de la economía, para enriquecer sus visiones, y en especial para poder tomar en cuenta en sus análisis normativos las complejas interdependencias que existen entre los comportamientos de los distintos agentes sociales.

Esta reflexión de Sen puede ser proyectada a la relación, también bastante problemática, que se ha dado entre la economía y el derecho. La separación académica que durante mucho tiempo ha existido entre esas disciplinas ha tenido efectos empobrecedores para ambas. La economía ha solido desconocer la importancia que tienen la dimensión normativa y los arreglos institucionales en el comportamiento de los agentes económicos y en el significado del propio desarrollo, mientras que el olvido de los condicionamientos económicos puede llevar al análisis jurídico a moverse en abstracciones desvinculadas de la dinámica objetiva de los procesos sociales.

Es cierto que en los últimos años existen interesantes propuestas académicas que buscan precisamente acercar el derecho y la economía. Bástenos citar los siguientes

⁸ Amartya Sen, *On ethics and economics*, p. 108.

dos ejemplos. De un lado, los trabajos de la llamada escuela neoinstitucionalista, y en especial la obra de Douglass North, han enfatizado el enorme impacto que tienen los arreglos institucionales como presupuestos de funcionamiento de los mercados, que es una forma de reconocer, desde el campo económico, la importancia del derecho y de las instituciones en los procesos económicos. De otro lado, la llamada escuela del “análisis económico del derecho”, también conocida como de “derecho y economía”, liderada por las obras —no siempre compatibles— de autores como Posner y Calabresi, ha incorporado una parte considerable del instrumental analítico de la economía, en especial de la microeconomía, como criterio para evaluar las reformas legislativas y las decisiones judiciales, que es una forma de reconocer, desde el derecho, la pertinencia de la lógica económica en el análisis normativo.

Sin importar cuál sea nuestra opinión sobre la riqueza de esas escuelas, es indudable que ellas son significativas en la medida en que intentan establecer puentes entre los análisis económicos y las discusiones jurídicas. Y esa perspectiva puede orientarnos sobre la manera como deberíamos enfocar el debate que ha suscitado la jurisprudencia económica de la Corte Constitucional, por llamar de alguna manera las decisiones de ese tribunal que han afectado la política económica del Estado colombiano. Esta controversia puede ser la oportunidad para un diálogo enriquecedor entre las perspectivas de economistas y juristas sobre el papel que debe jugar tanto el derecho en general, como la justicia constitucional en particular, en la definición y ejecución de la política económica en una democracia. Pero lo cierto es que, hasta ahora, la polémica ha tendido a acentuar la separación entre los análisis económicos y los estudios jurídicos, no sólo por las innecesarias diatribas que economistas y juristas han intercambiado sino, además, porque incluso los estudios más serios no han logrado romper la unilateralidad de las perspectivas. Un ejemplo significativo es el primer trabajo de Salomón Kalmanovitz sobre el tema, en donde ese autor intenta un análisis sistemático y comprensivo de la jurisprudencia económica de la Corte, pero se queda en una visión puramente externa de las decisiones del juez constitucional, como lo muestra incluso el propio título de su artículo.⁹

⁹ El título de su texto, es una renuncia explícita a entrar en un análisis de los aspectos jurídicos de la jurisprudencia de la Corte, V., Kalmanovitz, “Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte

En este contexto, este artículo busca abandonar las posturas puramente defensivas, y si se quiere “gremiales”, de economistas y abogados, a fin de intentar un diálogo constructivo entre nuestras perspectivas. No se trata de eludir el debate, que debe ser vigoroso como corresponde a la academia, ni de ocultar las diferencias que existen dentro de las mismas disciplinas, pues en ocasiones puede haber mayores controversias entre los abogados o los economistas sobre el papel jugado por la Corte Constitucional. Pero creo que conviene abandonar las defensas a ultranza y las diatribas, con el objeto de favorecer una discusión interdisciplinaria sobre el papel de la justicia constitucional en el diseño y ejecución de la política económica en una democracia.

Para adelantar esa discusión, conviene comenzar por distinguir las diversas facetas del problema, ya que la polémica sobre la jurisprudencia económica de la Corte plantea cuatro interrogantes, que se encuentran interrelacionadas pero que son diversas. En primer término, un problema de fundamentación: ¿es posible y legítimo que exista un control constitucional de la economía? En segundo término, uno que es institucional: ¿cuáles son los diseños procesales más adecuados para el desarrollo de la justicia constitucional en este campo? En tercer término, existe un problema hermenéutico: ¿es necesaria alguna forma especial de interpretar y aplicar la Constitución en materia económica o son válidas las herramientas argumentativas ordinarias? Y finalmente, uno empírico, referido al trabajo de la Corte: ¿qué tan acertadas o equivocadas han sido sus decisiones?

Todos estos distintos problemas son interesantes e importantes, pero el debate sobre la fundamentación tiene una prioridad lógica y metodológica, pues si concluimos que no es legítimo que la justicia constitucional intervenga en la economía, las otras preguntas pierden mucha de su relevancia. Por ello, el capítulo se centra en discutir si es legítimo y conveniente que exista un control judicial de constitucionalidad de los procesos económicos. El texto comienza entonces por reseñar las principales razones que algunos estudiosos aducen en contra del control constitucional de la economía, para luego intentar responder a cada una

Constitucional” en *Economía colombiana*. Eso no es un defecto sino una opción metodológica perfectamente válida, pero que mantiene la separación entre las discusiones jurídicas y los análisis económicos.

de ellas, y mostrar así las posibilidades y límites de la intervención de los jueces constitucionales en esa esfera.

II. Las críticas a la intromisión judicial en la economía

Según algunos analistas, los tribunales constitucionales no deben conocer de asuntos económicos por muchas razones, que pueden ser englobadas en seis objeciones básicas.

Un primer tipo de críticas cuestiona la idoneidad técnica de los jueces constitucionales en este campo, por lo cual su intervención produce malas políticas económicas. Según estas objeciones, los jueces no son expertos en estos temas, y por ende, son muy altos los riesgos de que se equivoquen, debido a su falta de conocimientos técnicos en la materia.

Directamente ligado a lo anterior, un segundo tipo de críticas cuestiona la tendencia de los jueces a ser “botaratas”, en la medida en que no tienen en cuenta las restricciones presupuestales, ya que no les corresponde la difícil tarea de cobrar los impuestos y obtener los recursos para financiar las políticas sociales. Permitir que los tribunales intervengan en la política económica y decreten gasto sería por lo tanto inconveniente, dado que podría conducir a una suerte de “populismo judicial”. Según estos planteamientos, estos riesgos son mayores en los países del Tercer Mundo con escaso desarrollo de las fuerzas productivas, como Colombia, pues hoy en día, en general, las intervenciones judiciales en las decisiones económicas pretenden realizar los derechos sociales, lo cual implica casi siempre erogaciones presupuestarias importantes. Sin embargo, en estos países, la posibilidad de financiar efectivamente la satisfacción de la totalidad de los derechos sociales es todavía muy precaria, por lo cual son aún más altos los peligros de que caigamos en un populismo judicial, que tenga efectos macroeconómicos desastrosos. Jugando con las palabras, habría entonces que concluir que, al decidir estos casos económicos, los jueces “fallan” mucho, y que en los países subdesarrollados sus “fallos” son aún mayores.

Un tercer tipo de críticas se funda en la filosofía democrática y participativa, pues parte de la idea de que, en las democracias, los parlamentos y los gobiernos son quienes tienen derecho a decidir sobre el modelo económico del país y sobre la orientación del gasto público, porque al fin y al cabo para eso fueron electos por las mayorías políticas. La intervención judicial en la economía sería en ese sentido antidemocrática, ya que los tribunales constitucionales, compuestos por jueces no electos, impondrían su filosofía económica y arrebatárían a las mayorías el derecho que tienen a tomar las opciones básicas sobre el desarrollo social y económico de un país.

Directamente ligado a lo anterior, un cuarto tipo de reparos considera que la intervención de las cortes constitucionales en la economía desfigura y deslegitima la función de las constituciones en las complejas sociedades pluralistas contemporáneas. Según estas perspectivas, la anulación por el juez constitucional de determinadas decisiones económicas implica una inevitable “constitucionalización” de un cierto modelo de desarrollo, pues el tribunal estaría señalando que algunas estrategias económicas no caben dentro del ordenamiento jurídico o, a veces, que sólo una determinada política es posible. Lo anterior tiene dos efectos perversos: de un lado, introduce una excesiva rigidez en el manejo económico, porque para modificar una estrategia económica podría ser necesaria una muy dispendiosa reforma constitucional; y, de otro lado, la exclusión por el juez constitucional de ciertas opciones económicas, que pueden ser apoyadas por grupos importantes de la población, implica que esos sectores sociales pueden a su vez sentirse excluidos de la constitución —que pierde entonces apoyo y legitimidad social—. La constitución dejaría de ser un marco pluralista, en donde caben la mayor parte de opciones y modos de vida de los ciudadanos, para convertirse en la expresión de ciertas doctrinas económicas y determinados modelos de desarrollo: aquéllos que son más apreciados por los magistrados.

Un quinto tipo de críticas se basa en consideraciones de seguridad jurídica, y argumenta que la intervención de los jueces constitucionales en esta esfera pone en peligro la certeza de los contratos y de las regulaciones debido a que, en cualquier momento, una ley podría ser anulada por razones de constitucionalidad —muchas veces con efectos retroactivos—. Esta inseguridad jurídica tendría

graves efectos sobre el desarrollo, pues aumentaría considerablemente los costos de transacción y desestimularía la inversión, ya que los agentes económicos no lograrían conocer con exactitud cuáles son las reglas jurídicas aplicables.

Un sexto tipo de críticas invoca los efectos perversos que esas injerencias judiciales en la economía tienen sobre el sistema político y sobre la propia administración de justicia. Según estas objeciones, la intromisión de los tribunales en las políticas económicas erosiona la participación democrática, puesto que los ciudadanos reemplazan la lucha electoral y la movilización política por la interposición de acciones judiciales. Además, esta “judicialización” de la política económica acarrea casi inevitablemente una “politización” —en el mal sentido del término— de la justicia, porque los tribunales y procesos se convierten en escenarios e instrumentos de estrategias de los actores políticos, lo cual afecta la independencia judicial y desestabiliza en forma profunda el papel del sistema judicial como garante de los derechos de las personas y de las reglas del juego democrático.

Igualmente grave, según estas perspectivas, es que este proceso puede comportar una sobrecarga del aparato judicial, que empieza a asumir con dificultad tareas que no le corresponden y para las cuales carece de los medios técnicos y materiales necesarios. Así, la transferencia de la resolución de los problemas económicos a los jueces, y en especial al tribunal constitucional, puede terminar por afectar la propia legitimidad de la administración de justicia, que no tiene en el largo plazo la capacidad de enfrentar tales retos.

Las críticas que he reseñado muy brevemente no son para nada deleznales, pues se basan en argumentos teóricos razonables y en experiencias históricas desafortunadas. Así, es indudable que en general los jueces, por su formación profesional, no suelen ser expertos en el manejo de las variables económicas y tienden a ignorar las consecuencias financieras de sus fallos.

Además, es cierto que a veces los tribunales constitucionales han tenido intervenciones antidemocráticas, ya que han bloqueado —o al menos obstaculizado duraderamente— los cambios económicos, invocando filosofías personales o argumentos formalistas para anular políticas económicas masivamente apoyadas

por la ciudadanía y por los órganos de elección popular. El ejemplo clásico, pero no el único, fue la actitud de la Corte Suprema de los Estados Unidos en las primeras décadas de este siglo. Entre 1905 y 1937, ese tribunal anuló leyes que establecían salarios mínimos o jornadas máximas de trabajo con el argumento de que violaban la libertad contractual, y de esa manera entorpeció la puesta en marcha de políticas sociales, y en especial el desarrollo del *New Deal* de Franklin Delano Roosevelt.¹⁰ El caso más célebre, por cuanto simboliza este proceso, fue *Lochner vs. New York* de 1905, en donde la Corte anuló una ley de ese Estado que limitaba la jornada de trabajo a diez horas diarias, con lo cual la jurisprudencia dio preferencia al liberalismo económico sobre los criterios de las mayorías, el pluralismo económico y la búsqueda de la igualdad social.

El activismo judicial de ese tribunal en materia económica en dicha época se acompañó de una pasividad y complacencia sorprendentes en materia de eventuales violaciones a los derechos civiles. Así, mientras anulaba las leyes de intervención económica por supuestamente afectar la libertad contractual, la Corte Suprema defendía la constitucionalidad de las leyes que establecían la segregación racial en el sur de los Estados Unidos, —por cuanto consideraba que éstas no desconocían la igualdad en virtud de la tristemente célebre doctrina de “separados pero iguales” —desarrollada en el caso *Plessy vs. Ferguson* de 1896. Incluso cuando Estados Unidos había vivido una guerra civil que estuvo en gran parte motivada por la idea de abolir la esclavitud y lograr una mayor igualdad entre las razas.

En consecuencia, no siempre los tribunales constitucionales han sido paladines de la justicia, por lo cual los ciudadanos no pueden depositar ciegamente en ellos toda su confianza para la construcción de un mundo justo. Es más, muchos analistas consideran que los jueces en general, y en especial los tribunales constitucionales, pueden ser muy poderosos para bloquear de manera durable las tentativas de progreso social, mientras que su eficacia para producir reformas emancipatorias es muy limitada.¹¹

¹⁰ La bibliografía sobre este tema, y en general sobre el papel de la Corte Suprema en el sistema político estadounidense, es inmensa. V., Sunstein, *The Partial Constitution*; Tribe, *American Constitutional Law*.

¹¹ Rosenberg, *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?*

En ese mismo orden de ideas, también creo que los críticos aciertan en señalar que una judicialización excesiva de la política económica —y de la política en general— puede ser muy negativa para la dinámica democrática y para el propio aparato judicial, pues no sólo puede generar un exceso de expectativas en las posibilidades de que unos tribunales providenciales materialicen la justicia social sino que, además, acentúa la desmovilización ciudadana. Y ambas cosas son perjudiciales para la administración de justicia y el desarrollo democrático, de suerte que las victorias democráticas de los movimientos progresistas ante la justicia constitucional terminan por ser muchas veces ilusorias, ya que la decisión judicial conduce a la pasividad ciudadana y los propios tribunales no tienen los medios necesarios para poner en marcha las reformas sociales.

Los riesgos de un gobierno de los jueces —en especial en el ámbito económico— y sus efectos perversos sobre el desarrollo, la democracia, y la legitimidad misma de la constitución no son entonces meramente hipotéticos, razón la cual muchos países han tendido a limitar el papel de la justicia constitucional en este campo.

Así, en Estados Unidos en los años treinta, luego de vigorosas críticas por parte de la opinión pública y de amenazas del presidente Roosevelt de modificar la composición de la Corte Suprema, ese tribunal varió, a partir del caso *West Coast Hotel Co vs. Parrish* de 1937, su jurisprudencia en materia de libertad contractual, y reconoció la posibilidad que tenían las mayorías democráticas de establecer normas diversas para la intervención estatal en los procesos económicos. En la práctica, después de esa verdadera “revolución constitucional”, como la denominan algunos autores,¹² la Corte Suprema asumió los criterios del juez Oliver Holmes, quien en su célebre voto disidente en el caso *Lochner* había indicado que “la constitución no pretende adoptar una particular teoría económica, sea ésta paternalista, o de una relación orgánica entre los ciudadanos y el Estado, o del ‘laissez faire’”. Según Holmes, la función de un juez constitucional no es determinar la corrección de una determinada política o doctrina económica pues, en una democracia, las mayorías tienen derecho a experimentar y a convertir sus opiniones

¹² Cf., Sunstein, *The partial constitution*.

económicas en ley, y las constituciones están hechas para personas con puntos de vista muy diferentes. A partir de esa sentencia, la Corte Suprema de los Estados Unidos se ha abstenido, casi totalmente, de cuestionar las políticas económicas de los órganos políticos.

Igualmente, y tal vez orientada por esa evolución estadounidense, la doctrina y la jurisprudencia constitucionales alemanas consideran que la Carta de Bonn es “neutra” desde el punto de vista económico, a fin de permitir que el legislador elija la estrategia de desarrollo que a su juicio sea la más adecuada. Por ello, el control ejercido por el Tribunal Constitucional sobre la orientación de esas políticas ha sido muy escaso. De manera similar, en España, el sector mayoritario de la doctrina y las orientaciones básicas de la jurisprudencia constitucional consideran que la Constitución de 1978 no incorpora un modelo económico específico, sino que es un texto abierto en esta materia, por lo cual son posibles políticas distintas e incluso contradictorias.¹³

Existen pues críticas poderosas a la intervención de los tribunales constitucionales en la economía. ¿Significa lo anterior que debemos suprimir a la Corte Constitucional colombiana cualquier posibilidad de entrar a examinar la legitimidad de las decisiones de política económica? ¿O que esta competencia debería estar radicada en una sala económica especial, como lo han planteado otros críticos? No lo creo, porque las objeciones anteriores, a pesar de que son relevantes y no pueden ser ignoradas, no son contundentes, como intentaré mostrarlo a continuación.

III. La incapacidad técnica de los jueces constitucionales

Comencemos entonces con las críticas sobre la incapacidad técnica de los tribunales constitucionales para decidir asuntos económicos, pues creo que son las más fáciles de responder —a pesar de que aparentemente son las más efectistas—. De hecho, el argumento sobre la falta de conocimientos económicos de los

¹³ Papier, “La ley fundamental y el orden económico”, en Benda, *Manual de Derecho Constitucional*.

jueces es fácilmente rebatible, debido a que en derecho existen los peritos, las audiencias y los conceptos técnicos, precisamente para que los tribunales se familiaricen con los alcances de los temas que no conocen, sean estos económicos o de otra naturaleza.

Y si se acepta que un juez puede decidir un homicidio con base en un concepto médico, un asunto contractual a partir de un peritazgo arquitectónico o químico, o una discusión sobre derechos de las comunidades indígenas tomando en cuenta análisis antropológicos, ¿por qué no podrá pronunciarse sobre un asunto financiero o sobre una política macroeconómica? ¿Cuál es la especial dificultad de la ciencia económica frente a otras disciplinas, igualmente complejas, como la medicina, la ingeniería o la antropología? No parece que exista, como lo demuestran los permanentes pronunciamientos de los jueces y tribunales de otros países sobre complejas materias económicas. Así, si quisiéramos un ejemplo reciente, bastaría recordar la decisión, en noviembre de 1999, del juez federal Thomas Penfield Jackson de los Estados Unidos, quien señaló que la empresa Microsoft, del poderoso Bill Gates, tiene un control monopólico de los sistemas operativos y ha abusado de ellos en perjuicio de los consumidores. Esta decisión judicial llevó a la intervención de la más poderosa empresa del mundo, en el más estratégico de los sectores, como es la informática y el Internet.

Con todo, podría objetarse que el anterior ejemplo no es relevante, ya que en ese caso el juez no retiró del ordenamiento jurídico una disposición legal de contenido económico, sino que se limitó a aplicar sus mandatos, mientras que las críticas a la Corte Constitucional colombiana derivan de que ésta ha anulado, o incluso modificado, el alcance de las políticas económicas y de las normas financieras aprobadas por el Congreso o por el Gobierno.

Pero ese reparo tampoco es admisible, por cuanto en derecho comparado no es inusual que los jueces constitucionales controlen las leyes de contenido económico. En este campo, el ejemplo tal vez más impactante es el Tribunal de las Comunidades Europeas de Luxemburgo, que tiene, como uno de sus cometidos esenciales, la tarea de controlar que las legislaciones de los países de la Comunidad y las decisiones de los jueces nacionales se adecuen a las normas comunitarias,

las cuales han tenido esencialmente un contenido económico. Ese tribunal puede entonces ser caracterizado como una especie de Corte Económica Internacional.¹⁴

Y el anterior no es el único caso de una incidencia decisiva de los jueces en asuntos económicos complejos y de gran trascendencia. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, en la *sentencia 103* de 1983, consideró que un modelo de seguridad social basado en la compensación del daño era contrario a la Constitución, y lo sustituyó por uno fundado en la protección frente a la necesidad o la pobreza económica.¹⁵ Por su parte, el Consejo Constitucional en Francia, uno de los países más temerosos del “gobierno de los jueces”, tuvo una intervención importante en el control de las nacionalizaciones adelantadas por el gobierno socialista en 1981, al declarar en la sentencia del 16 de enero de 1982 la inconstitucionalidad de las normas que regulaban el cálculo de las indemnizaciones, por desconocer el derecho de propiedad.¹⁶ Igualmente, el tribunal constitucional austríaco, en sentencia del 24 de enero de 1997, anuló, por violar la igualdad, una norma que obligaba a ciertas sociedades a realizar pagos anticipados en relación con el impuesto de sociedades. Los efectos fiscales de esa sentencia, sólo para 1996, fueron de casi 400 millones de chelines y, según los analistas, “las repercusiones indirectas que las consideraciones de la sentencia en relación con el principio de igualdad pueden tener en la promulgación de nuevas leyes tributarias no pueden ser estimadas ni siquiera aproximadamente”.¹⁷

¿Podemos entonces seguir sosteniendo que el mundo de la economía y de los negocios no debe estar contaminado por el derecho constitucional y por las decisiones judiciales?

Además, el argumento de la falta de conocimientos económicos por parte de los jueces conduce a resultados antidemocráticos, pues tampoco los parlamentarios ni

¹⁴ Tomo este ejemplo de una conferencia dictada por Manuel José Cepeda en la Universidad de los Andes el 23 de marzo de 1999.

¹⁵ Prieto Sanchís, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, p. 40.

¹⁶ Pardo, *El consejo constitucional francés*, p. 51.

¹⁷ Schaffer, “Austria: La relación entre el tribunal constitucional y el legislador” en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*.

los ciudadanos suelen ser peritos en esta materia. ¿Significa ello que las decisiones macroeconómicas deben ser sustraídas del debate ciudadano y radicadas en el cuerpo selecto de los sabios que conocen de estas materias, como el FMI o el Banco de la República? Esto no parece tampoco razonable.

En síntesis, es cierto que la teoría económica no siempre es un asunto fácil, ya que las dinámicas sectoriales y los procesos macroeconómicos a veces son muy complejos, y su lógica puede incluso vulnerar el sentido común. Así, para quien no ha trabajado mínimamente esas materias, puede parecer incomprensible que un hecho aparentemente afortunado para un país —como puede ser el descubrimiento de enormes reservas petroleras— pueda tener efectos negativos en virtud de la llamada “enfermedad holandesa”, que tiende a generar economías rentistas y a afectar desfavorablemente al sector industrial nacional. Es cierto también que las explicaciones de algunos economistas complican, más allá de lo necesario, la presentación de esos fenómenos.

Sin embargo, eso no significa que los mecanismos económicos sean incomprensibles, puesto que un buen concepto académico permite que una persona razonable —como se espera que sean los jueces— entienda la dinámica básica de esos procesos. Así, volviendo a nuestro ejemplo de la enfermedad holandesa, no se necesita ser Einstein para entender que un incremento súbito y masivo de las exportaciones de petróleo, que no sea adecuadamente controlado por las autoridades económicas, genera un ingreso considerable de divisas que tiende a sobrevalorar la moneda local, lo cual favorece las importaciones y disminuye la competitividad de las exportaciones nacionales, y puede por ende tener efectos negativos para la industria nacional que trabaja en bienes “transables”, esto es, en bienes vinculados al mercado internacional.

Es pues válido exigir que los jueces tomen en cuenta los conocimientos especializados de las materias sobre las cuales van a tomar una decisión. Pero una cosa es exigir esa consulta a los expertos, y otra muy diferente sostener que los jueces sólo pueden decidir en las materias en que sean ellos mismos especialistas, por lo cual la Corte Constitucional colombiana no puede conocer de asuntos económicos y debería existir a su interior una sala económica para esas materias. Si esa

crítica fuera válida, entonces debería también ponerse en funcionamiento una “sala médica” para estudiar los derechos de los pacientes, una “sala antropológica” para decidir los casos de comunidades indígenas, e incluso, como dijo irónicamente en una entrevista radial uno de los magistrados de la Corte Constitucional, una “sala cuna” para analizar los casos de los derechos de los niños. Esa fragmentación de la justicia constitucional aumentaría considerablemente la inseguridad jurídica, pues no existiría un órgano de cierre con la facultad de unificar la interpretación de la Constitución.

Por último, conviene destacar que el control constitucional de las políticas económicas puede tener efectos positivos, en términos de transparencia de las políticas públicas, pues el debate judicial obliga a quienes toman determinadas decisiones a defenderlas en un lenguaje que sea accesible a quien es lego en la materia, ya que deben explicar y convencer a los jueces de la legitimidad constitucional de las estrategias económicas. De esa manera, la población tiene también oportunidad de entender mejor cuáles son las razones éticas, políticas y económicas que justifican determinadas decisiones públicas, cosa que estimula la democracia porque incrementa el control ciudadano a las autoridades y alimenta el debate y la deliberación política.

IV. El "populismo" y la insensibilidad de los jueces frente a las consecuencias de sus decisiones

Las objeciones por la falta de conocimientos económicos de los tribunales no son entonces convincentes. En ese mismo contexto, la crítica basada en la falta de sensibilidad de los jueces por las consecuencias financieras de sus fallos es en parte válida, pero insuficiente, pues desconoce ciertas particularidades de la función judicial y el papel del derecho en una sociedad democrática.

Así, es indudable que una decisión judicial deja de ser adecuada, por bien fundamentada que se encuentre a nivel normativo, si tiene resultados catastróficos en la práctica. Los buenos jueces no pueden ignorar totalmente los efectos de sus decisiones, y por ello, en todos los campos —en especial en materia económica—,

es razonable que los tribunales presten consideración a las posibles consecuencias de optar por una u otra determinación. Tal fue precisamente la razón por la cual la *sentencia C-700* de 1999 decidió mantener por algunos meses el sistema UPAC, a pesar de considerar que era inconstitucional, con el fin de evitar vacíos normativos capaces de generar graves traumatismos económicos. Dijo entonces la Corte Constitucional que era necesario consagrar un plazo para permitir que la ley “establezca las directrices necesarias para la instauración del sistema que haya de sustituir al denominado UPAC, sin que exista un vacío inmediato, por falta de normatividad aplicable”. Sin embargo, esa prudencia judicial de la Corte fue criticada por ciertos comentaristas, e incluso por algunos de los magistrados que aclararon su voto, quienes consideraron que era lógicamente inconsistente, y contrario a sus funciones, que la Corte decidiera mantener en el ordenamiento una disposición que era inconstitucional, por lo cual la sentencia debió declarar su inexequibilidad, sin importar las consecuencias.

Como vemos, si la Corte declara la inmediata inconstitucionalidad de una norma económica, entonces se la critica por no tener en cuenta los efectos de esa decisión; pero si, debido a las consecuencias traumáticas de una inexequibilidad inmediata, la Corte decide mantener temporalmente en el ordenamiento una disposición que ha constatado que es inconstitucional, se la cuestiona por no cumplir sus funciones de guardiana de la supremacía de la Constitución. Como dice el dicho, “palo porque bogas y palo porque no bogas”.¹⁸

¹⁸ V., el artículo de López Michelsen, en *El Tiempo*, en donde afirma que “mal puede la Corte mantener la vigencia de una disposición inconstitucional, cuando su misión es la guarda de la Constitución y, precisamente, si hay determinación, es sobre por cuál de los dos conceptos se opta: si la ley es inconstitucional, para no aplicarla, o si es constitucional, para mantenerla”. En el mismo sentido, ver la aclaración de voto de los magistrados Alfredo Beltrán y José Gregorio Hernández a la *sentencia C-700* de 1999, en donde arguyen que “riñe con la lógica jurídica que lo que es inconstitucional prolongue su existencia en el tiempo con posterioridad al fallo en el que así se declara por esta Corporación”. A pesar de su aparente fuerza, estas críticas son infundadas y desconocen el derecho constitucional contemporáneo, que admite las constitucionalidades temporales, o lo que es lo mismo, las inconstitucionalidades diferidas. Además, estas objeciones se basan en una confusión conceptual. Una cosa es que el juez constitucional precise si una norma legal viola o no la constitución, que es un acto de conocimiento, y otra que decida declarar su inexequibilidad, anularla, o retirarla del ordenamiento, que es una decisión. Como dirían algunos filósofos, como Austin, la constatación de la contradicción entre la ley y la constitución es un acto en donde el lenguaje juega una función puramente descriptiva, mientras que en la declaración de inexequibilidad estamos frente a un acto “performativo”, pues el juez transforma el mundo jurídico con su pronunciamiento. Por ende, no existe ninguna contradicción en que un juez constitucional constate

Es pues válido que se exija de los jueces una cierta valoración de los eventuales efectos de las sentencias. Sin embargo, en un régimen que reconoce los derechos de la persona, una cierta insensibilidad de los jueces por las consecuencias —financieras o políticas— de sus decisiones es también recomendable, pues implica que existe una autoridad estatal —el juez— que estará dispuesta a proteger ciertos valores, sin importar que su decisión sea impopular o cueste mucho al erario público. En eso consiste precisamente la independencia judicial, que es una de las grandes conquistas del Estado de derecho. O imaginen ustedes, ¿en qué quedarían los derechos humanos si los jueces se abstuvieran de proteger al inocente por el temor a las reacciones sociales ante un fallo absolutorio, o de condenar al Estado por el daño ocasionado por sus agentes en razón los efectos financieros negativos de esa decisión sobre el equilibrio fiscal?

El siguiente es un ejemplo, entre muchos otros, que me parece ilustrativo de las bondades que significa para el Estado democrático que los jueces tengan una cierta insensibilidad financiera. En Estados Unidos, en numerosas oportunidades los jueces y tribunales han decretado órdenes para mejorar las condiciones de las prisiones, con el objeto de que éstas se adecuen a estándares mínimos de dignidad humana. Esa intervención judicial, a pesar de que supone un gasto público cuantioso, ha sido considerada necesaria, dado que la sociedad y el sistema político no parecen desvelarse mucho por la suerte de los presos, quienes carecen de

la incompatibilidad de la disposición acusada con la constitución, pero decida no anularla, como lo ha hecho, en innumerables ocasiones, el Tribunal Constitucional alemán, que precisamente distingue entre la verificación de la contradicción de una ley con la constitución o “inconstitucionalidad simple”, y la decisión de anularla. V., “El Tribunal Constitucional Federal Alemán”, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. ¿Y por qué recurre el tribunal alemán a esa distinción? Precisamente para tener en cuenta los efectos de las sentencias, pues ¿qué sucede si el juez constitucional concluye que una norma es inconstitucional, pero su anulación inmediata genera una situación peor, desde el punto de vista de los valores constitucionales, que la de preservar la disposición en el ordenamiento? ¿Debe el tribunal anular la norma, a pesar de esos efectos de la decisión? No es razonable, ya que estaría generando una situación constitucionalmente más crítica. ¿Debe entonces declararla constitucional? No es procedente, ya que la norma es en sí misma inconstitucional. En tales casos, la única alternativa parece ser la constitucionalidad temporal o la inconstitucionalidad diferida, a fin de permitir que el legislador modifique, en un plazo prudencial, la disposición inconstitucional. Por ello, en la sentencia C-221 de 1997, en donde estudió *in extenso* los fundamentos y la necesidad de este tipo de sentencias, la Corte concluyó que dicha situación explica “la aparente paradoja de que la Corte constata la inconstitucionalidad material de una norma pero decida mantener su vigencia, ya que en estos casos resulta todavía más inconstitucional la expulsión de la disposición acusada del ordenamiento por los graves efectos que ella acarrea sobre otros principios constitucionales”.

voto, y son políticamente impopulares y vistos como una amenaza para la sociedad. ¿Quién podría entonces interesarse por su suerte?¹⁹ En tal contexto, como lo señaló el juez Brennan de la Corte Suprema de ese país, “las cortes han emergido como una fuerza crítica detrás de los esfuerzos para mejorar las condiciones inhumanas”. ¿Y por qué ese papel? La respuesta de Brennan es ilustrativa: “Aisladas, como están, de las presiones políticas, e investidas con el deber de aplicar la Constitución, las cortes están en la mejor posición para insistir en que las condiciones inconstitucionales sean remediadas, incluso si el costo financiero es significativo”.²⁰

Lo anterior muestra que, si los jueces decidieran exclusivamente tomando en cuenta las consecuencias eventuales de su determinación, entonces dejarían de ser jueces independientes para convertirse en órganos políticos, y el derecho perdería todo su sentido como instancia normativa de cohesión social. En efecto, defender que los jueces tomen sus decisiones con criterios puramente “consecuencialistas” —es decir, basados únicamente en los eventuales efectos del fallo— puede conducir a una politización extrema de la administración de justicia, con graves efectos sobre la seguridad jurídica y sobre los derechos individuales. Y esto por las siguientes razones.

De un lado, como lo sabe cualquier sociólogo o economista que haya estudiado un poco el tema, conocer con precisión los efectos sociales de una decisión judicial es, en muchos casos, no sólo una labor muy ardua, sino que conduce a conclusiones encontradas entre los propios investigadores. Por ejemplo, y retomando el caso del fallo del juez federal Jackson sobre Microsoft, muchos economistas están en desacuerdo acerca de su impacto sobre los consumidores. Para algunos, esa decisión estimula la competencia y debería favorecer a los usuarios, en razón de la disminución de los precios y la oferta de productos diversificados; otros, en

¹⁹ En Colombia ha sucedido algo similar con la Corte Constitucional, la cual, mediante la sentencia T-153 de 1998, declaró que las condiciones de hacinamiento de las prisiones colombianas constituían un “estado de cosas inconstitucional”, y ordenó al gobierno tomar las medidas estructurales necesarias para remediarlo dentro de un lapso determinado.

²⁰ V., su voto concurrente, en el caso *Rhodes vs. Chapman* de 1981. En ese voto, Brennan relata las condiciones inhumanas de muchas prisiones estadounidenses y los esfuerzos judiciales por mejorarlas.

cambio, argumentan que el dominio del mercado de Microsoft había tenido un efecto positivo, ya que había logrado estandarizar los sistemas operativos de las computadoras. Por ende, si las ciencias sociales empíricas no logran ponerse de acuerdo sobre qué podría suceder si un funcionario judicial falla de determinada manera, entonces ¿qué puede hacer el juez que quiera decidir con base en las consecuencias de su fallo, sino basarse en una evaluación subjetiva de lo que pueda acontecer? Es por ello que, Niklas Luhmann ha criticado vigorosamente esta orientación consecuencialista, al considerar que conduce “hacia una sociologización masiva e irreflexiva de la aplicación del derecho, sin que la propia sociología proporcione instrumentos o teorías para ello”.²¹

De otro lado, incluso si lográramos determinar con precisión las consecuencias de la decisión, de todos modos, el grado de subjetividad judicial sería muy importante, ya que, salvo en el mundo ideal de los óptimos paretianos —toda sentencia favorece unos intereses, mientras que afecta negativamente a otras personas—. En tales condiciones, ¿cuál es la decisión óptima? No es posible determinarlo sin que exista un juicio de valor, explícito o implícito, sobre cuáles de esos intereses ameritan mayor protección judicial en el balance global de pérdidas y ganancias.

Con todo, algunos economistas podrían argumentar que las anteriores objeciones no son válidas, por cuanto en muchos casos existe un amplio consenso académico sobre los posibles efectos de una decisión y, además, el análisis económico ha ideado herramientas que permiten evaluar si un determinado resultado es mejor que otro, inclusive en aquellos eventos en donde hay ganadores y perdedores, por lo que podría haber análisis consecuencialistas objetivos. Por ejemplo, conforme al llamado criterio Kaldor-Hicks, el paso de la situación A a la B implica un beneficio social, incluso si ha habido personas negativamente afectadas por el cambio, siempre y cuando aquéllos que se beneficiaron con la modificación sean potencialmente capaces de compensar a aquéllos que fueron perjudicados. Sin embargo, incluso esa metodología sofisticada no evita los juicios de valor, pues se basa en la capacidad de pago de los sujetos sin tomar en cuenta los problemas

²¹ Luhman, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, p. 16.

de equidad, con lo cual se introducen distorsiones notables. Así, que A “desea” pagar una cantidad mayor que B por un objeto X no significa que obligatoriamente produzca mayor bienestar social que el objeto quede en manos de A. Puede suceder simplemente que A tiene mucha mayor capacidad de pago que B y que por eso puede pagar más que éste por el objeto X, aunque B requiera más de él objetivamente.²² Por eso creo que Guido Calabresi, considerado como uno de los fundadores del llamado análisis económico del derecho, tiene razón cuando concluye que una evaluación puramente consecuencialista de una decisión jurídica, basada en la maximización de la riqueza, no puede ser éticamente neutral.²³

Fuera de las consideraciones previas, una actitud consecuencialista de los jueces plantea el riesgo de que el sistema jurídico se oriente con criterios puramente utilitarios. Ahora bien, la concepción utilitaria es, para determinadas disputas, una perspectiva interesante de análisis y evaluación, pero en materia de derechos individuales es peligrosa, ya que puede conducir a una disolución de esos derechos con miras a favorecer la consecución de objetivos colectivos que incrementen el bienestar general. Así, con criterios utilitarios, habría que eventualmente considerar correcta la decisión del juez que resuelve aceptar la tortura de un detenido, en razón de que de esa manera la policía logró desarticular una peligrosa banda de secuestradores, pues el sufrimiento que hubieran podido ocasionar esos delinquentes compensa el dolor ocasionado por el Estado al detenido. Es obvio que esa conclusión resulta inaceptable en una democracia constitucional fundada en la dignidad humana.

²² Un ejemplo elemental ilustra esa paradoja. Supongamos, siguiendo un ejemplo dado por Harrison, en el que dos personas, una rica y otra pobre, quieren una botella de leche. El pobre la desea desesperadamente y está dispuesto a entregar su último dólar por ella. El rico no desea tomarse la leche, pero le parece divertido mirar qué efectos produce la caída de ese líquido en un charco, y por ese gusto estaría dispuesto a pagar dos dólares. Conforme al criterio Kaldor-Hicks, produce más bienestar que el rico acceda a la leche.

²³ En este punto, Calabresi se distancia considerablemente de otro de los representantes de este movimiento, el juez Richard Posner, quien defiende la supuesta neutralidad valorativa del análisis económico del derecho, en la medida en éste que se funda en la “ciencia” económica. Calabresi objeta que la comparación ética es inevitable, pues la “identidad y el mérito de los ganadores y perdedores se hace esencial”. Cf., Hierro, “La pobreza como injusticia (Dworkin vs. Calabresi)”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, pp. 15-16.

De esa manera, una rama judicial puramente consecuencialista deja de ser una administración de justicia centrada en la protección de derechos y en la aplicación de normas, y deviene un órgano puramente político, que para decidir evalúa y clasifica intereses conforme a valoraciones subjetivas. Es precisamente para evitar esa disolución del sistema jurídico que la democracia postula que los jueces deben decidir con base en las pautas normativas del ordenamiento jurídico, pues sólo así se logra una cierta seguridad jurídica. Como dice sugestivamente Luhmann, el “ciudadano tiene que prever las decisiones del sistema jurídico. Precisamente por eso la decisión de este sistema jurídico no puede basarse a su vez tan sólo en la previsión de sus propias consecuencias. Esto obligaría al ciudadano a prever las previsiones”.²⁴ Resulta entonces, por lo menos extraño, que muchos economistas que critican la inseguridad jurídica provocada por la Corte Constitucional tiendan a creer que la solución es que la jurisprudencia tome más en serio los efectos financieros y sociales de los fallos, cuando es muy posible que ese tipo de práctica judicial sea menos segura jurídicamente. Por formularlo paradójicamente, un análisis consecuencialista parece llevar a la conclusión de que lo mejor es que los jueces no sean consecuencialistas.

En tales condiciones, para que el derecho pueda normativamente regular la vida en sociedad, es necesario que existan órganos judiciales dispuestos a aplicar sus mandatos; por ello, lo propio de un juez es que debe decidir primariamente conforme al derecho vigente, y no de acuerdo con un cálculo consecuencial sobre los efectos de su decisión. Esto no excluye una cierta valoración de esos efectos, pero la misma no puede convertirse en el elemento decisivo en la solución de las controversias judiciales.

En ese sentido, son relevantes las palabras del Tribunal Europeo de Justicia, en la sentencia del 15 de diciembre de 1995, cuando rechazó la solicitud de una de las partes en el proceso que había pedido que no se tomara una determinada decisión por los graves efectos económicos que tendría. Dijo entonces esa corporación judicial que “las consecuencias prácticas de cualquier decisión jurisdiccional

²⁴ Luhman, *op. cit.*, p. 68.

deben sopesarse cuidadosamente”, pero que “no puede llegarse hasta el punto de distorsionar la objetividad del Derecho y poner en peligro su aplicación futura por causa de las repercusiones que puede tener una resolución judicial. Como máximo, tales repercusiones podrían ser tenidas en cuenta para decidir, en su caso, si procede, con carácter excepcional, limitar los efectos de una sentencia en el tiempo”.

En síntesis, los jueces no pueden ignorar totalmente los efectos de sus decisiones, pues la actitud según la cual se debe hacer justicia, aunque perezca el mundo no parece razonable en una democracia. Por ello, es necesario que los tribunales constitucionales consulten y escuchen a los expertos y peritos en estas materias y de que, de ser posible, cuenten incluso con equipos técnicos capacitados de economistas que puedan asesorarlos de manera imparcial. Lo cierto es que, en la práctica, la Corte Constitucional colombiana ha tratado de avanzar en ambas direcciones, no sólo en el campo económico sino en muchos otros temas, como lo muestran numerosas sentencias en donde ha tomado decisiones basándose en amplias consultas a los expertos y en donde ha evaluado cuidadosamente las eventuales consecuencias de su determinación.²⁵

Sin embargo, los cálculos consecuenciales, de tipo puramente económico y sociológico, no pueden ser el criterio esencial de la decisión judicial. En ese contexto, la distinción propuesta por Amartya Sen²⁶ entre un análisis que sea “sensible a las consecuencias” y un análisis “totalmente consecuencialista” resulta muy sugestiva,

²⁵ V., sentencia C-320, fundamentos 15 y 16, en donde la Corte evaluó las consecuencias eventuales de su decisión de limitar el alcance del “pase” o los derechos deportivos. Sobre consultas a expertos, V., sentencia SU-510, relativa a un conflicto entre libertad religiosa y autonomía cultural de la comunidad indígena Arhuaca, en la que la Corte consultó a una gran cantidad de expertos en el tema. Igualmente, véase la sentencia SU-337, sobre el consentimiento informado en casos de hermafroditismo o ambigüedad genital, en donde la Corte consultó a los principales expertos nacionales e internacionales en la materia. Y en el tema económico, véase la sentencia C-481, relativa al alcance de la autonomía del Banco de la República, en la que la Corte consultó a numerosos expertos y examinó la principal literatura económica sobre la materia, al punto de que, según el prestigioso economista Jorge Iván González, esa sentencia es “una pieza maestra de análisis de las interacciones macro de la política económica”, que debería incluirse en “los cursos de macroeconomía aplicada”, ya que “resume muy bien el debate nacional e internacional sobre la forma como la actividad monetaria afecta la actividad real”. González, *Incompatibilidades entre el modelo económico liberal y el Estado social de derecho*, en *Construyendo democracia. El papel de la Corte Constitucional en la consolidación del Estado democrático*. p. 34.

²⁶ Amartya, “Rights and Capabilities”, en *Morality and Objectivity. A Tribute to J.L. Mackie*, p. 136.

pues uno de los retos más difíciles e interesantes de una buena dogmática constitucional es incorporar esa dimensión consecuencial, a fin de construir argumentaciones que sean sensibles a las consecuencias, sin que el derecho se disuelva en un puro cálculo pragmático de los eventuales efectos financieros y sociales de las sentencias. Y es obvio que éste es un terreno en donde el trabajo interdisciplinario entre juristas y economistas puede ofrecer resultados fecundos, que mejoren la calidad de la argumentación constitucional.

Por todo lo anterior, la acusación de parte de los órganos de dirección económica y de algunos gremios de la producción de que el tribunal constitucional no debe participar en las controversias económicas, porque no comprende la dinámica económica, no deja de evocar el reproche clásico de muchos policías contra los jueces, según el cual los funcionarios judiciales no deberían inspeccionar la acción policial, porque no comprenden verdaderamente qué es luchar contra la delincuencia. En ambos casos, pareciera que la motivación subyacente es eliminar los controles judiciales a esas actividades. Esto nos lleva pues a estudiar otra objeción contra el control constitucional de la economía, y es la siguiente: ¿que tan legítima es esa intervención judicial en una democracia?

V. Sobre el supuesto carácter antidemocrático del control constitucional de los procesos económicos

Las críticas sobre el carácter antidemocrático del control constitucional de las decisiones económicas de los órganos legislativos son mucho más profundas y difíciles de responder, ya que remiten a discusiones filosóficas y jurídicas muy complejas. En efecto, estas objeciones se fundan, en el fondo, en una aplicación al campo económico de la llamada “dificultad contramayoritaria” —según la sugestiva expresión de Bickel—,²⁷ con la cual se ha querido impugnar la legitimidad del control constitucional en todos los campos. Este cuestionamiento podría ser formulado así: ¿cómo es posible aceptar que en una democracia unas pocas personas, que no fueron electas popularmente, sean capaces de anular las decisiones

²⁷ Cf., Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*.

tomadas por los representantes del pueblo? ¿Es acaso compatible el control constitucional con el principio de mayoría, que es el fundamento de un régimen democrático? O, por el contrario, ¿no implica ese poder exorbitante del tribunal constitucional la incorporación, en nuestras constituciones, de un elemento aristocrático que es incompatible con el principio democrático?

Resulta ingenuo intentar resolver, en unos pocos párrafos, estos arduos interrogantes, que han dado lugar al desarrollo de algunas de las reflexiones más profundas e interesantes en teoría constitucional.²⁸ Además, no es procedente entrar de lleno en estas discusiones, pues en la actualidad no se está cuestionando el control constitucional en general o al menos eso parece —sino únicamente la intervención de la Corte y de los jueces de tutela en el ámbito económico—. Sin embargo, no es tampoco posible dejar totalmente de lado esta discusión, pues si en general el control judicial de constitucionalidad es antidemocrático, entonces también es ilegítimo en relación con las políticas económicas. Por ello, lo que haré a continuación será intentar resumir brevemente las justificaciones más lúcidas del control constitucional, para luego examinar si existen especificidades en el ámbito económico que expliquen la exclusión de la intervención de los jueces constitucionales en tales esferas.

1. La llamada "dificultad contramayoritaria" y una defensa democrática del control constitucional²⁹

Existen tres justificaciones clásicas del control constitucional, que fueron formuladas desde los orígenes de esta institución en *El Federalista* Núm. 78 de Hamilton

²⁸ La literatura sobre el tema es muy extensa, sobre todo en Estados Unidos. Así, fuera del texto ya clásico de Bickel, *V. supra*, una de las obras contemporáneas más influyentes es la de Ely *Democracia y desconfianza*. Desde enfoques diversos, V., Cappelletti, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*; Elster y Slagstad, *Constitutionalism and Democracy*; Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*. Para una buena síntesis del debate, V., García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* y Gargarella, *La justicia frente al gobierno*.

²⁹ En este aparte me baso mucho en los textos citados en la nota anterior, y en especial en los trabajos de Nino, aunque no los citaré sistemáticamente para evitar que la exposición sea demasiado engorrosa.

y en la célebre sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos *Marbury vs. Madison* de 1803, y que fueron retomadas posteriormente por otros autores como Hans Kelsen. Primero, estos textos argumentan que, si la constitución es una norma suprema o una ley fundamental, entonces alguien debe garantizar que las normas de inferior jerarquía no la desconozcan; y ese papel sólo lo pueden jugar los jueces o un tribunal constitucional, y no el legislador ni el jefe de Estado, por cuanto la constitución busca precisamente limitar a los órganos políticos.

Segundo, y directamente ligado a lo anterior, esa supremacía de la constitución es considerada necesaria para asegurar un gobierno limitado y no arbitrario, pues si la constitución no existiera o no fuera una norma suprema, el parlamento podría hacer lo que quisiera, lo cual pone en riesgo los derechos de las personas.

Tercero, la constitución contiene los mandatos del pueblo soberano, mientras que los legisladores son simplemente sus representantes. Por ende, el tribunal constitucional, al anular una ley, no está contradiciendo la voluntad popular e imponiendo su criterio sobre los legisladores. Por el contrario, esa anulación lo único que hace es ratificar una voluntad popular superior encarnada en la constitución, la cual prima sobre los deseos de las distintas mayorías históricas. Como dice Hamilton en *El Federalista* Núm. 78, la anulación de las leyes por el tribunal constitucional “no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos, y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por esta última antes que por las primeras”.

Estas justificaciones tienen elementos válidos y sustanciales, que permiten que aún sigan siendo importantes. Por ejemplo, es indudable que si asumimos que la Constitución es una norma de superior jerarquía que vincula al legislador, es necesario concluir que debe haber un control constitucional ejercido por un órgano judicial o semijudicial. Así, según Kelsen, sólo la existencia de un tribunal constitucional con esas características asegura la vinculación del legislador a la constitución porque, como dice el jurista vienés, “no es, pues, con el propio parlamento con quien hay que contar para hacer efectiva su subordinación a la

Constitución”;³⁰ por lo cual hay que concluir que “una constitución que carezca de la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico”.³¹

Sin embargo, un examen crítico muestra que esas justificaciones clásicas son insuficientes. Así, el argumento sobre la fuerza normativa de la constitución y su supremacía no resuelve el problema, sino que simplemente lo desplaza, pues inevitablemente surgen nuevos interrogantes: ¿por qué las constituciones deben ser consideradas normas y por qué deben tener una fuerza normativa superior a la de las leyes? ¿No es acaso más democrático considerarlas simplemente documentos políticos que guían la acción de los órganos políticos, a fin de permitir que las mayorías puedan gobernar sin ataduras?

Por su parte, el argumento relativo al gobierno limitado es también discutible, en la medida en que el control judicial de constitucionalidad convierte a los jueces constitucionales en órganos supremos del ordenamiento, ya que son depositarios de la última palabra sobre el alcance de la norma fundamental, con lo cual devienen, en cierta forma, un órgano jurídicamente infalible. Así, el juez Jackson de la Corte Suprema de Estados Unidos decía explícitamente: “No tenemos la última palabra porque seamos infalibles, sino que somos infalibles porque tenemos la última palabra”.³² Nuevas preguntas surgen entonces: ¿quién garantiza que el tribunal constitucional no se desborde a su vez, con lo cual el gobierno deja de ser limitado? ¿Por qué no considerar que la soberanía del parlamento asegura mejor que el control constitucional los derechos de las personas y el carácter limitado del gobierno? Y si de todos modos va a existir un órgano supremo, ¿no es mejor que sea el parlamento, que tiene origen democrático, y no el tribunal constitucional, que carece de esa legitimación? Al fin y al cabo, podría aducir un demócrata, al menos a los congresistas podemos no reelegirlos si no nos gusta lo que hacen, pero ¿qué podemos hacer con los jueces del tribunal constitucional?

³⁰ Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la constitución”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, p. 129.

³¹ *Idem*, 150.

³² V., su voto concurrente en el caso *Brown vs. Allen* de 1953.

Finalmente, la justificación de Hamilton, basada en la idea de que el juez constitucional se limita a expresar la voluntad del pueblo contenida en la constitución, es cuestionable desde tres puntos de vista: i) no es históricamente claro que las asambleas que hacen las constituciones sean más democráticas que los congresos que hacen las leyes, ni existe ningún mecanismo que permita concluir que en estas asambleas se manifiesta el pueblo, mientras que en las legislaturas operan únicamente sus representantes; ii) incluso si aceptáramos que la constitución efectivamente fue obra del pueblo (por ejemplo, porque fue aprobada por un referéndum), ¿cuál es la razón para que generaciones posteriores deban ajustarse a los mandatos de una constitución que no tuvieron la oportunidad de aprobar?; y iii) la tesis de Hamilton supone que una constitución tiene un sentido inequívoco y no está sujeta a controversias, pues si el texto implica debates hermenéuticos y existen interpretaciones disímiles y contradictorias sobre su alcance, como suele suceder, entonces resulta difícil sostener que el tribunal constitucional lo único que hace es ejecutar la voluntad popular constituyente.

Las defensas clásicas, sin ser irrelevantes, no son entonces concluyentes. No obstante, eso no significa que no exista la posibilidad de fundamentar democráticamente el control constitucional, dado que existen justificaciones contemporáneas que son mucho más convincentes. Ellas reposan, a mi juicio, sobre dos ideas elementales, pero profundas y complementarias: los “defectos” y “paradojas” del principio de mayoría, y la importancia de los derechos fundamentales en las sociedades contemporáneas.³³

Así, en primer término, la democracia no puede ser concebida simplemente como el gobierno incondicional de las mayorías, por cuanto esa concepción conduce a una anulación de la propia democracia. En efecto, supongamos que una mayoría política ocasional aprueba una norma en virtud de la cual delega todo el poder en un dictador, o establece que las leyes aprobadas por esa mayoría no podrán ser cambiadas en el futuro. ¿Debemos aceptar esa decisión por ser expresión del

³³ El lector atento notará que, aunque no sigo literalmente sus textos, mis deudas teóricas con Ely y Nino, y en especial con este último, son enormes. Y es que no pretendo ser original, sino simplemente incorporar al debate colombiano unas reflexiones muy sugestivas pero que, desafortunadamente, no son suficientemente conocidas en nuestro medio.

principio de mayoría? No parece posible, pues dicha determinación acaba con la operatividad futura de ese principio democrático. Por consiguiente, existen algunas cosas que no pueden ser decididas por el principio de mayoría, pues si lo permitimos, corremos el riesgo de que ese principio se anule a sí mismo, ya que una mayoría ocasional trataría de autoperpetuarse en el poder, modificando las reglas de los procesos electorales o imponiendo el silencio a sus oponentes. Hay, entonces, aspectos que no deben ser debatidos ni decididos en el proceso democrático, por cuanto constituyen las reglas mismas del juego democrático, al representar el presupuesto del funcionamiento del principio de mayoría.

La democracia y el principio de mayoría, si quieren ser funcionales y perdurar, han de admitir que no deben tocar ciertos temas, a saber, aquéllos que definen el proceso democrático. Por ello, como sugiere un analista, la democracia, si quiere preservar sus manos —esto es, subsistir como democracia— debe atarse un poco las manos, es decir, aceptar que ciertos asuntos, y en especial las reglas del juego democrático, quedan sustraídas del debate democrático.³⁴

Esto es lo que explica los pactos constituyentes, la supremacía de la constitución sobre las leyes ordinarias, y la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad. En efecto, dichos pactos representan el acuerdo sobre las reglas del juego democrático; deben tener supremacía sobre las leyes, pues es la única forma de que esas reglas no puedan ser afectadas por el debate democrático ordinario; y, finalmente, para que esas reglas de juego sean respetadas, es necesario que exista un guardián que las haga cumplir. Y como es obvio, ese garante del cumplimiento del juego democrático no puede a su vez pertenecer a las mayorías, pues precisamente pretende controlarlas. Debe ser un órgano independiente, esto es, algo parecido a un tribunal constitucional, sin importar el nombre que se le dé. Por ende, si bien no tiene un origen democrático, el juez constitucional cumple un papel democrático esencial, en tanto que es el guardián de la continuidad del proceso democrático.

³⁴ Holmes, “Precommitment and the paradox of democracy”, en *Constitutionalism and Democracy*, p. 232, por quien la paradoja de la democracia es que “sin atarse las manos, el pueblo no tendría manos”.

La anterior justificación del control constitucional se vincula además a la importancia que tienen los derechos fundamentales en una sociedad democrática. La idea es que muchos de esos derechos son, en primer término, presupuestos procesales del funcionamiento de la democracia, pues mal podría existir un verdadero debate democrático si no se garantizan la libertad de expresión y de movilización, los derechos de asociación, los derechos políticos, etc. La existencia de esos derechos es, en esa medida, un elemento esencial para que la democracia pueda realmente ser considerada un régimen en donde los ciudadanos son libres y deliberan para autogobernarse. Pero para que esas personas sean verdaderamente libres, es además necesario asegurarles unas condiciones mínimas de dignidad, que les permitan desenvolverse como individuos autónomos. Los derechos fundamentales representan esos bienes, que se consideran indispensables para que todas las personas gocen de la dignidad necesaria para ser ciudadanos verdaderamente libres, iguales y autónomos. En ese sentido, tales derechos aparecen también como una suerte de presupuestos materiales del régimen democrático, porque sin ciudadanos libres e iguales, mal podríamos hablar de gobierno democrático.

En consecuencia, si los derechos fundamentales son tanto presupuestos procesales como materiales de la democracia, es obvio que estos derechos deben ser garantizados, independientemente de la opinión de las mayorías. Esto explica la sugestiva idea de Ronald Dworkin, según la cual los derechos constitucionales constituyen, en el sentido riguroso del término, cartas de triunfo contra las mayorías y la persecución del bienestar colectivo, pues sólo se puede decir que una persona A tiene derecho a hacer una conducta X si la mayoría no puede evitar que A realice X, aun cuando la mayoría considere que la realización de X disminuye su bienestar. Es por tanto lógico que tales derechos sean asegurados por una institución que no pertenezca a las mayorías, como puede ser el tribunal constitucional. En tal contexto, si los derechos fundamentales son, y perdonen la redundancia, fundamentales para la democracia, es obvio que al asegurar su realización el juez constitucional cumple una función democrática esencial.

Las reflexiones precedentes conducen finalmente a otra conclusión, que constituye una tercera justificación del control constitucional, y es la siguiente: la democracia,

para que conserve aquellos elementos por los cuales es un régimen digno de ser respetado y obedecido, no puede ser tampoco pensada como un gobierno de las mayorías en beneficio de las mayorías. La democracia utiliza como criterio de decisión el principio mayoritario, por cuanto en materias complejas y en organizaciones numerosas es imposible alcanzar el consenso, que parece ser el único criterio de justicia aceptable en nuestras sociedades pluralistas. El principio de mayoría opera entonces como una especie de consenso imperfecto, y por eso parece el mecanismo más adecuado y justo de decisión.

Pero esto no significa que las mayorías que controlan el parlamento puedan gozar exclusivamente de los beneficios de las políticas que allí se decretan, mientras que descargan sus costos en las minorías que no pueden acceder al poder. De hecho, la idea del consenso, que es la que justifica el principio de mayoría, implica que es justa aquella decisión que toma en consideración de manera imparcial los intereses de todos los eventuales afectados por esa determinación. La democracia no es por consiguiente una tiranía de la mayoría, sino un régimen basado en el principio de mayoría que debe procurar satisfacer igualmente los intereses de todos. Las mayorías tienen el derecho de optar por determinadas políticas, siempre y cuando esas estrategias tomen en consideración, de manera imparcial, los intereses de todos los gobernados. Por lo tanto, también debe existir un órgano que asegure la imparcialidad de los resultados del proceso democrático. Y, por las mismas razones que señalé anteriormente, esta institución debe ser independiente de las mayorías, es decir, debe ser algo como un tribunal constitucional.

Conforme a lo anterior, y utilizando la terminología sugerida por Luigi Ferrajoli,³⁵ aunque los tribunales constitucionales carecen de legitimidad democrática formal, pues no tienen origen en la voluntad popular, lo cierto es que gozan de una legitimidad democrática sustancial, en la medida en que aseguran los derechos fundamentales y protegen la continuidad e imparcialidad del proceso democrático. El control judicial de constitucionalidad tiene entonces una amplia justificación democrática. Y esto explicaría que la tendencia dominante, a nivel mundial, sea la

³⁵ Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, p. 855.

existencia de alguna forma de justicia constitucional, en general por medio de la introducción de cortes especializadas en la materia: los tribunales constitucionales.³⁶

Esto no significa, sin embargo, que cualquier intervención del juez constitucional sea legítima, puesto que, si desborda estas funciones de protección del proceso democrático y garantía de los derechos humanos, su actividad es cuestionable en términos democráticos. Una cosa es entonces defender democráticamente cierta forma de control judicial de constitucionalidad, que es lo que he intentado hacer en los párrafos precedentes, y otra muy diferente es respaldar ciegamente toda intervención de los jueces constitucionales. Una obvia pregunta surge: ¿tiene la regulación de la economía ciertas especificidades que justifican que se excluya al juez constitucional de este campo?

2. La especificidad del ámbito económico y el problema de la "justiciabilidad" de los derechos sociales

Algunos críticos podrían compartir las anteriores consideraciones sobre la legitimidad democrática del control constitucional, y sin embargo argüir que, en materia económica, los tribunales constitucionales no deben intervenir, o al menos deben hacerlo de manera muy prudente y limitada, debido a que estas decisiones son mucho más delicadas, ya que implican una reorientación del gasto público y de las dinámicas financieras, con consecuencias macroeconómicas que los jueces no pueden prever adecuadamente. Ésta me parece que es, en cierta medida, la posición de Kalmanovitz, quien defiende la labor de la Corte Constitucional en

³⁶ Así, después de la Segunda Guerra Mundial, varias democracias importantes —como Italia y Alemania— adoptaron cortes constitucionales. Luego de la caída de sus dictaduras, en los años setenta, Portugal y España también incorporaron un tribunal constitucional. En los años noventa, una vez caído el comunismo, casi todos los países de Europa oriental introdujeron tribunales constitucionales. Incluso Francia, el país más temeroso del gobierno de los jueces, ha adoptado una forma de justicia constitucional. En África, también algunos países, como Sudáfrica, tienen control constitucional. En Asia, la Corte Suprema de India ha ejercido una función esencial como juez constitucional. Y en las Américas, no sólo existen los países con una tradición importante de control constitucional, como Argentina, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos, México y Venezuela, sino que en los últimos años otras naciones han adoptado alguna forma de control constitucional, como Bolivia, Ecuador y Guatemala.

el campo de las libertades individuales y de la limitación de los poderes excesivos del Congreso y del Presidente, pero cuestiona duramente sus intervenciones en la regulación del sector financiero y la economía.³⁷

Según estas perspectivas, ni siquiera el argumento de los derechos sociales es suficiente, ya que éstos no pueden ser satisfechos de la misma forma que los derechos civiles y políticos, por la sencilla razón de que la realización de los primeros implica, en general, el ordenamiento de un gasto público a partir de recursos que no son infinitos, mientras que la protección de los derechos civiles clásicos no implica ese tipo de erogaciones. Por ende, podría continuar la objeción, si la Corte Constitucional decide inaplicar o anular una regulación legal para satisfacer un determinado derecho social en una situación específica, pueden seguirse varios efectos complejos y delicados: de un lado, si es un caso de tutela y la Corte limita su decisión a la situación particular, y la singulariza, paradójicamente el tribunal constitucional podría estar propiciando una violación al principio de igualdad, pues sólo gozarían de ese derecho social aquellos peticionarios que tuvieron la suerte de que su tutela fuera seleccionada y decidida por esa corporación judicial, cosa que no parece muy compatible con los valores constitucionales del Estado social de derecho. Si, por el contrario, con el fin de evitar esa afectación de la igualdad, la Corte establece una regla general que cubra todos los casos que tienen ciertas características, que en el fondo es lo jurídicamente correcto, porque los jueces deben fallar guiados por el principio de universalidad que obliga a tratar de la misma manera los casos semejantes,³⁸ esa decisión puede tener consecuencias financieras y presupuestales muy complejas.

Es posible que la determinación genere desequilibrios en campos que el juez constitucional no podía prever, agudizando por ejemplo una recesión o un déficit fiscal, o que la sentencia sustraiga recursos importantes que estaban destinados a satisfacer otros derechos sociales, con lo cual, la determinación del juez consti-

³⁷ Kalmanovitz, *op. cit.*, p. 124.

³⁸ La exigencia de universalidad es tan importante que es, para muchos teóricos contemporáneos, el requisito elemental de racionalidad de toda decisión judicial. V., Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. La Corte Constitucional explicó en detalle ese principio en los fundamentos 48 y ss. de la sentencia SU-047 de 1999.

tucional podría convertirse, paradójicamente, en un factor de violación de derechos fundamentales. Por ejemplo, algunos criticaron la sentencia C-136 de 1999, que extendió el impuesto del dos por mil a las transacciones interbancarias, argumentando que ésta habría obstaculizado el descenso de las tasas de interés y, con ello, habría introducido un nuevo factor recesivo en la economía. Otros han criticado las tutelas en donde la Corte ha ordenado medicamentos por fuera del plan obligatorio de salud para ciertas enfermedades catastróficas, en razón de que esas providencias estarían desequilibrando el sistema de seguridad social, de suerte que, a veces, por atender a uno de esos enfermos, es posible que se deje de vacunar a centenares de niños. Así, según Kalmanovitz, con este tipo de sentencias, “la Corte le está resolviendo el problema a un paciente, pero está comprometiendo el derecho a la salud de 12 millones de colombianos que cotizan responsablemente”.³⁹ No entro a analizar, por el momento, la validez de estas críticas; simplemente las cito como una ilustración del tipo de objeciones que se formulan a estas decisiones judiciales.

Por todo ello, concluirían los críticos, los tribunales constitucionales deben abstenerse de invocar el Estado social de derecho y los derechos sociales para intervenir en los procesos económicos, ya que es imposible satisfacer todos esos derechos al mismo tiempo. Las decisiones sobre asignación y distribución de los recursos económicos —por definición escasos— para la realización de esos derechos, debe entonces, según tales enfoques, dejarse a los órganos políticos, no sólo porque ellos tienen la responsabilidad de financiar esas políticas, sino además porque se adecua más a la filosofía democrática que las mayorías sociales decidan acerca del modelo de desarrollo y adopten las estrategias económicas para lograr la justicia social. Por lo anterior, muchos autores importantes, y algunos sistemas constitucionales, han negado una verdadera eficacia jurídica a los derechos sociales.

Por ejemplo, en su clásica teoría de la constitución, Carl Schmitt distingue entre los verdaderos derechos fundamentales, que son aquéllos de la tradición liberal,

³⁹ Kalmanovitz, *op. cit.*, p. 125.

y los derechos sociales, que son a lo sumo mandatos al legislador, pero que no deben ser considerados derechos fundamentales subjetivos, dado que no pueden ser exigidos judicialmente. Por esas mismas razones, algunas constituciones, como la de India o la de España, no establecen expresamente “derechos sociales”, sino que proclaman “principios sociales”, precisamente con el ánimo de evitar que las garantías sociales sean concebidas como derechos subjetivos, que puedan ser invocadas directamente ante los jueces. En el mismo sentido, en el debate sobre la reforma a la declaración de derechos de Canadá, en 1992, el llamado “Comité Beaudoin Dobbie” prefirió adoptar una Carta Social, basada en una declaración de “compromisos sociales”, en vez de recurrir a una proclamación de derechos sociales justiciables. Las razones invocadas fueron las siguientes:

Estos compromisos son, en muchos aspectos, tan importantes para los canadienses como sus derechos y libertades; pero son diferentes. Estos compromisos expresan objetivos, no derechos, y abarcan responsabilidades enormes. Por consiguiente, aunque son materias apropiadas para ser reconocidas en la Constitución, los órganos electos deben conservar la atribución de decidir cómo es la mejor forma de cumplirlos. Creemos que los temas tratados en la Carta Social son resueltos mejor por medios democráticos.⁴⁰

Las anteriores objeciones no son deleznable, ya que nadie puede negar las enormes dificultades que plantea la protección judicial de los derechos sociales, debido a su carácter esencialmente “prestacional”, esto es, a que su satisfacción supone una acción estatal, a fin de que la persona pueda acceder a un bien o servicio, como la alimentación, la educación, la salud o la vivienda.⁴¹ Las órdenes judiciales para realizar esos derechos tienen por tanto, sin lugar a dudas, efectos complejos sobre las dinámicas económicas, el gasto público y el arbitraje de recursos económicos escasos, en especial en los países del Tercer Mundo como el nuestro. Sin embargo, el reconocimiento de esa dificultad no implica la consecuencia que

⁴⁰ Jackman, “Constitutional Rhetoric and Social Justice: Reflections on the Justiciability Debate”, en *Social justice and the Constitution: Perspectives on a Social Union for Canada*, p. 18.

⁴¹ Para análisis profundos de la complejidad jurídica y conceptual de esos derechos, V., Alexy, *op. cit.*, p. 435; Prieto Sanchís, *Los derechos sociales*, cit. Arango, “Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos”, en *Pensamiento Jurídico*.

algunos intentan extraer, que es negar toda eficacia jurídica o “justiciabilidad” a esos derechos sociales, con miras a concebirlos como pautas puramente programáticas que el legislador podría desarrollar, pero que no pueden ser exigidas por la vía judicial.

En primer término, sin negar la especificidad de los derechos sociales, es indudable que la oposición entre los derechos civiles, que supuestamente implicarían únicamente abstenciones u obligaciones “negativas” del Estado, y los derechos sociales, que implicarían prestaciones “positivas” de las autoridades, debe ser matizada, pues ni los derechos sociales implican únicamente prestaciones positivas para el Estado, ni los derechos civiles y políticos generan únicamente deberes de abstención. La situación es más compleja. Así, muchos derechos sociales no establecen una prestación sino un mandato de respeto de parte de las autoridades, como sucede con el derecho de sindicalización de los trabajadores, que implica ante todo que el Estado no interfiera en el desarrollo de estas asociaciones. Y, más importante aún, la garantía de los derechos civiles supone, en muchos casos, no sólo claras prestaciones positivas, como sucede con el derecho de defensa que incluye el deber del Estado de suministrar un abogado al acusado pobre, sino que, además, la vigencia efectiva de las libertades más clásicas, como la intimidad, requiere que existan unas autoridades policiales y judiciales capaces de amparar a las personas contra las agresiones a sus derechos por parte de los otros ciudadanos.

Por ello, como lo han mostrado Holmes y Sunstein,⁴² la protección de todos los derechos, incluso de las libertades civiles, tiene costos económicos y supone un arbitraje entre usos alternativos de recursos escasos. Por ende, si el argumento fuera exclusivamente de costos y de ordenamiento de gasto por la vía judicial, entonces habría también que eliminar las decisiones judiciales para amparar los derechos civiles, porque esas intervenciones también implican, en muchas ocasiones, erogaciones presupuestarias.

De otro lado, el argumento sobre la absoluta libertad de los órganos políticos y de las mayorías para optar por cualquier modelo económico se basa, en el fondo,

⁴² Holmes, Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*.

en un deseo de eliminar toda fuerza normativa al contenido social de la Constitución y a los pactos internacionales que reconocen derechos sociales. Y eso es inaceptable ya que, así como no puede existir una verdadera democracia sin una garantía de la libertad de expresión y una protección del debido proceso, la incorporación de los derechos sociales parte del supuesto de que no puede existir una verdadera deliberación democrática si no existe una cierta igualdad social y no se garantiza a las personas al menos una satisfacción básica de sus necesidades.

En efecto, ¿quién puede razonablemente negar que la falta de alimentación, salud, vivienda o educación afecta la dignidad humana, y por ende disminuye la capacidad de las personas para ser ciudadanos autónomos? Como lo señaló Rousseau hace más de doscientos años en *El contrato social*, el ejercicio de la libertad democrática supone un mínimo de igualdad fáctica, a fin de que “ningún ciudadano sea suficientemente opulento como para comprar a otro, ni ninguno tan pobre como para ser obligado a venderse”. Esto muestra entonces que una democracia constitucional genuina supone el reconocimiento de al menos tres tipos de derechos constitucionales: unos derechos de defensa contra el Estado, a fin de amparar la autonomía de la persona y protegerla contra el gobierno arbitrario; unos derechos a la igual participación política o derechos de ciudadanía política, que tienen su expresión más clara en la universalidad del voto; y finalmente, unas garantías materiales, que configuran una suerte de “ciudadanía social”, pues sólo con ellas existirán verdaderamente ciudadanos libres e iguales.⁴³

Esta dimensión social de la ciudadanía y de la dignidad de la persona justifica y explica que la Constitución haya incorporado derechos sociales —como el derecho a la vivienda o el derecho a la salud— que tienen fuerza normativa. Por consiguiente, las mayorías políticas no son totalmente libres para escoger cualquier política económica, puesto que, como lo explicamos anteriormente, un derecho constitucional es precisamente algo que ha sido sustraído del debate democrático, porque se considera que debe ser garantizado, independientemente de la opinión

⁴³ Sobre esta ampliación de los derechos y de la ciudadanía, V., el ya clásico sociológico de Marshall, *Class, Citizenship and Social Development*. Para un análisis de esta evolución: Uprimny, *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*.

de las mayorías, por su importancia para asegurar un mínimo de dignidad humana y para preservar el propio proceso democrático.

En tales circunstancias, el reconocimiento constitucional e internacional de los derechos sociales implica que las distintas estrategias económicas deben estar orientadas a realizar progresivamente esos derechos, que son entonces límites a la libertad que tienen las mayorías para optar por distintas políticas económicas. Por ello, incluso en países cuyas constituciones prefirieron hablar de “principios sociales” en vez de “derechos sociales”, la jurisprudencia ha terminado por señalar que esos principios son verdaderas normas, que deben ser aplicadas por los jueces y que condicionan la validez de las leyes expedidas por los parlamentos.

Ahora bien, siguiendo el argumento desarrollado en el punto anterior, si los derechos sociales son límites normativos que deben ser respetados por las mayorías políticas, pues es obvio que alguien debe garantizar que tales límites no sean violados, si no queremos que los derechos sociales tengan una pura eficacia retórica. Y nuevamente es claro que ese alguien debe ser un órgano contramayoritario, como el tribunal constitucional, dado que se trata precisamente de controlar que las mayorías cumplan con el deber de realizar esos derechos a fin de materializar la ciudadanía social.

En ese orden de ideas, creo que las dificultades de las decisiones relativas a la realización de los derechos sociales no impiden que el tribunal constitucional se pronuncie sobre estos temas. Es más, es su deber hacerlo, por cuanto así lo ordenan la propia constitución y los pactos de derechos humanos. No obstante, esas dificultades tienen consecuencias sobre la función judicial que no deben ser ignoradas. Así, el juez constitucional no puede intervenir en este campo de la misma manera que como lo hace en relación con los derechos civiles y políticos, al menos por dos razones, íntimamente relacionadas con el carácter esencialmente prestacional de los derechos sociales: i) la progresividad del deber estatal de realizar esos derechos y ii) la amplia libertad que tiene la ley para delimitar el contenido mismo de esos derechos y configurar los mecanismos para su satisfacción.

En primer lugar, conforme a los pactos internacionales, la constitución, y la doctrina más autorizada, la obligación que tiene el Estado —y en especial el legislador

y el ejecutivo— de asegurar la vigencia de los derechos sociales debido precisamente a su carácter predominantemente prestacional, no es idéntica a los deberes que tiene el Estado en relación con los derechos civiles y políticos. Es por ello que, estos textos señalan que tales derechos no son de aplicación inmediata integral sino de “realización progresiva”, ya que su satisfacción depende de la disponibilidad de recursos. Por ende, la labor interpretativa del juez constitucional es, sin lugar a dudas, más difícil en este campo, pues debe no sólo tener en cuenta el problema de la existencia de recursos limitados para satisfacer distintos derechos, sino que, además, debe tomar en cuenta el principio de progresividad.

Sin embargo, es claro que la progresividad no implica una ausencia total de justiciabilidad —esto es, una imposibilidad de control judicial— dado que el Estado debe, de todos modos, conforme a los pactos internacionales, adoptar todas las medidas que sean necesarias, y hasta el máximo de los recursos disponibles según su grado de desarrollo, con el objetivo de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales prestacionales. Esto explica que existan obligaciones inmediatas controlables judicialmente, pues —como han señalado los intérpretes autorizados de estos pactos— el Estado debe tomar medidas para la realización de esos derechos cuanto antes ya que, si se abstiene de hacerlo, incurre en una violación de estos compromisos internacionales que es justiciable. Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, máximo intérprete del Pacto de las Naciones Unidas sobre esta materia, ha sintetizado el sentido y alcance de este deber de realización progresiva, en los siguientes términos:

Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán 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 se

disponga.⁴⁴ (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, 1991).⁴⁵

En segundo lugar, como hemos visto, los derechos sociales suponen una prestación pública, ya sea porque el Estado directamente distribuye el bien o servicio respectivo, ya sea porque las autoridades subsidian a las personas que carecen de recursos a fin de que éstas satisfagan su necesidad por otras vías, como puede ser el mercado. Esto significa que el Estado debe determinar la manera como presta el servicio o suministra los subsidios y, por consiguiente, debe arbitrar los correspondientes recursos, organizar los procedimientos de distribución a la población, e incluso, en ocasiones, establecer entidades específicas encargadas de llevar a cabo esas tareas. Como lo señaló la sentencia SU-111 de 1997 de la Corte Constitucional, estas características confieren al legislador un papel decisivo en el desarrollo de tales derechos, porque corresponde en principio a los representantes del pueblo realizar los diseños institucionales y tomar las decisiones presupuestales para lograr su satisfacción.⁴⁶

El control constitucional no puede, entonces, ignorar el papel enorme que tiene la ley en la concreción del contenido de los derechos sociales y en la definición de los mecanismos para su realización. Pero una cosa es reconocer la amplia libertad que tiene el legislador para desarrollar distintas estrategias con miras a satisfacer los derechos sociales, —las cuales incluso pueden ser contradictorias en el tiempo según los cambios de mayorías políticas— y otra muy diferente es inferir de ese hecho que no puede haber un control constitucional sobre las políticas económicas y sociales.

Así las cosas, las anteriores reflexiones permiten concluir que la intervención de los jueces constitucionales en la política económica, a fin de satisfacer los derechos

⁴⁴ Cf., Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

⁴⁵ Sobre el alcance de estas obligaciones, ver también los cuatro informes del Relator de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas publicados en 1989, 1990, 1991 y 1992.

⁴⁶ En el mismo sentido, ver las sentencias C-222 de 1992 y C-189 de 1987 del Tribunal Constitucional Español, que resaltan la libertad de configuración del legislador para escoger medios distintos para cumplir con los fines sociales del Estado.

sociales y los mandatos constitucionales, es más compleja y difícil, y requiere una mayor responsabilidad de su parte. No obstante, dicha intervención no es en sí misma antidemocrática, por cuanto a ella se aplican exactamente las mismas razones que justifican el control constitucional en general: si bien estos jueces carecen de legitimidad democrática formal, pues no son, ni deben ser, electos popularmente, sus intervenciones en esta materia son sustantivamente democráticas, ya que se orientan a preservar la dignidad de las personas y a materializar la ciudadanía social, y en esa medida contribuyen a asegurar la continuidad e imparcialidad del proceso democrático.

Esto no significa, obviamente, que toda intervención de los tribunales constitucionales en este ámbito sea adecuada; algunas decisiones pueden ser perjudiciales, por una mala ponderación de los derechos y principios constitucionales en conflicto, o antidemocráticas, por una extralimitación del juez en sus competencias. Es además innegable que el examen precedente ha mostrado que los derechos sociales, por su dimensión prestacional, no se adaptan fácilmente a las instituciones y técnicas jurisdiccionales, lo cual hace que el control constitucional en este campo sea más difícil y requiera de jueces muy competentes y de construcciones conceptuales depuradas y sofisticadas. Pero creo que es absolutamente legítimo que exista un cierto control constitucional a la política económica, porque las mayorías democráticas no son totalmente libres, en cuanto deben plantear estrategias de desarrollo que logren progresivamente una satisfacción de los derechos sociales de la población.

VI. Sobre los riesgos de rigidez constitucional

Una vez mostrada la posibilidad técnica y la legitimidad democrática del control constitucional de la actividad económica, cierro el artículo analizando las críticas relacionadas con los supuestos efectos perversos de esas intervenciones judiciales sobre la naturaleza pluralista de las constituciones, la seguridad jurídica y la política democrática.

El análisis adelantado en los puntos precedentes es suficiente para concluir que no es cierto que el control judicial de las políticas de desarrollo y una cierta

constitucionalización del tema económico provoquen por sí mismos una desnaturalización de la constitución, ni que ésta pierda su legitimidad y su carácter pluralista. En efecto, una constitución que reconoce los derechos sociales no puede ser absolutamente neutra en materia económica, como tampoco es neutra, en política criminal, una constitución que reconoce el debido proceso penal y prohíbe la tortura, pues en ambos casos, la ley fundamental está excluyendo ciertas opciones políticas a las mayorías democráticas.

Así, no puede el Congreso invocar el principio democrático para poner en marcha una estrategia contra el delito fundada en la tortura sistemática y en el desconocimiento masivo del derecho de defensa de los acusados. En ese mismo orden de ideas, tampoco pueden las mayorías democráticas poner en marcha estrategias de crecimiento contrarias a los derechos sociales prestacionales, o fundadas en la eliminación del derecho de huelga de los trabajadores. Es por tanto indudable que ciertas opciones económicas son inconstitucionales. Esto no significa que la Constitución excluya la posibilidad de que existan múltiples alternativas de desarrollo, pero todas dentro de los marcos que fijan los derechos sociales.

La constitución de un Estado social, fundado en los derechos sociales, debe entonces ser “abierta” aunque no “neutra”, sin que ello acabe el pluralismo y socave la legitimidad del ordenamiento jurídico. En efecto, como dice la doctrina española, “una constitución abierta no es lo mismo que una Constitución vacía y desprovista de fuerza jurídica”,⁴⁷ porque si tuviera tal carácter dejaría de ser una constitución. En ese mismo sentido, desde sus primeras sentencias, la Corte Constitucional señaló que si bien las mayorías pueden optar por muy diversas políticas económicas, la Constitución de 1991 no es “un texto neutro que permita la aplicación de cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política deben de una parte respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos, y de otra operar conforme a los valores y principios rectores que la Carta consagra, así como procurar la plena realización de los derechos fundamentales”, —sentencia C-040 de 1993 —.

⁴⁷ Cf., Asenjo, *La Constitución económica española*.

Así pues, el control judicial de la economía no erosiona el pluralismo de la Constitución. Sin embargo, esta preocupación es relevante, ya que la defensa del carácter pluralista de la Carta permite orientar el sentido de la jurisprudencia que deben elaborar los tribunales constitucionales en todos los campos, pero en especial en el tema económico. En efecto, si la Constitución pretende ser un marco de coincidencias entre puntos de vista disímiles, entonces, en lo posible, el juez debe evitar adoptar fórmulas demasiado rígidas, salvo que el texto constitucional se las imponga inequívocamente, por cuanto estaría cerrando las posibilidades de que exista una deliberación democrática que permita encontrar distintas opciones a un determinado problema.

Por ello, como bien lo destaca Nino, los jueces, al ejercer el control constitucional, no deben descartar políticas que resulten del debate democrático únicamente porque consideran que existen otras mejores, pero en cambio “pueden, y deben, adoptar medidas que promuevan el proceso de deliberación pública o la consideración más cuidadosa por parte de los cuerpos políticos”.⁴⁸ Los jueces deben entonces preferir las decisiones que hagan más vigoroso el debate democrático, y por el contrario rechazar aquellas determinaciones que arrebatan, sin razones convincentes, la resolución de un problema a la decisión ciudadana, ya que una de las funciones decisivas del control constitucional es “contribuir a mejorar la calidad del proceso de discusión democrática y toma de decisiones, estimulando el debate público y promoviendo decisiones más reflexivas”.⁴⁹

VII. Los problemas de inseguridad jurídica

Las críticas sobre la inseguridad jurídica generada por la posibilidad de que un juez constitucional anule una regulación legal no me parecen tampoco convincentes. En efecto, esas críticas parten de los siguientes dos supuestos: i) que ni el congreso ni el ejecutivo son fuentes de inestabilidad jurídica y ii) que la anulación

⁴⁸ Nino, *La constitución... cit.*, p. 292.

⁴⁹ *Idem*, 293.

de una ley inconstitucional es fuente de inseguridad jurídica. Pero esas dos suposiciones son muy discutibles. De hecho, muchos estudios empíricos han mostrado que, en Colombia, la legislación cambia con enorme rapidez y genera una vida efímera de las normas, que impide su asimilación por los operadores jurídicos. Para ello basta pensar en las numerosas reformas tributarias que se han realizado en los últimos años. No es pues cierto que la principal fuente de inestabilidad normativa se encuentre en los jueces constitucionales.

Pero hay más. La anulación de una ley por el tribunal constitucional pretende, en muchas ocasiones, proteger precisamente la seguridad jurídica de los ciudadanos en sus derechos frente a variaciones caprichosas de las normas legales por parte de los órganos políticos. Así, por tomar un ejemplo elemental, supongamos que el Congreso, por medio de una ley, o el gobierno, en virtud de un decreto legislativo, establece un impuesto retroactivo, y que la Corte lo declara inconstitucional por violar el mandato constitucional según el cual los tributos no pueden ser retroactivos. ¿Generó inseguridad jurídica esa decisión de la Corte, al retirar del ordenamiento una norma legal? No lo creo. Esa sentencia de inconstitucionalidad lo que hace es fortalecer la confianza de los agentes económicos de que en ese sistema jurídico no existirán impuestos retroactivos, lo cual reduce su incertidumbre sobre cuáles serán las reglas jurídicas aplicables a sus transacciones económicas. Por ello, muchos autores defienden la constitucionalización de ciertos aspectos del manejo económico y su control por un tribunal independiente, justamente como un mecanismo para lograr una cierta seguridad jurídica frente a la volubilidad y variabilidad de criterios de los órganos políticos.

No es cierto entonces que el control constitucional de la economía implique por sí mismo una mayor inseguridad jurídica. Con ello no estoy negando que, en ciertos casos, el comportamiento concreto de la justicia constitucional pueda llegar a generar inestabilidades normativas agudas, que obstaculicen el desarrollo de un país. Pero eso no sería un defecto intrínseco a la intervención de los jueces en la economía, sino que derivaría de otros factores, como podrían ser ciertos diseños procesales o la excesiva variabilidad de los criterios interpretativos de la justicia constitucional.

VIII. Los riesgos de desmovilización ciudadana y politización de la justicia

Las críticas sobre el efecto negativo del control constitucional de la economía en el aparato judicial y el sistema político no deben tampoco ser ignoradas, pero no son concluyentes. Así, como intento mostrarlo en otro lugar,⁵⁰ sin duda una “judicialización” excesiva de la política en general, y de la política económica en particular, puede ser inconveniente para la justicia, que tiende a politizarse y a sobrecargarse de tareas que tal vez no pueda cumplir. Y esa judicialización puede también generar efectos negativos en la participación ciudadana y en la propia cultura democrática. Sin embargo, no creo que esos peligros, que son reales, basten para condenar cualquier activismo judicial para satisfacer derechos sociales.

En este campo, el modelo teórico ofrecido por Mauricio García Villegas⁵¹ para analizar los riesgos y las potencialidades del activismo judicial en una democracia me parece muy útil y sugestivo, pues evita las conclusiones simplistas. Según García, tres variables son centrales para valorar el activismo: i) la actitud progresista o no progresista de los jueces, ii) su competencia o incompetencia en términos técnicos y de conocimiento del asunto, y iii) que exista o no una participación política eficiente para desarrollar los derechos sociales.⁵² De acuerdo con esto, el activismo más antidemocrático sería aquél realizado por jueces incompetentes, que toman decisiones muy conservadoras, en momentos históricos en que hay una amplia movilización democrática, tal y como lo hizo la Corte Suprema de

⁵⁰ Uprimny, “Jueces, narcos y política: la judicialización de la crisis política colombiana”, en *Tras las huellas de la crisis*.

⁵¹ García Villegas, *Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano*, en *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*.

⁵² He modificado aquí la denominación que el autor confiere a algunas de sus variables y he adaptado un poco su modelo. En particular, García, siguiendo a Duncan Kennedy, califica de activista a un juez que trata “la decisión judicial como un poder autónomo y creativo destinado al desarrollo económico y político de la sociedad”. Esta definición me parece restrictiva, ya que sólo hace referencia al “activismo progresista”. Sin embargo, puede haber un “activismo conservador”, que es propio de aquellos jueces que consideran que ejercen un “poder autónomo y creativo” pero para evitar ciertos cambios sociales. Por ello, creo que conviene distinguir entre si el juez tiene o no una actitud activista, y el sentido político que podemos atribuir a esa actitud. Es obvio que no siempre es fácil definir si una decisión es materialmente progresista o conservadora, pero esa variable me parece central.

Estados Unidos en las primeras décadas del siglo XX. En cambio, en ese mismo país, el activismo de la llamada Corte Warren durante los años cincuenta y sesenta es más admisible, pues impulsó, o al menos acompañó y legitimó, los cambios democráticos de ese período.

El ejemplo de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana sobre el sistema UPAC es muy ilustrativo al respecto. La situación de los deudores se agravó en gran medida por la indiferencia de los órganos políticos, que no tomaron medidas de alivio cuando era evidente que, al ligar el cálculo de la UPAC al DTF y no a la inflación, el efecto combinado del aumento de las tasas de interés, el incremento del desempleo y la caída de los precios de la vivienda hacía que las deudas se volvieran impagables. Sin embargo, cuando la Corte intervino en el tema para defender a los deudores hipotecarios, sus decisiones fueron cuestionadas como un activismo judicial excesivo y antidemocrático. Ahora bien, ¿podía la Corte abstenerse de intervenir cuando era evidente que esa situación afectaba fácticamente el derecho a la vivienda y los otros órganos estatales se mostraban indiferentes ante la situación de los deudores hipotecarios? No lo creo, pues la Corte hubiera renunciado a su deber de defender la supremacía de la Constitución y amparar los derechos sociales de la población. ¿Habría podido evitarse esa intervención judicial en la política económica? Por supuesto, si los órganos responsables de la política económica hubieran tomado a tiempo las medidas adecuadas. Pero lo que resulta inaceptable es que, desde su pasividad, los otros órganos de poder cuestionen a un tribunal que intentó solucionar un problema social complejo y dramático.

En tal contexto, en muchos eventos, la solución a un eventual activismo excesivo de la Corte Constitucional no consiste en recortar sus competencias, sino en impulsar la participación democrática y fortalecer la intervención de los otros órganos del Estado en la realización de los derechos fundamentales.

IX. Conclusiones

En este trabajo he intentado mostrar que los derechos sociales son derechos de la persona, y que su realización es esencial para la continuidad e imparcialidad del proceso democrático, por lo cual debemos admitir algún control judicial sobre

las decisiones económicas. Preservar el control constitucional sobre las decisiones económicas es defender la eficacia jurídica de los derechos sociales, cosa que es importante para la consolidación democrática en un país como Colombia, con desigualdades profundas y niveles intolerables de pobreza. En estas situaciones, la defensa de la fuerza normativa de los derechos sociales adquiere aún mayor sentido, precisamente porque las necesidades insatisfechas de las personas son enormes.⁵³ La Corte Constitucional ha tenido entonces razón en entrar a analizar esos temas, y en defender vigorosamente los derechos sociales pues si queremos construir un verdadero Estado social de derecho, debemos, parafraseando a Dworkin, tomar en serio los derechos sociales.⁵⁴

Sin embargo, el artículo también ha mostrado la complejidad conceptual de los derechos sociales y las dificultades objetivas que existen para protegerlos judicialmente de manera adecuada. Estos obstáculos son aún mayores en contextos de pobreza e inequidad, como los que dominan en Colombia y en América Latina, pues los recursos son más escasos y las carencias que deben ser colmadas mayores. La paradoja es evidente: en estas sociedades, el constitucionalismo social y la protección judicial de los derechos sociales son más necesarios que en los países desarrollados, pero tienen menores condiciones de posibilidad. Esto plantea desafíos teóricos indudables al punto de que, como sugiere Eduardo Cifuentes, “el proceso constituyente latinoamericano está en mora de una nueva construcción teórica”, ya que el activismo constitucional de contenido social en estos contextos de pobreza no se adapta fácilmente a los esquemas teóricos desarrollados en otras latitudes. Además, esta situación pone a los jueces constitucionales latinoamericanos frente a retos hermenéuticos formidables, porque deben ser capaces de defender la fuerza normativa de los derechos sociales, en contextos fácticos que hacen muy problemática la aplicación judicial de esos mismos derechos.

Pero no sólo el amparo judicial de los derechos sociales es difícil, sino que además tiene limitaciones e incluso puede afectar el dinamismo y la creatividad de los movimientos sociales. Por tal razón, considero que la justicia constitucional puede

⁵³ Cifuentes, “El constitucionalismo de la pobreza”, en *Lecturas Constitucionales Andinas*.

⁵⁴ Dworkin, *Los derechos en serio*.

llegar a ser importante para el progreso democrático, siempre y cuando se la entienda como un componente de luchas sociales más amplias. Y es que, como dice ilustrativamente Benjamin Barber, “la democracia sólo puede sobrevivir como democracia fuerte, asegurada no por grandes líderes sino por ciudadanos responsables y competentes. Las dictaduras efectivas requieren grandes líderes. Las democracias efectivas requieren grandes ciudadanos.”⁵⁵ La democracia, más que grandes jueces, requiere entonces de grandes ciudadanos. La realización de las promesas sociales de muchas constituciones es un asunto demasiado serio para dejárselo únicamente a los jueces constitucionales.

Bibliografía

Libros

- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Asenjo, Juan, *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- Barber, Benjamin, *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*, University of California Press, Berkeley, 1990.
- Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1986.
- Burgos, Germán, *Independencia judicial en América Latina: ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, ILSA-UNAL, Bogotá, 2003.

⁵⁵ Barber, *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*, p. xvii.

- Cappelletti, Mauro, “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”, en VV.AA. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
- Elster, Jon y Slagstad, Rune (comps.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.
- Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza*, Universidad de Los Andes-Siglo del Hombre, Bogotá, 1997.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1985.
- García Villegas, Mauricio, “Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano”, en Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio (dirs.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Uniandes-Siglo del Hombre-Colciencias-CES, Tomo I, Bogotá, 2001.
- Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.
- González, Jorge Iván, “Incompatibilidades entre el modelo económico liberal y el Estado social de derecho”, en VV.AA. *Construyendo democracia. El papel de la Corte Constitucional en la consolidación del Estado democrático*, Viva la Ciudadanía, Bogotá, 1999.
- Harrison, Jeffrey, *Law and Economics in a Nutshell*, West Publishing Co, St. Paul, 1995.

- Holmes, Stephen, "Precommitment and the paradox of democracy", en Elster, Jon y Slagstad, Rune (comps), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.
- Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Norton, Nueva York, 1999.
- Jackman, Martha, "Constitutional Rhetoric and Social Justice: Reflections on the Justiciability Debate", en Bakan, Joel y Schneiderman, David (eds.). *Social justice and the Constitution: Perspectives on a Social Union for Canada*, University of Toronto Press, Toronto, 1992.
- Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la constitución", en Kelsen, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988.
- Langford, Malcolm, Rodríguez Garavito, César y Rossi, Julieta (eds). 2017. *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, Dejusticia, Bogotá, 2017.
- Luhmann, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Marshall, T. S., *Class, Citizenship and Social Development*, Greenwood Press, Westport, 1973.
- Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa Barcelona, 1997.
- Papier, Juan Jorge, "La ley fundamental y el orden económico", en Benda, Ernesto et al. *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- Pardo Falcón, Javier, *El Consejo Constitucional Francés*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

- Rosenberg, Gerald, *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?*, The University of Chicago Press, Chicago, 1993.
- Schaffer, Heinz, “Austria: La relación entre el tribunal constitucional y el legislador” en Aja, Eliseo (Ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998.
- Schlaich, Klaus, “El Tribunal Constitucional Federal Alemán”, en VV.AA. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- Schmitt, Carl, “Teoría de la Constitución”, ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1934.
- Sen, Amartya, “Rights and Capabilities”, en Honderich, Ted (ed.), *Morality and Objectivity. A Tribute to J. L. Mackie*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1985.
- Sen, Amartya, *On Ethics and Economics*, Blackwell, Oxford, 1990.
- Tribe, Laurence, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Nueva York, 1998.
- Uprimny, Rodrigo. García, Mauricio y Rodríguez, Cesar, *¿Justicia para todos? Derechos sociales, sistema judicial y democracia en Colombia*, Norma, Bogotá, 2006.
- Uprimny, Rodrigo y García-Villegas Mauricio, “Tribunal Constitucional e emancipacao social na Colombia” en Santos, Boaventura de Sousa (org.) *Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa*, Editora Civilização Brasileira, Río de Janeiro, 2002.
- Uprimny, Rodrigo, *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*. FUAC, Bogotá, 1990.

Uprimny, Rodrigo, “Jueces, narcos y política: la judicialización de la crisis política colombiana”, en Leal, Francisco (comp.). *Tras las huellas de la crisis*, FESCOL-IEPRI. Bogotá, 1997.

Uprimny, Rodrigo, “The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates” in Roberto Gargarella, Roberto, Domingo, Pilar y Roux, Theunis (eds). *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* Farnham: Ashgate, 2006.

Revistas

Arango, Rodolfo, “Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos”, *Pensamiento Jurídico* No. 8, 1988.

Cifuentes, Eduardo, “El constitucionalismo de la pobreza”, *Lecturas Constitucionales Andinas* 3. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994.

Gardbaum, Stephen, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *The American Journal of Comparative Law*, 49(4), 2001.

Hierro, Liborio, “La pobreza como injusticia (Dworkin vs. Calabresi)”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 1994.

Kalmanovitz, Salomón, “Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional”, *Economía Colombiana* 276. 1999.

Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1995.

Sunstein, Cass R, *Social and Economic Rights? Lessons from South Africa*, 2001. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=269657> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.269657>

Uprimny, Rodrigo, “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*. Número 6. Año 4, 2007.

_____ y Durán, Juanita, *Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia*. Serie Políticas Sociales Núm. 197, CEPAL, Santiago de Chile, 2014.

Jurisprudencia y normas

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. 1991. Observación General Núm. 3, Documento E/1991/23.

Relator de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. 1989. *Informe*, Documento E/CN2/Sub.2/1989/19.

_____, 1990. Informe, Documento E/CN4/Sub.2/1990/19.

_____, 1991. Informe, Documento E/CN4/Sub.2/1991/17.

_____, 1992. Informe, Documento E/CN4/Sub.2/1992/16.

Los derechos sociales y los deberes de cuidado de la Administración

José Roldán Xopa*

* Profesor del Centro de Investigación y Docencia Económicas, A. C.

Los derechos sociales y los deberes de cuidado de la Administración. I. Introducción; II. Los derechos sociales como fines de procesos públicos de distinto tipo y su control jurisdiccional; III. Los DESC y los fines constitucionales; IV. Los deberes de cuidado y la debida diligencia administrativa; V. El debido proceso de la decisión pública y capacidades públicas; VI. Los deberes de cuidado y de diligencia y los DESC; VII. La discrecionalidad administrativa; VIII. Garantía jurisdiccional de los DESC y política pública.

I. Introducción

La educación, la salud, el trabajo, la seguridad social, la alimentación, la vivienda, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a gozar del progreso científico, el agua, componen parte del conjunto de derechos identificados como económicos sociales y culturales —DESC— y cuya formalización simiente se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —PIDESC—. ¹ Enumerarlos, a estas alturas de la obra en la que se incorpora esta colaboración, probablemente resulte ya reiterativo, pero es necesario para explicar el propósito de este capítulo. En primer término, porque resulta insuficiente su formalización en algún instrumento internacional o nacional para garantizarlos: esto último requiere transitar de los libros a la realidad —esto es, que los derechos sean efectivos en las condiciones de vida de los seres humanos—. Así, no basta que la norma establezca el derecho humano al agua, por ejemplo, sino que los seres humanos accedan efectivamente a ella, y no a cualquier agua, sino en las condiciones de suficiencia, salubridad, aceptabilidad, accesibilidad física,

¹ ONU, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

asequibilidad.² La garantía de los derechos tiene como horizonte su efectividad, esto es, que en la realidad los seres humanos tengan condiciones de vida adecuadas, de bienestar, en fin, dignas.

Planteado lo anterior, la cuestión a analizar se centrará en las posibilidades que en tal propósito o finalidad tiene la función jurisdiccional y la relevancia que en ello tienen los deberes de cuidado y de debida diligencia de los órganos administrativos en la efectividad de los DESC. ¿Cuál es la relación entre los DESC y el cuidado y la diligencia?

Ilustraré la relación con un ejemplo: el derecho a la salud se actualiza, por supuesto, si se tiene acceso a los servicios médicos, o se provee de medicamentos, pero también, como lo ha evidenciado la pandemia, requiere se informe adecuadamente a la población sobre los riesgos a su salud y las mejores formas de enfrentarla, o se dote al personal médico del equipo adecuado para atender a la población y disminuir el riesgo de contagio, previendo las partidas presupuestarias necesarias; por ejemplo, tanto en la normalidad como en situaciones extraordinarias se requiere que el personal de salud atienda adecuadamente a la población, se adquieran los medicamentos en condiciones de oportunidad, calidad y cantidad suficientes, o bien, se dé la información y se tomen las medidas que maximicen la protección de la salud pública. El mejor derecho a la salud es el resultado, por una parte, de que haya buenos servicios de salud, buenos insumos y equipo médico y, por otra parte, de que se minimicen los riesgos, errores o fallas, tales como la mala práctica médica, el desabasto de medicamentos, la imprevisión o insuficiencia presupuestal. Buenos derechos dependen de que la función pública se realice responsablemente, entendiendo a la responsabilidad en sus vertientes de responsabilidad prospectiva —buen desempeño— como retrospectiva —consecuencias por ilicitudes—.³ En ambas está presente el comportamiento diligente de los actores públicos —instituciones y personas—, sea para mejorar el desempeño y

² Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 64/292. Disponible en: https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml.

³ Las ideas de responsabilidad prospectiva y retrospectivas son desarrolladas por Garzón Valdés, “El enunciado de responsabilidad”, en *Doxa*, pp. 259-286.

los resultados, así como para disminuir riesgos, evitar daños por irregularidades o actuaciones indebidas. Dicho esto, la cuestión de esta colaboración reside en analizar la importancia de la función jurisdiccional en el tratamiento de los deberes de cuidado y de debida diligencia en el control de la actividad administrativa y sus efectos en los derechos sociales.

La función de los órganos públicos y la responsabilidad por el rol están relacionados con la consecución de objetivos.⁴ Tales objetivos están determinados por el propio concepto de responsabilidad en su sentido prospectivo que, en palabras de Isabel Lifante, son funciones públicas que se integran en un marco institucional formalizado y jerarquizado, definidas por su conexión con fines o estados de cosas considerados valiosos que justifican comportamientos de cuidado y atención.

Ahora bien, tales funciones públicas tienen diferentes centros de imputación: orgánicos o institucionales y personales o subjetivos. Los primeros tienen como centro de imputación a entidades, organizaciones u órganos públicos cuenten o no con personalidad jurídica; los segundos, son los seres humanos que desempeñan algún cargo o función pública y que asumen una responsabilidad por el rol o cargo en el marco institucional formalizado y jerarquizado.

Ocupar un determinado rol o cargo en el marco de una institución social compromete con la persecución de los fines que justifican su propia existencia y la búsqueda de bienestar, las metas o propósitos de la institución.⁵

La cuestión tiene su complejidad. La experiencia jurisdiccional en el tratamiento y valoración de los deberes de cuidado es más visible en materias tales como la responsabilidad extracontractual del Estado o las responsabilidades administrativas de los servidores públicos.⁶ La apreciación anterior propia de un enfoque de

⁴ Larrañaga, “Responsabilidad de rol y directrices”, en *Doxa*, p. 560.

⁵ Lifante, “Responsabilidades en el desempeño de funciones públicas”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, p. 66.

⁶ Una revisión del portal del *Semanario Judicial de la Federación*. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis>, arroja 35 tesis a la voz “debida diligencia”, 8 a “deberes de cuidado”, 238 a “negligencia”, la mayor parte de ellas asociadas a las materias señaladas.

las materias jurídicas puede sesgar su relevancia respecto de los DESC. Sin embargo, esto no es necesariamente así, si focalizamos las distintas facetas de su efectividad. Agrego otro ejemplo: el derecho a la educación comprende las condiciones en las cuales los menores acceden a los servicios educativos que proporciona el Estado. Una buena educación no se realiza si las niñas y los niños se encuentran en un ambiente hostil que impide su pleno desarrollo. La debida diligencia que el Estado debe observar en el cumplimiento de sus deberes ante el derecho a la educación, están presentes en el siguiente criterio:

BULLYING ESCOLAR. EXISTE UN DEBER DE DEBIDA DILIGENCIA DEL ESTADO PARA PROTEGER Y GARANTIZAR LOS DERECHOS DE LOS MENORES DE ACUERDO CON EL PRINCIPIO DE SU INTERÉS SUPERIOR.

El deber de proteger el interés superior del menor en cualquier contienda judicial donde se vean involucrados los derechos de los menores constituye una doctrina reiterada de esta Suprema Corte. Cabe señalar que la protección constitucional que merecen los niños no se equipara a la que debe recibir cualquier otro grupo vulnerable. La mayor protección a sus derechos no sólo se justifica por su situación de mayor vulnerabilidad, sino también por el interés específico de la sociedad en velar porque los menores alcancen su pleno desarrollo. En este sentido, el principio del interés superior ordena a todas las autoridades estatales que la protección de los derechos del niño se realice a través de medidas “reforzadas” o “agravadas”, y que los intereses de los niños sean protegidos con mayor intensidad. Por lo anterior, en los casos en los que el sujeto pasivo de determinado tipo de violencia sea un menor, el juzgador debe partir de que la diligencia del Estado al proteger y garantizar dichos intereses debe ser particularmente elevada, tanto por la situación de especial vulnerabilidad en la que generalmente se ubican los menores, como por los devastadores efectos que la violencia y/o la intimidación pueden producir en personas en desarrollo.⁷

⁷ Registro digital: 2010140 Instancia: Primera Sala de la SCJN, Tesis: 1a. CCC/2015 (10a.), p. 1639 Tipo: Aislada Amparo directo 35/2014. 15 de mayo de 2015. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Ausente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olgún. Esta tesis se publicó el viernes 09 de octubre de 2015 a las 11:00 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

El ejemplo citado muestra la relevancia que los deberes de cuidado tienen en la actuación del Estado para garantizar los derechos de las personas. Que el Estado como complejo institucional y sus agentes —seres humanos que ejercen un cargo— cumplan sus deberes de garantizar los derechos humanos comprende que actúen cumpliendo los deberes de cuidado y de diligencia. Dichos deberes, en tanto componentes de las decisiones públicas, pueden ser objeto de examen jurisdiccional en la valoración de la regularidad constitucional o de legalidad de actuaciones de la Administración que involucren derechos sociales.

Siendo los DESC el fin o estado de cosas a lograr en la realidad y, consecuentemente, el objeto de protección jurídica, los medios de acción jurisdiccional —sean estos de constitucionalidad: amparo, controversias, acciones, o de legalidad: de nulidad, de responsabilidad patrimonial, de responsabilidad administrativa— deben apreciarse como distintas vías que conducen o deberían conducir a garantizar sus fines constitucionales. Cada medio de control jurisdiccional de las administraciones públicas entraña su propia problemática jurídica, su técnica de establecer la litis, sus formas de legitimación procesal, los posibles efectos de la sentencia, etc. Sin embargo, pese a las diferencias entre medios procesales, a la manera de un prisma, todos ellos conciernen a un mismo núcleo compartido de derechos. Sea que la materia de los procesos consista en normas generales, actuaciones administrativas, omisiones, daños personales o patrimoniales, abusos de poder o posibles actos de corrupción, la cuestión que se destacará en esta colaboración en aquellas cuestiones que forman parte de procesos de decisión pública, capacidades institucionales y desempeños personales en los cuales el cuidado y la diligencia son condiciones necesarias para la adecuada satisfacción de los derechos sociales.

II. Los derechos sociales como fines de procesos públicos de distinto tipo y su control jurisdiccional

La efectividad de los derechos sociales se verifica en las condiciones de bienestar de la población. Un referente universal que permite apreciar el estado de dichas condiciones es el Informe sobre el Desarrollo Humano del Programa de las Naciones

Unidas para el Desarrollo que anualmente se publica, y que recoge datos sobre la esperanza de vida al nacer, niveles educativos, condiciones de vida digna, entre los principales.⁸ En México, la información más completa sobre el estado de los derechos sociales puede encontrarse en los informes anuales de Consejo Nacional para la Evaluación de la Política Social —CONEVAL—⁹ y del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática —INEGI—.¹⁰

Las referencias anteriores tienen el propósito de destacar la vinculación que tiene la efectividad de los derechos sociales con procesos gubernamentales y administrativos complejos, propios de la política pública y sus diversos componentes jurídicos: los fines o cometidos constitucionales del Estado en materia de derechos sociales, los sistemas de planeación y programación, los presupuestos públicos, la implementación de las políticas, el ejercicio presupuestal, los servicios públicos prestacionales y los programas de apoyos sociales, los actos prestacionales, los actos administrativos, la actuación —acciones u omisiones—, la actividad administrativa material, la evaluación de las políticas y del gasto. Es en estos procesos administrativos en los cuales puede verificarse el control jurisdiccional de las Administraciones Públicas, y, en consecuencia, las peculiaridades, alcances y problemática de la intervención judicial. En buena medida, de ello depende que se presenten cuestiones complejas en sede jurisdiccional como lo es la relación entre control/política pública y discrecionalidad administrativa. Es en este contexto en el que el examen de los deberes de cuidado y la debida diligencia tienen su función en la garantía de los DESC y en el que se realiza la función jurisdiccional. Lo anterior implica pensar a las administraciones como vehículos de realización de los derechos, en palabras de Courtis.¹¹

⁸ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre el desarrollo humano 2019*. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_es.pdf.

⁹ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Informes de Evaluación de la Política Social*, Disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Evaluacion/IEPSM/Paginas/default.aspx>.

¹⁰ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, página oficial. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/>. En el portal puede localizarse información temática sobre salud, educación, vivienda, medio ambiente y empleo.

¹¹ Cf., Courtis, “Prólogo” en *Políticas Públicas y Derechos Humanos*.

III. Los DESC y los fines constitucionales

En tanto derechos humanos, los DESC deben ser garantizados por el Estado en un claro mandato de cumplimiento de deberes de optimización: debe favorecerse “la protección más amplia”, las autoridades están obligados a garantizar los derechos humanos de conformidad con los “principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”, se prohíben los tratos discriminatorios por cualquier razón que afecte la dignidad de las personas o menoscabe sus derechos. Así mismo, la influencia, que, en la cultura, la argumentación y en la interpretación jurídica, tiene la consideración de que los derechos son formulables como principios, seguido de lo cual éstos constituyen mandatos de optimización, incorpora operaciones decisorias tendentes a lograr los mejores resultados posibles. Un ejemplo de tal interpretación se encuentra en el siguiente criterio:

PRINCIPIO DE PONDERACIÓN. CONTENIDO Y ALCANCES EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Los derechos fundamentales, entendidos como principios, constituyen mandatos de optimización, en la medida en que son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, en atención a las perspectivas fácticas y jurídicas. La realización de tales perspectivas se relaciona con el principio de ponderación, el cual conlleva la creación de una jerarquía axiológica entre principios y objetivos en controversia y conduce a cambiar el valor comparativo de éstos. Dicho principio se integra, a su vez, con los siguientes subprincipios que expresan la idea de optimización: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. A través de los subprincipios de idoneidad y de necesidad se logra la optimización de las perspectivas fácticas. El primero de los mencionados (idoneidad) es una manifestación de la idea del Óptimo de Pareto, de acuerdo con el cual, una posición puede ser mejorada sin que resulten perjuicios para otra, lo que implica excluir la aplicación de medios que, como mínimo, perjudiquen la realización de un principio sin favorecer al menos uno de los objetivos a cuya consecución debe servir. El subprincipio de necesidad postula que, de dos medios que favorezcan igualmente bien a un primer objetivo, se elige aquel que afecte menos intensamente a un segundo objetivo. Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se circunscribe a la optimización de las perspectivas jurídicas y se identifica con

la denominada “ley de la ponderación”, la cual postula que, cuanto mayor sea el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.¹²

La idea de los derechos como principios y su semántica como mandatos de optimización, —es decir, de que su finalidad sea realizada “en la mayor medida de lo posible, en atención a las perspectivas fácticas y jurídicas”—, conduce a incorporar a los deberes de cuidado y de diligencia en la revisión de la corrección de la actuación de las administraciones públicas. La diligencia es parte de una buena Administración como condición de maximización de los derechos.

SALUD. DERECHO AL NIVEL MÁS ALTO POSIBLE. ÉSTE PUEDE COMPRENDER OBLIGACIONES INMEDIATAS, COMO DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO.

El artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé obligaciones de contenido y de resultado; aquéllas, de carácter inmediato, se refieren a que los derechos se ejerciten sin discriminación y a que el Estado adopte dentro de un plazo breve medidas deliberadas, concretas y orientadas a satisfacer las obligaciones convencionales, mientras que las de resultado o mediatas, se relacionan con el principio de progresividad, el cual debe analizarse a la luz de un dispositivo de flexibilidad que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. En esa lógica, teniendo como referente el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental contenido en el artículo 12 del citado Pacto, se impone al Estado Mexicano, por una parte, la obligación inmediata de asegurar a las personas, al menos, un nivel esencial del derecho a la salud y, por otra, una de cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio por todos los medios apropiados, hasta el máximo de los recursos de que disponga. De ahí que se configurará una violación

¹² Registro digital: 2022079 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: I.4o.A.4 CS (10a.), Tomo II, p. 967. Tipo: Aislada Impedimento 10/2019. Integrantes del Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. 27 de febrero de 2020. Unanimidad de votos. Ponente: Patricio González-Loyola Pérez. Secretario: Mario Jiménez Jiménez.

Esta tesis se publicó el viernes 04 de septiembre de 2020 a las 10:13 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

directa a las obligaciones del Pacto cuando, entre otras cuestiones, el Estado Mexicano no adopte medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, para dar plena efectividad al derecho indicado.¹³

Alcanzar el nivel más alto posible de derechos requiere, como lo señala el precedente citado, “adoptar medidas apropiadas”, entre ellas, las administrativas y presupuestales; esto es las condiciones para un buen desempeño de las administraciones. En otras palabras, se requiere de una buena administración.

En el derecho comparado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea —TJUE— ha reiterado en diversos casos, que la obligación de diligencia es inherente al principio de la buena administración. Así en el caso C-691/15 P, la Sexta Sala del Tribunal resolvió en noviembre de 2017 lo siguiente:

[...] cuando una parte alega que la institución competente ha cometido un error manifiesto de apreciación, el juez de la Unión Europea debe verificar si dicha institución examinó, detenidamente y con imparcialidad, todos los elementos relevantes del asunto de que se trate, elementos que deben respaldar las conclusiones extraídas de ellos [...]. En efecto esta obligación de diligencia es inherente al principio de la buena administración y se aplica de manera general a la actividad de la Administración de la Unión.¹⁴

Las obligaciones de cuidado y de diligencia debida son así elementos integrantes de las actuaciones administrativas susceptibles de examen por los tribunales, y se reconducen a la revisión de la actuación institucional y de sus agentes. Los entes públicos son complejos organizacionales en cuyo seno se desenvuelven las

¹³ Registro digital: 2007938, Instancia: Segunda Sala de la SCJN, Tesis: 2a. CVIII/2014 (10a.), Tomo I, p. 1192. Tipo: Aislada Amparo en revisión 378/2014. Adrián Hernández Alanís y otros. 15 de octubre de 2014. Mayoría de tres votos de los Ministros: Alberto Pérez Dayán, José Fernando Franco González Salas y Luis María Aguilar Morales. Ausente: Sergio A. Valls Hernández. Disidente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Georgina Laso de la Vega Romero. Esta tesis se publicó el viernes 14 de noviembre de 2014 a las 09:20 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

¹⁴ Sala Sexta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-691/15 P, Apartado 35. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=CF84D7EC2A190790F9FFF6B1A389C2B9?text=&docid=197001&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3894610>.

actuaciones de los seres humanos que, al ocupar un cargo, realizan actuaciones individuales que pueden ser examinadas en el contexto de la buena gestión administrativa como medio para la realización de los fines del Estado: la efectividad de los derechos humanos. La diligencia y el cuidado son susceptibles de ser valorados, de acuerdo con el profesor Juli Ponce, el *test* de razonabilidad, como técnica de control, debe apreciar:

[...] la debida diligencia y el debido cuidado en la ponderación (empática) de los hechos, intereses y derechos involucrados en la toma de decisión para posibilitar que ésta sea la mejor posible en cada caso, en coherencia con su fundamento recogido en el expediente administrativo y su motivación explicitada.¹⁵

Una vez establecida la pertinencia de considerar a los deberes de cuidado y de diligencia en el control jurisdiccional, se requiere abordar la precisión conceptual de tales deberes.

IV. Los deberes de cuidado y la debida diligencia administrativa

Los órganos administrativos y quienes ejercen funciones sus funciones actúan en el marco de las competencias y los deberes que la norma establece, sea como autoridad en sus funciones de regulador, policía, o en su carácter de satisfactor de derechos prestacionales. La diligencia debida y los deberes de cuidado derivan, por tanto, de fuentes normativas de distinto rango y con diversas modalidades.

Constitucionalmente, sea por su propio texto, o bien por las fuentes que integran el “bloque de constitucionalidad”, los deberes de cuidado y de diligencia se fundan, como se ha dicho, en el mandato general de desempeño para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos en condiciones de progresividad y evitando la regresividad. A lo anterior se agregan preceptos constitucionales que establecen condiciones específicas de derechos sociales: en el caso de

¹⁵ Ponce Solé, *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, p. 45. V., contribución de Aniza García Morales, en esta obra.

la educación, “la mejora continua” —art. 3—. Los servidores públicos están obligados por los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones —art. 109— ; los recursos económicos de que dispongan la Federación, las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos de destino —art. 134—; el sistema de planeación democrática del desarrollo nacional imprimirá solidez, dinamismo, competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación —art. 26—; el Estado es responsable de los daños patrimoniales que cause por su actividad administrativa irregular y deberá indemnizarlos —art. 109 —.

A partir de estos fundamentos constitucionales, es posible construir los procesos de la acción pública cuya función es la de optimizar los derechos. El proceso gubernamental comprende la planeación y programación —que diagnostica problemas públicos, establece la política pública y sus fines—, la presupuestación en función del establecimiento de fines —los objetivos de la política pública— que deben ser observados en el ejercicio del gasto, los principios que deben ser observados en la actuación —mejora regulatoria, procedimientos y actos— administrativa pertinente a los derechos sociales; la evaluación y medición de sus resultados —evaluación de la política social por el CONEVAL y la estadística a cargo del INEGI—.

Tratándose de los deberes exigibles al servidor público, la Ley General de Responsabilidades Administrativas establece como directriz de conducta: “actuar conforme a una cultura de servicio orientada al logro de resultados, procurando en todo momento un mejor desempeño de sus funciones a fin de alcanzar las metas institucionales según sus responsabilidades” —art. 7, fracción V—; así como “administrar los recursos públicos que estén bajo su responsabilidad, sujetándose a los principios de austeridad, eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados” —Fracción VI—.

¿Cómo se concretan tales deberes tratándose de derechos sociales? Los deberes generales de cuidado y diligencia tienen que ser valorados considerando los

contenidos y fines constitucionales de los DESC. Los derechos sociales atienden a una racionalidad en la que el mejoramiento de las condiciones de vida en general y la desigualdad en particular están en la base como valores constitucionales. Las condiciones de desventaja, discriminación, pobreza y los objetivos de condiciones de vida dignos, son sus referentes.

El Artículo 2 del PIDESC es ilustrativo:

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete 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.

2. 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.

[...]

En contrapartida, las medidas que el Estado tome para afectar los derechos deben observar:

Además, todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán 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 se disponga.¹⁶

¹⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Núm. 3, párr. 9. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fGEC%2f4758&Lang=en. V., sobre este punto, la contribución de Christian Courtis en este volumen.

Junto con tales referentes en los que el Estado es el obligado, se colocan los deberes de cuidado y de diligencia exigibles a tanto a las administraciones públicas como a los servidores públicos. La precisión conceptual de dichos deberes requiere la ubicación de quienes ejercen un cargo en la relación jurídica del servicio público. A diferencia de relaciones jurídicas como las civiles o mercantiles, las administrativas atienden a racionalidades diversas. Así en el derecho privado, los estándares tienen como modelo el del buen “padre de familia” o del “ordenado empresario”.¹⁷ En común, la semántica del cuidado o la diligencia se relaciona con las “precauciones que la ley o el buen sentido aconsejan adoptar en el desarrollo de una actividad para evitar daños previsibles”.¹⁸

En el caso del derecho administrativo, la doctrina especializada y la jurisprudencia ha formulado el modelo del “buen servidor público”. Ponce Solé refiere que en el estándar de diligencia debe observarse un:

[...] cuidadoso servidor público, actuando solo en ausencia de conflictos de interés, con la información necesaria, teniendo en cuenta los factores relevantes y otorgando a cada uno de los mismos su debida importancia en la decisión, excluyendo de su consideración todo elemento irrelevante, motivando suficiente y congruentemente la misma en relación con la fundamentación existente en el expediente y agotando la diligencia en el caso de manejo de caudales públicos y afectación de derechos constitucionales.¹⁹

El estándar de diligencia debida corresponde al tipo de responsabilidad del servidor público atendiendo al perfil o rol del cargo.²⁰

El perfil o rol del cargo tiene relación funcional con fines de la organización administrativa. Al servidor público le son exigibles los deberes y estándares de

¹⁷ Ponce Solé, *La lucha... cit.*, p. 118.

¹⁸ Diccionario de la Real Academia Española, *Voz “diligencia”*.

¹⁹ Ponce Solé, *op. cit.*, p. 129.

²⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado en diversas sentencias la relevancia que para garantizar los derechos de las personas (investigación penal), el personal del Estado sea “idóneo y capacitado” (*Fernández Ortega vs. México*, párr. 194; *Rosendo Cantú vs. México*, párr. 178).

diligencia por razón del cargo. Éstos atienden a diseños institucionales cuya lógica depende de la aptitud de la organización para cumplir sus deberes —la efectividad de los derechos sociales, por ejemplo—. El perfil del cargo determina las condiciones personales que debe satisfacer quien lo ejerza, y a partir del cual le son exigibles sus deberes: para ocupar el cargo “x”, se requiere contar con título profesional de “y” y “z” años de experiencia. Si persona que ocupa tal cargo no los reúne, o bien, carece alguna dispensa para ser designado sin reunirlos, no son situaciones por las que se le releve de cumplir el estándar de desempeño y de diligencia exigibles al cargo.

Como lo he expresado en otro momento,²¹ lo anterior es consecuencia natural de la función de garante exigible al Estado. La procuración de bienes públicos, la garantía de los derechos es exigible a la organización pública sólo bajo el supuesto de que sus órganos funcionan adecuadamente y de que hace el mejor uso de sus recursos disponibles. De esta suerte, la exigibilidad de comportamientos a los servidores públicos que correspondan a su rol supone que estos cuentan con las capacidades requeridas para ocupar el cargo —en tanto deben cumplir con el perfil y asumen contar con los conocimientos y pericias—. Al Estado le es exigible, por conducto de sus agentes, el cumplimiento de sus deberes de cuidado y diligencia, en tanto estándares de desempeño derivados de los derechos y principios que configuran su actuación —mandatos de optimización—. ²²

Los deberes de cuidado y de diligencia y, consecuentemente, el descuido o la negligencia, pueden tener diversos contextos normativos para su determinación o valoración. Es posible que el ordenamiento establezca mediante reglas la diligencia o cuidado debidos. A la manera de una señal de tránsito que establece el límite máximo de velocidad, este límite fija a su vez el cuidado debido. Tal es la función de reglas técnicas que establecen indicadores sobre máximos o mínimos. La regulación general sobre normalización que se concreta en las Normas Oficiales

²¹ Roldán, “Responsabilidad patrimonial del Estado y el régimen de responsabilidades administrativas, en perspectiva de justicia correctiva”, en *Jurídica*, p. 25.

²² Al respecto existe una amplia literatura que conceptualiza a los derechos humanos y a las normas de fin con mandatos de optimización. Alexy, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, en *Derechos y Libertades*, pp. 63-146.

Mexicanas —NOMs— cuya finalidad está directamente relacionada con los riesgos que bienes y servicios puedan tener sobre la salud de las personas o el medio ambiente.²³

La determinación de la conducta de cuidado y de diligencia debida atendiendo a la normativa, puede estar determinada a la manera de regla, pero también puede estar sujeta a márgenes en los que es el ser humano el que tiene la carga de un actuar diligente y cuidadoso. Tales márgenes de actuación están acotados por las condiciones institucionales del servicio público. Además de la normativa aplicable a la actuación, el servidor público debe, en principio, actuar bajo estándares de profesionalidad, dependiendo del perfil requerido para ocupar el cargo y la presunción de conocimiento que se genera al aceptarse el cargo.

Los sistemas de evaluación del desempeño, presupuesto por resultados, evaluación por resultados, indicadores incorporados a los programas, generan un corpus que bien puede denominarse *soft law* o derecho referencial o indicativo, que establece los fines u objetivos que establecen parámetros relevantes para evaluar sus conductas individuales y el desempeño institucional.

La técnica y el conocimiento científico disponibles expresados como evidencia para tomar decisiones se constituyen como elementos de información relevantes para valorar la diligencia y el cuidado en contextos de incertidumbre.²⁴ Por ejemplo ¿cuáles son las medidas de cuidado que el Estado debe adoptar para que las niñas y niños asistan a las instalaciones escolares en una situación de pandemia?

La diligencia —y el cuidado—, es también un concepto mensurable como estándar y no como regla, con flexibilidad y capacidad para atender circunstancias cambiantes. Al decir de Keren Paz, las reglas “adolecen de sobre inclusión o subinclusión, mientras que los estándares permiten un resultado que se adapta a la lógica subyacente a la norma jurídica”²⁵ La determinación jurisdiccional de los

²³ Las NOMs se encuentran reguladas en la Ley Federal de Metrología y Normalización.

²⁴ V., Esteve Pardo, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, pp. 189-204.

²⁵ Keren Paz, *Derechos de daños, igualdad y justicia distributiva*, p. 225.

deberes de cuidado y de diligencia en sede jurisdiccional debe considerar los anteriores elementos: reglas, principios, evidencias, estándares.

V. El debido proceso de la decisión pública y las capacidades públicas

La efectividad de los derechos sociales depende de buenos procesos decisorios y de buenas administraciones. Que haya políticas públicas y programas de gobierno requiere que existan diagnósticos de los que se derivan metas y acciones, procesos presupuestarios, evaluaciones de impacto regulatorio, indicadores que permitan medir los resultados de las acciones públicas y evaluación de los mismos. Los anteriores son elementos que aumentan la probabilidad de tener buenos resultados. Junto a tales procesos decisorios, se agregan capacidades institucionales que estructuren los recursos humanos, de información, presupuestales y materiales.

Los procesos administrativos que posibilitan que las decisiones se basen en evidencia, en la mejor información disponible y midan y evalúe los resultados tienen mayor probabilidad de dar mejores resultados que aquellas actuaciones que sean improvisadas. La relevancia de la política pública para la progresividad de los DESC se destaca en el siguiente precedente:

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. DEBER DE ALCANZAR SU PLENA PROTECCIÓN PROGRESIVAMENTE.

Una vez satisfecho el núcleo esencial, los derechos económicos, sociales y culturales imponen al Estado una obligación de fin, 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. De esta manera, los órganos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo deben diseñar una política pública mediante la cual se garantice el pleno goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Ahora, este deber implica que tiene que existir una política pública razonable para alcanzar el objetivo impuesto por el derecho en cuestión. En este sentido, los tribunales deben analizar si la medida impugnada se inscribe dentro de una política pública que razonablemente busque alcanzar la

plena realización del derecho social. Sin embargo, son las autoridades administrativas y legislativas quienes en principio están en una mejor posición para determinar cuáles son las medidas adecuadas para alcanzar la plena realización de los derechos sociales, por tanto, al analizar la razonabilidad de la medida los tribunales deben ser deferentes con dichas autoridades.²⁶

El precedente citado es de la mayor relevancia. La referencia hecha a la política pública como el marco institucional general en el que los DESC pueden tener una mejor realización no es más que la presencia de lo que he denominado el “debido proceso de la decisión pública” y de la idoneidad de los órganos constitucionales para definirla. Es en este marco en el que el control jurisdiccional tiene su proximidad con la política pública y en el que adquiere sentido hablar de activismo judicial, auto restricción y deferencia judicial.

La política pública considera emplear una metodología que requiere precisar una situación problemática que debe ser pública, un objetivo o finalidad de resolverla o, al menos, mejorar la situación por medio de intervenciones públicas.²⁷ Definir un problema público concerniente a los DESC significa presentar como una situación problemática: por ejemplo, la desnutrición de niñas y niños que se encuentran en situación de pobreza o el desabasto y retraso en el suministro de medicamentos para quienes padecen cáncer. La definición del problema da razones para la intervención pública y el sentido de dirección de la intervención pública para precisar su objetivo, la información pertinente y los recursos necesarios y disponibles para mejorar su efectividad.

²⁶ Registro digital: 2015129, Instancia: Primera Sala de la SCJN, Tesis: 1a. CXXV/2017 (10a.), Tomo I, p. 217., Tipo: Aislada Amparo en revisión 566/2015. Miguel Ángel Arce Montiel y otros. 15 de febrero de 2017. Mayoría de tres votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente, y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto particular. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: José Ignacio Morales Simón y Arturo Bárcena Zubieta.

Esta tesis se publicó el viernes 29 de septiembre de 2017 a las 10:38 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

²⁷ Existe una amplia literatura sobre políticas públicas de la cual es posible beneficiarse desde el derecho y que abunda en la(s) metodología(s) para el diseño de las intervenciones públicas. En México V., Aguilar, *Política Pública*; Bardach, *Los ocho pasos para el análisis de las políticas públicas*.

Que haya una política pública mejora la posibilidad de que haya efectividad en los DESC. Es posible que la metodología de la política pública se encuentre establecida como parte integrante de los procesos de actuación pública, de manera que resulta un contenido obligacional a cargo de la autoridad, o bien puede estar implícito. Los sistemas de planeación en los distintos órdenes de gobierno suponen procesos de política pública, al igual que la programación y presupuestación. En este sentido, el artículo 134 constitucional señala que los recursos públicos se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez “para satisfacer los objetivos a los que estén destinados”, planteando, precisamente, la situación de mejoría o estado de cosas que se busca con la acción pública.

En materia de derechos sociales el presupuesto público debe destinarse a un objetivo, esto es a una situación de mejoría de la situación problemática definida previamente —salud, educación, vivienda, etc.— Que haya una política pública minimiza la improvisación en las acciones públicas, y aumenta la posibilidad de mejorar las condiciones de vida al incorporar en el proceso decisional información, evidencia, previsión y provisión de recursos económicos e institucionales. El derecho a un buen Estado, a buenas administraciones supone mejores procesos decisionales y de implementación: esto es, el derecho a políticas públicas como parte del debido proceso.

La función jurisdiccional respecto de procesos gubernamentales y su vecindad con la política pública no están exentos de dificultades. Cuestiones tales como el proceso presupuestario, la definición de recursos o el ejercicio del gasto, han sido problemáticas en nuestro sistema de control constitucional. Un ejemplo de esto es la tesis aislada emitida por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del primer Circuito cuyo rubro es:

PRESUPUESTO DE EGRESOS DE LA FEDERACIÓN, CONTRA SU APROBACIÓN (DECRETO) POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS, ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO”, [la cual señala:]

La aprobación del Presupuesto de Egresos de la Federación es una facultad exclusiva de la Cámara de Diputados, prevista en el artículo 74, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por otra parte, el presupuesto está

dirigido a regular el ejercicio del gasto público y, en ese sentido, es un acto materialmente administrativo con contenido y finalidad de administración de los recursos públicos, que proviene de una colaboración entre el Poder Ejecutivo Federal que lo proyecta y la Cámara de Diputados que lo aprueba. Así, en la medida en que es una facultad exclusiva, se erige como una potestad soberana y discrecional, porque únicamente puede ser ejercida por la Cámara de Diputados, con exclusión de la de Senadores que, en este rubro, deja de ser colegisladora, porque no participa en la aprobación de una iniciativa que origine una ley en sentido formal y material. En estas condiciones, si la aprobación (decreto) del presupuesto es un acto de colaboración republicana y su ejercicio es exclusivo de la Cámara de Diputados, se trata de un acto soberano, inherente a la representación que ésta ostenta. Por tanto, contra dicho acto el juicio de amparo es improcedente, porque la acción constitucional no puede incidir en el ejercicio de esa facultad exclusiva.²⁸

Dicho criterio dificulta el control de una de las partes más relevantes en la garantía de los derechos sociales. Los derechos sociales requieren recursos públicos y estos dependen principalmente del presupuesto público. Los derechos tienen costos, en palabras de Sunstein y Holmes.²⁹ Los buenos derechos requieren de buenos presupuestos públicos.

El argumento central de la tesis transcrita radica, no en una causal de improcedencia legal, sino en la interpretación construida a partir de los conceptos de soberanía y discrecionalidad en la decisión, soslayando la instrumentalidad que el presupuesto tiene para los derechos. Si bien en el diseño y aprobación del presupuesto cabe la discrecionalidad, ésta se encuentra acotada por la propia Constitución. El Artículo 134 constitucional proporciona partes de la clave para su control constitucional.

Los recursos públicos deben “satisfacer los objetivos para los que están destinados”, establece el precepto. Lo anterior significa, como se ha dicho, que todo

²⁸ Registro digital: 2015444, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: I.8o.A.4 CS (10a.), Tomo IV, p. 2516, Tipo: Aislada, OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Queja 75/2016. Colectivo Chuhcán, A.C. y otra. 16 de junio de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretaria: Lucero Concepción Hernández Sánchez. Esta tesis se publicó el viernes 27 de octubre de 2017 a las 10:37 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

²⁹ V., Sunstein y Holmes, *El costo de los derechos*.

recurso presupuestal debe tener “objetivos”, los cuales requieren de su asociación con la programación la cual debe contener el estado de cosa —la finalidad— que se propone conseguir; tales como la disminución de la pobreza, mejoramiento de los indicadores nutricionales, mejoramiento de los niveles educativos, disminución de las adicciones. Si un gasto social carece de objetivos, su regularidad constitucional sería cuestionable. Los deberes de cuidado de los recursos públicos asociados a los principios de eficiencia y economía serían afectados. Imaginemos el siguiente caso:

En la entidad federativa “X” se aprueba un rubro de gasto en el Presupuesto de Egresos para “apoyos sociales” que debe ejercer la Legislatura local. Tal rubro de gasto no se encuentra relacionado con algún programa gubernamental que derive de la planeación. Solamente fue incorporado en la discusión del presupuesto a partir de una negociación entre los grupos parlamentarios. Su monto es superior al gasto social destinado a la población indígena, o con discapacidad y, como se indica, se ejercerá discrecionalmente por la Legislatura y no por la Administración Pública.

El ejemplo coloca varias cuestiones a examinar ¿el Legislativo es un órgano constitucionalmente adecuado para ejercer rubros de gasto social o bien corresponde a la Administración? ¿La soberanía y discrecionalidad son ámbitos de actuación pública que validan constitucionalmente la decisión legislativa? Y finalmente ¿el Presupuesto público es susceptible de control constitucional?

En el análisis y posible respuesta, a mi juicio, deben considerarse criterios de corrección funcional; esto es, si constitucionalmente corresponde a la Administración Pública el ejercicio del presupuesto destinado a gasto social. La posible respuesta se relaciona directamente con la forma en que se garantiza de mejor manera el cuidado sobre el manejo de los recursos públicos. Este cuidado tiene que ver con el mejor procedimiento para garantizar el objetivo de política pública. En la decisión debe considerarse como escenario 1: a) un proceso de presupuestación en el que hay una política pública, b) población destinataria para ser beneficiada, c) la definición de un estado de cosas que se busca lograr, d) la posibilidad de evaluar los resultados, e) reglas de operación para el ejercicio del gasto. En contraste, en el escenario 2: la decisión es improvisada y de amplia

discrecionalidad en el ejercicio del gasto a cargo del Legislativo, órgano que carece de capacidades institucionales para ejercer funciones de administración del gasto social. El principio de corrección funcional empleado por diversos tribunales constitucionales consiste en:

[...] principio de corrección funcional, [...] exige al Tribunal y al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúen las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado constitucional y democrático, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.³⁰

Los procesos de decisión entre la Administración y el Legislativo son diversos. La primera, órgano que constitucionalmente tiene en su titular el monopolio de la iniciativa presupuestaria, al que antecede un proceso de presupuestación complejo, cuenta con mayores recursos técnicos y funcionales para desempeñar funciones de política social. Dicho en palabras sencillas, se trata de una función administrativa ajena a las funciones legislativas y a su ámbito presupuestario delimitado por sus funciones constitucionales. Es obligación de los Estados, tratándose de los DESC hacer uso hasta el máximo posible de sus recursos presupuestarios. Al respecto la Corte ha resuelto:

DERECHO HUMANO A LA SALUD. EL ESTADO TIENE LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR TODAS LAS MEDIDAS NECESARIAS HASTA EL MÁXIMO DE LOS RECURSOS DE QUE DISPONGA PARA LOGRAR PROGRESIVAMENTE SU PLENA EFECTIVIDAD.

Hechos: Una persona promovió juicio de amparo indirecto en contra de la omisión de un Hospital Regional del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) de entregarle oportunamente el medicamento que requiere para el control de la enfermedad que padece el cual, por su parte, se limitó a justificar esa falta de entrega por la inexistencia física del medicamento.

³⁰ Tribunal Constitucional del Perú, Exp. 05156-2006-AA, fundamentos jurídicos 17 a 21.

Criterio jurídico: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que, en aras de garantizar el derecho humano a la salud, el Estado debe adoptar las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, su plena efectividad. En esa tesitura, tiene la carga de la prueba de demostrar que realizó el esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición para satisfacer, con carácter prioritario, sus obligaciones mínimas requeridas en materia de salud.

Justificación: Lo anterior, en virtud de la diferencia entre la “incapacidad” y la “renuencia” del Estado a cumplir con dicha garantía, en atención a que la “incapacidad” del Estado para garantizar el derecho humano a la salud parte de su obligación de adoptar las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos de que disponga, o bien, justificar que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para garantizar ese derecho; mientras que la “renuencia” del Estado se presenta cuando no está dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud, violando entonces las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De ahí que las violaciones del derecho a la salud pueden producirse por no adoptar las medidas necesarias que emanan de las obligaciones legales, como no contar con políticas o legislación que favorezca el nivel más alto de salud posible, o no hacer cumplir las leyes existentes en la materia.³¹

La no adopción de las medidas necesarias constituye el caso de incumplimiento de la debida diligencia ante necesidades previsibles, ante las cuales existe un

³¹ Registro digital: 2022889, Instancia: Primera Sala de la SCJN, Tesis: 1a. XV/2021 (10a.), Tomo II, p. 1224. Tipo: Aislada Amparo en revisión 226/2020. 11 de noviembre de 2020. Cinco votos de las Ministras Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Ana Margarita Ríos Farjat, y los Ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Juan Luis González Alcántara Carrancá. Ponente: Juan Luis González Alcántara Carrancá. Secretarios: Pablo Francisco Muñoz Díaz y Fernando Sosa Pastrana.

Amparo en revisión 227/2020. 11 de noviembre de 2020. Cinco votos de las Ministras Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Ana Margarita Ríos Farjat, y los Ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Juan Luis González Alcántara Carrancá. Ponente: Ana Margarita Ríos Farjat. Secretario: Juan Jaime González Varas.

Esta tesis se publicó el viernes 26 de marzo de 2021 a las 10:29 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*

deber jurídico de prever la adquisición de insumos necesarios requeridos por los derechohabientes.

Por otra parte, las capacidades institucionales también comprenden el capital humano de las administraciones. Hay mayor probabilidad de éxito si los funcionarios que participan en las decisiones públicas satisfacen los perfiles del cargo que aquellas instituciones que integren a su personal a partir de las relaciones de lealtad política o personal. Los anteriores componentes constituyen los elementos básicos de buenos gobiernos y buenas administraciones. En palabras de Alexy, no hay buenos derechos sin buen Estado, por lo que hay derecho a un buen Estado.³²

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado en diversas sentencias la relevancia que, para garantizar los derechos de las personas, el personal del Estado sea “idóneo y capacitado”.³³ Para ilustrar la cuestión me apoyaré en el siguiente caso:

- El ciudadano francés Paul Henri Giménez demandó al Estado mexicano (Secretaría de Gobernación y Secretaría de Comunicaciones y Transportes) por los daños causados por el impacto en tierra del avión, propiedad de la Secretaría de Gobernación, que transportaba a su titular, Juan Camilo Mouriño. El entonces Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa determinó la responsabilidad considerando, entre otras cuestiones, que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, omitió “cumplir con las atribuciones a su cargo, relativas a la supervisión de los adiestramientos y capacitación recibidos por los pilotos de la aeronave”,³⁴ pues se encontraron deficiencias e irregularidades en los expedientes de la tripulación relacionados con los entrenamientos obligatorios para la obtención de sus certificados de

³² Alexy, *op. cit.*, pp. 21-42.

³³ Corte IDH, *Fernández Ortega vs. México*, párr. 194; *Rosendo Cantú vs. México*, párr. 178.

³⁴ V., Tribunal Federal de Justicia Administrativa, Sentencia del juicio 7002/11-17-01-1/1154/13-PL-08-04, pp. 297-298. Disponible en: http://sentencias.tfja.gob.mx:8080/SICSEJLDOC/faces/content/public/consultasentencia.xhtml?jsessionid=DyfShSdhoBzXASEt9tzAK97OHBFu6G6GcFHJF3Qd3x_DCPKdh4!1270312885

capacidad para operar aviones como el tripulado. La finalidad de la supervisión a cargo de la Administración es “garantizar el transporte seguro y eficiente de personas y bienes en el espacio aéreo mexicano”, lo que en el caso no se realizó. La carencia del entrenamiento adecuado se estimó como una de las causas que contribuyeron a la desacele- ración de la aeronave al realizar la maniobra del aterrizaje y a la falta de familiaridad con los sistemas de navegación.

El caso involucra el derecho a la salud y a la reparación integral de su afectación. En el caso, los pilotos no satisfacen el perfil del cargo. Un ejercicio de abstracción lleva a plantear su posible aplicación para aquellos casos en los que los servidores públicos no satisfagan los perfiles del cargo. Los deberes de cuidado y de diligencia supone cierto grado de conocimiento de la materia en la que se actúa y de las consecuencias previsibles de la actuación. El perfil del cargo crea una presunción de conocimiento en quien lo ocupa y, consecuentemente, que el servidor público cuenta con la capacidad para conocer los posibles daños o consecuencias de su actuar. La no satisfacción del perfil del cargo aumenta el riesgo de errores y fallos en las decisiones públicas.³⁵

VI. Los deberes de cuidado y de diligencia y los DESC

¿Tratándose de DESC, los deberes de cuidado y de diligencia requieren satisfacer un estándar específico? Un caso que, para efectos de lo tratado en esta colaboración, resulta emblemático es el caso de *Talía Gonzales Lluy vs. Ecuador*. El caso resuelto por la Corte Interamericana involucra los derechos a la salud y a la educación de una menor de edad a partir de actos del Estado que afectaron su plan de vida. Atendiendo a las condiciones del caso, el estándar de diligencia debida exigido al Estado es un estándar de “obligación especial”. Dice la sentencia:

315. Tomando en consideración i) que en el presente caso la integridad de Talía estaba en juego; ii) la consecuente urgencia derivada de su condición de niña con

³⁵ Esta consideración se encuentra desarrolladas de manera más amplia en Roldán, “Responsabilidad patrimonial... cit.”

VIH, y iii) la crucial importancia en la resolución de los procesos para el acceso de Talía y su familia a una reparación por daños y perjuicios, la Corte concluye que existía una obligación especial de actuar con debida diligencia, y que esta obligación no fue cumplida por el Estado.³⁶

En el caso se analiza una situación en la que la exigencia de obligaciones especiales atiende no solamente al tipo de derechos, sino a las condiciones específicas de la población afectada.

Los tribunales nacionales han considerado de especial gravedad casos en los que se afectan los derechos de menores, incrementando el estándar de diligencia.

BULLYING ESCOLAR. CONSTITUYE DE LA MAYOR RELEVANCIA SOCIAL EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE DILIGENCIA DE LOS CENTROS ESCOLARES.

Es de la mayor importancia que las instituciones educativas y las personas que desarrollan la docencia cumplan con la debida diligencia los deberes a su cargo, en tanto a nivel convencional y legal existe la obligación de las autoridades, instituciones educativas, padres, representantes legales o cualquier otra persona que tenga a su cargo a un niño, de protegerlo contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual. De esta forma, es severamente reprochable la conducta negligente tanto del instituto como de su personal docente, pues no obstante que era su obligación generar un ambiente escolar adecuado y crear instrumentos de conducta que protejan a los estudiantes contra el abuso y el acoso por parte de otros estudiantes o del personal, fueron totalmente omisos, e inclusive permitieron dicha violencia, colocando no sólo al menor en una situación de riesgo, sino generando un ambiente inadecuado para todos los alumnos.³⁷

³⁶ V., Corte IDH, *Gonzales Llluy y otros v. Ecuador*. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf.

³⁷ Registro digital: 2010483 Instancia: Primera Sala de la SCJN, Tesis: 1a. CCCLII/2015 (10a.), Tomo I, p. 952. Tipo: Aislada Amparo directo 35/2014. 15 de mayo de 2015. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Ausente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria:

Los casos referidos tienen otro elemento en común: la omisión de los deberes de diligencia debida. En el caso de omisión, la determinación de estándares de debida diligencia es fundamental para determinar cuándo se derivan responsabilidades de un actuar que no se realizó. Se está presente ante una omisión cuando existe el incumplimiento de una obligación de hacer o una omisión del deber de vigilancia. Se distingue entonces la omisión de la simple inactividad.³⁸ El deber jurídico puede ser explícito y de cumplimiento imperativo o bien derivarse de principios y deberes tuitivos. La doctrina establece como elementos de la responsabilidad por omisión: i) la existencia de un deber de actuar, ii) la omisión del deber de actuar por el Estado, y iii) que la actividad debida sea materialmente posible.³⁹

Un ejemplo en el que los deberes tuitivos a cargo del Estado se afectan, se expresa en el siguiente precedente:

BULLYING ESCOLAR. ESTÁNDAR PARA ACREDITAR LA NEGLIGENCIA DE UN CENTRO ESCOLAR.

En casos de acoso escolar, cuando se demanden omisiones de cuidado a la escuela, el hecho ilícito o la conducta dañosa será la negligencia del centro escolar; en dicho caso deberá corroborarse: (1) la existencia del bullying; (2) la negligencia de la escuela para responder al acoso escolar; (3) el daño físico o psicológico; y (4) el nexo causal entre la negligencia y el daño. A fin de probar la negligencia, tendrá que demostrarse que la escuela omitió cumplir con la debida diligencia que le exige prestar un servicio educativo a menores de edad; esto es, con sus deberes de proteger la dignidad e integridad del menor garantizando el ejercicio efectivo de su derecho a la educación en un ambiente libre de violencia o acoso escolar.⁴⁰

Ana María Ibarra Olguín. Esta tesis se publicó el viernes 27 de noviembre de 2015 a las 11:15 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

³⁸ Ahumada Ramos, *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, p. 237.

³⁹ *Idem*, p. 238.

⁴⁰ Registro digital: 2010340 Instancia: Primera Sala de la SCJN, Tesis: 1a. CCCXXIII/2015 (10a.), Tomo I, p. 955., Tipo: Aislada Amparo directo 35/2014. 15 de mayo de 2015. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Ausente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.

La exigencia de una diligencia reforzada tratándose de derechos sociales se encuentra también presente en el derecho comparado.

El profesor Ponce Solé refiere la sentencia STC 10/2014 del Tribunal Constitucional español. El Tribunal conoce un recurso de amparo impugnando la sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla y León que estima la validez de la resolución de la autoridad administrativa que ordena que un menor se escolarice en un colegio público de educación especial. La mayoría del Tribunal estimó adecuada la resolución recurrida. Sin embargo, el profesor Ponce Solé llama la atención sobre los votos de los magistrados Ortega Álvarez y Xiol Ríos:⁴¹

Analizando la citada resolución, se puede constatar que se limita a afirmar, escuetamente, que, visto el informe psicopedagógico realizado sobre el menor, se acuerda que siga escolarizado en el centro de educación especial. En el mencionado informe psicopedagógico se ponen de manifiesto, desde un punto de vista estrictamente científico, las deficiencias que padece el menor y se recomienda la escolarización del menor en un centro de educación especial; sin embargo, nada se dice sobre el coste o la oportunidad de que la Administración lleve a cabo los ajustes necesarios para que el menor, con los apoyos oportunos, pudiera integrarse en un centro de educación ordinario, como reiteradamente han solicitado los padres desde el principio.

La opinión disidente, con la que Ponce coincide, tiene apoyo entre otros fundamentos en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la cual establece que la educación debe ser inclusiva y solamente de manera excepcional en centros de educación especial. Por tal razón, la motivación de la resolución es insuficiente, al omitir ponderar la alternativa de enviarlo a una escuela ordinaria.

VII. La discrecionalidad administrativa

La discrecionalidad administrativa ha sido conceptualizada como un marco o margen en el que la Administración tiene una serie de opciones —cualquiera de

⁴¹ Ponce Solé, *op. cit.*, p. 131.

ellas válida si no se rebasan tales márgenes—. ⁴² A partir de lo anterior, se tiene que las posibles decisiones son entre sí jurídicamente indiferentes. La consideración de los deberes de diligencia y de cuidado en la discrecionalidad conduce a internalizarlos en la decisión discrecional” esto es, la decisión debe maximizar tales deberes.

Si se toma en cuenta que el Estado tiene un deber de maximizar los resultados de efectividad de los derechos humanos, las opciones de posible actuación tienen una relación de medio/fin, de manera que debe elegirse aquella modalidad de actuación que maximice el cuidado y la diligencia para maximizar el resultado y minimizar los posibles daños y esto debe formalizarse, por ejemplo, en la motivación de los actos administrativos, o bien en los procesos públicos vinculados a DESC. ⁴³

Así, el derecho administrativo no solamente limita y racionaliza el poder; también —en palabras de Schmit-Assman— debe garantizar el adecuado cumplimiento y ejecución de los objetivos, y de facilitar la acción administrativa y su eficacia. “Ello obliga, entre otras consecuencias, no sólo a utilizar el canon de la prohibición de exceso —principio de proporcionalidad— sino también el de prohibición de defecto”, dice el profesor Schmitt-Assman. ⁴⁴

El siguiente precedente muestra cómo deben proporcionarse los medicamentos establecidos en el cuadro básico previsto normativamente, no admitiéndose el defecto en la prestación de los mismos y rechazándose por ende la justificación bajo el argumento de discrecionalidad. El criterio va más allá: implica que la institución de salud en particular, y las autoridades del Estado en general, debieron prever la disposición de recursos económicos necesarios para su adquisición. No hacerlo afecta el cuidado debido en el proceso de prestación del derecho a la salud y de seguridad social.

⁴² Esteve Pardo, *Lecciones de derecho administrativo*, p. 103.

⁴³ Ponce Solé, “Procedimiento administrativo, globalización y buena administración”, en *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control jurisdiccional*, p. 142.

⁴⁴ Schmitt-Assmann, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 26.

MEDICAMENTOS DEL CUADRO BÁSICO Y CATÁLOGO DE INSUMOS DEL SECTOR SALUD. EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL (IMSS) SOBRE CUÁLES COMPRAR, DEBE GARANTIZAR EL DERECHO A LA SALUD DE SUS DERECHOHABIENTES, MEDIANTE EL SUMINISTRO DE LOS MEDICAMENTOS RECONOCIDOS COMO INDISPENSABLES PARA EL TRATAMIENTO DE SUS ENFERMEDADES.

Hechos: El Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) negó a uno de sus derechohabientes el suministro de un medicamento, reconocido por los médicos del propio organismo como indispensable para el tratamiento de su enfermedad, porque a pesar de estar contenido en el Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud, no lo estaba en el Cuadro Básico de Medicamentos de dicha institución. Inconforme con lo anterior, el paciente acudió al juicio de amparo, en el cual, la Juez del conocimiento otorgó la protección de la Justicia Federal para el efecto de que se le proporcionara. Inconforme con lo resuelto, la autoridad responsable interpuso el recurso de revisión, en el cual, entre otras cuestiones, argumentó que la adquisición del medicamento solicitado tendría un impacto económico elevado, en perjuicio de sus demás obligaciones, e invocó como fundamento de su decisión el artículo 50 del Reglamento Interior de la Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud, que le confiere la facultad de decidir qué medicamentos comprar, en función de lo que dispongan sus políticas institucionales, el impacto y disponibilidad financieros correspondientes.⁴⁵

Criterio Jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito establece que el ejercicio de la facultad discrecional del IMSS para decidir qué medicamentos del Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud comprar; esto en función de lo que dispongan sus políticas institucionales y el impacto y disponibilidad financieros correspondientes. No debe tener como resultado una deficiente e insuficiente atención médica a sus derechohabientes sino, por el contrario, debe responder a la

⁴⁵ SCJN, Registro digital: 2022301, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: I.4o.A.200 A (10a.), Tomo III, p. 1838. Tipo: Aislada CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 84/2020. Subdirectora Médica del Hospital General de Zona No. 48, dependiente de la Delegación Norte del Distrito Federal del Instituto Mexicano del Seguro Social. 22 de septiembre de 2020. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretarios: Aideé Pineda Núñez y Rogelio Pérez Ballesteros. Esta tesis se publicó el viernes 23 de octubre de 2020 a las 10:33 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

consecución de sus finalidades, tal como garantizar el derecho a la salud de éstos, —lo que incluye el suministro de los medicamentos considerados por los médicos del instituto como indispensables para el tratamiento de sus enfermedades—.

Justificación: La discrecionalidad administrativa consiste en que el legislador confiere a determinadas autoridades, mediante una norma habilitante, la consecución de ciertos fines o consecuencias. Esto, sin describir y menos detallar los medios para conseguirlo, implicando que el órgano facultado disponga de libertad creativa para elegir o diseñar los medios que se estimen más adecuados —mérito y oportunidad—. Tal función debe ejercerse con eficacia, razonabilidad y acorde con el fin previsto en la norma habilitante o valores y principios de los derechos fundamentales, que gobiernan la creación y operación del orden jurídico en su conjunto. El resultado debe ser orientar los recursos disponibles con la máxima eficiencia para el cumplimiento de la máxima expansividad y eficacia de los derechos fundamentales. De ahí que las deficiencias o impertinencias en políticas públicas, como es la regulación o limitación a los medicamentos que no se encuentren en el cuadro básico, no pueden ser razones válidas para restringir o anular discrecionalmente el núcleo mínimo de los derechos fundamentales, como lo son la vida y la salud, que los Jueces se encuentran obligados a proteger, en acatamiento al artículo 1.º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Lo señalado por Schmitt-Assman y lo referido en el precedente citado, conducen a subrayar la pertinencia de apreciar en las técnicas y estándares de revisión judicial —por ejemplo, el *test* de proporcionalidad o de razonabilidad— no solamente los problemas de exceso sino también de defecto en la actuación administrativa.

VIII. Garantía jurisdiccional de los DESC y política pública

La relación entre justicia y política pública es compleja.⁴⁶ Si se retoma lo anticipado en el apartado V de esta colaboración, la política pública propiamente dicha se identifica como una metodología para enfrentar problemas públicos cuyos

⁴⁶ V, para el caso colombiano, Gómez Pinto, *El juez de las políticas públicas*.

principales rasgos se dejaron anotados. En consecuencia, no toda actuación pública legislativa o administrativa es una política pública.

Una primera cuestión se presenta cuando la política pública es el objeto de control de manera mediata o inmediata. La relación de mediatez se da cuando lo que se reclama es una norma general o una actuación administrativa que es la expresión formal de una política pública; la de inmediatez se da cuando es directamente la aplicación de la política pública la que se ubica en la relación causal en la afectación de los derechos. Tal distinción también supone la posibilidad de diferenciar el objeto de reclamación. Una segunda cuestión se refiere al alcance del control jurisdiccional sobre la política pública y, las capacidades o limitaciones que los órganos jurisdiccionales tienen en la definición de la política pública.

La primera cuestión puede ser ilustrada con los siguientes precedentes: el razonamiento relativo a la política pública deriva de una acción de inconstitucionalidad, por lo que opera sobre una cuestión abstracta formulada mediante una interpretación conforme. La interpretación constitucional determina el sentido de la acción pública y las conductas de quienes ejercen la tutela ante personas que se encuentran en situación de espectro autista. Los deberes de cuidado indicados tienen que “coadyuvar” a que las personas se puedan valer por sí mismas. Deben respetar la capacidad de agencia de manera que la tutela no puede llegar a sustituir las decisiones de las personas en dicha situación.

ESPECTRO AUTISTA. LOS ARTÍCULOS 6, FRACCIÓN VII Y 10, FRACCIÓN XIX, DE LA LEY GENERAL PARA LA ATENCIÓN Y PROTECCIÓN DE PERSONAS CON ESA CONDICIÓN RECONOCEN UN MODELO DE ASISTENCIA EN LA TOMA DE DECISIONES.

El hecho de que los citados preceptos legales prevean que las personas con la condición del espectro autista cuentan con la libertad de tomar decisiones por sí o “a través de sus familiares en orden ascendente o tutores”, de manera alguna puede ser interpretado en el sentido de que las personas que, conforme al sistema jurídico ejercen la tutela sobre la persona con la condición del espectro autista, puedan sustituir sus decisiones, sino que ésta goza de su derecho inescindible de manifestar su voluntad, la cual deberá respetarse y acatarse, a pesar de que no se

estime “adecuada” acorde a los estándares sociales. Es decir, la persona con la condición de espectro autista puede ser ayudada para adoptar decisiones, pero es ésta quien en última instancia las toma; máxime que la interpretación de las disposiciones legales referidas no puede desvincularse de las finalidades y principios que persigue la ley en comento, a saber, “impulsar la plena integración e inclusión a la sociedad de las personas con la condición del espectro autista, mediante la protección de sus derechos y necesidades fundamentales”, por lo que cualquier política pública en materia del espectro autista, debe dirigirse a “coadyuvar a que las personas con la condición del espectro autista se puedan valer por sí mismas”. En ese contexto, se colige que el tipo modelo que pretendió adoptar el legislador al emitir la referida ley es, precisamente, el atinente al de asistencia en la toma de decisiones, como salvaguarda de la voluntad y libertad de las personas con la condición del espectro autista, sin restringir sus facultades de adoptar decisiones legales por sí mismas, pero reconociendo que en determinados casos, se les puede asistir para adoptar sus propias decisiones legales dotándoles para ello de los apoyos y las salvaguardias necesarios, para que de esta manera se respeten sus derechos, voluntad y preferencias.⁴⁷

La mención a la política pública deriva de la inferencia que realiza la Corte del texto de la ley, explicitando una regla de trato observable por quienes siendo sujetos públicos o privados ejercen tutela y el ámbito de decisión de personas en situación de autismo. La aproximación a la política pública resulta mediata. El siguiente precedente, a diferencia del razonamiento anterior, plantea la hipótesis

⁴⁷ Pleno de la SCJN, *Registro digital*: 2012309, *Décima Época*, *Materias(s)*: Constitucional, Tesis: P. XIII/2016 (10a.), Tomo I, p. 561. Tipo: Aislada Acción de inconstitucionalidad 33/2015. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 18 de febrero de 2016. Mayoría de siete votos de los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Norma Lucía Piña Hernández, Javier Laynez Potisek, Alberto Pérez Dayán y Luis María Aguilar Morales; votaron en contra: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Eduardo Medina Mora I. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Georgina Laso de la Vega Romero. Nota: Esta tesis aislada se refiere a las razones contenidas en la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad 33/2015, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* del viernes 1 de julio de 2016 a las 10:05 horas y en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, *Décima Época*, Libro 32, Tomo I, julio de 2016, página 49. El Tribunal Pleno, el veintitrés de junio en curso, aprobó, con el número XIII/2016 (10a.), la tesis aislada que antecede. Ciudad de México a veintitrés de junio de dos mil dieciséis. Esta tesis se publicó el viernes 19 de agosto de 2016 a las 10:27 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

de que sea la aplicación de la política pública la que cause, de hecho, afectaciones a los derechos.

DISCRIMINACIÓN INDIRECTA O NO EXPLÍCITA. SU DETERMINACIÓN REQUIERE EL ANÁLISIS DE FACTORES CONTEXTUALES Y ESTRUCTURALES.

El parámetro de regularidad constitucional del derecho a la igualdad y a la no discriminación reconoce que esta última ocurre no sólo cuando las normas, las políticas, las prácticas y los programas invocan explícitamente un factor prohibido de discriminación —categoría sospechosa—, sino también cuando éstas son aparentemente neutras, pero el resultado de su contenido o aplicación genera un impacto desproporcionado en personas o grupos en situación de desventaja histórica, sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable. Ahora bien, para poder establecer que una norma o política pública que no contempla una distinción, restricción o exclusión explícita sí genera un efecto discriminatorio en una persona, por el lugar que ocupa en el orden social o al pertenecer a determinado grupo social —con el consecuente menoscabo o anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos o libertades fundamentales—, es necesario introducir factores contextuales o estructurales en el análisis de la discriminación, ubicándose entre estos factores las relaciones de subordinación en torno al género, la identidad sexo-genérica, la orientación sexual, la clase o la pertenencia étnica; las prácticas sociales y culturales que asignan distinto valor a ciertas actividades en tanto son realizadas por grupos históricamente desaventajados, y las condiciones socioeconómicas. Estos factores pueden condicionar que una ley o política pública —aunque se encuentre expresada en términos neutrales y sin incluir una distinción o restricción explícita basada en el sexo, el género, la orientación sexual, la raza, la pertenencia étnica, entre otros —finalmente provoque una diferencia de trato irrazonable, injusta o injustificable de acuerdo con la situación que ocupen las personas dentro de la estructura social.⁴⁸

⁴⁸ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro digital: 2017989, Tesis: 1a. CXXI/2018 (10a.), Amparo directo en revisión 2730/2015. Rebeca Rocha Aranda, su sucesión. 23 de noviembre de 2016. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: M.G. Adriana Ortega Ortiz. Esta tesis se publicó el viernes 28 de septiembre de 2018 a las 10:37 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 58, Septiembre de 2018, Tomo I, página 841.

El precedente tiene como mérito apreciar una posible situación de hecho y hacerlo a partir de factores contextuales y estructurales.

En los casos señalados, los tribunales interpretan o valoran la política pública a partir de su efecto sobre los derechos —salud, discriminación, autonomía personal—, sin sustituir a la Administración o a la legislatura en la definición de políticas públicas. Que, en su función jurisdiccional, los tribunales realicen política pública o valoren la política pública a partir de la que estimen como apropiada, los ubica en una posición para la cual se requiere examinar diversas cuestiones.

Me limitaré a enunciar algunos problemas y limitaciones que tiene el juez para el diseño de políticas públicas. En primer término, la atribución constitucional de las funciones correspondientes a la justicia y diferenciadas de las legislativas y administrativas: definir políticas públicas no es en principio función jurisdiccional. En segundo término, las limitaciones que los procedimientos jurisdiccionales y las capacidades institucionales de los tribunales plantean para comprender la metodología de las políticas públicas. Los procedimientos jurisdiccionales usualmente tratan problemas individualizados y no problemas públicos; se circunscriben a la pretensión procesal, a la litis planteada, a los agravios de las partes, a la información que se les provee en la fase probatoria, a la decisión del conflicto bajo reglas de derecho. La política pública, en cambio, atiende a un escenario de información abierta, a la participación de diversos expertos, a la consideración de la escasez de recursos, a decisiones estratégicas a la evaluación de resultados. Es en estos límites en los que se ubica la deferencia de los tribunales frente a la Administración. En todo caso, cabe recalcar que corresponde a los jueces controlar que las políticas públicas —en abstracto o en su aplicación concreta— se adecuen a los parámetros impuestos por la Constitución, por los tratados de derechos humanos y por la legislación y la normativa derivada que da contenido a esos derechos. A mayor incumplimiento de estos parámetros, menor deferencia con la Administración.⁴⁹

⁴⁹ V. Abramovich, Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*.

IX. Conclusiones

El propósito de este capítulo es el de resaltar la relevancia de los deberes de cuidado y de diligencia en la garantía de los DESC. El enfoque desde la perspectiva del control judicial requiere apreciar a la función administrativa y a las administraciones públicas y su función de garante primario de los DESC desde una perspectiva más amplia. La efectividad de los DESC lleva a considerar a los procesos y a las instituciones administrativas como generadores e implementadores de políticas públicas. Desde esta perspectiva, los deberes de cuidado y de diligencia son parte de los problemas que explican las insuficiencias institucionales. Así, la deficiencia en el servicio público y la negligencia son parte de las cinco principales causas de denuncia y de responsabilidades administrativas —junto con la contratación pública, el daño a la hacienda, y la omisión de integrar información en los poderes ejecutivos estatales—. ⁵⁰ Así como se presenta como problema, también forma parte de las soluciones. Para tal propósito se requiere que sea considerada como elemento central de los procesos decisorios en la administración, sea en sus funciones o bien como una cuestión orgánica. En tal entendimiento, se requiere conceptualizar a los deberes de cuidado y de diligencia a partir de la racionalidad de la función pública y de los fines constitucionales de la administración. Como deber público, se reconduce a las relaciones jurídicas de imputación tanto a los entes público como a quienes ejercen cargos públicos. En este trabajo se proponen elementos que apuntan a una conceptualización y de aplicación cuya reflexión debe ser profundizada y que tiene el propósito de presentar algunos elementos útiles para la decisión judicial.

Bibliografía

Libros

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

⁵⁰ Ángeles, Luis Darío, *La impunidad administrativa en México*, p. 36. Disponible en: <https://www.impunidadcero.org/uploads/app/articulo/154/contenido/1627486139N92.pdf>

- Aguilar, Luis F., *Política Pública*, BBAPDF-Siglo XXI, México, 2010.
- Ahumada Ramos, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: elementos estructurales: lesión de derechos y nexos causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- Bardach, Eugene, *Los ocho pasos para el análisis de las políticas públicas*, CIDE-Miguel Ángel, Porrúa, México, 2004.
- Courtis, Christian, “Prólogo” en Morales Sánchez, Julieta, *Políticas Públicas y Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2021.
- Esteve Pardo, José, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- Esteve Pardo, José, *Lecciones de derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Gómez Pinto, Luis Ricardo, *El juez de las políticas públicas*, Universidad Javeriana-Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012.
- Keren Paz, Tsachi, *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- Ponce Solé, Juli, *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2019.
- , Juli, “Procedimiento administrativo, globalización y buena administración” en Ponce Solé, Juli (coord.), *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control jurisdiccional*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

Schmitt-Assmann, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, INAP-Marcial Pons, Madrid, 2003.

Sunstein, Cass y Holmes, Stephen, *El costo de los derechos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

Weber, Max, *La política como vocación*, versión e-book, 2017.

Revistas

Alexy, Robert, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 8, año V, 2000.

Garzón Valdés, Ernesto, “El enunciado de responsabilidad”. *Doxa*, núm. 19, Alicante, 1996.

Larrañaga, Pablo, “Responsabilidad de rol y directrices”. *Doxa*, núm. 24, Alicante, 2001.

Lifante Vidal, Isabel, “Responsabilidad en el desempeño de funciones públicas”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2017.

Roldán, José, “Responsabilidad patrimonial del Estado y el régimen de responsabilidades administrativas, en perspectiva de justicia correctiva”. *Jurídica*, núm. 7, 2019. Disponible en: http://revistas.iberomexico.mx/juridica/articulo_detalle.php?id_volumen=9&id_articulo=174.

Jurisprudencia y normas

Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 64/292, 28 de julio de 2010. Disponible en: https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml

“BULLYING ESCOLAR. CONSTITUYE DE LA MAYOR RELEVANCIA SOCIAL EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE DILIGENCIA DE LOS CENTROS ESCOLARES.”, Tesis: 1a. CCCLII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo I, página 952, registro digital: 2010483.

“BULLYING ESCOLAR. ESTÁNDAR PARA ACREDITAR LA NEGLIGENCIA DE UN CENTRO ESCOLAR.”, Tesis: 1a. CCCXXIII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo I, página 955, registro digital: 2010340.

“BULLYING ESCOLAR. EXISTE UN DEBER DE DEBIDA DILIGENCIA DEL ESTADO PARA PROTEGER Y GARANTIZAR LOS DERECHOS DE LOS MENORES DE ACUERDO CON EL PRINCIPIO DE SU INTERÉS SUPERIOR.”, Tesis: 1a. CCC/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, página 1639, registro digital: 2010140.

Corte IDH, *Fernández Ortega vs. México*, sentencia de 15 de mayo de 2011.

Corte IDH, *Gonzales Llluy y otros vs. Ecuador*, sentencia de 1 de septiembre de 2015.

Corte IDH, *Rosendo Cantú vs. México*, sentencia de 31 de agosto de 2010.

“DERECHO HUMANO A LA SALUD. EL ESTADO TIENE LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR TODAS LAS MEDIDAS NECESARIAS HASTA EL MÁXIMO DE LOS RECURSOS DE QUE DISPONGA PARA LOGRAR PROGRESIVAMENTE SU PLENA EFECTIVIDAD.”, Tesis: 1a. XV/2021 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 84, Marzo de 2021, Tomo II, página 1224, registro digital: 2022889.

“DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. DEBER DE ALCANZAR SU PLENA PROTECCIÓN PROGRESIVAMENTE.”, Tesis: 1a. CXXV/2017

(10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 46, Septiembre de 2017, Tomo I, página 217, registro digital: 2015129.

“DISCRIMINACIÓN INDIRECTA O NO EXPLÍCITA. SU DETERMINACIÓN REQUIERE EL ANÁLISIS DE FACTORES CONTEXTUALES Y ESTRUCTURALES.”, Tesis: 1a. CXXI/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 58, Septiembre de 2018, Tomo I, página 841, registro digital: 2017989.

“ESPECTRO AUTISTA. LOS ARTÍCULOS 6, FRACCIÓN VII Y 10, FRACCIÓN XIX, DE LA LEY GENERAL PARA LA ATENCIÓN Y PROTECCIÓN DE PERSONAS CON ESA CONDICIÓN RECONOCEN UN MODELO DE ASISTENCIA EN LA TOMA DE DECISIONES.”, Tesis: P. XIII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, Agosto de 2016, Tomo I, página 561, registro digital: 2012309.

“MEDICAMENTOS DEL CUADRO BÁSICO Y CATÁLOGO DE INSUMOS DEL SECTOR SALUD. EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL (IMSS) SOBRE CUÁLES COMPRAR, DEBE GARANTIZAR EL DERECHO A LA SALUD DE SUS DERECHOHABIENTES, MEDIANTE EL SUMINISTRO DE LOS MEDICAMENTOS RECONOCIDOS COMO INDISPENSABLES PARA EL TRATAMIENTO DE SUS ENFERMEDADES.”, Tesis: I.4o.A.200 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 79, Octubre de 2020, Tomo III, página 1838, registro digital: 2022301.

Organización de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1966.

“PRESUPUESTO DE EGRESOS DE LA FEDERACIÓN. CONTRA SU APROBACIÓN (DECRETO) POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS, ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO.”, Tesis: I.8o.A.4 CS (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 47, Octubre de 2017, Tomo IV, página 2516, registro digital: 2015444.

“PRINCIPIO DE PONDERACIÓN. CONTENIDO Y ALCANCES EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.”, Tesis: I.4o.A.4 CS (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 78, Septiembre de 2020, Tomo II, página 967, registro digital: 2022079.

Sala Sexta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Asunto C-691/15 P*, Apartado 35, 22 de noviembre de 2017. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=CF84D7EC2A190790F9FFF6B1A389C2B9?text=&docid=197001&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3894610>

“SALUD. DERECHO AL NIVEL MÁS ALTO POSIBLE. ÉSTE PUEDE COMPRENDER OBLIGACIONES INMEDIATAS, COMO DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO.” Tesis: 2a. CVIII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I, página 1192, registro digital: 2007938.

Semanario Judicial de la Federación, Consultado el 20 de mayo de 2021. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis>

Tribunal Constitucional del Perú, Exp. 05156-2006-AA, fundamentos jurídicos 17 a 21.

Tribunal Federal de Justicia Administrativa, *Sentencia del juicio 7002/11-17-01-1/1154/13-PL-08-04*, pp. 297-298. Disponible en: http://sentencias.tjffa.gob.mx:8080/SICSEJLDOC/faces/content/public/consultasentencia.xhtml?jsessionid=DyfShSdhoBzXASEt9tzAK97OHBFu6G6GcFHJF3Qd3x_DCPKdh4!1270312885

Otros

Ángeles, Luis Darío, *La impunidad administrativa en México*, 2021. Disponible en: <https://www.impunidadcero.org/uploads/app/articulo/154/contenido/1627486139N92.pdf>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General* Núm. 3, párr. 9. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fGEC%2f4758&Lang=en

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, Informes de Evaluación de la Política Social. Disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Evaluacion/IEPSM/Paginas/default.aspx>

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed. Disponible en <https://dle.rae.es>

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Página oficial. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/>

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre el desarrollo humano 2019*. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_es.pdf

La deseable sinergia entre las
comisiones de Derechos Humanos
y el Poder Judicial en México
en la protección de los DESCAs.
Propuestas de renovación
para una relación inexistente

Julieta Morales Sánchez*

* Profesora de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigadora Nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT). Maestra y Doctora en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM y Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Chiapas.

La deseable sinergia entre las comisiones de Derechos Humanos y el Poder Judicial en México en la protección de los DESCAs. Propuestas de renovación para una relación inexistente. I. Nota de advertencia; II. La actividad de las Comisiones de Derechos Humanos en materia de DESCAs; III. Razones jurídicas para la construcción de una relación entre los sistemas jurisdiccional y no jurisdiccional de derechos humanos; IV. Casos paradigmáticos y buenas prácticas en materia de DESCAs: propuestas para la innovación; V. Guía práctica para la incorporación y valoración del expediente no jurisdiccional en sede judicial; VI. A manera de conclusiones.

I. Nota de advertencia

Las Comisiones, Defensorías o Procuradurías de Derechos Humanos son instancias cuya actividad compromete una parte significativa del presupuesto público. A lo largo del tiempo, éstas han fortalecido sus actividades; la lucha por su autonomía ha sido permanente. No obstante, y a pesar de los múltiples recursos de toda índole que se invierten, su trabajo tiene prácticamente nula incidencia en el ámbito judicial. Las instituciones nacionales de derechos humanos¹ y el Poder Judicial han transitado en dos vías que corren paralelas, alguna con más retraso que la otra, pero que no encuentran puntos de interacción en pro de la protección de los derechos humanos.

En el presente trabajo se propondrán herramientas para que quienes laboran en el Poder Judicial empleen los productos de la actividad no jurisdiccional a fin de garantizar derechos económicos, sociales, culturales y ambientales —DESCA— entre ellas, por ejemplo, recomendaciones de casos concretos o generales, estudios e informes temáticos y de situación, que pueden ser fuente para la actividad

¹ Si bien el término Instituciones Nacionales de Derechos Humanos es adecuado y es el más usado particularmente en el ámbito internacional, en el presente trabajo se empleará el de Comisiones de Derechos Humanos para referirse a las mismas.

jurisdiccional. El Poder Judicial puede y debe utilizar con mayor frecuencia e intensidad el trabajo de las Comisiones de Derechos Humanos para la identificación de actos y omisiones violatorias de la Administración, así como para acreditar su negligencia o aquiescencia, pero también para visibilizar situaciones estructurales de exclusión y discriminación.

Por supuesto que abordar este tema tiene un reto enorme: remover muchos tabúes y dogmas que han perdurado por décadas o centurias en México. En razón de lo anterior se invita al lector a entrar a la lectura de este trabajo con apertura, ánimo innovador y de deconstrucción para entender la realidad nacional en el primer cuarto del siglo XXI.

Es fundamental reconocer el alto valor probatorio del expediente no jurisdiccional, así como de sus informes, estudios y recomendaciones generales. Se ha cuestionado que el expediente de las Comisiones de Derechos Humanos —en adelante CDH— sea considerado como prueba en sede judicial, particularmente en materia penal. Entre los argumentos en contra se encuentran: i) que el estándar probatorio no es el mismo en delitos que en violaciones a derechos humanos —aunque en algunas ocasiones ambos pueden coincidir— en uno se busca establecer una responsabilidad individual o grupal específica y en el otro la responsabilidad es institucional; ii) que la naturaleza de las CDH genera procedimientos más flexibles por lo que el resultado de las investigaciones no es totalmente “confiable”.

Sin desconocer estos y otros argumentos, es preciso señalar que, del contenido de las recomendaciones, por ejemplo, los jueces pueden desprender elementos para la interdependencia o indivisibilidad de los derechos humanos, así como para el uso del Derecho Internacional. Hoy el Poder Judicial está exigiendo a los justiciables una serie de requisitos para ejercer el control de convencionalidad y el principio *pro persona*, como se verá más adelante, los cuales pueden obtenerse muy fácilmente de las recomendaciones emitidas por las CDH. En éstas los elementos solicitados ya fueron procesados y no se tiene que complejizar el acceso a la justicia para las personas.

Por lo anterior, en el presente trabajo se establecerán una serie de propuestas para vincular los ámbitos jurisdiccional y no jurisdiccional de protección de derechos humanos. En suma, se abordará cómo podría la labor de las CDH —nacional y estatales— ser útil para la protección judicial, particularmente de los DESCAs; por ejemplo, en casos/recomendaciones concretas y en estudios temáticos o informes de situación. Se buscará darles pistas a los jueces mexicanos para adjudicar derechos sociales.

El gran cuestionamiento del que se parte es: ¿cómo podría el Poder Judicial aprovechar el trabajo de las CDH en el campo judicial? Y la respuesta que se planteará versa sobre el entendimiento de los productos de la actividad no jurisdiccional como criterio probatorio del contexto o como evidencia del previo conocimiento de la Administración de una alegada violación; o como indicio de la falta de voluntad de la Administración para solucionar y ofrecer reparación en casos de alegada violación —es decir, violaciones a derechos humanos no sólo por acción sino también por omisión, negligencia, falta o insuficiencia de servicio, aquiescencia o falta de fiscalización de servicios brindados por entidades privadas—.

Por lo que la premisa de este trabajo es que existe la obligación de explotar en mayor medida —o al menos, en alguna medida— el valor probatorio del expediente no jurisdiccional o las actuaciones de las CDH en la sede judicial; en virtud de que son órganos de creación constitucional y comparten un mismo mandato: la defensa del orden constitucional-convencional y de la dignidad humana.

La lectura del siguiente trabajo tiene como fin cuestionar —y si se es más ambicioso, quizás derruir— algunos paradigmas decimonónicos aún imperantes dentro del Poder Judicial.

II. La actividad de las Comisiones de Derechos Humanos en materia de DESCAs

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos —en adelante, CNDH— ha reconocido en relación a los DESCAs que parte de su actividad ha permitido

“visibilizar su complejidad en relación con otros derechos, además de contribuir al desarrollo de estándares —así como a— la promoción de políticas públicas desde una perspectiva progresiva y progresista”.²

En esta materia la CNDH realiza actividades de promoción, difusión, protección y defensa. En cuanto a la defensa, la CNDH ha emitido una serie de recomendaciones sobre diversos temas tales como: a) régimen de descargas —Recomendaciones 10/2017, 56/2019 y la 3/2020—; b) concesiones —Recomendaciones 11/2018, 31/2019 y 1/2020, en las que se analizaron problemáticas relacionadas con la accesibilidad y disponibilidad, conflictos en la gestión y administración del agua y fenómenos de acaparamiento y exclusión—; c) medio ambiente, vivienda y servicios ambientales —Recomendación General 26 sobre áreas naturales protegidas y Recomendaciones 62/2018, 12/2019, 91/2019—; y, d) protección, conservación y recuperación de especies, como de la vaquita marina y la totoaba —Recomendación 93/2019—.³

Además, durante los años 2017 a 2020 se emitieron diversas recomendaciones vinculadas con DESCA que se podrían agrupar, a fin de mostrar patrones de reiteración, en los siguientes grupos:

- Vinculadas con derecho al agua, contaminación de ríos con aguas residuales y proyectos industriales: Recomendaciones 10/2017, 1/2020, 3/2020, 57/2020 y 72/2020.
- Vinculadas a derecho a la vivienda, familias damnificadas por huracanes o tormentas, servicio de luz eléctrica y fallecimiento por electrocución: Recomendaciones 68/2018, 76/2018, 9/2020, 55/2020, 56/2020 y 89/2020.
- En materia laboral y ejecución de laudos: Recomendación General 41/2019 sobre incumplimiento de Laudos Firmes y Recomendaciones 64/2020, 65/2020, 67/2020, 71/2020 y 79/2020.

² CNDH, Actividades de promoción de los DESCA, Disponible en: <http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=60072#lda61037>

³ *Ibidem*; V, *Idem*, Recomendación 91/2019. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/comunicado/3584/comunicado-4522019>; *Idem*, Recomendación 93/2019. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/comunicado/3492/comunicado-4122019>

La CNDH se ha pronunciado sobre una diversidad de temas vinculados a los DESCAs, los cuales son muestra de la interdependencia e indivisibilidad que existe entre todos los derechos humanos. Aunado a las anteriores y a manera de ejemplo pueden verse:

- Recomendación 12/2019 sobre el Parque Nacional Cañón del Sumidero en Chiapa de Corzo, Estado de Chiapas, *supra* mencionada.
- Recomendación 62/2018 por la explotación de carbón mineral en el Municipio de Sabinas, Estado de Coahuila de Zaragoza, *supra* mencionada.
- Recomendación 3/2018 sobre el derecho a la consulta indígena en el Proyecto Integral Morelos.
- Recomendación 67/2017 sobre la remoción de manglar para la realización del desarrollo “Malecón Cancún” (Proyecto Tajamar) en Quintana Roo.
- Recomendación 60/2017 sobre personas jornaleras agrícolas en el Estado de Coahuila de Zaragoza.
- Recomendación 2/2017 sobre personas jornaleras agrícolas del Valle de San Quintín, Ensenada, Baja California.

Entre otras de las Recomendaciones Generales emitidas en materia de DESCAs se encuentran:⁴

- Recomendación General 36/2019 sobre la situación de la población jornalera agrícola en México.
- Recomendación General 34/2018 sobre el efecto del monto del salario mínimo en la dignidad de las trabajadoras, los trabajadores y sus familias, y su relación con el pleno goce y ejercicio de sus derechos humanos.
- Recomendación General 32/2018 sobre la contaminación atmosférica urbana.
- Recomendación General 26/2016 sobre áreas naturales protegidas, *supra* mencionada.

⁴ Las cuales pueden verse en: *Idem*, *Recomendaciones presentadas por la CNDH*. Disponible en: https://desca.cndh.org.mx/inicio/recomendaciones_CNDH

Y también hay informes especiales y estudios sobre temas como: pobreza; protección de ríos, lagos y acuíferos; nuevo modelo laboral; ciudades sostenibles; biodiversidad; protección de la salud; y, salario mínimo.⁵

Como puede verse la actividad de la CNDH vinculada a los DESCA se ha ido fortaleciendo y ampliando a una multiplicidad de temas. La CNDH creó la Sexta Visitaduría General para atender a los DESCA en 2012,⁶ por lo que el abordaje de problemáticas vinculadas a los DESCA también ha sido progresivo. Asimismo, hasta la reforma de derechos humanos del 10 de junio de 2011, las CDH tenían 3 materias fuera de su conocimiento: asuntos jurisdiccionales, electorales y laborales. Justamente la reforma 2011 les dio competencia en materia laboral⁷ en todo lo que no implique el ámbito jurisdiccional, —esta limitación aún sigue existiendo—. Por lo tanto, las CDH entraron tardíamente al tema laboral.

III. Razones jurídicas para la construcción de una relación entre los sistemas jurisdiccional y no jurisdiccional de derechos humanos

Se puede pensar en una serie de motivos por los cuales, al momento de conocer un caso, jueces, magistrados y ministros deben considerar las actuaciones, pruebas y conclusiones a las que arriban las CDH. A esto se abocará el presente apartado. Ciertamente, existen diferencias entre en ámbito judicial y el de las CDH: amén de la mayor variedad y de objeto de las acciones judiciales —civiles, penales, administrativas, constitucionales, laborales—, frente al carácter más restringido

⁵ Cf., *Idem*, *Pronunciamientos, estudios e informes especiales*. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/pronunciamientos-estudios-informes-especiales?field_fecha_creacion_value%5Bmin%5D=&field_fecha_creacion_value%5Bmax%5D=&keys=&items_per_page=10&page=5

⁶ Cf., Linares Martínez, *La Sexta Visitaduría General de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y los DESCA*. Disponible en: https://repositorio.lasalle.mx/bitstream/handle/lasalle/607/Núm.23_P.193-199.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁷ Cf., Kurczyn Villalobos, “La reforma constitucional en materia de derechos humanos laborales”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, pp. 207-214. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rlds/n14/1870-4670-rlds-14-207.pdf>

de la actuación de las CDH, las decisiones judiciales tienen autoridad de cosa juzgada y son de carácter vinculante, mientras que las recomendaciones de las CDH no tienen tal carácter.

No obstante, es fundamental que se construya una relación de doble vía entre ambos sistemas nacionales. Específicamente desde el ámbito judicial se debe generar apertura al ámbito no judicial; una relación basada en el pleno respeto de las competencias, independencias y autonomías.

Dicha relación puede y debe producirse por los motivos que a continuación se expondrán:

- Ambos sistemas comparten finalidad y objetivos, como la obtención de justicia y el combate a la impunidad.
- En general, las reformas de derechos humanos de 2011 acercaron a ambos sistemas: con el principio *pro persona*, con la interpretación conforme y con las obligaciones previstas en el párrafo tercero del artículo 1º constitucional⁸ que corresponden a todas las autoridades, incluidas las de ambos sistemas.⁹
- Las CDH comprometen una parte significativa del presupuesto público, y cuenta con peritos expertos, con personal e infraestructura física y tecnológica que le permiten realizar investigaciones profundas y especializadas de los casos a fin de detectar las acciones y omisiones que pueden contrariar no solo los derechos sino las normas y dar indicios de responsabilidades, no solo institucionales sino también específicas o individuales.

⁸ Obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Así como los deberes de prevenir, investigar, sancionar y reparar violaciones a derechos humanos.

⁹ Para profundizar en dicha reforma y sus implicaciones, Cf., García Ramírez, y Morales Sánchez, *Constitución y derechos humanos. La reforma constitucional sobre derechos humanos*.

- Desde sus inicios, las CDH han sido más abiertas al Derecho Internacional y tienen más experiencia en el uso de las herramientas citadas, desde antes de las reformas de 2011; mientras que el Poder Judicial ha sido por mucho tiempo más conservador y reservado frente al uso de tratados y jurisprudencia internacional. Por ello, a los Poderes Judiciales federal y locales, a pesar de sus relevantes esfuerzos de capacitación y aunque la reforma 2011 tiene ya una década de vigencia les ha costado trabajo hacer operativos el principio *pro persona* y el control de convencionalidad; además del contenido del párrafo tercero del 1º constitucional. Incluso encontramos criterios que han pretendido exigir al justiciable lo que es obligación de los jueces hacer, como se dijo *supra*.

Por ejemplo, el Poder Judicial Federal emitió jurisprudencia por la que exige que para que se aplique el principio *pro persona* se requiere el cumplimiento de una *carga básica*, a cargo de justiciable.

[El] test de argumentación mínima exigido para la eficacia de los conceptos de violación o agravios es el siguiente: a) Pedir la aplicación del principio relativo o impugnar su falta por la autoridad responsable; b) señalar cuál es el derecho humano o fundamental cuya maximización se pretende; c) indicar la norma cuya aplicación debe preferirse o la interpretación que resulta más favorable hacia el derecho fundamental; y d) precisar los motivos para preferirlos en lugar de otras normas o interpretaciones posibles. Los anteriores requisitos son necesariamente concurrentes para integrar el concepto de violación o agravio que, en cada caso, debe ser resuelto.¹⁰

En el mismo sentido, los requisitos para la realización del control de convencionalidad se han complejizado, descargando nuevamente a los jueces de su obligación

¹⁰ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Principio *pro persona* como criterio de interpretación de derechos humanos. Test de argumentación mínima exigida por el juez o tribunal de amparo para la eficacia de los conceptos de violación o agravios, Tesis: XVII.1o. P.A.J/9, l. 23, t. IV, p. 3723.

de “conocer el derecho”, impartir justicia y ejercer dicho control, para trasladar a los ciudadanos la carga del análisis.¹¹

Claramente esto es un exceso para la población, particularmente en México, con los niveles de pobreza y exclusión que ya de por sí obstaculizan el acceso a la justicia. Los requisitos que se están exigiendo al ciudadano común pueden extraerse del informe, estudio o de la recomendación de la CNDH. Por lo que sólo bastaría que el juez tenga a la vista dicho instrumento o documentos para satisfacer dichos requisitos mínimos y cumplir así con su obligación constitucional de aplicar el principio *pro persona* o realizar el control de convencionalidad.

Las CDH tienen más experiencia en el entendimiento y manejo de herramientas para la defensa de los DESCA. Tradicionalmente los poderes judiciales han estado separados y alejados de esa perspectiva de derechos, particularmente frente a los difusos y colectivos. A este punto se regresará *infra*: por ahora solamente se mencionará como ejemplo de la titularidad difusa la Recomendación 34/2015 “Sobre el caso de la afectación al patrimonio cultural de la Nación, derivado de los daños ocasionados a la escultura ecuestre del Rey Carlos IV de España, conocida como *El caballito*, en el Centro Histórico de la Ciudad de México”, del 22 de octubre de 2015. En ella se estableció que el agravio causado por los daños a dicho monumento histórico no afectaba solamente a los quejosos o a los habitantes de la Ciudad de México, sino que trasciende a la sociedad entera, toda vez que el derecho al patrimonio cultural tiene una titularidad difusa. Por lo que en el Informe 2015 de la CNDH se sostuvo: “El impacto poblacional de las recomendaciones emitidas en el presente ejercicio es de 3’567,357 víctimas y 194 quejosos de violaciones a derechos humanos. Asimismo, cabe mencionar que en la Recomendación 34/2015 se establece como víctima a toda la población mexicana, la cual de conformidad con el INEGI es de 119’530,753 personas, dado que se trata

¹¹ Cf., *Idem*, Control difuso de constitucionalidad ex officio. Sus presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia, Tesis XXVII.1o.(VIII Región) J/8 (10a.), l. 1, t. II, p. 953.

de daños al patrimonio cultural de la Nación”.¹² Esto es una muestra de por qué la perspectiva de las CDH es fundamental en sede judicial.

En las sentencias, específicamente de amparo, pueden y deben incluirse garantías de no repetición. Justamente en los informes, estudios o recomendaciones de las CDH se establecen una serie de directrices de acción o propuestas o deberes de los distintos órganos del Estado a fin de combatir la problemática.¹³

Los órganos judiciales tienen el deber de allegarse de elementos de convicción para mejor proveer: la actividad realizada por órganos del Estado mexicano, las CDH son una fuente ideal. Ciertamente, el Poder Judicial puede evaluar el peso probatorio de un expediente producido por una CDH, y no está obligado ni por sus conclusiones de hecho ni por sus recomendaciones. Pero cuando la actividad investigativa de la CDH ha sido realizada a cabalidad, con respeto al debido proceso y el derecho de defensa y ofreciendo a la Administración la oportunidad de fundamentar su acción o inacción, parece un despropósito ignorar la tarea como si no hubiera existido. Cabe subrayar que, al igual que la Administración, las CDH son órganos públicos, de carácter constitucional o legal, de modo que su actuación regular también debe estar revestida de una presunción de legitimidad. El expediente investigativo de las CDH debe tener al menos un papel indiciario —y sus recomendaciones razonablemente formuladas pueden constituir una guía para la decisión judicial— y, sin duda alguna, leerse como una constatación de que la Administración ya fue advertida por una alegada violación y sin embargo decidió no repararla.

A continuación, se presenta una tabla que muestra el número de recomendaciones y productos de la actividad no jurisdiccional en los últimos 5 años:

¹² CNDH, *Informe de Actividades del 1 de enero al 31 de diciembre de 2015*, p. 23, Disponible en: http://informe.cndh.org.mx/uploads/principal/2015/Informe_2015_resumen_ejecutivo.pdf

¹³ V., *Idem*, *Informe especial sobre la situación de los derechos de niñas, niños y adolescentes en centros de asistencia social y albergues públicos y privados de la República Mexicana*, pp. 254-270, Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-11/IE-ninas-ninos-adolescentes-centros-albergues.pdf>; V., *Idem*, Recomendación General Núm. 39/2019 sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes ante el incremento de sobrepeso y obesidad infantil, pp. 214-253, Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-10/RecGral_39.pdf

Año	Recomendaciones ¹⁴	Recomendaciones generales ¹⁵	Recomendación por violaciones graves ¹⁶	Acciones de inconstitucionalidad ¹⁷	Pronunciamientos, estudios e informes especiales ¹⁸
2016	71	5	1	23	24
2017	81	3	5	30	9
2018	91	3	8	50	22
2019	99	7	14	86	46
2020	90	2	11	108	7

Por supuesto hay que considerar que hay otras formas de conclusión de expedientes ante las CDH, y de éstas también pueden desprenderse elementos relevantes para el ámbito judicial. La CNDH ha dicho que, se deben destacar aquellas formas de conclusión de los expedientes de queja que, sin la necesidad de llegar a la emisión de una recomendación, brindan a las personas agraviadas soluciones a sus quejas. En primer lugar, se colocan los casos que son resueltos mediante la conciliación entre las partes; en segundo lugar, los que son solucionados durante el trámite; en un siguiente sitio, los que se quedan sin materia para seguir conociendo del expediente de queja, en virtud de que la autoridad —por intervención de la CNDH— tomó las medidas necesarias para resolver la violación a los derechos humanos, entre otros.¹⁹ Sin embargo, en estos expedientes también hay indicios que pueden ser relevantes en sede jurisdiccional. Se estima pertinente cerrar este apartado con una reflexión de Christian Courtis, sobre la justiciabilidad de los DESCA:

¹⁴ *Idem*, Recomendación. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/tipo/1/recomendacion>

¹⁵ *Idem*, Recomendaciones Generales. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/tipo/226/recomendaciones-generales>

¹⁶ *Idem*, Recomendación por Violaciones Graves. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/tipo/225/recomendacion-por-violaciones-graves>

¹⁷ *Idem*, Acción de Inconstitucionalidad. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/tipo/209/accion-de-inconstitucionalidad>

¹⁸ *Idem*, Pronunciamientos, estudios e informes especiales. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/pronunciamientos-estudios-informes-especiales>

¹⁹ *Idem*, Informe de actividades del 1 de enero al 31 de diciembre de 2018, pp. 44-45. Disponible en: http://informe.cndh.org.mx/uploads/principal/2018/IA_2018.pdf

típicamente, los jueces suelen hacer frente a situaciones de hecho muy definidas, por lo que los procesos judiciales no son necesariamente el mejor foro para evaluar los indicadores empíricos, necesarios para entender el panorama completo de las variables que caracterizan las complejas políticas públicas en ámbitos como la salud, educación, seguridad social o vivienda... Los argumentos a favor de la justiciabilidad de los DESC no pueden ser diferentes de los argumentos a favor de la justiciabilidad de los derechos humanos en general: dar voz a los titulares de derechos y ofrecerles formas de reparación en caso de violación, someter a las autoridades obligadas a formas de control en caso de incumplimiento de sus obligaciones legales (constitucionales y convencionales), proteger los derechos de las minorías y de los grupos desfavorecidos frente a las decisiones sesgadas de la mayoría política, ofrecer medios para la solución de situaciones de inseguridad jurídica y de conflicto de interpretación de la ley y, por último —desde el punto de vista del diseño institucional de las democracias constitucionales— canalizar la idea del control mutuo de los poderes (frecuentemente ilustrado con la imagen de “frenos y contrapesos”) y defender la supremacía de la Constitución[...]²⁰

1. Dilemas de la interpretación judicial en torno a las Comisiones de Derechos Humanos: ¿Interacción o indiferencia?

Paradójicamente, en lugar de discutirse con mayor profundidad en qué medida la actuación de las CDH puede aportar prueba y criterios relevantes al Poder Judicial, la justicia mexicana parece haber dedicado mayor esfuerzo a cuestiones bastante menos relevantes; por ejemplo, si la decisión de una CDH de no iniciar o de archivar una investigación es susceptible de ser revisada por vía de amparo.²¹

²⁰ Courtis, “El derecho a la alimentación como derecho justiciable: desafíos y estrategias”, en *La protección judicial de los derechos sociales*, pp. 93-94, Disponible en: <http://www.oas.org/en/sedi/dsi/docs/derechos-sociales.pdf>

²¹ V., *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis: 1a./J. 23/2018 (10a.), l. 59, t 1, p. 716, en la que la Primera Sala de la SCJN resolvió la Contradicción de Tesis 183/2017 y estableció la jurisprudencia de rubro “Procede el Juicio de Amparo cuando la Comisión Nacional de Derechos Humanos desecha un recurso de impugnación por improcedente”, entre otros precedentes que discuten la misma cuestión ociosa. Cabe preguntarse para qué ordenarle judicialmente a una CDH que adelante una investigación, si ni los hechos acreditados por la investigación ni las recomendaciones efectuadas van a ser tenidas en cuenta por el Poder Judicial.

En algunos casos judiciales se ha tratado el valor de las recomendaciones de las CDH:

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada 1a.XLVII/98, de rubro: “RECONOCIMIENTO DE INOCENCIA. VALOR DE LA RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.”, en relación con la *validez jurídica de la recomendación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, estableció que no puede constituir prueba plena que tenga como efecto anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos contra las cuales se hubiese presentado la queja o denuncia respectiva; por tanto, la recomendación de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (ahora Ciudad de México), que también tiene la misma naturaleza que la de la Comisión Federal, no constituye un medio de prueba que pueda desvanecer la responsabilidad penal del sentenciado. En estas condiciones, los planteamientos relativos a los actos de tortura durante la detención del sentenciado que derivan de la propia recomendación, tampoco pueden servir de fundamento para hacerlas valer en el incidente de reconocimiento de inocencia y, con ello, invalidar la sentencia condenatoria, pues si bien conforme a la jurisprudencia de derechos humanos emitida por los tribunales federales deben anularse e invalidarse las pruebas ilícitas, lo cierto es que esos criterios sólo pueden hacerse valer en las instancias procesales correspondientes hasta antes de que la sentencia constituya cosa juzgada; por consiguiente, el planteamiento que se realiza en el incidente de reconocimiento de inocencia es improcedente [cursivas propias].²²*

Como se menciona en el criterio anterior, desde 1998 se ha establecido el valor de una recomendación de la CNDH para efectos del reconocimiento de inocencia:

De conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la Ley de la Comisión de Derechos Humanos, el valor de una recomendación de la comisión en cuestión, no es suficiente como para desvirtuar la validez jurídica de las pruebas que se aportaron en la causa penal federal y que se valoraron en las instancias correspondientes. Estas reco-

²² *Idem*, Reconocimiento de inocencia. Los planteamientos relativos a los actos de tortura durante la detención del sentenciado, derivados de la recomendación de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal —ahora Ciudad de México—, emitida al haberse presentado la queja respectiva, no pueden hacerse valer en el incidente relativo, a fin de invalidar la sentencia condenatoria, Tesis I.6o.P.92 P (10a.), l. 48, t III, p. 2140.

mendaciones únicamente determinan la veracidad de su contenido y solamente se dará pauta a que las instituciones a quienes se encuentran dirigidas procedan a su conocimiento, lo que difiere desde luego de la actualización por prueba plena de los hechos denunciados por el recurrente, con el fin de anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos contra los cuales se hubiese presentado la queja o denuncia.²³

En torno a la entrega de pruebas o documentos que se encuentren en manos de la CNDH se ha afirmado:

Los preceptos mencionados establecen, en esencia, que dicha comisión no está obligada a entregar ninguna de sus pruebas a la autoridad a la cual dirigió una recomendación, y tampoco a particulares, pero agrega que si dichos elementos le son solicitados, ella decidirá, discrecionalmente, si los entrega o no. Por tanto, si las disposiciones mencionadas no prohíben la entrega de pruebas, documentos o copias a los particulares, sino que al respecto otorgan una facultad discrecional a la comisión, cabe concluir que no violan el derecho a la información ni, concomitantemente, la garantía de audiencia.²⁴

Sin embargo, también se precisó que:

Es cierto que el artículo 48 de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos [sic], y el 104 de su reglamento interno, otorgan facultades discretionales a dicha comisión para decidir si se entregan o no, a las partes interesadas en un procedimiento seguido ante el mismo organismo, copia de las constancias que obren en el expediente relativo... Sin embargo, *tal facultad discrecional en modo alguno debe llegar al extremo de negar la expedición de constancias y pruebas solicitadas por quien hubiera comparecido al procedimiento relativo como parte interesada para exhibirlas como pruebas en un procedimiento judicial o jurisdiccional que la propia ley de la comisión prevé en su artículo 32, como opciones simultáneas, anteriores o posteriores a la queja que ante dicha comisión se presente, pues tal negativa se traduce en una limi-*

²³ *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta, Reconocimiento de inocencia. Valor de la recomendación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, Tesis: 1a. XLVII/98, t. VIII, p. 344.

²⁴ *Idem*, Derecho a la información y garantía de audiencia. Los artículos 48 de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y 104 de su Reglamento Interno, no los violan porque aun cuando establecen como facultad discrecional la expedición de documentos y copias, no la prohíben; Tesis: P. XLVI/2000, t. XI, p. 74.

tación a las posibilidades de defensa del solicitante, violándose de tal manera su garantía de audiencia.²⁵

En torno al acceso a la información y la prohibición de invocar el carácter reservado de ésta cuando se trata de las violaciones graves a derechos humanos, se indicó que la CNDH “cuenta con plena aptitud jurídica y técnica para determinar si la información solicitada por los particulares en los asuntos de su competencia se relaciona con violaciones graves a los derechos fundamentales y, en esa medida, si esos datos se encuentran regidos por el principio de máxima publicidad [...]”²⁶ Un criterio relevante que muestra el respeto que se tiene por el ámbito no jurisdiccional y la relevancia de las recomendaciones —y de cómo éstas sí producen efectos o cambian situaciones jurídicas— es el siguiente:

Para obtener la suspensión de un acto reclamado es necesario que concurren todos y cada uno de los requisitos que establece el artículo 124 de la Ley de Amparo, a saber, que lo solicite el quejoso, *que no se contravengan disposiciones de orden público ni se cause perjuicio al interés social* y, que se trate de actos cuya ejecución sea de difícil reparación; además, que se haga una ponderación simultánea de la apariencia del buen derecho en los casos que así se requiera. Pues bien, *cuando el acto reclamado se emite en cumplimiento a una recomendación emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos no se satisface el segundo de los requisitos aludidos, esto es, los de la fracción II del referido artículo 124, debido a que es evidente que la sociedad está interesada en que se acate dicha recomendación, puesto que se trata de una determinación proveniente de un órgano no jurisdiccional defensor de la Constitución, por tal razón, resulta improcedente conceder la suspensión contra una determinación que participe de esa naturaleza; máxime si, además, el objeto tanto del acto reclamado como de la recomendación de la aludida comisión, es permitir que se adopten medidas tendentes a preservar la vida, integridad y seguridad de las personas.*²⁷

²⁵ *Idem*, CNDH. La negativa a expedir copia de constancias relativas a los expedientes de queja a las partes que la solicitan para exhibirlas en juicio, viola la garantía de audiencia, aun cuando se aduzcan razones de confidencialidad, Tesis: P. XLVIII/2000, t. XI, p. 65.

²⁶ *Idem*, CNDH. l. 44, t. I, p. 276.

²⁷ *Idem*, *Suspensión*. Resulta improcedente concederla cuando el acto reclamado fue emitido en cumplimiento a una recomendación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Tesis: VIII.A.C.5 K (10a.), l XIII, t. 4, p. 2830.

En torno a la procedencia del amparo frente al incumplimiento de una recomendación se ha establecido:

es de concluirse que si las recomendaciones de las comisiones de derechos humanos (que tampoco constituyen actos de autoridad para efectos del amparo), no tienen el carácter de vinculantes, al no existir una obligación legal de su acatamiento forzoso, ni un procedimiento constitucionalmente creado hasta el momento para lograr asignarles ese carácter, es evidente entonces que *el comportamiento indiferente o de omisión respecto de acatar o no el contenido de las sugerencias (no órdenes) contenidas en la recomendación de que se trate, no representa el incumplimiento a un deber por parte del órgano estatal o Estado mismo al que se dirija, como acto de autoridad para los efectos del amparo*, de acuerdo con la normatividad constitucional y legal existente en este país, hasta este momento; de manera que *la pretensión de reclamar mediante el juicio de garantías, por sí mismo y genéricamente, un posible “incumplimiento” al contenido de una recomendación de alguna comisión de derechos humanos, sea nacional o internacional, produce la actualización de la causal de improcedencia a que se refiere el artículo 73, fracción XVIII, en relación con el artículo 1o., ambos de la Ley de Amparo [cursivas propias].*²⁸

Sin embargo, posteriormente también se sostuvo:

Independientemente de que el incumplimiento a una recomendación emitida por una comisión de derechos humanos (nacional o internacional), no pueda ser reclamable en el amparo por sí misma, *subsiste la posibilidad de que los actos de afectación de derechos fundamentales previstos en la Constitución Federal, mencionados o abarcados por la aludida recomendación, puedan ser de tal naturaleza (como la privación ilegal de libertad personal), que haga procedente el juicio de amparo para su salvaguarda, no por un posible incumplimiento a una recomendación, sino por la directa violación al derecho fundamental per se.*²⁹

²⁸ *Idem*, Improcedencia. Causal prevista en la fracción XVIII del artículo 73, en relación con el artículo 1o., ambos de la Ley de Amparo, cuando se reclama por sí mismo el posible incumplimiento de una recomendación emitida por alguna Comisión de Derechos Humanos, nacional o internacional, Tesis: II.2o.P.76 P, t. XVIII, p. 1120.

²⁹ *Idem*, Derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Federal y aludidos en la recomendación de alguna Comisión de Derechos Humanos, amparo procedente en el caso de, Tesis: II.2o.P.68 P, t. XVIII, p. 1737.

Finalmente, es relevante también recordar cuál fue la postura de la SCJN frente a los informes de la CNDH y la antigua facultad de investigación de violaciones graves de derechos humanos que estaba contenida en el artículo 97 para la primera y que, en 2011 fue trasladada a la CNDH. Pero mientras la SCJN tenía dicha facultad reconoció: “Los referidos informes tienen una gran importancia en la calificación de los hechos, para que a juicio del Máximo Tribunal, presuntivamente las violaciones a las garantías individuales puedan tener la calidad de graves” aunque precisó que era “necesario aclarar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no está constreñida a dichos informes, o a algún otro, respecto de los hechos que fueron investigados y en cuanto a las conclusiones a las que se arrije”.³⁰

2. Posibles aportaciones de la actividad de la CNDH al poder judicial: ¿Retroalimentación o intromisión?

Antes de comenzar con este apartado, se estima pertinente recordar que:

- Las recomendaciones no son obligatorias ni vinculantes; tampoco son actos de autoridad para efectos de amparo.
- Un amparo sí procede contra la decisión de la CNDH de desechar un recurso de impugnación por improcedente.
- Particularmente en sede penal o amparos, no es válida la recomendación para acreditar *per se* la inocencia; pero frente a situaciones específicas como tortura o afectaciones al debido proceso, o violaciones a DESCAs, debe considerarse a la recomendación como uno de los elementos probatorios a ser valorados por el juez a su libre arbitrio.

Aunque la capacidad de realizar peritajes e investigaciones exhaustivas de las CDH, particularmente a nivel local, varían considerablemente en orden a sus

³⁰ *Idem*, Facultad de investigación prevista en el artículo 97, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Para ejercerla, los informes rendidos por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos constituyen un dato relevante para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: P. XLVIII/2007, t. XXVI, p. 19.

recursos materiales e infraestructura, la colaboración entre ambas sedes es fundamental para evitar que se dupliquen los esfuerzos o se desperdicien tiempo y recursos económicos y humanos ya de por sí escasos. Piénsese en los peritajes que van desde aquellos vinculados a tortura a través del *Protocolo de Estambul*, hasta aquellos sobre impacto ambiental.³¹

Ahora bien, como se ha dicho, en México las CDH se han caracterizado desde su creación por un uso más desprejuiciado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por ello es necesario que juzgadores conozcan la estructura y contenido de las recomendaciones. Muchas de ellas, por ejemplo, incluyen una narración interesante y pormenorizada de los hechos, así como análisis de contexto y uso de abundante de tratados internacionales, *soft law* y jurisprudencia interamericana.³² Esto es fundamental para el ejercicio de la interpretación conforme y del principio *pro persona*, así como para el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el párrafo tercero del artículo 1º constitucional.

En este sentido, para realizar el control de convencionalidad, se requiere conocer y manejar no sólo las normas internacionales, —tanto *soft law* como *hard law*— o tratados propiamente dichos, sino también es necesaria la interpretación que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos —CorteIDH— y otros órganos de supervisión de tratados ratificados por México. Por lo anterior, las recomendaciones, informes especiales y estudios de las CDH son fundamentales para el ámbito judicial, que cuenta con menos experiencia en ese rubro. Además, esto funge como una herramienta para facilitar la comunicación entre las dos vías de defensa.

Pablo González Domínguez afirma que “México sostuvo históricamente una posición restrictiva respecto a la posibilidad de una amplia incorporación del DIDH

³¹ Cf., CDHDF, Recomendación 1/2011 sobre Violaciones a los derechos humanos cometidas en el contexto de la obra pública denominada “Sistema Vial de Puentes, Túneles y Distribuidores al Sur-Poniente de la ciudad de México (Supervía Poniente)”. Disponible en: https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2014/03/reco_1101.pdf

³² V., a nivel local y a manera de ejemplo, *Idem*, Recomendación 02/2019. Disponible en: https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2019/06/Reco_022019.pdf; *Idem*, Recomendación 01/2020. Disponible en: <https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2020/10/Recomendaci%C3%B3n-01-2020-2.pdf>

en el derecho interno, y una cierta reticencia a estar sujeto a una supervisión internacional estricta en materia de derechos humanos”³³ y esta postura aún se observa ampliamente en sede judicial.

No obstante, es preciso señalar que el sistema jurisdiccional de protección de derechos humanos tuvo que responder a la reforma constitucional 2011, a los mandatos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y comenzar a usar el Derecho Internacional —en adelante, SCJN— en Expedientes Varios 912/2010 y la Contradicción de Tesis 293/2011. Por otro lado, el sistema no jurisdiccional de las CDH fue más progresista en el tema y utilizó herramientas convencionales previamente a 2011. Sin embargo, hay que reconocer que existieron casos paradigmáticos en el Poder Judicial Federal en torno a la protección de los DESCA, como lo fue el caso *Mininuma*,³⁴ en los que la Justicia empleó estándares internacionales para fundamentar sus decisiones.

Por ello es fundamental la colaboración:

lo que interesa [son] las interrelaciones o interdependencia entre los poderes del Estado, e igualmente entre los diferentes órganos del Estado, para lograr satisfacer el fin público, el interés general. Eso es lo que importa e interesa en un Estado democrático social de Derecho [...] todos los poderes del Estado deben colaborar entre sí [...] para un mejor ejercicio de sus propias funciones.³⁵

si bien la línea divisoria entre lo administrativo y lo jurisdiccional no es siempre clara, resulta evidente que lo que se encuentra vinculado a la organización de la oficina o despacho judicial o, por ejemplo, las decisiones administrativas sobre

³³ SCJN, “Capítulo introductorio. El nuevo marco de la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional en México”, en *La Reforma Constitucional en Derechos Humanos: Una década transformadora*, p. XVIII.

³⁴ Cf., Juez Séptimo de Distrito en el estado de Guerrero, Amparo Indirecto 2007-1157/II; Gutiérrez Rivas, “La justiciabilidad del derecho a la salud en México y en el Sistema Interamericano de Derechos humanos”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2019-03/18_GUTIÉRREZ_REVISTA_CEC_SCJN_NUM_5-535-550.pdf

³⁵ Rojas Franco, “Las relaciones jurídico-institucionales entre el Ombudsman y la administración de justicia en Costa Rica”, *Revista Jurídica Online*, pp. 30 y 31. Disponible en: https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2006/10/20_las_relaciones_juridico.pdf

organizaciones de Salas o Tribunales puede estar más claramente dentro de la temática a ser supervisada y vigilada por el Ombudsman.³⁶

[así] si la razón de ser de la intervención del Ombudsman es el respeto de los derechos humanos, hay dos límites para esa acción. Uno es el límite trazado por el respeto a la independencia de la administración de justicia. Ambas nociones y lógicas la independencia del sistema *vis a vis* la atribución del Ombudsman de supervisar —no tienen por qué estar en oposición y colisión si se entienden dos cosas fundamentales. Primero, que la independencia y autonomía, como se ha dicho, no son un fin en sí mismas sino ingredientes para una actuación imparcial del sistema judicial. Segundo, que en un Estado democrático de Derecho el objetivo final del ordenamiento jurídico, y por tanto del sistema judicial, es asegurar un ordenamiento fundado en el respeto a la dignidad del ser humano... El otro límite es el de los derechos humanos. La razón de ser de la actuación defensorial es la defensa de los derechos de las personas debiendo actuar en la medida en que ellos puedan verse vulnerados como consecuencia de la acción u omisión del sistema [...] la relación entre el servicio de administración de justicia y el Ombudsman puede y debe ser de colaboración.³⁷

En ese orden se ha señalado que:

la investigación no jurisdiccional —que así se llama la que realiza el Ombudsman— es una investigación paralela que tiene como sentido final ayudar y coadyuvar a la administración de justicia. El resultado de la investigación del Ombudsman no a va a ser para contradecir la justicia, sino que lo que el Ombudsman hace es presentarlo a la administración de justicia para efectos de que ésta pueda mejor resolver.³⁸

Se trata entonces de considerar los elementos probatorios del expediente no jurisdiccional, lo cual no significa que las recomendaciones sean obligatorias.

³⁶ García Sayán, *Ombudsman y administración de Justicia*. Disponible en: [http://www.portalfio.org/wp-content/uploads/filebase/congresos_y_asambleas/congresos_y_asambleas_\(ii,_iv,_v,_vi,_viii,_ix,_xi,_xii,_xiii,_xiv,_xv\)/1998_carpeta_iii_congreso_-_lima/FIO.IIICON.0019-1998.pdf](http://www.portalfio.org/wp-content/uploads/filebase/congresos_y_asambleas/congresos_y_asambleas_(ii,_iv,_v,_vi,_viii,_ix,_xi,_xii,_xiii,_xiv,_xv)/1998_carpeta_iii_congreso_-_lima/FIO.IIICON.0019-1998.pdf)

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Valladares, “El Ombudsman como canal de acceso a la justicia”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06718-2.pdf>

Adicionalmente se tiene que considerar que el sistema judicial representa la vía de acceso a la justicia internacional; es decir, a través de él se satisface el requisito de previo agotamiento de recursos internos que permite a las personas acudir ante instancias internacionales, particularmente ante el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Por ello es importante que todos los órganos del Estado mexicano colaboren para evitar que se incurra en responsabilidad internacional. Por lo tanto, los órganos jurisdiccionales pueden nutrirse de los no jurisdiccionales a fin de evitar que el Estado mexicano en su conjunto sea condenado en instancias internacionales por no haber prevenido, investigado, sancionado ni reparado violaciones a derechos humanos. Así, despreciar el expediente no jurisdiccional en sede interna significa exponer a México a una condena internacional, y esto debe ser entendido por jueces, magistrados y ministros. Más aún, la existencia de un expediente no jurisdiccional con recomendaciones ante la identificación de una violación puede constituir justamente un indicio para las instancias internacionales de que la alegada violación era conocida por el Estado, y que sin embargo ni la Administración ni el Poder Judicial hicieron mucho por corregirla y ofrecer reparación. Cabe, por lo contrario, promover la congruencia de la actuación de las autoridades dentro del mismo Estado Mexicano frente a violaciones a derechos humanos; es decir, amparos y recomendaciones.

IV. Casos paradigmáticos y buenas prácticas en materia de DESCA: propuestas para la innovación

En este apartado se realizará una breve comparación entre la actividad no jurisdiccional y la jurisdiccional realizada en tres grandes casos. Las resoluciones se produjeron posteriormente a las reformas de derechos humanos y de amparo de 2011. Lo anterior tiene como finalidad mostrar la retroalimentación que pudo haberse dado, o aún puede darse, en los asuntos en mención:

- Derecho al agua y derechos colectivos de pueblos indígenas en el caso del “Acueducto Independencia”
- Derechos a la salud, alimentación adecuada y consulta indígena en el caso de la soya transgénica

- Derechos a la salud, a un medio ambiente sano y a la alimentación adecuada en el caso del uso de plaguicidas —herbicidas (glifosato)— y del maíz transgénico.

En los tres casos que se abordarán a continuación, pueden observarse procesos que se desarrollan de forma cuasi paralela, además se puede detectar una tendencia que, si bien no es generalizada, si es significativa: primero se despliega la actividad de la CNDH y, después, el proceso en sede judicial —a través de amparos—. Este último no hace referencia a las recomendaciones de la CNDH pero la comisión sí menciona la existencia de amparos; es decir, la retroalimentación solamente es de una vía y no de doble vía.

En cuanto al uso exclusivo de las recomendaciones, *supra* se estableció que la actividad de las CDH es variada y que hay múltiples tipos de determinaciones. No obstante, en el presente apartado solamente se hará referencia a recomendaciones por ser el producto principal no jurisdiccional y únicamente para efectos ejemplificativos. A continuación, se procederá a abordar de forma somera los casos seleccionados como muestra.

- *Derecho al agua y derechos colectivos de pueblos indígenas en el caso del “acueducto Independencia”.*

La Recomendación 37/2012 de la CNDH fue emitida el 9 de agosto de 2012³⁹ y el Amparo en Revisión 631/201⁴⁰ fue resuelto el 8 de mayo de 2013. A pesar de que el Amparo fue resuelto posteriormente, en él no se cita la recomendación de la CNDH, pero en esta sí hay referencia a diversas determinaciones judiciales. Incluso en el párrafo 78 de la Recomendación se sostiene:

Para esta Comisión Nacional, el hecho de que el gobierno del estado de Sonora, a través del organismo descentralizado *Fondo de Operación de Obras Sonora Sí*,

³⁹ CNDH, Recomendación 37/2012. Disponible en: <https://www.cemda.org.mx/wp-content/uploads/2012/08/Recomendación-37-2012-2.pdf>

⁴⁰ SCJN, RA 631/2012. Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=144699>

omitiera cumplir con una orden dictada por autoridad judicial, evidenció una falta de respeto a la cultura de la legalidad que deberá ser investigada por las instancias respectivas, a fin de deslindar las responsabilidades que conforme a derecho procedan.

En la recomendación se reconocen violaciones a los derechos de acceso a la justicia, al desarrollo, al agua, a la salud, a la audiencia, al debido proceso y la consulta. Adicionalmente se mencionan los artículos constitucionales y los instrumentos internacionales relativos a los citados derechos. También se menciona la jurisprudencia de la Corte IDH y la actividad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —CIDH—. Derivado de la investigación se presentó queja ante la Contraloría estatal y el órgano interno de control de una Secretaría de Estado federal, así como la denuncia de hechos ante la autoridad ministerial.

Dentro del *Amparo en revisión 631/2012* se tuvo como acto reclamado la autorización para la construcción del proyecto denominado “Acueducto Independencia”, el mismo que en la recomendación. Llama la atención que en un Amparo resuelto a casi dos años de vigencia de la reforma de 2011 se siguiera hablando de las “Garantías individuales violadas”, pese al cambio de lenguaje incluido en el artículo 1º constitucional.⁴¹

El amparo coincide con la recomendación citando al Convenio 169 OIT e indica que:

Si bien este derecho a la consulta no se encuentra desarrollado ampliamente en la norma constitucional, es en el ámbito internacional, específicamente en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en donde encontramos dimensiones más amplias, las cuales deben ser tomadas en consideración por todas las autoridades, y en específico, por la responsable, dada su obligatoriedad.⁴²

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia también cita jurisprudencia de la Corte Interamericana, tal y como lo hizo previamente la recomendación de

⁴¹ *Idem*, p. 3.

⁴² *Ibidem*.

la CNDH. Y confirma el otorgamiento del amparo. De este amparo derivaron diversas tesis aisladas entre la que se encuentra la de rubro: “Comunidades y pueblos indígenas. Cualquiera de sus integrantes puede promover juicio de amparo en defensa de los derechos fundamentales colectivos”.⁴³

Como puede verse existen una serie de elementos comunes entre ambos pronunciamientos, por lo que las recomendaciones emitidas previamente al conocimiento de los amparos podrían y deberían edificarse como un instrumento relevante al momento de analizar los casos y elaborar las sentencias.

- *Derechos a la salud, alimentación adecuada y consulta indígena en el caso de la soya transgénica*

La Recomendación 23/2015 de la CNDH, sobre la vulneración al derecho a una consulta libre, previa e informada, en perjuicio de diversas comunidades indígenas, fue emitida el 28 de julio de 2015.⁴⁴ En ella se hacen menciones específicas a la problemática referente a la violación del derecho a una consulta libre, previa e informada; para participar de la decisión que derivó en la indebida aprobación del permiso para liberación al ambiente en programa piloto, de organismos genéticamente modificados, —específicamente para la siembra de soya genéticamente modificada— en perjuicio de varias comunidades indígenas, maya, huasteca, náhuatl, pame, tepehua, popoluca, totonaca, chol, mame, tzeltal y tzotzil —ubicadas en los Estados de Campeche, Quintana Roo, Yucatán, Tamaulipas, San Luis Potosí, Veracruz y Chiapas—. En la recomendación se refieren y sistematizan 8 amparos presentados y la Controversia Constitucional 32/2012. Se alegaron alteraciones a la biodiversidad de flora y fauna que causan daños en la salud, alimentación, economía y medio ambiente. La CNDH señaló que solamente se pronunciaría sobre derecho a la consulta ya que no se le brindaron elementos sobre las otras violaciones señaladas.

⁴³ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Comunidades y pueblos indígenas. Cualquiera de sus integrantes puede promover juicio de amparo en defensa de los derechos fundamentales colectivos, Tesis: 1a. CCXXXV/2013 (10a.), I XXIII, t. 1, p. 735.

⁴⁴ CNDH, Recomendación 23/2015. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2015/Rec_2015_023.pdf

Igual que en el caso anterior, en la recomendación se cita jurisprudencia de la Corte IDH, así como el Convenio 169 de la OIT.

En sede judicial se ventiló el Amparo en Revisión 241/2015⁴⁵ el cual fue resuelto el 4 de noviembre de 2015, posteriormente a la recomendación de la CNDH. El acto reclamado fue el mismo. El Juez de Distrito amparó a los quejosos. La Segunda Sala de la SCJN modificó la sentencia recurrida, pero sin cambiar lo esencial, es decir, ampara y protege a los quejosos. En dicha sentencia jamás se menciona a la CNDH ni recomendación alguna.

- *Derechos a la salud, a un medio ambiente sano y a la alimentación adecuada en el caso de uso de plaguicidas-herbicidas (glifosato) y del maíz transgénico*

La Recomendación 82/2018, “Sobre la violación a los derechos humanos a la alimentación, al agua salubre, a un medio ambiente sano y a la salud, por el incumplimiento a la obligación general de debida diligencia para restringir el uso de plaguicidas de alta peligrosidad, en agravio de la población en general”, fue emitida el 26 de diciembre de 2018.⁴⁶

En dicho instrumento se estableció:

la COFEPRIS [...] señaló que existen alrededor de cuatro mil registros sanitarios con vigencia indeterminada, incluyendo [...] 134 con glifosato; todas ellas sustancias consideradas como peligrosas, ya sea por ser probables cancerígenos o perturbadores endócrinos en humanos conforme a la OMS o altamente tóxicos para el medio ambiente y otros organismos.⁴⁷

La Recomendación en cita analiza el impacto del uso de plaguicidas en el medio ambiente y la salud humana, así como el marco jurídico aplicable que regula la

⁴⁵ SCJN, RA 241/2015. Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=177252>

⁴⁶ CNDH, Recomendación 82/2018. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2018/Rec_2018_082.pdf

⁴⁷ *Ibidem*.

identificación, clasificación, autorización para la producción, distribución, uso y restricción de los plaguicidas. En este último rubro analiza el principio precautorio, estándares internacionales y marco jurídico nacional en materia de plaguicidas —en materias de salud, sanidad vegetal y ambiental—. Se enuncia normatividad constitucional, legal y convencional —tanto *soft law* como *hard law*—, así como jurisprudencia consultiva y contenciosa de la Corte IDH, y se aborda la vulneración de los siguientes derechos humanos: al acceso al agua salubre; a un medio ambiente sano; y a la salud en su modalidad de protección y prevención de enfermedades. En dicho instrumento se relacionan *múltiples estudios, informes y documentos*. El análisis de la CNDH es integral ya que menciona lo señalado por el Comité sobre Derechos del Niño en torno al uso de pesticidas, así como la higiene en el trabajo y medio ambiente refiriéndose al Convenio 170 sobre la Seguridad en la Utilización de los Productos Químicos en el Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo —OIT—. El Informe de la CNDH de 2020 establece que el estatus era “aceptada con pruebas de cumplimiento parcial”.⁴⁸

Pero es hasta dos años después que se publicó el Decreto Presidencial:

por el que se establecen las acciones que deberán realizar las dependencias y entidades que integran la Administración Pública Federal, en el ámbito de sus competencias, para sustituir gradualmente el uso, adquisición, distribución, promoción e importación de la sustancia química denominada glifosato y de los agroquímicos utilizados en nuestro país que lo contienen como ingrediente activo, por alternativas sostenibles y culturalmente adecuadas, que permitan mantener la producción y resulten seguras para la salud humana, la diversidad biocultural del país y el ambiente.⁴⁹

Este Decreto busca eliminar progresivamente el uso de glifosato hasta su sustitución total a más tardar el 31 de enero de 2024, así como del maíz genéticamente modificado en la alimentación y ya no permitir su siembra en México.

⁴⁸ *Idem*, Informe de Actividades 2020, Disponible en: <http://informe.cndh.org.mx/recomendaciones.aspx>

⁴⁹ DOF, *Versión vespertina del DOF del 31 de diciembre de 2020*. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=5609365&fecha=31/12/2020&cod_diario=290221

Se han promovido 17 juicios de amparo indirecto en contra de dicho Decreto, por 16 empresas y una asociación civil. En 15 de los amparos, los jueces han negado la suspensión definitiva y únicamente se habían concedido dos medidas cautelares de carácter provisional: una a la empresa Monsanto Comercial, S. R. L. de C. V., y la otra al Consejo Nacional Agropecuario, A. C. (CNA).⁵⁰

El Amparo Indirecto 313/2021 fue interpuesto Monsanto, filial de Bayer, para eximirla de la aplicación del Decreto Presidencial.⁵¹ El 7 de mayo de 2021, el Juez Sexto de Distrito determinó negar la suspensión definitiva,⁵² ya que no se encontraba satisfecho el requisito contenido en la fracción II del artículo 128 de la Ley de Amparo, esto es que la suspensión del acto reclamado no traiga como consecuencia perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público. Además, el juez hizo referencia a que “es de vital importancia velar por proteger la salud de las personas que habitan el país” y consideró “el principio de precaución, procedente de la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro, mismo que se encuentra contemplado en el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, de los que México es parte”.⁵³

Por otro lado, se encuentra el Amparo Indirecto 289/2021, interpuesto por el Consejo Nacional Agropecuario —CNA—, para eximirla de la aplicación del Decreto Presidencial de referencia.⁵⁴ El 21 de mayo de 2021, el Juez Octavo de Distrito en Materia Administrativa de la Ciudad de México resolvió en el mismo sentido, negando la suspensión definitiva al CNA, haciendo público el fallo el 24 de mayo

⁵⁰ CONACYT, *Comunicado de Prensa 217, El Conacyt aporta evidencia científica sobre los efectos nocivos del glifosato*. Disponible en: <https://www.conacyt.gob.mx/Comunicados-217.html>

⁵¹ Campaña Nacional sin Maíz no hay País, *Carta a Lic. Francisco Javier Rebolledo, en donde exigimos NO dar suspensión definitiva a Bayer-Monsanto*. Disponible en: [https://www.greenpeace.org/mexico/noticia/10011/10011/](http://sinmaiznohaypais.org/archivos/2002; Cf., Greenpeace México, Casi 3 mil piden a Juez ratificar fallo emitido a favor de Monsanto. Disponible en: <a href=)

⁵² Juez Sexto de Distrito, *Acuerdo del 7 de mayo de 2021*. Disponible en: <https://www.dgepj.cjf.gob.mx/siseinternet/Actuaria/VerAcuerdo.aspx?listaAcOrd=22&listaCatOrg=728&listaNeun=27799223&listaAsuld=1&listaExped=313/2021&listaFAuto=07/05/2021&listaFPublicacion=10/05/2021>

⁵³ CONACYT, *Comunicados*. Disponible en: <https://www.conacyt.gob.mx/Comunicados-217.html>

⁵⁴ Campaña Nacional sin Maíz no hay País, *op. cit.*

de este mismo año 2021.⁵⁵ También se interpuso el juicio de Amparo 146/2021, el cual se resolvió negando la suspensión definitiva.⁵⁶

En torno a los derechos a un ambiente sano y a una alimentación adecuada, hay que reiterar lo afirmado por la Relatora de la ONU respecto a que ningún alimento contaminado por plaguicidas puede considerarse adecuado. En este tenor, debe recordarse que el glifosato fue calificado como “probablemente cancerígeno” por la Agencia Internacional para la Investigación sobre el Cáncer, —IARC por sus siglas en inglés— de la Organización mundial de la Salud —OMS— en marzo de 2015.⁵⁷

El Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología ha sostenido que:

El glifosato es el herbicida más usado en todo el mundo; fue introducido al mercado por la empresa Monsanto en 1974 con su formulación más conocida, el Roundup®.

En 2015 la Organización Mundial de la Salud (OMS) lo clasificó como probable carcinógeno para humanos (Grupo 2A), después de revisar cerca de 1,000 estudios científicos, y demostró que este herbicida puede operar a través de dos características: genotoxicidad (daño en el Ácido Desoxirribonucleico, ADN) y estrés oxidativo (daño celular por la presencia de radicales libres). En 2019 el Departamento de Salud del gobierno de los Estados Unidos publicó un perfil toxicológico del glifosato que coincide con el reporte publicado por la OMS. En 2020 se publicó la 5a edición de la Antología toxicológica del glifosato, que integra 1,108 investigaciones científicas sobre los efectos del glifosato en la salud y el ambiente.⁵⁸

⁵⁵ CONACYT, *op. cit.*; Campaña Nacional sin Maíz no hay País, *op. cit.*

⁵⁶ Jueza Decimosegundo de Distrito en Materia Administrativa de la Ciudad de México, *Acuerdo de fecha 23 de marzo de 2021*. Disponible en: <https://www.greenpeace.org/static/planet4-mexico-stateless/2021/04/6cd2bae4-versimex-suspension-negada.pdf>

⁵⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la alimentación, A/HRC/34/48*, párr. 40. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/34/48>; Cf., ONU, Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la alimentación, Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/017/90/PDF/G1701790.pdf?OpenElement>

⁵⁸ CONACYT, *Expediente científico sobre el glifosato y los cultivos GM*. Disponible en: https://www.conacyt.gob.mx/PDF/Dossier_formato_glifosato_.pdf

V. Guía práctica para la incorporación y valoración del expediente no jurisdiccional en sede judicial

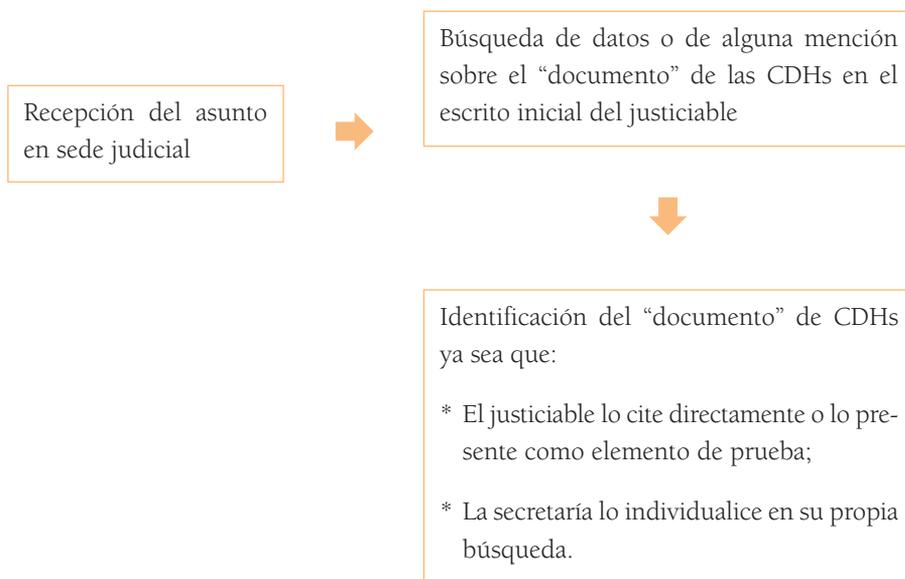
Cómo se ha visto existe una tendencia dentro del Poder Judicial Federal a no considerar y ni siquiera citar el expediente y recomendaciones de las CND.

Si bien se puede entender la historia y orígenes de la división de estas dos funciones, es preciso repensarla actualmente. Las constataciones de hecho del expediente y las recomendaciones pueden ser fuente útil de información y elementos para la decisión judicial de los casos: ciertamente son susceptibles de ser evaluadas por el juez, pero existen elementos que pueden ilustrarlo e informar su criterio para una decisión más justa y constitucional-convencional.

A fin de ayudar a tender ese puente entre los dos ámbitos sujetos a estudio en este trabajo, se propondrán una serie de pasos que pueden seguirse para la consideración de las constancias del expediente no jurisdiccional y las recomendaciones vinculadas a los casos presentados ante la jurisdicción, a fin de ayudar a los jueces que decidan transitar por esta nueva vía de colaboración, independiente y autónoma. Los pasos propuestos a realizar, de forma enunciativa y jamás limitativa, serían los siguientes:

- *Búsqueda y obtención:* Revisar los hechos del caso planteados en la promoción del justiciable y detectar si éste refiere alguna actuación ante las CDH que conste en alguna recomendación, recomendación general, recomendación por violaciones graves a derechos humanos, informe especial o estudio —en adelante a todos ellos se les denominará “documento”—. En caso de que no se proporcionen datos, la Secretaría respectiva debe proceder a una búsqueda rápida de las recomendaciones emitidas e informes, a nivel local o federal según el caso a través del buscador de su preferencia con base en los hechos narrados más relevantes. En caso de que la presunta víctima mencione la recomendación o resolución no jurisdiccional, proporcione datos o la dirección electrónica de la misma o la presente como

elemento de prueba, el juzgador debe realizar su revisión conforme a los pasos siguientes:



Es posible que el Poder Judicial, federal o local, alegue que el realizar búsquedas de cada caso —cuando el justiciable no ofrece información respecto a sus actuaciones ante las CDH— viene a sumarse a su ya pesada carga de trabajo. Sin embargo, es relevante entender que una búsqueda en internet es algo rápido y, a la larga, les economizará muchísimo tiempo al aprovechar el trabajo ya realizado por las CDH.

- *Revisión y extracción:* Revisar los hechos expuestos en el “documento” de la CDH e identificar si hay coincidencias o no con los hechos materia de amparo o acción judicial. Es importante señalar que los documentos referidos pueden ayudar para identificar situaciones estructurales o hacer análisis de contexto, por lo que es irrelevante que en ellos no figure el justiciable directamente como víctima ya que el formato de los “documentos” no revela nombres —salvo cuando el justiciable lo presente como prueba en juicio—. Además, cuando hablamos

de DESCAs (que pueden incluir dimensiones difusas y colectivas), se debe tener perspectiva amplia ya que el justiciable puede ser parte del grupo afectado o contar con interés legítimo para la promoción del amparo. Por lo tanto, es fundamental detectar hechos o cuál es el grupo afectado con perspectiva difusa o colectiva.

En razón de lo anterior, los hechos violatorios de derechos humanos deben ser analizados por el juzgador con amplitud y valorando los elementos de contexto que demuestren o representen indicios para acreditar en sede judicial, las acciones, omisiones, sentencias o normas/determinaciones (legales o administrativas) violatorias de derechos, en las que ha incurrido la autoridad señalada como responsable. En caso de que haya coincidencia en los hechos expuestos y/o presuntas víctimas se procederá a su análisis. Para ayudar a lo anterior se pueden contestar las siguientes preguntas:

Revisión y extracción



1. ¿Cuáles son los hechos que se narran en el documento de la CDHs?
2. ¿Cuáles son las acciones, omisiones o normas (legislativas, administrativas) o determinaciones de la autoridad que se alegan como violatorias de derechos humanos?
3. ¿Las anteriores coinciden, completa o parcialmente, con los actos reclamados en el amparo o con los hechos sujetos a conocimiento judicial?
4. Establecer los puntos de semejanza existente en los hechos.
5. ¿Cuál es la colectividad o grupo que sufrió la violación a sus derechos humanos? ¿El quejoso o promovente en vía judicial se encuentra dentro de ese grupo?

- *Detección y sistematización de elementos de contexto o situaciones estructurales*: Identificar y ordenar los elementos de contexto que puedan desprenderse de los documentos y las relaciones de causa-efecto que pudieron producirse en relación con los hechos, así como proceder a elaborar un listado de derechos afectados —a la luz de los principios de interdependencia e indivisibilidad—.

Aquí es importante entender cómo se pueden detectar situaciones a estructurales u omisiones reiteradas de la administración —federal, local y municipal— o patrones de conducta de servidores públicos. Para ello puede ser útil contestar las siguientes preguntas a partir de la información que obra en el “documento” de las CDH o del expediente judicial.

Es importante precisar que estas situaciones estructurales o contextuales que se desprendan del “documento” de la CDH deben ser consideradas como elementos de prueba; por lo cual están sujetos al proceso de valoración de prueba que se realiza bajo el libre arbitrio del juez. Las preguntas que pueden coadyuvar al fin anteriormente descrito son:

Detección y
sistematización de
elementos de contexto
o situaciones
estructurales



1. ¿Cuáles fueron las acciones u omisiones violatorias de derechos humanos?
2. ¿Cuáles son los derechos humanos afectados? Siempre teniendo la perspectiva de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos
3. ¿Qué autoridades estuvieron involucradas en los hechos?
4. ¿Cuál ha sido el descargo, respuesta o justificación dada por las autoridades?
5. ¿Se observan reiteraciones en las acciones u omisiones? ¿las autoridades incurren en los mismos hechos o son omisos/negligentes ante las múltiples solicitudes y señalamientos de las víctimas?

6. ¿Se puede observar una línea o patrón de conducta que sea incentivado por las autoridades o, al menos, no combatido?

7. ¿Se han documentado otros casos similares en los que se esté reproduciendo la violación?

8. Identificar claramente las circunstancias que marcaron el desarrollo de los hechos. Ello tiene como finalidad dar respuesta a dichas situaciones estructurales o contexto adverso a los derechos, a través de las garantías de no repetición que se establezcan en la sentencia.

- *Valoración e incorporación de elementos probatorios*: Una vez que se identificó el “documento” vinculado a los hechos materia de la acción judicial, así como las condiciones estructurales, se debe ponderar los elementos probatorios en el contenido y valorar si procede considerarlos o no dentro del expediente judicial. Citar en el proyecto de resolución/sentencia los elementos probatorios adicionales que se desprenden del documento de la CDH respectiva, así como la valoración realizada por el juzgador.

Valoración e
incorporación de
elementos probatorios



* Identificar los elementos que se desprenden del expediente “defensorial” y que pueden servir como prueba dentro del juicio respectivo.

* Extraer referencias del “documento” de las CDHs que sean útiles para acreditar los hechos violatorios de derechos humanos.

* Allegarse de elementos de convicción que deben ser valorados dentro del expediente judicial para mejor proveer.

Identificar en el “documento”,

- *Integración del marco normativo aplicable lato sensu*: tanto el marco constitucional y convencional —normas de *soft law*, tratados y jurisprudencia internacional que interpreta dichos tratados— utilizado y aplicable a los hechos del caso y a los derechos afectados, a fin de integrar el “parámetro de control de regularidad constitucional” o “bloque de constitucionalidad” que será la base para el análisis de los hechos.
- *Ejercicio ex officio del control de convencionalidad*: El juzgador debe proceder a la valoración y, de ser pertinente, eventual empleo del parámetro integrado en el punto anterior dentro del expediente judicial a fin de cumplir con la obligación judicial de realizar el control de constitucionalidad-convencionalidad de los actos, normas, omisiones o sentencias.

Integración del marco normativo aplicable *lato sensu* y ejercicio *ex officio* del control de convencionalidad



* Vinculado al listado de derechos humanos afectados que se obtuvo en el punto 3, consultar el “documento” de las CDHs para elaborar un registro de las disposiciones de los tratados internacionales, Constitución y leyes en los que se encuentran reconocidos dichos derechos.

* Detectar la jurisprudencia interamericana e internacional referida en el “documento” de la CDH y valorar su aplicabilidad al caso específico sujeto a conocimiento judicial.

* Integrar el “parámetro de control de regularidad constitucional” base para el contraste de los actos, omisiones, normas o sentencias y valorar su constitucionalidad y convencionalidad.

* Dentro de las normas que integran el parámetro detectar posibles contradicciones y/o diferencias de extensión en el reconocimiento y/o limitación de derechos y utilizar el principio *pro persona* para optar por la norma o interpretación más favorable.

- *Cumplimiento de principios y obligaciones constitucionales en el caso*: Analizar integralmente el caso para verificar que se haya cumplido con los principios *pro persona* al momento de contrastar, aplicar e interpretar las normas aplicables. También debe verificarse el cumplimiento de los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad/no regresividad, así como las obligaciones y deberes contenidos en el párrafo tercero del artículo 1º constitucional.⁵⁹

Cumplimiento
de principios y
obligaciones
constitucionales
en el caso



Para este fin se pueden contestar preguntas con base en la información contenida en el documento de la CDH respectiva:

1. ¿Cuáles son las obligaciones incumplidas? ¿Qué principios o criterios se han utilizado para evaluar la conducta u omisión juzgada?
2. ¿Se ha garantizado el acceso equitativo al ejercicio de los derechos en juego? ¿Existió algún tipo de discriminación o faltó implementar alguna medida afirmativa para la igualdad?
3. Las medidas adoptadas o las omisiones en las que se incurrió ¿afectan la progresividad del derecho?
4. ¿Se cumplieron con los deberes de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos?

- *Citar el “documento” utilizado dentro de la sentencia*: Es el paso que implica el reconocimiento de la relación entre los dos ámbitos de protección.

⁵⁹ Como se mencionó: Obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; y deberes de prevenir, investigar, sancionar y reparar violaciones a derechos humanos.

Finalmente hay que recordar que “los tribunales cuentan con muchas respuestas posibles —más allá del ‘sí’ y el ‘no’— para asegurar el cumplimiento de un derecho: ellos pueden, por caso, obligar al Poder Legislativo a satisfacer un derecho en un plazo determinado sin definir el modo en que debe hacerlo, o a justificar su negativa, o pueden convocar a una audiencia pública para que los poderes públicos diseñen la mejor forma de responder al problema, etcétera”.⁶⁰ Existen diversas sentencias en donde ya se ha realizado la sugerencia o establecimiento de líneas o directrices a seguir para evitar la repetición de los hechos;⁶¹ es fundamental que las sentencias contengan garantías de no repetición y los “documentos” de las CDHs son una herramienta relevante para este fin, además de que pueden aligerar el trabajo en sede judicial.

VI. A manera de conclusiones

Las CDH son órganos del Estado mexicano que representan una parte significativa del presupuesto público. Su actividad se extiende más allá de la clásica defensa de derechos y emisión de recomendaciones. En todos los “documentos” emitidos por las CDH se pueden extraer elementos que alimenten o fortalezcan las decisiones y sentencias en el ámbito judicial. Recomendaciones, recomendaciones generales, recomendaciones por violaciones graves, informes especiales, estudios, entre otros, pueden y deben ser herramientas relevantes y útiles para jueces, magistrados y ministros.

En el presente trabajo se han mostrado cómo los “documentos” de las CDH son útiles en materia de DESCAs ya que pueden brindar otros elementos de convicción y pruebas en el caso, además de permitir extraer de ellos elementos como: normatividad constitucional, legal y administrativa; normatividad convencional

⁶⁰ Holmes y Sunstein, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, p. 12.

⁶¹ Cf., Morales Sánchez, *Políticas públicas y derechos humanos*, pp. 137-167, específicamente el apartado denominado “El rol de los jueces en la definición de las políticas públicas”.

y jurisprudencia internacional o criterios/observaciones/recomendaciones de organismos internacionales; estándares para la aplicación de los principios de interdependencia e indivisibilidad, entre otros. Todo ello coadyuva a la aplicación en sede judicial del principio *pro persona*, la interpretación conforme y el control de convencionalidad.

La separación irrestricta y tajante de dos vías que persiguen el mismo objetivo es ya insostenible en el primer cuarto del siglo XXI. Se entiende el origen y la tradición a la luz de conceptos decimonónicos de independencia y autonomía, pero éstas radican más bien en la separación de interés políticos-económicos y de presiones, particularmente de los Ejecutivos Federal o locales y de los poderes fácticos. La independencia y la autonomía no se relacionan con el uso sistematizado y bajo el libre arbitrio del juez de un “documento” público elaborado en ejercicio de competencias constitucionales que puede ser utilizado como un elemento más de prueba dentro de un juicio. Además, dicho “documento” sistematiza información normativa o legal contrastable por los juzgadores y aporta indicios.

Lo que es insostenible hoy es la indiferencia y escasa consideración del ámbito judicial hacia la actividad realizada por décadas en las CDH. Claramente para que los “documentos” sean valorados en mayor medida en sede judicial, es preciso también que las propias CDH reivindiquen y defiendan su propia autonomía de los Ejecutivos federal y locales, así como de los poderes fácticos.

El Estado mexicano es uno y el mandato constitucional sobre él es uno también. El marco convencional aplicable a México, por decisión soberana de nuestro propio país, es uno también. Todos los órganos del Estado mexicano tienen la obligación de cumplir y hacer cumplir el marco constitucional-convencional, que también es uno solo: el derecho internacional es derecho nacional. Es hora de cuestionar, la ausencia de coordinación entre órganos de protección de los derechos humanos, y de reconstruir las sinergias, en pro de la dignidad humana.

Bibliografía

Libros

Courtis, Christian, “El derecho a la alimentación como derecho justiciable: desafíos y estrategias”, en *La protección judicial de los derechos sociales*, Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Raúl (eds.), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009. Disponible en: <http://www.oas.org/en/sedi/dsi/docs/derechos-sociales.pdf>

García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *Constitución y derechos humanos. La reforma constitucional sobre derechos humanos*, 5a. ed., UNAM, Porrúa, México, 2019.

Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2012.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Capítulo introductorio. El nuevo marco de la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional en México”, en *La Reforma Constitucional en Derechos Humanos: Una década transformadora*, México, 2021.

Morales Sánchez, Julieta, *Políticas públicas y derechos humanos*, UNAM, Porrúa, México, 2020.

Revistas

García Sayán, Diego, *Ombudsman y administración de Justicia*, 1998, Consultado el 7 de mayo de 2021. Disponible en: [http://www.portalfio.org/wp-content/uploads/filebase/congresos_y_asambleas/congresos_y_asambleas_\(ii,_iv,_v,_vi,_viii,_ix,_xi,_xii,_xiii,_xiv,_xv\)/1998_carpetas_iii_congreso_-_lima/FIO.IIICON.0019-1998.pdf](http://www.portalfio.org/wp-content/uploads/filebase/congresos_y_asambleas/congresos_y_asambleas_(ii,_iv,_v,_vi,_viii,_ix,_xi,_xii,_xiii,_xiv,_xv)/1998_carpetas_iii_congreso_-_lima/FIO.IIICON.0019-1998.pdf)

Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “La justiciabilidad del derecho a la salud en México y en el Sistema Interamericano de Derechos humanos”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 5, 2019. Disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2019-03/18_GUTIÉRREZ_REVISTA_CEC_SCJN_NUM_5-535-550.pdf

Kurczyn Villalobos, Patricia, “La reforma constitucional en materia de derechos humanos laborales”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Núm. 14, enero-junio de 2012. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rlds/n14/1870-4670-rlds-14-207.pdf>

Rojas Franco, Enrique, “Las relaciones jurídico-institucionales entre el Ombudsman y la administración de justicia en Costa Rica”, *Revista Jurídica Online*,. Disponible en: https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2006/10/20_las_relaciones_juridico.pdf

Valladares, Leo, “El Ombudsman como canal de acceso a la justicia”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 32-33, 2000-2001. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06718-2.pdf>

Jurisprudencia y normas

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Recomendación 1/2011 sobre Violaciones a los derechos humanos cometidas en el contexto de la obra pública denominada “Sistema Vial de Puentes, Túneles y Distribuidores al Sur-Poniente de la ciudad de México (Supervía Poniente)”*, 20 de enero de 2011. Disponible en: https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2014/03/reco_1101.pdf

_____, Recomendación 02/2019. Disponible en: https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2019/06/Reco_022019.pdf

_____, Recomendación 01/2020. Disponible en: <https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2020/10/Recomendaci%C3%B3n-01-2020-2.pdf>

_____, Recomendación 23/2015, Consultado el 8 de mayo de 2021.
Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2015/Rec_2015_023.pdf

_____, Recomendación 37/2012, Consultado el 8 de mayo de 2021.
Disponible en: <https://www.cemda.org.mx/wp-content/uploads/2012/08/Recomendación-37-2012-2.pdf>

_____, Recomendación 82/2018, Consultado el 8 de mayo de 2021.
Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2018/Rec_2018_082.pdf

_____, Recomendación 91/2019, Consultado el 29 de abril de 2021.
Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/comunicado/3584/comunicado-4522019>

_____, Recomendación 93/2019, Consultado el 29 de abril de 2021.
Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/comunicado/3492/comunicado-4122019>

_____, *Recomendación General Núm. 39/2019 sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes ante el incremento de sobrepeso y obesidad infantil*. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-10/RecGral_39.pdf

_____, *Recomendaciones Generales*, Consultado el 30 de abril de 2021.
Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/tipo/226/recomendaciones-generales>

Diario Oficial de la Federación, *Versión vespertina del DOF del 31 de diciembre de 2020*. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=5609365&fecha=31/12/2020&cod_diario=290221

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Tiene plena aptitud jurídica y técnica para determinar si la in-

formación que le es solicitada en los asuntos de su competencia encuadra en la hipótesis prevista en el último párrafo del artículo 14 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental abrogada, Tesis: 2a. CXIII/2017 (10a.), Libro 44, Tomo I, p. 276, julio de 2017, registro digital 2014704.

_____, Control difuso de constitucionalidad ex officio. Sus presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia, Tesis XXVII.1o. (VIII Región) J/8 (10a.), Libro 1, t. II, p. 953, diciembre de 2013, registro digital 2005057.

_____, Principio pro persona como criterio de interpretación de derechos humanos. Test de argumentación mínima exigida por el juez o tribunal de amparo para la eficacia de los conceptos de violación o agravios, Tesis: XVII.1o. P.A.J/9, Libro 23, Tomo IV, p. 3723, octubre 2015, registro digital 2010166.

_____, Procede el Juicio de Amparo cuando la Comisión Nacional de Derechos Humanos desecha un recurso de impugnación por improcedente, Tesis: 1a./J. 23/2018 (10a.), Libro 59, Tomo I, p. 716, octubre de 2018, registro digital 2018074.

_____, Reconocimiento de inocencia. Los planteamientos relativos a los actos de tortura durante la detención del sentenciado, derivados de la recomendación de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (ahora Ciudad de México), emitida al haberse presentado la queja respectiva, no pueden hacerse valer en el incidente relativo, a fin de invalidar la sentencia condenatoria, Tesis I.6o.P92 P (10a.), Libro 48, Tomo III, p. 2140, noviembre de 2017, registro digital 2015669.

Jueza Decimosegundo de Distrito en Materia Administrativa de la Ciudad de México, Acuerdo de fecha 23 de marzo de 2021, Consultado el 29 de mayo de 2021. Disponible en: <https://www.greenpeace.org/static/planet4-mexico-stateless/2021/04/6cd2bae4-versimex-suspension-negada.pdf>

Juez Séptimo de Distrito en el estado de Guerrero, Amparo Indirecto 1157/2007-II, 11 de julio de 2008.

Juez Sexto de Distrito, Acuerdo del 7 de mayo de 2021, Consultado el 8 de mayo de 2021. Disponible en: <https://www.dgepj.cjf.gob.mx/siseinternet/Actuaria/VerAcuerdo.aspx?listaAcOrd=22&listaCatOrg=728&listaNeun=27799223&listaAsuId=1&listaExped=313/2021&listaFAuto=07/05/2021&listaFPublicacion=10/05/2021>

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Imprudencia. Causal prevista en la fracción XVIII del artículo 73, en relación con el artículo 1o., ambos de la Ley de Amparo, cuando se reclama por sí mismo el posible incumplimiento de una recomendación emitida por alguna Comisión de Derechos Humanos, nacional o internacional, Tesis: II.2o.P.76 P, Tomo XVIII, p. 1120, julio de 2003, registro digital 183815.

_____, La negativa a expedir copia de constancias relativas a los expedientes de queja a las partes que la solicitan para exhibirlas en juicio, viola la garantía de audiencia, aun cuando se aduzcan razones de confidencialidad, Tesis: P. XLVIII/2000, Tomo XI, p. 65, abril de 2000, registro digital 191978.

_____, Comunidades y pueblos indígenas. Cualquiera de sus integrantes puede promover juicio de amparo en defensa de los derechos fundamentales colectivos, Tesis: 1a. CCXXXV/2013 (10a.), Libro XXIII, Tomo 1, p. 735, agosto de 2013, registro digital 2004169.

_____, Derecho a la información y garantía de audiencia. Los artículos 48 de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y 104 de su Reglamento Interno, no los violan porque aun cuando establecen como facultad discrecional la expedición de documentos y copias, no la prohíben, Tesis: P. XLVI/2000, Tomo XI, p. 74, abril de 2000, registro digital 191980.

_____, Derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Federal y aludidos en la recomendación de alguna Comisión de Derechos Humanos, amparo procedente en el caso de, Tesis: II.2o.P68 P, Tomo XVIII, p. 1737, agosto de 2003, registro digital 183557.

_____, Facultad de investigación prevista en el artículo 97, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Para ejercerla, los informes rendidos por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos constituyen un dato relevante para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: P. XLVIII/2007, Tomo XXVI, p. 19, diciembre de 2007, registro digital 170750.

_____, Reconocimiento de inocencia. Valor de la recomendación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, Tesis: 1a. XLVII/98, Tomo VIII, p. 344, diciembre de 1998, registro digital 194983.

_____, Suspensión. Resulta improcedente concederla cuando el acto reclamado fue emitido en cumplimiento a una recomendación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Tesis: VIII.A.C.5 K (10a.), Libro XIII, Tomo 4, p. 2830, octubre de 2012, registro digital 2002079.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 631/2012, Consultado el 8 de mayo de 2021. Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=144699>

_____, Amparo en Revisión 241/2015. Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=177252>

Otros

Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la alimentación*, A/HRC/34/48, 24 de enero de 2017. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/34/48>

Campaña Nacional sin Maíz no hay País, *Carta a Lic. Francisco Javier Rebolledo*, en donde exigimos NO dar suspensión definitiva a Bayer-Monsanto, 7 de mayo de 2021. Disponible en: <http://sinmaiznohaypais.org/archivos/2002>

Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Actividades de promoción de los DESCAs*. Disponible en: <http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=60072#lda61037>

_____, *Informe de Actividades 2020*. Disponible en: <http://informe.cndh.org.mx/recomendaciones.aspx>

_____, *Informe de Actividades del 1 de enero al 31 de diciembre de 2015*. Disponible en: http://informe.cndh.org.mx/uploads/principal/2015/Informe_2015_resumen_ejecutivo.pdf

_____, *Informe de actividades del 1 de enero al 31 de diciembre de 2018*. Disponible en: http://informe.cndh.org.mx/uploads/principal/2018/IA_2018.pdf

_____, *Informe especial sobre la situación de los derechos de niñas, niños y adolescentes en centros de asistencia social y albergues públicos y privados de la República Mexicana*. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-11/IE-ninas-ninos-adolescentes-centros-albergues.pdf>

Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, *Comunicados*, Consultado el 29 de mayo de 2021. Disponible en: <https://www.conacyt.gob.mx/Comunicados-217.html>

_____, *Comunicado de Prensa 217, El Conacyt aporta evidencia científica sobre los efectos nocivos del glifosato*, Consultado el 29 de mayo de 2021. Disponible en: <https://www.conacyt.gob.mx/Comunicados-217.html>

_____, *Expediente científico sobre el glifosato y los cultivos GM*, Consultado el 8 de mayo de 2021. Disponible en: https://www.conacyt.gob.mx/PDF/Dossier_formato_glifosato_.pdf

Greenpeace México, *Casi 3 mil piden a Juez ratificar fallo emitido a favor de Monsanto*. Disponible en: <https://www.greenpeace.org/mexico/noticia/10011/10011/>

Linares Martínez, Pablo Francisco, *La Sexta Visitaduría General de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y los DESCAs*, Consultado el 29 de abril de 2021. Disponible en: https://repositorio.lasalle.mx/bitstream/handle/lasalle/607/Núm.23_P.193-199.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Segunda Parte

Fuentes de interpretación

Los principios constitucionales en materia de derechos humanos y su relación con los DESCAs

Sandra Serrano*
Daniel Vázquez**

* Profesora – Investigadora de tiempo completo de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede México (FLACSO).

** Investigador del tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y profesor de tiempo parcial de la FLACSO México.

Los principios constitucionales en materia de derechos humanos y su relación con los DESC. I. Introducción; II. La interpretación conforme y el principio pro persona; III. Los principios de los derechos humanos; IV. Las obligaciones; V. Reflexiones finales; VI. Bibliografía.

I. Introducción

Con la reforma de 2011, el tránsito de las garantías individuales a los derechos humanos en la Constitución mexicana tiene diversas implicaciones que trascienden, por mucho, la simple nomenclatura. El reconocimiento de los derechos humanos establece un grupo de principios sujetos a interpretación y un sistema de protección llamados a guiar toda actividad estatal. Asimismo, las garantías se restringían a interpretarse y regularse en el ámbito nacional, mientras que los derechos humanos son, por su propio desarrollo y naturaleza, transnacionales. Además, los derechos humanos conllevan una dinámica de aplicación que se nutre de un grupo de principios y técnicas interpretativas que buscan asegurar la mayor protección de las personas, mientras que las garantías individuales podían ser interpretadas como cualquier otra disposición jurídica. Se trata, por tanto, de un tránsito de las garantías entendidas en un marco de mera legalidad, a un entendimiento de los derechos como parte de un sistema constitucional e internacional de protección.

Para los derechos económicos, sociales y culturales —DESC—, el cambio constitucional implicó su pertenencia a ese sistema de derechos humanos en igualdad de condiciones con otros conjuntos de derechos como los civiles y los políticos.

Aunque algunos derechos sociales, como los laborales o la educación, ya estaban en la Constitución desde su promulgación en 1917, ocuparon un lugar secundario. Desde la lógica de las garantías individuales solo era derecho exigible aquél donde se estableciera una obligación correlativa y precisa a una autoridad identificable. En este sentido, la mayoría de los derechos sociales establecidos en la Constitución se entendieron como normas *programáticas* sujetas a la decisión política de las autoridades.¹ Hoy queda claro que los derechos económicos y sociales también requieren materializarse, y esto puede hacerse a partir de principios de derechos como la identificación del núcleo básico, la progresividad, la prohibición de regresión y el máximo uso de recursos disponibles.

El elemento clave de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 2011, y las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que la implementaron, es la apertura constitucional al derecho internacional. Las figuras jurídicas recuperadas en el artículo 1º constitucional y el entramado de la reforma constitucional están inspiradas en el desarrollo que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos —DIDH— ha tenido en los últimos treinta años. Esto, a partir de los avances producidos por los órganos de protección internacional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH— y los órganos de tratados de las Naciones Unidas, y una comprensión más densa sobre los derechos humanos y sus vínculos después de la Segunda Conferencia Mundial de Viena en 1993, donde se reconocen los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

La reforma fue la conclusión de una serie de modificaciones al propio texto constitucional que iniciaron años atrás, como el reconocimiento del derecho a la no discriminación y al acceso a la información, o el reconocimiento de México de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en 2005. Para 2011, la Constitución mexicana poco a poco había adoptado algunos avances producidos en el DIDH, y había fortalecido el andamiaje de derechos cubiertos, pero se trataron de reformas

¹ Brito Melgarejo, “La noción de derechos humanos y garantías individuales en la Constitución mexicana”, en *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, pp. 37-52. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4319/6.pdf>.

dispersas, inconexas y que no terminaban de resolver la forma en que el Estado mexicano se vincularía con el DIDH, —a pesar de la abundante firma de tratados en la materia y de la aceptación de la facultad contenciosa de diversos órganos internacionales de protección—. De ahí que la reforma también era necesaria en términos prácticos.

La reforma propuso modificaciones en cinco ejes: i) la ampliación del conjunto de derechos; ii) el ensanchamiento de la titularidad de los derechos; iii) la especificación de las obligaciones de las autoridades; iv) el fortalecimiento de las instituciones de protección —jurisdiccionales y no jurisdiccionales— y v) el énfasis en la protección de los derechos desde las políticas públicas.²

En el artículo 1º constitucional se concentra el corazón de la reforma y la razón por la cual implica un cambio de paradigma: hace de la Constitución un texto dinámico y abierto. En este artículo se establecen dos reglas de remisión al DIDH, una cláusula abierta —las personas gozarán de los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte— y la interpretación conforme —los derechos deberán interpretarse de conformidad con la Constitución y con los tratados—.

Además, el artículo 1º identifica los cuatro principios que regulan la operación de los derechos humanos: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; y cuatro obligaciones generales en materia de derechos humanos: respetar, proteger, garantizar y promover; en términos generales estos principios y obligaciones tienen dos consecuencias prácticas. La primera, todas las autoridades, en el ámbito de su competencia, deben cumplir y realizar los derechos humanos, esto es, la función del Estado se justifica y fundamenta en el cumplimiento de las distintas obligaciones que conllevan los derechos. En segundo lugar, las obligaciones permiten identificar las distintas dimensiones de los derechos para efectos de interpretación, en la medida en que cada obligación implicará entender al derecho de una manera distinta.³ Finalmente, el artículo cierra con el derecho a la no discriminación: columna vertebral del sistema de derechos.

² Salazar Ugarte, “Camino a la democracia constitucional en México”, en *Isonomía*, pp. 190-91.

³ Cf., Serrano y Vázquez, *Los derechos en acción. Principios y obligaciones de derechos humanos*.

En este capítulo hacemos un repaso sobre el sistema de derechos establecido en el artículo 1º constitucional considerando su utilidad en la labor jurisdiccional para la protección de los DESC. En la primera parte se recorre la interpretación conforme y el principio de no discriminación, en la segunda los principios de los derechos humanos y en la tercera parte las obligaciones generales. Cerramos con algunas reflexiones finales. En este capítulo no se incluye el derecho a la no discriminación porque se analiza en la tercera parte de este Manual. De la misma forma, no se profundiza en algunos de los principios, criterios o herramientas, como el núcleo mínimo vital y la no regresividad, porque también se desarrollan en capítulos específicos.

II. La interpretación conforme y el principio *pro persona*

La Constitución establece dos cláusulas para regular la relación entre los derechos humanos de origen nacional y aquellos de origen internacional. A la primera se le llama *cláusula abierta* y la segunda *interpretación conforme*. El primer párrafo del artículo 1º constitucional establece la cláusula abierta en este sentido:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

En este sentido, los derechos humanos que protege el orden jurídico mexicano tienen dos fuentes, por un lado, son aquellos que están establecidos directamente en el texto constitucional y, por otro, todos aquellos que se encuentren en alguno de los tratados internacionales firmados por México. Ello implica que:

- i. Los derechos humanos pueden encontrarse en distintos instrumentos jurídicos y no únicamente en la Constitución, y
- ii. Los derechos humanos de origen internacional pueden encontrarse en distintos tipos de tratados y no solo en aquellos específicos sobre

derechos humanos. Lo que protege la Constitución son los derechos humanos sin importar el tipo de tratado en el que se encuentren. Puede ser un tratado de derecho de los refugiados, de derecho penal internacional o, incluso, uno comercial.

Se trata de una cláusula abierta porque la Constitución es dinámica: pueden incorporarse nuevos derechos a partir del desarrollo del DIDH y de los tratados que sean ratificados por México. Por ejemplo, hasta el 13 de octubre del 2011, la constitución mexicana no contemplaba el derecho a la alimentación, aunque solía recuperarse de forma indirecta a partir del derecho a la salud. Es en esta fecha que se adicionó un párrafo en el artículo 4º constitucional que dice: “Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará”. Suponiendo que dicho párrafo no se hubiera adicionado, la cláusula abierta establecida en el artículo primero constitucional permite garantizar el derecho a la alimentación de todas las personas que se encuentran en el territorio mexicano a través de la aplicación directa tanto del artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículos donde se reconoce el derecho a la alimentación de todas las personas.

Cada avance en el DIDH también hace parte del texto fundamental y debe ser atendido por las autoridades. De esta forma, la Constitución permanece abierta para actualizarse e incorporar mayores protecciones. Lo anterior implica que la Constitución va más allá de su texto específico y se integra con derechos que provienen de distintas fuentes. No olvidemos que los derechos humanos se encuentran en constante construcción, y que esa construcción puede darse en el DIDH. Un buen ejemplo en estos días es el derecho al internet. Hasta antes de la pandemia ocasionada por el COVID-19, probablemente poca gente consideraría la relevancia de contar con internet de forma tal que se le diera un estatus de derecho humano. No obstante, la pandemia y la necesidad de quedarse en casa hizo evidente el impacto en la desigualdad y en el ejercicio de derechos que hay entre tener servicios de conectividad y no tenerlos, por lo que hoy es más sencillo pensar en que tarde o temprano, el internet se consolide como un nuevo derecho humano.

De ser así, su reconocimiento en algún documento internacional tendrá como consecuencia que lo sea también para las autoridades mexicanas.

Por su parte, la *interpretación conforme* regula la relación de la constitución con el DIDH: las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

La interpretación conforme de los derechos humanos debe ser realizada por todas las autoridades del país, lo que incluye a todos los servidores públicos, ya sean judiciales, legislativos, administrativos o de organismos autónomos. De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación —SCJN—, la interpretación conforme tiene dos acepciones:

- A. Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
- B. Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquélla que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.⁴

La primera forma de mirar a la interpretación conforme implica una interpretación armónica, donde lo que se busca es que todos los derechos se entiendan de forma consistente, de tal suerte que se conjugue lo nacional con lo internacional. Ello supone incorporar la interpretación de los derechos y no los derechos por sí

⁴ Cf., SCJN, Expedientes Varios 912/2010.

solos. La interpretación conforme, en sentido amplio, requiere armonizar el contenido de las normas constitucionales e internacionales, a fin de dotar de contenido a los derechos humanos. Ello se debe llevar a cabo por medio de un “sistema de reenvíos”, por el que debe realizarse una interpretación sistémica de disposiciones que pueden estar en diversas fuentes jurídicas.⁵ Por ello la preferencia está en la argumentación sustantiva de los derechos y no en la relación formal entre las disposiciones jurídicas.

La segunda de las acepciones se circunscribe a aquellos casos donde existen diferentes interpretaciones respecto de una disposición, incluso algunas que pueden ser contradictorias. En este caso, la interpretación conforme, en tanto interpretación relacional, implica que los operadores jurídicos deben ceñirse a aquella interpretación que realice de mejor manera los derechos humanos contenidos en la Constitución o en tratados internacionales. La interpretación conforme en sentido estricto parte de que las disposiciones son constitucionales, pero que existen interpretaciones diversas y dentro de ellas debe preferirse la que mejor proteja o realice los derechos. Este aspecto de la interpretación conforme es una preferencia interpretativa, mientras que la primera es un ejercicio de armonización interpretativa, ya sea que existan o no múltiples interpretaciones.

La interpretación conforme se suele pensar como una herramienta que solo debe utilizarse cuando se interpreta directamente un derecho. Lo cierto es que cada una de las instituciones jurídicas y normativas aplicables por las autoridades judiciales suele responder a un derecho. Así, la interpretación conforme busca que la forma en que se utilice el derecho, en lo general, se nutra de la interpretación de los derechos humanos —de origen nacional e internacional—. El funcionamiento del derecho no está abstraído de los derechos humanos.

Lo anterior no significa, sin embargo, que la interpretación judicial deba detenerse a analizar cada institución o disposición jurídica de tal forma que se entorpezca

⁵ Caballero Ochoa, “La interpretación conforme en el escenario jurídico mexicano. Algunas pautas para su aplicación a cinco años de la Reforma Constitucional de 2011”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* II, pp. 37-62.

el funcionamiento judicial. El uso de la interpretación conforme significa que, en la generalidad de los casos, los derechos y los elementos básicos que permiten la discusión de la litis —por ejemplo, la obligación de proporcionar alimentos, el proceso de determinación de intereses, un desalojo etc.— deben ser discutidos a partir de una interpretación conforme en sentido amplio. Cuando la discusión requiere el análisis de un derecho en particular, entonces siempre se requerirá la interpretación en sentido amplio y, de ser el caso, también en sentido estricto.

Para el caso de los DESC la interpretación conforme resulta fundamental porque permite integrar contenidos y parámetros de los derechos que todavía no han sido suficientemente desarrollados por los tribunales nacionales, en particular, a partir de los criterios del Comité DESC y de los procedimientos especiales de Naciones Unidas en la materia.

La inclusión de las figuras de la cláusula abierta y la interpretación conforme en la constitución incrementan el derecho constitucional. Hoy, la Constitución mexicana es el texto de los 136 artículos más todos aquellos derechos humanos que se encuentren en los tratados internacionales firmados y ratificados por México. Así, la Constitución ya no es solo el texto como tal, sino que incorpora a los derechos humanos cuyo origen es en un tratado internacional y que obliga a las autoridades a entender y aplicar todo derecho a la luz de los avances que esos derechos tengan en el DIDH.

Habrán casos en donde, por más que nos esforzamos, será imposible compatibilizar la interpretación del DIDH con el derecho local; en particular, el derecho infraconstitucional. Aquí cobra importancia el *principio pro persona*. Se trata de una herramienta utilizada en casos donde existan antinomias o contradicciones normativas o interpretativas. Este principio conlleva una elección normativa o interpretativa para:

- i. Seleccionar la disposición que proteja de mejor manera o que favorezca a la persona.
- ii. Seleccionar la interpretación que sea más protectora de la persona.
- iii. Seleccionar la disposición que restrinja lo menos posible los derechos de la persona.

A diferencia de la interpretación conforme, el principio *pro persona* tiene una meta más sencilla: dada una contradicción, identificar cuál es la norma aplicable a un caso concreto. El principio *pro persona* no implica poner a competir a dos partes en el juicio, por ejemplo, víctima contra imputado. Es una operación de selección entre normas o interpretaciones contradictorias. Por tanto, no sobrepone los derechos de una persona sobre los de otra. En la aplicación de las leyes, las autoridades judiciales —y cualquier autoridad pública— deben elegir la norma más favorable o su interpretación más favorable. De la misma manera, el principio *pro persona* también entra en funcionamiento cuando se está ante normas que restringen derechos. En este caso, el principio implica seleccionar la norma o la interpretación que menores restricciones implique para el derecho.

Cabe señalar también que, en su vertiente interpretativa, el principio *pro persona* busca que el contenido del derecho alcance su mayor nivel de protección posible. Esto es, parte de una intención expansiva del contenido de los derechos y limitativa respecto de las restricciones, de tal manera que siempre se busque el mayor alcance posible. Al entenderse así, el principio *pro persona* también se relaciona con la interpretación conforme en su sentido armónico, pues al integrar los contenidos normativos se busca ampliar el contenido y alcance de los derechos humanos.

III. Los principios de los derechos humanos

El tercer párrafo del artículo 1º constitucional reconoce cuatro principios de los derechos humanos: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Estos principios establecen la dinámica bajo la que operan los derechos humanos: el vínculo derechos-personas, las relaciones entre derechos y su necesaria evolución gradual.

1. El principio de universalidad

La universalidad de los derechos humanos se construye en relación directa con la idea de la igualdad.⁶ Así, Ferrajoli señala que “universalismo de los derechos

⁶ Serrano y Vázquez, *op. cit.*

fundamentales e igualdad jurídica son exactamente la misma cosa”, en tanto la igualdad jurídica no es más que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales, “independientemente por el hecho, y, al contrario, precisamente por el hecho de que sus titulares son diferentes entre ellos”.⁷

La propuesta es que, más que pensar a la universalidad en su debate teórico o filosófico, necesitamos pensarla como una herramienta que ayuda a hacer viable y aterrizar el principio de igualdad. La lógica es la siguiente: los derechos humanos son universales porque son predicables de todos los seres humanos y por ello mismo los derechos humanos no pueden ser definidos exactamente igual para todos y en toda circunstancia. Para ser universales, los derechos necesitan ser interpretados a la luz de las circunstancias de cada persona. Por ejemplo, pensemos en un hombre de clase alta que vive en Polanco, y una mujer, indígena, hondureña, en condición de pobreza, migrante, que viaja con su hija de 7 años y que en este momento está Tamaulipas, caminando rumbo a EUA. Ambos tienen todos y los mismos derechos, entre ellos, el derecho a la vida y a la integridad personal. Pero los esfuerzos que debe realizar el Estado para garantizar el derecho a la integridad personal de la mujer serán totalmente distintos con respecto a los que debe realizar para garantizar el mismo derecho con respecto al hombre. La propuesta es pensar la universalidad en este sentido, no sólo que todas las personas tenemos los mismos derechos, sino que todas las personas debiéramos poder ejercer los mismos derechos. Aquí, en esta segunda elaboración, el contexto importa. Aplica exactamente igual si lo que pensamos son derechos económicos y sociales, y lo que tenemos son dos personas que se encuentran en los lugares opuestos de la escala de ingresos. Una de ellas en el primer decil con cero ingresos, y la otra en el último decil, con cientos de millones mensuales. Los esfuerzos del Estado para garantizar los derechos a la vivienda, educación, salud, alimentación, por mencionar algunos, será totalmente distinta.

Esta forma de comprender a la universalidad requiere entender al derecho en general, y a los derechos en particular, desde un paradigma donde ambos son

⁷ Ferrajoli, “El principio de igualdad y la diferencia de género”, en *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, pp. 13-14.

dinámicos, es decir, no hay un parámetro fijo a partir del cual pueda mirarse a todas las personas, sino uno donde todos somos igualmente diferentes pero, al mismo tiempo, igualmente valorados en términos jurídicos.

El aspecto central de la universalidad es que permite pensar a la igualdad desde el contexto de opresión cotidiana de la gente, sumar al análisis jurídico las relaciones sociales como factores de desigualdad y, en especial, tener presente que el análisis de estas relaciones es relevante para poder generar no sólo formulaciones normativas, sino también garantías de efectividad. Pensar a los derechos desde la universalidad lleva a asegurar la efectividad de los derechos humanos. El principio del *efecto útil* solo se realiza cuando se caracteriza a los derechos de tal manera que respondan a las distintas circunstancias y condiciones que enfrentamos los seres humanos.

La universalidad así entendida tiene dos consecuencias: i) la centralidad del sujeto de derechos en su contexto y ii) la reinterpretación de los derechos a partir de las necesidades locales y particulares. La primera tiene que ver con la importancia de considerar el contexto individual, social y estructural de la persona a fin de identificar sus particularidades y necesidades, mientras que la segunda impacta la interpretación de los derechos a la luz del contexto de la persona. Pensemos entonces la universalidad a partir de cinco herramientas concretas: el enfoque diferencial del acceso a la justicia, el contexto individual, el contexto social, el contexto estructural y la reinterpretación de derechos.

A. Enfoque diferencial del acceso a la justicia

El enfoque diferencial de acceso a la justicia es una aproximación al caso en su conjunto que realiza la autoridad judicial para modificar cada una de las partes del procedimiento y hacerlo accesible a los requerimientos de cada sector poblacional a fin de evitar condiciones de desigualdad. Atiende al proceso mismo y no a la situación bajo análisis. El objetivo es garantizar que las condiciones procesales sean materialmente iguales para las partes y, por tanto, requiere que el proceso se adecúe a las circunstancias de las personas en el juicio.

B. Contexto individual

Consiste en identificar las circunstancias particulares de las personas: quiénes son, grado de estudio, hijos, profesión, actividad, etc. Lo que interesa es conocer si alguna de esas circunstancias tiene alguna incidencia en el caso, aunque sea de forma indirecta. El objetivo de la herramienta es que las autoridades judiciales identifiquen las condiciones particulares en las que llega a juicio una persona, de tal manera, que su decisión no implique la imposición de una sanción desproporcional o con un mayor grado de afectación para la persona involucrada.

La herramienta se utiliza siempre que de las circunstancias del caso se desprenda la existencia de una situación específica que pone a la persona en un mayor riesgo, vulnerabilidad o discriminación. Por ejemplo, por ser pobre, no tener educación, no tener redes familiares o de amigos, etc. En este caso no es necesario que la persona parte en el juicio pertenezca, por su identidad, a un sector en situación de discriminación o subordinación, sino sus condiciones personales.

La identificación del contexto individual debe utilizarse para verificar en qué medida la situación que se vive se relaciona con ese contexto individual y, por tanto, tomar las medidas apropiadas para hacerse cargo de ese contexto.

C. Contexto social

Los asuntos deben entenderse en el contexto del sector en situación de discriminación o subordinación al que pertenece la persona a fin de estar en posibilidad de hacerse cargo de la desigualdad como lo exige el derecho a la igualdad y el principio de universalidad.

El objetivo de la herramienta es ubicar el caso en las condiciones de subordinación que vive un sector determinado, de tal forma que se establezca la relación entre la persona específica y lo que le sucede al sector en situación de discriminación al que pertenece. Esto es, lo acontecido en un caso específico no sucede de manera aislada o única, sino que es reflejo de un contexto social de discriminación o subordinación hacia un sector.

La pregunta básica es: ¿lo que sucede o sucedió encuentra su razón de ser en la pertenencia de una persona a un sector en situación de discriminación? ¿Entre las personas vinculadas al caso subyace una relación asimétrica de poder? ¿Están involucradas personas que han sido tradicionalmente discriminadas en virtud de las llamadas categorías sospechosas? ¿Cuál es el contexto en el que se desarrollan los hechos?

Lo que interesa es mirar las condiciones que permiten la subordinación del sector, pero también la forma en que se manifiesta y, finalmente, las posibles soluciones. Así se aportará información sobre las causas y se acompañará el caso desde la determinación de medidas de protección hasta la determinación de las medidas de reparación. En términos prácticos, esto implica que el derecho se nutra de la realidad para reconstituirse y dar respuestas reales a los problemas humanos. Los derechos no son solo normas generales y abstractas, sino que deben brindar soluciones.

Se trata, por ejemplo, de la pregunta sobre la razón de género. ¿Lo que sucede, pasa por una razón de género? Si en el agregado las mujeres tienen menos acceso a los empleos formales que los hombres, también puede ser que tengan un menor ingreso, menos acceso a créditos de vivienda o que su límite de crédito sea menor. Por tanto, el hecho de ser mujeres impacta de manera diferenciada el acceso a todos esos derechos.

D. Contexto estructural

La universalidad no solo se enfoca en los grupos o sectores históricamente subordinados, sino que le interesa mirar a las personas en las distintas posibles desigualdades, particularmente las económicas y políticas. En este sentido, el contexto estructural, en tanto redistribución económica y representación política también impacta el ejercicio de los derechos humanos.

La pregunta básica que desde aquí se formula es cómo la situación económica y política de la persona afecta el ejercicio de sus derechos. Desde el contexto estructural entonces la persona es situada más allá de su pertenencia o no a un

grupo o sector en situación de discriminación, sino respecto de sus carencias económicas y en cuanto a poder de decisión. Estar en condiciones de pobreza, por ejemplo, impacta el ejercicio de todos los derechos sociales, desde su acceso hasta su calidad. Pero también repercute en la capacidad de decidir la propia vida. Por ejemplo, un obrero en un sindicato de los llamados “blancos” tendrá poco o nulo poder de decisión respecto a sus condiciones de trabajo y salariales.

E. Reinterpretación de los derechos

Los distintos contextos en los que se sitúa a las personas deben resultar en una re-caracterización de los derechos que sea capaz de incorporar la situación de la persona en el sentido de la aplicación de la norma. Surge una lectura de los derechos y el derecho a partir de la igualdad, pero no para determinar si la norma permite o no un trato igual, sino para que una disposición o una institución jurídica sea capaz de incorporar los contextos de las personas en el discurso, interpretación y aplicación de lo jurídico. Lo que permite es ampliar la base de interpretación de los derechos, pero también de cualquier institución jurídica, a fin de comprender las condiciones de una persona o sector social. Esta reinterpretación se realiza a partir de la propia interpretación conforme a su sentido armónico y del principio *pro persona* en su vertiente interpretativa.

2. Los principios de interdependencia e indivisibilidad

Ambos principios tienen su origen en la falsa distinción que se establecía entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, dando primacía a unos u otros. Los principios buscan establecer la relación entre los derechos humanos, a partir de considerar que unos y otros se refuerzan, y que no hay jerarquías entre ellos.

La interdependencia lleva a identificar las relaciones condicionantes entre los derechos, por ejemplo, el derecho al agua se hace necesario para asegurar el derecho a la salud. Es decir, existen relaciones entre los derechos que permiten la existencia y efectividad de unos y otros. Por tanto, la interdependencia supone

la existencia de cadenas lógicas entre los derechos, no abstractas, sino concretas, atienden a las condiciones de cada caso particular. Asimismo, debe considerarse que, así como el fortalecimiento de un derecho lleva al de otros, la violación de un derecho también desencadena otras violaciones.

La indivisibilidad también manifiesta esta unidad de los derechos humanos, pero para eliminar cualquier tipo de jerarquía entre ellos, de tal forma que todos son igualmente relevantes. En términos prácticos, esta indivisibilidad reviste especial importancia, pues permite identificar las causas que originan las violaciones a derechos humanos. En muchas ocasiones, el origen de actos de represión que conllevan atentados a la integridad personal, libertad de expresión, libertad personal o un debido proceso, tienen su causa en la violación de derechos sociales. Por ejemplo, cuando una población que no recibe agua potable se manifiesta y es reprimida, o cuando un colectivo de trabajadores toma las calles para exigir mejores condiciones laborales y también son reprimidos.

En resumen, dos son los puntos centrales de estos principios: no hay jerarquías de derechos, —ninguno es más importante que otro— y todos los derechos están relacionados. Esto se torna relevante en casos en donde tenemos violaciones sistemáticas de los derechos humanos. La gobernanza criminal por redes de macrocriminalidad es un caso donde se violan derechos civiles y políticos. La pobreza es otro donde se violan múltiples derechos económicos y sociales. Una persona que vive en condiciones de pobreza, en especial si es pobreza extrema, sufre de violaciones a múltiples derechos: seguramente no tiene un trabajo formal, con prestaciones de ley, evidentemente no tiene un ingreso suficiente, por ende, tampoco accede al derecho a la alimentación, ni a vivienda digna, normalmente carece de acceso al agua, y a la educación.

Si bien no hay jerarquías de derechos, lo que sí podemos pensar son derechos llave, derechos que permitan el acceso a otros derechos, en especial en condiciones de violaciones sistemáticas. Por ejemplo, frente a las condiciones de pobreza extrema, el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social ha especificado en diversos diagnósticos que la formulación de una política que permita la salida sostenida y de largo plazo de la pobreza implica apuntalar dos

aspectos: la formación de más empleo formal y el aumento acelerado del salario. En la medida que las personas tengan empleo formal y un mejor salario, estos dos derechos servirán como derechos llave para acceder a otros derechos como la seguridad social, la alimentación, la salud y la vivienda, por mencionar algunos.

3. El principio de progresividad

La progresividad involucra tanto gradualidad como progreso. La primera se refiere a que la efectividad de los derechos no se logrará de una vez y para siempre, sino que se trata de un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazos. El progreso evidencia que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. La progresividad requiere del diseño de planes para avanzar hacia el mejoramiento de las condiciones de los derechos mediante el cumplimiento de dichos planes. Los derechos humanos codificados en tratados no son más que un mínimo, su progresión se halla en manos de los Estados. Acompañado de este principio está la prohibición de regresión, esto es, una vez logrado el avance en el disfrute de los derechos, el Estado no podrá disminuir el nivel alcanzado, salvo en ciertas circunstancias —por ejemplo, un grave desastre natural—. ⁸

La progresividad parte de considerar un contenido mínimo de los derechos que los Estados deben cumplir y a partir del cual los derechos deben progresar. El análisis a profundidad de ese mínimo se hace en otro capítulo de este Manual. ⁹ Baste señalar por ahora que el principio de progresividad se debe entender relacionado con otros tres: núcleo básico de derechos, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles.

Líneas arriba comentamos que en pleno siglo XXI la universalidad debe entenderse como que todas las personas deberían ejercer los mismos derechos. Sin embargo, esto no nos debe llevar a la idea equivocada de que todas las personas deben ser iguales en todo, cosa que no es ni posible ni deseable. Sino que todas las personas

⁸ V., al respecto la contribución de Christian Courtis, en esta misma obra.

⁹ V., al respecto, la contribución de Leticia Morales, en esta misma obra.

deberían poder gozar al menos de los núcleos básicos o contenidos esenciales de todos los derechos. El núcleo básico del derecho es el conjunto de elementos que, si no están presentes, es como si el derecho dejara de existir. Por ejemplo, para la educación, el núcleo básico es la educación básica. Para la alimentación, al menos la ingesta de calorías mínima diaria. Para el acceso al agua, un número mínimo de litros de agua por cualquier medio de suministro. Si esas cosas mínimas no existieran, el derecho desaparecería por completo.

Una vez que tenemos el núcleo básico del derecho que se debe garantizar a todas las personas, entonces entra en acción el principio de progresividad: la mejora sistemática del derecho. De la mano con la prohibición de regresión, una vez que un derecho se ha mejorado, salvo condiciones extraordinarias, no debe dar marcha atrás. Por último, la forma de garantizar que esto suceda, que tengamos una marcha progresiva del derecho, es que aplicamos el principio de máximo uso de recursos disponibles, ya sean materiales, de capital, humanos, legales, de cualquier tipo. En la medida que el Estado tenga más recursos, el excedente se debe utilizar para garantizar la progresividad de los derechos.

Como la persona lectora seguro se dará cuenta, estos principios tienen especial utilidad para concretar las obligaciones a cargo del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales, así como para realizar el análisis tanto presupuestal como fiscal a fin de garantizar los recursos necesarios para el ejercicio efectivo de esos derechos.

IV. Las obligaciones generales

Los derechos humanos adquieren significado a la luz de las obligaciones generales. Estas obligaciones son marcos que permiten identificar la conducta estatal esperada a partir de los hechos que presenta el problema de derechos humanos y de la identificación de las distintas dimensiones de la conducta esperada. Cada derecho humano se comporta de distinta manera al relacionarlo con las obligaciones generales. Así, la conducta estatal exigida para el respeto al derecho a la vivienda será distinta a la exigida para protegerla, garantizarla o promoverla.

Aunque tradicionalmente se han entendido las obligaciones a partir de la simple dicotomía entre un hacer y un no hacer, las obligaciones en materia de derechos humanos constituyen un continuo de actos tanto positivos como negativos. De tal forma que todos los derechos implican tanto acción como no interferencia por parte de los agentes estatales e, incluso, de los particulares. Así, estas obligaciones proporcionan un mapa o guía para determinar qué conducta estatal era la esperada y, por tanto, precisar la violación a derechos humanos a fin de determinar el camino a seguir para su debida reparación.

Obligación	Objetivo respecto del derecho	Conducta requerida para salvaguardar el derecho	Violación de derechos humanos	Cumplimiento
Respetar	Mantener	Negativa, el Estado se debe abstener	Positiva, el Estado la viola cuando actúa	Inmediato
Proteger	Mantener	Negativa y Positiva	Negativa y positiva	Inmediato y Progresivo
Garantizar	Realizar y mejorar	Positiva (acción)	Negativa, el Estado la viola cuando no actúa	Inmediato y Progresivo
Promover	Mejorar	Positiva (acción)	Negativa, el Estado la viola cuando no actúa	Progresivo

Fuente: Serrano y Vázquez, *Los derechos en acción. Principios y obligaciones de derechos humanos*.

La relación de estas obligaciones con cada uno de los derechos humanos es lo que nos dará diferentes dimensiones. Por ejemplo, en cuanto al derecho a la salud, se respeta tal derecho si no se interfiere una consulta con el médico, pero se garantiza siempre y cuando el servicio médico esté disponible, sea de calidad y suficiente para toda la población. Se protege cuando se generan los mecanismos de exigibilidad frente a una negligencia médica; y se promueve cuando el gobierno nos da información sobre nuestro derecho a la salud, y los mecanismos para

hacerlo efectivo. Así, cada obligación nos mostrará una faceta diferente del mismo derecho.

Estas obligaciones generales constituyen una base fundamental para la elaboración de políticas públicas, pues permiten identificar con precisión las acciones a seguir para realizar los derechos humanos. Para la labor jurisdiccional también resultan imprescindibles pues de lo que se trata es de identificar con la mayor claridad posible cuál era la conducta estatal esperada y cuál fue la que efectivamente se llevó a cabo. En las brechas entre lo establecido por las obligaciones a cargo del Estado, y lo realmente realizado por el gobierno encontramos las violaciones a derechos humanos y las fallas institucionales o de prácticas que la permitieron. Es decir, las obligaciones nos permiten identificar las debilidades estructurales propias de los casos de violaciones de los derechos económicos y sociales.

Cada derecho tendrá, al menos, cuatro comportamientos diferentes, uno por cada obligación y, en consecuencia, cuatro conductas esperadas. Las obligaciones les dan distintas dimensiones a los derechos humanos, tanto para civiles como para sociales, como se puede ver en el ejemplo a continuación:

Obligación	Libertad de expresión	Salud
Respetar	No establecer censura previa	No impedir el uso de los servicios de salud
Proteger	Supervisión de las concesiones otorgadas para la explotación de los medios de comunicación	Supervisión de los hospitales privados
Garantizar	Crear un marco jurídico apropiado y las instituciones necesarias para que la población pueda difundir sus ideas	Crear el marco normativo e institucional para dotar a la población de los medicamentos básicos
Promover	Diseñar políticas que tiendan a la ciudadanización de los medios de comunicación	Establecer los mecanismos para lograr la provisión de todo tipo de medicamentos a la población

Fuente: elaboración propia.

1. Obligación de respetar

Constituye la obligación más inmediata y básica de los derechos humanos, en tanto implica no interferir con, o poner en peligro los derechos humanos. Esto es, las autoridades deben abstenerse de violar derechos. Se trata de una obligación tendiente a mantener el goce del derecho, su cumplimiento es inmediatamente exigible, cualquiera que sea la naturaleza del derecho. Ninguno de los órganos pertenecientes al Estado en cualquiera de sus niveles —federal, estatal o municipal— independientemente de sus funciones —ejecutivas, legislativas o judiciales— debe violentar los derechos humanos, ni por sus acciones ni por sus acciones. Por ejemplo, la negativa a brindar atención médica de urgencia es violatoria del derecho a la salud a la luz de la obligación de respetar.

La obligación de respetar se relaciona con las restricciones a los derechos humanos. Si se restringe el goce o ejercicio de un derecho más allá de lo permitido, la obligación que se viola es la de respetar. Así, una restricción a derechos debe estar establecida por ley, tener un objetivo o fin legítimo, —la protección de otro derecho— ser conducente para conseguir ese fin, proporcional —restringir el derecho en la medida estrictamente necesaria para obtener el objetivo— y ser la única alternativa o la más viable. Cuando estos requisitos no se cumplen, el derecho humano se viola a la luz de la obligación de respetar.

2. Obligación de proteger

Se trata de una obligación dirigida a los agentes estatales, en el marco de sus respectivas funciones, para prevenir las violaciones a los derechos humanos cometidas por otros particulares. Esta obligación incluye la creación del marco institucional y jurídico para cumplir ese fin. Se trata de una obligación positiva del Estado para desplegar múltiples acciones a fin de proteger a las personas de las interferencias provenientes de los particulares. Por ejemplo, la creación de leyes penales que sancionen la violación de un derecho.

En un primer nivel, la protección conlleva la obligación de regulación, es decir, la imposición por parte de la autoridad estatal de prohibiciones o mandatos hacia los particulares; tales como las obligaciones de limitar la jornada de trabajo y

pagar cotizaciones sociales, la obligación de no verter residuos tóxicos, la de hacer accesibles a las personas con discapacidad los edificios de uso público o la de proveer los tratamientos indicados en un plan mínimo obligatorio como condición para operar como prestador privado de salud.

En un segundo nivel, implica para el Estado la obligación de monitorear y supervisar el cumplimiento de esas obligaciones por parte de los particulares; se trate de empleadores, empresas con capacidad contaminante, prestadores privados de salud, establecimientos privados de educación, empresas concesionarias del servicio de agua y otros sujetos privados relevantes. El Estado tiene la obligación de crear la estructura institucional que permita el monitoreo y supervisión; por ejemplo, el inspectorado en materia de trabajo, o la superintendencia en materia de salud o educación; y de dotarla de recursos humanos y materiales suficientes para permitirles cumplir con su finalidad.

En tercer término, cuando —pese al monitoreo o supervisión— los particulares concernidos incumplen con sus obligaciones y, así, afectan o pueden afectar derechos, corresponde al Estado la creación de mecanismos imparciales, independientes y efectivos de reclamo o de sanción, que permitan a las víctimas o a quien las represente demandar la imposición de sanciones y el deber de reparar debidamente las afectaciones a derechos, intereses legítimos o bienes públicos.

3. Obligación de garantizar

La obligación de garantizar tiene por objeto realizar el derecho y asegurar para todos la habilidad de disfrutarlos. En este sentido, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la obligación de garantizar implica “el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.¹⁰

¹⁰ Cf., Corte IDH, Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*.

La obligación de garantizar conlleva dos conductas para hacer efectivos los derechos humanos:

- i. Adoptar medidas. Se refiere a la creación y adecuación de la infraestructura legal y la maquinaria institucional de la que depende la realización de los derechos. Cada derecho humano va a requerir de un desarrollo legislativo, pero también de que instituciones estatales encargados de su realización o monitoreo.
- ii. Provisión de bienes y servicios para satisfacer los derechos. El Estado debe proveer a las personas con los recursos materiales necesarios para que logren disfrutar de sus derechos. El objetivo es asegurar el acceso al derecho a aquellas personas que de otra forma no podrían obtenerlo. En este sentido, este deber no implica la provisión de todos los bienes y servicios para toda la población, sino solo para aquellos que no puedan obtenerlos por sí mismos, dado un contexto determinado. Como hemos mencionado anteriormente, el cumplimiento del núcleo básico de los derechos cuya garantía requiere la provisión de bienes y servicios, constituye una obligación de inmediato cumplimiento, independientemente del derecho de que se trate. La obligación de progresividad supone la carga estatal de expandir y mejorar continuamente el acceso y la calidad de esos bienes y servicios.

En particular para la adopción de medidas para realizar los derechos humanos, y en particular los DESCAs, operan los llamados elementos esenciales que establecen parámetros a partir de los cuales los derechos deben ser cumplidos y realizados. Por ejemplo, en materia de derecho a la salud, los parámetros relevantes son:

- A. Disponibilidad: que la realización de los derechos sea suficiente. Por ejemplo, debe existir un hospital cada determinado número de personas, a fin de que sea posible atender a dicha población. Si hay pocos hospitales y mucha gente, no habrá una disponibilidad suficiente.
- B. Accesibilidad: que las personas puedan disponer del derecho y no se vean impedidas por cuestiones geográficas, económicas o de discrimi-

nación. Por ejemplo, el hospital debe estar a una distancia tal que permita a las personas llegar en tiempo ante una emergencia o bien que no existan obstáculos excesivamente gravosos que dificulten la llegada al hospital. Si el hospital está disponible para una población, pero se encuentra demasiado lejos o un trayecto dificultoso, —por ejemplo, atravesar un río— entonces estará disponible pero no será accesible en términos geográficos. Aún más, puede ser que el hospital esté cerca, pero que para brindar los servicios se cobre una cuota demasiado alta para la población objetivo, entonces el hospital no será asequible. Finalmente, puede que el hospital esté accesible en términos geográficos y económicos, pero que no brinden atención a las personas de una población indígena. En este último caso, no habrá accesibilidad por discriminación.

- C. Calidad: que tenga el potencial de lograr el derecho. Siguiendo el ejemplo del hospital, el personal y los recursos deben ser tales que efectivamente permitan asegurar una atención médica tal que se garantice el más alto nivel posible de salud. Donde no hay suficiente personal, equipo, medicamento, etc., aunque se cuente con la infraestructura del hospital, no habrá calidad.
- D. Aceptabilidad: que se considere a la población objetivo para la realización del derecho. De contar con un hospital en una población indígena, este deberá considerar los procesos de la comunidad respecto de la enfermedad e, incluso, incorporar algunas de las prácticas de dicha población, por ejemplo, la incorporación de parteras entre el personal médico. La idea es que estos hospitales y clínicas deben diseñarse e implementarse considerando el lugar donde estarán y la población a la que se atenderá.

Como se puede ver, garantizar los derechos no es algo que se puede realizar desde una sola visión o desde meros parámetros de racionalidad de la política pública. De hecho, implica incorporar criterios de razonabilidad que busquen hacer efectivo el disfrute de los derechos.

4. Obligación de promover

Esta obligación tiene dos objetivos, por una parte, que las personas conozcan sus derechos y mecanismos de defensa y, por otra, avanzar en la satisfacción del derecho, esto es, ampliar su base de realización. No se trata de un mero deber promocional, sino que debe tenderse al desarrollo del empoderamiento de los ciudadanos desde y para los derechos. Ello requiere de una perspectiva que considere a las personas como titulares de derechos y no como meras beneficiarias de programas sociales. En este sentido, las obligaciones son conceptualizadas como conductas estatales y no como bienes transferibles.

V. Reflexiones finales

El sistema de derechos humanos reconocido en el artículo 1º constitucional establece las bases para la operación general de los derechos humanos y brinda posibilidades de interpretación e integración, de determinación de la conducta estatal esperada y, fundamentalmente, de reconocimiento del papel central de la persona para lograr el disfrute de los derechos. Ese andamiaje debe ser considerado por las autoridades judiciales en sus determinaciones. De lo que se trata es que los derechos tengan un efecto útil.

El paso que es necesario dar en este momento es internalizar las herramientas de interpretación, los principios y las obligaciones en la función jurisdiccional, de tal manera que los derechos humanos no solo aparezcan como meras normas a citar o a las cuales recurrir cuando el caso directamente lo exija. La apropiación de los derechos humanos pasa por internalizar sus mecanismos de funcionamiento tal como están reconocidos en el artículo 1º constitucional.

Bibliografía

Libros

Brito Melgarejo, Rodrigo. “La noción de derechos humanos y garantías individuales en la Constitución mexicana”, en Esquivel, Gerardo, Salazar, Pedro

e Ibara Palafox, Francisco (eds.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, volumen 2, IJ-UNAM, México, 2017, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4319/6.pdf>.

Ferrajoli, Luigi. “El principio de igualdad y la diferencia de género”, en Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (eds.), *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, Fontamara-SCJN, México, 2010.

Serrano, Sandra, y Vázquez, Daniel. *Los derechos en acción. Principios y obligaciones de derechos humanos*. 2a edición. México: FLACSO MÉXICO 2020).

Revistas

Caballero Ochoa, José Luis. “La interpretación conforme en el escenario jurídico mexicano. Algunas pautas para su aplicación a cinco años de la Reforma Constitucional de 2011”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales II*, núm. 3, 2016.

Salazar Ugarte, Pedro. “Camino a la democracia constitucional en México”, *Isonomía*, núm. 36, 2012.

Jurisprudencia y normas

Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Fondo., Núm. 4, 29 de julio de 1988.

SCJN. *Expedientes Varios 912/2010*, Núm. 912/2010, 14 de julio de 2011.

Los tratados internacionales de derechos humanos y su interpretación en sede internacional como fuente de aplicación de los DESCAs para los jueces mexicanos

Christian Courtis*

* Funcionario de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, donde ha trabajado en temas de derechos económicos, sociales y culturales, desarrollo sostenible y género, entre otros. Es profesor (en uso de licencia) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y ha sido profesor visitante e invitado del ITAM y de otras universidades de América Latina, Estados Unidos y España.

Los tratados internacionales de derechos humanos y su interpretación en sede internacional como fuente de aplicación de los DESCAs para los jueces mexicanos. I. Introducción; II. Los tratados internacionales como fuentes de interpretación en materia de DESCAs; III. Fuentes internacionales relevantes en materia de DESCAs; IV. A modo de conclusión.

I. Introducción

Tomando como base el contenido de los principios constitucionales en materia de derechos humanos contenidos en el artículo previo, este capítulo ofrece un panorama sobre los instrumentos interpretativos que desarrollan el contenido de los DESCAs en sede internacional, y en particular sobre la labor interpretativa del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Comité DESC—. A la luz del artículo 1ro. constitucional y de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, esta labor interpretativa constituye una guía para la aplicación, por parte de los jueces mexicanos, de los derechos económicos, sociales y culturales incluidos tanto en la Constitución política como en los tratados internacionales ratificados por México. Se ofrecerán ejemplos concretos —sin pretensión de exhaustividad— del desarrollo de obligaciones generales y del contenido de algunos derechos. El artículo incluirá también referencias y ejemplos sobre otras fuentes internacionales de interpretación útiles.

II. Los tratados internacionales como fuentes de interpretación en materia de DESCAs

De acuerdo con el artículo 1ro de la Constitución Política, “[e]n los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos

en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”. En sentido convergente, “[l]as normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

De estas normas se desprenden consecuencias normativas de gran proyección.¹ La primera es la instauración, por parte de la propia Constitución, de *un bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos*,² constituido por una doble fuente: los derechos humanos reconocidos en la Constitución, y los derechos humanos incluidos en tratados internacionales ratificados por México.

La segunda es el requerimiento, por parte de la Constitución, de que la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos sea conforme tanto al texto constitucional como a los tratados internacionales.³

La tercera es la consagración, en materia de interpretación de derechos humanos, de la interpretación *pro persona*.⁴ Es decir: en caso de que el alcance del derecho humano en cuestión difiera en el texto constitucional y en el de uno o más tratados de derechos humanos, debe preferirse la interpretación más amplia y favorable a la persona titular del derecho de marras.

Antes de analizar el alcance concreto de estas disposiciones en materia de DESCAs, me parece importante plantear algunas cuestiones generales para entender mejor su significado.

¹ V., García, Morales, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*; Salazar, *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*.

² V., Rodríguez, Arjona et al., *Bloque de constitucionalidad en México*.

³ V., Caballero, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1ero segundo párrafo de la constitución)”; Ferrer, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, ambos en *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, pp. 39-62 y 339-429, respectivamente.

⁴ V., Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, pp. 163-172; V., Caballero, *op. cit.*; V., Castañeda, *El principio pro persona ante la ponderación de derechos*.

La primera tiene que ver con la relación del contenido de normas de derechos humanos de ambas fuentes. Si bien, no pueden descartarse *a priori* casos de antinomia —es decir, casos en los que el contenido de las normas constitucionales sea incompatible con las de normas de tratados de derechos humanos—, lo cierto es que se trata más bien de casos aislados o excepciones.⁵ La regla general es la contraria: la convergencia, y particularmente la complementariedad, de las normas de derechos humanos reconocidas por la Constitución con las normas de derechos humanos incluidas en tratados internacionales ratificados por México.⁶ Como veremos a lo largo del artículo, esta es la regla general en materia de DESCAs. De modo que los desafíos interpretativos en materia de DESCAs consisten, en el contexto constitucional mexicano, principalmente en desarrollar la complementariedad y articulación de fuentes constitucionales e internacionales. Profundizando el punto: excluyendo las antinomias, las relaciones entre normas de derechos humanos de fuente constitucional y de fuente internacional pueden ser las siguientes.

Primero, de redundancia total; es decir, el contenido de la norma constitucional que reconoce un derecho humano es completamente idéntico a la de la norma o normas internacionales que reconocen el mismo derecho. Este es un caso improbable, no sólo porque el constituyente mexicano suele incluir sus propias formulaciones de derechos humanos, sino también porque habitualmente existe más de una norma internacional que reconoce el mismo derecho humano. En particular, dado que México es simultáneamente parte de dos sistemas internacionales de

⁵ Diversos críticos, por ejemplo, han señalado la incompatibilidad de la figura del arraigo con normas internacionales de derechos humanos en materia de debido proceso, presunción de inocencia, derecho a la libertad personal y de tránsito y recurso judicial efectivo. V., Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de México*, párrs. 34 y 35., reiterando recomendaciones previas al respecto. La existencia de antinomias entre la Constitución y los tratados internacionales requiere, por supuesto, criterios de solución interpretativa. La sola mención de la mayor jerarquía de la Constitución por sobre los tratados no constituye una solución adecuada, ya que —como se vio— es la propia Constitución la que establece la primacía de la solución más favorable a la persona.

⁶ Un argumento suplementario al respecto lo aporta el hecho de que los principios que informan el régimen constitucional de los derechos humanos según el artículo 1.º constitucional —universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad e interpretación pro persona— están indudablemente inspirados en las normas internacionales de derechos humanos. El hecho de que la Constitución recoja principios del derecho internacional de los derechos humanos parece una obvia indicación de la necesidad de interpretación armónica —evitando siempre que sea posible el conflicto— entre las normas de derechos humanos de base constitucional y las de base internacional.

derechos humanos: el universal y el interamericano, aunque también puede haber distintas formulaciones del mismo derecho en dos o más instrumentos del mismo sistema. De modo que es muy raro el caso en el que las distintas formulaciones de un mismo derecho, en la constitución y en distintos tratados internacionales, sean idénticas.

Segundo, de redundancia parcial; es decir, existen elementos coincidentes, pero: a) la norma constitucional incluye contenidos no incluidos en las normas internacionales sobre el mismo derecho; o b) las normas internacionales incluyen contenidos no incluidos en la norma constitucional. En ambos casos, las normas son complementarias, y el principal desafío que plantean al intérprete —principio *pro persona* mediante— es el de la articulación armónica de ambas fuentes, tomando los elementos más favorables de una y otra. Cabe destacar aquí que, a diferencia de casos de antinomia, en los que una norma es incompatible con las demás y debe ser inaplicada, los casos de redundancia parcial no plantean ningún problema particular de preferencia o desplazamiento: tanto las normas constitucionales como las internacionales admiten la existencia de una regulación más amplia y favorable. En el caso de las normas constitucionales, es habitual que la norma constitucional admita —y más bien requiera— la reglamentación más amplia y garantista de una norma inferior. En la medida en que no sean incompatibles, es perfectamente permisible ampliar el contenido del derecho humano de base constitucional con otra fuente —internacional, legal o reglamentaria—. En sentido similar, los tratados internacionales de derechos humanos constituyen pisos y no techos de contenido de derechos, y por ende admiten expresamente la existencia de normas nacionales —constitucionales o infraconstitucionales— que amplíen el alcance de un derecho humano consagrado en su texto.

La segunda cuestión general está vinculada con la guía interpretativa que ofrecen los tratados internacionales de derechos humanos. El punto central es que, en tanto fuente de derecho, los tratados internacionales no se limitan a su texto, sino que obligan a tener en consideración las interpretaciones de sus respectivos órganos de monitoreo.⁷

⁷ V., en general, para el caso argentino, Abramovich, *Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino*; V., Pinto, “El valor jurídico de las decisiones de los

Esto responde al menos a dos razones de peso. Primero, al ratificar un tratado internacional el Estado no sólo adhiere a su contenido sustantivo, sino que también reconoce competencia interpretativa al órgano designado por ese instrumento para monitorear su cumplimiento, a través de la aceptación de los mecanismos previstos en ese tratado, o en instrumentos complementarios como los protocolos facultativos.

Segundo, al considerar en sede interna la interpretación de los órganos internacionales relevantes, las autoridades judiciales evitan la responsabilidad internacional del Estado, que puede hacerse efectiva a través de los mencionados mecanismos de monitoreo. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha reconocido la necesidad de tomar en consideración la interpretación de los órganos internacionales, inicialmente de las sentencias que involucraran directamente a México, y posteriormente de otras decisiones que revelen el sentido de la interpretación del órgano internacional sobre la norma relevante.⁸ Por lo dicho, aunque las decisiones de la Suprema Corte de Justicia se refieren a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el razonamiento que las justifica es también aplicable a los criterios interpretativos elaborados por los órganos de monitoreo de los tratados del sistema universal de derechos.⁹

Complementariamente, otros órganos, instrumentos no vinculantes y compromisos políticos internacionales pueden ser útiles para determinar el alcance de obligaciones en materia de derechos humanos en general, y de derechos económicos,

órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década* pp. iii-xv y 119-152, respectivamente; V, Para el caso específico de los DESC, ver Abramovich, Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 65-116.

⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Varios 912/2010, en Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, Libro I, T. 1, pp. 351-352., (los criterios interpretativos de la Corte IDH son orientadores para el Poder Judicial de la Federación); Pleno, Contradicción de Tesis 293/2011, Libro 5, T.I, p. 96 (la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona).

⁹ De hecho, la propia Suprema Corte de Justicia ha acudido, por ejemplo, a las *Observaciones Generales del Comité DESC*, para determinar el alcance de las obligaciones estatales en materia de DESCA. V. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, Amparo en revisión 378/2014 caso “Pabellón 13”, resuelto el 15 de octubre de 2014; Primera Sala, Amparo en revisión 306/2016 caso “Universidad Michoacana San Nicolás de Hidalgo”; Segunda Sala, Amparo 9/2018. “caso de las trabajadoras del hogar”, entre otros.

sociales y culturales en particular. Abundaremos sobre la cuestión más adelante, basta con dejar sentado aquí que, dada la naturaleza dinámica de las medidas adecuadas para satisfacer DESCAs, la determinación de las obligaciones estatales se beneficia de documentos o instrumentos que reflejen consensos en cuestiones de carácter técnico o prácticas consideradas idóneas en materia de políticas públicas. Estas consideraciones ofrecen elementos necesarios para entender el alcance las nociones de *bloque de constitucionalidad*, y de *interpretación conforme* cuando los jueces deciden sobre derechos humanos consagrados tanto en la constitución como en normas internacionales. Respecto del bloque de constitucionalidad, la idea de que dicho bloque está constituido por las normas de derechos humanos de base constitucional —y su interpretación jurisprudencial— y por las normas de derechos humanos incluidas en tratados internacionales —y su interpretación por parte de los respectivos órganos internacionales de monitoreo—. Respecto de la interpretación conforme, el recaudo de identificar, además de la o las normas internacionales relevantes, los criterios de interpretación elaborados por los respectivos órganos internacionales de monitoreo, a efectos de evaluar cuál es la norma de mayor alcance o más favorable, en línea con el ya recordado principio *pro persona* consagrada por el artículo 1.º constitucional. Este recaudo es importante para evitar el riesgo de que el juez nacional se vea tentado a efectuar una interpretación propia de la norma internacional, ignorando el criterio fijado en la sede internacional. El sentido de la interpretación conforme de la norma nacional —constitucional o infraconstitucional— con la internacional es evitar antinomias y adoptar una lectura que armonice ambas fuentes. De modo que, en caso de existir varias lecturas posibles de la norma nacional, el parámetro de comparación para elegir la interpretación conforme de la norma nacional con la internacional es el ofrecido por el texto de la norma internacional y por la interpretación que le ha dado su respectivo órgano de monitoreo.

Ilustraré lo dicho hasta aquí con un ejemplo.¹⁰ El artículo 4.º constitucional consagra el derecho humano a la salud en los siguientes términos:

¹⁰ Por razones de espacio y de relevancia limito el ejemplo al artículo 4 y al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Un análisis exhaustivo implicaría revisar también la fracción XVI del artículo 73 constitucional —que, aunque tiene como objetivo principal delimitar competencias, incluye

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.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —PIDESC— reconoce el derecho del siguiente modo:

Artículo 12

1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

alguna identificación de medidas a adoptar en materia de salud— y otros tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México que incluyen menciones al derecho a la salud, como el Protocolo de San Salvador, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y el Convenio 169 de la OIT, entre otros instrumentos relevantes, y la respectiva guía de sus órganos de monitoreo. Para una consideración más completa sobre el contenido del derecho a la salud, remito al artículo de Laura Clérico y Liliana Ronconi, en este mismo volumen.

Por lo pronto, de comparar ambos textos, surge que la formulación del derecho es más estrecha en el texto constitucional —“derecho a la protección de la salud”—, y más amplia en el PIDESC—“derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”—¹¹. Sobre el contenido del derecho y las medidas que el Estado debe adoptar para garantizarlo, el artículo 4to. remite simplemente a la ley, sin mayor guía, mientras que el PIDESC identifica claramente medidas y temas de regulación —salud infantil, salud laboral y medioambiental, prevención y tratamiento de enfermedades y acceso universal a atención médica—.

A su vez, el órgano de monitoreo del PIDESC, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptó una Observación General en la que sistematiza el contenido y alcance del artículo 12.¹² En ese documento, el Comité DESC ofrece una guía interpretativa sobre el alcance del derecho y de las respectivas obligaciones del Estado. Sintéticamente, el Comité DESC señala que el derecho a la salud implica no sólo el acceso a servicios de salud, sino también la acción estatal sobre los denominados factores sociales determinantes de la salud. El Comité define elementos que caracterizan el contenido del derecho: la disponibilidad de establecimientos, bienes y servicios de salud, su accesibilidad —que incluye la no discriminación, la asequibilidad, la accesibilidad física y el acceso a la información sobre salud—, su aceptabilidad y su calidad. El Comité delimita también las obligaciones mínimas esenciales correspondientes al derecho a la salud, ilustra obligaciones de respeto, protección y satisfacción o garantía en

¹¹ Este argumento no es universal, sino que depende de la comparación concreta de la formulación de los derechos específicos en las respectivas fuentes — constitución y tratados. Por ejemplo, la formulación del derecho a la educación en el artículo 3ro constitucional es bastante más extensa que la del artículo 13 de PIDESC, sin perjuicio de que la guía interpretativa producida por el Comité DESC respecto de ese derecho también deba ser tenida en cuenta para la integración armónica de ambas fuentes.

¹² Cf., Comité DESC, Observación General Núm. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Por razones de espacio me limito al documento más general. El Comité DESC ha adoptado también una Observación General sobre salud sexual y reproductiva; V., Comité DESC, Observación General Núm. 22, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva. Otros órganos de tratados —como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité sobre los Derechos del Niño— han emitido también recomendaciones y observaciones generales en el marco de sus respectivas competencias, que son útiles para determinar el alcance del derecho a la salud para mujeres y niñas, niños y adolescentes; V., entre otros documentos relevantes, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Núm. 24, La mujer y la salud; V., Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General Núm. 15, El derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud.

materia de salud, ofrece ejemplos de violaciones al derecho y un panorama de medidas de implementación a nivel nacional.

De acuerdo con lo dicho, entonces: 1) no hay contradicción, sino complementariedad entre lo consagrado en la Constitución y lo establecido en el PIDESC en materia de derecho a la salud; 2) la articulación armónica de ambas fuentes y el principio *pro persona* requieren integrar el —escueto— contenido del derecho establecido en la Constitución, con el alcance considerablemente mayor del PIDESC y de la guía interpretativa ofrecida por el Comité DESC.

III. Fuentes internacionales relevantes en materia de DESCAs

En línea con lo presentado anteriormente, en esta sección ofreceré un panorama sobre las fuentes internacionales relevantes en materia de DESCAs tanto en términos de instrumentos internacionales como de guía interpretativa producida por órganos internacionales competentes. Elegí ordenar estas fuentes en función del sistema de protección de los derechos humanos al que pertenecen, sin perjuicio de señalar que, para la interpretación correcta de un derecho específico, es necesario armonizar todas las fuentes pertinentes. Expondré entonces las fuentes relevantes del sistema universal de derechos humanos, del sistema interamericano de derechos humanos y, por la particular relevancia que tienen para los derechos laborales, el derecho a la seguridad social y otras materias vinculadas con los DESCAs, haré también una breve mención a las fuentes de la Organización Internacional del Trabajo.

Es necesario hacer dos aclaraciones sobre esta exposición de fuentes. Primero, no es exhaustiva; es decir, no pretende constituir una presentación completa del contenido de todos los DESCAs a partir de estas fuentes.¹³ Ello, sin perjuicio de realizar algunos inevitables comentarios sobre contenidos, a modo de ilustración

¹³ Por ello, la lectura de este artículo debe complementarse con la de los demás trabajos dedicados a derechos específicos reunidos en la obra.

y de señalamiento del alcance de las fuentes internacionales. Segundo, las mencionadas fuentes —tanto instrumentos internacionales como guías interpretativas— son dinámicas, de modo que es probable que este artículo resulte rápidamente pasible de actualización. Por ello, sugiero ver el artículo como una invitación para identificar las fuentes internacionales relevantes, a fin de facilitar la tarea interpretativa de los jueces en materia de DESC. Contando con un panorama de estas fuentes, es más probable que los intérpretes estén en posición de identificar novedades relevantes en la materia producidas después de publicada la obra.

1. Sistema Universal de Derechos Humanos

A. El PIDESC y la labor interpretativa del Comité DESC

Como ya he sugerido *supra*, los insumos más importantes para integrar el bloque de constitucionalidad y llevar a cabo una articulación armónica de fuentes en materia de DESC provienen del Sistema Universal de Derechos Humanos.

El tratado más relevante en la materia es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —PIDESC—, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, y ratificado por México el 23 de marzo de 1981. En su catálogo de derechos, el PIDESC consagra: el derecho al trabajo, los derechos laborales individuales y colectivos, el derecho a la seguridad social, la protección de la familia, de la maternidad y de la niñez, el derecho a un nivel de vida adecuado —una suerte de “derecho-síntesis” del Pacto—, el derecho a la alimentación, el derecho a la salud, el derecho a la educación y los derechos culturales —que incluyen el derecho a la protección de los intereses de los autores de obras científicas, artísticas o literarias, el derecho a participar de la vida cultural y el derecho a beneficiarse del progreso científico y sus aplicaciones—. El Comité DESC ha considerado también como derechos implícitos en el PIDESC los derechos al agua y al saneamiento, derivándolos de los derechos a un nivel de vida adecuado, a la alimentación y a la salud. Buena parte de estos derechos —aunque no todos— están consagrados también en la Constitución Política de México, de modo que, según he señalado previamente, la sistematización del

bloque de constitucionalidad requiere articular armónicamente las disposiciones de ambas fuentes.

En cuanto a las guías interpretativas relevantes, el Comité DESC ha sido el principal referente del desarrollo del contenido de los derechos consagrados por el Pacto. El Comité ha llevado a cabo este desarrollo a través de distintas vías, que varían en términos de generalidad y especificidad, como veremos más adelante.

En primer lugar, el Comité DESC, como otros órganos de tratados del Sistema Universal de Derechos Humanos, tiene una práctica consistente de adopción de las denominadas Observaciones Generales, en las que se dedica a la sistematización sea del alcance de obligaciones de carácter general o transversal en el pacto, sea del contenido y de las obligaciones emanadas de derechos en particular, sea de la aplicación del Pacto a sujetos concretos —titulares de derechos como las personas con discapacidad y los adultos mayores, o sujetos de cuya conducta el Pacto requiere regulación, como las empresas—. Valorando la utilidad de las observaciones generales, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que “las observaciones efectuadas por el órgano competente, esto es, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, se constituyen en criterio válido de interpretación del Pacto, cumpliendo así una función de complementariedad del marco normativo de los derechos fundamentales que se consideran vulnerados”.¹⁴

Entre las Observaciones Generales que desarrollan obligaciones de carácter transversal, cabe destacar por su importancia conceptual la Observación General Núm. 3, de 1990, en la que el Comité DESC elabora el alcance de las obligaciones contenidas en el artículo 2.1 del Pacto.¹⁵ En esa Observación General el Comité señala que el Pacto no contiene únicamente obligaciones sujetas a progresividad, sino también obligaciones de carácter inmediato, entre ellas la prohibición de discriminación y la obligación de adoptar medidas “deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas

¹⁴ Corte Constitucional Colombiana, T-270/07, apartado 4.

¹⁵ Comité DESC, Observación General Núm. 3, La índole de las obligaciones de los Estados partes, párrs. 1, 2, 5, 9 y 10.

en el Pacto”. Asimismo, el Comité ofrece criterios para entender el alcance de la noción de progresividad, enuncia por primera vez que de esta se desprende la prohibición de regresividad o retroceso, señala que no existen razones para suponer que los derechos enunciados en el Pacto no pueden ser objeto de tutela judicial —e identifica algunos ejemplos de disposiciones claramente justiciables—, y elabora el sentido de la expresión “hasta el máximo de los recursos disponibles” que califica la adopción de medidas. El Comité introduce también la noción de obligaciones mínimas o básicas, consistentes en asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Esta Observación General ofrece un marco interpretativo particularmente relevante para entender el alcance de las obligaciones estatales que emanan de los DESC tanto de fuente internacional como de fuente constitucional —sin perjuicio de que una interpretación constitucional más favorable sería aplicable de acuerdo al principio *pro persona*—. En todo caso, cuando no exista una interpretación constitucional más exigente, el marco conceptual ofrece criterios útiles para efectuar la articulación armónica de fuentes constitucionales e internacionales en materia de DESC.

Otras Observaciones Generales desarrollan principios y obligaciones transversales y son también relevantes para los jueces nacionales. Entre ellas se destaca la Observación General Núm. 9, de 1998,¹⁶ en la que el Comité se aboca a considerar la obligación de los Estados de adoptar medidas para garantizar la aplicación del PIDESC a nivel nacional. Uno de los temas desarrollados en esta Observación General es de la justiciabilidad de los DESC. Al respecto, el Comité reitera lo dicho en la Observación General Núm. 3, en el sentido de que “no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas —jurídicos— algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad”. A partir de esta afirmación, el Comité subraya tanto la exigencia de que los Estados partes provean recursos efectivos —en principio de índole judicial, aunque los Estados pueden proveer también recursos administrativos si estos son adecuados, es decir, “accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces”, e idealmente sujetos a un recurso judicial ulterior—. En sentido convergente, el

¹⁶ *Idem*, Observación General Núm. 9, La aplicación interna del Pacto.

Comité señala la conveniencia de que puedan invocarse directamente las disposiciones del Pacto ante los jueces nacionales. Esta Observación General es de importancia fundamental para el tema de esta obra —la protección judicial de los DESC— y ofrece a los jueces pautas para superar prejuicios y obstáculos ideológicos que niegan *a priori* la posibilidad y la conveniencia del control judicial de los poderes políticos en la materia.

Dos Observaciones Generales del Comité tratan la aplicación de la prohibición de discriminación y del principio de igualdad entre mujeres y varones a los derechos consagrados por el Pacto. La Observación General Núm. 16¹⁷ aborda el alcance de la cláusula específica de igualdad de género del PIDESC, el artículo 3, de acuerdo con el cual “[l]os Estados partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”. Por su parte, la Observación General Núm. 20¹⁸ desarrolla la aplicación de la prohibición de discriminación, contenida en el artículo 2.2 del PIDESC, al conjunto de derechos consagrados por el instrumento. Esta Observación General ofrece un panorama detallado de la doctrina antidiscriminatoria en su aplicación a los DESC, incluyendo los conceptos de discriminación formal y discriminación sustantiva, discriminación directa, indirecta y sistémica, las obligaciones estatales de no incurrir en discriminación y de adoptar medidas para erradicar la discriminación y la proyección de la prohibición de discriminación a la esfera privada. El Comité se aboca, además, al análisis de los motivos o factores prohibidos de discriminación, considerando los factores expresamente prohibidos en el artículo 2.2 del PIDESC —raza y color, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica y nacimiento—, y otros factores que el Comité encuadra bajo la fórmula abierta “otra condición social” —entre los que cuenta la discapacidad, la edad, la nacionalidad, el estado civil y la situación familiar, la orientación sexual y la identidad de género, el estado de salud, el lugar de residencia y la situación económica y social—.

¹⁷ *Idem*, Observación General Núm. 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.

¹⁸ *Idem*, Observación General Núm. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales.

Finalmente, la Observación General ofrece guía sobre la aplicación de la prohibición en el plano nacional, entre la que se destaca la recomendación enfática de adoptar legislación antidiscriminatoria aplicable a los DESC, adoptar políticas, planes y estrategias para eliminar la discriminación, adoptar medidas para combatir la discriminación sistémica, proveer recursos judiciales u otros recursos efectivos que permitan denunciar casos de discriminación, —considerando la inversión de la carga probatoria— y adoptar mecanismos de supervisión, indicadores y parámetros de comparación para evaluar la efectividad de las medidas antidiscriminatorias dispuestas.

Un segundo grupo de Observaciones Generales del Comité DESC abordan la sistematización del contenido de derechos consagrados por el PIDESC. En más de treinta años de trabajo, el Comité ha cubierto prácticamente todos los derechos del Pacto —con algunas excepciones menores—, de modo que estas Observaciones Generales constituyen un insumo imprescindible como guía interpretativa de los derechos del Pacto y, por lo dicho anteriormente, de los DESC consagrados en la Constitución mexicana.¹⁹

La lista de derechos sobre los que el Comité DESC ha adoptado Observaciones Generales incluye el derecho a la vivienda,²⁰ el derecho a la alimentación,²¹ el derecho a la educación,²² el derecho a la salud,²³ el derecho al agua,²⁴ el derecho al trabajo,²⁵ el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias,²⁶ el derecho a la seguridad social²⁷ y los derechos culturales.²⁸

¹⁹ Por razones de espacio resulta imposible adentrarse en el contenido de cada Observación General. Remito para ello a los artículos dedicados a los respectivos derechos incluidos en esta obra.

²⁰ *Idem*, Observación General Núm. 4, El derecho a una vivienda adecuada; y Observación General Núm. 7, El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos.

²¹ *Idem*, Observación General Núm. 12, El derecho a una alimentación adecuada.

²² *Idem* Observación General Núm. 11, Planes de acción para la enseñanza primaria; y Observación General Núm. 13, El derecho a la educación.

²³ *Idem*, Observación General 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud; y Observación General Núm. 22 El derecho a la salud sexual y reproductiva”.

²⁴ *Idem*, Observación General Núm. 15, El derecho al agua.

²⁵ *Idem*, Observación General Núm. 18, El derecho al trabajo.

²⁶ *Idem*, Observación General Núm. 23, El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.

²⁷ *Idem*, Observación General Núm. 19, El derecho a la seguridad social.

²⁸ *Idem*, Observación General Núm. 17, 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

Sin entrar en detalle sobre cada derecho, cabe señalar estas Observaciones Generales —en especial a partir de la Observación General Núm. 12— han adoptado un esquema común que facilita su lectura y empleo. En general, las Observaciones Generales dedicadas a derechos en particular comienzan con una contextualización del derecho en el Pacto, subrayando preliminarmente su alcance y las relaciones de interdependencia con otros derechos. A continuación, se efectúa una caracterización de rasgos o elementos definitorios del derecho.²⁹ Las Observaciones Generales suelen también analizar la aplicación del derecho de marras a grupos sociales tales como mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad, personas de edad, trabajadores migrantes y pueblos indígenas. Es constante la clasificación de obligaciones pertinentes al derecho de acuerdo a la tipología empleada por el Comité —obligaciones de respeto, de protección y de satisfacción o garantía—.³⁰ El Comité también ha hecho un esfuerzo por articular las obligaciones mínimas esenciales relativas a cada derecho, a las que considera de atención prioritaria para los Estados, y por ilustrar violaciones típicas de los derechos concernidos. En igual sentido, el Comité sugiere medidas de aplicación nacional para implementar el derecho correspondiente, entre las que se destacan la adopción de legislación, planes o programas específicos, garantizando la consulta y participación de los sectores sociales interesados, la provisión de recursos presupuestarios suficientes, la puesta a disposición de recursos judiciales u otros recursos efectivos que permitan a los titulares alegar violaciones a los derechos antes autoridades imparciales e independientes, y la utilización de indicadores y bases de referencia para monitorear la realización progresiva del derecho.

Por último, el Comité ha adoptado también otras Observaciones Generales de carácter transversal, entra las que se destacan algunas centradas en la aplicación

o artísticas de que sea autor(a); y Observación General Núm. 21, El derecho de toda persona a participar en la vida cultural; Observación General Núm. 25, La ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales.

²⁹ Aunque estos varían de acuerdo a cada derecho, algunos elementos (como la disponibilidad, la accesibilidad, la adaptabilidad o aceptabilidad y la calidad, o variantes de ellos) se repiten en varios derechos.

³⁰ Sucintamente, las obligaciones de respeto exigen del Estado no interferir en la esfera de autonomía del titular del derecho. Las obligaciones de protección exigen del Estado adoptar medidas (regulación, supervisión y acceso a recursos efectivos en caso de violación) para prevenir y sancionar la afectación del derecho por parte de sujetos privados. Las obligaciones de satisfacción, garantía o cumplimiento exigen del Estado adoptar las medidas adecuadas para facilitar, promover o proveer acceso al bien o servicio que caracteriza al derecho respectivo, cuando su titular no puede hacerlo por razones ajenas a su voluntad o posibilidad.

del PIDESC a sujetos específicos. Dos Observaciones Generales, pioneras en su abordaje, están dedicadas a analizar la aplicación del Pacto respecto de titulares de derechos que forman parte de grupos sociales determinados. Así, la Observación General Núm. 5 trata de la aplicación del Pacto a las personas con discapacidad,³¹ mientras que la Observación General Núm. 6 trata de la aplicación del pacto a las personas adultas mayores.³² Otra Observación General relevante es la dedicada al alcance de las obligaciones del Pacto respecto de las empresas privadas, que recoge y aplica a los derechos consagrados en el PIDESC algunas de las nociones contenidas en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, refrendados por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el año 2011.

Amén de las Observaciones Generales, el Comité ha hecho también uso de otros formatos, como Declaraciones o Cartas Abiertas del Comité a los Estados partes, para abordar temas más puntuales o de coyuntura. Entre ellas se destacan, por ejemplo: la Declaración “*Evaluación de la obligación de adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos de que se disponga” de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto*”, de 2007; la Carta dirigida a los Estados partes por el Presidente del Comité sobre la protección de los derechos consagrados en el Pacto en el contexto de la crisis económica y financiera de 2012; la Declaración “*La promesa de no dejar a nadie atrás: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*”, de 2019; la Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus —COVID-19— y los derechos económicos, sociales y culturales y la Declaración sobre el acceso universal y equitativo a las vacunas contra la enfermedad por coronavirus —COVID-19—, ambas de 2020.

El mecanismo de supervisión de las obligaciones estatales previsto por el Pacto es la revisión por parte del Comité de los informes periódicos remitidos por los Estados. No se trata de un procedimiento de carácter contencioso, sino de un diálogo abierto y constructivo entre el Comité y los Estados partes, en las que el

³¹ *Idem*, Observación General Núm. 5. *Las personas con discapacidad*. La Observación General Núm. 5 es previa a la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en diciembre de 2007, y en algunos aspectos ha sido superada por ella, aunque mantiene en gran parte su vigencia e interés.

³² *Idem*, Observación General Núm. 6. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores.

Comité subraya pasos positivos, pero también expresa preocupaciones en torno a la realización de los derechos del Pacto en el Estado respectivo, formulando recomendaciones pertinentes. Por ello, la lectura de las Observaciones finales del Comité resulta útil para identificar problemas normativos o de implementación frente a los que el órgano internacional de supervisión ha detectado posibles situaciones problemáticas relativas al tratado en el Estado Parte.

Tal identificación es una señal de alarma importante para los jueces nacionales, que debería funcionar como alerta para realizar interpretaciones conformes al tratado internacional, proveer reparaciones adecuadas y así convertirse en agente de la correcta implementación del tratado y, de paso, evitar la responsabilidad internacional del Estado. El Comité DESC ha emitido respecto de México Observaciones finales en 1994, 1999, 2006, 2018. Como ejemplo ilustrativo, me permito citar la preocupación y recomendación efectuada por el Comité a México sobre el tema de esta obra, la protección judicial de los DESC, en sus Observaciones finales de 2018:

Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales

5. Si bien el Comité toma nota que los derechos contenidos en el Pacto pueden ser invocados ante los tribunales y aplicados en decisiones judiciales, le preocupa que en la práctica las víctimas de violaciones de derechos económicos, sociales y culturales enfrenten dificultades para acceder a recursos judiciales efectivos, incluyendo al juicio de amparo. Asimismo, le preocupa la falta de cumplimiento efectivo de las sentencias emitidas en juicio de amparo en las que se ha encontrado violaciones a derechos económicos, sociales y culturales.

6. El Comité recomienda al Estado parte que adopte las medidas necesarias para garantizar que los derechos económicos, sociales y culturales sean exigibles en todos los niveles del sistema judicial y para facilitar a las víctimas de violaciones de tales derechos el acceso a recursos judiciales efectivos, incluyendo al juicio de amparo. Asimismo, le alienta a llevar a cabo capacitaciones, especialmente entre jueces, abogados, agentes del orden, miembros del Congreso y otros actores, sobre el contenido de los derechos del Pacto y la posibilidad de invocarlos ante los tribunales, y a llevar a cabo campañas de sensibilización entre los titulares de los

derechos. Le insta a asegurar el cumplimiento efectivo de las sentencias emitidas a favor de las víctimas de violaciones de derechos económicos, sociales y culturales y le remite a su Observación General núm. 9 —1998— sobre la aplicación interna del Pacto.³³

Por último, la adopción en 2008 y entrada en vigor en 2013, del Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha abierto la posibilidad de consideración de comunicaciones o quejas por presuntas violaciones al PIDESC por parte del Comité DESC. Aunque México aún no ha ratificado el Protocolo Facultativo, la jurisprudencia del Comité respecto de otros países que sí lo han hecho ofrece a los jueces criterios sobre la adjudicación de alegadas violaciones al Pacto en situaciones concretas, y sirven de guía para la aplicación del Pacto y de los DESC consagrados en la Constitución por parte de los jueces en casos contenciosos, y para la adopción de medidas cautelares en la materia. Hasta el momento el Comité ha adoptado decisiones de mérito en una serie de casos relativos al derecho a la vivienda —en particular, sobre la protección contra los desalojos forzosos—, al derecho a la seguridad social y al derecho a la salud.³⁴

B. Otros tratados relevantes del sistema universal de derechos humanos y su interpretación

Sería un error, sin embargo, suponer que los instrumentos y desarrollos interpretativos relevantes del Sistema Universal de Derechos Humanos se limitan al PIDESC. Amén de mencionar la importancia histórica de la Declaración Universal de Derechos Humanos, —que no establecía distinciones entre derechos civiles y políticos y DESC— cabe subrayar que prácticamente todos los instrumentos del sistema universal de derechos humanos incluyen: sea directamente DESC, sea derechos o principios transversales o que, por conexidad, son instrumentales para la protección de los DESC. Por razones de espacio es imposible tratar exhaustivamente el contenido relevante de todos esos instrumentos y sus interpretaciones por los

³³ Comité DESC, Observaciones finales sobre a los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, párrs. 5-6.

³⁴ Para comentarios más detallados sobre la jurisprudencia del Comité DESC, remito a los respectivos capítulos sobre vivienda, protección social y salud de esta obra.

respectivos órganos de tratados en este artículo. Me limitaré entonces a sintetizar lo que creo son los principales puntos de entrada en los instrumentos relevantes, y los desarrollos interpretativos más importantes de los órganos de tratados.

Comencemos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Pacto incluye algunos derechos que suponen importantes solapamientos con derechos sociales, como la prohibición de la esclavitud, servidumbre y trabajos forzados —art. 8—, la prohibición de la privación de libertad por incumplimientos contractuales —art. 11—, la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia —art. 17—, la libertad sindical —art. 22.1—, la protección de la familia —art. 23—, el derecho de los niños a las medidas de protección que su condición requiere —art. 24— y los derechos culturales de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas —art. 27—. Algunos derechos o principios de carácter transversal, como el acceso a la justicia y el debido proceso —art. 14— y el principio de igualdad y el derecho a la igual protección de la ley sin discriminación —art. 26—, son aplicables también a los DESC reconocidos a nivel nacional.

El Comité de Derechos Humanos, órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha contribuido a la protección de los DESC a través de sus interpretaciones efectuadas por vía de Observaciones Generales y de decisiones ante comunicaciones individuales bajo el Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Así, es destacable la posición del Comité de Derechos Humanos respecto del derecho a la vida —art. 6—: de acuerdo con el Comité,

[e]ntre las medidas requeridas para asegurar unas condiciones adecuadas que permitan proteger el derecho a la vida figuran, cuando fuere necesario, medidas a corto plazo destinadas a garantizar el acceso de las personas a bienes y servicios esenciales como la alimentación, el agua, el cobijo, la atención de la salud, la electricidad y el saneamiento, y medidas a largo plazo destinadas a promover y propiciar unas condiciones generales adecuadas, como el fortalecimiento de servicios de salud eficaces en casos de emergencia y operaciones de respuesta a emergencias.³⁵

³⁵ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General Núm. 36, Artículo 6: derecho a la vida, párr. 36.

En el mismo sentido, el Comité ha dicho que, “[a]unque los Estados partes pueden adoptar medidas destinadas a reglamentar la interrupción del embarazo, dichas medidas no deben resultar en la vulneración del derecho a la vida de la mujer embarazada o de sus otros derechos en virtud del Pacto, como la prohibición de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradante”, subrayando que

[l]os Estados partes deben facilitar un acceso seguro al aborto para proteger la vida y la salud de las mujeres embarazadas, y en las situaciones en que llevar a término el embarazo causaría a la mujer graves dolores o sufrimientos, sobre todo en los casos en que el embarazo es producto de violación o incesto, o el feto presenta una anomalía grave” y que “deben regular el embarazo ni el aborto de manera contraria a su deber de velar porque las mujeres no tengan que recurrir a abortos peligrosos.³⁶

El Comité ha desarrollado también una jurisprudencia importante relativa a la aplicación del principio de igualdad y la prohibición de discriminación a derechos sociales, como el derecho a la seguridad social y el derecho al trabajo. Así, por ejemplo, ha decidido que las distinciones perjudiciales basadas sobre el género³⁷ y sobre la orientación sexual en materia de beneficios de la seguridad social violan el principio de igualdad y la prohibición de discriminación,³⁸ y que los requisitos aparentemente neutrales para acceder a un puesto de trabajo, que tienen un su efecto desproporcionado sobre las mujeres constituyen una forma de discriminación indirecta por motivos de género.³⁹ El Comité también ha desarrollado jurisprudencia sobre el respeto a los derechos culturales de las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas.

³⁶ *Idem*, párr. 9; V., Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, caso *Karen Noelia Llantoy Huamán vs. Perú*, decisión de 24 de octubre de 2005, y caso *LMR vs. Argentina*, decisión de 29 de marzo de 2011, en el que el Comité declaró violados los derechos a no ser sometida a tratos crueles e inhumanos, a la vida privada y a un recurso efectivo y, en *Llantoy Huamán*, a la protección de la niña, en ambos casos porque el Estado no garantizó el acceso a la interrupción legal del embarazo.

³⁷ *Idem*, caso *Zwaan de Vries vs. Países Bajos*, decisión del 9 de abril de 1987.

³⁸ *Idem*, caso *Edward Young vs. Australia*, decisión del 6 de agosto de 2003; caso *X vs. Colombia*, decisión del 30 de marzo de 2007.

³⁹ *Idem*, caso *Elena Genero vs. Italia*, decisión del 13 de marzo de 2020.

Los tratados del sistema universal inspirados en una concepción antidiscriminatoria, como la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención para la Protección de los trabajadores migrantes y sus familias y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en general no distinguen entre derechos civiles y políticos y DESC en orden a la aplicación de la prohibición de discriminación basada en los factores que constituyen el eje de protección del respectivo tratado —raza o etnia, género, condición migratoria y discapacidad—. A medida que la codificación internacional en materia antidiscriminatoria avanzó, se hizo más explícita y detallada la descripción del alcance de la discriminación prohibida respecto de DESC en particular y —correlativamente— de las obligaciones positivas del Estado para erradicar la discriminación.

Así, el modelo de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada en 1965, era sencillo: simplemente establece que los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico en el goce de los DESC —art. 5 e—, mencionando en particular los derechos al trabajo y a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, la libertad sindical, el derecho a la vivienda, el derecho a la educación y el derecho a participar en las actividades culturales y el derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques. El Comité ha desarrollado el contenido de esta prohibición en algunas observaciones generales, y ha decidido también casos relativos a discriminación racial en materia de derechos sociales bajo el procedimiento de comunicaciones individuales previsto en el artículo 14 de ese instrumento.⁴⁰

⁴⁰ V., Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, *Yilmaz Dogan vs. Países Bajos*, decisión del 10 de agosto de 1988 (despido basado en estereotipos nacionales negativos es discriminatorio); *L. R. et al vs. Eslovaquia*, decisión del 7 de marzo de 2005 (revocación de una política de vivienda dirigida a satisfacer las necesidades de la población roma constituye una interferencia discriminatoria del derecho a la vivienda basada en razones de origen étnico).

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación para la Mujer, adoptada en 1979, va más allá de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y, amén de prohibir en general la discriminación basada en el género, incluye obligaciones más detalladas —como la de modificar los patrones socioculturales de conducta para eliminar prejuicios y prácticas basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en estereotipos de género, como se prevé en el artículo 5 a— e identifica, en relación con derechos humanos específicos, prácticas discriminatorias a eliminar y medidas a adoptar para asegurar la igualdad de género. Esto incluye una serie de DESC, dentro de los que se destacan los derechos a la educación —art. 10—, el derecho al trabajo y los derechos laborales —art. 11—, el derecho a la salud —art. 12—, el derecho a la seguridad social, los derechos económicos y culturales —art. 13— y los derechos sociales de las mujeres rurales —art. 14—. Otras cláusulas del tratado, como las vinculadas con la igualdad de la mujer en materia de capacidad civil —art. 15— y de asuntos vinculados con el matrimonio, incluyendo el derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos —art. 16—, tienen también proyección importante en materia de derechos sociales de las mujeres.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha contribuido a esclarecer el alcance de estas obligaciones a través de algunas Recomendaciones Generales importantes, entre las que se destacan la Recomendaciones Generales Núm. 13 sobre igual remuneración por trabajo de igual valor —1989—, la Núm. 15 sobre mujer y SIDA —1990—, la Núm. 16 sobre trabajo no remunerado de las mujeres en empresas familiares —1991—, la Núm. 17 sobre medición del trabajo doméstico no remunerado de las mujeres —1991—, la Núm. 21 sobre igualdad en el matrimonio y relaciones familiares —1994—, la Núm. 24 sobre mujer y salud —1999—, la Núm. 29 sobre las consecuencias económicas del matrimonio, relaciones familiares y su disolución —2013—, la Núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia —2015— y la Núm. 36 sobre el derecho de las mujeres y las niñas a la educación —2015—. El Comité también ha efectuado consideraciones importantes sobre DESC en Recomendaciones Generales referidas a mujeres con discapacidad —Núm. 18, de 1991—, mujeres trabajadoras migrantes

—Núm. 26, de 2008—, mujeres de edad —Núm. 27, de 2010—, mujeres en situaciones de conflicto armado —Núm. 30, de 2013—, mujeres refugiadas —Núm. 32, de 2014—, mujeres rurales —Núm. 34, de 2016—, violencia contra la mujer —Núm. 35, de 2017—, género, reducción de riesgos de desastre y cambio climático —Núm. 37, de 2018— y tráfico de mujeres y niñas en el contexto de la migración global —Núm. 38, de 2020—.

El Comité ha decidido también casos relevantes en materia de DESC bajo el procedimiento de comunicaciones individuales establecido en el Protocolo Facultativo a la Convención, en temas relativos a la mortalidad materna,⁴¹ acceso a la interrupción legal del embarazo,⁴² violencia obstétrica,⁴³ igualdad en materia de seguridad social,⁴⁴ estereotipos de género en el ámbito laboral⁴⁵ y derecho a la vivienda.⁴⁶

La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990, incluye también entre los derechos protegidos los DESC, aunque autoriza a los Estados partes algunas distinciones de trato —pero no la supresión total de derechos— entre migrantes en situación regular e irregular. Son relevantes sus disposiciones en materia de prohibición de la esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso —art. 11—, prohibición de encarcelamiento por incumplimientos contractuales —art. 20—, prohibición de expulsión colectiva —art. 22—, determinados derechos laborales individuales —art. 25— y colectivos —art. 26—, derecho a la seguridad social —art. 27—, derecho a la salud —art. 28—, derecho a la educación —art. 30—, derechos culturales —art. 31— y, respecto de los trabajadores documentados, derecho a establecer sindicatos —art. 40—, igualdad de trato con los nacionales en materia de educación, formación profesional, vivienda, servicios sociales y salud, acceso

⁴¹ V., Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, caso *Alyne da Silva Pimentel vs. Brasil*, decisión del 25 de julio de 2011.

⁴² *Idem*, caso *LC vs. Perú.*, decisión del 17 de octubre de 2011.

⁴³ *Idem*, caso *SFM vs. España*, decisión del 20 de febrero de 202.

⁴⁴ *Idem*, caso *Elisabeth de Blok y otras vs. Países Bajos*, decisión del 17 de febrero de 2014.

⁴⁵ *Idem* caso *RKB vs. Turquía.*, decisión del 24 de febrero de 2012.

⁴⁶ *Idem*, caso *Kell vs. Canadá*, decisión del 28 de febrero de 2012; caso *S.R y E.R vs. Macedonia del Norte*, decisión del 24 de febrero de 2020.

y participación en la vida cultural —art. 43 y, para sus familiares, art. 45— y protección de la unidad familiar —art. 44—. El Comité respectivo ha desarrollado algunos criterios interpretativos sobre estos derechos en sus Observaciones Generales Núm. 1: sobre trabajadores domésticos migrantes, de 2011, Núm. 2: sobre trabajadores migrantes en situación irregular, de 2013 y en dos observaciones generales conjuntas con el Comité sobre los Derechos del Niño: la Núm. 3 sobre obligaciones respecto de los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, y la Núm. 4 sobre principios generales respecto de los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, ambas de 2017.

Por último, en el marco del repaso de disposiciones e interpretaciones relevantes en materia de DESC en tratados de carácter antidiscriminatorio, cabe subrayar la importancia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada en 2007. La Convención, siguiendo en gran medida el modelo de la Convención para Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, consagra ampliamente la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad, especifica en general el alcance de esa prohibición y de la obligación de erradicar la discriminación, y avanza también en la articulación tanto de obligaciones transversales —como la de accesibilidad, art. 9— como en la especificación de medidas a tomar para erradicar la discriminación en materia de derechos específicos. En materia de DESC, se destacan las relativas al derecho a la educación inclusiva —art. 24—, el derecho a la salud —art. 25—, el derecho al trabajo —art. 27—, el derecho a un nivel de vida adecuado y a la protección social —art. 28— y los derechos culturales —art. 30—. La Convención incluye también formulaciones de derechos novedosas, estrechamente vinculadas con los DESC, en la medida en que implican la prestación de servicios para lograr igualdad de oportunidades: así, el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad —art. 19—, el derecho a la movilidad personal —art. 20—, el derecho a servicios de habilitación y rehabilitación —art. 26— y, como complemento de los derechos culturales, el derecho a participar de las actividades recreativas, de esparcimiento y deportivas —art. 30—.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha contribuido a la comprensión del alcance de algunos de estos derechos a través de sus Obser-

vaciones Generales y de su jurisprudencia bajo el Protocolo Facultativo a la Convención. Entre las Observaciones Generales, se destacan el desarrollo del alcance del derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, como se prevé en la Observación General Núm. 1, de 2014, en particular sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y el consentimiento informado en materia de tratamientos médicos; las obligaciones estatales en materia de accesibilidad, como se muestra en la Observación General Núm. 2, de 2014, aplicable a las políticas, programas y servicios destinados a satisfacer DESC; el derecho a la educación inclusiva en la Observación General Núm. 4, de 2016; el derecho a vivir en forma independiente y a ser incluido en la comunidad localizado en la Observación General Núm. 5, de 2017 y el principio de igualdad y no discriminación que se encuentra en la Observación General Núm. 6, de 2018, aplicable a los DESC incluidos en la Convención. En cuanto a su jurisprudencia, el Comité ha decidido en casos relacionados con los derechos al trabajo,⁴⁷ salud, rehabilitación e inclusión en la comunidad,⁴⁸ movilidad y accesibilidad del transporte público,⁴⁹ vida familiar en relación con empleo y seguridad social⁵⁰ y accesibilidad en relación con vivienda.⁵¹

Finalmente, el modelo holístico de la Convención sobre los Derechos del Niño no establece distinciones tajantes entre derechos civiles y políticos, y DESC. Este incorpora una gama importante de estos derechos, incluyendo los derechos de niños, niñas y adolescentes a un nivel de vida adecuado —art. 27—, a la seguridad social —art. 26—, a la educación —arts. 28 y 29—, a la salud —art. 24—, a la protección contra el abuso familiar —art. 19—, el trabajo infantil —art. 32— y la explotación sexual —art. 34—, y al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar en la vida cultural y en las artes —art. 31—.

⁴⁷ V., Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, caso *VFC vs. España*, decisión del 2 de abril de 2019; caso *Marie-Louise Jungelin vs. Suecia*, decisión del 2 de octubre de 2014; caso *AF vs. Italia*, decisión del 27 de marzo de 2015; caso *Liliane Gröninger vs. Alemania*, decisión del 4 de abril de 2014.

⁴⁸ *Idem*, caso *HM vs. Suecia*, decisión del 19 de abril de 2012.

⁴⁹ *Idem*, caso *F vs. Austria*, decisión del 21 de agosto de 2015.

⁵⁰ *Idem*, caso *Iuliia Domina y Max Bendtsen vs. Dinamarca*, decisión del 31 A 2018

⁵¹ *Idem*, caso *Simon Bacher vs. Austria*, decisión del 16 de febrero de 2018.

El Comité de los Derechos del Niño también ha contribuido al desarrollo de contenidos relevantes en materia de DESC, a través de la adopción de Observaciones Generales, y del dictado de decisiones bajo el Protocolo Facultativo de la Convención relativo al procedimiento de comunicaciones.

El aporte más significativo del Comité en materia de DESC surge de sus Observaciones Generales. El Comité ha dedicado en particular algunas Observaciones Generales a temas de DESC; entre ellas, su Observación General Núm. 1 sobre propósitos de la educación de 2001, la Núm. 3 sobre VIH/SIDA y los niños de 2003, la Núm. 4 sobre la salud y desarrollo de los adolescentes también de 2003, la Núm. 17 sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes de 2013, y la Núm. 15 sobre el derecho del niño a la salud del mismo año.

Dos Observaciones Generales abordan principios y derechos transversales en la Convención, también aplicables a los DESC: la Núm. 12, sobre el derecho del niño a ser escuchado —2009— y la Núm. 14 sobre la consideración primordial del interés superior del niño —2013—. Otra serie de Observaciones Generales se refieren a categorías particulares de niños, abordando también temas de DESC: entre ellas, la Núm. 6 sobre niños no acompañados y separados de la familia fuera de su país de origen —2005—, la Núm. 7 sobre realización de los derechos del niño en la primera infancia —2005—, la Núm. 9 sobre niños con discapacidad —2006—, la Núm. 11 sobre niños indígenas —2009—, la Núm. 20 sobre los derechos del niño durante la adolescencia —2016—, la Núm. 21 sobre niños en situación de calle —2017—, dos observaciones generales conjuntas con el Comité sobre Trabajadores Migrantes —la Núm. 22 sobre obligaciones respecto de los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, y la Núm. 23 sobre principios generales respecto de los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, ambas de 2017—, y la Núm. 24 sobre niños en el sistema de justicia juvenil —2019—. Otras dos Observaciones Generales del Comité abordan temas especialmente relevantes en materia de DESC: la Núm. 16 —2013— sobre el impacto del sector empresarial en los derechos del niño —2013—, y la Núm. 19 sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño —2016—.

Aunque el volumen de casos relativos a DESCAs bajo el Protocolo Facultativo relativo al procedimiento de comunicaciones ha sido modesto, el Comité ha adoptado algunas decisiones en las que ha abordado el alcance de la protección de niños migrantes,⁵² incluyendo temas de salud.⁵³

Como lo he señalado en relación con el Comité DESC, cabe subrayar también la relevancia de que los jueces consulten las observaciones finales y recomendaciones de los respectivos Comités respecto de México, cuando se trate de casos en los que se aborden temas de DESCAs de personas pertenecientes a los grupos protegido por los tratados pertinentes —es decir, minorías raciales o étnicas, mujeres, trabajadores migrantes, personas con discapacidad o niños, niñas y adolescentes.

C. Procedimientos especiales

Aunque sus interpretaciones no revisten carácter vinculante, los denominados procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas han cumplido también un papel importante en la sistematización de contenido de los DESCAs. No es casual que, dada la histórica falta de atención a estos derechos, primero la Comisión de Derechos Humanos y luego su sucesor, el Consejo de Derechos Humanos, hayan decidido, a partir de los años 90s, la creación de un importante número de mandatos en materia de DESCAs, con el propósito de aumentar su visibilidad y contribuir al desarrollo de su contenido. Así, se han creado y renovado —entre otros relevantes— los mandatos de los Relatores Especiales sobre Derecho a la Vivienda, Salud, Educación, Alimentación, Agua y Saneamiento, Derechos Culturales, Residuos Tóxicos, Extrema Pobreza, Medio Ambiente Sano y Sostenible, Formas Contemporáneas de Esclavitud y Deuda Externa y Derechos Humanos.

⁵² V., Comité de los Derechos del Niño, caso *AD vs. España*, decisión del 2 de junio de 2017; caso *IAM vs. Dinamarca*, decisión del 25 de enero de 2018; caso *MT vs. España*, decisión del 18 de septiembre de 2019; caso *AB vs. España*, decisión del 7 de febrero de 2020; caso *SMA vs. España*, decisión del 28 de septiembre de 2020; caso *MBS vs. España*, decisión del 28 de septiembre de 2020.

⁵³ *Idem*, caso *JAB vs. España*; decisión del 31 de mayo de 2019; caso *VA vs. Suiza*, decisión del 28 de septiembre de 2020.

Complementariamente, otra serie de mandatos —en general dedicados a la protección de grupos— han adoptado la perspectiva de la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos y, en ese sentido, han abordado también en su trabajo aspectos relativos a los DESC. Entre estos, cabe destacar a los Relatores Especiales y Expertos Independientes sobre Pueblos Indígenas, Migrantes, Adultos Mayores, Personas con Discapacidad, Violencia contra la Mujer, y el Grupo de Trabajo sobre Discriminación contra la Mujer.

Los procedimientos especiales cumplen con su mandato a través de la adopción de informes temáticos, la realización de visitas a países y la intervención ante denuncias de violaciones por vía de cartas de alegación o llamados urgentes a los Estados involucrados. Para los jueces nacionales puede ser útil consultar informes temáticos sobre temas novedosos que les toquen resolver, como marco de referencia. En el mismo sentido, pueden resultar particularmente útiles las recomendaciones hechas por los procedimientos especiales en sus informes de visita a países y, obviamente, las efectuadas sobre el tema pertinente en visita oficial a México.

2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Gran parte de los aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos relativas al contenido de los DESC son abordadas en el artículo de Eduardo Ferrer MacGregor incluido en este volumen, de modo que, para evitar duplicaciones, a él me remito. Me limitaré aquí a algunas observaciones complementarias. Primero, ciertamente el abordaje explícito de DESC por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH— tomó impulso a partir de la jurisprudencia sentada en el caso *Lagos del Campo v. Perú*, en la que comenzó a aplicar directamente el artículo 26 de la Convención. Esto no significa, sin embargo, que la Corte nunca hubiera tratado temas vinculados a DESC: en su jurisprudencia anterior, la Corte prefirió abordar aspectos relacionados con estos derechos a) por vía de su conexidad con derechos civiles, b) a través de la aplicación de principios y cláusulas transversales de la Convención Americana, como los principios de igualdad y no discriminación, y los derechos de acceso a la justicia,

debido proceso y tutela judicial efectiva, y c) a través del otorgamiento de reparaciones cuyo contenido incluye acciones y prestaciones relacionadas con DESC.

En relación con la conexidad, la Corte ha hecho una interpretación amplia de los derechos a la vida y a la integridad personal, derivando de estos derechos obligaciones positivas que se solapan con obligaciones relativas a los derechos a la salud, alimentación, educación y agua, entre otros.⁵⁴ La Corte ha derivado también obligaciones vinculadas con DESC, entre otros, de los derechos a la propiedad —en particular en materia de propiedad colectiva de la tierra ancestral de los pueblos indígenas,⁵⁵ y también en materia de seguridad social—,⁵⁶ del derecho a la asociación,⁵⁷ de la prohibición de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados,⁵⁸ y del derecho de los niños a gozar de medidas de protección.⁵⁹

En lo que se refiere a los principios y cláusulas de alcance transversal, la Corte ha aplicado la prohibición de discriminación a temas laborales,⁶⁰ de seguridad

⁵⁴ Cf., Corte IDH, *caso Ximenes Lopes vs Brasil*, párrs. 89-111 y 124-146; caso “*Instituto de Reeducción del Menor vs Paraguay*”, párrs. 156-171; caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005, párrs. 161-170; caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay*, párrs. 151-178; caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay*, sentencia de 24 de agosto de 2010, párrs. 194-217; caso *Chinchilla Sandoval vs Guatemala*, sentencia de 29 de febrero de 2016, párrs. 166-200; caso *Gonzales Lluy y otros vs Ecuador*, sentencia de 1 de septiembre de 2015, párrs. 168-205; caso *I.V. vs Bolivia*, sentencia de 30 de noviembre de 2016, párrs. 154-201. Cabe señalar que la Corte no abandonó la protección por conexidad con el cambio de jurisprudencia producido en Lagos del Campo, y ha decidido en varios casos que los mismos hechos violan tanto los derechos a la vida y/o integridad persona como los derechos derivados del artículo 26 de la Convención.

⁵⁵ *Idem*, la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, párrs. 148-154; caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs Paraguay*, párrs. 124-137; caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay*, párrs. 117-121, caso del *Pueblo Saramaka vs Surinam*, sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrs. 87-96; caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, párrs. 85-89.

⁵⁶ *Idem*, *Cinco Pensionistas vs Perú*, sentencia de 28 de febrero de 2003, párrs. 94-121; caso *Acevedo Buendía y otros vs Perú*, sentencia de 1 de julio de 2009, párrs. 80-91.

⁵⁷ *Idem*, caso *Baena Ricardo y otros vs Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001, párrs. 156-163; Caso *Huilca Tecse vs Perú*, sentencia de 3 de marzo de 2005, párrs. 67-78.

⁵⁸ *Idem*, caso de las *Masacres de Ituango vs Colombia*, sentencia de 1 de julio de 2006, párrs. 150-168; caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs Brasil*, sentencia de 20 de octubre de 2016, párrs. 242-293.

⁵⁹ *Idem*, caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs *Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre 1999, párrs. 187-198; caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs *Paraguay*, párrs. 147-149; Opinión Consultiva OC-17/2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, de 28 de agosto de 2002, párrs. 86-91.

⁶⁰ *Idem*, Opinión Consultiva OC-18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párrs. 128-160.

social,⁶¹ de educación⁶² y de salud,⁶³ y los derechos de acceso a la justicia, debido proceso y tutela judicial efectiva, dada la amplitud de los artículos 8 y 25, a una gama importante de DESC, incluyendo los derechos de índole laboral,⁶⁴ el derecho a la seguridad social,⁶⁵ el derecho a la salud⁶⁶ y el derecho a la educación.⁶⁷

En cuanto a las reparaciones, la Corte, amén de indemnizaciones de carácter pecuniario, ha ordenado reparaciones individuales y colectivas relativas a DESCA, como el acceso a atención médica y psicológica,⁶⁸ el acceso a la educación,⁶⁹ el acceso a bienes y servicios básicos para la subsistencia, incluyendo alimentación y agua potable,⁷⁰ la restitución, identificación, demarcación, titulación y entrega de tierras,⁷¹ acceso a vivienda,⁷² el reintegro de trabajadores o la oferta de empleo de similares condiciones a trabajadores injustamente despedidos,⁷³ la adopción

⁶¹ *Idem*, Caso *Duque vs Colombia*, sentencia de 26 de febrero de 2016, párrs. 94-125.

⁶² *Idem*, caso de las Niñas *Yean y Bosico vs República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005, párr. 185; caso *Gonzales Lluy y otros v. Ecuador*, párrs. 242-291.

⁶³ *Idem*, caso *Chinchilla Sandoval vs Guatemala*, párrs. 177, 188, 209-210; caso *Gonzales Lluy y otros vs Ecuador*, párrs. 204-205; caso *Poblete Vilches y otros vs Chile*, sentencia de 8 de marzo de 2018, párrs. 125-132.

⁶⁴ *Idem*, caso *Baena Ricardo y otros vs Panamá*, párrs. 122-143; caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párrs. 108-131; caso *Canales Huapaya y otros vs Perú*, sentencia de 24 de junio de 2015, párr. 106-131; caso *Maldonado Ordóñez vs Guatemala*, sentencia de 3 de mayo de 2016, párrs. 71-95 y 109-119; caso *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros v. Perú*, sentencia de 23 de noviembre de 2017, párrs. 153-185.

⁶⁵ *Idem*, caso “*Cinco Pensionistas*” vs Perú, párrs. 127-140; caso *Acevedo Buendía y otros vs Perú*, párrs. 69-79.

⁶⁶ *Idem*, caso *Ximenes Lopes vs Brasil*, sentencia de 4 julio de 2006; caso *Suárez Peralta vs Ecuador*, sentencia de 21 de mayo de 2013, párrs. 92-122; caso *Chinchilla Sandoval vs Guatemala*, párrs. 233-259; caso *Gonzales Lluy y otros vs Ecuador*, párrs. 298-317; caso *I.V. vs Bolivia*, párrs. 292-321.

⁶⁷ *Idem*, caso *Guzmán Albarracín vs Ecuador*, sentencia de 24 de junio de 2020, párrs. 176-194.

⁶⁸ Ver, entre muchos otros, *idem*, caso *19 Comerciantes vs Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004, párrs. 277 y 278; caso *Gutiérrez Soler vs Colombia*, sentencia de 12 de septiembre de 2005, párr. 102; caso de la “*Masacre de Mapiripán*” vs Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 312; caso de la *Masacre de Pueblo Bello vs Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006, párrs. 274 y 287; caso *Fernández Ortega y otros vs México*, sentencia de 30 de agosto de 2010, párrs. 251 y 252.

⁶⁹ *Idem*, caso *Fernández Ortega y otros vs México*, párr. 264; caso *Gonzales Lluy y otros v. Ecuador*, párr. 372.

⁷⁰ *Idem*, caso *Comunidad Indígena Sawhoymaxaxa vs Paraguay*, párr. 230.

⁷¹ *Idem*, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua*, párrs. 153 y 164; caso *Comunidad indígena Yakey Axa vs Paraguay*, párrs. 211-217; caso del *Pueblo Saramaka vs Surinam*, párrs. 101, 115, 129-137, 143, 147, 155, 157, 158 y 194(a); caso de las *Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs Colombia*, sentencia de 20 de noviembre de 2013, párr. 459; caso *Comunidad garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs Honduras*, sentencia de 9 de octubre de 2015, párr. 259.

⁷² *Idem*, caso *Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala*, (Reparaciones), sentencia de 19 de noviembre de 2004; párrs. 105 y 117; Caso de las *Masacres de Ituango vs Colombia*, párr. 407.

⁷³ *Idem*, caso *Baena Ricardo y otros vs Panamá*, punto resolutivo 7

de planes de desarrollo para pueblos afectados por las violaciones⁷⁴ y la realización de actos públicos de desagravio en la lengua del pueblo indígena afectado,⁷⁵ entre otros.

También es útil subrayar que, para desarrollar el contenido y los estándares aplicables a los DESC, tanto por vía de su justiciabilidad directa fundada en el art. 26 o en el Protocolo de San Salvador, como por vía de su protección por conexidad con derechos civiles, la Corte ha recurrido mayormente a las Observaciones Generales del Comité DESC; de modo que una parte importante de su doctrina en la materia es un reflejo de los contenidos y estándares ya mencionados en la sección dedicada a ese órgano de tratado del sistema universal.

3. Organización Internacional del Trabajo

Aunque no se trata de instrumentos de derechos humanos en sentido estricto, y teniendo en cuenta las particularidades del sistema en el que se originan —entre las que sobresale su carácter tripartito: Estados, representantes de los trabajadores, representantes de los empleadores— huelga señalar la relevancia de los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo en materia laboral, de seguridad social, de salud y en algunos otros temas, como el de los derechos de los pueblos indígenas. Estos instrumentos son complementarios de los tratados de derechos humanos que incluyen DESC, y en muchos casos son relevantes por su mayor nivel de detalle en la definición de las obligaciones estatales o de las medidas apropiadas para la realización de derechos tales como el derecho al trabajo, la libertad sindical, el derecho a condiciones justas y equitativas de trabajo, la protección contra el despido arbitrario, la aplicación de la prohibición de discriminación en el ámbito del trabajo, la prohibición de trabajo infantil y el derecho a la seguridad social.⁷⁶ Así, y sin ánimo de exhaustividad,

⁷⁴ *Idem*, caso *Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala*, (Reparaciones), párrs. 109-111 y 117; caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay*, párrs. 244-245; caso *Comunidad garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs Honduras*, párr. 289-299.

⁷⁵ *Idem*, caso *Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala* (Reparaciones), párrs. 100 y 107.

⁷⁶ V. Goldín, “Los convenios internacionales del trabajo. Su impacto en la Argentina”; Gianibelli, “El sistema de protección de derechos de la Organización Internacional del Trabajo y sus efectos sobre el ordenamiento interno”, en Abramovich, Bovino, *et al.*, *op. cit.*, pp. 315-354 y 355-388, respectivamente.

vale la pena mencionar algunos de los Convenios y Recomendaciones de la OIT que pueden resultar trascendentes como fuente para la adjudicación de DESCAs de índole laboral, de seguridad social y otros relevantes.

Todos los denominados “convenios fundamentales de la OIT abordan temas íntimamente vinculados con derechos humanos. Entre ellos se encuentran el Convenio 87 sobre la libertad sindical —1948—, el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva —1949—, el Convenio 29 sobre trabajo forzoso —1930— y su Protocolo de 2014, el Convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzoso —1957—, el Convenio 138 sobre edad mínima —1973—, el Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil —1999—, el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración —1951—, el Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación —1958—.

Otros instrumentos que abordan aspectos relevantes para la protección de derechos humanos laborales son el Convenio 81 sobre la inspección del trabajo —1947— y su Protocolo de 1995, el Convenio 122 sobre política del empleo —1964—, el Convenio 159 sobre la terminación de la relación de trabajo —1982— y la Recomendación 166 sobre la terminación de la relación de trabajo —1982—, el Convenio 131 sobre la fijación de salarios mínimos —1970— y la Recomendación 135 sobre la fijación de salarios mínimos —1970—, el Convenio 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores —1981—, y el recientemente adoptado Convenio 190 sobre la violencia y el acoso en el trabajo —2019—.

En materia de seguridad social, merecen destacarse el Convenio 102 sobre la seguridad social —norma mínima de 1952—, que define las “ramas” o contingencias de la seguridad social, y la más reciente Recomendación 202 sobre los pisos de protección social —2012—, adoptada en consonancia con el enfoque de derechos humanos.

Finalmente, aunque no se centre en temas laborales, ha resultado particularmente relevante tanto para México como para gran parte de América Latina el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales —1989—, que ha constituido una fuente de inspiración de normas constitucionales y legales en materia de derechos de los pueblos indígenas.

En sentido similar al ya manifestado para los tratados de derechos humanos, para la aplicación de los instrumentos de la OIT debe tomarse en consideración la labor interpretativa de los órganos respectivos, como el Comité de Libertad Sindical y el Comité de Expertos. Como en el caso de los órganos de derechos humanos, los órganos pertinentes de la OIT revisan los informes periódicos enviados por los Estados partes en los que se da cuenta de las medidas adoptadas para implementar los instrumentos, y adoptan jurisprudencia en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas previsto por el art. 24 de la Constitución de la OIT.

IV. A modo de conclusión

He intentado ofrecer, en este capítulo, un panorama de las fuentes internacionales relevantes en materia de DESCAs. Por razones de espacio —y para evitar duplicaciones con otros capítulos sustantivos— resulta imposible reproducir el contenido de todos los estándares internacionales pertinentes en la materia. Una razón suplementaria es que cualquier intento de enumeración exhaustiva resultaría rápidamente desactualizado. He optado, más bien, por identificar las fuentes normativas relevantes, y por ilustrar la tarea interpretativa de los órganos de supervisión, consignando lo que creo son los aportes conceptuales más trascendentes, y ofreciendo además un abanico de ejemplos que permitan al menos vislumbrar los temas y enfoques adoptados. No se trata de un catálogo completo: se trata más bien de una hoja de ruta para permitir al juez, al funcionario judicial o al abogado iniciar su propia exploración y búsqueda, que debe ser complementada, en lo posible, con los capítulos del libro dedicados a derechos en particular.

Bibliografía

Libros

Abramovich, Víctor, “Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, en Abramovich, Víctor, Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados*

sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década, Buenos Aires, 2007.

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

Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona —artículo 1º segundo párrafo de la constitución—” en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro, (coords.) *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2011.

Castañeda Hernández, Mireya, *El principio pro persona ante la ponderación de derechos*, CNDH, México, 2018.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Pedro Salazar Ugarte, Pedro (coords.) *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2011.

García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2012.

Gianibelli, Guillermo, “El sistema de protección de derechos de la Organización Internacional del Trabajo y sus efectos sobre el ordenamiento interno”, en Abramovich, Víctor, Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, 2007.

Goldín, Adrián, “Los convenios internacionales del trabajo. Su impacto en la Argentina”, en Abramovich, Víctor, Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, 2007.

Pinto, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 1997.

_____, “El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, en Abramovich, Víctor, Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, 2007.

Rodríguez Manzo Graciela, Arjona Estévez Juan Carlos y Fajardo Morales Zamir, *Bloque de constitucionalidad en México*, CDHDF/SCJN/OACNUDH, México, 2013.

Salazar Ugarte, Pedro, *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, Instituto Belisario Domínguez-Senado de la República, México, 2014.

Jurisprudencia y normas

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *caso Elena Genero vs Italia*, 2020.

_____, *caso LMR vs Argentina*, 2011.

_____, *caso X vs Colombia*, 2007.

_____, *caso Karen Noelia Llantoy Huamán vs Perú*, 2005.

_____, *caso Edward Young vs Australia*, 2003.

_____, *caso Zwaan de Vries vs Países Bajos*, 1987.

Comité de los Derechos del Niño, caso *AB vs España*, 2020,

_____, caso *SMA vs España*, 2020.

_____, caso *MBS vs España*, 2020.

_____, caso *VA vs Suiza*, 2020.

_____, caso *MT vs España*, 2019.

_____, caso *JAB vs España*, 2019.

_____, caso *IAM vs Dinamarca*, 2018.

_____, caso *AD vs España*, 2017.

_____, caso *S.R y E.R vs Macedonia del Norte*, 2020.

_____, caso *Elisabeth de Blok y otras vs Países Bajos*, 2014.

_____, caso *RKB vs Turquía*, 2012.

_____, caso *Kell vs Canadá*, 2012.

_____, caso *LC vs Perú*, 2011.

_____, caso *Alyne da Silva Pimentel vs Brasil*, 2011.

_____, caso *Iuliia Domina y Max Bendtsen vs Dinamarca*, 2018.

_____, caso *Simon Bacher vs Austria*, 2018.

_____, caso *AF vs Italia*, 2015.

_____, *caso F vs Austria*, 2015.

_____, *caso Marie-Louise Jungelin vs Suecia*, 2014.

_____, *caso Liliane Gröninger vs Alemania*, 2014.

_____, *caso HM vs Suecia*, 2012.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-270/07, 17/04/2007, Sentencia del Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería.

Corte IDH, Caso 19 Comerciantes vs Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas).

_____, *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs Perú*, Sentencia de 1 de julio de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

_____, *Caso Baena Ricardo y otros vs Panamá*, Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

_____, *Caso Canales Huapaya y otros vs Perú*, Sentencia de 24 de junio de 2015 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

_____, *Caso Chinchilla Sandoval vs Guatemala*, Sentencia de 29 de febrero de 2016 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

_____, *Caso “Cinco Pensionistas” vs Perú*, Sentencia de 28 de febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas).

_____, *Caso Comunidad garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs Honduras*, Sentencia de 8 de octubre de 2015 (Fondo, Reparaciones y Costas).

- _____, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs Paraguay*, Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- _____, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay*, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- _____, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- _____, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs Colombia*, Sentencia de 15 septiembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- _____, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs Colombia*, Sentencia de 31 de enero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- _____, *Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs Colombia*, Sentencia de 20 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- _____, *Caso de las Masacres de Ituango vs Colombia*, Sentencia de 1 de julio de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- _____, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- _____, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre 1999 (Fondo).
- _____, *Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- _____, *Caso Duque vs Colombia*, Sentencia de 26 de febrero de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

- _____, *Caso Fernández Ortega y otros vs México*, Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).
- _____, *Caso Gonzales Lluy y otros v. Ecuador*, Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- _____, *Caso Gutiérrez Soler vs Colombia*, Sentencia de 12 de septiembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- _____, *Caso Guzmán Albarracín vs Ecuador*, Sentencia de 24 de junio de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- _____, *Caso Huilca Tecse vs Perú* Sentencia de 03 de marzo de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- _____, *Caso I.V. vs Bolivia*, Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- _____, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs Paraguay*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- _____, *Caso Maldonado Ordóñez vs Guatemala*, Sentencia de 3 de mayo de 2016 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).
- _____, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre de 2004 (Reparaciones).
- _____, *Caso Poblete Vilches y otros vs Chile*, Sentencia de 8 marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- _____, *Caso Suárez Peralta vs Ecuador*, Sentencia de 21 de mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

_____, *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs Perú*, Sentencia de 23 de noviembre de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

_____, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

_____, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs Brasil*, Sentencia de 20 octubre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

_____, *Caso Ximenes Lopes vs Brasil*, Sentencia de 4 de julio de 2006 (Excepción preliminar).

_____, Primera Sala, Amparo en revisión 306/2016, ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, México, 2016.

_____, Segunda Sala, Amparo Directo 9/2018, ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, México, 2018.

_____, Segunda Sala, Amparo en revisión 378/2014, ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, México, 2014.

Otros

Comité de los derechos del niño, *El derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 2013.

_____, Observación General Núm. 36, *sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida*, 2019.

_____, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de México*, 2019.

Comité DESC, Observación General Núm. 3, *La índole de las obligaciones de los Estados partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, 1990.

_____, Observación General Núm. 4, *El derecho a una vivienda adecuada*, 1991.

_____, Observación General Núm. 5, *Las personas con discapacidad*, 1994.

_____, Observación General Núm. 6, *Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*, 1995.

_____, Observación General Núm. 7, *El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos*, 1997.

_____, Observación General Núm. 9, *La aplicación interna del Pacto*, 1998.

_____, Observación General Núm. 11, *Planes de acción para la enseñanza primaria*, 1999.

_____, Observación General Núm. 12, *El derecho a una alimentación adecuada*, 1999.

_____, Observación General Núm. 13, *El derecho a la educación*, 1999.

_____, Observación General Núm. 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 2000.

_____, Observación General Núm. 15, *El derecho al agua*, 2002.

_____, Observación General Núm. 16, *La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales*, 2005.

_____, Observación General Núm. 17, *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 autor(a)*, 2005.

_____, Observación General Núm. 18, *El derecho al trabajo*, 2005.

_____, Observación General Núm. 19, *El derecho a la seguridad social*, 2007.

_____, Observación General Núm. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, 2009.

_____, Observación General Núm. 21, *El derecho de toda persona a participar en la vida cultural*, 2009.

_____, Observación General Núm. 22, *Derecho a la salud sexual y reproductiva*, 2016.

_____, Observación General Núm. 23, *El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias*, 2016.

_____, Observación General Núm. 25, *La ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales*, 2020.

_____, Observaciones finales sobre a los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, 2018.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *caso SFM vs España*, 2020.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Núm. 24, *La mujer y la salud*, 1999.

Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, caso *L. R. et al vs Eslovaquia*, 2005.

—————, caso *Yilmaz Dogan vs Países Bajos*, 1988.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, caso *VFC vs España*, 2019.

—————, Opinión Consultiva OC-17/2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2002.

—————, Opinión Consultiva OC-18/2003, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 2003.

SCJN, Pleno, Expediente Varios 912/2010, ponente: Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, México, 2010.

—————, Pleno, Contradicción de Tesis 293/2011, ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, México, 2011.

Los DESCAs en la Corte Interamericana y su trascendencia para el poder judicial mexicano

Eduardo Ferrer Mac-Gregor*

* Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la cual fue presidente y vicepresidente.
Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

Los DESCA en la Corte Interamericana y su trascendencia para el poder judicial mexicano. I. Introducción; II. Los DESCA en la jurisprudencia de la Corte Interamericana; III. Las reformas constitucionales de 2011 y su impacto en la protección jurisdiccional de los DESCA; IV. La jurisdicción mexicana y algunos desafíos frente a la experiencia internacional.

I. Introducción

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH— ha sido pionera en diversos aspectos dentro de los sistemas regionales de protección de derechos humanos.¹ En sus más de cuarenta años de funcionamiento como tribunal internacional, ha consolidado diversas líneas jurisprudenciales mediante una interpretación evolutiva y progresiva de las disposiciones convencionales.²

Una de estas aportaciones ha sido su jurisprudencia sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales —en adelante DESCA o derechos sociales—. En el sistema interamericano de derechos humanos, la Carta de la

¹ Por ejemplo, la jurisprudencia sobre desaparición forzada de personas, derechos de los pueblos indígenas y en materia de las reparaciones, particularmente las garantías de no repetición.

² En especial la Corte IDH ha indicado que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. Cf., Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. OC-16/99. Serie A Núm. 16, párr. 114.

Organización de Estados Americanos —en adelante OEA—, la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos —en adelante la CADH o el Pacto de San José— y el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador— constituyen los principales instrumentos que ha interpretado dicho tribunal para proteger derechos sociales.

Tradicionalmente la protección de los DESCAs se realizó mediante diversos métodos “indirectos”, mediante la conexidad con los derechos civiles y políticos,³ el principio de igualdad y no discriminación,⁴ las garantías y protección judiciales⁵ o los denominados “casos complejos de violaciones de derechos humanos”.⁶ Con el paso de los años diversas discusiones surgieron sobre la necesidad de abordar de manera frontal y directa las alegaciones sobre DESCAs que las víctimas o la Comisión Interamericana consideraban infringidas.⁷

En el presente estudio se abordará la reciente jurisprudencia sobre la denominada “justiciabilidad directa” que tuvo como punto de partida el caso *Lagos del Campos vs. Perú* de 2017, que por primera vez declara la violación del artículo 26 del Pacto de San José. En primer lugar, se analizarán los DESCAs que han sido abordados y desarrollados por la Corte IDH bajo esa óptica, así como del artículo 13 del Protocolo de San Salvador. En segundo lugar, se destacarán varios casos que considero ilustran buenas prácticas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación —en adelante “SCJN”— sobre la temática, destacando posteriormente algunas problemáticas y desafíos que se plantean, así como posibles acercamientos desde la experiencia internacional.

³ Este tipo de protección se daba mediante derechos sustantivos como la vida, integridad, personalidad, vida privada, libertad de asociación, libertad de expresión o derecho a la propiedad.

⁴ Especialmente mediante los arts. 1.1 (disposición general de no discriminación, así como las categorías prohibidas de discriminación) 24 (igualdad ante la ley) de la CADH.

⁵ Principalmente desde los arts. 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la CADH.

⁶ Por ejemplo, los fenómenos de desplazamiento forzado interno o intraurbano y las masacres.

⁷ V., un resumen de dichos debates en Ferrer Mac-Gregor, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, pp. 149-202.

II. Los DESCAs en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

1. El Protocolo de San Salvador

Este instrumento interamericano otorga la posibilidad de justiciabilidad directa de los derechos de asociación sindical y a la educación. En cuanto al primero, si bien la Corte IDH no ha declarado una violación al derecho de asociación sindical, en la OC-21 interpretó que “se consagran derechos a favor de los sindicatos, las federaciones y las confederaciones, dado que son interlocutores de sus asociados y buscan salvaguardar y velar por sus derechos e intereses”.⁸ Lo que abre la puerta para que, eventualmente, se pronuncie en un caso contencioso sobre dicho derecho tanto de personas físicas como jurídicas.

En cuanto al derecho a la educación, se declara su violación por primera vez en el caso *Gonzales Lluy y otros* —2015—. ⁹ Al respecto, se estableció que la víctima había sido expulsada de la escuela y se le había negado ingresar a otras, ya que al ser portadora de VIH los maestros “temían que contagiara a sus compañeros”, lo que ocasionaba en la víctima que fuera objeto de discriminación interseccional por su condición de mujer, niña, viviendo en situación de pobreza y con VIH.¹⁰ Recientemente, en el caso *Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador* —2020—, también se declaró violado el derecho a la educación mediante el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, al determinarse la violación del derecho de la víctima, como mujer y niña, a una vida libre de violencia sexual en el ámbito educativo.¹¹ La Corte IDH expresó que debido a que tenía competencia —por así disponerlo el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador— sobre el derecho a la educación, era innecesario abordar el referido derecho mediante el art. 26 de la CADH.¹²

⁸ Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Serie A Núm. 22, párr. 97.

⁹ *Idem*, *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Serie C Núm. 298.

¹⁰ *Ibidem*, párr. 290.

¹¹ *Idem*, *Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*. Serie C Núm. 405.

¹² *Ibidem*, párr. 117.

2. El art. 26 de la Convención Americana

La protección directa vía artículo 26 de la CADH se inicia con el referido caso *Lagos del Campo vs. Perú*, protegiendo “la estabilidad laboral”, así como “el derecho de los trabajadores a asociarse para la defensa de sus derechos” —mediante la conjunción de los artículos 16 y 26 de la Convención Americana—. En el referido caso, la Corte IDH se refiere “a la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, “puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”.¹³

A partir de entonces la Corte IDH ha declarado la violación de los DESCAs vía artículo 26 en doce casos contenciosos posteriores¹⁴ y se ha referido de manera explícita en dos opiniones consultivas.¹⁵ A continuación, para sintetizar los aspectos generales que estos casos comparten se abordarán brevemente la metodología que se ha utilizado para determinar el contenido del artículo 26, el régimen de obligaciones que incumbe cuando se analizan casos de DESCAs, las temáticas y

¹³ *Idem*, *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Serie C Núm. 340, párr. 141.

¹⁴ *Ibidem*; Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Serie C Núm. 344; *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Serie C Núm. 348; *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Serie C Núm. 349; *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Serie C Núm. 359; *Caso Muelle Flores vs. Perú*. Serie C Núm. 375; *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB- SUNAT) vs. Perú*. Serie C Núm. 394; *Caso Hernández vs. Argentina*. Serie C Núm. 395; *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Serie C Núm. 400; *Caso Spoltore vs. Argentina*. Serie C Núm. 404; *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*. Serie C Núm. 407; *Caso Nina vs. Perú*. Serie C Núm. 419; y *Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador*. Serie C Núm. 423.

¹⁵ *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal —interpretación y alcance de los arts. 4.1 y 5.1, en relación con los arts. 1.1. y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. OC-23/17 de 15 de septiembre de 2017. Serie A Núm. 23; y *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga y su relación con otros derechos, con perspectiva de género (Interpretación y alcance de los arts. 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los arts. 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los arts. 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los arts. 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los arts., II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre)*. OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A Núm. 27.

derechos que han sido desarrollados hasta ahora, así como algunos ejemplos de reparaciones que se han ordenado.

A. Metodología

En general, la Corte IDH parte de identificar el derecho protegido por el artículo 26 del Pacto de San José acudiendo a las normas de la Carta de la OEA y posteriormente delimita su contenido recurriendo a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y al *corpus iuris* internacional y nacional. Lo anterior considerando las normas de interpretación a que se refiere el artículo 29 de la CADH, especialmente los incisos b, c, y d.¹⁶

Como primer paso, de acuerdo al mandato establecido en el artículo 26 de la CADH se requiere determinar si el DESCAs estaría contenidos en dicha norma, siendo necesario hacer —como lo menciona la referida disposición— una remisión directa a la Carta de la OEA, en la medida en que “se deriv[en] de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura”.

En segundo lugar, se recurre a la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, atendiendo a que la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-10/89 señaló que “[l]os Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA”.¹⁷

¹⁶ Art. 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] ;b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

¹⁷ CADH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del art. 64*. OC-10/89, Serie A Núm. 10, párr. 43.

En tercer lugar, el Tribunal Interamericano indicó que para delimitar *el contenido del derecho* también era importante recurrir a los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, entre los cuales podemos identificar el propio Protocolo de San Salvador o bien otros tratados “generales” —como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales— o los que se refieren a ciertos grupos de vulnerabilidad —como la Convención de Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención de los Derechos del Niño, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad—. También es importante destacar que dentro de lo que la Corte IDH ha entendido como parte del *corpus iuris internacional*, ha recurrido al *soft law* en la materia.¹⁸

Asimismo, la Corte IDH ha tenido en consideración si la constitución nacional reconoce el derecho en cuestión, dependiendo de cada país y cada derecho. Es menester señalar que la Corte IDH no solo ha contemplado las constituciones nacionales, sino también, en el caso de los Estados federados, ha tomado en consideración las constituciones locales.¹⁹

B. Obligaciones en materia de DESCAs

Al igual que todos los derechos que se encuentran contemplados en los artículos 3 a 25 de la CADH, el Tribunal Interamericano ha indicado que en el caso de los DESCAs también le son aplicables, en primer lugar, las obligaciones generales de respeto y garantía contenidas en el artículo 1 así como la de adecuación de derecho interno estipulada en el artículo 2 del Pacto de San José. De igual modo, también deberían contemplar la prohibición de no discriminación contenida en el artículo 1.1 del mismo instrumento.

¹⁸ Por ejemplo, en el caso *Lakha Honhat*, la Corte IDH, como parte del derecho internacional, tomó en consideración la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

¹⁹ *Idem*, la Corte IDH, como parte del derecho nacional aplicable a Argentina, recurrió a la Constitución provincial de Salta para derivar determinadas obligaciones en materia de DESCAs.

Asimismo, ha expresado que, adicionalmente, se pueden identificar tres tipos de obligaciones como expresión de la especificidad de los DESCAs: a) las obligaciones de exigibilidad inmediata, b) la obligación de progresividad y c) la prohibición de regresividad.

En el caso de la primera, el contenido de estas obligaciones estaría relacionada con aquellas que, *per se*, no requieren recursos económicos, como la prohibición de discriminación.²⁰ En cuanto a la *obligación de progresividad*, la Corte IDH la ha entendido como el avance gradual de un derecho —teniendo en cuenta los recursos disponibles— para alcanzar la plena efectividad del derecho, por lo que al ser una obligación que implica “un hacer” estaría contemplada como una proyección de la obligación general de garantía. Finalmente, se encuentra la *prohibición de regresividad*, la cual consistiría en que el Estado se debe de abstener de realizar acciones que puedan menoscabar el nivel del disfrute ya alcanzado de un derecho, por lo que al implicar una obligación de “no hacer”, la regresividad estaría ubicada como una proyección de la obligación de respeto.²¹

C. Casos y temáticas protegidas por el Artículo 26 de la Convención Americana

a. Derecho al trabajo

Los primeros tres casos de la justiciabilidad directa de los DESCAs mediante el artículo 26 de la CADH, implicaron distintas facetas del derecho al trabajo. El primero fue el caso *Lagos del Campo*, dentro de un contexto de relaciones laborales entre particulares. La Corte IDH consideró que el despido que había sufrido la víctima por las denuncias que realizó a nivel interno de la empresa en donde

²⁰ En este entendido, por ejemplo, lo referido por la Corte IDH tiene en gran medida un reflejo de lo estipulado en la Observación General núm. 3 del Comité DESC y que ha sido reiterado en diferentes observaciones generales posteriores.

²¹ Si bien la Corte IDH concibió desde el caso *Acevedo Buendía y otros* la noción de progresividad y prohibición de regresividad —en gran medida inspirada por la Observación General del Comité DESC—, no fue hasta el caso *Cuscul Pivaral y otros*, que desarrolló el contenido de aplicación en lo referente al caso en concreto. En particular pueden verse los párrs. 147 y 148.

laboraba no fue justificado. También estimó que, entre otros, no se habían valorado los alegatos de defensa de la víctima, lo cual no fue corregido en las diversas instancias de justicia y el recurso de amparo no se pronunció sobre los derechos sustantivos alegados por el señor Lagos del Campo. En consecuencia, la Corte IDH consideró que el Estado violó los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de la misma. En este caso, cuando la Corte IDH protegió el derecho a la estabilidad laboral por la falta de justificación en cuanto al despido, lo hizo desde una perspectiva de la obligación que tienen los Estados de garantizar que los recursos judiciales protejan los derechos sustantivos, como en este caso lo era el derecho al trabajo.²²

Unos meses después, la Corte IDH declaró nuevamente violado el artículo 26 de la CADH en el caso *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*. A diferencia del caso *Lagos del Campo*, el contexto en el que habían sufrido los despidos las víctimas, habían sido desde el sector público. Adicionalmente, la Corte IDH al igual que el caso *Lagos del Campo* analizó la falta de respuesta judicial ante los despidos injustificados, por lo que analizó el derecho desde la perspectiva de la obligación de garantía.²³

Posteriormente, en el caso *San Miguel Sosa y otras*, la Corte IDH analizó el despido que habían sufrido las tres víctimas por razones de discriminación política —en concreto por firmar el mandato revocatorio del entonces presidente Hugo Chávez—. En este caso, a diferencia de los dos casos previos, consideró que las violaciones constatadas —particularmente la discriminación por posición política y el impacto en los derechos políticos— “tenían un mismo hecho generador” que era el despido del sector público de las tres víctimas.²⁴

Durante el 2020 se resolvieron los casos *Spoltore vs. Argentina*, y *Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*, que involucran otra faceta del derecho al trabajo, relativa a las “condiciones de trabajo equitativas

²² Cf., *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *op. cit.*, párrs. 141 a 154.

²³ Cf., *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 193.

²⁴ Cf., *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, *op. cit.*, párrs. 108 y 109.

y satisfactorias”. En el primero se aborda cómo la demora del procedimiento laboral tuvo un impacto en la víctima en su derecho al acceso a la justicia, que tenía como finalidad una eventual indemnización por una posible enfermedad laboral. En el análisis del caso se tuvo en consideración la aceptación de responsabilidad del Estado respecto de la demora del procedimiento y que la víctima tenía una discapacidad.

El segundo caso relacionado con la explosión de una fábrica de fuegos artificiales en la que murieron 60 personas y 6 sobrevivieron —mujeres, niñas y niños— se desarrolla el contenido sustancial y obligacional de las “condiciones equitativas y satisfactorias” que garanticen “la seguridad, la salud y la higiene en el trabajo”. En la sentencia, la Corte IDH atribuyó la responsabilidad internacional al Estado debido a que los hechos ocurrieron sin que éste “ejerciera ninguna *labor de supervisión o fiscalización* orientada a verificar las *condiciones laborales* de quienes se desempeñaban en la fábrica de fuegos, ni emprendiera alguna acción orientada a *prevenir accidentes* pese a que la actividad desplegada en la fábrica era caracterizada por la normatividad como especialmente peligrosa”.²⁵

En el mismo 2020 se resolvió el caso *Casa Nina vs. Perú*. La Corte IDH declaró la vulneración a la estabilidad laboral de un fiscal provisional debido a que su remoción se dio por causales “del servicio público” sin una motivación adecuada por parte de las autoridades internas. Lo anterior llevó a la Corte IDH a declarar la vulneración del art. 26 debido a que los fiscales no solo deben contar con la garantía de la inamovilidad en el cargo, sino también la estabilidad en el empleo.²⁶

b. Derecho a la salud

La primera ocasión en que se declaró la vulneración del derecho a la salud fue en el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*. El Tribunal Interamericano analizó la

²⁵ El caso es también importante a la luz de la temática de empresas y derechos humanos. Al respecto, V. los *Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos*, UN Doc. A/HRC/17/31, así como CIDH/REDESCA, *Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF1/19, 1.

²⁶ *Cf.*, *Caso Casa Nina vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 108.

violación de *obligaciones de carácter inmediato* ante la situación de urgencia que vivió una persona mayor, el señor Poblete en sus dos ingresos en un hospital público chileno. En particular la Corte IDH estimó también que se violaba el derecho a la salud por la falta de obtención del consentimiento por sustitución y agregó que, derechos como el acceso a la información, materializan el derecho social en cuestión, en este caso el derecho a la salud del señor Vinicio Poblete.²⁷

El segundo caso fue *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, en donde se analizó el derecho a la salud respecto de 49 personas que viven o vivieron con el VIH, así como afectaciones a la integridad personal de sus familiares. La Corte IDH analizó la violación del derecho a la salud en dos grandes vertientes. Por un lado, lo relacionado con la falta de tratamiento médico y, por otro, el impacto que había tenido la atención deficiente de salud para el caso de mujeres embarazadas con VIH. En cuanto al primer componente, la sentencia seccionó en dos periodos temporales el análisis: i) antes del 2004 y ii) después del 2004. En cuanto al primer momento la Corte IDH estimó que, dado que el Estado no había provisto tratamiento con anterioridad al 2004 pese a la existencia de legislación interna que obligaba a ello, violaba la obligación de progresividad —por la inacción del Estado— contemplada en el artículo 26 de la CADH. Por otro lado, con posterioridad a 2004, periodo en el cual el Estado comenzó a proveer tratamiento médico a pacientes con VIH, el Tribunal Interamericano consideró que no se habían garantizado los elementos esenciales e interrelacionados del derecho a la salud —a saber, accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad—. En cuanto al impacto que había tenido la atención deficiente de salud en las mujeres embarazadas con VIH, la Corte IDH analizó la referida vulneración desde una óptica de la discriminación interseccional de la discriminación por la confluencia de diversos factores, ello debido a que no se les había practicado a algunas de ellas tratamientos preventivos de transmisión del VIH a sus hijos.²⁸

En el caso *Hernández vs. Argentina*, se declaró la responsabilidad internacional del Estado debido a que no había garantizado una adecuada atención médica del señor Hernández por sus padecimientos relacionados con la tuberculosis mientras

²⁷ Cf., *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *op. cit.*, párrs. 100 y ss.

²⁸ Cf., *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, *op. cit.*, párrs. 103 y ss.

estuvo privado de la libertad, aún frente a las denuncias de su madre, así como órdenes judiciales que indicaban su pronta atención, las cuales no se ejecutaron de manera adecuada para proteger su derecho.²⁹

Finalmente, en el caso *Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador*, la Corte IDH determinó que el Estado no tomó ninguna medida para apoyar al señor Guachalá Chimbo para que pudiera prestar su consentimiento informado para la internación y el tratamiento a los que fue sometido en el Hospital Julio Endara. Esta falta de consentimiento constituyó una negación de su autonomía como persona, y de su capacidad de tomar decisiones respecto a sus derechos. Por otra parte, a la señora Chimbo tampoco se le explicó el diagnóstico de su hijo, cuál sería el tratamiento, su objetivo, el método, ni los posibles riesgos del mismo. Tampoco fueron señaladas otras alternativas al tratamiento propuesto. Además, la legislación aplicable no incluía la obligación de brindar los apoyos necesarios a las personas con discapacidad al momento de tomar decisiones. Todo lo anterior vulneró el derecho a la salud.³⁰

c. Derecho a la seguridad social

En el caso *Muelle Flores* la Corte IDH analizó el impacto que había tenido la falta de ejecución de dos sentencias de amparo que habían reconocido el derecho a favor de la víctima, lo que se traducía como una violación del deber de garantizar el derecho. Se estimó que la referida falta de ejecución había tenido como consecuencia que no sólo se afectara la naturaleza “alimentaria y sustitutiva del salario”, sino también el derecho a la dignidad y a la integridad personal de la víctima.³¹ En similar sentido se analizó el caso *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria ANCEJUB-SUNAT Vs. Perú*, con la diferencia que ahora se veía involucrado el derecho a la pensión de 598 personas.³²

²⁹ Cf., *Caso Hernández vs. Argentina*, párrs. 62 y ss.

³⁰ Cf., *Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C Núms. 423, 110 y ss.*

³¹ Cf., *Caso Muelle Flores vs. Perú, op. cit.*, párrs. 167 y ss.

³² Cf., *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú, op. cit.*, párrs. 151 y ss.

d. Derecho al medio ambiente sano

La Corte IDH se pronunció en la OC-23, indicando que el derecho al medio ambiente sano podía entenderse como uno de los derechos justiciables mediante el artículo 26 de la CADH. Además, precisó que se aplicaban las obligaciones de respeto, garantía y no discriminación en cuanto al contenido de este derecho. Añadió que dada la relación que tiene el derecho al medio ambiente sano con otros derechos, estos pueden ser susceptibles de ser “vulnerables por la degradación ambiental” —como el derecho a la vida, integridad personal o salud— o derechos que pueden servir como un “instrumento” para garantizar el derecho al medio ambiente —como el acceso a la información o el derecho a la participación política—. ³³ También se declaró violado este derecho en el *Caso de la Comunidad Lakha Honhat vs. Argentina*, que por sus implicaciones particulares con otros derechos se abordará a continuación.

e. El derecho al territorio de los pueblos indígenas y los DESCAs: alimentación, medio ambiente, agua e identidad cultural

El caso de la *Comunidad Lakha Honhat vs. Argentina* constituyó una nueva mirada a los derechos de los pueblos indígenas, al considerar que varios DESCAs involucrados se encuentran protegidos por el artículo 26 de la CADH.

En particular existen dos diferencias con respecto a casos previos en la materia, en donde el Tribunal Interamericano subsumía la protección de los DESCAs en el contenido del derecho a la propiedad colectiva. Primero, se hizo una distinción implícita entre “tierra” y “territorio”. Y, en segundo lugar, se realizó una protección diferenciada del territorio mediante el artículo 26 de la CADH, declarando y dotando de contenido, por primera vez en un caso contencioso, a los derechos al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural.

³³ V., Medio ambiente y derechos humanos. OC-23/17, *op. cit.*

En cuanto al primer aspecto, una de las limitaciones que se tenían en esta materia era que se circunscribía la violación de derechos inmersos en el territorio —pensemos en el agua—, dentro del concepto de “tierra”, es decir, dentro de un concepto de producción. Si bien la Corte IDH ya había indicado que dentro del concepto de *tierras* se debe entender comprendido también el de *territorios*, esta subsunción de conceptos implicaba que cuando se determinaba la responsabilidad internacional, las reparaciones quedaban acotadas a la restitución de la “tierra” o bien se encontraban dirigidas a subsanar posibles falencias dentro de los procesos de consulta previa. En el caso *Lhaka Honhat*, la Corte IDH estimó la violación del “derecho de propiedad” contenido en el artículo 21 del Pacto de San José, en virtud de que no se había garantizado de manera suficiente el derecho a la propiedad comunal, debido a que el Estado no contaba con mecanismos adecuados de titulación y demarcación; es decir, no se garantizó el “derecho a las tierras comunales”.

Por lo que hace al segundo aspecto, relacionado con la protección de los derechos sociales, culturales y ambientales del territorio mediante el artículo 26 del Pacto de San José, la Corte IDH desagregó los componentes que anteriormente subsumía en “la propiedad comunal”, para dotarlos de contenido e individualizar las violaciones a dichos derechos.

Cabe destacar que lo anterior no hubiese sido posible sin la jurisprudencia sobre la justiciabilidad autónoma y directa de los DESCAs, que ha venido desarrollando el Tribunal Interamericano desde el referido caso *Lagos del Campo*. La violación autónoma de los derechos sociales, culturales y ambientales involucrados fue expresamente solicitada por los representantes de las víctimas en su demanda ante la Corte IDH, invocando los precedentes del tribunal sobre la materia, respecto a los derechos laborales, a la salud, al medio ambiente y a la seguridad social antes citados. En el mismo sentido se destacan los aportes de los numerosos escritos de *amicus curiae* presentados en el caso, algunos de ellos vinculando esta justiciabilidad con la Agenda 2030 de la ONU y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible. Así, en el caso *Lhaka Honhat* ya existían una serie de precedentes relevantes que avalaban el análisis diferenciado de los derechos civiles y políticos respecto de los DESCAs.

De esta forma, la Corte IDH no sólo declaró la violación autónoma, dotando de contenido, a los derechos a participar en la vida cultural —en lo atinente a la identidad cultural—, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, sino que además abordó, desde mi perspectiva, la verdadera magnitud de las violaciones que sufren los miembros pertenecientes a estos pueblos y comunidades, al considerar a éstos como sujetos colectivos de derechos, cuando no pueden disponer y usar de manera plena tanto la tierra como los elementos inmersos en el territorio —recursos naturales— que, en conjunto, constituye una visión holística a la protección de sus derechos.

f. Libertad sindical, libertad de asociación y huelga

La Corte IDH indicó que el derecho a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga son derechos humanos protegidos en el marco del Sistema Interamericano por el artículo 26, del Pacto de San José, por lo que las obligaciones de respeto y garantía resultan de fundamental relevancia para la defensa de los derechos laborales y las condiciones justas, equitativas y satisfactorias en el trabajo.³⁴ Por otro lado, la Corte IDH reconoció que los derechos de reunión y libertad de expresión, en su relación con la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, constituyen derechos fundamentales para que los trabajadores y las trabajadoras, y sus representantes, se organicen y expresen las reivindicaciones específicas acerca de sus condiciones laborales, y puedan participar en cuestiones de interés público con una voz colectiva.³⁵

El Tribunal Interamericano indicó que el derecho laboral establece un piso mínimo de protección de los derechos de los trabajadores, por lo cual no pueden renunciar a sus derechos laborales reconocidos en la legislación laboral por medio de la negociación colectiva.³⁶ En segundo lugar, la Corte IDH señaló que los

³⁴ Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga y su relación con otros derechos, con perspectiva de género, OC-27/21 párrs. 38-120 y 121-131.

³⁵ *Idem*, párrs. 132-142.

³⁶ *Idem*, párrs. 143-150.

Estados deben garantizar el derecho de las mujeres, en igualdad de circunstancias, a no ser objeto de actos de discriminación, y a participar de todas las asociaciones que se ocupen de la vida pública y política, incluyendo los sindicatos y las organizaciones de trabajadores y trabajadoras.³⁷ En tercer lugar, añadió que la autonomía sindical no ampara medidas que limiten el ejercicio de los derechos sindicales de las mujeres dentro de los sindicatos³⁸ y, finalmente, recalcó que los Estados tienen la obligación de adecuar sus legislaciones y sus prácticas a las nuevas condiciones del mercado laboral, cualesquiera que sean los avances tecnológicos que producen dichos cambios.³⁹

D. Medidas de reparación

Los apartados de “medidas de no repetición” en las sentencias DESCA tienen como objetivo evitar que hechos similares perpetúen la situación de violaciones a derechos que se haya constatado. Para ello estimo que es importante destacar cuatro casos en donde la Corte IDH incorporó garantías de no repetición de naturaleza transformadora. Por otro lado, las garantías de restitución también juegan un papel crucial al momento de materializar la reparación frente a una vulneración de derechos sociales.⁴⁰

Primero, en el caso *Poblete Vilches y otros* se incluyeron como garantías de no repetición las siguientes: i) Implementar programas permanentes de educación en derechos humanos dirigidos a los estudiantes de medicina y profesionales médicos, así como a todo el personal que conforma el sistema de salud y seguridad social, incluyendo órganos de mediación, sobre el adecuado trato a las personas mayores en materia de salud desde la perspectiva de los derechos humanos e impactos diferenciados en donde se haga referencia al derecho a la salud, al acceso a la información y a la Sentencia; ii) Informar al Tribunal, sobre los avances que

³⁷ *Idem*, párrs. 142 y 151-189.

³⁸ *Idem*, párrs. 190-200.

³⁹ *Ibidem*, párrs. 201 a 212.

⁴⁰ En algunos casos respecto del derecho al trabajo, la Corte IDH ha indicado que no es posible restituir el derecho ya sea por el transcurso del tiempo, porque el puesto no existe en el esquema laboral nacional o bien por reestructuración de la función pública.

ha implementado en hospital Sotero del Río; iii) Diseñar una publicación o cartilla que desarrolle los derechos de las personas mayores en materia de salud y iv) Adoptar las medidas necesarias, a fin de diseñar una política general de protección integral a las personas mayores.⁴¹

En segundo lugar, en el caso *ANCEJUB-SUNAT*, la Corte IDH estimó que dado que advertía que otros miembros podrían encontrarse en situaciones similares a las analizadas en el caso, dada la posible falta de ejecución de sentencias judiciales en cuanto a la nivelación de sus pensiones, estimó conveniente ordenar la creación de un registro que identifique: a) otros integrantes de ANCEJUB-SUNAT que no figuraban como víctimas en el caso, y b) otras personas que, no siendo miembros de dicha asociación, sean cesantes o jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, que enfrentan condiciones similares a las víctimas del caso.⁴²

En tercer lugar, en el caso *Cuscul Pivaral y otros*, la Corte IDH ordenó el diseño de un mecanismo a cargo del Estado para garantizar la accesibilidad, disponibilidad y calidad de las prestaciones en salud para las personas que viven con el VIH. Especificó que el diseño de este mecanismo deberá convocar la participación de la comunidad médica y de otros sectores.⁴³ Se trata de una medida que busca impulsar a las instituciones estatales para que, de forma deliberativa o dialógica y con otros sectores involucrados en la atención médica, se diseñen estrategias y acciones de atención. En este sentido, esta medida busca crear medios efectivos para que los DESCAs se materialicen en la realidad, que no sólo se queden plasmados en las decisiones judiciales, sino que, además, sean un medio en cual los principales interesados puedan ser parte de la toma de decisiones que les afectarán.

Por último, en el caso *Empleados de la Fábrica de Fuegos* se ordenó adoptar una *política sistemática de inspecciones periódicas en los locales de producción de fuegos artificia-*

⁴¹ Cf., *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, op. cit., párrs. 232 y ss.

⁴² Cf., *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú*, op. cit., párrs. 225, 226 y 227.

⁴³ Cf., *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, op. cit., párr. 226.

les, —dirigidas a verificar las condiciones de seguridad y salubridad del trabajo, así como fiscalizar el cumplimiento de las normas relativas al almacenamiento de los fuegos artificiales— por lo que los inspectores deben tener conocimiento en materia de salud y seguridad y el Estado “podrá acudir a organizaciones como la OIT y UNICEF, a fin de que brinden asesoramiento o asistencia que pudiere resultar de utilidad en el cumplimiento de la medida ordenada”. También se ordenó, como medida de no repetición, que se diseñe y ejecute un programa socioeconómico para la población de Santo Antônio de Jesus, para hacer frente a la falta de alternativas de trabajo, especialmente para menores de 16 años y mujeres afrodescendientes que viven en condición de pobreza.⁴⁴

En cuanto a las medidas de restitución, un ejemplo es el mencionado caso *Lhaka Honhat*, en el que se ordenó como medida de reparación la identificación de situaciones críticas de falta de acceso al agua o a la alimentación y que el Estado formule un plan de acción con las medidas a realizarse para mitigar tales situaciones. Cabe especificar que en la sentencia se dispuso una serie de objetivos concretos que dicho plan debe abarcar. Además, es de destacar el *fondo de desarrollo comunitario*, que si bien no es el primer caso donde se ordena, fue novedoso al indicar que tiene como objetivo reparar “la identidad indígena”. Para ello, la Corte IDH ordenó que sea “destinado a acciones dirigidas a la recuperación de la cultura indígena, incluyendo entre sus objetivos, sin perjuicio de otros posibles, el desarrollo de programas atinentes a seguridad alimentaria y documentación, enseñanza o difusión de la historia de las tradiciones de las comunidades indígenas”.⁴⁵

⁴⁴ En la sentencia se refiere que dicho programa debe incluir “la creación de cursos de capacitación profesional y/o técnicos que permitan la inserción de trabajadoras y trabajadores en otros mercados laborales, como el comercio, el agropecuario, la informática, entre otras actividades económicas relevantes en la región; medidas orientadas a enfrentar la deserción escolar causada por el ingreso de menores de edad al mercado laboral, y campañas de sensibilización en materia de derechos laborales y riesgos inherentes a la fabricación de fuegos artificiales”. Asimismo, dicho programa “debe tener en consideración las principales actividades económicas de la región, la eventual necesidad de incentivar otras actividades económicas, la necesidad de garantizar una adecuada formación de los trabajadores para el desempeño de ciertas actividades profesionales y la obligación de erradicar el trabajo infantil de acuerdo los estándares del derecho internacional”.

⁴⁵ Cf., *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*, op. cit., párrs. 331-336 y 337-342.

La Corte IDH ha indicado en la OC-23 que el “control de convencionalidad” debe realizarse respecto de *todos* los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales o ambientales.⁴⁶ Lo anterior es especialmente importante a la luz de la jurisprudencia de la SCJN sobre el control de convencionalidad, en la medida en que la jurisprudencia interamericana resulta vinculante siempre y cuando sea más favorable para la persona.⁴⁷

III. Las reformas constitucionales de 2011 y su impacto en la protección jurisdiccional de los DESCA⁴⁸

El rostro del constitucionalismo mexicano cambió radicalmente debido a las trascendentales reformas constitucionales de junio de 2011. La Constitución de 1917 sufrió el cambio más importante en materia de derechos humanos,⁴⁹ que se complementa con su “reforma gemela” en materia de amparo.⁵⁰

El nuevo andamiaje constitucional permitió sentar las bases para ampliar el espectro de protección de los derechos humanos en el ámbito interno, brindando una nueva hermenéutica a través del principio *pro persona* y precisando obligaciones estatales. Entre sus distintos elementos debemos destacar la adición expresa de una serie de obligaciones contenidas en el artículo 1º constitucional, siendo fundamentales para el tema de los derechos sociales las obligaciones de respeto,

⁴⁶ Cf., Corte IDH. Medio ambiente y derechos. OC-23/17, *op. cit.*, párr. 20.

⁴⁷ SCJN. P./J.21/2014 (10a.): “Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona”, SJFG, abril de 2014, t. II, p. 204.

⁴⁸ La presente sección se basa en la conferencia impartida el 11 de junio de 2021 en el Congreso Internacional “Impacto de las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo 2011-2021”, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (9-11 junio, 2021).

⁴⁹ Sobre el contenido y alcance de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, Cf., Salazar y Carbonell, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*; y García Ramírez y Morales, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*.

⁵⁰ V., Ferrer y Sánchez, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva ley de amparo*. Asimismo, en cuanto al juicio de amparo, resulta relevante la concreción de la reforma en la nueva ley de amparo de 2013, impulsada desde hace tiempo por un sector importante de la doctrina. Al respecto, Cf., Cossío, *et al*, *La nueva ley de amparo*, y Zaldivar, *Hacia una nueva Ley de Amparo*.

garantía y progresividad.⁵¹ Por otro lado, debe destacarse la inclusión de una “cláusula de estatalidad abierta”,⁵² que ha permitido ampliar la gama de derechos que las personas dentro de la jurisdicción mexicana tienen, ya que también comprende a los derechos humanos que se encuentren previstos “en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”.

A pesar de que nuestra ley fundamental de 1917 fue la primera en establecer derechos sociales,⁵³ en la realidad no fueron considerados genuinos derechos y su protección jurisdiccional fue muy limitada.⁵⁴ En época reciente y previo a la reforma constitucional de 2011, se habían realizado algunos avances en la materia, siendo una excepción.⁵⁵

⁵¹ Mientras que las obligaciones de respeto se entienden como una abstención del poder estatal, las obligaciones de garantía implican que los Estados deben adoptar medidas. La obligación de progresividad ha sido concebida como una obligación de garantía ya que implica que se vaya ampliando, gradualmente, el espectro de un determinado de derecho social. Así encontramos la progresividad normativa y la progresividad de resultados. Por otro lado, en correlato de dicha obligación se encuentra la obligación de regresividad, que es ubicada como una obligación negativa, es decir, el Estado o sus autoridades deben abstenerse de disminuir el nivel de disfrute de un determinado derecho, salvo justificaciones que deberá probar la autoridad (como el uso máximo de los recursos disponibles) que serán valoradas caso por caso. Al respecto, V., Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios” en Courtis, *Ni un paso atrás, la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, pp. 3-52, y la contribución del mismo autor en este volumen.

⁵² V., Morales, “Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del *ius constitutionale commune*”, p. 62; Manili, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino* y Astudillo, *El bloque y parámetro de constitucionalidad en México*.

⁵³ Existe un amplio reconocimiento internacional de la aportación de la Constitución de 1917 al constitucionalismo social y en la consagración y difusión del juicio o recurso de amparo como garantía de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, V. los trabajos contenidos en Fix-Zamudio y Ferrer, *Influencia extranjera y trascendencia internacional*, México.

⁵⁴ Como bien señala Cruz Parceró, “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 desvanecieron muy pronto”, Cruz, “Historia y porvenir de los derechos sociales en México”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, pp. 455-491, en p. 475. p. 37.

⁵⁵ Uno de los ejemplos resuelto por un juez federal, es el denominado caso Mini Numa sobre la dotación de un centro de salud comunitario para una comunidad indígena en Guerrero. V., Gutiérrez y Rivera, “El caso Mininuma: un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en México”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, pp. 89-122; Acuña, “El caso Mini Numa. Nuevos rumbos para la protección de los derechos sociales a través del juicio de amparo en México”, en González y Ferrer, *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, pp. 31-50; Cervantes, *Las estrategias sociales en la exigibilidad de los derechos sociales: el caso Mini Numa*, tesis de maestría; y Emanuelli, “La justiciabilidad de los DESC en México: retos y avances”, en *¿Hay justicia para los*

El nuevo andamiaje constitución, sin embargo, ha permitido que la Suprema Corte de Justicia de la Nación —SCJN— progresivamente pueda abordar de manera más integral los análisis que los derechos sociales requieren. Así, la SCJN ha abordado casos sobre educación,⁵⁶ cultura,⁵⁷ salud,⁵⁸ alimentación,⁵⁹ medio ambiente,⁶⁰ o referidos a pueblos indígenas,⁶¹ entre otros, no siempre con la misma consistencia y en ocasiones con altibajos.⁶² A diferencia de casos anteriores a la reforma de derechos humanos, se advierte un incremento en el diálogo con órganos y organismos internacionales. En algunos casos resulta fluido y robusto, decantando estándares internacionales que puedan ser aplicados en casos concretos.

Este nuevo andamiaje ha permitido que algunos conceptos clásicos del amparo mexicano sean redimensionados y reinterpretados, ya que si bien los derechos sociales tienen una doble naturaleza —individual y social—, el tradicional principio de la “relatividad de las sentencias” o “fórmula Otero”, ha representado un obstáculo para abordar posibles soluciones integrales y “sigue representando un escollo a la protección de los derechos sociales”.⁶³

A continuación, destacaremos amparos resueltos por la SCJN en la última década, producto de las reformas constitucionales de 2011, a manera de buenas prácticas. Además de la apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos, estas decisiones presentan particularidades por los “efectos” que las referidas sentencias brindan, alejándose de la concepción tradicional de los meramente

derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, pp. 107-125.

⁵⁶ V., las siguientes sentencias de la SCJN, Primera Sala: Amparo en revisión 306/2016; Amparo en revisión 100/2016; Amparo en revisión 1356/2015; Amparo en revisión 1374/2015; Amparo en revisión 750/2015 (Amparos contra la Universidad Michoacana de San Nicolas de Hidalgo por el derecho a la educación universitaria).

⁵⁷ *Idem*, Amparo en revisión 566/2015.

⁵⁸ *Idem*, Amparo en revisión 1049/2017, Segunda Sala, Amparo en revisión 251/2016.

⁵⁹ *Idem*, Segunda Sala, Amparo en revisión 1219/2015.

⁶⁰ *Idem*, Amparo en revisión 242/2018 y Amparo en Revisión 610/2019. Cf., Pérez, “¿Relatividad o efectividad de las sentencias de amparo?”, en *Tiempo de derechos*.

⁶¹ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 631/2012.

⁶² V., Paz y Macías, “La justiciabilidad de los derechos sociales. Altibajos de su interpretación constitucional en México”, en *Revista Latinoamericana de derecho social*, pp. 25-62.

⁶³ González, “Los derechos sociales y su exigibilidad. Algunos problemas para su protección a través del amparo”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, pp. 455-491, en p. 475.

restitutorios que han caracterizado al juicio de amparo. Como se podrá advertir, tienen como eje cardinal brindar medidas de reparación que no solo benefician a la parte quejosa, sino que tienen un impacto mucho más amplio, es decir, garantías de no repetición o con efectos generales en cuanto la naturaleza del derecho permita un mayor beneficio social.

1. Caso del Pabellón 13: derecho a la salud

La decisión fue adoptada el 15 de octubre de 2014 por la Segunda Sala de la SCJN —Amparo en revisión 378/2014—. ⁶⁴ Dentro de los hechos a destacar encontramos que el 20 de diciembre de 2012, tres pacientes del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias “Ismael Cosío Villegas”, demandaron el amparo y protección de la Justicia Federal en contra de varias autoridades responsables. Esencialmente reclamaron la omisión de ejecutar el proyecto denominado “Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para Pacientes con VIH/SIDA y Co-infección por Enfermedades de Transmisión Aérea”, también conocido como “Pabellón 13”, así como la omisión de autorizar la transferencia de los recursos suficientes para tal fin. ⁶⁵

Se consideró que los actos reclamados impedían el acceso al goce del más alto nivel posible de salud; que las autoridades responsables violaban el derecho a la salud, porque no habían destinado el máximo de los recursos que disponen para la ejecución del citado proyecto, con lo que se violaba también el derecho a la vida, porque los enfermos de VIH/SIDA se encuentran expuestos a contagios y co-infecciones de diversas enfermedades. También señalaron que se les discriminaba por cuestiones socioeconómicas, debido a que carecen de posibilidades para acudir con médicos privados que les puedan brindar el servicio especializado. ⁶⁶

⁶⁴ La Primera Sala de la SCJN resolvió, de manera reciente, los amparos en revisión 226/2020 y 227/2020 (ambos el 11 de noviembre de 2020). La particularidad de dichas sentencias es que expresamente invocan el art. 26 de la CADH así como la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia, para fundamentar el derecho a la salud de los quejosos, estableciendo la obligación del Estado de proveerles de medicamentos para el VIH. Sin embargo, a diferencia de las decisiones reseñadas en este trabajo, los efectos son *inter partes*.

⁶⁵ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 378/2014, pp. 2-4.

⁶⁶ *Idem*, p. 9.

En cuanto al fondo, destacan algunas cuestiones novedosas. En primer lugar, la SCJN es llamada a resolver si las autoridades han destinado efectivamente “el máximo de los recursos disponibles para garantizar el disfrute más alto posible de salud”. Ante ello, la Segunda Sala indicó que conforme a los estándares internacionales —en especial lo desarrollado por las Observaciones Generales Núm. 3 y 14 del Comité DESC—, que aquellos Estados que alegan la “falta de recursos” e “incumplan” la plena realización del derecho a la salud o bien no aseguren los niveles esenciales del mismo, deberán

comprobar dicha situación, sino además debe acreditar que ha realizado todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos que están a su disposición, habida cuenta que en el uso de su arbitrio para el desarrollo de las políticas públicas, y para las decisiones atinentes a la distribución o re-distribución de recursos, debe tomar en cuenta a los grupos vulnerables, así como a las situaciones de riesgo, en el entendido que se encuentra proscrito que incurra en decisiones que resulten arbitrarias o discriminatorias.⁶⁷

La Segunda Sala precisó la litis consistente en determinar si las condiciones en que se les ha proporcionado la atención médica resultan apegadas al derecho humano del nivel más alto posible de salud, de manera tal que no se encuentren indebidamente expuestos a padecer otras infecciones, enfermedades y trastornos, que vulneren su integridad personal e inclusive, puedan poner en peligro su vida.⁶⁸ En este sentido, a la referida Sala no le pasó inadvertido que las autoridades responsables ya habían reconocido que el área en el que era brindado el tratamiento a los pacientes de VIH/SIDA —en el Pabellón 4 del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias “Ismael Cosío Villegas— resultaba inadecuado y no cumplía con los estándares de calidad internacional.⁶⁹

En este sentido, no estaba en controversia cuál era la mejor opción para garantizar el derecho a la salud de los pacientes con VIH/SIDA —si la remodelación y equipamiento del Pabellón 4 o la construcción y equipamiento del Pabellón 13—.

⁶⁷ *Idem*, pp. 57 y 58.

⁶⁸ *Idem*, p. 44.

⁶⁹ *Ibidem*.

Lo que estaba en controversia era si el Estado había realizado todos los esfuerzos para garantizar este derecho.

En el caso concreto, la SCJN constató que las autoridades responsables no habían demostrado realizar todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos que estaban a su disposición, para lograr la plena efectividad del derecho humanos al nivel más alto posible de salud de los quejosos, ya que se habían limitado a afirmar la falta de disponibilidad presupuestaria para llevar a cabo las medidas tendientes a lograr el objetivo —la construcción o remodelación de los respectivos Pabellones—, siendo omisas en aportar a juicio el material probatorio en que se sustentaba su afirmación.⁷⁰

Uno de los aspectos más trascendentales que presenta esta decisión, es la afirmación relativa a la división de poderes en el Estado de derecho. Sobre el tema, la Segunda Sala apunta que

si bien en principio los tribunales no deben sustituirse en las funciones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, por cuanto hace a la elaboración de las políticas públicas y en la asignación de recursos, lo cierto es que la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exige al Poder Judicial que contraste la actuación de dichos órganos democráticos con los estándares contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados de derechos humanos que forman parte del sistema jurídico mexicano y que, desde luego, vinculan a todas las autoridades estatales”.⁷¹

En cuanto a los efectos de esta decisión, la sentencia refiere a que las autoridades responsables consideren qué medida resulta más adecuada para poder brindar a los quejosos el tratamiento médico apropiado a su padecimiento, ya sea a) mediante remodelación del Servicio Clínico 4, en donde actualmente son tratados o

⁷⁰ *Idem*, p. 60. Asimismo, V., las tesis CIX/2014: “DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. CUANDO EL ESTADO ADUCE QUE EXISTE UNA CARENCIA PRESUPUESTARIA PARA SU REALIZACIÓN, DEBE ACREDITARLO” (GSJF, noviembre de 2014, libro 12, tomo 1, pág. 1190); y CVIII/2014: “SALUD. DERECHO AL NIVEL MÁS ALTO POSIBLE. ÉSTE PUEDE COMPRENDER OBLIGACIONES INMEDIATAS, COMO DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO” (GSJF, noviembre de 2014, libro 12, tomo 1, pág. 1190).

⁷¹ *Ibidem*, p. 58.

b) bien mediante la construcción de un nuevo pabellón hospitalario. Además, agregó una tercera opción: c) en caso de que se acredite que ninguna de las opciones sea posible y compatible con las políticas públicas en materia de salud, deberán realizar las gestiones que estimen pertinentes para que los quejosos, “a satisfacción razonable —calificada por el juzgador— puedan ser atendidos en otro hospital o en las clínicas del sector salud para recibir su tratamiento en las condiciones adecuadas e idóneas a su enfermedad, garantizando el derecho a obtener el nivel más alto posible de salud”.⁷²

Cabe destacar que la Segunda Sala consideró oportuno indicar cómo ha sido entendido el derecho a la salud por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. También consideró lo previsto en los artículos 10 del Protocolo de San Salvador y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, e hizo suyos los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad del derecho a la salud de acuerdo con la Observación General No. 14 del Comité DESC.

2. Parque Ecológico del Centenario: derecho al medio ambiente

La sentencia fue adoptada el 14 de noviembre de 2018 por la Primera Sala de la SCJN —amparo en revisión 307/2016—. El Ayuntamiento de Tampico, Estado de Tamaulipas, en la sesión ordinaria de cabildo de 18 de abril de dos mil trece, aprobó por unanimidad la construcción del proyecto denominado “Parque Temático-Ecológico Laguna del Carpintero”, consistente en la preparación del sitio y construcción del “Parque Temático Ecológico Centenario”. En el proyecto se contemplaba el desarrollo de una superficie de aproximadamente 16 hectáreas colindantes al humedal “Laguna del Carpintero”, con el fin de recuperar áreas verdes, fomentar las relaciones humanas de esparcimiento, recreación, deporte, difusión cultural para la población del municipio de Tampico, Tamaulipas, así como la construcción y operación de la “Casa de la Tierra”, la cual formaría parte de uno de los denominados “Centros de Educación y Vigilancia Climática Global”.

⁷² Cf. *Idem*, p. 60.

Para tal efecto y a partir de la autorización de impacto ambiental otorgada por la Secretaría de Desarrollo Urbano y Medio Ambiente del Estado de Tamaulipas, las autoridades municipales —según el dicho de las quejas—, procedieron a la tala indebida de manglares y la destrucción del ecosistema del área destinada a las actividades de preparación para la construcción de dicho Parque, motivo por el cual dichas peticionarias promovieron juicio de amparo.⁷³

En este sentido, las quejas afirmaron que los actos reclamados transgreden el derecho humano a un medio ambiente adecuado previsto en el párrafo quinto del artículo 4º constitucional, al causar un daño irreversible al ecosistema de humedales, manglares y especies terrestres y acuáticas, en perjuicio de los habitantes de la Ciudad de Tampico.⁷⁴

La Primera Sala consideró que este asunto revestía especial trascendencia debido a que, entre otras cuestiones, permitiría precisar “[c]uál es el contenido y alcance del derecho humano a un medio ambiente sano —entendido como un verdadero derecho fundamental, justiciable y exigible— incluyendo aquellos aspectos de la vida de las personas sobre los cuales se proyecta y los supuestos en los cuales puede estimarse una vulneración al mismo”.⁷⁵

Uno de los aspectos a destacar, es que la Primera Sala recurre expresamente a la Opinión Consultiva Núm. 23 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre *Medio Ambiente y Derechos Humanos* —en adelante OC-23—. ⁷⁶ En especial retoma algunos parámetros fundamentales como lo son: la autonomía del derecho al medio ambiente sano —tanto en su faceta individual como colectiva—, las obligaciones correlativas de los Estados frente al derecho al medio ambiente sano —derivado de los parámetros vertidos por el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador—, así como la importancia del derecho al medio ambiente y la faceta ambiental de los derechos.⁷⁷

⁷³ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 307/2016, p. 4.

⁷⁴ *Idem*, párr. 4.

⁷⁵ *Idem*, párr. 3.

⁷⁶ *Idem*, párr. 70.

⁷⁷ *Idem*, párrs. 71-79.

En la decisión, para analizar si ha ocurrido una violación al derecho al medio ambiente, la Primera Sala considera que, aunque en el derecho ambiental nacional e internacional existen diversos principios, en el caso concreto procedería a analizar los hechos con base en los principios de a) precaución, b) de participación ciudadana, c) *in dubio pro natura*, y d) no regresión. En aras de destacar algunos puntos de esta decisión solo me centraré en los incisos c y d, ya que tanto el principio precautorio como el de participación ciudadana fueron desarrollados con muchísima amplitud en la OC-23 por parte de la Corte IDH.⁷⁸ Así, los aspectos novedosos que aporta esta decisión son el abordaje del principio *in dubio pro natura* y el principio de no regresión en materia ambiental.

En cuanto al principio *in dubio pro natura*, la Sala entiende que este se encuentra ligado al principio de prevención y precaución.⁷⁹ Así, ante la duda sobre la certeza o exactitud científica de los riesgos ambientales, se debe resolver *a favor de la naturaleza*. Esto es, si en un proceso existe una colisión entre el medio ambiente y otros intereses, y los daños o los riesgos no pueden dilucidarse por falta de información, deberán tomarse todas las medidas necesarias a favor del medio ambiente. Así, en cualquier conflicto ambiental debe prevalecer, siempre, aquella interpretación que favorezca la conservación del medio ambiente.⁸⁰

En cuanto al principio de no regresión en materia ambiental, la Primera Sala consideró que si bien el principio de progresividad se traduce en la prohibición correlativa de *regresividad*; lo que implica que una vez que se ha llegado a determinado nivel de protección, el Estado se encuentra vedado a retroceder en esa garantía; *salvo* que se cumpla con un estricto juicio de proporcionalidad, en términos del cual se demuestre que la medida regresiva es imprescindible para cumplir con un fin constitucionalmente válido. Así, en materia ambiental “implica la limitación a los poderes públicos de no disminuir o afectar el nivel de protección ambiental alcanzado, salvo que esté absoluta y debidamente justificado”.⁸¹

⁷⁸ Cf., Corte IDH. Medio ambiente y derechos, *op. cit.*, párrs. 175-180 y 226-232.

⁷⁹ Al respecto, V. las diferencias conceptuales de estos dos principios que rigen en materia ambiental en el marco de la CADH. *Ibidem*, párrs. 134-140 175-180.

⁸⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 307/2016, párrs. 105 y 107.

⁸¹ *Ibidem*.

Además, indica la Sala, el principio de no regresión en materia ambiental está relacionado con la inclusión de las generaciones futuras en la noción de progreso, pues se entiende que cualquier disminución injustificada y significativa del nivel de protección ambiental alcanzado afectará el patrimonio que se transmitirá a la siguiente generación.⁸²

También resultan relevantes las consideraciones sobre el “interés legítimo”.⁸³ La referida Sala expresó que “una mayor protección del medio ambiente implicaría que *cualquier* persona pudiera reclamar su afectación como un bien común, independientemente su relación específica con el medio afectado, lo cierto es que los mecanismos de defensa aún no han logrado un desarrollo de índole global que permita una interacción de esta naturaleza entre los distintos sistemas de judicialización”.⁸⁴ En búsqueda de alguna solución “equilibrada” la Sala concluyó que se actualiza el interés legítimo en un juicio de amparo en materia ambiental, cuando se acredita que existe un vínculo entre quien alega ser titular del derecho ambiental y los servicios ambientales⁸⁵ que presta el ecosistema presuntamente vulnerado; vínculo que puede demostrarse —como uno de los criterios de identificación, no el único— cuando el accionante acredita habitar o utilizar el “entorno adyacente”⁸⁶ del ecosistema, entendiendo éste como su área de influencia⁸⁷ a partir de los servicios ambientales que presta.⁸⁸

⁸² *Idem*, párr. 120.

⁸³ V., las tesis CCXC/2018: “INTERÉS LEGÍTIMO PARA PROMOVER UN JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL. OBLIGACIÓN DE LOS JUZGADORES EN SU ANÁLISIS” (GSJF, libro 61, diciembre de 2018, tomo I, p. 335); y CCLXXXIX/2018: “INTERÉS LEGÍTIMO PARA PROMOVER UN JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL” (GSJF, LIBRO 61, diciembre de 2018, tomo 1, p. 309).

⁸⁴ *Idem*, párr. 149.

⁸⁵ Según la Primera Sala: “130. Los servicios ambientales se definen y miden a través de pruebas científicas y técnicas que, como todas en su ámbito, no son exactas ni unívocas; lo anterior implica que no es posible definir el impacto de un servicio ambiental en términos generales, o a través de una misma unidad de medición, es más, algunos servicios ambientales se deberán definir a través de pruebas científicas improbables”. SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 307/2016.

⁸⁶ *Idem*, “168. El concepto del entorno adyacente como uno de los criterios para definir la legitimación activa en el juicio de amparo ambiental, resulta acorde con el principio de participación ciudadana, en tanto los principales interesados, y obligados, a defender un determinado ecosistema, son sus beneficiarios, es decir, aquellos que habitan o utilizan su zona de influencia”.

⁸⁷ *Idem*, 165. Las áreas de influencia se refieren a las zonas o espacios geográficos en los que impactan los servicios ambientales que prestan los ecosistemas y que benefician a los seres humanos y al propio medio ambiente. Con otras palabras, son las áreas en las cuales las funciones de un ecosistema, entendidas como los procesos biofísicos que ahí se generan, impactan en beneficio de los seres humanos y del medio ambiente.

⁸⁸ *Idem*, párr. 170.

En el caso concreto, la Sala consideró que la transgresión al derecho reclamado era fundado principalmente por la vulneración de los principios precautorio,⁸⁹ de no regresión⁹⁰ e *in dubio pro natura* en materia ambiental. Así, la Sala constató que

de [los] autos consta que el Municipio de Tampico, Tamaulipas no contó con la autorización de impacto ambiental emitida previamente por la SEMARNAT para desarrollar el denominado “Parque Temático Ecológico Laguna del Carpintero” en la zona de humedales de que se trata, no obstante que esta Secretaría hizo de su conocimiento la necesidad de tal autorización”. Lo anterior, a juicio de la Sala, implicaba que el desarrollo del “Parque Temático Ecológico Laguna del Carpintero” en una zona con humedales sin una evaluación previa sobre los riesgos o daños para el medio ambiente, particularmente para las especies de mangle que ahí se ubicaron, “puso en riesgo el ecosistema en cuestión contraviniendo directamente el principio de precaución y del principio de *in dubio pro natura*.”⁹¹

Por lo tanto, concluyó que “la ausencia de la autorización de la SEMARNAT para desarrollar un proyecto en una zona de especial protección basta para *concluir que el humedal ubicado en el área está en riesgo* y, consecuentemente, a la luz de los principios de precaución, *in dubio pro natura* y no regresión en materia ambiental, basta para otorgar la protección constitucional.”⁹²

En cuanto a los efectos,⁹³ resulta muy interesante la formulación de los mismos tratándose de este derecho. La Sala reconoce que “el derecho al medio ambiente

⁸⁹ *Idem*, “253. Es decir, a la luz del principio de precaución, el Estado mexicano ha determinado que cualquier actividad que se realice en zonas de humedales exige una protección especial, precisamente, por constituir, *prima facie*, un riesgo para el medio ambiente, dado que a estos ecosistemas se les reconoce un valor muy particular como reguladores de los regímenes hidrológicos, así como hábitat de diversas especies de flora y fauna; en particular, la normativa mexicana ha decretado que el mangle blanco, negro y rojo son especies amenazadas”.

⁹⁰ *Idem*, 254. “[...] de conformidad con el principio de no regresión, en relación con los humedales, el Estado mexicano, en términos de la normativa nacional e internacional, ha trazado ya una línea de protección tendente a conservar este ecosistema, de manera que cualquier decisión que implique disminuir este nivel de protección ya alcanzado debe estar debidamente justificada”.

⁹¹ *Idem*, párrs. 255 y 257.

⁹² *Idem*, párr. 260.

⁹³ En el amparo en revisión 610/2019, la Segunda Sala de la SCJN consideró que en materia ambiental aun cuando los efectos de un amparo contra leyes benefician al quejoso, conceptualizar los efectos de esa manera en realidad no respondería a la naturaleza del derecho en cuestión. Por lo que en este tipo

tiene una especial configuración” por lo que se exige “*la flexibilización de los distintos principios del juicio de amparo* a efecto de hacerlo un medio eficaz para su protección, directriz que impacta también en materia de *efectos*” encaminada a una reparación integral del derecho.⁹⁴

La Sala observó que “uno de los principales problemas que enfrenta el juicio de amparo en materia ambiental es la tensión que naturalmente se genera entre el otorgamiento de la protección constitucional en materia ambiental y el principio de relatividad de las sentencias”.⁹⁵ Para solventar esta tensión la Sala recordó que “a partir de dos mil once, nuestro juicio de amparo se transformó inspirado fundamentalmente en la necesidad de garantizar de manera efectiva el reconocimiento y la protección de los derechos humanos, la cual ha conducido a “[...] la necesidad de *reinterpretar* el principio de relatividad de las sentencias de amparo, puesto que mantener su interpretación tradicional frustra la finalidad sustantiva del juicio de amparo: la protección de *todos los derechos fundamentales*”.⁹⁶

En este sentido, en la sentencia se indicó que uno de los cambios más importantes fue la introducción del interés legítimo para poder acudir al juicio de amparo, modificación que implicó la ampliación del espectro de protección de estos derechos, ante la posibilidad de someter a jurisdicción otro tipo de intereses que anteriormente no estaban tutelados, como los colectivos o difusos,⁹⁷ dentro los cuales se ubica el derecho humano al medio ambiente. Así, la especial configuración del derecho humano al medio ambiente, “obliga a reinterpretar el principio de relatividad de las sentencias con el objeto de dotarlo de un contenido que permita su tutela efectiva a partir del reconocimiento de su naturaleza colectiva

de casos, el principio de la relatividad de las sentencias podría modularse ante un interés legítimo de naturaleza colectiva. En este amparo se acude a la tesis LXXXIV/2018: “SENTENCIAS DE AMPARO. EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD ADMITE MODULACIONES CUANDO SE ACUDE AL JUICIO CON UN INTERÉS LEGÍTIMO DE NATURALEZA COLECTIVA” (SJFG, septiembre de 2018, libro 58, tomo I, pág. 1217).

⁹⁴ *Idem*, párr. 267. Véase la tesis CCXCIV/2018: “RELATIVIDAD DE LAS SENTENCIAS EN EL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL” (GSJF, diciembre de 2018, libro 61, tomo 1, p. 390).

⁹⁵ *Idem*, párr. 268.

⁹⁶ *Idem*, párr. 269.

⁹⁷ *Cf.*, Ferrer, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*.

y difusa. Esto porque si tanto el derecho al medio ambiente sano, como el principio de relatividad de las sentencias están expresamente reconocidos en la Constitución Federal, resulta que su interacción debe ser armónica, es decir, la relatividad de las sentencias no puede constituir un obstáculo para la salvaguarda efectiva del medio ambiente”.⁹⁸

Los efectos del amparo son de especial relevancia. Si se analizan desde la teoría de las reparaciones, la Primera Sala dicta medidas de restitución del derecho no solo en la esfera de las quejas sino del beneficio de la comunidad —por la propia naturaleza del derecho— indicando que “las autoridades responsables [deberán] [r]ecuper[ar] el ecosistema y sus servicios ambientales del área en que se desarrolla el Proyecto denominado “Parque Temático Ecológico Laguna del Carpintero”.⁹⁹ Además, de manera excepcional, vincula a diversas instituciones para ejecutar dicha medida imponiéndoles plazos y objetivos.¹⁰⁰

En cuanto al cumplimiento, la Sala indicó que las autoridades responsables, tanto las municipales como la SEMARNAT, deben remitir a la SCJN así como al juez de Distrito encargado del cumplimiento, un informe bimestral detallado sobre el cumplimiento del Proyecto de Recuperación y Conservación del manglar de la Laguna del Carpintero. Para ello, el juez de Distrito “requerirá a la CONABIO y a la CONAFOR para que, en el término de ocho días, emitan su opinión con relación a dichos informes de cumplimiento”. Además, estimó que, en términos del principio de participación ciudadana, estos informes de cumplimiento y opiniones especializadas deberán publicarse por las autoridades vinculadas y, en específico, deberán ponerse a disposición de la quejosa a efecto de que manifieste lo que estime conveniente con relación a las acciones emprendidas para la recuperación del referido ecosistema y el cumplimiento de la presente ejecutoria.¹⁰¹

⁹⁸ SCJN. Segunda Sala, Amparo en revisión 610/2019, *op. cit.*, párrs. 270 y 271.

⁹⁹ *Idem*, párr. 272 inciso b).

¹⁰⁰ *Idem*, párrs. 276 y 278.

¹⁰¹ *Idem*, párrs. 282 y 283.

3. Educación inclusiva para personas con TDAH: Derecho a la educación

La decisión fue adoptada el 4 de noviembre de 2018 por la Segunda Sala de la SCJN —Amparo en revisión 31/2018—. En cuanto a los hechos, en septiembre de 2014, el padre de un menor presentó una queja ante el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación —CONAPRED—, en contra de un centro educativo por negar la reinscripción de su hijo al segundo grado de secundaria, así como la devolución de la documentación oficial del niño. Dicho Consejo emitió su resolución en marzo de 2016, en la cual determinó que el personal del colegio realizó actos de discriminación, ya que el alumno presentaba Trastorno por Déficit de Atención con Hiperactividad —TDAH—, lo que provocó que esa institución educativa ejerciera su derecho de reserva de prestar el servicio ante la conducta violenta del adolescente.¹⁰² La institución educativa interpuso recurso de revisión ante el propio CONAPRED, argumentando que la razón por la cual se negó la reinscripción al menor fue por su conducta violenta, y no por su discapacidad.

En primer lugar, la Segunda Sala, retomando lo indicado por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, indicó que los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar los derechos de las personas, además de que el derecho a la educación inclusiva es aplicable a todas las personas con discapacidad. En este sentido, la Sala consideró que “el modelo de la educación inclusiva surge como respuesta a las limitaciones de la educación tradicional, calificada como utilitarista y segregadora, así como a las insuficiencias resultantes de la educación especial y de las políticas de integración de estudiantes con necesidades especiales dentro del sistema regular de educación”.¹⁰³ Además, se afirmó que la educación inclusiva se basa en el principio de que

siempre que sea posible todos los niños deben estudiar juntos, sin establecer ningún tipo de diferencias”, ya que todo niño tiene características, intereses, capacidades

¹⁰² SCJN, Segunda Sala, Amparo directo 31/2018, pp. 4 y 5.

¹⁰³ *Idem*, p. 36.

y necesidades de aprendizaje particulares, por lo que los alumnos con necesidades educativas especiales deben tener acceso al sistema de educación general y encontrar acomodo en él mediante una pedagogía centrada en el niño.¹⁰⁴

La Segunda Sala señaló que el TDAH es una condición neuropsiquiátrica caracterizada por la dificultad de poner atención, hiperactividad o impulsividad que puede persistir hasta la edad adulta, impactando diferentes áreas como la académica, laboral y social, lo cual en la especie, era lo que presentaba el menor agraviado. Esto es, existía un vínculo estrecho entre la conducta “indebida” del educando y dicho trastorno: de ahí que fuera ilegal que la autoridad responsable determinara que no estuviera plenamente demostrado que la indisciplina escolar del menor derivara de su discapacidad.¹⁰⁵

En este sentido, no pasó inadvertido para la SCJN que el centro escolar tenía conocimiento de que el menor había sido diagnosticado con tal padecimiento, lo cual suponía el deber de que adoptara “medidas razonables” tendientes a lograr la inclusión del alumno con discapacidad en el sistema escolar, y no a proceder a su exclusión total del servicio educativo.¹⁰⁶

La Segunda Sala estimó que la postura del colegio resultaba flagrantemente violatoria del derecho a la educación inclusiva, pues los alumnos con necesidades educativas especiales deben tener acceso al sistema de educación general y encontrar acomodo en él mediante una pedagogía centrada en el niño. Esto es, fue discriminatoria la exclusión del alumno con discapacidad del sistema educativo al que se encontraba integrado, ya que era obligación de la propia institución educativa brindar una educación que atendiera las necesidades especiales del educando con discapacidad, mediante los ajustes razonables.¹⁰⁷

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ *Idem*, p. 46.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 27.

¹⁰⁷ La Segunda Sala precisó que entre los elementos fundamentales que guían la aplicación de la obligación de realizar ajustes razonables, figuran los siguientes: 1.-Detectar y eliminar los obstáculos que repercuten en el goce de los derechos humanos de las personas con discapacidad, mediante el diálogo con la persona con discapacidad de que se trate; 2.-Evaluar si es factible realizar un ajuste (jurídicamente o en la práctica); 3.- Evaluar si el ajuste es pertinente (es decir, necesario y adecuado) o

En cuanto a los efectos —aunque no se ve reflejado en el engrose pero si en el formato de lectura fácil—, se indicó que “la Corte resolvió que tu anterior escuela debe hacer lo siguiente: primero, debe tomar un curso para no volver a violar el derecho a la educación; segundo, debe darte una disculpa por escrito; y tercero, debe pagarle a tus papás por los gastos de inscribirte en una nueva escuela”.¹⁰⁸ El primer efecto, si lo analizamos bajo la teoría de las reparaciones, se refiere a una garantía de no repetición: capacitación de funcionarios.¹⁰⁹ Debe destacarse que la sentencia se apoya en las Observaciones Generales 1 y 4 del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, sobre igualdad ante la ley y educación inclusiva, respectivamente.

4. Caso de las Trabajadoras del Hogar: Seguridad Social

La decisión fue adoptada el 4 de noviembre de 2018 por la Segunda Sala de la SCJN —Amparo en revisión 9/2018—. En cuanto a los hechos, el 28 de abril de 2016 en la Unidad Jurídica de la Oficialía de Partes de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de la Ciudad de México, una trabajadora del hogar demandó a sus patronas —dado que prestaba sus labores con dos personas diferentes—¹¹⁰ las siguientes prestaciones: indemnización constitucional; pago de salarios caídos,

eficaz para garantizar el ejercicio del derecho en cuestión; 4.- Evaluar si la modificación impone una carga desproporcionada o indebida; para ello hay que evaluar la proporcionalidad que existe entre los medios empleados y la finalidad, que es el disfrute del derecho en cuestión; 5.- Velar por que el ajuste razonable sea adecuado para lograr promover la igualdad y eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad. Se requiere un enfoque caso por caso. Entre los factores a tener en cuenta están: los costos financieros, los recursos disponibles, los efectos de la modificación, las ventajas para terceros, los efectos negativos para otros y los requisitos razonables de salud y seguridad; 6.- Garantizar que los costos no recaigan sobre las personas con discapacidad en general; y 7.- Velar por que la carga de la prueba recaiga sobre el garante de los derechos que sostenga que la carga sería desproporcionada o indebida. SCJN, Segunda Sala, Amparo directo 31/2018, pp. 54 a 56.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 1.

¹⁰⁹ La referida medida de no repetición ha sido la más recurrida por parte de la Corte IDH en sus decisiones. Esta medida en cuanto al componente de capacitación no tiene un contenido específico, ya que dependerá del caso concreto lo que se dicta como contenido de la capacitación.

¹¹⁰ Al respecto la quejosa manifestó: “1. La suscrita ingresé a prestar mis servicios en fecha 11 de enero de 1959, al ser contratada por la demandada [...]; como patrona, y posteriormente al crecer sus hijas a últimas fechas también como patrona a la demandada [...], quienes me contrataron con la categoría de doméstica, y con un salario último de [...], semanales”. SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo 9/2018, p. 5.

aguinaldo, vacaciones, prima vacacional, prima de antigüedad y del tiempo extraordinario, así como la inscripción retroactiva ante el Instituto Mexicano del Seguro Social. Además, demandó de los citados Institutos la determinación de las cuotas y fincar los capitales consultivos correspondientes.¹¹¹

La quejosa manifestó que fue contratada para laborar al servicio de las demandadas, en donde tenía la obligación de cubrir un turno continuo, siendo el caso que, al realizar funciones de doméstica, esto es, realizar las labores de limpieza, lavado, planchado, comidas, lavar ropa, platos y áreas comunes de edificios, y para poder cumplir con ello, laboraba de las 8:00 a.m. a las 17:00 horas de lunes a sábado de cada semana y sin horas de comidas ni descanso.¹¹²

En cuanto al tema que nos ocupa, la seguridad social, la Junta de Conciliación considero que

en términos del numeral 338, fracción II, de la Ley Federal del Trabajo, es obligación del patrón proporcionar a los trabajadores domésticos, en caso de enfermedad que no sea de trabajo y no sea crónica, asistencia médica en tanto se logra su curación; lo que descarta que la parte patronal esté obligada a efectuar la inscripción de tales trabajadores al Instituto Mexicano del Seguro Social; lo que también está apoyado en el artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social, que dispone que voluntariamente podrán ser sujetos de aseguramiento al régimen obligatorio los trabajadores domésticos; por lo que, el patrón no tiene la obligación de hacer la inscripción ante el referido Instituto de dichos empleados”.

Por lo que,

absolvió a los Institutos Mexicano del Seguro Social “[...] del pago y cumplimiento de todas las prestaciones reclamadas, dado que al ser [un organismo público encargado] de prestar los servicios de seguridad social, no [tiene] el carácter de patr[ón], máxime que no se les imputa hecho alguno y la obligación de inscribir y efectuar las aportaciones corresponde a los empleadores.¹¹³

¹¹¹ *Idem*, p. 4.

¹¹² *Idem*, p. 5.

¹¹³ *Idem*, pp. 6 y 7.

En este sentido, y en cuanto al fondo del asunto, la Segunda Sala estaba llamada a resolver si el hecho de que los patrones carezcan de la obligación jurídica de inscribir a los trabajadores domésticos ante el Instituto Mexicano del Seguro Social, constituye un trato discriminatorio proscrito por el artículo 1 constitucional, así como una violación al derecho humano a la seguridad social tutelado por el artículo 123, Apartado A, de la Constitución Federal.¹¹⁴

Previo a resolver el fondo, la Segunda Sala notó que debía de analizar integralmente la regulación que atañe a la seguridad social de las trabajadoras y los trabajadores domésticos con el fin de determinar si la exclusión que se reclamaba era o no contraria al derecho a la seguridad social en igualdad de condiciones. Así señaló que,

lejos de adoptarse una actitud rigorista o formalista respecto al análisis de los planteamientos de constitucionalidad de la promovente de amparo, *se opta por dar primacía a la accesibilidad y sencillez con la que deben estar revestidos los recursos efectivos, como lo es el juicio de amparo*, en función de resolver de manera completa el punto jurídico que fue elevado por la justiciable y de esa forma no dejarla en estado de indefensión.¹¹⁵

Por ello, la Segunda Sala consideró que analizaría no sólo las disposiciones relativas a la Ley Federal del Trabajo que dieron origen al juicio, sino que además era necesario incorporar el análisis constitucional del artículo 13 de Fracción II, de la Ley del Seguro Social,¹¹⁶ ya que era la norma jurídica que establece y fundamenta la exclusión del trabajo doméstico del régimen obligatorio de seguridad social.

En cuanto al fondo, la Segunda Sala especificó que lo que hace a la aplicación del principio de igualdad en el caso específico del derecho humano a la seguridad social, debe tenerse en cuenta que debe garantizarse sin discriminación. Así, la

¹¹⁴ *Idem*, p. 8.

¹¹⁵ *Idem*, p. 10.

¹¹⁶ *Idem*, p. 11.

seguridad social incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado, “así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales”.¹¹⁷ La Sala retomó estas consideraciones de la Observación General Núm. 19 del Comité DESC.

Para resolver la constitucionalidad de las normas impugnadas, en la sentencia se recurrió a dos elementos fundamentales que tienen especial incidencia en los DESC: a) por un lado un análisis contextual —que en este caso se vio reflejado en el uso de fuentes estadísticas sobre las personas que principalmente desempeñan labores del hogar—;¹¹⁸ y, por otro lado, el impacto indirecto y diferenciado que las normas, aunque neutras en su redacción, son discriminatorias por un motivo prohibido —en este caso, el género, ya que en el contexto mexicano son las mujeres las que principalmente se dedican a esta actividad laboral—.¹¹⁹

La Segunda Sala consideró que es inconstitucional que los patrones no estén obligados a inscribir a las empleadas domésticas ante el Instituto Mexicano del Seguro Social —IMSS—. Ello, ya que no existía ninguna razón constitucionalmente válida ni razonable por la cual la Ley del IMSS pueda excluir a las trabajadoras domésticas del llamado “régimen obligatorio” de seguridad social, lo cual significa que existe una discriminación legal contra esas trabajadoras.¹²⁰

Al respecto, en la sentencia se estimó que el excluir el trabajo doméstico del régimen obligatorio del IMSS, se afectaba de manera desproporcionada a la mujer, pues estadísticamente la labor del hogar es realizada preponderantemente por mujeres —nueve de cada diez personas empleadas del hogar son mujeres según el INEGI—, grupo social de por sí vulnerable.¹²¹ Por ello, al excluirse a las

¹¹⁷ *Idem*, p. 15.

¹¹⁸ *Idem*, p. 23.

¹¹⁹ *Idem*, pp. 32, 33 y 34. V., la tesis XXXI/2019: “TRABAJO DEL HOGAR. EL ARTÍCULO 13, FRACCIÓN II, DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL, CONTIENE UNA FORMA DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR CUESTIÓN DE GÉNERO” (GSJF, libro 66, mayo de 2019, tomo II, p. 1543).

¹²⁰ *Idem*, p. 34.

¹²¹ *Idem*, pp. 23 y 38.

empleadas domésticas del régimen obligatorio del IMSS, se ha dejado en un papel secundario a las mujeres que realizan labores del hogar, quienes resienten indebidamente un obstáculo al acceso real a prestaciones sociales que les permitan encontrarse protegidas contra circunstancias e imprevistos que afecten sus medios de subsistencia e ingresos, así como poder generar un proyecto de vida en condiciones dignas.¹²²

En cuanto a los efectos, consideró que con base en el artículo 1º constitucional, ante la existencia de normas discriminatorias que afectan la dignidad de un sector vulnerable, como lo son las trabajadoras del hogar, se encuentra obligado a *emitir directrices* que orienten a las autoridades estatales competentes, respecto a la necesidad y el deber que tienen de cumplimentar, de manera efectiva, con la protección y goce del derecho humano a la seguridad social de las trabajadoras domésticas.¹²³ Ante ello, la Sala concluyó que en este caso se estaba ante una situación que “generaba un problema estructural” y que por ello era necesario “emprender las medidas necesarias para modificar, estructuralmente, las normas y políticas públicas que atañen a la seguridad social de ese sector altamente vulnerable, a fin de que el Estado mexicano pueda cumplimentar con los débitos relacionados con el pleno goce de tal derecho humano”.¹²⁴

Así, la referida Sala consideró que atendiendo a la trascendencia sistémica y estructural del problema de discriminación detectado, así como a la obligación derivada del precepto 1 de la Constitución Federal, era procedente poner a conocimiento del Instituto Mexicano del Seguro Social, el problema de discriminación detectado respecto de la exclusión inconstitucional de las trabajadoras domésticas del régimen obligatorio del Seguro Social, así como dotar “de ciertas directrices” a ese Instituto a efecto de que pueda atender la violación sistémica al derecho humano a la seguridad social que se genera ante la aludida discriminación normativa.¹²⁵

¹²² *Idem*, p. 36.

¹²³ *Idem*, p. 46.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *Idem*, p. 47.

En ese sentido, en tanto que el único acto reclamado lo puede ser el laudo definitivo impugnado y, consecuentemente, sólo tiene carácter de autoridad responsable la Junta que dictó esa sentencia, la autoridad administrativa debe apreciar objetivamente la violación al derecho humano a la seguridad social en igualdad de condiciones, así como las razones que lo sustentan y, con base en ello, valorar en su propia dimensión el problema jurídico advertido respecto a la indebida cobertura de seguridad social de las trabajadoras domésticas, determinando, acorde con sus capacidades técnicas, operativas y presupuestales, las medidas y políticas públicas concretas que se pueden o deben emprender para solventar, en plazo prudente, la discriminación de la cual son víctimas las trabajadoras del hogar, respecto al goce de su derecho humano a la seguridad social.

En la sentencia se consideró que el IMSS debería “implementar un programa piloto que tenga como fin último, diseñar y ejecutar un régimen especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar”. Para lo cual señaló un conjunto de lineamientos mínimos que se deberían observar.¹²⁶

En cuanto al cumplimiento, la Segunda Sala estimó que la finalidad de los lineamientos o directrices, estriba en que, “en un plazo no mayor a 18 meses a partir de la implementación del referido programa piloto”, el Instituto Mexicano del Seguro Social, se encuentre en aptitud de proponer al Congreso de la Unión las adecuaciones normativas necesarias para la incorporación formal del nuevo sistema especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar, en forma gradual, y en ese tenor, en un plazo no mayor a tres años, se logre obtener la seguridad social, efectiva, robusta y suficiente a la totalidad de las empleadas domésticas.¹²⁷ Esta propuesta de ley debió lista estar a mediados del 2020.

¹²⁶ Se indicó que estas directrices deberían estar enfocadas en “El régimen especial de seguridad social debe contar con condiciones no menos favorables que las establecidas para los demás trabajadores. Esto es, deben proporcionarse los seguros de: (I) riesgos de trabajo; (II) enfermedades; (III) maternidad; (IV) guarderías y prestaciones sociales (V) invalidez y vida; y (VI) retiro, cesantía en edad avanzada y vejez. El régimen social propuesto debe tomar en cuenta las particularidades del trabajo doméstico. Es decir, como lo ha determinado esta Corte Constitucional, las especificidades de la labor doméstica implican que tales trabajadoras sean consideradas como un “grupo de difícil cobertura”. *Idem*, pp. 48 a 51.

¹²⁷ *Idem*, p. 51.

5. Caso sobre la ausencia de información de asentamientos informales: derecho a la vivienda

La decisión fue adoptada el 7 de junio de 2020 por la Primera Sala de la SCJN —Amparo en revisión 635/2019—. Los hechos se basan en que la asociación civil “Un techo para mi país México” demandó al Instituto Nacional de Estadística y Geografía —en adelante “INEGI”—, entre otros, por: 1. La omisión consistente en no haber generado información acerca del número de asentamientos informales que existen en México y la población que en ellos habita; 2. La omisión de no haber realizado ningún censo de población en asentamientos informales en México, con el objetivo de producir estadística desagregada sobre las personas en asentamientos informales y el acceso a servicios básicos que conforman el núcleo esencial del derecho a la vivienda; 3. La discriminación institucional cometida de manera constante y sostenida en contra de la población que habita en asentamientos informales en México, al excluirla de los censos de población y de toda información estadística necesaria para producir indicadores de resultados para las políticas públicas estatales, y 4. La violación al derecho a la vivienda en contra de la población que habita en asentamientos informales en México, consistente en incumplir su obligación de generar información estadística acerca de los servicios públicos a los que tienen acceso con el objetivo de que puedan diseñarse e implementarse las políticas públicas que las autoridades competentes consideren necesarias para mejorar el ejercicio del derecho a la vivienda de la población en asentamientos informales.¹²⁸

En cuanto al fondo, la Primera Sala consideró que los censos de población y vivienda constituyen la fuente de información estadística más completa sobre la cual se apoya el conocimiento de la realidad nacional. Lo anterior debido a que permite identificar el rezago social, así como “los *grupos vulnerables*, las necesidades de la población en materias de salud, educación, *vivienda*, servicios públicos, entre otras”, con la finalidad de elaborar planes y programas para

¹²⁸ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 635/2019, p. 4.

mejorar las condiciones de vida de los habitantes en una determinada zona geográfica.¹²⁹

La Primera Sala tomó nota de lo indicado por el INEGI en el sentido que no le correspondía “la prevención, control y solución de los asentamientos humanos irregulares” sino que dicha atribución le corresponde a las entidades federativas y municipios”. No obstante, la Primera Sala también notó que el INEGI afirmó que “reconoce que no ha emitido la información estadística respecto a la clasificación de asentamientos humanos “informales” que refiere la quejosa” pero que “ha realizado censos, conteos o la medición de la pobreza que incluye a los asentamientos informales”.¹³⁰

La Sala consciente de la situación de los asentamiento informales o irregulares estimó pertinente indicar que “[l]os barrios marginales son los asentamientos informales más necesitados y excluidos, y se caracterizan por la pobreza y las grandes aglomeraciones de viviendas en mal estado” y “la inestabilidad del derecho de tenencia, los habitantes de los barrios no disponen de infraestructura y servicios básicos, el espacio público y las áreas verdes, y están expuestos de manera constante al desalojo, las enfermedades y la violencia”.¹³¹

Retomando la legislación nacional que determina el marco de actuación del INEGI, en la sentencia se constató que era facultad exclusiva de dicha institución “la emisión de información estadística”, por lo que se desprendía que era necesaria la emisión de la información estadística en la forma desagregada o segmentada solicitada por la quejosa, relativa a los *asentamientos irregulares o informales*. Lo anterior, para que, con base en la misma, sea posible que las evaluaciones de resultados de los estudios de medición de la pobreza doten de los elementos necesarios para abatir esas condiciones de pobreza mediante la declaración de las *zonas de atención prioritarias* materia de la asignación presu-

¹²⁹ *Idem*, párr. 118.

¹³⁰ *Idem*, párrs. 108 y 109.

¹³¹ *Idem*, párrs. 126 y 127.

puestaria respectiva y, por ende, a partir de ello, se elaboren planes y programas que tiendan a mejorar las condiciones de vida de los habitantes de tales asentamientos.¹³²

En cuanto a los efectos, la Primera Sala expresó que el INEGI deberá i) generar, obtener, analizar y difundir información estadística de vivienda, en lo relativo a los *asentamientos humanos informales*, en lo concerniente a la *detentación legal de la vivienda* y su *ubicación en zonas geográfica y ambientalmente peligrosas*, tomando como referencia, entre otros, lo descrito en la [...] *Declaración de Pretoria de la reunión temática de Hábitat III*,¹³³ *sobre asentamientos informales*. Además, ii) conforme a su ámbito de atribuciones, capte, procese y publique la información estadística requerida y permita su comparabilidad, y iii) de no contar con la aludida información estadística sobre asentamientos humanos informales descrita en el punto 1, recabe la necesaria en el censo nacional de población y vivienda más próximo.¹³⁴

Cabe destacar que la Primera Sala recurrió a la distinción que hace la Observación General Núm. 3 del Comité DESC sobre obligaciones de carácter inmediato y obligaciones de carácter progresivo. Igualmente, se apoyó en la Observación General Núm. 4 del mismo Comité sobre derecho a la vivienda.

¹³² *Idem*, párrs. 130 y 131.

¹³³ “125. En la sentencia se indicó: En ese sentido, derivado del derecho a una vivienda digna, cobra relevancia lo relativo a los *asentamientos humanos informales* (cuya falta de información estadística se duele la quejosa) que ha sido definidos por la Organización de Naciones Unidas encargada de asuntos de vivienda (en la *Declaración de Pretoria de la reunión temática de Hábitat III, sobre asentamientos informales*, que se celebró el siete y ocho de abril de dos mil dieciséis), como áreas residenciales en las cuales: i. Los habitantes no ostentan derecho de tenencia sobre las tierras o viviendas en las que habitan, bajo las modalidades que van desde la ocupación ilegal de una vivienda hasta el alquiler informal; ii. Los barrios suelen carecer de servicios básicos e infraestructura urbana y iii. Las viviendas podrían no cumplir con las regulaciones edilicias y de planificación y suelen estar ubicadas geográficas y ambientalmente en áreas peligrosas”. SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 635/2019.

¹³⁴ *Idem*, párr. 138. Véase la tesis V/2021: “DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA. SU DEBIDA OBSERVANCIA IMPLICA LA OBLIGACIÓN DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI) DE EMITIR INFORMACIÓN ESTADÍSTICA EN FORMA DESAGREGADA O SEGMENTADA, RELATIVA A LOS ASENTAMIENTOS HUMANOS IRREGULARES O INFORMALES” (GSJF, libro 84, marzo de 2021, tomo II, p. 1221).

IV. La Jurisdicción mexicana y algunos desafíos frente a la experiencia internacional

Las reformas constitucionales de derechos humanos y de amparo de 2011 han potenciado la protección de los derechos sociales. Como se ha querido ejemplificar con los juicios de amparo de la SCJN antes expuestos, estas reformas han provocado nuevos acercamientos e interpretaciones, que estimo deben consolidarse en el futuro y servir de referencia para todos los juzgadores. Implican romper con ciertos esquemas tradicionales, como los efectos particulares de las sentencias para que trasciendan a los casos concretos, flexibilizando los principios tradicionales del juicio de amparo, lo cual resulta esencial en materia de derechos sociales.

Las nociones tradicionales sobre el carácter programático de los DESCAs han sido progresivamente superadas desde hace tiempo por un sector especializado de la doctrina¹³⁵ y de manera progresiva por las altas cortes nacionales y en el ámbito de la justicia interamericana.¹³⁶ La problemática hoy no se centra en la justiciabilidad de los derechos sociales.¹³⁷ Los problemas subyacen, a mi juicio, en otros aspectos o rubros en los que el derecho internacional ya ha tenido la oportunidad de adelantarse y pronunciarse.¹³⁸

En este sentido, considero que al menos tres son los desafíos en materia de derechos sociales que se presentan en el escenario mexicano, a saber: a) la excepcio-

¹³⁵ Cf., la clásica obra de Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Asimismo, V., entre otros, Rossi y Abramovich, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, pp. 457-480.

¹³⁶ Cf., Langford, et al., *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*.

¹³⁷ Pareciera claro que “los distintos argumentos que se han sostenido para señalar que no son derechos y consecuentemente no pueden ser justiciables están superados con el nuevo artículo 1º constitucional”, Silva, “Presentación” a Cervantes Alcayde, Magdalena, Emanuelli, et al., *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, p. X.

¹³⁸ V., Langford, et al., *op. cit.*

nalidad de las medidas que beneficien a otras personas, más allá de la parte quejosa, b) la formulación de las órdenes dadas en casos en los que dictan medidas de beneficio colectivo y c) el cumplimiento de las decisiones en derechos sociales.

En cuanto al primer punto, en el ámbito constitucional mexicano, aquellos asuntos que profieren medidas que beneficien más allá de la parte quejosa, resultan de carácter excepcional. Como hemos visto, la regla es que sigue primando la concepción clásica de la relatividad de las sentencias de amparo. Sin embargo, los cinco amparos analizados de la SCJN abren la puerta para ir concretando esta posibilidad, al adoptarse medidas que beneficien a una mayor cantidad de personas, lo que tiene como consecuencia que no tengan que recurrir a la vía judicial para solicitar la protección del mismo derecho y por hechos similares. Lo anterior es particularmente importante en materia de derechos sociales, como ha quedado analizado y como claramente lo ha expresado la SCJN.¹³⁹

En cuanto al segundo punto, estimo que puede acudirse a la experiencia de la Corte IDH. Si bien se ha indicado por este tribunal internacional que frente a garantías de ejecución compleja se impone establecer “un plazo razonable” para su cumplimiento, también se indican una serie de lineamientos de seguimiento —por ejemplo, plazos, cronogramas y tipo de información que se requiere para evaluar el cumplimiento, indicadores, etc.—, que tienen como finalidad orientar la medida de reparación. Lo cual debería permitir que la información sea difundida y analizada por diversos sectores de la población. Inclusive, el tratamiento de seguimiento debería ser diferenciado de otros asuntos que no contemplen medidas generales y que beneficien a un sector amplio de personas.¹⁴⁰

Lo anterior está intrínsecamente ligado al último aspecto: el cumplimiento de las medidas adoptadas. En el año 2018, el Comité DESC indicó en sus Observaciones

¹³⁹ SCJN, Primera Sala, A.R. 1359/2015, 15 de noviembre de 2017.

¹⁴⁰ Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia tiene salas de seguimiento en los cuales periódicamente dicta “autos de seguimiento” sobre sentencias que han contemplado medidas generales de violaciones de derechos sociales. Las referidas sentencias son T-025 de 2004 (sobre desplazamiento forzado interno) y T-760 de 2008 (sobre problemas institucionales del sector salud).

finales sobre México en la implementación del PIDESC, como un motivo de preocupación que “Si bien el Comité toma nota que los derechos contenidos en el Pacto pueden ser invocados ante los tribunales y aplicados en decisiones judiciales, [...] *le preocupa la falta de cumplimiento efectivo de las sentencias emitidas en juicio de amparo* en las que se ha encontrado violaciones a derechos económicos, sociales y culturales”.¹⁴¹ Por ello sería conveniente dar un seguimiento puntual al cumplimiento de estos amparos.

Al respecto, la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH han sido contundentes en que el acceso a la justicia no termina cuando las autoridades competentes emiten una decisión o sentencia, sino que requiere además que se garanticen los medios y mecanismos eficaces para ejecutar las decisiones definitivas, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados.¹⁴² Asimismo, ha establecido que la efectividad de las sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en la resolución judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento.¹⁴³ La ejecución de las sentencias debe ser completa, perfecta, integral y sin demora.¹⁴⁴

Las tres cuestiones antes descritas constituyen desafíos importantes y pueden tener algún mecanismo de solución en la experiencia interamericana y comparada, no solo en lo que atañe al fondo —cuestión que suele ser más visible para las juezas y jueces, especialmente por la figura del control de convencionalidad—, sino también en la forma en la que se elaboran, desarrollan, configuran y supervisan las medidas de reparación que se dictan en los casos de protección a los derechos sociales, en especial aquellas que tienen una naturaleza de beneficio general.

¹⁴¹ ONU. Comité DESC, Observaciones finales sobre a los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, párr. 5.

¹⁴² Cf., Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia. OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A Núm. 9, párr. 24, y *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 169.

¹⁴³ Cf., *idem*. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, párr. 73, y *Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador*, párr. 101.

¹⁴⁴ Cf., *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*, párr. 105, y *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*, párr. 244.

Tal y como lo ha advertido la SCJN, se requiere asimilar y comprender que “nuestro juicio de amparo se transformó” a partir de las reformas constitucionales de 2011.¹⁴⁵ Ello implica “la necesidad de reinterpretar” los principios y normas que rigen a nuestra máxima institución procesal, como verdadera garantía por autonomía en la protección de *todos* los derechos fundamentales, especialmente relevante para la tutela de los derechos sociales en los tiempos de la post pandemia que se avecinan. Como lo sostiene la CEPAL, la pandemia ha evidenciado y exacerbado las grandes brechas estructurales y los costos de la desigualdad se han vuelto insostenibles.¹⁴⁶ De ahí la importancia de la efectividad del juicio amparo para la dignidad humana de los más vulnerables y coadyuvar a la anhelada justicia social.

Bibliografía

Libros

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

Acuña, Juan Manuel, “El caso Mini Numa. Nuevos rumbos para la protección de los derechos sociales a través del juicio de amparo en México”, en González Oropeza, Manuel, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo coords., *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, UNAM, tomo 1, México.

Astudillo, César, *El bloque y parámetro de constitucionalidad en México*, Tirant lo Blanch-UNAM, México, 2014.

Cervantes Alcaide, Magdalena, *Las estrategias sociales en la exigibilidad de los derechos sociales: el caso Mini Numa*, tesis de maestría, Flacso, México, 2010.

¹⁴⁵ V., entre otros, SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1359/2015, 15 de noviembre de 2017, y Amparo en revisión 307/2016, 14 de noviembre de 2018.

¹⁴⁶ V., Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Social de América Latina, 2020*, Santiago de Chile, marzo de 2021. En este informe se advierten los impactos sociales de la pandemia, especialmente en lo relativo a la pobreza y la desigualdad.

Cossío Díaz, José Ramón, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Mejía Garza, Raúl Manuel, *La nueva ley de amparo*, Porrúa, México, 2015.

Courtis, Christian, *Ni un paso atrás, la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*”, del Puerto-CELS, Buenos Aires, 2006.

Emanuelli, Maria Silva, “La justiciabilidad de los DESC en México: retos y avances”, en Cervantes Alcayde, Magdalena, Emanuelli, Maria Silvia, Gómez Trejo, Omar, y Terán, Areli Sandoval (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, SCJN, México, 2014.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, IIJ-UNAM/CNDH, México, 2017.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva ley de amparo*, reimpresión de la 11va. ed. (1a. ed. 2011), Porrúa-UNAM/IIJ, México, 2021.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, 2da. ed., Porrúa, México, 2004.

Fix-Zamudio, Héctor, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Influencia extranjera y trascendencia internacional*, Senado de la República-UNAM-IIJ, 2 t, México, 2017.

García Ramírez, Sergio, y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, Porrúa, México, 2011.

Langford, Malcolm, Rodríguez Garavito, César y Rossi, Julieta, *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, Colección DeJusticia, Bogotá, 2017.

- Manili, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2003.
- Morales Antoniazzi, Mariela, “Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del *ius constitutionale commune*”, UNAM-IIJ, México, 2015.
- Pérez Dayán, Alberto, “¿Relatividad o efectividad de las sentencias de amparo?”, en *Tiempo de derechos*, agosto de 2020 (Consultado el 15 de julio de 2021), México, 2020.
- Rossi, Julieta, y Abramovich, Víctor, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Martín, Claudia, Rodríguez Pinzón, Diego, y Guevara B., José A. (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Fontamara, México, 2004.
- Salazar Ugarte, Pedro y Carbonell, Miguel, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, IIJ-UNAM, México, 2011.
- Silva Meza, Juan, “Presentación” a Cervantes Alcayde, Magdalena, Emanuelli, Maria Silvia, Gómez Trejo, Omar, y Sandoval Terán, Areli (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, SCJN, México, 2014.
- Zaldivar, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, UNAM-IIIJ, México, 2002.

Revistas

- Cruz Parceros, Juan, “Historia y porvenir de los derechos sociales en México”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, SCJN, Núm. 5, julio-diciembre, México, 2017.

De Paz González, Isaac, y Macías Sandoval, María del Refugio, “La justiciabilidad de los derechos sociales. Altibajos de su interpretación constitucional en México”. *Revista latinoamericana de derecho social*, Núm. 29, jul/dic, México, 2019.

González Piña, Alejandro, “Los derechos sociales y su exigibilidad. Algunos problemas para su protección a través del amparo”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, SCJN, núm. 5, julio-diciembre, pp. 455-491, México, 2017.

Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Rivera Maldonado, Aline, “El caso Mininuma: un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en México”. *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, Vol. 59, Núm. 251, enero-junio, México, 2009.

Jurisprudencia y normas

Corte Constitucional de Colombia, T-025 de 2004 (sobre desplazamiento forzado interno).

Corte Constitucional de Colombia, T-760 de 2008 (sobre problemas institucionales del sector salud).

CORTE IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003.

_____, *Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador*. Sentencia de 5 de julio de 2011. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

_____, *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015.

_____, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Sentencia de 8 de octubre de 2015.

- _____, *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017.
- _____, *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017.
- _____, *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018.
- _____, (2018b) *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C Núm. 349
- _____, *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018.
- _____, *Caso Muelle Flores vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019.
- _____, *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB- SUNAT) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019.
- _____, *Caso Hernández vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019.
- _____, *Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador*. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Fondo, Reparaciones y Costas.
- _____, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020.

_____, *Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020.

_____, *Caso Spoltore vs. Argentina*. Sentencia de 9 de junio de 2020.

_____, *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*. Sentencia de 15 de julio de 2020.

_____, *Caso Nina vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2020.

_____, *Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador*. Sentencia de 26 de marzo de 2021.

_____, Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OC-22/16 de 26 de febrero de 2016.

_____, Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal -interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). OC-23/17 de 15 de septiembre de 2017.

_____, Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga y su relación con otros derechos, con perspectiva de género (Interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). OC-27/21 de 5 de mayo de 2021.

_____, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. OC-10/89 de 14 de julio de 1989.

_____, *Garantías judiciales en estados de emergencia*. OC-9/87 de 6 de octubre de 1987.

“DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. CUANDO EL ESTADO ADUCE QUE EXISTE UNA CARENCIA PRESUPUESTARIA PARA SU REALIZACIÓN, DEBE ACREDITARLO”, Tesis: 2a. CIX/2014 (10a.), Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I, página 1190, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Registro digital: 2007936.

“DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA. SU DEBIDA OBSERVANCIA IMPLICA LA OBLIGACIÓN DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI) DE EMITIR INFORMACIÓN ESTADÍSTICA EN FORMA DESAGREGADA O SEGMENTADA, RELATIVA A LOS ASENTAMIENTOS HUMANOS IRREGULARES O INFORMALES”, Tesis: 1a. V/2021 (10a.), Libro 84, Marzo de 2021, Tomo II, página 1221, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Registro digital: 2022777.

“INTERÉS LEGÍTIMO PARA PROMOVER UN JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL. OBLIGACIÓN DE LOS JUZGADORES EN SU ANÁLISIS”, Tesis: 1a. CCXC/2018 (10a.), Libro 61, Diciembre de 2018, Tomo I, página 335, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Registro digital: 2018694.

“JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA”, Tesis: P./J. 21/2014 (10a.), Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, página 204, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Registro digital: 2006225.

“RELATIVIDAD DE LAS SENTENCIAS EN EL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL”, Tesis: 1a. CCXCIV/2018 (10a.), Libro 61, Diciembre

de 2018, Tomo I, página 397, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Registro digital: 2018800.

“SALUD. DERECHO AL NIVEL MÁS ALTO POSIBLE. ÉSTE PUEDE COMPRENDER OBLIGACIONES INMEDIATAS, COMO DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO”, Tesis: 2a. CVIII/2014 (10a.), Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I, página 1192, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Registro digital: 2007938.

“SENTENCIAS DE AMPARO. EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD ADMITE MODULACIONES CUANDO SE ACUDE AL JUICIO CON UN INTERÉS LEGÍTIMO DE NATURALEZA COLECTIVA”, Tesis: 2a. LXXXIV/2018 (10a.), Libro 58, Septiembre de 2018, Tomo I, página 1217, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Registro digital: 2017955.

SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 306/2016, 08 de marzo de 2017.

_____, Amparo en revisión 100/2016, 10 de agosto de 2016.

_____, Amparo en revisión 1356/2015, 06 de julio de 2016.

_____, Amparo en revisión 1374/2015, 18 de mayo de 2016.

_____, Amparo en revisión 750/2015, 20 de abril de 2016.

_____, Amparo en revisión 566/2015, 15 de febrero de 2017.

_____, Amparo en revisión 1049/2017, 15 de agosto de 2018.

_____, Amparo en revisión 631/2012, 08 de mayo de 2013.

_____, Amparo en revisión 378/2014, 15 de octubre de 2014.

_____, Amparo en revisión 307/2016, 14 de noviembre de 2018.

_____, Amparo en revisión 1359/2015, 15 de noviembre de 2017

_____, Amparo en Revisión 635/2019, 17 de junio de 2020.

_____, Amparo en revisión 242/2018, 03 de octubre de 2018.

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 1219/2015, 18 de mayo de 2016.

_____, Amparo en Revisión 610/2019, 15 de enero de 2020.

_____, Amparo en revisión 251/2016, 15 de mayo de 2019.

_____, Amparo directo 31/2018, 22 de marzo de 2018.

_____, Amparo Directo 9/2018, 05 de diciembre de 2018.

“TRABAJO DEL HOGAR. EL ARTÍCULO 13, FRACCIÓN II, DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL, CONTIENE UNA FORMA DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR CUESTIÓN DE GÉNERO”, Tesis: 2a. XXXI/2019 (10a.), Libro 66, Mayo de 2019, Tomo II, página 1543, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Registro digital: 2019899.

Otros

CIDH/REDESCA, *Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF1/19, 1, noviembre de 2019.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL), (2020), *Panorama Social de América Latina*, Santiago de Chile, marzo de 2021.

ONU. Comité DESC, Observaciones finales sobre a los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, E/C.12/MEX/CO/5-6, 17 de abril de 2018, párr. 5.

Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, (2011), UN Doc. A/HRC/17/31, 16 de junio de 2011.

Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”

Treinta años de adjudicación de derechos sociales, económicos y culturales en Colombia

Natalia Ángel Cabo*

* LL.M Universidad de Harvard. Profesora y Directora del Área de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

Treinta años de adjudicación de derechos sociales, económicos y culturales en Colombia. I. Introducción; II. Sobre el carácter evolutivo de la jurisprudencia y otras precisiones iniciales; III. La evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de DESC; IV. La etapa actual: ¿viraje jurisprudencial?; V. A manera de conclusión: un balance de 30 años de adjudicación de los DESC en Colombia.

I. Introducción

El 4 de julio de 2021, Colombia celebró los 30 años de la Constitución de 1991. Se trata de un texto ambicioso que trajo varios cambios frente a la anterior constitución. Uno de ellos fue la consagración del país como un Estado Social de Derecho y la adopción de una amplia carta de derechos, dentro de la cual se incluyen derechos económicos, sociales y culturales —en adelante DESC—. A diferencia de otros procesos constituyentes de la época, en Colombia la inclusión de DESC en la Constitución no generó mayor controversia. Esto se debió en buena parte a la composición plural de la Asamblea Constituyente,¹ que exhibió un relativo consenso sobre la necesidad de transformar el modelo de sociedad, hacia uno en el que se propiciara la participación, la igualdad material y la justicia social. El constituyente en 1991, sin embargo, no contempló la posibilidad de que los DESC fueran justiciables, ni tampoco anticipó que los jueces constitucionales en Colombia se convertirían en la principal institución de defensa activa de estos derechos.² De hecho, una de las más importantes innovaciones de la

¹ Además de los partidos tradicionales, la Asamblea Constituyente fue compuesta por miembros de minorías políticas, religiosas, sociales, pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes, movimientos estudiantiles y miembros de guerrillas desmovilizadas.

² Noguera, *¿Independencia o Control? Los derechos sociales y los esfuerzos del ejecutivo por el control de la Corte Constitucional en Colombia*, pp. 129-161.

Constitución de 1991, la acción de tutela,³ parecía haber sido reservada para la garantía de los tradicionales derechos civiles y políticos, lejos de ser concebida como una acción a través de la cual los ciudadanos podrían reclamar derechos como la salud, la educación, la vivienda, el agua potable o la alimentación.

En buena parte por la falta de compromiso del legislativo y del ejecutivo para actuar decididamente en la realización de los DESC, desde el momento de su creación, la Corte Constitucional abrió la puerta a la adjudicación de este tipo de derechos a través de la acción de tutela. De hecho, al día de hoy, después del derecho de petición, el mayor número de decisiones en materia de tutela corresponde a casos en los que están en juego los DESC.⁴ Como en otro lado he señalado, la adjudicación de DESC en Colombia está hoy tan interiorizada en su “ADN constitucional” que hoy pocos cuestionan si estos derechos son o no justiciables, o si los jueces deben intervenir o no en su adjudicación. Las discusiones actuales están más bien encaminadas a debatir cuál debe ser la mejor forma de la intervención judicial.⁵

El objetivo de este artículo es brindar un panorama general, pero comprensivo, de cómo ha evolucionado la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre DESC y ofrecer un balance de lo que ha significado la intervención judicial en las últimas tres décadas, principalmente a través de la acción de tutela.⁶ Este recuento le dará al lector un conocimiento general de la jurisprudencia constitucional colombiana en materia de DESC, al igual que de las principales discusiones

³ En Colombia hay dos tipos principales de acciones constitucionales: la acción pública de inconstitucionalidad y la acción de tutela. La primera habilita a cualquier ciudadano a demandar una norma con fuerza de ley por estar en contra de la Constitución. Por su parte, la tutela, similar al amparo de otras jurisdicciones, es un mecanismo de protección de derechos fundamentales que puede interponer un ciudadano cuando estima que sus derechos fundamentales son violados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública, o de un particular que cumpla funciones públicas o frente al cual la persona está en una situación de subordinación o indefensión. Es una acción informal que debe ser decidida por un juez en el término de 10 días.

⁴ Corte Constitucional de Colombia. *Estadísticas*. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>.

⁵ Ángel Cabo, “The Constitution and the City: Reflections on Judicial Experimentalism Through an Urban Lens” en *European Yearbook of Constitutional Law 2020*, pp.157-84.

⁶ La Corte Constitucional también aborda la garantía de los DESC a través del examen de acciones públicas de inconstitucionalidad. Dado que la mayor actividad sobre los DESC ha sido a través de la tutela me concentro en los fallos relacionados con esta acción judicial.

que se han dado con ocasión de ella. Varias de las sentencias que se mencionan en este escrito han sido objeto de diversos análisis e intensas discusiones académicas que apenas quedan esbozadas en este escrito. Espero, sin embargo, que la descripción que aquí se presenta provoque al lector para hacerse partícipe de esos debates y discusiones.

Para estos efectos el escrito se divide en tres partes. La primera sitúa brevemente la discusión en el contexto de las llamadas constituciones transformadoras⁷ y resalta algunos aspectos generales a tener en cuenta en el recorrido jurisprudencial. La segunda describe la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre DESC, expuesta en cuatro momentos que espero ilustren los cambios en las dinámicas y aproximaciones del alto tribunal y en la respuesta que este les ha dado a las tradicionales controversias alrededor de la adjudicación de los DESC. Aunque es complejo distinguir la jurisprudencia en momentos, pues los grandes debates y las diferentes tendencias no han cambiado de forma nítida de un tiempo a otro, ofrezco una división —un poco arbitraria— que considera fundamentalmente los cambios en la composición de la Corte. Si bien este criterio no es el único factor que ha incidido en la evolución de la jurisprudencia en materia de DESC en Colombia, la llegada de nuevos magistrados y magistradas en diferentes períodos permite identificar ciertos virajes en la aproximación judicial. En esta parte dedicaré una sección más larga a la primera Corte, por ser la fundacional, pero espero también capturar lo más significativo de los siguientes períodos.

En la tercera parte ofrezco un balance general de lo que, a mi juicio, ha significado la adjudicación de DESC en estas tres décadas. Allí no solo resalto las contribuciones de la Corte y los debates superados, sino también las discusiones no resueltas y los dilemas actuales. Me anticipo aquí en señalar que se trata de un balance positivo, aunque claro está, no exento de retos. Toda evaluación tiene que partir de una estimación realista de lo que una Corte puede o no lograr. A mi juicio el juez constitucional colombiano, como ninguna otra institución, ha ayudado a mantener viva la promesa de la garantía de los derechos sociales. Pero lo

⁷ Klare, “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, en *South African Journal on Human Rights*, pp. 146-188.

cierto es que una Corte difícilmente podrá, por sí sola, lograr que se supere un contexto de profundas desigualdades, escasez y debilidad institucional, como el que caracteriza a Colombia. Esto, como desarrollaré al final de este escrito, no significa desechar la intervención judicial, sino que, por el contrario, implica pensar cómo activar —incluso a través de los jueces— a las demás instituciones del poder público para que cumplan sus obligaciones —de hecho, primordiales— en la garantía de los DESC.

No sobra advertir que en un escrito corto es imposible dar cuenta de todas las decisiones de la Corte o de todos los debates y discusiones académicas que se han dado en Colombia a lo largo de tres décadas.⁸ Aquí simplemente incluyo algunas de las sentencias más relevantes que ayudan a ilustrar las aproximaciones del juez en cada período y que sugieren innovaciones, tendencias y cambios de jurisprudencia. Sobre las primeras dos décadas existe ya una amplia literatura que recoge las sentencias más relevantes.⁹ Apelo a ella —y a mi propia experiencia de trabajo en la Corte Constitucional—, para realizar la descripción de los primeros períodos. No obstante, en términos descriptivos, en este artículo hago un aporte adicional, pues incluyo un relato de lo que ha sido la adjudicación de DESC en Colombia en la última década —que no ha sido documentada aún de manera comprensiva—. Además de una lectura de decisiones relevantes, dicho

⁸ Este escrito se limita a hacer un recorrido por la jurisprudencia de la Corte colombiana, sin entrar en el análisis o discusión de la jurisprudencia. Sin embargo, no sobra advertir que varias de las decisiones aquí descritas han sido objeto de una amplia discusión académica. Así mismo, es importante hacer notar que el artículo deja por fuera varios cuerpos de sentencias que se relacionan con los DESC y que ameritarían un escrito propio. Esto es, sentencias relacionadas con derechos laborales, con el medio ambiente, con los derechos de los grupos étnicos y, salvo una decisión, con las víctimas del conflicto armado. Así mismo, se dejan por fuera las recientes decisiones de la Corte sobre salud pública y COVID-19.

⁹ V. Noguera, *op. cit.* p. 3; Botero, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, pp. 1-206; Saffon, y García-Villegas, “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, pp. 75-107; Landau, “The Reality of Social Rights Enforcement”, en *Harvard International Law Journal*, pp. 189-247; Yamin, y Parra-Vera, “Judicial protection of the right to health in Colombia: From social demands to individual claims to public debates”, en *Hastings International and Comparative Law Review*, pp. 431-460; Rueda, “Legal Language and Social Change during Colombia’s Economic Crisis”, en *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, pp. 25-50; Uprimny, “Should Courts enforce social rights? The Experience of the Colombian Constitutional Court”, en *Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems*, pp. 355-388; Angel Cabo, y Lovera-Parmo, “Latin American Social Constitutionalism: From Courts to Popular Participation”, en *Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries*.

relato se basa en ocho entrevistas semiestructuradas con magistradas, magistrados y funcionarios de la Corte Constitucional colombiana del período pasado y del actual.¹⁰

II. Sobre el carácter evolutivo de la jurisprudencia y otras precisiones iniciales

En 1998 el profesor Karl Klare usó el término constitucionalismo transformador para referirse a lo que estaba sucediendo en Sudáfrica luego de la expedición de la Constitución de 1994 y, en especial, sobre lo que implicaría para la función judicial en ese nuevo contexto. Según este autor, el constitucionalismo transformador, apela a un proyecto a largo plazo para “transformar las instituciones políticas y sociales de un país y las relaciones de poder en dirección democrática, participativa e igualitaria”. Este proyecto “connota una empresa de inducir un cambio social a gran escala a través de procesos políticos no violentos basados en el derecho”.

El concepto acuñado por Klare ayudó a darle nombre, no solo en Sudáfrica sino también en otros países, a una apuesta constitucional que, si bien no implica una revolución, busca propiciar un cambio profundo en el *statu quo*.¹¹ Un cambio que en lo fundamental tiene como norte la garantía de los derechos, incluyendo la de los DESC. En esta apuesta los derechos no son meras aspiraciones o simples guías para el desarrollo de políticas públicas, sino verdaderos derechos que conllevan para el Estado deberes de respeto, protección y realización, y para la ciudadanía un espacio para poderlos reivindicar y exigir.

Aunque todas las instituciones públicas deben encaminar su actuación a su logro, en dicho proyecto constitucional es inevitable que los jueces adquieran un rol protagónico, pues se piensan como actores que ayudarán a “iluminar los pasos a través del puente”¹² y a revelar las formas en las que las leyes y las prácticas legales pueden servir de medio para profundizar la democracia y lograr justicia social.

¹⁰ Estas entrevistas se realizaron con Alejandro Linares, Gloria Ortiz, Clara Elena Reales, Aquiles Arrieta, Hernán Correa, Juan Jacobo Calderón, Juan Sebastián Ceballos y Juanita Durán, a quienes agradezco su tiempo y disposición para responder a mis preguntas.

¹¹ Cf., Sachs, *Comunicación personal, passim*.

¹² Klare, *op. cit.*, V. n. 7, pp. 147.

La Constitución colombiana, al igual que la del país africano, es una constitución transformadora. Es un documento que mira hacia el futuro y cuya interpretación no se concibe como definitiva, sino sujeta a revisión y mejora. Al igual que sucede con el país africano, en Colombia también los jueces son —para bien o para mal— protagonistas del proyecto transformador. En el caso colombiano, como se desarrollará en las líneas siguientes, la Corte Constitucional a lo largo de tres décadas ha promulgado una extensa y diversa jurisprudencia constitucional en materia de DESC, que algunos han calificado como la más abundante y progresista del mundo.¹³ El alto tribunal expide cerca de 1000 sentencias al año, de las cuales más del 60% corresponde a decisiones que se relacionan con los DESC. Para los colombianos, esto no es una sorpresa. Mientras que en las denominadas “sociedades bien ordenadas”¹⁴ hay un reclamo claro por las libertades, muchas veces por encima de la igualdad, en los llamados países del Sur global las prioridades son otras: los ciudadanos del común principalmente buscan asegurar unas mínimas condiciones materiales de vida, que se traducen en reclamos para lograr salud, educación, vivienda, alimentación, entre otros DESC.¹⁵

En la siguiente sección ofreceré al lector un recorrido de tres décadas de jurisprudencia constitucional colombiana en la materia. Sin embargo, para facilitar la comprensión del recorrido, creo pertinente hacer algunas precisiones iniciales sobre el porqué del camino progresista de la adjudicación que ha caracterizado a la Corte colombiana, y sobre algunas de las características generales de la jurisprudencia.

Lo primero es advertir que, además del carácter transformador de la Constitución colombiana, las grandes oportunidades de intervención en DESC del juez constitucional colombiano son en parte producto del diseño institucional: el alto tribunal no solo decide en abstracto demandas de inconstitucionalidad en contra de las leyes dictadas por el Congreso, sino que también conoce de acciones de tutela interpuestas por ciudadanos que consideran violados o que sus derechos

¹³ Cf., Yamin y Parra-Vera, *op. cit.*, p. 10.

¹⁴ Arango, “Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy”, en *Ratio Juris*, pp. 141-54, citando a Michelman.

¹⁵ *Ibidem*.

han sido amenazados por autoridades públicas y, en ocasiones, por particulares.¹⁶ Todas las tutelas del país llegan a la Corte Constitucional, y ella decide cuáles revisar. La tutela le ha dado un amplio poder a la Corte, pues es una acción judicial flexible a la que los ciudadanos pueden acudir con relativa facilidad, y que concede a los jueces amplias posibilidades de decisión. Por ejemplo, la flexibilidad de la acción de tutela le ha permitido a la Corte construir grandes casos estructurales y experimentar con diversos tipos de remedios, a partir de casos individuales.¹⁷

De todas maneras, el diseño institucional no es el único factor que explica el curso que ha tomado la jurisprudencia en estos treinta años. Como se mostrará, el impulso de la primera Corte en materia de adjudicación en DESC fue tan grande que a pesar de que ha habido cambios en las aproximaciones y varios momentos de auto-restricción, la conciencia de que los DESC son justiciables, y que los jueces tienen un papel central en su avance, se ha mantenido a lo largo del tiempo. Como dicen algunos, en la década de 1990, aún en el marco de una Constitución transformadora, la Corte Constitucional hubiera podido tomar otro camino: el de ofrecer una jurisprudencia más restringida o tardía respecto a la exigibilidad de los DESC.¹⁸ El que no lo haya hecho obedece a diferentes circunstancias. Por un lado, a la falta de renovación institucional que marcó la etapa inmediatamente posterior a la expedición de la Constitución de 1991.¹⁹ Si bien la Asamblea Constituyente había sido compuesta por un grupo plural de personas que reflejaban un país diverso y comprometido con una mayor justicia social, esa composición plural no se trasladó al Congreso. Los partidos tradicionales ocuparon las mayorías en el legislativo, y esa rama del poder público no mostró una voluntad decidida por materializar las cláusulas sociales de la Constitución. El espacio terminó siendo llenado por la Corte. Poco a poco se fue gestando una masa crítica en

¹⁶ V. *Supra*, nota 3. Para la revisión de tutelas, los nueve magistrados y magistradas se dividen en salas de tutelas, compuestas cada una por tres miembros. En ocasiones, con el objeto de unificar la jurisprudencia o por la trascendencia del tema, las tutelas son decididas por la Sala Plena de la Corte.

¹⁷ Cepeda-Espinosa, "Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court", en *Washington University Global Studies Law Review*, pp. 529-700; Uprimny, *op. cit.*, V. n. 9.

¹⁸ Lamprea, *Derechos en la práctica. Jueces, litigantes y operadores de políticas públicas de salud en Colombia*, pp. 5-6.

¹⁹ Uprimny, *op. cit.*, V. n. 9; Noguera, *op. cit.*, 3.

defensa de la intervención judicial —aunque no unánime o exenta de controversias—, hasta el punto en que todos los intentos en estos treinta años para limitar la tutela con el fin de que el juez constitucional no tome decisiones en asuntos relacionados con los DESC han “caído en letra muerta”.²⁰

Por otro lado, y quizá por el entusiasmo del momento constitucional, o porque aún no se vislumbraba el poder que tendría el tribunal constitucional, la primera Corte²¹ fue compuesta por personas de tendencia progresista, algunas vinculadas a la academia, y sin mayores vínculos políticos.²² Esos jueces defendían una visión de derecho antiformalista, en línea con lo que en su momento se denominó el “nuevo derecho” o “nuevo constitucionalismo”, el cual pone énfasis en la garantía de los derechos humanos como el centro de la legitimidad democrática. Si bien con el paso del tiempo se han elegido jueces más conservadores, esa visión progresista aún tiene cabida en el desarrollo jurisprudencial.

Un segundo punto que vale la pena resaltar desde aquí es que a lo largo de treinta años la jurisprudencia constitucional colombiana ha sido muy variada, lo cual contradice la caracterización de algunos autores que hablan de un “modelo colombiano” de adjudicación de DESC —sobre todo refiriéndose a decisiones estructurales—.²³ La jurisprudencia en DESC está compuesta por innumerables decisiones de diverso alcance. Algunas sentencias exhiben un gran activismo de la Corte, otras no.²⁴ En algunas, los jueces constitucionales han adoptado remedios fuertes, en otras suaves o moderados.²⁵ Hay casos estructurales en los que la

²⁰ V., Congreso de la República de Colombia, proyectos 02/99 Senado; 209/05 Cámara – 01/05 Senado; 13/05 Cámara; 15/06 Cámara. Lo único que podría aducirse como excepción es la reforma constitucional sobre sostenibilidad fiscal, que se comenta en la sección III, numeral 5 de este escrito.

²¹ Cuando hablo de la primera Corte me refiero tanto a los magistrados que ejercieron el cargo en provisionalidad por un año, como a los primeros jueces que fueron elegidos en propiedad por el Congreso.

²² Lamprea, *op. cit.*, V. n. 9.

²³ V., Landau, “The Colombian Model of Structural Socio-Economic Rights Remedies: Lessons from and for Comparative Experience”, en *Constitutionalism. Old Dilemmas, New Insights*, pp. 258-274.

²⁴ V., Saffon y García-Villegas, *op. cit.*, V. n. 9.

²⁵ Se entiende por “remedios fuertes” aquellos en donde la Corte indica con total precisión un determinado curso de actuación y se trata de órdenes perentorias. Los remedios suaves, por el contrario, tienden a delinear objetivos generales y colocan la carga sobre la determinación de la actuación puntual en el legislativo y agencias de gobierno. Por su parte, los remedios moderados dejan las decisiones de política en manos de los poderes elegidos, pero marcan unos parámetros claros para medir el progreso. V., Tushnet,

Corte ha concebido una etapa de monitoreo, en muchos otros no. Algunos fallos exhiben una aproximación principalmente deontológica, otros son caracterizados por una visión consecuencialista de la adjudicación.²⁶ Por ende, sería errado intentar clasificar la jurisprudencia en categorías fijas o apelar a la ficción de un modelo colombiano de adjudicación. A mi juicio, es más acertado caracterizar la jurisprudencia colombiana en DESC como el resultado de un proceso de decisión en el que los fallos de una época recogen aprendizajes y discusiones de las etapas anteriores. Incluso, si se requiere apelar a algún lente conceptual para comprenderla en su conjunto, es útil recurrir al marco analítico avanzado por Young de “derechos constitutivos”, en el que se resalta el carácter evolutivo de la jurisprudencia y su relación no solo con prácticas interpretativas sino con prácticas sociales.²⁷

El tercer punto por resaltar, que se relaciona con lo anterior concierne, precisamente, a lo que podríamos denominar como “la construcción social de la jurisprudencia”. Es importante enfatizar que el desarrollo jurisprudencial sobre DESC en Colombia no es el producto de unos jueces aislados que expiden sentencias al margen de las prácticas y discusiones sociales. Para entender el desarrollo de esta jurisprudencia hay que advertir la importancia de los casos —a veces muy

Weak Courts, Strong Rights Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law; Rodríguez, “Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America”, en *Texas Law Review*, pp.1669-1698; Dixon, “Creating Dialogue About Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited”, en *International Journal of Constitutional Law*, pp. 391-418.

²⁶ Sobre el concepto y discusiones de visiones consecuencialistas y deontológicas en el contexto colombiano, V. Lamprea, “Derechos Fundamentales y Consecuencias Económicas”, en *Revista de Economía Institucional*, pp. 77-103.

²⁷ En términos de Young: “[P]ara dar sentido a la actualidad de los derechos económicos y sociales, es necesario apartarse del estudio del derecho puramente formal, a pesar de lo arraigados y aceptados que parecen estar muchos de sus términos. El marco de los derechos “constitutivos” es una construcción que nos permite reconocer la importancia práctica de la ley, la razón y el hecho social para hacer realidad los derechos. Los artefactos legales, incluidas las constituciones, estatutos, tratados de derechos humanos y decisiones judiciales, pretenden otorgar a los derechos económicos y sociales la autoridad de la ley formal. La razón, al proporcionar los medios para responder a cuestiones de importancia social, reciprocidad universal y viabilidad de la satisfacción de los intereses materiales fundamentales, es necesaria para sustentar los argumentos de que tales intereses equivalen a derechos fundamentales. El hecho de la aceptación y el consenso de quienes viven bajo la ley, y del reconocimiento de su vigencia, completa el [...] edificio analítico central”. Young, *Constituting Economic and Social Rights*, pp. 288-289.

dramáticos— que los litigantes han puesto a consideración de la Corte y las ricas interacciones que se han dado entre los jueces, los mismos demandantes, las otras ramas del poder público y diversos actores como burócratas, organizaciones sociales, activistas y académicos. De hecho, hasta los críticos acérrimos de la Corte han contribuido en el desarrollo jurisprudencial. Como se ilustrará más adelante, un buen ejemplo de ello se refiere a la larga discusión entre abogados y economistas en Colombia sobre la conveniencia o no de la intervención judicial en materia de políticas públicas. Como bien lo indica el ex -magistrado Cepeda, la Corte ha estado en “un debate permanente con los economistas en Colombia, ya que estos diseñan políticas públicas que conciernen derechos sociales”.²⁸

Finalmente, no sobra advertir que en Colombia el juez constitucional no ha sido ajeno a las tradicionales críticas en materia de adjudicación de los DESC. Como es sabido, estas críticas apelan al carácter antidemocrático del juez constitucional, al posible desconocimiento de la separación de poderes, al costo de los derechos sociales y al impacto de la adjudicación en términos de equidad.²⁹ Si bien en algunos casos, el juez constitucional ha hecho caso omiso de dichas preocupaciones, en muchos otros casos, como se ilustrará en la siguiente sección, ha buscado articular una forma de adjudicación que pretende resolver estos cuestionamientos. Solo por señalar algunos ejemplos, a lo largo de estos años se ha avanzado en Colombia una concepción de separación de poderes que va más en línea con la concepción transformadora de la constitución. Esto es, enfatizar el principio de colaboración armónica, que implica que las ramas del poder público deban actuar en conjunto para satisfacer los fines y cometidos estatales. Sin más preámbulos, la siguiente sección lleva entonces al lector a un recorrido por tres décadas de jurisprudencia constitucional.

²⁸ Cepeda, *Transcript: Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court*, p. 1701, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27172.pdf>

²⁹ Un buen recuento sobre las críticas a la adjudicación de DESC y las respuestas en favor de la misma puede encontrarse en la contribución de Rodrigo Uprimny, en este mismo volumen.

III. La evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de DESC

1. Primera etapa: el momento de apertura³⁰

No debe sorprender que en un país con enormes carencias y desigualdades como lo es Colombia, las personas hayan visto en la acción de tutela una vía ágil para intentar solucionar sus problemas más sentidos, entre otros, el acceso a servicios de salud, a la educación, a la vivienda y a la seguridad social. Por ende, desde las primeras tutelas que llegaron a la Corte en el año de 1992, el alto tribunal se vio enfrentado a discutir si dicha acción procedía o no para adjudicar DESC. En algunos de los primeros casos los jueces de instancia señalaban que la tutela no era procedente, pues el artículo 82 de la Constitución reservaba ese mecanismo para la defensa de los llamados derechos civiles y políticos, incluidos en el Capítulo I, título II de la Constitución, bajo el encabezado de “Derechos Fundamentales”. Así, insistían los jueces de instancia, dado que el constituyente había limitado la tutela a la protección de los derechos fundamentales, y según su interpretación estos eran solo los civiles y políticos, no había cabida a adjudicar derechos que no estuvieran contemplados como tales en el texto constitucional. Aún más, los jueces de instancia insistían en que los DESC no podrían ser justiciables pues no eran de realización inmediata, sino progresiva, y requerían de erogaciones económicas para su garantía, lo cual no podía definirse en sede judicial.

La Corte Constitucional, sin embargo, desde el primer año de su creación, rechazó dicha postura. Para los magistrados de entonces la Constitución no había definido de manera explícita y taxativa una lista de derechos susceptibles de ser amparados mediante la acción de tutela, sino que había establecido un catálogo abierto de derechos. El carácter fundamental de los derechos estaría mediado más por su contenido material y su relación con los principios y valores constitucionales, que por su posición en un determinado capítulo del texto constitu-

³⁰ En esta parte recojo tanto la Corte de transición, que duró tan solo un año, como la de los primeros magistrados nombrados en propiedad.

cional. Esto, a juicio de la Corte, debería ser observado en cada caso, atendiendo a una interpretación sistemática y axiológica de la Constitución.³¹ A partir de estas premisas, la Corte Constitucional fue abriendo la compuerta para la adjudicación de DESC a través de la acción de tutela. Y lo hizo por diferentes vías: i) dando un alcance expansivo a la cláusula del Estado Social de Derecho³² y posicionando al juez como su principal garante; ii) reconociendo el derecho al mínimo vital como un derecho fundamental innominado y iii) desarrollando y aplicando la doctrina de la conexidad. A continuación, se explica en detalle cada una de estas vías.

1.1 Interpretación de la cláusula del Estado social de Derecho y el imaginario del juez constitucional

La sentencia T-406/92 es generalmente citada para ilustrar cómo los primeros jueces de la Corte le dieron un alcance expansivo a la cláusula del Estado Social de Derecho, al tiempo que afirmaron su rol protagónico para avanzar. En esta sentencia, que es uno de los primeros antecedentes de adjudicación de DESC en Colombia,³³ la Corte inicia con una frase célebre, que anuncia su futura aproximación constitucional: “el término “social”, ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado”.³⁴ El término social, considera la Corte, expresa una transformación profunda en el modelo de Estado, que se manifiesta de diferentes maneras, entre otras, a través de “la pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos”.³⁵

³¹ Botero, *op. cit.* V. n. 9.

³² El artículo 1 de la Constitución dispone que Colombia es un Estado Social de Derecho.

³³ A la Corte le correspondió decidir una acción de tutela interpuesta por un ciudadano en contra del gerente de las Empresas Públicas de Cartagena, por no haber concluido con la construcción de un alcantarillado para un barrio de dicha ciudad.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-406/92. Fundamento jurídico 2.1.A.1

³⁵ *Ibidem*, fundamento jurídico 2.1.A.1

Para el alto tribunal, el que se reconozca a Colombia como un Estado Social de Derecho, va de la mano con un cambio en la interpretación del derecho en la que el juez juega un rol protagónico: si el valor que subyace al Estado Social de Derecho es la justicia material, esta solo podrá avanzarse a través de considerar casos concretos, y es el juez, y no el legislador, el que tiene acceso privilegiado a ellos. Así, en términos de la primera Corte, la Constitución definió “una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales”.³⁶

Aunque la Corte en esta sentencia no dice explícitamente que está adjudicando DESC, sí manda un mensaje claro de que la tutela puede ser viable para reclamarlos. Por un lado, insiste en que una garantía mínima ese tipo de derechos es indispensable para la realización de los derechos civiles y políticos. Por otro lado, se pregunta: ¿qué pasa si el legislador no interviene en el desarrollo de los DESC?:

[¿D]ebe el juez permanecer a la espera de que se produzca dicho desarrollo, y en tal caso, considerar los textos que consagran tales derechos como desprovisto de fuerza normativa o, por el contrario, debe el juez definir el contenido de tales derechos, anticipándose al legislador y aplicándolos de manera directa a partir del propio texto constitucional?³⁷

La respuesta de la Corte, en esta y en otras de las primeras sentencias es que, ante la falta de intervención del legislador en la garantía de los DESC, se abre el espacio para que “otro órgano, en este caso el judicial, decida, para un caso específico, con la única pretensión de garantizar la validez y efectividad de la norma constitucional”.³⁸ Una solución opuesta, es decir que el juez no intervenga frente a la omisión del legislador, a juicio de la primera Corte, desconocería “los valores y principios constitucionales que consagran la efectividad de los derechos”.³⁹

³⁶ *Ibidem*, fundamento jurídico 2.1.D.12

³⁷ *Ibidem*, fundamento Jurídico 3.B.19

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

1.2 El derecho al mínimo vital como un derecho fundamental innominado

Además de la interpretación expansiva de la cláusula del Estado Social de Derecho, otra de las formas en las que se empieza a abrir la compuerta para la adjudicación de los DESC es a partir de reconocer el mínimo vital como un derecho fundamental innominado. Basándose en decisiones del Tribunal Constitucional Alemán, la primera Corte insiste en que el ordenamiento constitucional colombiano, al fundarse en los principios de dignidad humana, solidaridad y un orden justo, protege el derecho fundamental al mínimo vital, el cual entiende inicialmente como un derecho a la subsistencia o a que se garanticen unas mínimas condiciones de vida para la persona.⁴⁰ En términos de la sentencia T-011/98, el mínimo vital comprende:

los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y su familia, no solamente en lo relativo a la alimentación y vestuarios, sino en lo referente a la salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponde a las necesidades más elementales del ser humano.

Así, y a pesar de que el derecho al mínimo vital no está textualmente contemplado en la Constitución, la Corte consideró que era posible reconocerlo como derecho fundamental en virtud del artículo 94 de la Constitución, que incorpora en el ordenamiento constitucional la cláusula de derechos innominados⁴¹ y de otros derechos tales como el derecho a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social.

Algunos trabajos de la época recogen un panorama detallado de las distintas formulaciones que articuló la Corte sobre el mínimo vital en el primer período y

⁴⁰ Sobre las diferentes definiciones y desarrollos de la Corte sobre el mínimo vital V., Arango y Lemaitre, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*.

⁴¹ Dice el artículo 94 de la Constitución: “La enunciación de los derechos y garantías contenidas en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

de los distintos tipos de casos.⁴² Estos trabajos ilustran que el derecho a mínimo vital se le reconoció a diferentes actores —principalmente pensionados, mujeres embarazadas, trabajadores y personas en situación de debilidad manifiesta—, en una multiplicidad de casos, que incluyen varios sobre reconocimiento y pago oportuno de pensiones de vejez, jubilación, invalidez o sustitución pensional, mora en el pago de salarios, omisión en la prestación de atención de urgencias en salud, omisión en el pago de licencia de maternidad y desprotección absoluta de personas en situación de debilidad manifiesta.⁴³

Un punto que merece resaltarse, porque servirá de contraste con la jurisprudencia actual, es el hecho de que en la primera década solo excepcionalmente se solicitaban pruebas para conocer si la persona podía satisfacer por sí misma la prestación solicitada pues, en general, se presumía la buena fe del demandante cuando alegaba ver comprometido su derecho a un mínimo vital. En todo caso, esta presunción siempre operaba tratándose de personas consideradas de especial protección constitucional.

1.2.1 La doctrina de la conexidad

La tercera vía que abrió la puerta a la adjudicación de DESC por parte de la Corte fue la llamada doctrina de la conexidad. Al igual que los anteriores criterios, esta doctrina se formuló también en el primer año de la jurisprudencia. Inicialmente fue un criterio usado en pocos casos, pero como se discutirá más adelante, con la expansión de la tutela terminó siendo ampliamente utilizado y, con el tiempo, también, objeto de no pocas controversias hasta su abandono varios años después de formulada.

La doctrina de la conexidad se apoya en la idea de que derechos que la Constitución no denomina textualmente como fundamentales, pueden ser protegidos vía

⁴² Botero, *op. cit.*, V. n. 9; Arango, Lemaitre, *op. cit.*, V. n. 40.

⁴³ *Ibidem.*

tutela si se demuestra que su protección inmediata es necesaria para salvaguardar un derecho que indiscutiblemente tiene el carácter de fundamental.⁴⁴

Esta doctrina fue pensada como una vía a través de la cual el juez podría, excepcionalmente, adjudicar DESC en su faceta prestacional. Y, de hecho, en la práctica así lo fue en un sinnúmero de sentencias, principalmente relacionadas con el derecho a la salud y a la seguridad social. Por ejemplo, en este primer período, y como detallaré más adelante, a través de la conexidad se aceptó la procedencia de la acción de tutela para garantizar el derecho a la salud, cuando se demostraba que si no se protegía —a través de un medicamento o tratamiento médico— existiría una afectación inminente al derecho a la vida o a la integridad personal del actor o la actora.⁴⁵ Al igual que en relación con el derecho a la salud, varias sentencias de la época garantizaban el derecho a la seguridad social, en conexidad con el recién declarado derecho fundamental al mínimo vital. Esto se daba, por ejemplo, cuando existía mora en el pago oportuno de las mesadas pensionales y se comprobaba la inexistencia de otros recursos para la subsistencia de la persona y, en algunos casos, de su familia.

Cabe aclarar que, en el origen de la jurisprudencia, algunos casos sobre DESC se exceptuaban del requisito de probar la conexidad. Básicamente, se trataba de los casos de salud, en los que el tratamiento solicitado estaba incluido en el listado dispuesto por el sistema de salud —pues se trataba simplemente de dar una orden para que se cumpliera lo ya dispuesto legalmente—,⁴⁶ y en los casos de sujetos de especial protección constitucional, bajo el entendido de que de la Constitución se deriva una protección directa y prevalente a su favor. Para la Corte, además de las personas explícitamente señaladas en el texto constitucional como de especial protección — esto es, los niños, mujeres en estado de embarazo, madres cabeza de familia, las personas con discapacidad, y el adulto mayor, dicha protección debía extenderse a las personas privadas de la libertad,⁴⁷ los soldados heridos en

⁴⁴ V., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-571/92, que introduce la doctrina de la conexidad.

⁴⁵ *Idem*, Sentencias T-499/92, T-571/92, SU-039/98; SU-562/99, T-344/99 y T-457/2000.

⁴⁶ Botero, *op. cit.*, V. n. 40.

⁴⁷ V., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-473/95

combate,⁴⁸ las minorías étnicas⁴⁹ y las personas de sectores económicamente vulnerables de la población.⁵⁰

1.2.2 Tres áreas que ilustran la jurisprudencia de la época y el inicio de las grandes discusiones

En los primeros años de la jurisprudencia constitucional, a pesar de que la Corte permitió la adjudicación de DESC a través de las mencionadas vías, concedió la tutela en pocos casos, generalmente aquéllos en donde era evidente un estado de vulnerabilidad extrema de los demandantes.⁵¹ Por ello, y a pesar de que se empezaba a vislumbrar a un juez activo en materias económicas y de política pública —que contrastaba con la actitud del juez constitucional bajo la Constitución de 1886—, los primeros años de jurisprudencia en DESC no generaron mayores controversias, salvo por los reparos de un grupo de economistas sorprendidos con un naciente juez que intervenía en materias económicas. Por el contrario, entre un amplio sector de la población se expresó un aprecio por el espacio ocupado por la Corte en la búsqueda de saldar lo que algunos llamaban una “deuda social” con los más débiles y desposeídos.⁵² Sin embargo, a finales de la década de 1990 cuando el país entró en una profunda crisis económica, las decisiones de tutela terminaron en el “ojo del huracán”, pues se convirtieron en una vía en la que miles de personas buscaron minimizar el impacto en sus vidas de la contracción económica que vivía el país, y en la manera de compensar la falta de una respuesta adecuada por parte del gobierno y del legislador para corregir deficiencias de política pública.⁵³ Así, mientras que en 1998 se habían radicado ante la Corte 10.872 tutelas, esta cifra aumentó a 86.287 en 1999 y a 132.665 en el año 2000.⁵⁴ Como bien lo señala Rueda,⁵⁵ contrario a lo que había sido el comportamiento usual de

⁴⁸ *Idem*, Sentencia T-534/92

⁴⁹ *Idem*, Sentencia T-428/98

⁵⁰ *Idem*, Sentencia T-209/99

⁵¹ Rueda, *op. cit.* V. n. 9; Landau, *op. cit.* V. n. 9.

⁵² Lamprea, *op. cit.*, V. n. 18.

⁵³ En 1999 la economía colombiana se contrajo en -4,3% y el desempleo alcanzó niveles cercanos al 20%.

⁵⁴ V., Corte Constitucional de Colombia. Tutelas Radicadas. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>

⁵⁵ Rueda, *op. cit.*, V. n. 9.

los jueces constitucionales en tiempos de crisis —ser deferentes frente a los recortes de inversión social o frente a las políticas de ajuste económico del gobierno—, el juez constitucional colombiano empezó a intervenir en muchos más casos sobre DESC, y de manera más activa que en los años previos. Si bien hubo un par de intentos de autorrestricción,⁵⁶ en general no son los que caracterizan la actuación de la primera Corte. En términos de uno de los magistrados de esa época, la jurisprudencia temprana del alto tribunal enfatizaba ante todo el aspecto individual del derecho, en casos que “reflejaban el sufrimiento humano y la destitución [...] Como juez no se podía ignorar eso”.⁵⁷ A continuación, se resaltan tres áreas de intervención en la materia, que muestran el tipo de decisiones que adoptó la Corte en dicha época y el surgimiento de algunos debates.

1.2.2.1 El caso de los deudores de vivienda, las decisiones sobre el UPAC

Aunque no se trata de sentencias de tutela, que es el foco de este escrito, vale la pena recoger aquí las decisiones constitucionales que en el período en comento expidió la Corte Constitucional en relación con el derecho a la vivienda. Estas decisiones son ilustrativas de la crisis económica de finales de la década de 1990 y de la respuesta de la primera Corte frente a los casos puestos a su consideración. Por la contracción de la economía, en esa época, cerca de 800 000 deudores hipotecarios se vieron gravemente impactados por el aumento exponencial de sus créditos de vivienda, los cuales estaban calculados según un sistema de financiación denominado UPAC. El alza desmesurada de las tasas de interés hizo que las obligaciones de los deudores del UPAC se dispararan y que miles de personas perdieran sus inmuebles.⁵⁸ La gravedad de la situación llevó a que varios deudores se organizaran, y reclamaran la garantía de su derecho a la vivienda. Inicialmente lo hicieron a través de manifestaciones en las calles y peticiones al gobierno

⁵⁶ V., *en especial*, Corte Constitucional de Colombia, Sentencias SU-111/97 y SU-225/98. En dichas sentencias la Corte expresó su preocupación por el aparente abuso de la conexidad e intentó delimitar su alcance. En especial la SU-111/97 presenta una visión distinta a la expuesta en la T-406/92 sobre el rol judicial, pues insisten en que el juez solo podrá intervenir en el desarrollo de DESC cuando el legislador previamente haya definido la materia.

⁵⁷ Entrevista a Eduardo Cifuentes Muñoz, citada en Lamprea, *op. cit.*, V. n. 18.

⁵⁸ Se calcula que al menos 200.000 personas perdieron la vivienda.

y al Congreso para que se les otorgara algún tipo de alivio a sus deudas y se reformara el sistema de financiamiento de los créditos hipotecarios.⁵⁹ Luego, al no ver respuesta a sus peticiones intentaron la vía judicial.

Así, entre 1998 y 1999 la Corte profirió varias sentencias sobre el tema, en las que buscó proteger a los deudores hipotecarios. Primero, dispuso que en relación con los créditos para vivienda los acreedores no podían impedir el pago anticipado de la obligación, ni se podía sancionar al deudor por este hecho.⁶⁰ Segundo, declaró inconstitucional la norma legal que le daba competencia al Banco de la República para determinar los valores del UPAC “procurando que ésta refleje los movimientos de la tasa de interés de la economía”.⁶¹ Según la Corte, incluir como factor de actualización de los créditos de vivienda la variación de las tasas de interés, generaba un desbordamiento de la obligación inicial que iba en contravía del Estado Social de Derecho, los principios de justicia y equidad, y el derecho a la vivienda digna. Más adelante, ordenó la reliquidación de los créditos hipotecarios para aliviar la situación de los deudores⁶² y exhortó al Congreso a expedir una nueva ley para la regulación de la financiación de vivienda en Colombia.⁶³

Estos fallos fueron importantes en el sentido de afirmar el derecho a la vivienda digna como un verdadero derecho que implica obligaciones del Estado para materializarlo. De hecho, alrededor de estos procesos constitucionales hubo una intensa participación ciudadana y de organizaciones sociales que encontraron en las decisiones de la Corte un reclamo a peticiones de antaño.⁶⁴ El fallo, además, ayudó a modificar un sistema de financiación de vivienda que en la práctica sí estaba generando una crisis social. El Congreso expidió una nueva ley de financiación de vivienda, que incluía alivios a los deudores de créditos hipotecarios, y algunos de sus miembros reconocieron que este cambio no se hubiera gestado sin la presión de la Corte.⁶⁵

⁵⁹ Cf., Uprimny, y García-Villegas; “Corte Constitucional y emancipación social en Colombia”, en *Emancipación social y violencia en Colombia*, pp. 463-514.

⁶⁰ V., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-252/98.

⁶¹ *Idem*, Sentencia C-383/99.

⁶² *Idem*, Sentencia C-747/99.

⁶³ *Idem*, Sentencia C-700/99.

⁶⁴ Uprimny, García-Villegas, *op. cit.*, V. n. 59.

⁶⁵ *Ibidem*.

Sin embargo, al mismo tiempo, varios sectores airearon sus más sentidos reclamos, al considerar que el tribunal constitucional había usurpado las competencias del legislador y sus decisiones adolecían de falta de conocimiento en materias económicas.⁶⁶ Una crítica adicional, que luego se reforzaría en otros procesos, era la de señalar que las decisiones de la Corte habían beneficiado principalmente a la clase media —quienes eran los deudores del UPAC—, afectando la posibilidad de que en un futuro se pudieran desarrollar proyectos de vivienda de interés social.⁶⁷

1.2.2.2 El litigio en salud

El litigio en salud es quizá uno de los asuntos más relevantes de este período, pero también de los más complejos. De hecho, es en los primeros casos de salud donde se articula la doctrina de la conexidad. Durante los primeros años la Corte decidió unos pocos casos relacionados con peticionarios en estado de extrema vulnerabilidad. Por ejemplo, en las primeras sentencias sobre el tema, la T-484/92, y T/505 de 1992, la Corte ordenó la prestación gratuita de servicios de salud a enfermos de VIH/SIDA, que por su condición económica no podían sufragarlos. En ese primer año, si bien no se estableció un precedente claro, se empezaron a sentar las bases para lo que serían desarrollos jurisprudenciales posteriores.

En los años subsiguientes se desarrolla la jurisprudencia, de la mano de la expedición de la ley 100 de 1992, por la cual se consagra el sistema general de seguridad social en salud. Dicha ley, que buscaba garantizar a la mayor parte de colombianos acceso a la salud, estableció un modelo complejo en el que concurren agentes privados encargados del aseguramiento —empresas promotoras de salud-EPS—, instituciones públicas y privadas encargadas de proveer los servicios y tratamientos médicos —IPS— y el Estado encargado de regular y supervisar el sistema. Conforme a la Ley 100, el acceso a la atención médica depende de un paquete de beneficios denominado Plan Obligatorio de Salud —POS—. La Ley 100 dividió el POS en dos sistemas diferentes: i) el régimen contributivo

⁶⁶ *Ibidem.*

⁶⁷ Pérez, “Razones y sinrazones de un debate: La crítica económica de la jurisprudencia constitucional colombiana”, en *Revista Derecho del Estado*, pp. 57-94.

para quienes estuvieran empleados o ganaran más de dos salarios mínimos, y ii) el régimen subsidiado, para quienes estuvieran fuera de la fuerza laboral formal o ganaran menos de dos salarios mínimos. Los colombianos bajo el régimen contributivo recibirían el doble de beneficios que los incluidos en el régimen subsidiado.⁶⁸

Aunque la ley 100 amplió el acceso de los colombianos al sistema de salud, desde el inicio exhibió fallas regulatorias, que con el tiempo se acompañaron de incentivos perversos que generaron dificultades en el acceso de algunas poblaciones a servicios médicos.⁶⁹ Esto llevó a diferentes personas a reclamar servicios de salud a través de la acción de tutela. En efecto, después de la expedición de la ley 100, empezaron a llegar varios casos a la Corte relativos a la denegación de medicamentos o tratamientos médicos por parte de las EPS. Los más complejos eran casos de pacientes a quienes se les habían negado el servicio o medicamento por no estar incluido en el POS. Algunos de esos casos fueron negados, otros concedidos. Entre los que procedían, el juez estimaba que había conexidad del derecho a la salud con la vida biológica, la integridad personal o con la vida digna. Ejemplos de ello son las sentencias T-67/94, en la que la Corte ordenó que se le brindara atención en salud a un menor que tenía una enfermedad neurológica, la SU-43/95, en la que el alto tribunal concedió la tutela también a una menor a quien se le negó un tratamiento médico con el argumento de que su enfermedad era incurable, y la T-271/95 que concedió la tutela a un enfermo de VIH/SIDA a quien le fue negado un tratamiento con retrovirales, con el argumento de que dichos medicamentos estaban por fuera del POS.

Poco a poco y en diferentes casos, la Corte fue afianzado una regla para la procedencia de la tutela en salud. Esta consistía en que las EPS tendrían la obligación de suministrar medicamentos no incluidos en el POS cuando: i) la falta del medicamento excluido ponía en riesgo los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad o la integridad física de la persona; ii) el medicamento no podía ser sustituido

⁶⁸ Yamin y Parra-Vera, *op. cit.*, p. 434.

⁶⁹ *Ibidem.* V, Lamprea, *op. cit.*, V. n. 18; Arrieta-Gómez, “Realizing the Fundamental Right to Health through Litigation: The Colombian Case”, en *Health and Human Rights Journal*, pp. 133-145.

por otro de los contemplados en el POS, o que pudiendo serlo el sustituto no tuviera la misma efectividad que el excluido; iii) que el paciente no pudiera sufragarlo y no pudiera acceder a él por otro plan de salud; y iv) que el medicamento hubiera sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encontrara afiliado el paciente.⁷⁰ En todos los casos en que se ordenaba un medicamento o tratamiento excluido del POS, la EPS podría repetir contra un fondo del Estado denominado el Fondo de Solidaridad y Garantía —FOSYGA—, que rembolsaba el costo extra del medicamento o tratamiento.

Aunque en esta época hay dos sentencias que se alejan de esa regla, tratando de racionalizar la intervención de la Corte en tutelas individuales de salud,⁷¹ ellas no logran desplazar el precedente mencionado, que sigue siendo aplicado en casos subsiguientes. De hecho, la jurisprudencia de la Corte impacta la regulación, pues en 1997 el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud acepta que eventualmente pueden ser aceptados medicamentos excluidos en el POS, pero que deberán solicitarse a los Comités Técnicos Científicos, como una forma de evitar dicha solicitud por tutela. La línea jurisprudencial en salud continuó con respaldo de la regulación, aunque es preciso indicar que no mencionó a los tratamientos médicos excluidos del POS.

Algunos fallos de esta época fueron controvertidos. Entre ellos se encuentran los relacionados con la solicitud de tratamientos médicos en el extranjero, que la Corte ordenó costear, principalmente en casos de menores, cuando no había un tratamiento eficaz en el país.⁷² No obstante, lo más complejo de la época fue el aumento vertiginoso de acciones de tutela en materia de salud.

En 1999 llegaron a la Corte 21.313 tutelas, en el año 2000 a 24.913 y, en el 2001 a 34.226. Este aumento exponencial en la tutela obedeció a múltiples causas, entre otras, a problemas de regulación y al fracaso de los correctivos que el sistema había diseñado. Por ejemplo, se evidenció que los comités científicos creados

⁷⁰ Sobre la evolución de las reglas jurisprudenciales en esta primera etapa, V., Arrieta-Gómez. “Comentarios a la creación de jurisprudencia constitucional. El caso del acceso a los servicios de salud”, en *Revista Acción de Tutela*, pp. 1752-1785.

⁷¹ V., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-111/97.

⁷² *Idem*, Sentencia SU-819/99.

para la solicitud de medicamentos por fuera del POS no habían sido eficaces, pues las EPS no informaban sobre ellos y los usuarios terminaban entonces acudiendo directamente a la tutela. Por otro lado, las EPS empezaron a negar constantemente medicamentos y tratamientos, incluso aquellos incluido en el POS, bien para evitar costearlos si la persona no reclamaba o prestarlos solo por una orden de tutela para así ahorrarse el costo de financiar y cobrar luego ante el FOSYGA.⁷³ A estos problemas se sumaban otros, que influyeron en el aumento exponencial de las tutelas. Por ejemplo, el POS no se actualizó durante años y el listado incluía una cantidad de zonas grises donde no era claro si un determinado medicamento o tratamiento estaba cubierto por el sistema.⁷⁴ Por si esto fuera poco, varias farmacéuticas incentivaron el uso de la tutela como forma de presionar para que su medicamento se incluyera en el POS.⁷⁵

De manera que este período terminó con un dilema para la Corte. Por un lado, era claro que su jurisprudencia había ayudado a cientos de personas a garantizar su derecho a la salud y había impulsado algunos correctivos de regulación. No obstante, preocupaba el creciente litigio individual en salud por su impacto en la sostenibilidad del sistema y por una cuestión de equidad: algunos estudios empezaban a sugerir que quienes estaban accediendo a servicios de salud vía tutela, no eran los más vulnerables. Todas estas preocupaciones y dilemas de la época quedan condensadas en una aclaración de voto del entonces magistrado encargado Rodrigo Uprimny, que entre otras consideraciones manifestó:

3 [C]omparto la vocación humanista de esta jurisprudencia de la Corte, que busca hacer realidad los derechos sociales, a fin de que éstos no se queden en el papel. Sin embargo, soy también consciente de las debilidades jurídicas y políticas de la actual doctrina constitucional sobre el derecho a la salud como derecho fundamental por conexidad, las cuales han sido destacadas por muchos críticos del trabajo de la Corte en este campo.

4

⁷³ Arrieta-Gómez, *op. cit.*, V. n. 70.

⁷⁴ Yamin, Parra Vera, *op. cit.*, V. n. 9.

⁷⁵ Lamprea, *op. cit.*, V. n. 18.

5 A pesar de esas críticas, he decidido apoyar la presente sentencia por una razón muy sencilla: en este momento no conozco, ni soy capaz de ofrecer, una doctrina constitucional que sea sustantivamente mejor que aquella que ha elaborado esta Corte, desde la sentencia T-505 de 1992, en donde protegió el derecho a la salud de un portador de VIH y ordenó el tratamiento respectivo, sin tomar en consideración su costo financiero. Por ello, aunque tengo reservas frente a la jurisprudencia de la Corte en salud, me siento ética y jurídicamente obligado a respetarla, mientras no exista una respuesta mejor a los dilemas que estos difíciles casos plantean.⁷⁶

1.2.2.3 El Estado de Cosas Inconstitucional

Finalmente, otro tipo de sentencias que caracterizan a esta primera Corte son aquéllas que avanzan una doctrina innovadora, denominada “Estado de Cosas Inconstitucional” —ECI—, y que hacen parte del origen de las decisiones estructurales más conocidas de la Corte colombiana. Por ECI se entiende un estado de violación masiva y estructural de derechos, que lleva a la Corte a tomar decisiones que no solo benefician a quienes interpusieron las tutelas, sino a todos aquellos que puedan encontrarse en la misma situación de hecho.⁷⁷ El ECI involucra órdenes estructurales, en las que la Corte busca una respuesta coordinada de diferentes entidades públicas.

La sentencia SU-559 de 1997 inauguró la figura del ECI. En ella, la Corte decidió el caso de varios profesores que reclamaban que los municipios para quienes laboraban no los habían afiliado a la seguridad social, a pesar de que les habían descontado por años de su salario el valor correspondiente a este concepto. Los municipios demandados reconocían que tenían una obligación legal que no habían cumplido, pero alegaban que les sería imposible hacerlo por falta de recursos. Más

⁷⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1207/01. (aclaración de voto. Fundamentos jurídicos N. 1 y 2)

⁷⁷ La identificación de una problemática estructural, según la Corte, también ayuda a evitar congestión en el aparato judicial. Así en la mencionada sentencia, la Corte señaló: “dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-153/98.

aún, insistían en que, si la Corte les ordenaba pagar, era imposible darle cumplimiento a dicho mandato. Lo que encontró la Corte es que la situación que expresaban los demandantes era un problema que se presentaba no solo en los municipios demandados sino también en otros, que afectaba a miles de docentes y que tenía como causa “la ejecución desordenada e irracional de la política educativa”.⁷⁸ Para la Corte, mientras no se tomaran medidas coordinadas y de fondo por parte de diferentes autoridades para corregir problemas estructurales, permanecería un “*estado de cosas* que pugna con la Constitución Política y que sujeta a un grupo significativo de educadores a sufrir un tratamiento indigno”.⁷⁹ Por ende, en la parte resolutive declaró el ECI y ordenó a diferentes autoridades cumplir con sus obligaciones legales para corregir la situación, en un plazo razonable.

Después de la sentencia SU-559 de 1997, la primera Corte declaró seis veces más el ECI, por diferentes razones: i) por el retraso de solicitudes de reconocimiento de pensiones a más de 30.000 personas;⁸⁰ ii) por la violación masiva de derechos de sindicatos y procesados detenidos en las distintas cárceles del país;⁸¹ iii) por la falta de existencia de un sistema de seguridad social en salud para las personas privadas de la libertad;⁸² iv) por la omisión en la convocatoria de un concurso de méritos para el nombramiento de notarios;⁸³ v) por la mora prolongada del pago de mesadas pensionales a los funcionarios de dos departamentos muy pobres: los departamentos de Bolívar y Chocó;⁸⁴ y vi) por omisiones en la protección a la vida de defensores de derechos humanos.⁸⁵

De estas decisiones, vale la pena detenerse en la sentencia C-153/98, pues se trató de una de la intervención más ambiciosa de la época para intentar hacer frente a la indignidad que genera el problema del hacinamiento carcelario en Colombia. En dicha sentencia la Corte acumuló las acciones de tutela interpuestas por

⁷⁸ *Idem*, Sentencia SU-559/97, fundamento jurídico 30.

⁷⁹ *Idem*, fundamento jurídico 33.

⁸⁰ *idem*, Sentencia T-068/98.

⁸¹ *Idem*, Sentencia T-153/98.

⁸² *Idem*, Sentencia T-606/98 y T-607/98.

⁸³ *Idem*, Sentencia T-590/98.

⁸⁴ *Idem*, Sentencia T-525/99.

⁸⁵ *Idem*, Sentencia SU-090/00.

reclusos de dos grandes cárceles del país, constató la masiva vulneración de derechos fundamentales y declaró el ECI, al tratarse de un fenómeno generalizado que afectaba a una multitud de personas y cuyas causas eran de naturaleza estructural, que deberían ser resueltas por el trabajo coordinado de múltiples instituciones. Para la Corte de la época, el problema del hacinamiento era causado, entre otros fenómenos, por la ausencia de suficiente infraestructura carcelaria. Por ende, ordenó al gobierno la creación de un plan de construcción y refacción carcelaria, el cual tendría como objetivo que se aumentaran los cupos penitenciarios.

1.2.3 Avances, dilemas y controversias al final del período de la primera Corte

Para concluir esta primera parte, vale la pena resaltar el carácter fundacional de los primeros años de la jurisprudencia en materia de DESC. La primera Corte se tomó en serio el compromiso de avanzar dichos derechos y creó los cimientos para posteriores desarrollos en la materia. Para algunos analistas, esta Corte exhibió un activismo extremo. Otros han cuestionado esa afirmación con estudios empíricos que demuestran que buena parte de las decisiones sobre DESC en ese primer período no eran en estricto sentido activistas, pues se trataba de órdenes para hacer cumplir con lo ya dispuesto en la ley.⁸⁶ Es cierto que en algunas sentencias —no en todas— la Corte exhibió un “activismo progresista”,⁸⁷ caracterizado por producir decisiones que expresaban una sentida preocupación por avanzar los derechos sociales, aunque con algo de insensibilidad por los posibles impactos de sus decisiones. De todas formas, no fue un período ajeno a una seria discusión sobre cuál debe ser la actuación del juez constitucional *vis-à-vis* el rol de las otras ramas del poder público.

En todo caso, al final del período había varios frentes de discusión abierta. Aún se escuchaban voces que seguían insistiendo que los DESC no eran justiciables por ser prestacionales y de desarrollo progresivo y se cuestionaba el uso de la conexidad, como un criterio que propiciaba la subjetividad e inconsistencias en la

⁸⁶ Saffon, García-Villegas, *op. cit.*, V. n. 9.

⁸⁷ *Ibidem.*

jurisprudencia. Adicionalmente, se aireaba una preocupación por los temas de equidad, que se expresaba a través de dos inquietudes: i) la de dejar por fuera de los beneficios de la adjudicación de los DESC a los más vulnerables, pues eran ellos quienes tenían mayores barreras para acceder a la justicia, y ii) la de si el litigio individual, principalmente en salud, estaba generando un impacto no deseado en las posibilidades del sistema de responder equitativamente a todos los afiliados. Finalmente, varios economistas y funcionarios del gobierno criticaban a los jueces por no ser técnicos, por interferir en las competencias de las demás ramas del poder público y por no ser sensibles al impacto económico de sus decisiones.

2. Segundo período: autorrestricción e innovación

La segunda Corte inicia entonces su período en un momento en el que las controversias sobre la adjudicación de DESC estaban a la orden del día. Como se indicó, buena parte de esas discusiones tenía que ver con los debates clásicos en materia de DESC: sobre si estos derechos eran o no justiciables, sobre el costo de su realización, sobre el déficit democrático de las cortes, entre otras controversias. Algunos de los nuevos magistrados desde el momento de su elección habían manifestado interés por hacerle frente a esos debates, y venían influenciados por una creciente literatura académica que abordaba algunas de estas cuestiones.⁸⁸

Aunque en este período muchas de las decisiones van a ser similares a las de la primera Corte, se dan otros desarrollos importantes, que ayudan a superar algunas de las discusiones de antaño. Primero, se deja de lado la ficción de distinguir los derechos civiles y políticos y los DESC bajo la premisa del costo del derecho o de su carácter progresivo, y se empieza a abandonar para bien la doctrina de la conexidad. Segundo, la Corte comienza a discutir y definir cuál es el contenido

⁸⁸ Según uno de mis entrevistados tres libros académicos serían muy influyentes en este período de la Corte, a saber: i) Santos y García, *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia: Análisis Socio-Jurídico*; Abramovich, Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*; Holmes, Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*.

mínimo exigible de los DESC en casos concretos. Tercero, se desarrollan en este período los más conocidos y ambiciosos casos estructurales de la Corte Constitucional, y se inaugura lo que algunos han denominado la jurisprudencia dialógica; es decir, aquélla en la que el juez busca un balance entre una protección decidida de los derechos y una mayor deferencia hacia el rol de las demás ramas del poder público, a través de un productivo diálogo entre autoridades y otros actores.⁸⁹ Para describir estos cambios haré referencia aquí a cinco sentencias paradigmáticas, que son representativas de estas aproximaciones e innovaciones.

2.1 Superar la distinción entre los derechos y el mínimo exigible

Una de las sentencias más importantes de este período es la sentencia T-595 de 2002. Si bien, no se trata propiamente de un caso de DESC, es uno que le sirve a la Corte para mostrar que no hay una diferencia tajante —como con anterioridad se sostenía— entre los derechos civiles y políticos y los DESC. En esa sentencia, la Corte se ocupó de la demanda de tutela de un hombre que consideraba que la empresa *Transmilenio*, responsable del principal sistema de transporte público de Bogotá, estaba violando sus derechos a la locomoción y a la igualdad, al no haber adecuado sus buses para que fueran accesibles para usuarios de sillas de ruedas. El demandante solicitaba a la Corte ordenar la adecuación de los buses, teniendo en consideración que el legislador ya había expedido una norma que buscaba propiciar la accesibilidad en el transporte público.

En esta sentencia la Corte inicia por señalar que el derecho a la locomoción y a la igualdad del actor y de las demás personas con movilidad reducida se ve comprometido por la falta de accesibilidad, al tiempo que recuerda que a la luz de la Constitución y de los tratados internacionales existe una obligación del Estado de remover los obstáculos que impiden a las personas con discapacidad ser plenamente incluidos en la sociedad. Para cumplir esta obligación, insiste la Corte,

⁸⁹ Gargarella, “Deliberative Democracy, Dialogical Justice and the Promise of Social and Economic Rights”, en *Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries*, pp. 105-120; Dixon, *op. cit.*, 26.

es necesario una intervención positiva del Estado, lo que ilustra la falacia de considerar que solo los DESC requieren de una actuación de ese tipo para su garantía.

La Corte, sin embargo, reconoce que para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al transporte público son necesarios recursos considerables y la acción permanente y coordinada del Estado, lo cual requiere de una política pública, cuya definición no es de competencia del juez sino de los órganos elegidos democráticamente.

Dado que de la progresividad depende el goce efectivo de un derecho —en este caso el de locomoción e igualdad—, y que según los compromisos internacionales los Estados deben adoptar decisiones serias para avanzar la faceta progresiva de los derechos, para la Corte el juez constitucional no puede mantenerse pasivo frente al incumplimiento de dichas obligaciones. Entonces la pregunta que subyace es la de qué es lo que el juez puede exigir. La respuesta de la Corte en la mencionada sentencia es que se debe asegurar que el Estado por lo menos diseñe y ponga en marcha una política pública, generalmente plasmada en un plan, encaminada a asegurar el goce efectivo de los derechos, y cuyo alcance aumente con el paso del tiempo, el mejoramiento de las capacidades de gestión administrativas y de la disponibilidad de recursos. Para la Corte se “desconoce la dimensión positiva de un derecho fundamental en sus implicaciones programáticas, *cuando ni siquiera se cuenta con un plan* que conduzca, gradual pero seria y sostenidamente a garantizarlo y protegerlo”.⁹⁰ Esa política pública o plan, dice la Corte, no puede quedarse escrita, sino que es necesario demostrar que por lo menos se ha iniciado su implementación, que es fruto de un proceso participativo y que es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión.

La Corte, entonces, tutela los derechos a la locomoción y a la igualdad del petionario y ordena a Transmilenio que

en el término máximo de dos años [...] diseñe un plan orientado a garantizar el acceso del accionante al sistema de transporte público de Bogotá, sin tener que

⁹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002, fundamento jurídico 5.5.1.

soportar limitaciones que supongan cargas excesivas”, y que una vez diseñado el plan inicie de inmediato su ejecución de conformidad con el cronograma incluido en él.

En síntesis, para la época esta sentencia fue novedosa por múltiples razones. En primer lugar, porque de manera explícita, y atado a un caso concreto, la Corte puso de presente que no hay mayor distinción entre los derechos civiles y políticos y los DESC. Todos los derechos cuestan y tanto los unos como los otros pueden tener facetas de protección inmediata y de desarrollo progresivo. Es decir que aquí la Corte manda un mensaje claro a aquéllos que se resistían a la adjudicación de los DESC aduciendo su naturaleza prestacional y progresiva. En segundo lugar, esta sentencia empieza a explorar el tema del núcleo duro o mínimo exigible de los DESC, que más adelante será desarrollado y precisado. Finalmente, y relacionado con lo anterior, la Corte empieza a introducir lo que la literatura académica denominará como remedios suaves,⁹¹ es decir aquellos que no establecen inequívocamente el curso de acción que deberá seguir el gobierno, sino que le dan espacio de maniobra a las otras ramas del poder público para definir cómo responder. La utilización de remedios suaves en este caso es ilustrativa del cambio en la actitud de la Corte, que se muestra más sensible a la separación de poderes y a promover un diálogo entre las diferentes ramas del poder público para la solución de problemas complejos.⁹²

2.2 Diferencia entre decisión y remedios y el concepto de órdenes complejas

Un fallo que es poco conocido, pero que también va a ser influyente en posteriores desarrollos de la Corte, principalmente en materia de decisiones estructurales

⁹¹ Tushnet, *op. cit.*, V. n. 25.

⁹² Diferentes autores vienen de tiempo atrás discutiendo qué ventajas y desventajas tienen los diferentes tipos de remedios. Frente a los remedios suaves, algunos autores resaltan su conveniencia en términos de separación de poderes y potencial de implementación. Otros, por el contrario, consideran que la deferencia propia de ese tipo de remedios puede dejar a los actores, y a poblaciones vulnerables desprotegidas. Sobre la controversia, ver, entre otros: Angel-Cabo, *op. cit.*, V. n. 5; Cano, “Los límites de la justicia dialógica en la protección de los derechos sociales en Colombia”, en *Revista Derecho del Estado*, pp. 131-158.

sobre DESC —que algunos han denominado de experimentalismo judicial— es la sentencia T-086/03, en la que por primera vez se hace una distinción entre la decisión del caso y los remedios, y se introduce el concepto de órdenes complejas. En ese caso, a la Corte le correspondió determinar si la actuación de un juez que modificó una orden de tutela al estudiar un incidente de desacato había incurrido o no en una violación al debido proceso. La orden de tutela en comento se refería al cerramiento de un relleno sanitario, que el alcalde de un municipio incumplió por no poder garantizar un lugar alternativo a donde llevar los residuos sólidos. El juez que conoció del desacato consideró que este no procedía pues el alcalde se encontraba en un estado de necesidad. A renglón seguido modificó la orden original del juez de tutela y le concedió un plazo adicional al alcalde para que pudiera adelantar el cerramiento.

Lo primero que hizo al Corte en la T-086/03 fue precisar que hay una distinción entre la decisión de tutelar un derecho y la orden impartida para asegurar el cese de la violación o amenaza. Si bien, dice la Corte, ambas hacen tránsito a cosa juzgada, la decisión no se puede modificar, pero la “orden puede ser objeto de variaciones accidentales siempre que se cumplan los requisitos que apuntan a asegurar el cumplimiento de lo decidido en la sentencia y el goce efectivo del derecho tutelado”.⁹³

Como justificación, la Corte trae a colación la norma que desarrolló la acción de tutela,⁹⁴ que reconoce la competencia del juez para adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de sus decisiones y su facultad de mantener la competencia hasta tanto no esté restablecido el derecho en cuestión o eliminadas las causas de su amenaza. La insistencia del tribunal es que una tutela no puede quedarse escrita y que requiere materializarse a través de acciones eficaces. Algunas veces, continúa la Corte,

el remedio al que debe recurrir el juez para salvar un derecho, no supone órdenes simples, ejecutables en un breve término mediante una decisión única del desti-

⁹³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-086/03, fundamento jurídico Núm. 2, párr. 3.

⁹⁴ *Cf.*, Decreto 2591 de 1991.

natario de la orden, sino órdenes complejas, es decir, mandatos de hacer que generalmente requieren del transcurso de un lapso significativo de tiempo, y dependen de procesos decisorios y acciones administrativas que pueden requerir el concurso de diferentes autoridades y llegar a representar un gasto considerable de recursos, todo lo cual suele enmarcarse dentro de una determinada política pública.⁹⁵

La conclusión de la Corte es que no se desconoce la Constitución cuando se modifican o alteran aspectos accidentales del remedio dispuesto para evitar que se siga o amenace el derecho fundamental de una persona, siempre y cuando se haga en aquellos casos en que sea necesario para asegurar el goce efectivo del derecho y dentro de los límites de sus facultades. De todas maneras, insiste en que la facultad del juez para modificar órdenes es restringida y, por ende, se debe corroborar, por ejemplo, que la orden inicialmente proferida nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado o que su protección devino en inane. Esta facultad de modificar las órdenes originalmente impartidas en un fallo tiene sentido en los casos de órdenes complejas, pues

el remedio adoptado suele enmarcarse dentro de una política pública del estado y puede significar plazos, diseños de programas, apropiación de recursos, elaboración de estudios o demás actividades que no puedan realizarse de forma inmediata y que escapan al control exclusivo de la persona destinataria de la orden original.⁹⁶

2.3 La madurez del ECI: la sentencia sobre desplazamiento forzado interno

Las dos sentencias arriba mencionadas son el abre bocas de una de las decisiones más ambiciosas y relevantes de la Corte Constitucional, la sentencia T-025/04, sobre desplazamiento forzado interno. Debido al prolongado conflicto armado, Colombia tiene una de las mayores poblaciones de desplazados internos —PDI—: casi siete millones de personas. A pesar de esta tragedia humanitaria, la situación del desplazamiento forzado en Colombia en buena parte era un asunto invisible

⁹⁵ Corte Constitucional de Colombia, *op. cit.* 95, fundamento jurídico Núm. 3.2.

⁹⁶ *Ibidem.*

para muchas autoridades y para el público en general. Si bien, en 1997, el Congreso expidió una política pública para responder a la creciente problemática, en la práctica ésta no fue implementada. Con el tiempo, los desplazados internos empezaron a recurrir a la acción de tutela para buscar asistencia y protección. En T-025/04, la Corte acumuló miles de tutelas de desplazados internos y expidió una de las sentencias más ambiciosas de la jurisprudencia constitucional. En primer término, declaró un ECI, al considerar que la situación de las y los desplazados internos en Colombia constituía una verdadera tragedia humanitaria, cuya solución requería de la actuación decidida y coordinada de diferentes autoridades, tanto del nivel nacional como territorial. La sentencia ilustró cómo por décadas el Estado había dado una respuesta insuficiente a la problemática, que se expresaba en indiferencia, en no haber asignado recursos suficientes para implementar la política pública y en carecer de una estrategia coordinada entre las diferentes instituciones estatales, entre muchos otros problemas.

La Corte ordenó al Estado en consecuencia: i) diseñar un plan de acción coherente para responder a la situación de los desplazados; ii) calcular los recursos necesarios para implementar el plan de acción y explorar avenidas de inversión real de esos recursos en la atención de población desplazada; iii) aumentar en el futuro el presupuesto para atender la situación de los desplazados; iv) asegurar de manera inmediata la protección de un conjunto básico —o núcleo mínimo— de derechos que le permitieran a la persona en situación de desplazamiento sobrevivir: por lo menos en un nivel mínimo de garantía del derecho a la alimentación, a la educación, a la atención médica y a la vivienda. Estas órdenes fueron dadas a diferentes autoridades y agencias estatales, que de manera coordinada deberían dar una respuesta efectiva a los desplazados internos.

La decisión sobre los desplazados ciertamente mezcló una visión activista del juez que considera no puede permanecer pasivo frente a una verdadera tragedia humanitaria, con una deferencia por el rol de otras ramas del poder público para poder responder a la situación.⁹⁷ En lugar de ver la separación de poderes como

⁹⁷ Arango, “The Human Rights of the Victims of Forced Internal Displacement in Light of the Progressivity of Economic, Social, and Cultural rights”, en *Judicial Protection of Internally Displaced Persons: The Colombian*

un obstáculo para la acción judicial, la Corte desarrolló nuevos procedimientos y remedios diseñados para acomodar dos preocupaciones en competencia: la de la necesidad urgente de acción judicial debido a la histórica falta de cumplimiento del ejecutivo y el legislador, por un lado, y la del interés de fomentar el diálogo democrático y el debate sobre graves problemas que aquejan al país, por el otro. Por ende, la Corte ordenó al gobierno proporcionar niveles mínimos de protección dentro de un calendario estricto, pero en otros aspectos no impuso parámetros fijos. Por ejemplo, no impuso remedios fuertes, como lo había hecho en el ECI de cárceles en la década de 1990, sino que, por el contrario, dispuso que fuera el gobierno y el legislador quienes definiera la solución, pero bajo unos lineamientos mínimos que deberían asegurarse.⁹⁸

Se le dio al gobierno una opción de “regresión”, que implicaba aceptar que en determinadas circunstancias excepcionales se podría eliminar elementos del núcleo mínimo de los derechos, siempre y cuando lo hiciera de manera pública y explicando claramente las razones para ello.⁹⁹ Además, la Corte insistió en que las autoridades deberían otorgar a las organizaciones representantes de la población desplazada “oportunidades de participación efectiva” en el diseño e implementación de las medidas correctoras adecuadas.

Quizás el aspecto más novedoso del T-025/04 es el hecho de que la Corte —en este caso por primera vez— retuvo competencia para monitorear la implementación de la sentencia. La Corte creó un monitoreo permanente que brindó un importante espacio para el diálogo y el debate entre autoridades, el juez constitucional y la sociedad civil. A partir del primer año de la decisión se empezaron a organizar audiencias públicas y reuniones informales para encontrar respuestas adecuadas a la situación de los desplazados. La Corte desarrolló un proceso en el que el gobierno informaba sobre sus acciones, y otras instituciones —como la Defensoría del Pueblo, organizaciones internacionales y grupos de la sociedad civil— respondían al informe gubernamental. Para cada área temática, la Corte

Experience, Washington, Brookings Institution (2009), pp. 115-148; Cepeda-Espinosa, “The Constitutional protection of IDPs in Colombia”, en *Judicial Protection of Internally Displaced Persons: The Colombian Experience*, pp. 1-47.

⁹⁸ Esto sería un ejemplo de remedios moderados. *V.*, *supra* n. 24.

⁹⁹ Arango, *op. cit.*, *V.* n. 97, pp. 127-130.

empezó a rendir una decisión de seguimiento —Autos de Seguimiento—. De esta sentencia, en este segundo período, empiezan a surgir temas importantes, como la medición de políticas públicas a través de lo que se denominó indicadores de goce efectivo de derechos.¹⁰⁰ El auto 185/04, por ejemplo, establece por primera vez lo que se entendería por “incumplimiento”, “cumplimiento bajo”, “cumplimiento medio” y “cumplimiento alto” de las órdenes impartidas en la decisión.

2.3.1 El abordaje estructural del litigio en salud

La otra gran sentencia de este período es la 760/08. Como arriba se indicó, el período de la primera Corte había culminado con una discusión amplia sobre el litigio en salud y el curso de acción que debería seguir el juez constitucional. El tema continuaría siendo álgido, pues el litigio en salud llegó a su pico más alto entre el 2005 y el 2008. Lo que la Corte entendió en ese entonces es que, si bien las tutelas de más de una década iluminaban serios problemas de regulación, había que hacerle frente de manera estructural. Lamentablemente el legislador se había resistido por años a hacer dichos cambios.

En la sentencia T-760/08 la Corte acumuló 22 casos diferentes, con el fin de ilustrar los problemas más críticos del sistema a la salud y propiciar correctivos. Aunque la Corte en esta sentencia no declaró el ECI, sus decisiones buscaron soluciones estructurales frente a diferentes fallas de regulación que expresaban el incumplimiento del Estado para respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud.

Un primer aspecto por resaltar es que la Corte reafirmó la justiciabilidad del derecho a la salud, pero en lugar de invocar la doctrina de la conexidad, como en el período anterior, declaró el derecho a la salud como un derecho fundamental,¹⁰¹

¹⁰⁰ Un recuento de la decisión puede verse en Reales y Torres, *Los Caminantes Invisibles. La experiencia de la sentencia T-025 de 2004 y sus autos de seguimiento. Herramientas para el diseño, la implementación y el seguimiento de políticas públicas con enfoque de goce efectivo de derechos*, pp. 1-78, disponible en: <https://www.nrc.org.co/wp-content/uploads/2017/11/Libro-Caminantes-Invisibles.pdf>

¹⁰¹ No era la primera vez que lo decía, pues ya lo había mencionado en la T-227/03. Sin embargo, aquí se recogió con total claridad.

que tiene una faceta de aplicación inmediata y otra de desarrollo progresivo. Para la Corte los beneficios incluidos en el plan de salud existente eran parte del contenido de aplicación inmediata, así como otros servicios esenciales que se habían reconocido a lo largo de los años, tales como los tratamientos para los pacientes con VIH. En cuanto a la faceta de desarrollo progresivo, en línea con la sentencia T-595/02, la Corte consideró que es posible reclamar en sede judicial unas condiciones mínimas para una adecuada existencia e implementación de la política pública en salud. Dadas las deficiencias estructurales del sistema de salud, identificadas a lo largo de los años, el alto tribunal consideró procedente ordenar al gobierno: i) diseñar un plan para corregir problemas regulatorios, ii) obtener recursos para implementarlo, iii) fusionar los dos niveles existentes del esquema de beneficios —contributivo y subsidiado— en un sistema unificado —para eliminar la fuente generalizada de desigualdad entre las personas pertenecientes a estos dos sistemas—, y iv) crear mecanismos participativos para discutir las reformas al sistema de salud y su adecuada implementación.

El fallo de la Corte fue ambicioso en algunos aspectos, en particular la unificación de los dos niveles de planes de beneficios de salud —aunque ello estaba contemplado en la misma ley 100/92—. En otros aspectos, la decisión fue moderada y buscó, como en fallos anteriores, impulsar correctivos por parte del gobierno y del legislativo sin entrar a definir puntualmente cómo debían lograrlos. De hecho, buena parte de las órdenes en este caso habían sido recomendadas por expertos y agencias que participaron en el proceso judicial,¹⁰² y otras eran los suficientemente abiertas para dejar un amplio margen de maniobra al gobierno y al legislador. Un efecto inmediato de esta decisión, por lo menos al final de este período, fue la disminución de las tutelas en salud, que pasaron de 142.952 en el 2008 a 100.490 en el 2009.¹⁰³

De todas maneras, y al margen del protagonismo de la Corte por sus decisiones, esto no significa que el período haya culminado sin resistencia. En los casos de salud seguía la preocupación por el alto volumen de tutelas y las respuestas indi-

¹⁰² Arrieta, *op. cit.*, V. n. 69.

¹⁰³ Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, p. 16.

viduales, y en el caso de desplazamiento se oían voces de funcionarios que reclamaban por las dificultades de poder cumplir con ciertas órdenes impartidas en los autos de seguimiento. Los economistas de antaño y altos miembros del gobierno continuaron con sus reparos sobre el posible impacto de las decisiones en términos de finanzas públicas.

3. Tercer período: continuación y resistencia

En materia de DESC, la tercera Corte, se caracterizará por continuar e impulsar el precedente establecido en las dos etapas anteriores.¹⁰⁴ Es una Corte que, si bien no introdujo grandes innovaciones, incide de manera significativa en la materia, al ampliar el seguimiento de las decisiones estructurales, ensayar otras formas de seguimiento y expandir la jurisprudencia en DESC en áreas como el derecho al agua. A su vez, tiene que enfrentar varios desafíos como una declaratoria de estado de excepción para limitar el alcance de las decisiones en salud, y una reforma constitucional controvertida en su momento, para introducir en la Constitución el principio de sostenibilidad fiscal y crear el llamado incidente fiscal. A continuación, se desarrollan estos puntos.

3.1 La ampliación del seguimiento de las sentencias estructurales

En materia de desplazamiento forzado esta Corte decidió continuar plenamente con el seguimiento al cumplimiento a la sentencia T-025/04. Este seguimiento había sido liderado por el despacho del magistrado ponente, pero debido al crecimiento del monitoreo, que incluía varias audiencias públicas, instancias de información técnica y el procesamiento de un gran volumen de informes, se aprobó la creación de un despacho independiente dedicado exclusivamente al seguimiento del cumplimiento de la decisión. En este período la Corte expidió un alto número de

¹⁰⁴ Uno de mis entrevistados me hizo notar que la mayoría de los miembros de esta tercera Corte eran antiguos jueces de otras cortes o tribunales, lo que explica en buena parte su respeto por el precedente judicial.

autos de seguimiento. Aunque son muchos, dentro de ellos vale la pena resaltar el Auto 383/10, en el que la Corte, después de múltiples audiencias públicas con alcaldes, gobernadores y otros funcionarios, evidenció los problemas de coordinación entre la nación y las entidades territoriales para cumplir los compromisos con la población desplazada. Esto es importante, porque fue la primera vez que la Corte se vinculó activamente a las entidades territoriales en la tarea de la superación del ECI.¹⁰⁵

Ahora bien, siguiendo el ejemplo de la sala de seguimiento a las sentencias sobre desplazados, en el 2009 la Corte también instaló una sala independiente para monitorear el cumplimiento de la sentencia T-760/08 sobre salud.¹⁰⁶ Sus inicios fueron complejos, pues tan pronto se instaló el gobierno de la época declaró un estado de excepción para limitar la acción de tutela en salud y resistir la orden de la Corte de unificar los planes de salud, conforme había sido dispuesto por el legislador. Esta declaratoria de estado de excepción y los decretos con ocasión de ella propiciaron varias movilizaciones sociales en su defensa.¹⁰⁷ Al poco tiempo, la Corte declaró inconstitucional el estado de excepción, sobre la base de que los problemas que aquejaban al sistema de salud no eran hechos extraordinarios, sino problemas estructurales conocidos de tiempo atrás. Irónicamente, lo sucedido alrededor de este estado de excepción le dio un impulso a la sala de seguimiento de la sentencia T-760/08,¹⁰⁸ quien profirió diferentes decisiones, entre ellas el auto 316/10, a través del cual se crearon diferentes grupos de trabajo entre diversos actores vinculados o interesados en el sistema de salud. Dichos grupos de trabajo presentaron informes que ilustraban consensos, desacuerdos y posibles soluciones a las fallas de regulación, que eventualmente servirían al gobierno para adoptar correctivos.

Si bien la sala de salud no tuvo una dinámica tan expansiva como la exhibida por la sala de seguimiento a la sentencia T-025/04, ella ayudó a propiciar un logro

¹⁰⁵ Sobre el seguimiento a la sentencia T-025/04 Cf., entre otros, Rodríguez, Rodríguez, *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*.

¹⁰⁶ V., Corte Constitucional de Colombia. *Sala de Seguimiento en Salud*, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/T-760-08/autos%20genericos/>

¹⁰⁷ Yamin, Parra-Vera, *op. cit.* V. n. 9.

¹⁰⁸ Angel, Lovera-Parmo, *op. cit.* V. n. 9, citando a Arrieta, A.

importante. Como bien lo ilustra Lamprea, el fallo y el seguimiento contribuyeron a abrir “una segunda ventana de oportunidad para reformar el sector salud, esta vez a partir de una perspectiva de derechos”.¹⁰⁹ Impulsado por el proceso del seguimiento de la sentencia T-769, en 2013 el nuevo gobierno propuso una ley ordinaria y una ley estatutaria para corregir estructuralmente varios problemas del sistema de salud. Si bien el proyecto de ley no superó el trámite legislativo, la ley estatutaria sí fue aprobada. Esa ley, en línea con lo dicho por la Corte, declaró que el propósito del sistema a la salud es la protección del “derecho fundamental” a la salud.¹¹⁰ Así mismo estableció un marco de protección detallado del derecho a la salud, que brindó mayor claridad sobre el acceso a los servicios y procedimientos. Si bien a largo plazo no bajó el volumen del litigio —y hoy subsisten fallas de regulación—, sí resolvió muchas de sus controversias, de manera que las respuestas a las tutelas en salud dejaron de ser un asunto de grandes discusiones al interior de la Corte. De todas maneras, la sala de seguimiento a la sentencia T-760 se mantuvo, aunque con mucho menos impulso.

Finalmente, en relación con decisiones estructurales y salas de seguimiento en este tercer período se declaró nuevamente un ECI por la situación carcelaria en el país, y se instaló otra sala permanente de seguimiento. Como antes se ilustró, en la sentencia T-153/98 la Corte declaró el ECI como consecuencia del hacinamiento carcelario y ordenó al gobierno la construcción de cárceles para hacerle frente. El gobierno cumplió con la orden diseñando un plan carcelario que culminó con la construcción y reparación de once cárceles.¹¹¹ En los primeros diez años esa solución logró una reducción considerable del hacinamiento carcelario.¹¹² No obstante, a largo plazo, la estrategia contemplada por la Corte resultó insuficiente. La Corte retomó el tema de la situación de las cárceles en la sentencia T-388 de 2013, en la que declaró nuevamente un ECI.

En dicho fallo acumuló nueve procesos de tutela que recogen los principales problemas carcelarios. Basada en informes de expertos, concluyó que buena parte

¹⁰⁹ Lamprea, *op. cit.* V. n. 18.

¹¹⁰ *Idem*, p. 85.

¹¹¹ V. Ariza, Torres, “Constitución y Cárcel: La judicialización del mundo penitenciario en Colombia”, en *Revista Direito Práx.*

¹¹² *Ibidem*.

del problema carcelario tiene sus orígenes en una desarticulada, incoherente e ineficaz política criminal, sin perspectiva de derechos humanos.¹¹³ A renglón seguido, reconoció que, si bien los esfuerzos por la creación de infraestructura carcelaria habían sido importantes, la solución que se había contemplado en la sentencia T-153/98 era insuficiente, pues había llevado a que toda la atención de la administración se concentrara en la creación de nuevos cupos carcelarios, sin que se atendieran otros aspectos centrales “como los programas de resocialización, la prestación de servicios de salud y agua potable, la prevención de enfermedades, la adecuación de espacios salubres e higiénicos, entre otros”.¹¹⁴

En consecuencia, la Corte dictó diferentes órdenes dirigidas a asegurar el cumplimiento de mínimos en materia de alimentación, aseo, servicios en salud, alojamiento, trabajo y estudio; así como algunas medidas de choque como la realización de brigadas jurídicas y visitas de cumplimiento en salud. También estableció lo que llamó una “regla de equilibrio decreciente” según la cual se debe permitir el ingreso de personas al establecimiento carcelario siempre y cuando no se aumente el nivel de ocupación y se cumpla con el deber de disminuir constantemente el nivel de hacinamiento.¹¹⁵

A los pocos meses de publicada esta sentencia la Corte expidió un nuevo fallo, la T-756 de 2015, en la que se reiteró la declaración del ECI y se definieron lineamientos generales para las autoridades, una línea de base, e indicadores de goce efectivo de derechos para monitorear avances o retrocesos en la superación del ECI. Sumado a esto, se promovió un mecanismo de monitoreo al ECI, compuesto por un “grupo líder” de seguimiento coordinado por la Presidencia de la República, el Consejo Superior de Política Criminal, un comité interdisciplinario encargado de diseñar normas técnicas de reclusión y varias mesas técnicas encargadas de evaluar el cumplimiento de la sentencia en temas puntuales como salud, resocialización e infraestructura. Al igual que con la sentencia de desplazados y

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-388/13, fundamento jurídico 9.1.4.2.1.

salud se instaló al interior de la Corte una sala de seguimiento a la superación del ECI en cárceles.¹¹⁶

3.1.1 El caso de Colpensiones: declaración y levantamiento del ECI

Otro caso interesante de ese período es el de Colpensiones. Aunque se trata también de un seguimiento a una decisión estructural, merece una sección aparte, pues es la primera —y, por ahora, única vez— en que la Corte ha declarado la superación de un ECI y ha dado por clausurado el seguimiento al fallo. Este caso se relaciona con el tema pensional. En el 2008 la Defensoría del Pueblo prendió las alarmas al indicar con preocupación el aumento exponencial de tutelas en materia de derecho de petición, el cual para la fecha ocupaba el segundo lugar entre los derechos más invocados. La mayoría de estas tutelas eran elevadas en contra del Instituto de Seguros Sociales —ISS—¹¹⁷ a causa de la atención tardía o falta de atención de las solicitudes pensionales. Para el año 2012 el ISS era ya la entidad más demandada con 72.884 tutelas, que equivalían al 17.3% de todos los casos interpuestos ese año.¹¹⁸ En ese momento, además, el ISS estaría llegando a su fin tras un largo proceso de liquidación, y sus afiliados transitarían hacia la recién creada entidad: Colpensiones. Se anticipaba que con esa transición se podría profundizar el problema pensional, que se expresaba no solo en el atraso a la solicitud de pensiones, sino también en las demoras en el cumplimiento de fallos de tutela, que propiciaban incidentes de desacato y numerosas órdenes de arresto y multa para los funcionarios de dichas entidades.

La primera decisión de la Corte para abordar estructuralmente este problema fue el Auto 110/13, en el que se acumularon 4 casos y se declaró la existencia de un ECI en la transición del ISS a Colpensiones. En ese ECI, básicamente la Corte le ordenó a Colpensiones hacer un plan y un cronograma para organizarse, superar

¹¹⁶ Ariza, Torres, *op. cit.*, V. n. 111.

¹¹⁷ Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud*. p. 25. El ISS era la entidad estatal encargada la Corte de la seguridad social. Esta entidad fue liquidada, proceso que inició en 1990 y culminó en el 2012.

¹¹⁸ *Idem*, p. 134.

las demoras y empezar a cumplir a tiempo con las sentencias judiciales y las solicitudes pensionales. De la mano con esa orden la Corte también le exigió a la entidad establecer un orden de prioridades para garantizar al menos la atención de los más vulnerables. Un aspecto interesante del fallo es que la Corte les otorgó protección a los funcionarios aceptando anticipadamente que, dada la situación en la práctica, no era posible cumplir con los términos legales y, por ende, que los funcionarios no debían ser responsabilizados por esas demoras. En consecuencia, la Corte suspendió parcial y gradualmente la ejecución de sanciones por desacato a tutelas proferidas en contra de los funcionarios responsables tanto del ISS como de Colpensiones.

Entre el 2013 y el 2015 la Corte hizo un seguimiento detallado a Colpensiones basado en informes, con indicadores concretos que debían mostrar el avance en los casos atrasados, pero también en la construcción de capacidad para cumplir a tiempo con las nuevas solicitudes. Durante la vigencia del ECI la Corte adoptó 7 autos estructurales, 5 autos de revisión de las órdenes y dos autos para materializar sesiones técnicas de seguimiento. En el 2015, a través de la sentencia T-774, la Corte levantó el ECI. Si bien reconoció que el estado del sistema pensional no era perfecto, y se mantenían algunas vulneraciones de derechos, también registró un avance significativo: la superación de una afectación estructural y sistemática de los derechos fundamentales en el escenario arriba descrito. Por ejemplo, al inicio del ECI se identificaron en total 287.159 solicitudes pensionales vencidas, mientras que al momento del cierre estas ascendían a 21.329.¹¹⁹

Otro cambio fundamental fue la del cumplimiento de los fallos de tutela. Mientras que en 2013 había 96.222 tutelas acumuladas de las que sólo se había cumplido el 19.5%, al momento de levantar el ECI el cumplimiento era de 94.7%.¹²⁰ También pasó de 9600 tutelas nuevas al mes, a aproximadamente 3000.¹²¹ Finalmente, antes de la intervención una solicitud pensional se demoraba años y, con suerte, meses. En el inventario de casos que se realizó en el 2013 se encontró una solicitud

¹¹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-774/15, fundamento jurídico Núm. 488.

¹²⁰ *Idem*, fundamento jurídico Núm. 560.

¹²¹ *Idem*, fundamento jurídico Núm. 564.

presentada en 1989 que no fue revisada nunca por un funcionario. A mayo de 2016 el tiempo de atención promedio era de 1,5 meses, cuando la Ley da 4 meses para resolver.

3.1.1.1 El caso de los recicladores de Navarro: visibilizar la exclusión y explorar nuevas formas de seguimiento

La sentencia T-291/09 es otra decisión relevante de este período, no solo por el caso en sí, sino también porque en ella el alto tribunal intentó explorar otras formas de monitoreo a sus decisiones, que pretendió extender al nivel territorial. El caso se refiere al cierre de Navarro, el basurero municipal de la ciudad de Cali, donde por décadas cientos de recicladores y sus familias habían trabajado de manera informal recuperando residuos sólidos. Con el cierre del basurero, los recicladores quedaron a su suerte y vieron comprometida su subsistencia. Ayudados por una ONG interviniente en el proceso, se demostró cómo, a través de diferentes decisiones administrativas, los recicladores fueron excluidos de la posibilidad de acceder a su medio de subsistencia: los residuos sólidos. En la sentencia T-291/09, el tribunal acumuló diferentes tutelas individuales, concedió las tutelas a los recicladores de Navarro, pero dictó órdenes estructurales para beneficiar también a otros recicladores de oficio de la ciudad de Cali. El alto tribunal aceptó que existían razones ambientales para el cierre del basurero, pero consideró que la omisión de la autoridad en contemplar un plan para mitigar la situación de vulnerabilidad a la que estarían expuestos los recicladores tras el cierre de Navarro desconocía los presupuestos de un estado social de derecho, basados en el principio de solidaridad y de un orden justo. El tribunal continuó sugiriendo que, detrás de las acciones de las autoridades públicas, estaban los intereses de unas pocas corporaciones privadas y privilegiadas, que buscaban tener el control exclusivo de lo que ahora es un negocio muy rentable: el de los residuos sólidos. En efecto, para entonces, el gobierno municipal de Cali había abierto un proceso de contratación para la recolección de residuos, contrato valorado en más de 1,3 millones de dólares.

La Sentencia T-291 de 2009 contiene diferentes órdenes que no encajan fácilmente en la categoría de remedios débiles,¹²² pero tienen la intención de unir instituciones y partes interesadas para negociar y coordinar remedios apropiados. Como punto de partida, el tribunal consideró: 1) que los recicladores deben ser reconocidos como actores legítimos —empresarios— en el multimillonario negocio del reciclaje de residuos sólidos; 2) que los recicladores deben integrarse en los sistemas modernos de gestión de residuos; 3) que debe suspenderse el actual proceso de contratación de la gestión de residuos y redactarse una nueva licitación en su totalidad para asegurar la participación de las organizaciones de recicladores; 4) que se debe crear un comité *ad hoc*, con participación de los recicladores, para redactar e implementar una nueva política; y 5) que el comité *ad hoc* debe informar periódicamente sobre el desempeño del proceso de inclusión y el apego de las autoridades a la decisión de la Corte.

En otro trabajo he presentado un estudio de impacto de esta decisión.¹²³ Lamentablemente sus efectos fueron modestos, y el seguimiento descentralizado que contempló la Corte en este caso sufrió de varios obstáculos, tanto por errores de la misma Corte, como por hechos que escapan al control del tribunal.¹²⁴ No obstante, como señalé, es un caso que no solo ha sido elogiado internacionalmente como un precedente importante para los trabajadores informales en Colombia y en otras partes del mundo,¹²⁵ sino que también plantea el interesante ejercicio de buscar alternativas para hacer seguimiento a decisiones estructurales en el nivel territorial, sin que el monitoreo tenga que estar centralizado en la Corte.

3.1.1.2 El derecho al agua potable como derecho fundamental y núcleo mínimo exigible

En este tercer período se dan también desarrollos importantes en relación con el derecho al agua potable como derecho fundamental. Algunos de los casos relevantes

¹²² Tushnet, *op. cit.* V. n. 25.

¹²³ Ángel Cabo, *op. cit.* V. n. 5.

¹²⁴ *Ibidem.*

¹²⁵ “Muck and brass plates. Entrepreneurs, not scavengers”, en *The Economist*. Disponible en: <https://www.economist.com/the-americas/2009/06/11/muck-and-brass-plates>

sobre el tema ya los recoge Gutiérrez Rivas en su contribución en esta misma obra. Por eso aquí me referiré someramente a dos sentencias que protegen el derecho al agua potable de personas en situación de pobreza, y que van afianzando el concepto de garantía de la disponibilidad de un mínimo de agua potable para el goce de otros derechos, principalmente en casos de sujetos de especial protección.

Un fallo inicial relevante de este período es la sentencia T-546/09. En dicha decisión, la corte se pronunció sobre una tutela interpuesta por una mujer, con dos hijos menores de edad, que indicaba que por su precaria situación económica tenía una deuda con el acueducto y que a pesar de que realizó un acuerdo de pago, le fue suspendido el servicio, poniendo en riesgo su bienestar y el de su núcleo familiar. La Corte, en su parte motiva, hizo consideraciones importantes sobre la posibilidad de desconexión del servicio a personas en pobreza. Si bien señaló que toda persona debe cumplir con su compromiso contractual de pago de servicios públicos, cuando la situación económica del hogar no lo permite, y en ellos concurren sujetos de especial protección, como los menores de edad, debe buscarse una solución alternativa para asegurar la vigencia de sus derechos. Para la Corte, si bien no sería viable una orden en el sentido de prohibirle a la empresa de acueducto desconectar el suministro a pesar del no pago —pues esto podría generar un incentivo perverso para que otros no satisfagan cumplidamente sus obligaciones— es necesario buscar una alternativa que garantice el acceso a agua potable de los menores de edad. Así la Corte indica que lo debe suceder en casos como el descrito, es que a pesar de que se den las condiciones de ley para la suspensión,

lo que debe suspenderse es la forma de prestar el servicio público. Es decir, debe cambiar la forma en que se suministra el servicio y ofrecerle al destinatario final unas cantidades mínimas básicas e indispensables, en este caso, de agua potable¹²⁶

La Corte no entra a definir cuáles deben ser esas cantidades mínimas que indica deben ser fijada por la empresa de servicios públicos, en consideración a la cantidad

¹²⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-546/09, fundamento jurídico Núm. 5.1.

de personas que habitan en el domicilio. Lo que sí hace es sugerir que se tengan en cuenta estándares internacionales en la materia, principalmente las sugeridas por la Organización Mundial de la Salud. Después de presentar esta línea argumentativa, la resolución del caso sorprende, pues la Corte niega la tutela con el argumento de que la actora se conectó ilegalmente al suministro de acueducto, y mal haría la Corte concediendo una tutela a alguien que incurrió en un ilícito. El problema de la solución de la Corte es que no resolvió la situación de los menores quienes, de acuerdo con lo antes señalado, de todas maneras, deberían gozar de cantidades mínimas de agua potable.

Con posterioridad a esa decisión, la Corte en la sentencia T- 717/10, enmendó el error y estableció unas reglas jurisprudenciales claras sobre cómo deberían enfrentarse los casos de desconexión del suministro de agua potable a hogares en situación de pobreza. Indica la Corte que, en relación con estos casos, el juez debe encontrar una solución que evite la afectación de los derechos de los menores de edad a disfrutar de cantidades mínimas e indispensables, de agua potable. Ante eventos de reconexión irregular, la sanción no puede ser desconectar por completo la vivienda de los servicios públicos, sino buscar otras alternativas de consecuencias jurídicas que no pongan en riesgo los derechos de los menores de edad.

Con base en ello, indicó diferentes lineamientos a tener en cuenta dentro de los cuales se encuentran los siguientes: primero, las empresas de servicios públicos pueden suspender el servicio ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales. Segundo, esa suspensión tiene dos límites derivados de los derechos fundamentales: i) solo puede realizarse con observancia del debido proceso y ii) no puede tener lugar cuando afecta derechos constitucionales de sujetos de especial protección. Tercero, los usuarios que pretendan que el servicio les siga siendo suministrado a pesar de la falta de pago deben: i) informar que en su vivienda reside al menos un sujeto de especial protección; ii) que la suspensión del servicio puede afectar sus derechos, y iii) que el incumplimiento de las obligaciones se debe a circunstancias involuntarias e insuperables. Sin embargo, tratándose de personas en situación comprobada de vulnerabilidad, esas condiciones deben ser presumidas, y corresponde a la empresa de servicios desvirtuarlas. Cuarto, si efectivamente concurren las condiciones, la empresa de servicios puede suspender

la forma de prestar el servicio de acueducto, y pasar a suministrar al usuario cantidades mínimas de agua potable a los sujetos de especial protección constitucional, que satisfagan sus necesidades básicas.

3.1.2 Las decisiones sobre sostenibilidad fiscal

Ahora bien: uno de los temas más sensibles de este período se dio alrededor de una reforma constitucional promovida por el gobierno para incluir en la constitución una obligación de todo funcionario, incluidos los jueces, de garantizar en sus decisiones la sostenibilidad de las finanzas públicas. Una de las finalidades del gobierno, a la hora de promover la reforma constitucional, era la de intentar frenar las órdenes de la Corte que implicaran erogaciones significativas del presupuesto nacional. A través del Acto Legislativo Núm. 3 del 2011, el Congreso modificó el artículo 334 de la Carta para incluir la sostenibilidad fiscal¹²⁷ como un principio “que debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”.¹²⁸ Para hacer efectivo este principio en el ámbito de decisiones judiciales, el Congreso también contempló en la reforma constitucional, el llamado “incidente de impacto fiscal”, según el cual el Procurador General de la Nación o un ministro de gobierno, una vez proferida la sentencia, podrá solicitar la apertura de dicho incidente, cuyo trámite será obligatorio, para explicar ante los jueces las “consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como un plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objetivo de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal”.¹²⁹ Ante las preocupaciones elevadas por diferentes actores durante el trámite legislativo, el Congreso incluyó un párrafo final al artículo 334, para precisar que “bajo ninguna circunstancia autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”.

¹²⁷ El principio de sostenibilidad fiscal busca racionalizar las finanzas públicas, de manera que el gasto público no se incremente por encima de los ingresos.

¹²⁸ Además del artículo 334 se modificaron los artículos 339 y 346 de la Carta para aplicar este principio también al Plan Nacional de Desarrollo y la Ley del Presupuesto General de la Nación.

¹²⁹ Artículo 334, Constitución Política de Colombia.

La reforma constitucional sobre sostenibilidad fiscal fue aplaudida por algunos sectores como una forma para garantizar a largo plazo la sostenibilidad de las finanzas públicas y contribuir a la estabilidad macroeconómica del país. Para otros, sin embargo, la figura compromete el Estado Social de Derecho, interfiere en la separación de poderes e independencia judicial y propicia que los derechos queden reducidos principalmente a consideraciones de tipo económico para ser garantizados.¹³⁰ Una preocupación central de los críticos era el freno que la reforma constitucional acarrearía sobre la garantía y realización de los DESC. Algunos ciudadanos afines a esta postura demandaron el acto legislativo en cuestión,¹³¹ con el argumento de que el Congreso había sustituido la Constitución de 1991, entre otras razones, por afectar de manera grave la cláusula del Estado Social de Derecho y la independencia judicial.¹³²

En las sentencias C-288 de 2012 y C-1052 de 2012, la Corte rechazó estos argumentos y consideró que el Acto Legislativo 3 de 2011 no sustituía la Constitución. Primero señaló que la reforma constitucional no incidía en la definición de los objetivos esenciales del Estado Democrático de Derecho, pues “no es un fin constitucional en sí mismo, sino un medio para la consecución de los objetivos esenciales” de dicho tipo de Estado. La Corte añadió que la sostenibilidad fiscal es un criterio orientador que carece de la jerarquía propia de los principios fundamentales y que debe interpretarse conforme al principio de progresividad y a la naturaleza indivisible e interdependiente de los derechos. Así, para la Corte, se trata de un criterio limitado, en tanto no puede ser usado para negar la protección o disminuir el alcance de los derechos fundamentales.

¹³⁰ V., Arango, “El Estado Social de Derecho y la sostenibilidad fiscal: reforma a la justicia y derechos”, en *Foro*.

¹³¹ La demanda también atacaba la Ley 1473 de 2011, que desarrolla la llamada regla fiscal.

¹³² En Colombia, la Constitución señala que la Corte Constitucional conocerá de las demandas contra reformas constitucionales aprobadas por el Congreso “por vicios de procedimiento en su formación” (art. 241). No obstante, a partir de la sentencia C-551/03, la Corte desarrolló la doctrina de la sustitución de la Constitución, según la cual solo el constituyente primario tiene la potestad para cambiar los pilares centrales de la Constitución. Por ende, una reforma constitucional expedida por el Congreso (como constituyente derivado) será inconstitucional si modifica dichos pilares.

En relación con el incidente fiscal, la Corte consideró que éste no violaba el principio de separación de poderes, ni la independencia y autonomía judicial, porque el procedimiento: i) es una instancia de interlocución entre los poderes públicos, que se explica en el principio de colaboración armónica; ii) no usurpa la función judicial, pues se limita al debate en sede judicial de los efectos de las sentencias que profieren las altas cortes, y no de las decisiones que protegen derechos, las cuales están cobijadas por los efectos de la cosa juzgada y son, por ende, inmodificables; y iii) implica que las altas cortes conservan la competencia para decidir, en condiciones de independencia y autonomía, si procede la modificación, modulación o diferimiento de tales efectos, o si estos deben mantenerse incólumes en su formulación original.

Luego de aceptarse la reforma constitucional, la Corte empezó a examinar casos concretos en los que se expresaba el principio de sostenibilidad fiscal. Por ejemplo, en este período le correspondió determinar si violaba o no la constitución el hecho de que una serie de normas relativas a la reparación del conflicto armado, incluyeran un párrafo relativo a la sostenibilidad fiscal y a los límites impuestos por el presupuesto nacional como criterio para asegurar la continuidad y progresividad de la política pública en la materia. Para los demandantes, los párrafos demandados se erigían en límites para la indemnización administrativa y, por ende, desconocían el derecho a la reparación de las víctimas conforme a los criterios establecidos en la jurisprudencia constitucional y en el bloque de constitucionalidad. En la sentencia C-753 de 2013, la Corte declaró constitucionales las normas demandadas, y reiteró que la sostenibilidad fiscal era simplemente un criterio orientador que no puede interpretarse de manera que limite o desconozca los derechos de las víctimas a la reparación. Es decir que, si bien era un criterio a tener en cuenta, este no era óbice para excusar al Estado de garantizar que los programas administrativos de reparación cuenten con los recursos presupuestales suficientes para garantizar a las víctimas sus derechos. No obstante lo anterior, el período concluyó con la preocupación de cuál sería en la práctica el verdadero alcance de la reforma constitucional sobre sostenibilidad fiscal para la garantía judicial de los DESC.

IV. La etapa actual: ¿viraje jurisprudencial?

La etapa actual —que en este relato inicia en el 2016— es compleja de leer, pues si bien se han expedido varias sentencias ambiciosas y en línea con la jurisprudencia anterior, también hay ciertos signos de viraje, principalmente por cambios en la composición de la Corte, que empiezan a sugerir una actitud diferente —mucho más pronunciada que los cambios de actitud de los jueces de pasados períodos— de las y los jueces en materia de adjudicación de DESC

Sobre lo primero, puede decirse que, al igual que en las anteriores etapas, la Corte ha expedido varias decisiones ambiciosas, que consolidan los precedentes y líneas de actuación que habían sido sentadas en los años anteriores. En este sentido, son varias las decisiones que podrían resaltarse. Algunas de ellas son las decisiones sobre los derechos de los migrantes venezolanos, en especial la sentencia SU-677/17. En esa decisión, que unifica la jurisprudencia sobre la materia, la Corte Constitucional tuvo a bien insistir en que los extranjeros en Colombia se encuentran legitimados para interponer una acción de tutela en caso de amenaza o vulneración de sus derechos, y que también procede la agencia oficiosa para actuar en su nombre. Aún más significativo es que, en dicho fallo, la Corte concluyó que todo extranjero que se encuentre en el país tiene derecho a recibir atención básica y de urgencia con cargo al sistema de salud, y que las instituciones de salud están obligadas a atender el nacimiento de hijos e hijas de extranjeros con permanencia irregular en el territorio colombiano y de afiliarlos al sistema de salud una vez que su nacimiento sea registrado por la Registradora Nacional del Estado Civil.

Diferentes sentencias que buscan garantizar el derecho al agua y la seguridad alimentaria de la comunidad indígena Wayú en el departamento de la Guajira merecen también resaltarse como fallos relevantes de este período. Entre los años 2013 y 2015, la crisis provocada por una prolongada sequía en la Guajira colombo-venezolana, detonó problemas —de tiempo atrás— de desnutrición de los miembros más vulnerables de los Wayú: los niños, las niñas, las madres lactantes y los adultos mayores. Las sentencias T-466 de 2016 y T-704 del 2016 confirmaron esa difícil realidad, visibilizaron las deficiencias de coordinación de entidades

estatales para dar respuesta a la problemática y dieron órdenes estructurales para propiciar su respuesta efectiva. Más adelante, se expidió la sentencia T-302/17, que declaró un ECI y ordenó la creación de un plan de acción, junto con un mecanismo especial de verificación, que “debería incluir indicadores para evaluar su superación, en componentes tales como: i) mortalidad por desnutrición; ii) prevalencia de desnutrición crónica; iii) prevalencia de desnutrición global; y iv) prevalencia de desnutrición aguda”.¹³³

Las sentencias SU-092/21 y la sentencia C-062/21 también son ejemplos de fallos de este último período que exhiben aproximaciones similares a las que la Corte había avanzado en épocas anteriores. En la primera, se ampararon los derechos fundamentales de la comunidad indígena Jiw de Mapiripán, en peligro de extinción a causa de la violencia, el desplazamiento forzado y el abandono estatal. La Corte le dio un plazo de 15 días al gobierno para concertar un cronograma con las comunidades indígenas, reactivar las brigadas de salud en el territorio, y entregar agua potable a la comunidad. Así mismo ordenó la intervención coordinada de diferentes autoridades para corregir las causas que amenazan la supervivencia de dicha comunidad. Finalmente, en la C-062/21, la Corte tuvo a bien ordenar al distrito capital, garantizar el acceso a baños públicos a los habitantes de calle, como una forma de corregir una situación históricamente invisible, pero que afecta de manera profunda la dignidad de quienes no tienen lugar de habitación.

Sin embargo, y a pesar de fallos como los anteriores que tienen una aproximación garantista, similar a la de decisiones estructurales de épocas anteriores, en los últimos seis años se ha empezado a notar un cierto viraje del alto tribunal en materia de DESC, que si bien tiene excepciones y no es unánime, se podría caracterizar como más restrictivo. Ese viraje se expresa principalmente en: i) el desarrollo de mayores exigencias procedimentales para admitir casos sobre DESC; ii) mayor preocupación por el impacto fiscal de las decisiones —cobijadas bajo la figura de la llamada sostenibilidad fiscal); y iii) cambios en relación con las decisiones estructurales y de órdenes complejas. A continuación se pasa a explicar cómo se expresan dichos cambios.

¹³³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-302/17, fundamento jurídico Núm. 9.1.4.2.

1. Mayores exigencias para la admisión de tutelas en materia de DESC

Como ya se indicó, el constituyente consagró la tutela para que los colombianos pudieran acceder a la justicia de manera ágil en defensa de sus derechos. Por tanto, se establecieron pocos requisitos para su procedencia, a saber: i) asegurar que la acción se interponga de manera oportuna —inmediatez—; ii) que se acredite la legitimación en la causa, y iii) que no exista otro mecanismo eficaz de defensa judicial —subsidiariedad—. Durante muchos años el análisis de la Corte sobre los requisitos de procedibilidad de la tutela fue laxo. Parte de ello se debió al interés de mantener esta acción como originalmente había sido concebida: es decir, como un mecanismo de ágil y de fácil acceso, principalmente para los más vulnerables. Sin embargo, la Corte actual es mucho más exigente en términos de requisitos formales y de procedibilidad de la tutela. Entre otros cambios, se mira con rigor el tema de la subsidiariedad y el de la procedibilidad de la agencia oficiosa, al igual que se exige que los demandantes articulen con mucha claridad sus argumentos constitucionales.

En algunos casos esa mayor rigurosidad en lo procedimental ha evitado tutelas temerarias y ha invitado a que los demandantes sean más responsables a la hora de poner en funcionamiento el aparato judicial. No obstante, en otros casos, este interés ha llevado a articular doctrinas de procedibilidad problemáticas, que han prendido las alarmas sobre el riesgo de que se desnaturalice el carácter informal de la acción de tutela, y que se generen retrocesos en el acceso a la justicia de personas y grupos de especial protección constitucional.¹³⁴

Un ejemplo claro de ello es el estándar de procedibilidad avanzado en la sentencia T-029/18 y utilizado en algunas sentencias posteriores. En ella, la Corte examinó la tutela de una persona de 61 años, desempleado y con una enfermedad grave. El demandante alegaba que tenía derecho a una pensión, pero la entidad pensional

¹³⁴ Carvajal, *Los sospechosos de siempre. Tendencias regresivas en la jurisprudencia constitucional colombiana*, disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/los-sospechosos-de-siempre-tendencias-regresivas-en-la-jurisprudencia-constitucional>

se negaba a otorgarla, con el argumento de que no tenía suficientes semanas cotizadas. Una de las primeras cuestiones a analizar en dicho proceso, era el de si a pesar de que el caso podría controvertirse ante la jurisdicción laboral, la tutela debía proceder para evitar un perjuicio irremediable, dada la demora del procedimiento ordinario y el estado de vulnerabilidad del peticionario. En otros tiempos, la Corte no hubiera tenido duda alguna en admitir la tutela, pues el demandante, por su edad, y condiciones de salud, era claramente un sujeto de especial protección. Sin embargo, la Corte en la mencionada sentencia siguió otra ruta argumentativa y señaló que, para que se acepte que un accionante se encuentra en estado de vulnerabilidad, no basta demostrar que el tutelante es una persona en situación de riesgo o un sujeto de especial protección constitucional, sino que además se debe constatar que la persona carece de “resiliencia”, concepto que por un lado define como “*capacidad de resistir una situación de riesgo*”¹³⁵ y, por el otro, “como la capacidad de una persona de satisfacer, por sí misma o gracias a su familia, sus necesidades básicas, mientras obtiene respuesta al problema jurídico planteado en un proceso judicial ordinario”.¹³⁶ El salvamento de voto es contundente en ilustrar lo problemático de dicho estándar. Por un lado, no solo la palabra “resiliencia” es un concepto vago, difícil de determinar, sino que el estándar que buscó articular la Corte convierte de manera problemática una condición de la persona en un requisito de procedibilidad.

Por fortuna la Corte parece haber abandonado el llamado “*test de resiliencia*”. Sin embargo, como consta en otras decisiones, ha mantenido otros estándares exigentes para analizar la procedencia de la tutela, como el llamado “*test de vulnerabilidad*”. Si antes se permitía que un accionante pusiera una tutela para reclamar su pensión de invalidez por el simple hecho de ser un sujeto de especial protección, hoy ese requisito no basta. Según la Sentencia SU- 556/19, habrá que acreditar también, entre otros requisitos, que la persona puede encontrarse en una situación de riesgo derivada de otras circunstancias como “i) analfabetismo, ii) vejez, iii) pobreza extrema, iv) ser cabeza de familia, v) desplazamiento o vi) padecimiento de una enfermedad crónica, catastrófica, congénita o degenerativa”,¹³⁷ y que la

¹³⁵ Corte Constitucional de Colombia, Salvamento de voto a la Sentencia T-029/18, fundamento jurídico 26.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Idem*, Sentencia SU- 556/19, fundamento jurídico 105.

falta de reconocimiento de la pensión de invalidez afecta directamente la satisfacción de sus necesidades básicas”.¹³⁸ Baste decir que, a la luz de este criterio, hay muchas más inadmisiones que lo que ocurría con anterioridad, y es posible que los más vulnerables aun tengan más barreras que quienes no lo son para poder satisfacer las exigencias del *test*.

Finalmente, en términos de rigurosidad, otra figura frente a la cual hay hoy unas altas exigencias es la de la agencia oficiosa. Como consta en la sentencia T-091/18,¹³⁹ y me señaló uno de mis entrevistados, a diferencia de los períodos anteriores, hoy es muy difícil que, por ejemplo, un personero de un municipio apartado pueda llegar a ser admitido como agente oficioso para interponer una tutela en nombre de miembros de su comunidad.

2. Mayor preocupación por el impacto fiscal de las decisiones

Además de una mayor exigencia en los requisitos de procedibilidad, otra característica de la Corte actual es su mayor preocupación por el posible impacto económico de sus decisiones. Con mucha más fuerza que en los anteriores períodos, las consideraciones sobre lo que se conoce como sostenibilidad fiscal y sostenibilidad financiera adquieren una preponderancia central en las consideraciones de la Corte.

Como me señalaron distintos entrevistados, hoy no hay una decisión sobre DESC en la que la Corte no se haga de manera inicial la pregunta de si lo que se busca ordenar se puede financiar y de si es o no sostenible en términos de finanzas públicas. Ello se debe a diferentes factores, entre estos, al cambio en la composición de la Corte por magistrados más conservadores en lo económico, a la adopción del

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ En este caso el personero municipal de un municipio apartado actuó como agente oficioso de estudiantes de noveno grado de su municipio, quienes no tenían acceso al derecho a la educación. Según la Corte, uno de los estudiantes no podía quedar cobijado bajo la protección de la tutela, porque tenía 18 años y en consecuencia el personero no podía haber interpuesto la tutela en su nombre.

acto legislativo sobre sostenibilidad fiscal y al hecho de que cada vez son más sofisticadas las intervenciones del gobierno en los procesos constitucionales que abordan materias económicas. Con anterioridad el gobierno se excusaba de cumplir decisiones judiciales sobre DESC con la simple expresión de que “no hay dinero”. Hoy, el gobierno presenta cifras, datos y proyecciones, que han exigido de la Corte un análisis más detallado y profundo en relación con el argumento fiscal.

Un ejemplo ilustrativo de lo que caracteriza al período actual es la discusión que se dio al interior de la Corte sobre el caso de las llamadas madres comunitarias. El caso se relaciona con una larga controversia sobre si cerca de 69.000 personas —en su gran mayoría mujeres— dedicadas al cuidado de niños en edad preescolar, como parte de un programa estatal de bienestar familiar creado en 1988, tenían o no una relación laboral con el Estado. A finales de la década de 1990 y principios de los 2000, la Corte expidió algunas sentencias en las que indicaba que las madres comunitarias no tenían una relación laboral con el Estado. Sin embargo, en el 2012, reconoció que las madres comunitarias enfrentan una situación de discriminación “toda vez que estas reciben una retribución económica que no equivale al menos al salario mínimo legal mensual de los trabajadores subordinados”.¹⁴⁰ En el 2016, la controversia sobre el tipo de vinculación de las madres comunitarias llegó a un punto álgido, producto de la sentencia T-480 de 2016, decidida por la Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte. En dicho fallo, se concedieron las acciones de tutela interpuesta por 106 madres comunitarias, que buscaban que les fuera reconocido el carácter laboral de su relación con el Estado.

La Sala aceptó la pretensión y reconoció la existencia de un contrato de trabajo entre las madres comunitarias y el ICBF, al considerar que en dicha relación se habían configurado los supuestos del contrato realidad, a saber: i) el ejercicio de una actividad personal del trabajador; ii) la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador; y, iii) un salario como retribución del servicio. A reglón seguido, estimó que desde la creación del programa las madres comunitarias se habían desempeñado en una relación laboral —de contrato

¹⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-628/12.

realidad—, y por ende el ICBF debería pagarles los salarios y prestaciones sociales causados y dejados de percibir desde 1988.

La reacción a dicho fallo por parte del gobierno no se hizo esperar. La entonces directora del ICBF anunció ante los medios que solicitaría su nulidad “pues éste podría llegar a costarle al país 22 billones de pesos” —Nulidad de fallo, 2017.¹⁴¹ Finalmente, la acción de nulidad se interpuso, y la Sala Plena de la Corte Constitucional, a través del Auto 186 de 2017, procedió a anular las órdenes emitidas en la sentencia T-480 de 2016. Aunque la Corte en dicho Auto enfatizó que la sentencia se anulaba parcialmente por desconocer precedentes anteriores de la Corte, como lo confirman todos mis entrevistados, la preocupación central fue el impacto del fallo en las finanzas públicas.

Esa no fue la única decisión de la Corte en este sentido. De hecho, con posterioridad a las mencionadas decisiones, el legislador aprobó un proyecto de ley para que a las madres comunitarias se les reconociera el carácter de trabajadoras, y pudieran acceder a derechos laborales y prestacionales.¹⁴² El presidente objetó el proyecto con varios argumentos, entre ellos que el reconocimiento de un subsidio permanente de vejez para las madres comunitarias comprometía la sostenibilidad fiscal, debido al incumplimiento de las cargas deliberativas respecto del impacto fiscal advertido por el gobierno en el curso del debate legislativo, y al hecho de que no estaba contemplado en el marco fiscal y de gastos de mediano plazo un rubro para cubrir los gastos generados por la propuesta legislativa. En la sentencia C-110 de 2019, la Corte le dio la razón al gobierno y declaró inconstitucional el proyecto de ley sobre las madres comunitarias. En relación con la sostenibilidad fiscal, señaló específicamente que el proyecto era inconstitucional en la medida en el que había habido un déficit en la deliberación del Congreso, al no haber discutido suficientemente las observaciones del Gobierno sobre el impacto de dicho proyecto en las finanzas públicas.

¹⁴¹ *Definen sobre nulidad de fallo que favorece a madres comunitarias*, disponible en: <https://www.elnuevo-siglo.com.co/articulos/04-2017-definen-sobre-nulidad-de-fallo-que-favorece-a-madres-comunitarias>

¹⁴² V., Congreso de la República de Colombia, proyecto de Ley 127 de 2015 Senado; 277 de 2016 Cámara.

3. Cambios frente al seguimiento de órdenes estructurales

Finalmente, otra característica del período actual son los cambios de actitud de los jueces frente a las decisiones estructurales y, en particular, en materia de seguimiento. Si bien se han declarado ECIs, como el mencionado de los indígenas Wayú, y varias decisiones estructurales contienen órdenes complejas, aunque no se haya declarado el ECI, las magistradas y magistrados actuales tienen más reservas frente a las sentencias estructurales. Según varios de mis entrevistados, este viraje responde a diferentes causas, entre otras: i) evitar sentencias muy ambiciosas que en la práctica no se cumplan y ii) tratar de racionalizar el excesivo trabajo de la Corte, pues además de los miles de casos que llegan a la Corte anualmente, las salas de seguimiento de desplazados, salud y cárceles ocupan gran parte del tiempo y de los recursos de la Corte. De hecho, una pregunta que hoy en día se hacen los magistrados y magistradas de la Corte es hasta cuándo debe mantenerse abierto el seguimiento de esos casos.

Ahora bien: dos cambios son claros en este período respecto de decisiones estructurales. El primero es la decisión de no abrir más salas de seguimiento manejadas directamente por la Corte. Eso explica que en casos estructurales la Corte actual tienda a dar órdenes a los organismos de control para que sean ellos quienes se encarguen del seguimiento o monitoreo del cumplimiento de la decisión. Por ahora no se conoce muy bien qué tan efectiva es esa vía para monitorear las órdenes complejas, pero es un campo que merece seguirse afinando y explorando. Obviamente esto requerirá de un mayor compromiso de los organismos de control que hoy en día, lamentablemente, no lo están exhibiendo.

Un segundo cambio tiene que ver con la intención de los miembros de la actual Corte de racionalizar las órdenes complejas. Precisamente una magistrada de la Corte, a quien entrevisté para este escrito, me informó que ese día los miembros de la corporación acababan de acordar que las salas de tutela —compuestas por tres miembros— no podrían fallar casos que involucraran declaratorias de ECI o de órdenes complejas, y de ahora en adelante estos tendrán que ser decididos por la Sala Plena —compuesta por los nueve miembros—. La medida se adoptó con el fin de limitar la expedición de ese tipo de decisiones estructurales.

V. A manera de conclusión: un balance de 30 años de adjudicación de los DESC en Colombia

En este escrito he presentado un recuento general de la trayectoria de la jurisprudencia constitucional en materia de DESC, resaltando también algunas de las principales discusiones. Aunque personalmente he tenido críticas y observaciones sobre decisiones puntuales de la Corte, considero que de manera general la actuación del alto tribunal ha sido valiosa en varios sentidos. Es una Corte que ha tenido que enfrentar los problemas de cada época. Su jurisprudencia se ha ido construyendo de manera gradual, y varias decisiones han ido incorporando aprendizajes de tiempos pasados. En general, el juez constitucional colombiano ha sido innovador al intentar distintas vías en la garantía de los DESC. Así, ha creado doctrinas y conceptos como la del ECI o el goce efectivo de los derechos, ha experimentado con diferentes remedios y ha construido una “infraestructura legal” alrededor de los DESC basada en los principios de dignidad, igualdad y solidaridad. La Corte ha ayudado a darle contenido a los DESC, no solo con desarrollos propios sino también al incorporar los estándares internacionales, que en el contexto colombiano hacen parte del bloque de constitucionalidad.

En esa construcción progresiva, y en el esfuerzo de crear un balance, poco a poco se han ido superando —o por lo menos intentando superar— algunos de los debates clásicos en materia de adjudicación. Como se ilustró, a la objeción sobre la imposibilidad de adjudicar DESC por su costo o su carácter progresivo, la Corte ha dado respuesta a través de ilustrar cómo todos los derechos cuestan y cómo, incluso, los tradicionales derechos civiles y políticos también pueden tener facetas de desarrollo progresivo. A la objeción sobre la falta de experiencia técnica de los jueces, ha contestado por medio de convocar en varios casos a un diálogo judicial amplio, que ilustra que sus decisiones están lejos de ser tomada de manera desinformada. A la preocupación sobre la equidad a causa de los problemas de acceso a la justicia de poblaciones vulnerables, su respuesta ha sido la expedición de decisiones estructurales que, además de proteger a los demandantes, buscan garantizar los derechos de todos aquéllos que se encuentren igualmente situados. A la objeción democrática, ha contestado con decisiones de tipo dialógico

y experimental, que vienen acompañadas con la realización de audiencias públicas y sesiones de información técnica. Todo esto no quiere decir que la controversia en torno a la adjudicación de DESC haya terminado en el país, o que la respuesta de la Corte en todos los casos haya sido acertada. No obstante, lo que sí muestra es a una Corte que a lo largo de estas tres décadas ha hecho un esfuerzo por innovar y por escuchar y enfrentar algunas de las observaciones que se hacen sobre su rol.

De todas maneras, como bien lo dice Sandra Liebenberg, determinar si la apuesta de avanzar los derechos sociales a través de los jueces es exitosa, implica desentrañar si de manera agregada esta es capaz de mejorar la vida de todos y, en especial de los más vulnerables.¹⁴³ Es una evaluación que debe superar los casos individuales para analizar en perspectiva amplia el impacto de la intervención judicial. Para este balance es necesario moderar las expectativas de lo que los jueces constitucionales pueden o no hacer en términos de cambio social. Como señalé en la introducción, los jueces tienen capacidades y recursos limitados, de manera que no se puede esperar que por sí solos solucionen los profundos problemas estructurales que hay en un país como Colombia. Por eso, quizá la pregunta que sirve como punto de partida para evaluar comprensivamente su rol es la de qué hubiera pasado si la Corte Constitucional no se hubiera tomado en serio la adjudicación de DESC. A la luz de esa pregunta creo que uno podría concluir que el rol del juez constitucional en el país ha sido positivo.

Por un lado, no me cabe duda de que, sin la búsqueda de la Corte por avanzar los DESC, estos hubieran quedado solamente en el papel. Hace treinta años los derechos sociales en Colombia se entendían como simples aspiraciones y no como derechos exigibles. Avances en salud, seguridad social o educación se veían más como un asunto de caridad o de asistencia social, que como un tema de derechos. En estas tres décadas, la jurisprudencia constitucional ha contribuido positivamente a que se desplace esa visión caritativa de la intervención estatal. Así mismo, y apelando a la expresión de Sabel y Simon, las decisiones de la Corte han ayudado

¹⁴³ Cf., Liebenberg, *Socio-Economic Rights: adjudication under a transformative constitution*.

a que se “desestabilicen los derechos”, esto es, a activar a las instituciones que han “incumplido sistemáticamente sus obligaciones y han permanecido inmunes a las fuerzas tradicionales de corrección política”.¹⁴⁴ En este escrito puse como ejemplo el caso de Colpensiones, y de varias leyes que corrigen problemas de regulación —entre ellas la ley 1751/01 estatutaria de salud—, y que solo fueron posibles luego de un fallo judicial. Más aún, frente a otras autoridades, son múltiples los casos en los que la jurisprudencia ha ayudado a las otras ramas del poder público a encontrar caminos para adelantar su función.

Por otro lado, la intervención judicial en DESC ha ayudado a que en Colombia haya una mayor conciencia y apropiación de los derechos.¹⁴⁵ Ya comenté aquí sobre las movilizaciones que se dieron en Colombia para defender el derecho a la vivienda y a la salud como derecho fundamental. Sin ir más lejos, en el marco de las protestas y manifestaciones sociales que ocurrieron en Colombia en el 2019 y principios del 2021, las personas utilizaron con frecuencia el lenguaje de los derechos sociales para elevar sus reclamos más sentidos.

La apropiación ciudadana de los DESC como derechos exigibles, lo demuestra también con creces el alto número de acciones de tutela que se han interpuesto en Colombia a lo largo de los años. Obviamente, discutiremos, el uso masivo de la tutela en DESC es también problemática e ilustra problemas complejos de la respuesta estatal. Por ejemplo, el trabajo de Taylor¹⁴⁶ muestra que en Colombia muchas personas no acuden a la tutela no porque tengan fe en que los jueces van a resolver sus reclamos, o incluso porque tengan fe en los derechos, sino porque sienten con frecuencia que es a lo único a lo que pueden acudir. De todas maneras, y aunque suene esto paradójico, no se trata de un efecto menor. En un país marcado por la violencia, como es Colombia, que la gente acuda a los jueces para reclamar sus derechos a cambio de buscar solucionar sus problemas por mano

¹⁴⁴ Sabel, Simon, “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, en *Harvard Law Review*, pp. 1020.

¹⁴⁵ Jaramillo, “La Constitución de 1991 en Colombia: la revolución de los derechos”, en *Constitución, democracia y derechos. Textos escogidos de Juan Fernando Jaramillo Pérez*, pp. 62-84.

¹⁴⁶ Taylor, *Creating sense of obligation: legal mobilization for social rights*, disertación doctoral sin publicar. pp. 1-337.

propia es algo de por sí importante. Como bien lo dijo uno de los primeros magistrados de la Corte Constitucional, la tutela es un instrumento de paz, pues ayuda a canalizar la resolución de conflictos por una vía racional y civilizada: la del derecho.

Aunque en Colombia estamos en mora en la realización de estudios empíricos para conocer el impacto de decisiones judiciales sobre DESC, los que existen han mostrado aportes importantes de la jurisprudencia. Solo para citar algunos efectos positivos, piénsese en el estudio de Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco sobre desplazamiento forzado interno.¹⁴⁷ Bajo una mirada nacional, este estudio da cuenta de que la sentencia T-025/04 contribuyó a: i) hacer visible el problema del desplazamiento en Colombia; ii) fortalecer las capacidades institucionales y de coordinación interinstitucional para atender a la población desplazada, iii) propiciar que el gobierno destine mayores recursos para atender el problema; y iv) promover espacios de participación y de organización de la población desplazada.

En materia de salud, los estudios de Lamprea,¹⁴⁸ Yamin y Parra-Vera¹⁴⁹ y Arrieta¹⁵⁰ encuentran aportes positivos de la jurisprudencia, particularmente de la sentencia estructural T-760/08. Entre los efectos, se ilustran un mejor acceso a los servicios de salud y la ampliación de la participación en el diseño y definición de aspectos centrales del sistema. Por su parte, el estudio de Uprimny y Durán¹⁵¹ sugiere que, si bien las tutelas individuales en salud pueden generar problemas en términos de igualdad, pues quienes obtienen la mayoría de los beneficios directos son quienes acuden al litigio,

la protección judicial de la salud ha tenido efectos agregados pues ha desencadenado otros procesos de una naturaleza más estructural; estos impactos generales, más allá de los casos concretos, terminan muchas veces beneficiando a los sectores más excluidos y pobres de la sociedad.¹⁵²

¹⁴⁷ Rodríguez-Garavito, Rodríguez Franco, *op. cit.* V. n. 105.

¹⁴⁸ Lamprea, *op. cit.* 19.

¹⁴⁹ Yamin, Parra-Vera, *op. cit.* V. n. 9.

¹⁵⁰ Arrieta, *op. cit.* V. n. 69.

¹⁵¹ V., Uprimny, Durán, *Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia*, pp. 1-68.

¹⁵² *Idem*, p. 6.

En mi estudio sobre el caso de recicladores, si bien, encontré impactos más modestos que los anteriores, apareció con claridad un efecto importante: el del reconocimiento. Mis entrevistados —personas que viven de la basura— resaltaron el valor positivo para sus vidas de haber sido vistos con respeto por una autoridad y de ser reconocidos por la Corte como personas que hacen una contribución a la sociedad.¹⁵³ Y eso me lleva a resaltar, finalmente, lo que considero es uno de los grandes aportes de la jurisprudencia constitucional: el haber ayudado a hacer visibles desigualdades e injusticias estructurales en Colombia, ya que solo a partir de reconocerlas se pueden llegar a corregir.

De todas maneras, el proyecto de la judicialización en DESC en Colombia no debe ser idealizado, pues no está exenta de retos. Yo empezaría por los desafíos que genera el mismo proyecto constitucional. Tenemos una constitución transformadora comprometida con garantizar una democracia robusta, derechos fundamentales y bienestar para todos. Pero estas constituciones aparecen en aquellos países que enfrentan lo que se ha denominado la “paradoja del estado social”.¹⁵⁴ Los países en desarrollo que adoptan constituciones comprometidas con la realización de la democracia y la justicia social a través del derecho son invariablemente los que tienen las brechas de desigualdad más amplias y los menores recursos para cumplir estas promesas.¹⁵⁵

Un reto puntual, que concierne de manera particular a la Corte Constitucional colombiana, es el de navegar el exceso de tutelas, que como ya dije en su mayoría están relacionadas con los DESC. Además de lo que ya se ha dicho sobre los problemas de igualdad, el volumen de tutelas que recibe diariamente la Corte no le permite a este alto tribunal tomar decisiones pausadas, o incluso apostarle a otros casos estructurales y a su seguimiento. Como ya comenté, en parte la actitud un poco escéptica que están exhibiendo los actuales magistrados y magistradas frente

¹⁵³ Cf., Ángel, Cabo, *On Garbage and Courts: Socioeconomic rights enforcement in emerging global Cities*. (disertación doctoral, pendiente de defensa).

¹⁵⁴ Cf., Ángel, Cabo, y Lovera, *op. cit.*, V. n. 9, citando a Santos.

¹⁵⁵ Cf., García Villegas, “El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia”, en *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*.

a las órdenes complejas y su seguimiento, se debe al abrumador número de casos que tienen a su consideración.

El tema del cumplimiento de las decisiones es otro reto que preocupa no solo a la Corte sino a varios académicos. De hecho, hoy en día está circulando una versión —cuyo respaldo empírico no se conoce—, de que las autoridades no cumplen buena parte de los fallos de la Corte. En materia de DESC, a los magistrados y magistradas actuales les preocupa que el incumplimiento pueda deberse a la ambición de sus órdenes. Personalmente, comparto la preocupación por el cumplimiento de las decisiones, pero creo que hay que hacer varias precisiones sobre las discusiones que cursan actualmente en Colombia alrededor de él. Lo primero es entender que, si una determinada orden no se cumple al pie de la letra, ello no significa que el fallo haya sido ineficaz. Baste para esto considerar lo dicho por diferentes autores constructivistas, que muestran que una decisión de la Corte no solo es eficaz si se cumple directamente con la orden, sino que es necesario valorar otros efectos que el fallo pueda generar; tales como propiciar cambios en las percepciones de los ciudadanos sobre un particular asunto, ayudar a que los movimientos sociales redefinan sus estrategias o potenciar el trabajo coordinado de las autoridades, entre muchos otros efectos.¹⁵⁶ Lo segundo es insistir en que el incumplimiento de algunos fallos no debe implicar tomar decisiones que puedan llegar a ser regresivas. Creo que es un error la tendencia a pensar que la manera de enfrentar el incumplimiento de las decisiones es la de limitar en exceso el alcance de los fallos. La vía debe ser otra: ésta empieza por intentar comprender cuáles son los obstáculos para que algunas decisiones se implementen, y tratar de enfrentarlos a partir de otras aproximaciones innovadoras, como de hecho lo ha intentado la Corte en varios períodos.

Sobre este punto, de todas maneras creo importante indicar que para potenciar la implementación es necesario considerar los retos y necesidades puntuales de cada caso. Como desarrollé en extenso en otro escrito,¹⁵⁷ hoy en día no son pocos los

¹⁵⁶ McCann, *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization. Language and Legal Discourse*, pp.1-358; Rodríguez, *op. cit.* V. n. 25.

¹⁵⁷ Ángel, Cabo, *op. cit.* V. n. 5.

académicos que ofrecen fórmulas matemáticas para potenciar los cumplimientos y efectos de los fallos. Sin desconocer los valiosos aportes de esos trabajos, es importante entender que la implementación de los DESC ocurre en contextos y circunstancias diversas, que no pueden ser adecuadamente abordadas a través de fórmulas predeterminadas. Más bien, parafraseando a Pérez Fernández, creo que lo primordial es entender las limitaciones con las que las autoridades y hacedores de política operan, las dificultades que tienen para dar cumplimiento a los fallos, y las oportunidades en el terreno que tienen de promover ideales de justicia social.¹⁵⁸

Por último, creo que es preciso aquí advertir un reto que no es menor: los cambios en la composición de la Corte. Frente a cada cambio de magistradas o magistrados de la Corte algunos sectores temen que se presenten retrocesos en la jurisprudencia.¹⁵⁹ No les falta algo de razón. Lo cierto es que en estos últimos años la composición del alto tribunal sí ha cambiado, y todo indica que se dará pronto un giro significativo que limitará la tendencia progresista en DESC que ha exhibido la Corte Constitucional colombiana desde el momento de su creación.

Bibliografía

Libros

Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

Ángel Cabo, N., “The Constitution and the City: Reflections on Judicial Experimentalism Through an Urban Lens”, en Hirsch Ballin, E., van der Schyff, G., Stremmer, M. y De Visser, M. (eds.) *European Yearbook of Constitutional Law 2020*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2021.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 166 (citando a Pérez Fernández).

¹⁵⁹ Jaramillo, *op. cit.* V. n. 145. Uprimny, *op. cit.* V. n. 9.

_____, *On Garbage and Courts: Socioeconomic rights enforcement in emerging global cities* (disertación doctoral, pendiente de defensa).

Ángel Cabo, N., Lovera-Parmo, D., “Latin American Social Constitutionalism: From Courts to Popular Participation”, en Alviar H., Klare, K., y Williams, L. (eds.) *Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries*, Routledge, Londres, 2014.

Arango, R. y Lemaitre, J. “Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital.” *Revistas Ocasionales del Cijus*. Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho, Bogotá, 2002.

Arango Rivadeneira, R., “The Human Rights of the Victims of Forced Internal Displacement in Light of the Progressivity of Economic, Social, and Cultural rights”, en Arango Rivadeneira, R. (ed.) *Judicial Protection of Internally Displaced Persons: The Colombian Experience*, Brookings Institution, Washington, 2009.

Botero Marino, C., *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2006.

Cepeda Espinosa, M. J., “The Constitutional protection of IDPs in Colombia”, en Arango Rivadeneira, R. (ed.), *Judicial Protection of Internally Displaced Persons: The Colombian Experience*, Brookings Institution Washington, 2009.

Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud. Período 2003-2005*, Bogotá, 2008.

_____, *La tutela y el derecho a la salud*, Bogotá, 2011.

_____, *La tutela y el derecho a la salud 2012*, Bogotá, 2013.

García Villegas, M., “El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia”,

- en Uprimny, R., Rodríguez, C. y García, M. (eds.) ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia, Norma, Bogotá, 2006.
- Gargarella, R., “Deliberative Democracy, Dialogical Justice and the Promise of Social and Economic Rights”, en Alviar, H., Klare, K. y Williams, L. (eds) *Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries*, Routledge, Londres, 2015.
- Holmes, S. y Sunstein, C. R., *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, 1ra. ed., Norton, Nueva York, 1999.
- Jaramillo Pérez, J., “La Constitución de 1991 en Colombia: la revolución de los derechos”, en García Villegas, M., Rodríguez Villalba, A. A. y Uprimny, R. (eds.) *Constitución, democracia y derechos. Textos escogidos de Juan Fernando Jaramillo Pérez*, Colección Dejusticia, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2016.
- Lamprea Montealegre, E., *Derechos en la práctica. Jueces, litigantes y operadores de políticas públicas de salud en Colombia (1991-2014)*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2015.
- Landau, D., “The Colombian Model of Structural Socio-Economic Rights Remedies: Lessons from and for Comparative Experience”, en Linares Cantillo, A. (ed). *Constitutionalism. Old Dilemmas, New Insights*, Oxford University Press, Oxford, 2021.
- Liebenberg, S., *Socio-Economic Rights: adjudication under a transformative constitution*, Juta, Claremont, 2010.
- McCann, M. W., *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization. Language and Legal Discourse*, University of Chicago Press, Chicago, 1994.
- Reales, C. E. y Torres Mantilla, J., *Los Caminantes Invisibles. La experiencia de la sentencia T-025 de 2004 y sus autos de seguimiento. Herramientas para el diseño, la implementación y el seguimiento de políticas públicas con enfoque de goce*

efectivo de derechos, Consejo Noruego para los Refugiados, Bogotá, 2010. Disponible en: <https://www.nrc.org.co/wp-content/uploads/2017/11/Libro-Caminantes-Invisibles.pdf>

Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D., *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Dejusticia, Bogotá, 2010.

Rueda, P., “Legal Language and Social Change during Colombia’s Economic Crisis”, en Couso, J., Huneus, A. y Sider, R. (eds.) *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge University Press, Nueva York, 2010.

Santos, B. y García Villegas, M., *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia: Análisis Socio-Jurídico*, Siglo del Hombre, Colciencias- ICAHN, Universidad de Coimbra, Universidad de los Andes, Universidad Nacional, Bogotá, 2001.

Taylor, W. K., *Creating sense of obligation: legal mobilization for social rights*, disertación doctoral sin publicar, Universidad de Cornell, 2019.

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

Uprimny Yepes, R., “Should Courts enforce social rights? The Experience of the Colombian Constitutional Court”, en Coomans, F. (ed.) *Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems*, Intersentia, Amberes-Oxford, 2006.

Uprimny Yepes, R. y Durán, J., *Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia*, Cepal, Serie Políticas Sociales N. 197, Santiago de Chile, 2014.

Uprimny Yepes, R. y García Villegas, M., “Corte Constitucional y emancipación social en Colombia”, en Santos, B. y García Villegas, M. (eds.) *Emancipación social y violencia en Colombia*, Norma, Bogotá, 2004.

Young, K. G, *Constituting Economic and Social Rights*. 1a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.

Revistas

Arango Rivadeneira, R. “Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy.” *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 2, 2003. pp.141-54.

_____, “El Estado Social de Derecho y la sostenibilidad fiscal: reforma a la justicia y derechos.” *Foro*, núm. 72, 2010.

Ariza, L. J. y Torres Gómez, M.A. “Constitución y Cárcel: La judicialización del mundo penitenciario en Colombia.” *Revista Direito Práx.*, vol. 10, núm. 1, Río de Janeiro, 2019.

Arrieta-Gómez, A. “Comentarios a la creación de jurisprudencia constitucional. El caso del acceso a los servicios de salud.” *Revista Acción de Tutela*, 2003. pp.1752-1785.

_____, “Realizing the Fundamental Right to Health through Litigation: The Colombian Case.” *Health and Human Rights Journal*, vol. 20, núm. 1, 2018, pp. 133-145.

Cano Blandón, L. F. “Los límites de la justicia dialógica en la protección de los derechos sociales en Colombia.” *Revista Derecho del Estado*, núm. 49, 2021, pp. 131-158.

Cepeda-Espinosa, M. J. “Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court.” *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, núm. 4, 2004, pp. 529-700.

Dixon, R. “Creating Dialogue About Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited.” *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, núm. 3, 2007, pp. 391-418.

- Klare, K. "Legal Culture and Transformative Constitutionalism." *South African Journal on Human Rights*, núm. 14, 1998, pp. 146-188.
- Lamprea Montealegre, E. "Derechos Fundamentales y Consecuencias Económicas." *Revista de Economía Institucional*, vol.8, núm. 14, 2006, pp. 77-103.
- Landau, D. "The Reality of Social Rights Enforcement." *Harvard International Law Journal*, vol. 53, núm. 1, 2012, pp. 189-247.
- Noguera, A. "¿Independencia o Control? Los derechos sociales y los esfuerzos del ejecutivo por el control de la Corte Constitucional en Colombia." *Revista de Estudios Políticos*, núm. 143, 2009, pp. 129-161.
- Pérez Salazar, M. "Razones y sinrazones de un debate: La crítica económica de la jurisprudencia constitucional colombiana." *Revista Derecho del Estado*, núm. 14, 2003, pp. 57-94.
- Rodríguez Garavito, C. "Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America." *Texas Law Review*, vol. 89, 2011, pp. 1669-1698.
- Sabel, C. F. y Simon, W. "Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds." *Harvard Law Review*, vol. 117, 2004, pp. 1016-1101.
- Saffon, M. P. y García-Villegas, M. "Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia." *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, núm. 1, 2006, pp. 75-107.
- Yamin, A. y Parra-Vera, O. "Judicial protection of the right to health in Colombia: From social demands to individual claims to public debates." *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 33, núm. 2, 2010.

Jurisprudencia y normas

Constitución Política de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia, “Estadísticas”, Consultado 3 de julio de 2021,
Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>

_____, Sentencia SU-556/19, 20/11/2019, sentencia del Magistrado
Ponente Carlos Bernal Pulido.

_____, Sentencia T-302/17, 08/05/2017, sentencia del Magistrado
Ponente Aquiles Arrieta Gómez.

_____, Sentencia T-774/15, 18/11/2015, sentencia del Magistrado
Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

_____, Sentencia T-388/13, 28/06/2013, sentencia de la Magistrada
Ponente María Victoria Calle Correa.

_____, Sentencia T-628/12, 10/08/2012, sentencia del Magistrado
Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

_____, Sentencia T-546/09, 06/08/2009, sentencia de la Magistrada
Ponente María Victoria Calle Correa.

_____, Sentencia T-086/03, 06/02/2003, sentencia del Magistrado
Ponente Manuel José Cepeda Espinoza.

_____, Sentencia T-1207/01, 16/11/2001, sentencia del Magistrado
Ponente Rodrigo Escobar Gil.

_____, Sentencia SU-090/00, 02/02/2000, sentencia del Magistrado
Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____, Sentencia T-457/00, 02/05/2000, sentencia del Magistrado
Ponente Alvaro Tafur Galvis.

_____, Sentencia C-747/99, 06/10/1999, sentencia del Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

_____, Sentencia C-700/99, 16/09/1999, sentencia del Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

_____, Sentencia C-383/99, 27/07/1999, sentencia del Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

_____, Sentencia SU-819/99, 20/10/1999, sentencia del Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis.

_____, Sentencia SU-562/99, 04/08/1999, sentencia del Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

_____, Sentencia T-525/99, 23/07/1999, sentencia del Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

_____, Sentencia T-344/99, 13/05/1999, sentencia del Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____, Sentencia T-209/99, 13/04/1999, sentencia del Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

_____, Sentencia C-252/98, 26/05/1998, sentencia del Magistrado Ponente Carmenza Isaza de Gómez.

_____, Sentencia SU-225/98, 20/05/1998, sentencia del Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____, Sentencia SU-039/98, 19/02/1998, sentencia del Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.

_____, Sentencia T-608/98, 27/10/1998, sentencia del Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

_____, Sentencia T-607/98, 27/10/1998, sentencia del Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

_____, Sentencia T-590/98, 20/10/1998, sentencia del Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

_____, Sentencia T-428/98, 18/08/1998, sentencia del Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

_____, Sentencia T-153/98, 28/04/1998, sentencia del Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____, Sentencia T-068/98, 05/03/1998, sentencia del Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

_____, Sentencia T-153/98, 28/04/1998, sentencia del Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____, Sentencia SU-559/97, /1997, sentencia del Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____, Sentencia SU-111/97, 06/03/1997, sentencia del Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____, Sentencia T-473/95, 19/10/1995, sentencia del Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.

_____, Sentencia T-571/92, 26/10/1992, sentencia del Magistrado Ponente Jaime Sanin Greiffenstein.

_____, Sentencia T-534/92, 24/09/1992, sentencia del Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

_____, Sentencia T-499/92, 21/08/1992, sentencia del Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____, Sentencia T-406/92, 05/06/1992, sentencia del Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

_____, “Tutelas Radicadas”, Consultado 22 de agosto de 2021, Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>

Otros

Carvajal Santoyo, C. H., “Los sospechosos de siempre. Tendencias regresivas en la jurisprudencia constitucional colombiana”, Blog del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Consultado 10 de marzo de 2020, Disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/los-sospechosos-de-siempre-tendencias-regresivas-en-la-jurisprudencia-constitucional>

Cepeda-Espinosa, M. J., “Transcript: Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court”, Corte IDH, 2018, Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27172.pdf>

“Definen sobre nulidad de fallo que favorece a madres comunitarias”, El Nuevo Siglo, Consultado 17 de abril de 2017, Disponible en: <https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/04-2017-definen-sobre-nulidad-de-fallo-que-favorece-a-madres-comunitarias>

Sachs, A. Comunicación personal, 9 de noviembre de 2018.

La experiencia argentina en materia de protección judicial de los DESCA*

Christian Courtis**
Sebastián Tedeschi***

* Este trabajo se basa en una versión anterior de Courtis y Abramovich, “*La justiciabilidad de los derechos sociales en la Argentina: algunas tendencias*”, en *La protección judicial de los derechos sociales*, 2009, que fue sintetizada y actualizada.

** Funcionario de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, donde ha trabajado en temas de derechos económicos, sociales y culturales, desarrollo sostenible y género, entre otros. Es profesor (en uso de licencia) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y ha sido profesor visitante e invitado del ITAM y de otras universidades de América latina, Estados Unidos y España.

*** Abogado de la Universidad de Buenos Aires con Maestría en Teoría Críticas del Derecho y la Democracia en la Universidad Internacional de Andalucía (España). Profesor Adjunto regular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Coordinador de los Programas sobre Diversidad Cultural y de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Defensoría General de la Nación y Defensor Público Coadyuvante.

La experiencia argentina en materia de protección judicial de los DESCAs.

I. Introducción; II. Derechos laborales; III. Derechos previsionales; IV. Derecho a la salud; V. Derechos educativos; VI. Derecho a la alimentación; VII. Derechos ambientales y al agua.

I. Introducción

En este capítulo englobamos un conjunto de derechos que tienen diversas trayectorias de protección en los tribunales argentinos, pero que desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos se agrupan como derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

En lo que sigue presentaremos una reseña breve de los casos más significativos sobre derechos laborales, seguridad social, salud, educación, alimentación, agua, ambiental e indígenas, principalmente por tratarse de decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque en algunos casos también relataremos casos de tribunales inferiores, sobre todo en relación a cuestiones que aún no han llegado a la instancia suprema para su definición. Excluimos la experiencia argentina sobre el derecho a la vivienda, que tiene un capítulo específico en este manual.¹

II. Derechos laborales

Desde la década de 1940, existe una larga tradición de justiciabilidad tanto de derechos individuales como de derechos colectivos, relacionados con el trabajo.

¹ Ver al respecto la contribución de Sebastián Tedeschi, en este mismo volumen.

Las bases de la versión argentina del Estado social datan de mediados de 1940. La estructura del Estado social argentino residía en gran medida en un proceso de negociación política y económica entre el Estado, los sindicatos y la patronal.² También a mediados de los años 40 se estableció el fuero laboral, y el litigio judicial que lleva alrededor de ochenta años en este campo.

En relación con los derechos individuales del trabajo, algunas cuestiones han concentrado los debates jurisprudenciales. Los tribunales han dedicado algún esfuerzo a determinar el alcance del principio *pro operaris*. Algunos ejemplos incluyen la aceptabilidad de la renuncia de derechos del trabajador,³ el abuso del *jus variandi*,⁴ el alcance de la protección contra el despido arbitrario —incluyendo la estabilidad en el empleo y la base para establecer el monto de las indemnizaciones laborales—,⁵ y el equilibrio entre la introducción de premios o incentivos salariales y el principio de igualdad, la prohibición de discriminación y el respeto de los derechos fundamentales no laborales en el ámbito de la empresa.⁶

Respecto de los derechos colectivos del trabajo, los tribunales argentinos han decidido sobre el alcance de la prevalencia de convenios colectivos de trabajo que suponen una mejora con respecto a las cláusulas de la ley,⁷ la libertad de formar, afiliarse a sindicatos y negociar colectivamente,⁸ y el derecho de huelga.⁹

² V, Isuani, Lo Vuolo, et al, *El Estado Benefactor. Un paradigma en crisis*; Barbeito y Lo Vuolo, *La nueva oscuridad de la política social. Del Estado populista al neoconservador*, pp. 24-47.

³ V, Corte Suprema, *Padín Capella, Jorge D. c. Litho Formas S. A.*; V, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala IV, *Bariain, Narciso T. c. Mercedes Benz Argentina S. A.*; V, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala IV, *Reggiardo de Henri, Irma c. EFA*; V, *idem*, *Casteñán, Gustavo A. c. Raña Veloso, Raúl y otros*.

⁴ V, *idem*, III, *Prinetti, Jorge M. c. Bagley, S. A.*

⁵ V., Corte Suprema, *De Luca, José E. y otro c. Banco Francés del Río de la Plata*; Co; *idem*, *Mastroiani, Ricardo A. c. Establecimiento Modelo Terrabusi S. A., entre otros*.

⁶ V, *idem*, *Ratto, Sixto y otro c. Productos Stani S. A.*; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala H, *Fundación Mujeres en Igualdad c. Freddo*; *idem*, Sala K, *Arroyo, Gustavo Adolfo y otros c. Jovis S. R. L. y otros s/daños y perjuicios, entre otros*.

⁷ Corte Suprema, *Romano, Adolfo R. y otros c. Usina Popular y Municipal de Tandil, S. E. M.*; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala VI, *Garay Benitez c. Agrest S.A., entre otros*.

⁸ Corte Suprema, *Outon, Carlos J. y otros*; *idem*, *Asociación de Trabajadores del Estado c. Provincia de Corrientes*; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala de Feria, *Confederación General de Trabajo de la República Argentina c. Poder Ejecutivo Nacional*. Existen algunos precedentes restrictivos de la libertad de formar sindicatos. V, *Idem*, Sala VI, *Asociación del Personal Superior del Congreso de la Nación c. Ministerio de Trabajo*.

⁹ Corte Suprema, *Beneduce, Carmen J. y otras c. Casa Augusto*; *idem*, *Riobo, Alberto c. La Prensa, S. A.*; Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, *Leiva, Horacio y otros c. Swift Armour S. A.*

A partir del 2001, la composición de la Corte Suprema varió, y nuevas decisiones modificaron los precedentes anteriores, adoptándose una línea favorable a la defensa de los derechos del trabajador¹⁰ y recurriéndose más frecuentemente a instrumentos internacionales de derechos humanos en fallos relevantes.¹¹

Un caso paradigmático fue *Aquino*¹² que involucraba la impugnación constitucional de un cambio legislativo referido a la indemnización por accidentes y enfermedades laborales. El sistema previo permitía al trabajador que fuera víctima de un accidente o enfermedad laboral optar entre un régimen de responsabilidad objetiva y tarifada, con una menor carga probatoria, y un régimen de indemnización plena, en el que el trabajador tenía que demostrar la negligencia o la falta de control de cosas peligrosas por parte del empleador. En septiembre de 1995, el Congreso aprobó una ley para reemplazar el sistema de indemnización por accidentes y enfermedades de trabajo. El sistema de indemnización por vía del litigio judicial fue dejado de lado por un nuevo sistema de seguro obligatorio gestionado por empresas de aseguramiento privadas.

En este caso, el actor cuestionó la constitucionalidad de la eliminación de la opción de indemnización integral a favor del trabajador. La nueva composición de la Corte Suprema, revocando una decisión previa, sostuvo que el nuevo régimen era inconstitucional. La Corte en sus fundamentos, además del marco constitucional,

¹⁰ V., Corte Suprema, *Castillo, Angel Santos c. Cerámica Alberdi S.A.*, 07/09/2004 (inconstitucionalidad del establecimiento de la jurisdicción federal en materia de accidentes de trabajo) y casos citados en las notas a pie de página que siguen.

¹¹ Corte Suprema, *Vizzoti, Carlos Alberto c. Amsa S.A. s/despido*, (inconstitucionalidad de los topes para la indemnización por antigüedad: la Corte argumenta sobre cláusulas constitucionales, y sobre los artículos 23 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 11 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 5 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial); *Milone, Juan Antonio c. Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/accidente - ley 9688* (inconstitucionalidad del pago en renta periódica de la indemnización por accidente de trabajo: la Corte cita cláusulas constitucionales y los artículos 5 del Convenio 17 de la OIT, 7 y 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 6 y 7 del Protocolo de San Salvador). La Corte Suprema pone énfasis en este caso en la obligación de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2.1 del PIDESC) en relación con la obligación de mejora continua de las condiciones de vida V. artículo 11.1 del PIDESC.

¹² Corte Suprema, *Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688*.

acudió a estándares internacionales de derechos humanos —entre ellos, a cláusulas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y menciona también Observaciones Generales y Recomendaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales—. El tribunal sostiene, por ejemplo, que la ley impugnada viola la prohibición de regresividad, al adoptar una medida que restringe deliberadamente el derecho a una compensación plena. El voto concurrente de la jueza Highton de Nolasco subraya, además, que la cláusula legal impugnada es inconstitucional por cercenar el derecho del trabajador de acceder a la justicia en procura del amparo de sus derechos.

En relación al derecho a la sindicalización y a la huelga, en el año 2016¹³ llegó a la CSJN el caso de un trabajador que reclamó ante la justicia que se lo reincorporara a su puesto de trabajo, ya que había sido despedido por haber participado en la convocatoria y realización de medidas de fuerza —que no contaron con el aval de ninguno de los sindicatos que representaban al personal— alegando que fue víctima de un trato discriminatorio prohibido por la ley. La Corte dejó sin efecto la sentencia a favor del trabajador y alegó que la normativa de la OIT¹⁴ mencionada en la instancia previa no permite sustentar la conclusión respecto de la titularidad del derecho a declarar una medida de fuerza. Sostiene que las mismas, así como otras normas del Derecho Internacional —entre ellas, el art. 8 del PIDESC— solo reconocen el derecho de declarar una huelga a los sindicatos, es decir, a las organizaciones formales de trabajadores. La corte rechazó el argumento de trato discriminatorio, señalando que las medidas de fuerza en las que participó el trabajador en modo alguno podían considerarse legítimas, y que la tensión que provoca el desarrollo de la huelga con los derechos del empleador

¹³ Corte Suprema, *Orellano, Francisco Daniel c. Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo*.

¹⁴ Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización*; Organización Internacional del Trabajo, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*; Organización Internacional del Trabajo, *Conferencia Internacional del Trabajo*, 81ra. reunión.

como con derechos de terceros o de la sociedad ha sido resuelta subordinando el ejercicio del derecho de huelga al cumplimiento de determinadas condiciones o recaudos; uno los cuales es que la decisión de ir a la huelga sea adoptada por una asociación gremial.

En el caso *Varela*¹⁵ un trabajador solicitó ante el Ministerio de Trabajo de la Nación, la Dirección de Inspección Laboral y el gremio, la convocatoria a elecciones de delegados gremiales. En ese contexto fue suspendido por la empresa por presuntas impuntualidades. El trabajador cuestionó la suspensión y fue despedido bajo el fundamento de que su conducta era agravante. El trabajador promovió entonces una demanda por despido discriminatorio por razones sindicales. La Corte estableció que quien alega la existencia de un motivo discriminatorio debe mostrar verosímelmente que estaba llevando a cabo una actividad protegida por las normas que invoca y que la ejercía de modo regular. Consideró que dicho requisito fue acreditado en el caso. Para llegar a tal resultado utilizó en sus fundamentos la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo —1998—, pronunciamientos tanto del Comité de Libertad Sindical como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, así como los arts. 2, 3, 6 y 8.3 del PIDESC y las Observaciones Generales Núm. 18 y 20 del Comité DESC.

En el caso *Ortiz*,¹⁶ en el que se debatió el motivo del despido de una trabajadora doméstica y el cálculo de su indemnización, la Corte dispuso que la decisión de la instancia anterior desconocía las garantías relativas a la retribución justa, al salario mínimo y a la tutela contra el despido arbitrario invocadas por la actora. Afirmó, además, que la justicia del salario se determina por dos factores: la estimación económica y la exigencia de que se proporcione el sustento de una vida digna al trabajador y a su familia. Además, se toma en consideración que, a la hora de determinar la base salarial para el cálculo de las diferencias y de los rubros derivados del despido, no se puede ignorar que la reclamante es sujeto de “preferente tutela constitucional” y que con arreglo al principio *in dubio pro justitia*

¹⁵ Corte Suprema, *Varela, José Gilberto c. Disco S.A. s/amparo sindical*.

¹⁶ *Idem*, *Ortiz, Graciela c. Serpa de Torres, Nidia y/o Torres, Carlos y/o quien resulte responsable s/ despido*.

socialis, la normativa debe ser interpretada a favor de quienes tienden a alcanzar el “bienestar” una vez aplicada. Se utilizó en los fundamentos, a efectos interpretativos, el convenio 131 de la OIT, pendiente de ratificación por nuestro país, el 189 —que entró en vigencia con posterioridad a la disputa—, la Declaración Universal de Derechos Humanos —art. 23, 3°—, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —art. 7°— y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —art. XIV—.

La Corte Suprema también decidió en un caso¹⁷ en que se solicitaba dejar sin efecto la cesantía de una trabajadora a quien se le adjudicaba abandono del cargo sin causa justificada dado que, pese a haber solicitado la licencia de reducción horaria por lactancia, había dejado de prestar tareas antes de obtener una respuesta a su petición. La actora sostenía que el empleador había utilizado el derecho a cambiar los horarios de tareas con el fin de hostigarla laboralmente y aprovecharse de su situación de reciente maternidad. La Corte sostuvo que la modalidad del cambio de horario —a pocos días de que la actora se reintegrara a su puesto de trabajo, luego de la licencia por maternidad y teniendo un niño lactante— podría haber implicado una violación a sus derechos. Las facultades del empleador de establecer el horario de prestación de tareas deben compatibilizarse con los derechos a la protección contra la discriminación de la mujer, y a la protección familiar. Para llegar a tal resultado utilizó, entre otras normativas internacionales, los arts. 3, 7 y 10 del PIDESC y Observación General Núm. 16, párrafo 24 *in fine* del Comité DESC, sobre igualdad entre el hombre y la mujer en materia de DESC.

III. Derechos previsionales

El litigio judicial en material de seguridad social se generalizó en el país en los años 60, con el crecimiento de reclamos relacionados con la movilidad y con la fijación del monto de las jubilaciones y pensiones. La mayoría de los reclamos se fundaban sobre bases legales —y, a la postre, en la interpretación del artículo 14 *bis* de la Constitución—, y gran parte de ellos se resolvieron en favor de los peticio-

¹⁷ *Idem*, Gallo, María Liliana c/ Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Salud s/demanda contencioso administrativa.

nantes. La Corte Suprema estableció como principios de interpretación constitucional en materia previsional: la consideración de los fines tuitivos de las normas previsionales, la movilidad, la proporcionalidad y el carácter sustitutivo de las prestaciones con respecto al salario, en razón de su carácter alimentario, el rechazo de interpretaciones restrictivas y, por lo contrario, la preeminencia de la interpretación amplia, a favor de aquellos a quienes las normas previsionales buscan proteger —denominado “principio de favorabilidad”—, y el principio *in dubio pro justitia sociales*.¹⁸

Las demandas en materia de seguridad social se volvieron masivas en los años 80 y 90: una parte importante de los reclamos impugnaba la denegatoria del otorgamiento de jubilaciones y pensiones, o demandaba el reajuste de los montos de la jubilación o pensión de acuerdo a los criterios establecidos por la ley. También en este período, la gran mayoría de casos fueron favorables a los demandantes.

¹⁸ V., Corte Suprema, *Magliocca, José Benedicto*, Fallos 234:717 (el límite a la reducción del monto de jubilaciones o pensiones es la confiscatoriedad); V., Corte Suprema, *Casanegra, Alejandro*, Fallos 235:783 (el derecho jubilatorio se incorpora al patrimonio desde su otorgamiento; prohibición de confiscatoriedad); V., Corte Suprema, *Pérez de Da Gracca, Carmen (Viuda) c. frigorífico Anglo*, (interpretación favorable a quienes las leyes provisionales pretenden proteger); V., Corte Suprema, *Ponzo, Alfredo Blas G.*, Fallos 255:306 (proporcionalidad entre haberes de actividad y pasividad); V., Corte Suprema, *López Villanueva, Manuel*, Fallos 256:235; V., Corte Suprema, *Orsi, Pacífico Héctor c. Nación*, Fallos 258:14 (prohibición de confiscatoriedad de modificaciones previsionales posteriores al otorgamiento); V., Corte Suprema, *Sturiale, Nicolás s/sucesión*, Fallos 261:47 (después de dictado y firme el acto administrativo que otorga la jubilación esta queda amparada por la garantía de la propiedad del art. 17 de la Constitución Nacional); V., Corte Suprema, *Di Fulvio, Antonio*, (proporcionalidad entre haberes de actividad y pasividad); V., Corte Suprema, *Pincerolli, Leopoldo s/jubilación*; V., Corte Suprema, *Berçaitz, Miguel Ángel c. Instituto Municipal de Previsión Social s/jubilación* (proporcionalidad entre haberes de pasividad y actividad, rango constitucional del principio *in dubio pro justitia socialis*); V., Corte Suprema, *Helguera de Rivarola, María Teresa s/pensión* (la inamovilidad absoluta de haberes de jubilación y pensión es inconstitucional); V., Corte Suprema, *Riveros, Olga Yolanda; Incarnato, Aristides Alejandro s/jubilación*; V., Corte Suprema, *Verón, Antenor Benedicto* (el mecanismo de movilidad no puede traducirse en un desequilibrio de la razonable proporcionalidad que debe existir entre la situación del trabajador activo y el jubilado, en grado tal que pudiera calificarse de confiscatoria o de injusta desproporción con la consecuente afectación de la naturaleza sustitutiva de la prestación); V., Corte Suprema, *Macchiavelli, Carlos Jorge c. Nación Argentina*; V., Corte Suprema, *Zárate Jades y otros c. Provincia de la Pampa* (el Congreso es competente para decidir el mecanismo de movilidad de las pensiones, pero sujeto al control judicial de razonabilidad); V., Corte Suprema, *De Simone, Ricardo Luis*; V., Corte Suprema, *Farina, Teresa Carmen*; V., Corte Suprema, *Agüero, Medardo*; V., Corte Suprema, *Arin Boeri, Nydia Noemí*; V., Corte Suprema, *Ibáñez, Angel Bernabé s/jubilación* (proporcionalidad entre haberes de actividad y pasividad, carácter sustitutivo de la jubilación); V., Corte Suprema, *Rolón Zappa, Víctor Francisco* (reducción desproporcionada de haber jubilatorios es inconstitucional).

Desde 1987 funciona un fuero específico para tratar materias de seguridad social. En 1991 se creó el ANSeS —Administración Nacional de la Seguridad Social—, que vino a reemplazar a las cajas e institutos previamente existentes y en 1993, se introdujo un sistema previsional paralelo habilitando a los trabajadores a mantenerse en el sistema estatal de reparto, o pasarse a un sistema de capitalización individual, gestionado por empresas privadas ligadas principalmente al sector bancario y financiero.¹⁹ A partir de esa reforma, el Estado modificó los requisitos y condiciones del sistema de reparto, con el propósito de incentivar el paso de los trabajadores al sistema privado de capitalización individual: entre ellos, la desconexión del monto de las jubilaciones y pensiones del nivel de remuneraciones previo. El Congreso sancionó leyes para diferir o impedir los juicios contra el Estado en la materia —por ejemplo, un recurso de apelación ordinaria ante la Corte Suprema contra decisiones de segunda instancia, que permitió al Estado llevar miles de casos previamente perdidos al conocimiento del máximo tribunal; otro ejemplo fue la sanción a la “excepción de falta de recursos” para bloquear el pago de los montos a los que fuera condenado, en contradicción con la reforma constitucional de 1994, que reforzó la raigambre constitucional de los derechos previsionales al otorgar jerarquía constitucional a instrumentos y tratados internacionales de derechos humanos—. ²⁰

Tanto las leyes que modificaron el criterio de determinación de los montos de las jubilaciones y pensiones, como los que establecieron obstáculos procedimentales para cobrarlas de acuerdo a lo fijado judicialmente fueron impugnadas constitucionalmente. En algunos de esos casos, tribunales de segunda instancia declararon la inconstitucionalidad de las leyes cuestionadas,²¹ aunque algunas de

¹⁹ Cf., Alonso, *Política y Seguridad Social en la Argentina de los 90*; Courtis, “Social Rights and Privatisation: Lessons from the Argentine Experience”, en *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*, pp. 175-205.

²⁰ Sobre los derechos provisionales en el derecho internacional de los derechos humanos, V, Courtis, “El derecho a la seguridad social en el Derecho Internacional”, en *Derechos sociales: instrucciones de uso*, pp. 257-270; Scheinin, “The Right to Social Security”, en *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, pp. 211-221.

²¹ V, Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social Sala II, *Ciampagna, Rodolfo N. c. ANSeS* (inconstitucionalidad de la “excepción de falta de recursos”); *idem*, *González, Herminia del Carmen c. ANSeS*, (inconstitucionalidad del carácter obligatorio de las decisiones de la Corte Suprema en materia de seguridad social para los tribunales inferiores).

estas decisiones fueron, a su turno, revocadas por la Corte Suprema con una nueva composición,²² que abandonó así algunos de los principios de interpretación constitucional fijados anteriormente —en especial a partir del caso *Chocobar*—.

Como en el caso de los derechos laborales, la nueva composición de la Corte Suprema de 2003 revocó algunas de las sentencias dictadas por la Corte anterior sobre la base de fundamentos constitucionales, y amplió la interpretación de los derechos previsionales a partir de estándares internacionales de derechos humanos. Dos ejemplos pueden ilustrar esta tendencia.

En el caso *Sánchez*,²³ la Corte Suprema revirtió el precedente *Chocobar*, y sostuvo que: la prohibición de actualizar precios de acuerdo con índices inflacionarios no era aplicable al sistema previsional; ordenando así al Gobierno a reajustar jubilaciones desactualizadas de acuerdo a las variaciones del índice generales de salarios. El voto de la mayoría vuelve a postular el carácter sustitutivo de las jubilaciones y pensiones y la preeminencia de la interpretación amplia a favor del reclamante en la materia, y subraya las vinculaciones entre la movilidad de las jubilaciones y los derechos a la alimentación, a la vivienda, a la educación y a la salud, o bien el derecho a un nivel de vida adecuado, para los trabajadores jubilados. El fallo abre una multiplicidad de cuestiones de implementación de las nuevas pautas de movilidad que obligaron a ulteriores precisiones.

La Corte Suprema basa su decisión sobre principios constitucionales: el derecho a la movilidad de las jubilaciones y pensiones —interpretada en el sentido de establecer una proporción justa y razonable entre el haber de pasividad y la situación de los activos— y el mandato al Congreso de adoptar medidas de acción positiva

²² V., Corte Suprema, *Chocobar, Sixto Celestino c. Caja de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos*, 27/12/1996 (convalidando la aplicación de la ley que prohibía el empleo de índices automáticos de ajuste a las jubilaciones y pensiones y citando, paradójicamente, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos); V., Corte Suprema, *González, Herminia c. ANSeS*, (convalidando el carácter obligatorio de las sentencias de la Corte Suprema para tribunales inferiores en materia de seguridad social. V., Corte Suprema, *Barry, María Elena c. ANSES s/ reajustes por movilidad y Hussar, Otto c. ANSeS s/reajustes por movilidad* (las modificaciones procedimentales que obligaban a los reclamantes a reiniciar sus demandas violan el derecho al debido proceso).

²³ Corte Suprema, *Sánchez, María del Carmen c. ANSeS s/reajustes varios*, 17/05/2005.

para hacer efectivos los derechos de las personas de edad. También se basa en instrumentos internacionales de derechos humanos: cita la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La corte subraya la obligación de desarrollo progresivo de los derechos humanos, y afirma que la disponibilidad de recursos no puede ser empleada como argumento para negar o restringir derechos reconocidos. Uno de los votos concurrentes alude además a la sentencia *Cinco pensionistas* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso *Cinco Pensionistas v. Perú*, del 28/02/2003).

En *Itzcovich*,²⁴ la Corte Suprema declaró que una cláusula de la denominada “Ley de Solidaridad Previsional”, que sujetaba a las decisiones de segunda instancia en material previsional a una apelación ordinaria ante la propia Corte, era inconstitucional.²⁵ La mayoría del tribunal afirmó que el Estado había empleado irrazonablemente este recurso judicial para demorar pagos de la seguridad social, y que los principios del debido proceso —aplicados en materia de seguridad social— exigen celeridad, certeza y previsibilidad. En consecuencia, la Corte juzgó que la cláusula impugnada afectaba el derecho al debido proceso, en conexión con el derecho a la seguridad social. La decisión se funda en principios constitucionales, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos —derecho a la protección judicial—, citando también un caso decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el caso *Las Palmeras*, del 12/06/2001.

En *Badaro*,²⁶ la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de un sistema de ajuste de las jubilaciones por considerarlo contrario al derecho constitucional a la movilidad de los haberes previsionales. En su decisión la Corte fijó un marco orientador para determinar qué tipo de sistema de movilidad podría ser considerado adecuado a la luz del precepto constitucional. Así, sostuvo que la movilidad no es un mero ajuste por inflación, sino que debe guardar una proporción razonable con los ingresos de los trabajadores activos, por ser la jubilación una prestación sustitutiva de los salarios. Sin embargo, el tribunal consideró que no le

²⁴ *Idem*, *Itzcovich, Mabel c. ANSeS s/ reajustes varios*.

²⁵ Poco tiempo después de la sentencia, el Congreso derogó ese recurso ordinario que la Corte declaró inconstitucional (ley 26.025).

²⁶ *Idem*, *Badaro, Adolfo Valentín c. ANSES s/ reajustes varios*.

correspondía definir el sistema de ajuste determinado, ya que esta definición correspondía preferentemente al Congreso de la Nación; el tribunal valoró también los múltiples intereses en juego que deben ser contemplados y ponderados en la definición de un mecanismo apropiado de ajuste, su complejidad técnica y su impacto presupuestario.²⁷ La Corte comunicó al Gobierno y al Congreso la decisión a fin de que en un plazo razonable se adopten las medidas correspondientes para ajustar el sistema de movilidad al mandato constitucional, conforme los estándares fijados.

En materia de pensiones no contributivas, la Corte Suprema acotó el margen de discrecionalidad del Estado para establecer criterios para su asignación —tema de crucial importancia, dado la dificultad de acceso de los sectores más carenciados de la población a los regímenes contributivos de seguridad social—. El tribunal, en el caso *Reyes Aguilera*²⁸ consideró por mayoría, aunque con fundamentos diversos, que las prestaciones sociales no contributivas también están regidas por las obligaciones constitucionales del Estado en materia de derechos sociales, en especial cuando esas prestaciones tienden a la protección del derecho a una vida digna. Por eso resulta aplicable, también en este campo, el examen de la razonabilidad de las normas y las políticas que las implementan. En el caso, la Corte consideró que resultaba inconstitucional, por discriminatorio, el requisito de 20 años de residencia en el país, para acceder a una pensión por invalidez absoluta.

IV. Derecho a la salud

El recurso a los tribunales para la protección del derecho a la salud se extendió en el país de manera consistente a partir de la década de 1990. La crisis social y económica de finales de los años 80 y 90 llevó a un mayor uso de los tribunales de justicia como medio de asegurar la inclusión o el mantenimiento de la cobertura

²⁷ La Corte afirma: “Que ello no implica que resulte apropiado que el tribunal fije sin más la movilidad que cabe reconocer en la causa, pues la trascendencia de esa resolución y las actuales condiciones económicas requieren de una evaluación cuidadosa y medidas de alcance general y armónicas, debido a la complejidad de la gestión del gasto público y las múltiples necesidades que está destinado a satisfacer”.

²⁸ *Idem*, *Recurso de hecho deducido por Luisa Aguilera Mariaca y Antonio Reyes Barja en representación de Daniela Reyes Aguilera en la causa Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional*.

de obras sociales y planes privados de salud, y el acceso a tratamiento y medicación. Las regulaciones legales han impuesto gradualmente una cobertura mínima a todos los componentes del sistema de salud.

Recién a partir de la reforma constitucional de 1994 se incluyó en nuestra *Carta Magna* una breve mención a la protección de la salud de los consumidores, aunque su pleno reconocimiento provino de la concesión de jerarquía constitucional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Los tribunales han tenido la oportunidad de expedirse en casos en los que se reclamaban tanto obligaciones positivas —por ejemplo, el acceso a medicación y tratamiento— como negativas —por ejemplo, la prohibición de rescisión arbitraria de un contrato de medicina prepaga—. Los casos se dirigen tanto contra el Estado, como contra demandados privados tales como obras sociales, empresas de medicina prepaga, etc. Los instrumentos internacionales de derechos humanos han jugado un papel importante en la identificación de un derecho a la salud constitucionalmente protegido: sin embargo, la mayoría de las causas —con algunas excepciones importantes— han sido decididas sobre bases legales. A la fecha, la Corte Suprema y los tribunales inferiores han acumulado un número importante de casos en esta materia. Sintetizaremos aquí algunas de las tendencias más importantes de esta jurisprudencia.²⁹

La Corte Suprema ha sostenido que el derecho a la salud impone obligaciones positivas —y no sólo obligaciones negativas— al Estado. El tribunal ha considerado que la legislación sancionada en la materia por el Congreso Federal constituye una de las medidas adoptadas por el Estado para cumplir con sus obligaciones internacionales relativas al derecho a la salud. Por ende, el incumplimiento por parte de la Administración de obligaciones establecidas por la ley, en especial de

²⁹ Para un recuento más detallado, V., Courtis, “La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos”, en *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, pp. 703-750.

aquellas que imponen el acceso a tratamiento o medicación, abren la posibilidad de reclamo individual y colectivo por parte de las víctimas, a efectos de exigir su cumplimiento. La Corte ha dicho que el Estado federal es el garante último del sistema de salud —independientemente de la existencia de obligaciones en cabeza de otros sujetos, como las provincias o las obras sociales—.

Uno de los primeros precedentes importantes de la Corte Suprema versó sobre un reclamo de cobertura individual para un niño con discapacidad. En el caso *Campodónico de Beviacqua*,³⁰ la Corte confirmó una sentencia de segunda instancia y ordenó al Gobierno a mantener la provisión de medicamentos a un niño con discapacidad. El Gobierno había entregado previamente la medicación, pero decidió interrumpirla, y comunicó a su madre que la provisión previa se había debido únicamente a “razones humanitarias”, y que la interrupción no constituía una violación de obligaciones legales. La Corte Suprema confirmó la decisión de Cámara, y estableció que “el derecho a la preservación de la salud —comprendido en el derecho a la vida— tiene rango constitucional, “a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional”.³¹ Además, sostuvo que “la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga”³² y que “los pactos internacionales protegen específicamente la vida y la salud de los niños”,³³ con referencias explícitas al artículo 12 del PIDESC. En relación a la obligación del Estado federal, sostuvo que “para los estados de estructura federal, del tratado se deriva que, sin perjuicio de las obligaciones establecidas para las entidades que formen la federación, “el gobierno federal tiene la responsabilidad legal de garantizar la aplicación del pacto”.³⁴

³⁰ Corte Suprema, *Campodónico de Beviacqua*, *Ana Carina c. Ministerio de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*.

³¹ *Cf.*, *Campodónico de Beviacqua*, *op. cit.*, consid. 16.

³² *Ibidem*.

³³ *Idem*, consid. 17.

³⁴ *Idem*, consid. 19, con referencia explícita a la doctrina establecida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales al Informe estatal suizo*, 20 y 23 de noviembre de 1998.

En casos similares, la Corte Suprema ha decidido a favor de la cobertura médica de un niño con discapacidad de escasos recursos,³⁵ de personas con VIH-SIDA,³⁶ de reclamos de cobertura médica contra personas privadas —como empresas de medicina prepaga, obras sociales sindicales y obras sociales estatales—,³⁷ y ha concedido medidas cautelares para asegurar el acceso a medicación y tratamiento.³⁸ En sentido similar, también los tribunales inferiores también han decidido casos un número importante a favor de los reclamantes.³⁹

La Corte Suprema también ha fallado en favor de un reclamo colectivo, que involucraba el incumplimiento estatal de una cláusula de la denominada “Ley de SIDA”, que obliga al Estado a proveer la medicación necesaria para el tratamiento del VIH-SIDA. En el caso *Asociación Benghalensis*,⁴⁰ una coalición de ONGs demandó al Estado, solicitando el cumplimiento pleno de una ley sancionada por el

³⁵ Corte Suprema, *Monteserin, Marcelino c. Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad y Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa T, I. H., en rep.*. U. E.G. T.T. c. *Obra Social del Poder Judicial de la Nación si leyes especiales (diabetes, cáncer, fertilidad)*, entre otros.

³⁶ Corte Suprema, A., C. B. C. *Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986*, dictamen del Procurador General de la Nación.

³⁷ *Idem*, N., L. M. y otra c. *Swiss Medical Group S. A.*, dictamen del Procurador General de la Nación; Corte Suprema, *Martín, Sergio Gustavo y otros c. Fuerza Aérea Argentina - Dirección General Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/amparo*, dictamen del Procurador General de la Nación; Corte Suprema, M., S. A. *s/materia: previsional s/recurso de amparo*; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal Sala II, R., R. S. c. *Ministerio de Salud y Acción Social y otros/amparo*; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, T., J. M. c. *Nubial S.A.*

³⁸ V., *idem*, *Alvarez, Oscar Juan c. Buenos Aires, Provincia de y otros/acción de amparo*; Corte Suprema, *Duich Dusan, Federico c. C.E.M.I.C. s/ amparo*; *Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación en la causa V. I., R. c. Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ ordinario*, entre otros.

³⁹ V., Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca Sala II, C. y otros c. *Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires* (impone tratamiento a un hospital público); Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, Sala II, *González, Amanda Esther c. Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán y otros/amparo*, 15/07/2002 (impone tratamiento a una obra social estatal); Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires Sala II, *Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c. GCBA s/ otras causas*; *idem*, Sala I, *Centro de Educ. Médica e Invest. Clínicas Norberto Quirno c. GCBA s/otras causas* (convalida la imposición legal de obligaciones de cobertura sobre prestadores privados); *idem*, *Zárate, Raúl Eduardo c. GCBA s/Daños y Perjuicios*; *idem*, B. L. E. y Otros c. *OSBA s/Daños y Perjuicios* (concede indemnización de daños y perjuicios producidos por denegación o inadecuación del tratamiento médico); *idem*, *Urtasun, Teodoro Alberto c. Instituto Municipal de Obra Social s/ Cobro de Pesos* (impone tratamiento a obra social estatal).

⁴⁰ Corte Suprema, *Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social -Estado Nacional s/ amparo ley 16.688*, dictamen del Procurador General de la Nación.

Congreso de la Nación, que garantiza la provisión de medicación para luchar contra el VIH-SIDA a los hospitales públicos. La Cámara de Apelaciones concedió el amparo, y el Estado impugnó esa decisión. La Corte confirmó la decisión de Cámara, en concordancia con el dictamen del Procurador general de la Nación. El dictamen del Procurador General, seguido por el voto de la mayoría de la Corte, señala que el derecho a la salud está reconocido por tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional —artículo 12 c— del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los artículos 4.1 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En consecuencia, “[e]l Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio”.⁴¹ Sobre esta base, el Procurador afirma, para el caso concreto, que “[d]ichos principios llevan a concluir que el Estado tiene la obligación de suministrar los reactivos y medicamentos necesarios para el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad”.⁴²

Otra cuestión recurrente decidida por los tribunales consiste en el problema de la inclusión y exclusión de planes de salud, en especial por parte de sujetos privados —empresas de medicina prepaga y obras sociales—. Algunos de estos casos se refieren a cuestiones de discriminación; en otros casos, la cuestión discutida está relacionada con el efecto del desempleo; dado que la cobertura de las obras sociales está relacionada con la posición de trabajador formal, el desempleo rompe este vínculo legal y causa el cese de la cobertura médica por parte de la obra social.

En el caso *Etcheverry c. Omint*,⁴³ la Corte Suprema decidió que la negativa de una empresa de medicina prepaga a mantener la cobertura de salud, cuando al reclamante se le detectó VIH, constituye una violación a los derechos del consumidor y al derecho a la salud. El demandante era un cliente del plan de medicina prepaga, a través de un acuerdo realizado a través de su empleador. Cuando quedó

⁴¹ *Idem*, *op. cit.*, consid. X.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Corte Suprema, *Etcheverry, Roberto E. c. Omint Sociedad Anónima y Servicios*, dictamen del Procurador General de la Nación.

desempleado, solicitó el mantenimiento de la cobertura, a cambio del pago del servicio. Al detectársele VIH la empresa de medicina prepaga se negó a mantenerlo en el plan de salud. La Corte Suprema, en concordancia con el dictamen del Procurador General estableció que las empresas de medicina prepaga “adquieren un compromiso social con sus usuarios que obsta a que, sin más, puedan desconocer un contrato, so consecuencia de contrariar su propio objeto, que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas”, dado que su actividad está encaminada “a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas”. La Corte ordenó a la empresa de medicina prepaga a mantener la cobertura del plan de salud al actor. El máximo tribunal,⁴⁴ y otros tribunales inferiores, han decidido una serie de casos similares.

Otros casos se refieren a la validez constitucional de regulaciones en materia de salud emanadas de las autoridades públicas. La Corte Suprema decidió un caso interesante, en el que una asociación civil demandó la nulidad de una resolución del Ministerio de Salud que reducía la cobertura para la esclerosis múltiple. En el caso *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta*,⁴⁵ el tribunal confirmó la sentencia de segunda instancia, que anuló una resolución del Ministerio de Salud que excluía del Programa Médico Obligatorio —PMO— la cobertura de algunos tratamientos relacionados con aquella enfermedad de baja incidencia y alto costo. La Corte concordó también aquí con el dictamen del Procurador General de la Nación, y decidió que la resolución impugnada carecía de razonabilidad, y que afectaba el derecho a la salud consagrado por los tratados internacionales de derechos humanos.

Los tribunales inferiores también han decidido casos interesantes en material de derecho a la salud. En el caso *Viceconte*,⁴⁶ la Cámara Nacional en lo Contencioso administrativo Federal tuvo la oportunidad de considerar un amparo colectivo,

⁴⁴ Corte Suprema, V., W. J. c. *Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/sumarísimo*.

⁴⁵ *Idem*, *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud–Estado Nacional s/acción de amparo-medida cautelar*, dictamen del Procurador General de la Nación.

⁴⁶ Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Sala IV, *Viceconte, Mariela c. Estado nacional–Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986*.

en el que se planteaba que la virtual interrupción de la producción de una vacuna, dirigida a erradicar una enfermedad endémica, constituía una violación del derecho a la salud. La actora actuaba en representación de una población de alrededor de 3.500.000 de personas, expuestas potencialmente al contagio de la fiebre hemorrágica argentina. El Estado había destinado previamente financiamiento para desarrollar la investigación, validado la vacuna, ordenado la producción de una partida experimental a un laboratorio extranjero, e iniciado el proceso de vacunación de la población, que de hecho resultó altamente satisfactorio en términos de prevención de la enfermedad. Sin embargo, una serie de cambios políticos y administrativos llevó a la interrupción de las obras destinadas a la construcción del laboratorio en el que se produciría localmente la vacuna. Cuando las dosis ordenadas al laboratorio extranjero se acabaron, el acceso a la vacuna cesó. La actora alegó que la interrupción de la producción de la vacuna violaba la obligación estatal de prevenir, tratar y controlar las enfermedades endémicas y epidémicas, consagrada por el artículo 12.2 c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Cámara de Apelación dio la razón a la actora, y ordenó al Gobierno prever las partidas presupuestarias y adoptar las medidas para asegurar la producción de la vacuna.

Algunos otros casos de la Corte Suprema, aunque no se refieren directamente al derecho a la salud, han tratado cuestiones directamente relacionadas con temas de salud. Por ejemplo, en el caso *Benítez*,⁴⁷ la Corte se enfrentó a la cuestión de la realización secreta y compulsiva, sin requerimiento de consentimiento previo, de un examen de VIH-SIDA a un oficial de la Policía Federal. Como el examen dio positivo, el oficial fue despedido de la fuerza. Aunque la Corte Suprema afirmó —con dos disidencias— que no era ilegal que la Policía Federal llevara a cabo exámenes de VIH-SIDA a sus miembros sin requerir su consentimiento informado, el tribunal decidió que el despido era injustificado, que constituía un caso de discriminación por razones de salud, y ordenó su reintegración al cargo. La Corte siguió para ello los estándares antidiscriminatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴⁷ Corte Suprema, *Benítez, Ricardo Ernesto c. Policía Federal s/amparo*.

En relación a la salud mental y a pacientes institucionalizados, en el caso *R. M. J.*⁴⁸ la Corte Suprema estableció algunos estándares tales como que: los pacientes institucionalizados siguen siendo titulares de sus derechos fundamentales. La internación de una persona, sobre todo cuando es involuntaria o coactiva, debe llevarse a cabo mediante un control judicial adecuado acerca de su necesidad, oportunidad, duración, condiciones y compatibilidad con los parámetros constitucionales y garantías del debido proceso, y debe sustentarse exclusivamente en el padecimiento de una afección mental —en tanto, en un contexto terapéutico, represente la posibilidad de evitar que se concreten actos dañosos graves, inmediatos o inminentes para esa persona o para terceros o bien que la terapia requiera ineludiblemente el aislamiento del paciente durante algún tiempo—. La medida de privación de la libertad del paciente debe ser revisada judicialmente mediante procedimientos simples, expeditivos, dotados de la mayor celeridad. Para llegar a tal resultado utilizó en sus fundamentos, entre otros instrumentos internacionales, el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los “Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental” adoptados por la Asamblea General de la ONU en su resolución 46/119.

En el caso *F. A. L.*⁴⁹ la Corte Suprema ha fallado en un caso en el que se requería autorización de la realización de la práctica de aborto respecto de una adolescente de 15 años, quien quedó embarazada como consecuencia de haber sido violada por su padrastro. En su decisión, entre otros aspectos, el tribunal sostuvo que la Constitución y los tratados de DDHH no sólo no prohíben la realización de esta clase de abortos, sino que, por el contrario, impiden castigarlos respecto de toda víctima de una violación en atención a los principios de igualdad, dignidad de las personas y de legalidad —PIDESC arts. 2 y 3—.

La Corte Suprema también ha sentado criterio en un caso en el que los progenitores de un niño no cumplían con el calendario oficial y obligatorio de vacunación, amparándose en su derecho de elegir el propio proyecto de vida. El tribunal

⁴⁸ *Idem*, *R., M. J. s/ insania*.

⁴⁹ *Idem*, *F. A. L. s/ medida autosatisfactiva*.

sostuvo que el Estado Argentino ha asumido compromisos internacionales, dirigidos a promover y facilitar las prestaciones de salud que requieran los niños, niñas y adolescentes —entre ellos, art. 12 del PIDESC—, y “no puede desligarse válidamente de esos deberes con fundamento en la circunstancia de estar los niños bajo el cuidado de sus padres, ya que lo que se encuentra en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones”.⁵⁰

En un caso de acción colectiva en el que distintas asociaciones civiles demandaron al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados —INSSJP— con el objeto de que se reconociera el derecho a la cobertura integral de prestaciones en favor de las personas con discapacidad beneficiarias de pensiones no contributivas. La Corte dispuso que “no es posible soslayar el incuestionable contenido social del derecho involucrado que atañe a grupos que por mandato constitucional, deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”⁵¹ y calificó al colectivo objeto de la demanda como altamente vulnerable, no sólo por la discapacidad que padecen sus integrantes sino también por su delicada situación socioeconómica, lo cual tornaba necesario garantizar el acceso, en tiempo y forma, a prestaciones de salud relacionadas con la vida y la integridad física de las personas. Para llegar a tal resultado utilizó en sus fundamentos el artículo 9 del PIDESC.

En el caso *Hospital Antártida*,⁵² los beneficiarios de una indemnización concedida por la mala praxis médica ocurrida durante el nacimiento que le provocó una parálisis cerebral con 100% de incapacidad irreversible, en el marco de la quiebra del Sanatorio Antártida, solicitaron ser considerados acreedores con privilegio especial de primer orden. La Corte declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios y verificó un crédito con privilegio especial prioritario frente a cualquier otro privilegio. Se afirmó que el régimen de privilegios concursales debía

⁵⁰ *Idem*, N.N.o U., V. s/ protección y guarda de personas.

⁵¹ *Idem*, Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/amparo.

⁵² *Idem*, Institutos Médicos Antártida s/ Quiebra s/incidente de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F).

ser integrado con las disposiciones previstas en los instrumentos internacionales. Si bien estos instrumentos no aluden en forma explícita a la prioridad de pago de las acreencias vinculadas con un deudor devenido insolvente, el deber de reparar el daño ocasionado a la vida, a la salud y a la integridad física de una persona a raíz de un hecho ilícito configura una situación excepcional de absoluta vulnerabilidad, que no podía desatenderse en orden a las exigencias de los tratados internacionales aplicables. La Corte consideró inconstitucionales las normas concursales por no dar una respuesta adecuada, definitiva y acorde con la situación, al no prever privilegio o preferencia de pago alguno que ampare y garantice el goce de los derechos constitucionales a la vida y a la salud. Por último, también destacó la aplicación del interés superior del niño al caso. Dentro de la mención del plexo normativo internacional, el Tribunal utilizó en sus fundamentos los artículos 11 y 12 del PIDESC.

V. Derechos educativos

Existe un número comparativamente menor de casos sobre derecho a la educación que hayan sido considerados por los tribunales. Hay, de todas maneras, algunas decisiones trascendentes de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales locales sobre la materia.

El derecho a la educación no estaba incluido explícitamente en la Constitución de 1853/1860. Las referencias a la educación se limitaban al mandato dirigido a las provincias de “asegurar la educación primaria” —art. 5—, y al reconocimiento de la libertad de “enseñar y aprender” —art. 14—. La reforma constitucional de 1994 agregó aspectos sustantivos a la regulación constitucional de la educación. Primero, otorgó nuevos poderes al Congreso de la Nación en relación con la educación. El Congreso tiene ahora facultades para “sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales”

—art. 75 inc. 19 —, y para garantizar el respeto a la identidad y el “derecho a una educación bilingüe e intercultural” de los pueblos indígenas —art. 75 inc. 17—. En segundo término, la concesión de jerarquía constitucional a una serie de declaraciones y tratados internacionales supuso el reconocimiento expreso del derecho a la educación en los términos de los artículos 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el 10 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el 5 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y XII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

La Corte Suprema ha decidido algunos casos en los que se discutían reclamos de padres en relación con el derecho a la educación. La Corte tuvo la oportunidad de entender en una acción de amparo en la que un grupo de padres impugnaba la decisión de la provincia de Tucumán de no seguir las prescripciones de la Ley Federal de Educación.⁵³ La Ley tiene el objetivo declarado de asegurar la calidad de la educación, y pretende, respetando el régimen federal, establecer reglas y estándares mínimos comunes en educación en todo el país.

La provincia de Tucumán decidió no aplicar la ley a parte del ciclo educativo, y mantuvo el esquema previo. Varios padres presentaron una acción de amparo, alegando violaciones a la Constitución y a la ley. El principal agravio constitucional articulado era la violación de la igualdad de oportunidades educativas: la decisión de la provincia de mantener un esquema educativo diferente traería aparejada la falta de validez de los títulos expedidos en el resto del país. La Corte decidió a favor de los actores, e invalidó la norma provincial que decidía apartarse del régimen de la Ley Federal. La Corte cita la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y señala que mantener el esquema educativo previo afectaría el derecho de los niños a proseguir sus estudios en otras provincias, y los pondría en desventaja en la búsqueda de ciertos puestos de trabajo.

⁵³ *Idem*, Ferrer de Leonard, Josefina y otros c. Superior Gobierno de la Pcia. de Tucumán s/amparo.

El caso *Lifschitz*⁵⁴ involucraba la demanda de una familia de escasos recursos con un niño con discapacidad. Su madre alegó que el Estado se rehusó a aceptarlo en una institución de educación especial, aparentemente por falta de vacantes. Señaló también que tampoco había transporte público accesible para trasladar al niño. En el amparo se reclama al Gobierno un subsidio que cubra la asistencia a una escuela especial privada y transporte para que el niño pueda ir a la escuela. El pedido se funda en normas de rango legal, y en cláusulas de la Convención sobre los Derechos del Niño. La Corte Suprema decidió que tanto las cláusulas legales, como la consideración del interés superior del niño, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, daban la razón a la actora, y obligó al Gobierno a otorgar el subsidio solicitado.

También algunos tribunales locales han decidido casos relacionados con el derecho a la educación de niños pertenecientes a minorías. El caso *R. C. S.*⁵⁵ trató la situación de la inclusión de un niño con discapacidad en una escuela regular. Un tribunal de segunda instancia de Tucumán obligó al estado a poner a disposición del agraviado —un niño en edad escolar primaria con parálisis cerebral— una maestra integradora para asegurar su integración plena en el aula. La decisión se fundó en argumentos constitucionales y legales de carácter local.

En el caso *Painefilu*,⁵⁶ un juzgado civil de primera instancia de Neuquén acogió una acción de amparo colectivo presentada por una comunidad mapuche, y obligó al Gobierno provincial a adoptar las medidas necesarias para asegurar a los niños de la comunidad educación bilingüe. La Administración había ignorado los reclamos previos. La jueza ordenó a la Administración a designar a un maestro bilingüe, con la garantía de la participación de la comunidad en la elección.

En un caso notable decidido por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo de la ciudad de Buenos Aires, el tribunal condenó al gobierno a

⁵⁴ *Idem*, *Lifschitz, Graciela c. Estado Nacional s/sumarísimo*.

⁵⁵ Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, Sala I, *R.C.S. y otro c. I.P.S.T. y otro s/amparo*.

⁵⁶ Juzgado de 1º Instancia en lo Civil y Comercial de Junín de los Andes, *Painefilu, Mariano y otros c. Consejo de Educación de Neuquén*.

construir una escuela.⁵⁷ Una ley sancionada por la Legislatura local establecía la construcción de una escuela en un cierto período de tiempo, pero la Administración ni siquiera había comenzado las obras. El caso fue presentado por el Asesor Tutelar, en representación del grupo de niños de origen humilde que se hubiera beneficiado con la construcción del colegio. El tribunal menciona el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre los Derechos del Niño para justificar su decisión.

En el caso *Santoro*,⁵⁸ un tribunal de segunda instancia local consideró que la negativa del Gobierno a aceptar la transferencia de un niño de una escuela a otra era arbitraria, y revocó la decisión. La sentencia cita la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el caso *Vanzini*,⁵⁹ un tribunal de segunda instancia hizo lugar a una acción de amparo presentada en beneficio de un alumno de escuela secundaria, que requería la anulación de un examen, y la fijación de una nueva fecha para realizarlo, dada su particular condición de salud.

Los tribunales también han condenado al Estado a pagar indemnizaciones por daños y perjuicios sufridos por alumnos en establecimientos escolares públicos.⁶⁰

En el caso *Castillo*,⁶¹ ante la acción de amparo colectiva iniciada por un grupo de madres de alumnos/as de escuelas públicas salteñas y la Asociación por los Derechos Civiles —ADC— contra la Provincia de Salta, la Corte declaró la inconstitucionalidad del inc. “ñ” del artículo 27 de la ley de educación provincial por considerar que la norma —que incluía la educación religiosa en horario escolar, dentro del plan de estudios y con el aval de la respectiva autoridad religiosa—

⁵⁷ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires Sala I, *Asesoría Tutelar Justicia Contencioso Administrativo y Tributario de la C.A.B.A. c. GCBA s/Amparo*.

⁵⁸ *Idem, Santoro, Francisco Roberto y Otro c. GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA)*.

⁵⁹ *Idem, Vanzini Oscar Alberto c. Colegio Liceo Núm. 1 Figueroa Alcorta s/ Amparo (Art. 14 CCABA)*.

⁶⁰ V., *Idem, Raimondo Inés Beatriz c. GCBA s/ Daños y Perjuicios*.

⁶¹ Corte Suprema, *Castillo, Carina Viviana y otros c. Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/amparo*.

bajo la apariencia de neutralidad, tenía decisivos efectos discriminatorios y violaba el principio de igualdad y no discriminación que debe orientar e inspirar las políticas con miras a alcanzar una educación inclusiva que priorice la igualdad plena de oportunidades. Manifestó, además, que en la Provincia existían patrones sistemáticos de trato desigualitario hacia grupos religiosos minoritarios y hacia los no creyentes. También se expresó respecto a la obligación impuesta a los padres de manifestar, a través de unos formularios, si querían que sus hijos reciban educación religiosa y, en caso afirmativo, en qué creencia. Consideró que dicha práctica resulta violatoria del derecho que tiene toda persona de no revelar un aspecto de su esfera personal en tanto obliga a divulgar una faceta de la personalidad espiritual destinada a la dimensión propia de cada individuo. En cuanto a la constitucionalidad del texto del art. 49 de la Constitución provincial cuestionada en la demanda, la CSJN sostuvo que la misma replica casi literalmente las normas del derecho internacional de los derechos humanos sobre la materia, y no modifica las normas del bloque de constitucionalidad federal, razón por la cual cabe afirmar que respeta los principios de neutralidad del Estado en el ámbito religioso y de igualdad y no discriminación. Para llegar a estos resultados, la Corte utilizó en sus fundamentos los artículos 2.2, 3, y 13.3 del PIDESC, y mencionó las Observaciones Generales Núm. 13 y Núm. 20 del Comité DESC.

En un caso decidido por la Corte Suprema,⁶² una persona con una deficiencia motriz inició una acción de amparo contra la Universidad Nacional de La Matanza, dado que esta se negaba a inscribirlo en el profesorado universitario en educación física bajo el argumento de que no reunía las condiciones físicas para la cursada. En primera y segunda instancia, se ordenó a la Universidad que el demandante sea inscripto en la carrera y a efectuar los ajustes razonables en los métodos de examen, con el fin de que éste no resulte de imposible realización para el actor. Al llegar a la Corte, la misma desestimó el recurso interpuesto por la Universidad y dejó firme la sentencia anterior. En su dictamen, la Procuradora General de la Nación sostuvo que las normas constitucionales e internacionales⁶³ de protección del

⁶² *Idem, Naranjo, Emiliano P. c. Universidad Nacional de la Matanza*, dictamen de la Procuradora General de la Nación.

⁶³ Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, artículo 13.2; Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*,

derecho a la educación y las referidas a los derechos de las personas con discapacidad resultan aplicables en el ámbito de la universidad, sin que pueda alegarse que ello importa un avasallamiento de su autonomía. Consideró que el nuevo modelo social de la discapacidad al que adhirió el Estado argentino implica la realización de ajustes razonables y la prestación de apoyos técnicos para el goce pleno de los derechos, entre los que se encuentra un sistema de educación inclusivo en todos los niveles y la garantía de que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior y a la formación profesional.

En el año 2014, la Dirección Nacional de Información y Evaluación de la Calidad Educativa del Ministerio de Educación, informó —ante el requerimiento de varias organizaciones de la sociedad civil— que no producía la misma información para escuelas comunes que para escuelas especiales, a las que asisten mayoritariamente estudiantes con discapacidad, y que tampoco produce información que permita conocer la cantidad de personas con discapacidad que asiste a escuelas comunes. A principios de 2015, cuatro organizaciones que trabajan por el derecho a la educación inclusiva iniciaron una acción de amparo contra el Estado Nacional para requerir que se produzca dicha información. En el año 2017, la CSJN⁶⁴ confirmó la sentencia de instancia anterior en la cual se consideró que existía una omisión por parte del Estado en el cumplimiento de obligaciones asumidas internacionalmente al ratificar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y se ordenó al Poder Ejecutivo la producción de la información omitida. La Corte agregó que dicha omisión no sólo cercena el derecho a la información pública, sino que además obstaculiza el conocimiento de la situación real en que se encuentran las personas con discapacidad y la evaluación del grado de cumplimiento de su derecho a la educación, a la igualdad y no discriminación, imposibilitando de ese modo el diseño de políticas públicas adecuadas.

artículo 26; Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, artículos 2 y 24; Organización de los Estados Americanos, *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, artículos 1 y 3; Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 5*, párr. 35; Consejo de Derechos Humanos, *Resolución 25/20: El derecho de las personas con discapacidad a la educación*.

⁶⁴ Corte Suprema, *Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otros c. EN - MO Educación s/amparo ley 16.986*.

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la Justicia local resolvió en un caso⁶⁵ en el que no se le otorgaba el título secundario oficial a un joven con síndrome de Down, porque, a pesar de haber cursado la primaria y secundaria con un proyecto pedagógico individual y cumplir sus objetivos, según el Ministerio de Educación no había cumplido ciertos contenidos considerados mínimos por la normativa local. En primera y segunda instancia, se declaró la inconstitucionalidad de las normas locales que se oponían al derecho a la educación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones y se obligó a la entrega del título correspondiente. En primera instancia, para llegar a tal resultado se utilizó en los fundamentos, entre otros, el art. 13 del PIDESC y la Observación General Núm. 3 del Comité DESC.

VI. Derecho a la alimentación

El reclamo judicial del derecho a la alimentación era inédito en la Argentina hasta la crisis económica del 2001. No existe mención del derecho a la alimentación en el texto constitucional: su base reside exclusivamente en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en los artículos 24.2 c) y 27.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Desde el estallido de la crisis del 2001, y el brutal aumento de las tasas de pobreza, algunos casos relacionados con el derecho a la alimentación llegaron a los tribunales.

La justicia de la ciudad de Buenos Aires ordenó medidas cautelares para que la Administración incluyera a la actora y a su familiar en un plan alimentario,⁶⁶ y para que proveyera de una dieta adecuada a un paciente bajo tratamiento oncológico.⁶⁷ Casos similares se registraron en las provincias de Entre Ríos⁶⁸ y Tucumán.⁶⁹ Además,

⁶⁵ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires Sala III, *Rodríguez, César Alan c. GCBA y otros s/Amparo*.

⁶⁶ Juzgado de 1º Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires Núm. 3, *C., M. D. y otros c. GCBA s/amparo*.

⁶⁷ *V., idem*, Núm. 4, *González Rayco, Artidoro c. GCBA s/amparo*.

⁶⁸ Juzgado de Menores y Familia Núm. 2 de Paraná, *Defensor del Superior Tribunal de Justicia c. Estado Provincial-Acción de amparo*.

⁶⁹ Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán Sala I, *Rodríguez, José Angel y otra c. Sistema Provincial de Salud y otros/amparo s/medida cautelar*.

la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires,⁷⁰ en el marco de amparos en los que se reclamaba el acceso a una vivienda digna, dispuso la incorporación de las personas en un régimen de subsidios para satisfacer las necesidades de supervivencia, e incluso en algunos supuestos ordena que dicho régimen garantice un equivalente al monto del salario mínimo, vital y móvil.

En el caso *Defensor del Pueblo*,⁷¹ del año 2007, la Corte Suprema dispuso medidas cautelares ordenando al Estado nacional y a la Provincia del Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas Tobas que habitan dos departamentos de esta Provincia. La Corte dispuso la medida en el marco de una acción de conocimiento promovida contra ambos estados por el Defensor del Pueblo de la Nación, en representación de los derechos colectivos de las comunidades indígenas afectadas por una situación de extrema pobreza. En el marco de la medida cautelar la Corte Suprema pidió información sobre los censos y registros de población para definir el colectivo afectado, así como sobre los programas de salud, alimentarios y de asistencia sanitaria, de provisión de agua potable, fumigación y desinfección y los servicios de educación y habitacionales. Desde el punto de vista procedimental, citó a la parte demandante y a ambos gobiernos a una audiencia pública en la sede del tribunal.

En el año 2018, la Corte volvió a expedirse en el mismo caso⁷² dado que un integrante de la etnia Qom y presidente de la “Fundación América Originaria”, solicitó que se admitiera su intervención como litisconsorte en el proceso y pidió la ampliación territorial de la medida cautelar dictada en materia alimentaria y sanitaria al pueblo Wichi del Departamento Güemes, requiriendo acciones positivas efectivas del Estado Nacional y la Provincia del Chaco. El demandante adujo, que pese a la adopción de las medidas y a la cautelar dictada por la Corte, las necesidades básicas de las comunidades del llamado Bosque Impenetrable chaqueño

⁷⁰ V., Suprema Corte de Justicia Provincia de Bs. As., *P. C. I. y otro c. Provincia de Buenos Aires s/amparo; idem, s/amparo-recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley*; Suprema Corte de Justicia Provincia de Bs. As., *A., G. C. s/amparo - R.E.N.-R.I.L.*

⁷¹ Corte Suprema, *Defensor del Pueblo c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento*.

⁷² *Ibidem*.

aún no habían sido satisfechas, y el estado de vulnerabilidad, indefensión y ausencia de alimentos en dichas comunidades persistía. La CSJN resolvió que la tutela de los derechos de los pueblos indígenas que habitan en dichas localidades debían encauzarse contra el Estado provincial, en el marco de la ejecución de otra sentencia dictada por la jurisdicción local, en la cual se ordenó a la Provincia de Chaco que arbitre los recaudos a fin de dar estricto e inmediato cumplimiento a lo prescripto por el artículo 37 de la Constitución provincial, 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, Convenio 169 de la OIT y el Acta Acuerdo celebrada con la demandante. Sin embargo, en relación a la afirmación de que se habría discontinuado la asistencia dispuesta por decisión de la Corte y al tiempo transcurrido desde los informes presentados por la Provincia del Chaco y el Estado Nacional, la CSJN requirió a ambos que actualicen el estado de ejecución de los programas de salud, alimentación, asistencia sanitaria, provisión de agua potable, fumigación y desinfección de las regiones alcanzadas por la medida cautelar decretada.

El 8 de abril de 2021, la Corte declaró que la causa era ajena su competencia originaria, pero expresó que

resultaba indiscutible que la dignidad de los seres humanos que padecían la situación que había dado origen a las actuaciones, exigía de todos los agentes responsables la realización de las medidas coordinadas que hicieran que la intervención judicial no se transformase en una mera declaración y declamación de derechos, sino en la concreta y efectiva realización de los presupuestos ineludibles para la consagración de dicha dignidad.

VII. Derechos ambientales y al agua

La Corte siguió el mismo modelo de remedio judicial colectivo y complejo en el caso ambiental *Mendoza*⁷³ por la contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo. En este caso, la Corte estableció deberes de información a diversas empresas que operan en la costa del Río y a los gobiernos nacional, provincial y de la Ciudad

⁷³ Corte Suprema, *Mendoza, Beatriz y otros c. Estado Nacional y otros*. V., Suplemento Revista La Ley, con comentarios de Daniel Sabsay.

de Buenos Aires, con competencia ambiental concurrente en el problema. También en este caso la Corte impuso a los gobiernos el desarrollo de un “plan integrado basado en el principio de progresividad” a fin de cumplir con la obligación constitucional definida en la sentencia de proteger el ambiente. La Corte además fijó un procedimiento de audiencias públicas con participación de las organizaciones demandantes y otras organizaciones de la sociedad civil para provocar una discusión participativa de las propuestas gubernamentales, abriendo así un mecanismo de supervisión y seguimiento.

Los tribunales argentinos han tratado un creciente número de casos relacionados con el acceso y la salubridad del agua. Las estrategias legales empleadas han sido diversas: en algunos casos, la contaminación del agua ha sido presentada como una violación del derecho a la salud, de derechos ambientales, y aun de derechos patrimoniales.⁷⁴ En otros casos, el objeto del litigio ha sido el de exigir la provisión de un mínimo obligatorio de agua potable, independientemente de la capacidad de pago del o de los peticionantes.⁷⁵ En algunos casos, los tribunales se han

⁷⁴ V., Cámara Primera en lo Civil y Comercial de San Isidro, *Fundación Pro Tigre y Cuenca del Plata c. Municipalidad de Tigre y otros/ amparo* (la contaminación de aguas subterráneas es ilegal; el gobierno municipal debe proveer agua potable a los vecinos que sufren la contaminación); V., Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén Sala II, *Menores Comunidad Paynemil s/acción de amparo* (la contaminación de las napas por una compañía petrolera es ilícita; el gobierno provincial debe proporcionar agua potable a la comunidad indígena afectada); V., Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, *Defensoría de Menores Núm. 3 c. Poder Ejecutivo Municipal s/acción de amparo* (similar al anterior); V., Cámara Federal de La Plata Sala II, *Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica ‘18 de Octubre’ c. Aguas Argentinas SA y otros s/ amparo* (medida cautelar que ordena a la Provincia, a la Municipalidad y a la empresa prestadora del servicio público de agua cesar las acciones que afectan el equilibrio hídrico del municipio y adoptar las medidas para reestablecerlo).

⁷⁵ V., Suprema Corte de Justicia de Mendoza Sala II, *Villavechia de Pérez Lasala, Teresa c. Obras Sanitarias de Mendoza S.E. s/acción de inconstitucionalidad* (la prestación de servicios de agua potable y cloacas es de primera y vital necesidad, de uso obligatorio para todo beneficiario posible); Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata Sala II, *ACIDECON c. OSSE M.D.P. s/amparo* (el corte inmediato de los servicios de agua por falta de pago es abusivo); *idem*, *Ambientalista del Sur c. Azurix S.A.* (medida cautelar que obliga a la compañía prestadora del servicio de agua a proporcionar agua potable envasada a los usuarios hasta tanto se supere el problema de contaminación del agua entubada); Juzgado de Primera Instancia de Paz de Moreno, Provincia de Buenos Aires, *Usuarios y consumidores en defensa de sus derechos c. Aguas del Gran Buenos Aires s/amparo* (declaración de inconstitucionalidad de la norma legal que permite el corte de agua por falta de pago del servicio domiciliario de agua; se ordena a la compañía acabar con los cortes y reconectar el servicio de quienes hubieran sufrido cortes); Juez Sustituta de Primera Instancia y 51 Nominación en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba, *Quevedo, Miguel Angel, Márquez, Ramón Héctor, Boursiac, Ana María, Pedernera, Luis Oscar y otros c. Aguas Cordobesas S.A. s/amparo* (aunque

referido al “derecho al agua”, mencionando la Observación General Núm. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁷⁶

En el caso *Kersich*,⁷⁷ un grupo de 25 vecinos promovió acción de amparo contra la compañía Aguas Bonaerenses S. A. —ABSA—, para que la empresa comience a realizar los trabajos y tareas necesarios para adecuar la calidad y potabilidad del agua de uso domiciliario, según los parámetros establecidos por la OMS, y determine el plazo de efectiva adecuación de un proyecto específico. La pretensión se fundó en que el agua provista por la empresa contiene niveles de arsénico superiores a los permitidos por la legislación vigente. En cuanto a la cuestión de la naturaleza colectiva del derecho al agua, el Tribunal señaló que en el caso se procura la protección de un derecho de incidencia colectiva referido a uno de los componentes del bien colectivo ambiente: el agua potable. Por lo tanto, se trata de un problema comunitario que, para su mejor solución, debe ser tratado en un proceso colectivo. Acerca de la protección que en el ordenamiento nacional e internacional se brinda al acceso al agua potable la Corte, con invocación del derecho internacional, recordó que el agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. Agregó que el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos. Hasta tanto se resuelva el problema, la Corte mantuvo la medida cautelar que ordenaba el suministro de agua potable a los particulares y a las entidades educativas y asistenciales para satisfacer las necesidades básicas de consumo e higiene personal. Para llegar a tal resultado utilizó en sus fundamentos el Protocolo de San Salvador y la Observación General Núm. 15 del Comité DESC.

En el año 2019 la empresa minera Barrick Exploraciones Argentinas S. A.⁷⁸ inició una acción declarativa solicitando que se declare la inconstitucionalidad de la

el corte por del servicio por falta de pago no es manifiestamente ilegal, la compañía tiene la obligación de proveer una cantidad mínima de agua a los afectados).

⁷⁶ V., Juzgado Civil y Comercial de 8 Nominación de Córdoba, *Marchisio, José Bautista y otros s/amparo* (ordena a la municipalidad adoptar medidas para minimizar la contaminación del río Suquía, y a la Provincia proporcionar una cantidad mínima de agua potable a los peticionantes).

⁷⁷ Corte Suprema, *Kersich, Juan Gabriel y otros c. Aguas Bonaerenses S.A. s/amparo*.

⁷⁸ *Idem*, *Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c. Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad*.

ley 26.639 que estableció el Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y el Ambiente Periglacial, denominada “Ley de Glaciares”. Adujo, entre otras cuestiones la violación del debido proceso legislativo en el trámite parlamentario de la ley, y que sus previsiones configuraban un exceso en el ejercicio de las competencias federales de regulación de los presupuestos mínimos de protección del ambiente. También argumentó que la Ley de Glaciares colisionaba con el Tratado de Integración y Complementación Minera celebrado con la República de Chile; que obligaba a los emprendimientos mineros que al momento de su sanción ya se encontraban en ejecución sobre glaciares y periglaciares a someterse a una nueva auditoría y que de ello podría derivarse una medida adicional de protección ambiental, el cese o el traslado. La Corte rechazó la demanda y sostuvo que el acceso al agua potable es un derecho cuya tutela implica modificar una visión según la cual la regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado. De acuerdo con la Corte, el ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, como aquello que respondería a la voluntad de un sujeto que es su propietario.

En otro caso,⁷⁹ la Comunidad Indígena Eben Ezer inició acción de amparo contra la provincia de Salta y el Ministerio de Empleo y la Producción, con motivo de una ley local mediante la cual fueron desafectados como reserva natural ciertos lotes fiscales y se habilitó al Poder Ejecutivo provincial para ponerlos en venta por vía de un proceso licitatorio. La comunidad sostenía que su supervivencia depende de los recursos naturales existentes en esas tierras, y arguyó el quebrantamiento, entre otros derechos de jerarquía constitucional, del derecho a la vida y a la propiedad comunitaria de las tierras. La CSJN revocó la sentencia de la Corte de Justicia de Salta que había rechazado la acción de amparo. Sostuvo que el carácter negativo del resultado al que condujo la sentencia provincial se veía fuertemente agravado ante los singulares bienes jurídicos que estaban en juego. Citando a la Corte IDH la Corte expresó que “la cultura de los miembros de las comunidades

⁷⁹ *Idem*, Comunidad Indígena Eben Ezer c. provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción s/ amparo.

indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”. Advirtió que la relevancia y la fragilidad de los aludidos bienes, deben guiar a los magistrados no sólo en el esclarecimiento y decisión de los puntos de derecho sustancial, sino también de los vinculados con la “protección judicial” —prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la previsión del Convenio Núm. 169 de la OIT que dispone que han de instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por estos pueblos—.

En el año 2009, en un caso en el que la Confederación Indígena del Neuquén,⁸⁰ con base en diversas normas de la Constitución Nacional y local, solicitó la inconstitucionalidad de un decreto del Poder Ejecutivo local reglamentario de la ley nacional sobre Política Indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes, la Corte Suprema de la Nación falló en forma favorable a la Confederación. El caso volvió a la CSJN en el año 2013⁸¹ dado que el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, al dictar el nuevo pronunciamiento, hizo lugar parcialmente a la demanda y declaró sólo la inconstitucionalidad de dos incisos de un artículo del decreto. La Corte consideró que el decreto impugnado era inconstitucional, debido a que tanto la Nación como las provincias tienen competencia suficiente de reglamentación en materia de derechos de los pueblos originarios en sus respectivas jurisdicciones, siempre que ello no implique por parte de los estados provinciales una contradicción o disminución de los estándares establecidos en el orden normativo federal. Sostuvo que dichos estándares federales se encuentran contenidos y especificados tanto en el marco constitucional como en el Convenio 169 de la OIT, la ley nacional de política indígena y su decreto reglamentario. La Corte afirmó que el decreto impugnado no prevé el concepto de “autoidentificación” establecido por la ley nacional y el Convenio 169 de la OIT como un criterio fundamental de inscripción,

⁸⁰ *Idem, Confederación Indígena del Neuquén c. Provincia del Neuquén s/acción de inconstitucionalidad.*

⁸¹ *Idem, Confederación Indígena del Neuquén c. Provincia del Neuquén s/acción de inconstitucionalidad.*

además de omitir dar participación previa a las entidades que representan a los pueblos indígenas del Neuquén, desconociendo así la obligación establecida por dicho Convenio.

En otro caso,⁸² la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de la ley de creación del municipio de Villa Pehuenia en la Provincia de Neuquén, y del decreto que convocaba a elecciones para conformar la Comisión Municipal respectiva. Alegaron que, previo a tomar una decisión de esa índole, la provincia demandada estaba obligada a realizar una consulta previa para asegurar su derecho a la participación en los términos previstos en la Constitución Nacional y tratados internacionales con jerarquía constitucional. La CSJN consideró que, en función del deber de consultar establecido en el Convenio 169 de la OIT, la creación de un municipio era susceptible de afectar, de manera concreta y directa, a las comunidades mapuches en relación con la adecuada protección de su tierra y territorio, y con sus derechos políticos a participar en el diseño de las instituciones políticas locales y a decidir en forma autónoma sobre aspectos indispensables que hacen a la preservación de la vida indígena. Señaló que no cumplir con el deber de consulta podía implicar un menoscabo del derecho de las comunidades a la autodeterminación y a mantener y reforzar sus instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales. Destacó que el derecho a la participación también se veía afectado porque la regulación del Municipio no contemplaba un mecanismo que asegurara la participación permanente de las comunidades indígenas en el gobierno municipal. Dado que el Municipio funcionaba hacía ya 10 años reconoció la validez de la creación del mismo, pero condenó a la provincia demandada a establecer una mesa de diálogo con las actoras para implementar la consulta que había sido omitida y para diseñar mecanismos permanentes de comunicación y consulta para los pueblos originarios.

También han producido un apreciable número de sentencias sobre la materia los tribunales locales, entre los que se incluyen decisiones sobre conflictos relativos a

⁸² *Idem, Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c. Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad.*

las tierras históricas de comunidades,⁸³ y sobre el reconocimiento de que las diferencias culturales y la existencia de conflictos sobre las tierras ancestrales son razones que justifican el rechazo de acciones penales en contra de miembros de pueblos indígenas.⁸⁴

Bibliografía

Libros

Alonso, Guillermo, *Política y Seguridad Social en la Argentina de los 90*, Miño y Dávila-FLACSO, Buenos Aires, 2000.

Barbeito, Alberto y Lo Vuolo, Rubén, *La nueva oscuridad de la política social. Del Estado populista al neoconservador*, Miño y Dávila-CIEPP, 2a. ed., Buenos Aires, 1998.

Courtis, Christian y Abramovich, Victor, “La justiciabilidad de los derechos sociales en la Argentina: algunas tendencias”, en *La protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

Courtis, Christian, “El derecho a la seguridad social en el Derecho Internacional”, en *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Víctor Abramovich, Víctor, Añón María José y Courtis, Christian (comps.), Fontamara, México, 2003.

Courtis, Christian, “La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud:

⁸³ V., Juzgado de 1º Instancia de lo Civil, Comercial y de Minería de Pico Truncado - Provincia de Santa Cruz, *Paisman, Rubén Alejandro c. Consejo Agrario Provincial S/Acción de Amparo*; Cámara Civil y Comercio de Jujuy Sala I, *Comunidad aborigen de Quera y Aguas Calientes – Pueblo Cochimoto c. Provincia de Jujuy*; Juzgado de 1º Instancia en lo Civil, Comercial y Minería Núm. 5, IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro, *Sede, Alfredo y otros c. Vila, Herminia y otros s/Desalojo*; Tribunal Superior de Justicia de Río Negro, *CO. DE. C. I. de la Provincia de Río Negro s/acción de amparo*.

⁸⁴ V., Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, *Puel, Raúl s/daño*; Juzgado de Instrucción Núm. 2 de San Carlos de Bariloche, *Fernández, Edgardo R. s/usurpación*; Juzgado de Instrucción N Núm. 2 de San Carlos de Bariloche, *Guarda, Fidel s/ Usurpación*.

apuntes críticos”, en *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Abramovich, Víctor, Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.), Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2007.

Courtis, Christian, “Social Rights and Privatisation: Lessons from the Argentine Experience”, en *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*, en De Feyter, Koen y Gómez Isa, Felipe (eds.), Intersentia, Amberes-Oxford, 2004.

Isuani, Ernesto, Lo Vuolo, Rubén, *et al.*, *El Estado Benefactor. Un paradigma en crisis* Miño y Dávila-CIEPP, Buenos Aires, 1991.

Scheinin, Martin “The Right to Social Security”, en *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, Eide, Asbjørn, Krause, Catarina y Rosas, Allan (eds.), Martinus Nijhoff, 2ª, Dordrecht, 2001.

Jurisdicción y normas

Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, *Ambientalista del Sur c. Azurix S.A.*, 03/05/2000.

Cámara Civil y Comercia de Jujuy, Sala I, *Comunidad aborigen de Quera y Aguas Calientes – Pueblo Cochinota c. Provincia de Jujuy*, 14/09/2001.

Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata Sala II, *ACIDECON c. OSSE M.D.P. s/ amparo*, 27/04/1998.

Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén Sala II, *Menores Comunidad Paynemil s/acción de amparo*, 19/05/1997.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca Sala II, *C. y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires*, 02/09/1997.

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires Sala I, *Asesoría Tutelar Justicia Contencioso Administrativo y Tributario de la C.A.B.A. c. GCBA s/Amparo*, 01/06/2001.

_____, *B. L. E. y Otros c. OSBA s/Daños y Perjuicios*, 27/08/2004.

_____, *Centro de Educ. Médica e Invest. Clínicas Norberto Quirno c. GCBA s/otras causas*, 22/06/2004.

_____, *Raimondo Inés Beatriz c. GCBA s/ Daños y Perjuicios*, 26/03/2004.

_____, *Santoro, Francisco Roberto y Otro c. GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA)*, 14/05/2002.

_____, *Urtasun, Teodoro Alberto c. Instituto Municipal de Obra Social s/ Cobro de Pesos*, 22/04/2004.

_____, *Vanzini Oscar Alberto c. Colegio Liceo Núm. 1 Figueroa Alcorta s/ Amparo (Art. 14 CCABA)*, 12/05/2004.

_____, *Zárate, Raúl Eduardo c. GCBA s/Daños y Perjuicios*, 21/08/2002.

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires Sala II, *Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c. GCBA s/ otras causas*”, 07/10/2004.

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires Sala III, *Rodríguez, César Alan c. GCBA y otros s/Amparo*, 17/03/2017.

Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, Sala I, *R.C.S. y otro c. I.P.S.S.T. y otros/amparo*, 25/03/2005.

_____, *Rodríguez, José Angel y otra c. Sistema Provincial de Salud y otros/ amparo s/medida cautelar*, 10/12/2003.

_____, *González, Amanda Esther c. Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán y otros/amparo*, 15/07/2002.

Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social Sala II, *Ciampagna, Rodolfo N. c. ANSeS*, 11/04/1997.

_____, *González, Herminia del Carmen c. ANSeS*, 11/20/1998.

Cámara Federal de La Plata Sala II, *Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica `18 de Octubre` c. Aguas Argentinas SA y otros s/ amparo*, 08/07/2003.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala de FERIA, *Confederación General de Trabajo de la República Argentina c. Poder Ejecutivo Nacional*, 24/01/1997.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala III, *Casteñán, Gustavo A. c. Raña Veloso, Raúl y otros*, 30/08/1985.

_____, *Prinetti, Jorge M. c. Bagley, S. A.*, 27/10/1999.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala IV, *Bariain, Narciso T. c. Mercedes Benz Argentina S. A.*, 05/14/1985.

_____, *Reggiardo de Henri, Irma c. EFA*, 14/08/1985.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala VI, *Asociación del Personal Superior del Congreso de la Nación c. Ministerio de Trabajo*, 26/04/05.

_____, *Garay Benítez c. Agrest S.A.*, 14/6/2004.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala C, *T., J. M. c. Nubial S.A.*, 14/10/1997.

_____, *Sala H, Fundación Mujeres en Igualdad c. Freddo*, 15/9/2000.

_____, Sala K, Arroyo, Gustavo Adolfo y otros c. Jovis S. R. L. y otros s/ daños y perjuicios, 12/12/2005.

Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Sala IV, Viceconte, Mariela c. Estado nacional–Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986, 02/06/1998.

Cámara Primera en lo Civil y Comercial de San Isidro, Fundación Pro Tigre y Cuenca del Plata c. Municipalidad de Tigre y otros/ amparo, 09/06/1998.

Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Núm. 5.

Consejo de Derechos Humanos, Resolución 25/20: El derecho de las personas con discapacidad a la educación, 24 de marzo de 2014.

Corte Suprema, A., C. B. C. Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986, dictamen del Procurador General de la Nación del 19/03/1999; decisión de la Corte del 01/06/2000.

_____, Agüero, Medardo, 14/06/1983.

_____, Alvarez, Oscar Juan c. Buenos Aires, Provincia de y otros/acción de amparo, 12/07/2001.

_____, Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688, 21/09/2004.

_____, Arin Boeri, Nydia Noemí, 26/07/1983.

_____, Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social –Estado Nacional s/amparo ley 16.688, dictamen del Procurador General de la Nación del 22/02/1999, decisión de la Corte del 01/06/2000.

_____, Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otros c. EN - MO Educación s/amparo ley 16.986, 03/10/2017.

- _____, *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud – Estado Nacional s/acción de amparo-medida cautelar*, dictamen del Procurador General de la Nación del 04/08/2003, decisión de la Corte del 18/12/2003.
- _____, *Asociación de Trabajadores del Estado c. Provincia de Corrientes*, 14/07/1999.
- _____, *Badaro, Adolfo Valentín c. ANSES s/ reajustes varios*, 08/08/2007.
- _____, *Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, 04/06/2019.
- _____, *Barry, María Elena c. ANSES s/reajustes por movilidad y Hussar, Otto c. ANSeS s/reajustes por movilidad*, 10/10/1996.
- _____, *Berçaitz, Miguel Ángel c. Instituto Municipal de Previsión Social s/ jubilación*, 13/09/1974.
- _____, *Beneduce, Carmen J. y otras c. Casa Augusto*, 18/12/1967.
- _____, *Benítez, Ricardo Ernesto c. Policía Federal s/amparo*, 17/12/1996.
- _____, *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*, 24/10/2000.
- _____, *Casanegra, Alejandro*, 1956.
- _____, *Castillo, Angel Santos c. Cerámica Alberdi S.A.*, 07/09/2004.
- Corte Suprema, *Castillo, Carina Viviana y otros c. Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/amparo*, 12/12/2017.
- _____, *Chocobar, Sixto Celestino c. Caja de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos*, 27/12/1996.

- _____, *Comunidad Indígena Eben Ezer c. provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción s/amparo*, 30/09/2008.
- _____, *Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c. Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad*, 08/04/2021.
- _____, *Confederación Indígena del Neuquén c. Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad*, 02/06/2009.
- _____, *Confederación Indígena del Neuquén c. Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad*, 10/12/2013.
- _____, *Defensor del Pueblo c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento*, 18/09/2007.
- _____, *Defensor del Pueblo c. Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento*, 26/12/2018.
- _____, *Corte Suprema, De Luca, José E. y otro c. Banco Francés del Río de la Plata*, 25/02/1969.
- _____, *De Simone, Ricardo Luis*, 23/02/1982.
- _____, *Di Fulvio, Antonio*, 01/12/1965.
- _____, *Duich Dusan, Federico c. C.E.M.I.C. s/ amparo*, 29/04/2014.
- _____, *Etcheverry, Roberto E. c. Omint Sociedad Anónima y Servicios*, dictamen del Procurador General de la Nación del 17/12/1999, decisión de la Corte del 13/03/2001.
- _____, *E, A. L. s/ medida autosatisfactiva*, 13/03/2012.
- _____, *Farina, Teresa Carmen*, 10/05/1983.

- _____, *Ferrer de Leonard, Josefina y otros c. Superior Gobierno de la Pcia. de Tucumán s/amparo*, 12/08/2003.
- _____, *Gallo, María Liliana c/ Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Salud s/demanda contencioso administrativa*, 23/02/2016.
- _____, *González, Herminia c. ANSeS*, 21/03/2000.
- _____, *Helguera de Rivarola, María Teresa s/pensión*, 11/12/1975.
- _____, *Ibáñez, Angel Bernabé s/jubilación*, 10/12/1985.
- _____, *Institutos Médicos Antártida s/ Quiebra s/incidente de verificación (R.A.F y L.R.H. de F)*, 26/03/2019.
- _____, *Itzcovich, Mabel c. ANSeS s/reajustes varios*, 29/04/2005.
- _____, *Kersich, Juan Gabriel y otros c. Aguas Bonaerenses S.A. s/amparo*, 2/12/2014.
- _____, *Lifschitz, Graciela c. Estado Nacional s/sumarísimo*, 06/15/2004.
- _____, *López Villanueva, Manuel*, 1963.
- _____, *M., S. A. s/materia: previsional s/recurso de amparo*, 23/11/2004.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal Sala II, R., R. S. c. *Ministerio de Salud y Acción Social y otros/amparo*, 21/10/1997.
- _____, *Macchiavelli, Carlos Jorge c. Nación Argentina*, 13/96/1978.
- _____, *Magliocca, José Benedicto*, 1956.
- _____, *Martín, Sergio Gustavo y otros c. Fuerza Aérea Argentina - Dirección General Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/amparo*, dictamen del Procurador General de la Nación del 31/10/2002, decisión de la Corte del 08/06/2004.

_____, *Mastroiani, Ricardo A. c. Establecimiento Modelo Terrabusi S. A.*, 27/05/1999.

_____, *Mendoza, Beatriz y otros c. Estado Nacional y otros*, 20/06/2006.

_____, *Milone, Juan Antonio c. Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/accidente - ley 9688*, 26/10/2004.

_____, *Monteserin, Marcelino c. Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad y Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa T, l. H., en rep.. U. E.G. T.T. c. Obra Social del Poder Judicial de la Nación si leyes especiales (diabetes, cáncer, fertilidad)*, 14/08/2018.

_____, *Naranjo, Emiliano P. c. Universidad Nacional de la Matanza*, dictamen de la Procuradora General de la Nación, 01/06/2015, fallo de la Corte, 10/11/2015.

_____, *N.N.o U., V. s/ protección y guarda de personas*, 12/06/2012.

_____, *N., L. M. y otra c. Swiss Medical Group S. A.*, dictamen del Procurador General de la Nación del 11/06/2003, decisión de la Corte del 21/08/2003.

_____, *Orellano, Francisco Daniel c. Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo*, 07/06/2016.

_____, *Orsi, Pacífico Héctor c. Nación*”, 1964.

_____, *Ortiz, Graciela c. Serpa de Torres, Nidia y/o Torres, Carlos y/o quien resulte responsable s/ despido*, 23/08/2018.

_____, *Outon, Carlos J. y otros*, 29/03/1967.

- _____, *Padín Capella, Jorge D. c. Litho Formas S. A.*, 12/03/1987.
- _____, *Pérez de Da Gracca, Carmen (Viuda) c. frigorífico Anglo*, 24/03/1958.
- _____, *Pincerolli, Leopoldo s/jubilación*, 25/04/1969.
- _____, *Ponzo, Alfredo Blas G.*, 1963.
- _____, *R., M. J. s/ insania*, 19/02/2008.
- _____, *Ratto, Sixto y otro c. Productos Stani S. A.*, 08/26/1966.
- _____, *Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación en la causa V. l., R. c. Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ ordinario*, 19/09/2017.
- _____, *Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo*, 10/02/2015.
- _____, *Recurso de hecho deducido por Luisa Aguilera Mariaca y Antonio Reyes Barja en representación de Daniela Reyes Aguilera en la causa Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional*, 04/09/2007.
- _____, *Riobo, Alberto c. La Prensa, S. A.*, 16/02/1993.
- _____, *Riveros, Olga Yolanda*, 24/2/1976; *Incar nato, Aristides Alejandro s/jubilación*, 31/08/1976.
- _____, *Rolón Zappa, Víctor Francisco*, 30/09/1986.
- _____, *Romano, Adolfo R. y otros c. Usina Popular y Municipal de Tandil, S. E. M.*, 31/07/1979.

_____, *Sánchez, María del Carmen c. ANSeS s/reajustes varios*, 17/05/2005, confirmado el 28/07/2005.

_____, *Sturiale, Nicolás s/sucesión*, 1965.

_____, *V, W. J. c. Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/sumarísimo*, 02/12/2004.

_____, *Varela, José Gilberto c. Disco S.A. s/amparo sindical*, 04/09/2018.

_____, *Verón, Antenor Benedicto*, 15/03/1977.

_____, *Vizzoti, Carlos Alberto c. Amsa S.A. s/despido*, 14/07/2004.

_____, *Zárate Jades y otros c. Provincia de la Pampa*, 13/08/1981.

Juez Sustituta de Primera Instancia y 51 Nominación en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba, *Quevedo, Miguel Angel, Márquez, Ramón Héctor, Boursiac, Ana María, Pedernera, Luis Oscar y otros c. Aguas Cordobesas S.A. s/amparo*”, 08/04/2002.

Juzgado Civil y Comercial de 8 Nominación de Córdoba, *Marchisio, José Bautista y otros s/amparo*, 16/10/2004.

Juzgado de Primera Instancia de Paz de Moreno, Provincia de Buenos Aires, *Usuarios y consumidores en defensa de sus derechos c. Aguas del Gran Buenos Aires s/amparo*, 21/08/2002.

Juzgado de 1º Instancia de lo Civil, Comercial y de Minería de Pico Truncado - Provincia de Santa Cruz, *Paisman, Rubén Alejandro c. Consejo Agrario Provincial S/Acción de Amparo*, 24/03/2000.

Juzgado de 1º Instancia en lo Civil y Comercial de Junín de los Andes, *Painefilu, Mariano y otros c. Consejo de Educación de Neuquén*, 17/08/2000.

Juzgado de 1º Instancia en lo Civil, Comercial y Minería Núm. 5, IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro, *Sede, Alfredo y otros c. Vila, Herminia y otros s/Desalojo*, 12/08/2004.

Juzgado de 1º Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires Núm. 3, *C., M. D. y otros c. GCBA s/amparo*, 11/03/2003.

_____, Núm. 4, *González Rayco, Artidoro c. GCBA s/amparo*, 19/05/2005.

Juzgado de Instrucción Núm. 2 de San Carlos de Bariloche, *Fernández, Edgardo R. s/usurpación*, 21/04/2004.

_____, *Guarda, Fidel s/ Usurpación*, 10/11/2004.

Juzgado de Menores y Familia Núm. 2 de Paraná, *Defensor del Superior Tribunal de Justicia c. Estado Provincial-Acción de amparo*, 28/06/2002.

Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969.

_____, *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, 06 de julio de 1999.

Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 13 de diciembre de 2006.

_____, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 de diciembre de 1966.

Organización Internacional del Trabajo, *Conferencia Internacional del Trabajo*, 81ra. reunión, 1994-1995.

_____, *Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización*, 17 de junio de 1948.

_____, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*.

Suplemento Revista La Ley, *Comentarios de Daniel Sabsay*, 11 de julio de 2006.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza Sala II, *Villavechia de Pérez Lasala, Teresa c. Obras Sanitarias de Mendoza S.E. s/acción de inconstitucionalidad*, 05/02/1990.

Suprema Corte de Justicia Provincia de Bs. As., *A., G. C. s/amparo - R.E.N.-R.I.L.* 30/10/2013.

_____, *As., B.A.F c. Provincia de Buenos Aires s/amparo-recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley*, 03/07/2013.

_____, *As., P., C. I. y otro c. Provincia de Buenos Aires s/amparo*, 14/06/2010.

_____, *Leiva, Horacio y otros c. Swift Armour S. A.*, 06/07/1984.

Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, *Defensoría de Menores Núm. 3 c. Poder Ejecutivo Municipal s/acción de amparo*, 02/03/1999.

_____, *Puel, Raúl s/daño*, 12/03/1999.

Tribunal Superior de Justicia de Río Negro, *CO. DE. C. I. de la Provincia de Río Negro s/acción de amparo*, 16/08/2005.

Tercera Parte

**Principios, criterios y herramientas
de interpretación y tutela**

El núcleo mínimo vital de los derechos sociales

Leticia Morales*

* Doctora en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Profesora e investigadora de tiempo completo de la Universidad Austral de Chile, Directora del Programa de Doctorado en Derecho de la de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UACH.

El núcleo mínimo vital de los derechos sociales. I. Introducción; II. Delineando el concepto de núcleo mínimo vital de los derechos sociales; III. Estrategias de fortalecimiento del contenido del núcleo mínimo vital; IV. El potencial del núcleo mínimo vital en la jurisprudencia; V. Conclusiones.

I. Introducción

En los últimos años, el discurso de la existencia, fundamentación y protección de los derechos sociales, económicos y culturales ha ido cobrando cada vez mayor fuerza tanto en el ámbito de protección internacional como en el de los sistemas jurídicos nacionales.¹ El objeto de los debates, sin embargo, ha ido variando. Mientras antes se discutía si los derechos sociales podían ser considerados “verdaderos derechos” a la par que los derechos civiles y políticos, hoy esa discusión ha sido ampliamente superada. Los trabajos actuales tienen el objetivo de rebatir la crítica de la falta de determinación del contenido de estos derechos y de las obligaciones, y la consiguiente dificultad de la intervención judicial como garantía de protección.

Una de las elaboraciones conceptuales de mayor relevancia teórica y práctica para dar cuenta de esas dificultades, es la noción del “núcleo mínimo vital” de los derechos sociales o también denominado “contenido mínimo esencial”. La noción del núcleo mínimo vital pretende encontrar una salida al dilema en que se encuen-

¹ En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se emplea la expresión “Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales” —o la nomenclatura agregada DESCAs—. Por simplicidad y agilidad en el estilo de redacción utilizaré “derechos sociales” como denominación genérica.

tran los gobiernos, fundamentalmente en Latinoamérica, para cumplir con las obligaciones emanadas de las constituciones políticas, a partir de la inclusión de los derechos sociales, y de los compromisos asumidos en los pactos y tratados internacionales de protección de derechos humanos.²

En efecto, el establecimiento de los derechos sociales en los ordenamientos jurídicos domésticos, y el creciente peso del derecho internacional de los derechos humanos, presentan un desafío más allá de lo puramente teórico. Estamos también frente a una cuestión práctica que consiste en determinar a qué tienen derecho las personas, cuando su sistema jurídico establece una serie de previsiones en su favor; así como, para evaluar las decisiones legislativas y las decisiones jurisdiccionales que dictan los tribunales de justicia de acuerdo con ellas o no, de manera de que los gobiernos puedan mostrar la efectiva realización de estos derechos. Para ello, se ha vuelto primordial brindar herramientas que permitan precisar el contenido de los derechos sociales, y correlativamente, de las obligaciones de los gobiernos en tanto sujetos obligados, así como fundamentar su justiciabilidad.

Este trabajo propone articular, en primer lugar, un concepto de núcleo mínimo vital y de las obligaciones esenciales de efecto inmediato de los derechos sociales para aportar claridad a la cuestión fundamental acerca de su contenido y del nivel mínimo exigible de protección. En segundo lugar, se examinan las principales tesis sobre el núcleo mínimo esencial en el derecho internacional relacionadas con la indivisibilidad, interdependencia, e igual relevancia de todos los derechos humanos, mostrando además cómo el desarrollo de estos principios por parte de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sirve como pauta interpretativa indirecta para resguardar los derechos sociales en los países de la región latinoamericana. Por último, se muestra mediante ejemplos prácticos la forma en que tribunales judiciales nacionales han sido capaces de proteger particulares derechos sociales por vía de la exigencia del núcleo mínimo vital, superando las críticas de no justiciabilidad.

² V., Pautassi, “Límites en la agenda de reformas sociales. El enfoque de derechos en la política pública”, en *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, p. 182.

De esta manera, el trabajo contribuye a ofrecer herramientas interpretativas necesarias para la tutela de los derechos sociales, económicos y culturales por parte de los tribunales de justicia, ayudando a identificar el núcleo mínimo vital y las obligaciones esenciales de efecto inmediato.

II. Delineando el concepto de núcleo mínimo vital de los derechos sociales

Con el objeto de medir el cumplimiento de los derechos sociales a nivel internacional se han ido articulando una serie de estándares que tienen como efecto servir de pauta interpretativa en el plano doméstico. Entre esos estándares, nos ocuparemos en este capítulo del núcleo mínimo vital o contenido mínimo esencial y su relación con los recursos disponibles y las obligaciones de efecto inmediato.³ Junto a estos, hay que tener en cuenta también los desarrollos teóricos de los principios de progresividad y no regresividad, la garantía de ejercicio sin discriminación y el resguardo del principio de igualdad, la obligación de protección de las personas y grupos más vulnerables —“sujetos de especial protección”— y las garantías de acceso a la justicia.⁴

El concepto de núcleo mínimo vital puede ser originariamente rastreado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, que luego es recogida en el sistema jurídico.⁵ Su plasmación jurídica en la Ley Fundamental de 1949 se encuentra en el artículo 19.2 según el cual: “En ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial”. Le precede una rica jurisprudencia emanada en forma conjunta de varios tribunales superiores.⁶ La contribución

³ En este trabajo las expresiones “núcleo mínimo vital” y “contenido mínimo esencial” son empleadas como sinónimas. El análisis de un núcleo mínimo vital requiere examinar paralelamente la noción de las obligaciones mínimas de efecto inmediato.

⁴ Estos temas están desarrollados en las contribuciones de Aniza García Morales, Silvia Serrano, Christian Courtis y Roberto Lara Chagoyán, en este mismo volumen.

⁵ Cf., Petit, “El diálogo entre doctrina, constitución y cortes para el establecimiento de los contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales, La convergencia de categorías”, en *Estudios Constitucionales*, pp. 206-207 y 215-216, y bibliografía allí citada.

⁶ Courtis, *Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales. Experiencias comparadas de justiciabilidad*, pp. 28-29.

teórica de estos órganos consiste en sostener que cada derecho tendría un núcleo mínimo esencial que no debería ser afectado por el legislador, por tanto, el órgano judicial competente tiene a su cargo proteger ese contenido esencial, que es una garantía institucional más de la carta fundamental.⁷

Los fundamentos que se esgrimen para justificar la adopción de un núcleo mínimo esencial de los derechos sociales suelen remitir a valores morales como la dignidad, el bienestar, la autonomía, o la exigencia de satisfacción de las necesidades básicas, entre otros, sustentados en alguna teoría de la justicia social; y también se señala su importancia para la realización de valores democráticos.⁸

El contenido mínimo se inserta dentro del concepto de derecho subjetivo. Un derecho subjetivo es aquel en el que encontramos tres elementos relacionados entre sí: un sujeto titular, el objeto consistente en una pretensión-obligación, y un sujeto obligado. Así, un sujeto tiene un derecho como pretensión si existe una obligación activa o pasiva de otro sujeto respecto del primero.⁹ Con respecto a los derechos sociales, el lugar de sujeto titular lo ocupan las personas a las que los sistemas jurídicos reconocen como tales. El sujeto obligado a su satisfacción es el Estado.¹⁰ El objeto alude a aquello de naturaleza económica, social, cultural y ambiental a lo que se tiene derecho. Ahora bien, esta caracterización de la pretensión tiene un alto grado de generalidad, que no desaparece con su formulación en las constituciones políticas contemporáneas.¹¹ De ahí que los esfuerzos teóricos y

⁷ Cf., Petit, *op. cit.*, p. 207.

⁸ Existen diversos argumentos de justificación normativa de la noción de un núcleo mínimo de derechos sociales con base en distintas concepciones de la justicia social. Para una revisión y examen crítico de las principales teorías de justificación de los derechos sociales V., Morales, «The Discontent of Social and Economic Rights», en *Res Publica*, pp. 257-272. A los efectos de formular y defender la noción del núcleo mínimo vital no es necesario argumentar una conexión especial con un valor subyacente. Cf., «Tasioulas, Minimum Core Obligations: Human Rights in the Here and Now», *Nordic Trust Fund and The World Bank*, 2017, p. 1.

⁹ Se trata de la noción hohfeldiana de derecho subjetivo en sentido estricto. V., una discusión de los distintos sentidos de derecho subjetivo en Morales, *Derechos sociales constitucionales y democracia*, pp. 47-53.

¹⁰ También pueden ser sujetos obligados los terceros particulares o privados, como corporaciones o individuos por ejemplo en su carácter de empleadores, según la regulación de los derechos sociales en los distintos sistemas jurídicos. La doctrina internacional de derechos humanos lo denomina “efecto horizontal de los derechos”. V., la contribución de Silvia Serrano, en este volumen.

¹¹ La falta de determinación de los enunciados constitucionales sobre derechos es un rasgo común que afecta a todos los derechos fundamentales civiles, políticos, sociales, económicos, culturales y ambientales.

prácticos se dirijan a precisar el contenido de estos derechos y obligaciones, a manera de sortear la objeción de su indeterminación.

La noción del núcleo mínimo vital tiene la finalidad de precisar un contenido jurídico mínimo para las pretensiones indeterminadas de los derechos sociales.¹² Lo anterior consistiría en una estrategia minimalista, de acuerdo con Young, según la cual se trataría de maximizar las ganancias minimizando las expectativas.¹³ La determinación del núcleo esencial de cada derecho permite fijar el contenido mínimo a partir del cual es posible diseñar indicadores para monitorear el desarrollo progresivo de las políticas públicas sobre derechos sociales. De acuerdo con Parra Vera, “el contenido esencial es el conjunto de niveles básicos de cada derecho social, razón por la cual es el parámetro al que se debe someter toda intervención de los poderes públicos sobre el correspondiente derecho”.¹⁴

Las obligaciones correlativas que adquieren los Estados con el reconocimiento de los derechos sociales son de dos tipos: a) obligaciones de garantizar niveles mínimos o esenciales de los derechos; y b) obligaciones de progresividad.¹⁵ Las primeras son de efecto inmediato, es decir, generan el deber correlativo de asegurar la vigencia del núcleo mínimo de cada derecho desde el momento de su incorporación. En cambio, las segundas, en tanto están condicionadas por la existencia

La diferencia es que la consagración primigenia de los derechos civiles y políticos ha permitido un desarrollo jurisprudencial de sus contenidos que se ha ido precisando a lo largo de cientos de años, mientras que, respecto de los DESCAs, su incorporación a la mayoría de las constituciones data de hace algo más de cincuenta años, por lo que puede observarse un progreso notable recién en los últimos años, tal como se muestra en este trabajo. *Cf.*, Morales, *op. cit.*, pp. 48-49.

¹² Young, “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, *Boston College Law School Faculty Papers*, p. 113.

¹³ *Idem*, pp. 113-114. Este enfoque no significa que los derechos sociales se vuelvan demasiado limitados o restrictivos, en tanto que es necesario complementarlo con las obligaciones de cumplimiento progresivo para su completa protección. *V.* Chowdhury, *Judicial Adherence to a Minimum Core Approach to Socio-Economic Rights – A Comparative Perspective*, p. 6; y Tasioulas, *op. cit.*, pp. 27-28.

¹⁴ Parra Vera, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”, en *Ni un paso atrás. La prohibición de regresiva en materia de derechos sociales*. p. 54.

¹⁵ Estas obligaciones se encuentran previstas en los Principios de Limburgo sobre la aplicación de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, principio 25, UN doc. E/C 4/1987/17; Principios de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, principio 9; CDESC, Observación General Núm. 3, párr. 10, UN doc. E/1991/23; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 26 y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, artículo 1.

de recursos requieren la adopción de medidas para avanzar en forma gradual y progresiva hacia su plena realización.

Tanto a nivel internacional como regional, los esfuerzos actuales se dirigen a precisar indicadores de progreso de los derechos sociales, en tanto que estos son parte de las herramientas útiles para hacerlos exigibles.¹⁶ Estos indicadores permiten monitorear la satisfacción del contenido mínimo esencial de cada uno de los países y el progreso en cuanto a la realización de los derechos sociales, lo cual debe ser distinguido del progreso económico y social de cada país.¹⁷ El artículo 2.1 del Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales —PIDESC— establece:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, 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.

El Comité del PIDESC sostiene que existe un umbral mínimo esencial de satisfacción de cada derecho que debe garantizar por lo menos niveles esenciales de los derechos del Pacto, considerado como contenido inderogable. En un primer momento el Comité afirmó que esa obligación surge del artículo 2.1 del Pacto, sosteniendo que “un Estado en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones”.¹⁸ Esto significa que cada Estado tiene la obligación de asegurar ese estándar mínimo con independencia de la situación social y económica que atraviesen los Estados ya que de lo contrario carecería de su razón de ser.¹⁹ Los Estados, por lo tanto, no pueden ampararse en la falta de recursos

¹⁶ V., Asamblea General de la OEA, Normas para la confección de informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador, *passim*.

¹⁷ Cf., Parra, *op. cit.*, p. 55.

¹⁸ CDESC Observación General Núm. 3 La índole de las obligaciones de los Estados Partes párr. 1 del art. 2 del Pacto, párr. 10.

¹⁹ *Ibidem*. UN doc, E/1991/23 párr. 10.

disponibles para justificar un accionar que lleve a un grupo de la población por debajo del estándar mínimo de protección de este derecho. En este sentido, el contenido mínimo esencial debería determinarse con independencia de los recursos disponibles.²⁰

Incluso en situaciones de limitaciones presupuestarias o escasez grave de recursos, el Comité ha señalado que deben adoptarse medidas para proteger a las personas más vulnerables de la sociedad.²¹ Con posterioridad, el Comité precisó la posición sobre la garantía del contenido mínimo esencial, afirmando que un Estado “no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento”.²² De acuerdo con Abramovich y Courtis, estaríamos en una segunda etapa de la jurisprudencia del Comité caracterizada por la prohibición absoluta de incumplimiento de las obligaciones mínimas inderogables.²³ La obligación de proteger un contenido mínimo esencial de cada derecho se complementa con la obligación que tiene el Estado de utilizar, para la satisfacción de los derechos sociales, el máximo de los recursos disponibles.

El derecho internacional reconoce la imposibilidad fáctica por parte de algún Estado de satisfacer de forma inmediata y en toda su extensión todos los elementos que forman el contenido de los derechos sociales. Sin embargo, eso no significa que no se siga obligación alguna. De acuerdo con el Comité existen obligaciones de carácter inmediato, que consisten, además de la ya referida satisfacción del contenido esencial, en la adopción de medidas por parte del Estado para la plena efectividad de los derechos reconocidos. Dichas medidas “deben ser deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el Pacto”.²⁴ La carga de justificar por qué ha no ha progresado o si ha retrocedido, está del lado del Estado. De ahí que no cabe presumir la diligencia en la adopción

²⁰ Sobre la irrelevancia conceptual de la escasez de recursos para la determinación del contenido de los derechos sociales, V, Morales, *op. cit.*, pp. 85-93.

²¹ CDESC, Observación General Núm. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr 1 del art. 2 del Pacto) UN doc, E/1991/23, párr. 12.

²² CDESC, Observación General Núm. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, párr. 47.

²³ *Cf.*, Abramovich, Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 90-91.

²⁴ CDESC, Observación General Núm. 3 La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art. 2 del Pacto), UN doc, E/1991/23, párr. 2.

de esas medidas. Corresponde al Estado, ante un reclamo concreto, y no a las personas, demostrar que se han realizado todos los esfuerzos posibles, teniendo en cuenta el máximo de recursos disponibles para cumplir con sus obligaciones en materia de derechos sociales.²⁵ Además de introducir la noción de contenido mínimo esencial, el Comité ha ofrecido en sus Observaciones Generales, criterios para identificar ese contenido para derechos específicos contenidos en el PIDESC.²⁶

Es claro que estos criterios interpretativos del Comité son vinculantes para los Estados partes del Pacto. No obstante, la corrección interpretativa del núcleo mínimo esencial y de las obligaciones de efecto inmediato no se sigue únicamente del respaldo del Comité u otros órganos internacionales.²⁷ El carácter jurídico vinculante de estas nociones podría reforzarse mediante su inclusión explícita en un tratado, o mediante su evolución en una norma de *ius cogens* del derecho internacional.²⁸ La adopción de consensos políticos internacionales sobre contenidos mínimos universales, como los Objetivos de Desarrollo Sostenible, pueden constituir también referencias importantes para identificar el núcleo mínimo esencial de derechos sociales en particular.

Un ejemplo de regulación de *soft law* en el ámbito internacional de la exigencia de contenidos mínimos esenciales se encuentra en la Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 —R202, 2012— adoptada por la Organización Internacional del Trabajo —OIT—.²⁹ Considerando las normas de la OIT sobre la seguridad social y la necesidad de proporcionar orientaciones a los países miembros para establecer pisos de protección social que se adapten a las circunstancias y niveles de desarrollo de cada país, la R202 dispone en el párrafo 4 que:

Los Miembros, en función de sus circunstancias nacionales, deberían establecer lo más rápidamente posible y mantener *pisos de protección social propios que incluyan*

²⁵ Cf., Pautassi, *op. cit.*, p. 200.

²⁶ V., las contribuciones sobre los derechos a la vivienda, salud, educación, protección social y agua, en este mismo volumen.

²⁷ Cf., Tasioulas, *op. cit.*, p. 1.

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ La R202 fue adoptada el 14 de junio de 2012 en el marco de la 101ra sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo.

garantías básicas en materia de seguridad social. Estas garantías deberían asegurar como mínimo que, durante el ciclo de vida, todas las personas necesitadas tengan acceso a una atención de salud esencial y a una seguridad básica del ingreso que aseguren conjuntamente un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional.³⁰

La Recomendación detalla a continuación en el párrafo 5 que estos pisos de protección social tendrían que incluir al menos las siguientes garantías básicas de seguridad social:

- a) acceso a un conjunto de bienes y servicios definido a nivel nacional, que constituyen la atención de salud esencial, incluida la atención de la maternidad, que cumpla los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad;
- b) seguridad básica del ingreso para los niños, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional, que asegure el acceso a la alimentación, la educación, los cuidados y cualesquiera otros bienes y servicios necesarios;
- c) seguridad básica del ingreso, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional, para las personas en edad activa que no puedan obtener ingresos suficientes, en particular en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez, y;
- d) seguridad básica del ingreso para las personas de edad, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional.

En el resto del documento se incorporan indicaciones sobre el aseguramiento de la sostenibilidad financiera, fiscal y económica de los pisos de protección social nacional, estrategias nacionales para extender la seguridad social y mecanismos de seguimiento, entre otras obligaciones de carácter progresivo. Si bien los parámetros mínimos se dejan a la definición a nivel nacional, en los párrafos 4 y 5 se brindan pautas precisas de las garantías básicas que cada país debe considerar como parte del piso mínimo de protección de la seguridad social.

³⁰ OIT, Recomendación sobre los pisos de protección social, R202, párr. 4. Énfasis agregado.

La noción de un núcleo mínimo de los derechos sociales sirve además para dar respuesta a las críticas contra la exigibilidad o justiciabilidad de estos derechos por su inherente indeterminación. Esta segunda arista de la crítica apunta a la imposibilidad propia de los derechos sociales para protegerlos en sede judicial por la falta de precisión de aquello a lo que se tiene derecho, como notablemente se suele ejemplificar con el derecho a la salud.³¹ Como se mencionó antes, las posiciones críticas rechazan la justiciabilidad de los derechos sociales a partir de la objeción de la indeterminación de su contenido. De allí que se extiende la crítica también al ámbito de la revisión de las políticas públicas sociales y económicas, las que deberían quedar fuera del control judicial, y sujetas a la discrecionalidad política.

Es así que, la noción de un núcleo mínimo esencial está vinculada con su utilidad para responder a importantes preguntas sobre la justiciabilidad de los derechos sociales. Se ha interpretado en este sentido que “la idea de una obligación de un núcleo mínimo sugiere que hay grados de satisfacción de un derecho y que un cierto nivel mínimo tiene prioridad sobre una realización más extensa del derecho”.³² En esto radica su valor: en guiar la acción de los Estados respecto del cumplimiento de sus obligaciones mediante pautas interpretativas que establecen prioridades en la asignación de recursos. De acuerdo con Tasioulas, la noción de obligaciones mínimas “ayuda a resolver el problema de cómo priorizar el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos en contextos de recursos limitados a través de establecer un estándar mínimo que se aplica a todos los Estados con independencia de sus diferencias”.³³

³¹ El derecho a la salud es uno de los derechos sociales que mayores dificultades presenta por su notoria vaguedad e indeterminación, por lo que genera desafíos propios y parecería injusto usarlo para ilustrar la crítica contra todos los derechos sociales. V. Young, *Constituting Economic and Social Rights*, p. 76. La objeción de la indeterminación suele agravarse con el cargo de insaciabilidad. Una forma de dar cuenta de este cargo V. Morales, *op. cit.*, pp. 92-93.

³² Bilchitz, “Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence”, en *South African Journal on Human Rights*, p. 13.

³³ Tasioulas, *op. cit.*, pp. 14-15. Existen, sin embargo, en la doctrina y en el activismo de los derechos sociales, quienes desconfían de la utilidad y coherencia de esta noción. En el ámbito académico, V. un riguroso y extenso estudio en Young, *op. cit.* quien presenta una posición crítica sobre su conveniencia como doctrina legal.

III. Estrategias de fortalecimiento del contenido del núcleo mínimo vital

Las principales tesis sobre el contenido mínimo esencial en el derecho internacional se conectan en sus inicios con los principios de indivisibilidad, interdependencia, e igual relevancia de todos los derechos humanos. En la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 se reitera la idea de conexión entre derechos incluida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en los Pactos Internacionales de derechos civiles y políticos —PIDCP— y de derechos económicos, sociales y culturales —PIDESC— de 1966, declarando que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí”.³⁴ En el mismo sentido lo hacen los Principios de Limburgo relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1986, y las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1997.

Estos principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos contribuyeron a superar las alegaciones de distinto status y naturaleza entre los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos sociales, económicos y culturales por el otro. Si hubiera que marcar diferencias entre esas dos categorías, no serían cualitativas sino de grado, en tanto que todos los derechos implican obligaciones positivas y negativas.³⁵ Y todos ellos son parte integral del derecho internacional y tienen la misma importancia para la dignidad humana.³⁶

El artículo 6 de las Directrices de Maastricht precisa los tipos de obligaciones que se siguen de los derechos sociales: las obligaciones de respetar, proteger y cumplir.

Al igual que los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales imponen sobre los Estados tres tipos de obligaciones distintas: las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. El incumplimiento de cualquiera de estas

³⁴ ACNUDH, Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, parte I, párr. 5.

³⁵ Abramovich, Courtis, *op. cit.*, pp. 24-25.

³⁶ V., *Directriz*, Núm. 4.

tres obligaciones constituye una violación a dichos derechos. La obligación de respetar requiere que el Estado se abstenga de obstaculizar el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, el derecho a la vivienda se infringe si el Estado lleva a cabo expulsiones forzosas arbitrarias. La obligación de proteger exige al Estado prevenir violaciones a estos derechos por parte de terceros. Así, el no asegurar que los empleadores privados cumplan las normas básicas de trabajo podría constituir una violación al derecho a trabajar o a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. La obligación de cumplir requiere que el Estado adopte las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, legales y de otra índole adecuadas para lograr la plena efectividad de dichos derechos. Así, podría constituirse una violación si el Estado no proporciona la atención primaria de salud esencial a las personas que lo necesiten.

Las obligaciones esenciales mínimas que se siguen de los derechos sociales imponen exigencias de cumplimiento inmediato respecto de todos los Estados Partes.³⁷ Estas se caracterizan por tres rasgos: “(a) *inmediatez*: demandan inmediato cumplimiento; (b) *completitud*: deben ser satisfechas por completo en todo momento, y (c) *universalidad*: vinculan a todos los Estados con independencia de las diferencias en riqueza y otros recursos”.³⁸ De esta manera, la noción del núcleo mínimo vital sirve para identificar un subconjunto de obligaciones con efecto inmediato que deben ser garantizadas por todos los Estados sin distinción del grado de desarrollo económico y social. Se distinguen así de las obligaciones de progresiva efectividad, cuyo cumplimiento en el tiempo está vinculado con el nivel de recursos disponibles.³⁹

Los tribunales de justicia han desarrollado una extensa jurisprudencia de exigibilidad de las obligaciones esenciales mínimas de forma indirecta, por vía de interpretar que los derechos civiles y políticos incluyen esos contenidos mínimos de los derechos sociales.

³⁷ Cf., Tasioulas, *op. cit.*, p. 10.

³⁸ *Idem*, p. 12.

³⁹ V., la contribución de Aniza García Morales, en este mismo volumen; V., Forman, “Can Minimum Core Obligations Survive a Reasonableness Standard of Review Under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights?” en *Ottawa Law Review*, pp. 569-572, acerca de las tensiones entre el criterio de razonabilidad y el estándar del núcleo mínimo, y una propuesta de reconciliación.

1. La tradición judicial de garantía indirecta de los derechos sociales

En los años 1980 la Corte Suprema de la India, de manera pionera, adoptó una posición especialmente activista interpretando el derecho a la vida de forma amplia. El máximo tribunal interpretó que las exigencias sociales expresadas en las directrices políticas formaban parte de los derechos fundamentales que están contenidos en la Constitución, haciéndolos indirectamente ejecutables. Así, la Corte Suprema amplió el alcance del derecho fundamental a la vida previsto en el artículo 21 de la Constitución, incluyendo también el derecho a la alimentación. Sostuvo que los medios necesarios para vivir forman parte del derecho fundamental a la vida, por lo tanto, la privación de alimentos “no sólo despojaría a la vida de su efectivo contenido de significado sino que haría a la vida imposible de vivir”.⁴⁰ La Corte Suprema también consideró que el derecho a la vida comprendía “el derecho a la alimentación, el derecho a la vestimenta, el derecho a medioambiente decente y a un alojamiento razonable en donde vivir”.⁴¹ Más adelante, la Corte volvió a emplear el mismo criterio interpretativo respecto del derecho a la vivienda, afirmando que “es el deber del Estado construir viviendas a tarifas razonables y hacerlas accesibles a los pobres [...] para dotar de significado al derecho a la vida”.⁴²

Similar estrategia ha sido seguida por varios tribunales de la región latinoamericana, tales como los de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y México, entre otros. Verbigracia, en la mayor parte de casos que en los últimos años han llegado a la Corte Suprema de Justicia de Chile sobre el derecho a la salud se reclama por el incumplimiento de obligaciones de prestación positiva por el Estado y los prestadores de servicios —por ejemplo, por falta de provisión de medicamentos— que ponen en riesgo la vida y la integridad física de las personas. La Corte Suprema ordenó en 2018 al Fondo Nacional de Salud —FONASA— financiar

⁴⁰ Corte Suprema de India, *Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation*, AIR 1986 SCC 180,

⁴¹ *Idem*, *Shantistar Builders vs. Narayan Khimalal Totame*, AIR 1990 SCC 630-633.

⁴² *Idem*, *Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan Gulab Khan & Ors*, AIR 1997 SCC 121.

los medicamentos requeridos por una menor con atrofia muscular espinal, sosteniendo que:

si bien es cierto los miramientos de orden económico constituyen un factor a tener presente por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos.⁴³

La posición de la Corte chilena muestra un compromiso con su función de garante de los derechos fundamentales, afirmando que el derecho a la vida debe ser entendido como un derecho “que constituye un bien jurídico superior y de carácter absoluto” y que el Estado tiene una obligación positiva de garantizar su mantención.⁴⁴ Para la Corte el derecho a la vida es prioritario y por tanto no admite la invocación de consideraciones de carácter económico, si bien no ofrece mayores argumentos en apoyo de su postura.⁴⁵

2. Las pautas interpretativas en la jurisprudencia interamericana

La Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH— ha ido desarrollando pautas interpretativas a nivel regional para la protección de personas y grupos vulnerables a través de la consideración de derechos como la vida, la integridad personal y el acceso a la justicia. Se ha ocupado también de desarrollar en sus decisiones estándares en el marco de las obligaciones de respetar, proteger y garantizar los derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴³ Corte Suprema de Justicia de Chile, *Rol Núm. 25.009-2018*, considerando 8°. Para un análisis de la evolución de la jurisprudencia chilena respecto de la protección del derecho a la salud en relación con el derecho a la vida, V. Zuñiga, “El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: una relación necesaria”, en *Estudios Constitucionales*, pp. 37-64.

⁴⁴ *Cf.*, Sentencia Corte Suprema de Justicia de Chile, *Rol Núm. 43.250-2017*, considerando 6°.

⁴⁵ V., un análisis crítico acerca de la escasa fundamentación de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Chile, en Morales, “*Judicial interventions in health policy: Epistemic competence and the courts*”, en *Bioethics*, pp. 6-7.

El *Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala* fue pionero en la consideración de un concepto amplio de “vida digna” en el que la Corte vinculó el derecho a la vida con las condiciones materiales mínimas de existencia.⁴⁶ Asimismo, en el *Caso del Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, la Corte estableció estándares de protección de condiciones materiales mínimas que deben garantizar los Estados en relación con los derechos de niñas y niños.⁴⁷ Así, constatada la situación paupérrima en la que se encontraban los internos, la Corte sostuvo que entre las obligaciones que deben asumir los Estados como garantes del derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, “es la de procurarle a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención”.⁴⁸

La Corte IDH también analizó las condiciones de extrema y especial vulnerabilidad de comunidades indígenas en Paraguay y las implicancias para sus derechos a la salud y educación en el marco del concepto de “vida digna”, en el *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*⁴⁹ y en el *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek*.⁵⁰ Con relación a este último, la Corte se ocupó de elaborar una incipiente noción de un estándar de protección que asegure un “mínimo vital”. Al analizar el alcance del derecho a la vida, evaluó los insuficientes servicios de acceso y calidad de agua, alimentación, salud y educación, y determinó que Paraguay había incumplido con las prestaciones mínimas necesarias para proteger el derecho a la vida digna de los miembros de la comunidad en situación de riesgo real e inmediato.⁵¹ En sus conclusiones, la Corte sostuvo que el Estado no adoptó las medidas positivas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones, que razonablemente podían esperarse para prevenir o evitar el riesgo a la vida de esas personas.⁵² Por lo tanto, considero que se trataba de un patrón de discriminación sistemática y estructural en perjuicio de esta comunidad.⁵³ Una vez más la Corte puso de

⁴⁶ Cf., Corte IDH, *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*.

⁴⁷ Corte IDH, *Caso del Instituto de Reeducación del Menor “Coronel Panchito López” vs. Paraguay*.

⁴⁸ *Idem*, párr. 159.

⁴⁹ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*.

⁵⁰ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*.

⁵¹ *Idem*, párrs. 195-217.

⁵² *Idem*, párr. 234.

⁵³ *Idem*, párr. 266.

relieve la innegable interdependencia entre todos los derechos y su relevancia en la protección integral de la persona.

La Corte IDH también adoptó el enfoque de la exigibilidad de las obligaciones de efecto inmediato en relación con violaciones del derecho del trabajo y su conexión con otros derechos de libertad en el caso de las *Masacres de Ituango vs. Colombia*.⁵⁴ Después de haber cometido masacres contra la población civil, grupos paramilitares, en complicidad con miembros de las fuerzas armadas colombianas, robaron ganado de las víctimas, y forzaron a diecisiete campesinos a recoger y trasladar el ganado robado al territorio controlado por los grupos paramilitares, sin pago y bajo amenazas de muerte.

La Corte sostuvo que la prohibición del trabajo forzoso tenía efecto inmediato y que en el caso el Estado colombiano violó la prohibición de la esclavitud y servidumbre y el derecho a la libertad personal de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz del Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo.

De esta forma, la Corte IDH ha ido avanzando para generar una importante línea jurisprudencial en torno a las obligaciones derivadas de los derechos laborales y la vinculación con los derechos de libertad. No obstante, la Corte dispuso la protección judicial indirecta de derechos laborales y previsionales en algunos casos previos.⁵⁵ El reciente caso *Lagos del Campo vs. Perú*,⁵⁶ representa un hito por su referencia directa con la violación del artículo 26 sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales del Pacto de San José.⁵⁷ En este

⁵⁴ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, párr. 145-168.

⁵⁵ *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*; *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*.

⁵⁶ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*.

⁵⁷ CADH, 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”.

caso el Estado peruano fue condenado por la Corte IDH declarando la responsabilidad internacional por el despido irregular del señor Lagos del Campo de su puesto de trabajo, vulnerando su derecho a la estabilidad laboral, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la libertad de asociación y el derecho al acceso a la justicia. Una vez más la Corte IDH reafirmó la doctrina de la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales, los que consideró “integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles”.⁵⁸ Asimismo, señaló que el “incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros”, lo cual incluye “el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente”.⁵⁹

De acuerdo con el voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor esta decisión marca un momento histórico de la jurisprudencia de la Corte IDH a través de la superación de la idea de los derechos sociales como “buenas intenciones” contenidos en instrumentos internacionales, “para pasar a ser exigibles ante las instancias competentes”.⁶⁰

Como hemos visto, el recurso a los principios de indivisibilidad, interdependencia, e igual relevancia de todos los derechos humanos se extiende más allá del sistema de protección interamericano. En este sentido, se ha destacado que el *Caso Lagos del Campos* es un exitoso ejemplo de diálogo judicial entre el ámbito de protección interamericano y los tribunales de justicia nacionales. Para el juez Caldas, en este precedente “se suman decisiones judiciales de nivel interno que han reconocido ya la justiciabilidad de los DESCAs con aquellas realizadas en el ámbito internacional”, demostrando que la Corte observa y reconoce las decisiones de los tribunales constitucionales.⁶¹

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, párr. 141.

⁵⁹ *Idem*, párr. 147.

⁶⁰ *Idem*, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 48.

⁶¹ *Idem*, voto razonado del juez Roberto F. Caldas, párr. 7.

IV. El potencial del núcleo mínimo vital en la jurisprudencia

Como se mencionó previamente, la cuestión de la justiciabilidad de los derechos sociales es uno de los debates que mayor atención ha generado por los desafíos prácticos que presenta. Sin embargo, no se trata sobre si pueden los tribunales de justicia intervenir en la protección de los derechos sociales o no.⁶² En la actualidad hay consenso en que los tribunales de justicia tienen el deber de proteger los derechos sociales. Lo que se discute es cuánta intervención estaría justificada mediante un examen de “las formas de satisfacer derechos sociales de manera sensible a la pluralidad y a la diferencia que las constituciones y los tratados de derechos humanos afirman valorar”.⁶³

Encontramos un creciente desarrollo de la justiciabilidad de los derechos sociales en la jurisprudencia internacional e interamericana de los derechos humanos, así como en diversos tribunales alrededor del mundo. Algunos de ellos, al fundamentar su decisión, han recurrido de manera expresa a la noción del núcleo mínimo vital en tanto contenido exigible de satisfacción inmediata.

Por supuesto, no debería esperarse que los tribunales de justicia intenten brindar

en un caso una definición exhaustiva y concluyente de lo que queda incluido dentro de cada uno de estos derechos.⁶⁴ Sin embargo, en para resolver un caso individual sobre la afectación de un derecho social se necesita alguna especificación de las obligaciones impuestas por el derecho en relación con ese caso particular. Y para ello, alguna noción del contenido del derecho es necesaria en tanto que las obligaciones se correlacionan con aquello a lo que una persona puede exigir en virtud de tener un cierto derecho.

⁶² Los ejes de ese debate estaban dados por la objeción de la falta de legitimidad democrática del poder judicial y la objeción de falta de la falta de competencia judicial. V., una revisión y discusión de estas críticas en Morales, *op. cit.*, pp. 209-233.

⁶³ V., Introducción de Christian Courtis, en este volumen.

⁶⁴ Cf., Bilchitz, *op. cit.*, p. 8.

Así, frente a un reclamo particular por la violación de un derecho social —por ejemplo, el derecho de acceso a los servicios de cuidado médico—, cabe esperar que el tribunal de justicia se embarque en un análisis sobre qué incluye mínimamente este derecho.⁶⁵ Recién a partir de comprender y precisar el contenido del derecho, puede el tribunal examinar si las medidas adoptadas por el gobierno cumplen con la obligación de satisfacer su núcleo mínimo vital.

Los ejemplos de los sistemas jurídicos nacionales que examinaremos a continuación son una ilustración de la forma en que los tribunales judiciales han sido capaces de proteger particulares derechos sociales recurriendo a la noción del núcleo mínimo vital y de las obligaciones mínimas de efecto inmediato, superando las críticas de no justiciabilidad por la falta de determinación de estos derechos y de sus obligaciones correlativas.

1. La jurisprudencia colombiana a la vanguardia

La Corte Constitucional colombiana se destaca por haber desarrollado un extenso cuerpo de jurisprudencia sobre la protección de los derechos sociales que es ampliamente considerado en el mundo como progresista.

En 2008 la Corte Constitucional de Colombia resolvió un caso emblemático en el que ordenó la reestructuración del sistema de salud colombiano.⁶⁶ Esta decisión significó la finalización de una enorme cantidad de *acciones de tutela* por la protección del derecho a la salud.⁶⁷ La Corte colombiana incorporó en su decisión un compromiso con el estándar del núcleo mínimo vital mediante la determinación del contenido esencial del derecho a la salud, y la imposición de obligaciones de inmediato cumplimiento a cargo del Estado, como la provisión de medicamentos esenciales y el financiamiento de tratamientos médicos para demandantes sin

⁶⁵ *Idem*, p. 6.

⁶⁶ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-760.

⁶⁷ V. Yamin, Parra Vera, “Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates”, en *Hastings International and Comparative Law Review*, pp. 101-129.

los recursos necesarios. Especialmente relevantes son un número de puntos hechos por la Corte sobre el derecho a la salud y las obligaciones mínimas. En primer lugar, la Corte sostuvo la existencia de un derecho constitucional de toda persona “a que se le garantice el acceso a los servicios que *requiera*”, en el sentido de servicios indispensables “para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad”.⁶⁸ En segundo lugar, la Corte precisó que los servicios de salud requeridos pueden no estar incluidos dentro del plan obligatorio de salud —POS— y sin embargo formar parte del derecho a la salud. Así el derecho a la salud, según jurisprudencia reiterada que contempla la Corte, es vulnerado cuando:

i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.⁶⁹

Y en tercer lugar, la Corte suscribió la noción del núcleo mínimo vital y las obligaciones mínimas, entendidas como obligaciones de efecto inmediato y no sujetas a cumplimiento progresivo, las que pueden ser objeto de la acción de tutela: “Cuando la omisión en el cumplimiento de las obligaciones correlativas mínimas coloca al titular del derecho ante la inminencia de sufrir un daño irreparable, este puede reclamar la protección judicial inmediata del derecho”.⁷⁰ Esto es, hay obligaciones que requieren acciones de cumplimiento inmediato en virtud de la severidad y urgencia de la situación y por tanto son justiciables.⁷¹

⁶⁸ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-760, punto 4.4.1.

⁶⁹ *Idem*, punto 4.4.3.2.2., pág. 81.

⁷⁰ *Idem*, punto 3.3.2., pág. 29.

⁷¹ Sobre la acción de tutela por el mínimo vital dirigida a las personas económicamente más desaventajadas en Colombia, V. Lemaitre, “El Coronel sí tiene quien le escriba: la tutela por mínimo vital en Colombia”, en *SELA 2005 Derecho y Pobreza*.

La Corte, en lugar de brindar una determinación comprehensiva del contenido del derecho a la salud y de las obligaciones correlativas, “llamó a un amplio diálogo público sobre el contenido del nuevo POS”, y por tanto, sobre la extensión del derecho al cuidado de la salud en Colombia.⁷² Su llamado al diálogo resultó eventualmente en la promulgación en 2015 de la nueva Ley Estatutaria 1751 sobre el derecho a la salud,⁷³ dando muestras de una colaboración productiva entre la judicatura y el legislativo en la determinación del contenido del derecho fundamental a la salud.

2. La elaboración incipiente en la jurisprudencia mexicana

El uso de un estándar del núcleo mínimo vital en México por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación —SCJN— es relativamente reciente. En un inicio, este criterio fue plasmado en la forma de un derecho constitucional autónomo al mínimo vital por la Suprema Corte con motivo de la promoción de un amparo en contra de la normativa sobre el impuesto empresarial de tasa única.⁷⁴ En los amparos en revisión 1780/2006 y 811/2008, la SCJN se pronunció sobre la existencia del derecho al mínimo vital como un límite para el legislador tributario en la imposición de tributos.⁷⁵

La Primera Sala de la SCJN resolvió que el “derecho constitucional al mínimo vital cobra plena vigencia a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución General”.⁷⁶ Para la Corte, este

⁷² Cf., Yamín, Parra Vera, *op. cit.*, p. 118.

⁷³ Ley Estatutaria 1751 por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental a la Salud y se dictan otras disposiciones, D.O. 49427.

⁷⁴ V., DOF, Decreto mediante el cual se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta —LISR—, del Código Fiscal de la Federación, de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, y se establece el Subsidio para el Empleo; Ley del Impuesto sobre la Renta, arts. 177 y 178.

⁷⁵ Cf., Pelayo, “El mínimo vital como estándar para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista electrónica Metodhos*, pp. 46-48.

⁷⁶ SCJN, Tesis 1a. XCVII/2007, *Derecho al mínimo vital en el orden constitucional mexicano*, Novena Época, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Tomo XXV, p. 793.

criterio sirve como “presupuesto del Estado Democrático de Derecho”, el cual “requiere que los individuos tengan como punto de partida condiciones tales que les permitan desarrollar un plan de vida autónomo, a fin de facilitar que los gobernados participen activamente en la vida democrática”.⁷⁷

Con posterioridad, la Suprema Corte incorporó directamente la tesis del núcleo mínimo vital que debe ser protegido por el Estado. Al resolver un amparo en el que se reclamaron diversas omisiones en relación con la distribución y aplicación efectiva del gasto público educativo, la Primera Sala señaló que el derecho a la educación tiene un núcleo que impone una obligación de garantía sobre el Estado.⁷⁸

En 2015, la Primera Sala de la SCJN al decidir un amparo sobre la vulneración del derecho fundamental a la cultura se refirió expresamente al deber de proteger el núcleo esencial del derecho y su vinculación con las Observaciones Generales 3 y 21 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como a la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, y del derecho constitucional comparado.⁷⁹ La Suprema Corte afirmó 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”, justificado en el ataque a su dignidad.⁸⁰ Luego la SCJN incorpora la distinción entre tipos de obligaciones:

Cuando los tribunales adviertan que una vulneración a un derecho social afecta la capacidad de los quejosos para vivir dignamente, deberán declarar que se viola el núcleo esencial del derecho. [...] puede decirse que existe una distinción entre distintos niveles de protección en los derechos sociales: (i) un núcleo esencial que protege la capacidad de las personas de vivir dignamente que impone al Estado

⁷⁷ *Ibidem*; SCJN, Primera Sala, Sentencia recaída en el Amparo de Revisión 2237/2009, 24/2010, 121/2010, 204/2010, 507/2010.

⁷⁸ *Idem*, Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 323/2014.

⁷⁹ *Idem*, Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 566/2015.

⁸⁰ *Idem*, p. 21.

obligaciones de cumplimiento inmediato e ineludible en caso de una vulneración; (ii) cuando se sobrepase ese núcleo esencial, un deber de alcanzar progresivamente la plena realización del derecho; y (iii) un deber de no adoptar injustificadamente medidas regresivas.⁸¹

Es así que, la Primera Sala ha ido generando notablemente una jurisprudencia que incorpora la noción del núcleo mínimo esencial con la finalidad de garantizar la dignidad de las personas, justificando la existencia de una obligación inmediata y un estándar de protección más fuerte cuando se vulnera ese mínimo, al amparo del derecho internacional de los derechos humanos y de las interpretaciones de sus órganos.⁸²

V. Conclusiones

El desafío de la justiciabilidad de los derechos sociales significa continuar avanzando en la superación de los obstáculos teóricos acerca de la determinación del contenido de los derechos sociales y sus obligaciones correlativas. A la vez implica que las y los jueces, así como quienes ejercen la abogacía y las autoridades administrativas, tengan la voluntad de utilizar las herramientas interpretativas para la garantía de los derechos sociales. La adopción del estándar del contenido mínimo vital de los derechos sociales y de las obligaciones mínimas de efecto inmediato representan herramientas potentes y útiles dirigidas a transitar ese camino hacia la protección efectiva de estos derechos para todas las personas con independencia de su condición socioeconómica.

Desde el derecho internacional y regional de protección de los derechos humanos, y contra algunas voces críticas, los tribunales de justicia de los estados democráticos constitucionales están llamados a adoptar un rol asertivo en la adjudicación de los derechos sociales para la protección de las personas más pobres de nuestras sociedades.

⁸¹ *Idem*, p. 24.

⁸² *Cf.*, Simón, “El núcleo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales: una buena estrategia de adjudicación”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, pp. 375.

Bibliografía

Libros

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

Chowdhury, Joie, “Judicial Adherence to a Minimum Core Approach to Socio-Economic Rights – A Comparative Perspective”, en *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers*, Paper 27, Nueva York, 2009.

Courtis, Christian, *Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales. Experiencias comparadas de justiciabilidad*, Serie Derechos Humanos y Estado de Derecho, Núm. 2., Comisión Internacional de Juristas. Ginebra, 2009.

Lemaitre Ripoll, Julieta, *El Coronel sí tiene quien le escriba: la tutela por mínimo vital en Colombia*, Derecho y Pobreza, SELA, Colombia, 2005.

—————, *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Barcelona, 2015.

Parra Vera, Óscar, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”, en C. Courtis (comp.) *Ni un paso atrás. La prohibición de regresiva en materia de derechos sociales*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

Pautassi, Laura, “Límites en la agenda de reformas sociales. El enfoque de derechos en la política pública”, en Courtis Christian (comp.) *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*. Eudeba, Buenos Aires, 2009.

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

_____, “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”. *Boston College Law School Faculty Papers*, Vol. 33, 2008.

Revistas

Bilchitz, David, “Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence.” *South African Journal on Human Rights*, Vol. 19, Núm. 1, 2003. pp. 1-26.

Forman, Lisa, “Can Minimum Core Obligations Survive a Reasonableness Standard of Review Under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights?” *Ottawa Law Review*, Vol. 47, Núm. 2, 2016. pp. 557-573.

Morales, Leticia, “The Discontent of Social and Economic Rights.” *Res Publica*, Vol. 24, Núm. 2, 2018. pp. 257-272.

Pelayo, Carlos María. “El mínimo vital como estándar para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.” *Revista electrónica Methodos*, Núm. 3, 2012. pp. 32-51.

Petit Guerra, Luis Alberto, “El diálogo entre doctrina, constitución y cortes para el establecimiento de los contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales. La convergencia de categorías”. *Estudios Constitucionales*, Año 15, Núm. 2, 2017.

Simón, José Ignacio. “El núcleo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales: una buena estrategia de adjudicación.” *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 5, 2017. pp. 365-400.

Yamín, Alicia Ely y Parra Vera, Óscar. “Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates”.

Hastings International and Comparative Law Review, Vol. 33, Núm. 2, 2010. pp. 101-129.

Zúñiga Fajuri, Alejandra, “El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: una relación necesaria”, en *Estudios Constitucionales*, Año 9, Núm. 1, 2011.

Jurisprudencia y normas

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Normas para la confección de informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador, 2005.

Comisión Internacional de Juristas, Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht. Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1997.

_____, Principios de Limburgo sobre la aplicación de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1987.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. 2000.

_____, Observación General 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art.2 del Pacto). 1990.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760/08, 31/07/2008, sentencia del Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte IDH. Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

_____, Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas).

_____, Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, Reparaciones y Costas).

_____, Caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

_____, Caso de las *Masacres de Ituango vs. Colombia*, Sentencia de 1 de julio de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

_____, Caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre 1999 (Fondo).

_____, Caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

_____, *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Sentencia del 21 de noviembre de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Suprema de India, *Ahmedabad Municipal Corporation vs. Nawab Khan Gulab Khan & Ors*, 11/10/1966, sentencia del Juez Ponente: K. Ramaswamy.

_____, *Shantistar Builders vs. Narayan Khimalal Totame*, 31/01/1990, sentencia del Juez Ponente R. Misra.

_____, *Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation*, 10/07/1985, sentencia del Juez Ponente Y.V. Chandrachud.

Corte Suprema de Justicia de Chile, Rol N° 43.250-2017, 29/12/ 2017.

_____, Rol N° 25.009-2018, 02/01/2019.

Diario Oficial de Colombia. Ley Estatutaria 1751 por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental a la Salud y se dictan otras disposiciones, publicado el 16 de febrero de 2015.

Diario Oficial de la Federación. Decreto mediante el cual se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR), del Código Fiscal de la Federación, de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, y se establece el Subsidio para el Empleo, publicado el 1 de octubre de 2007.

Ley del Impuesto sobre la Renta.

Organización de las Naciones Unidas. Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993.

Organización Internacional del Trabajo. Recomendación sobre los pisos de protección social R202. Adoptada el 14 de junio de 2012 en el marco de la 101ra sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”.

SCJN, Pleno, Amparo de Revisión 2237/2009, ponente: José Fernando Franco González Salas, México, 2010.

_____, Pleno, Amparo en Revisión 24/2010, ponente: José Fernando Franco González Salas, México, 2010.

_____, Pleno, Amparo en Revisión 121/2010, ponente: José Fernando Franco González Salas, México, 2010.

_____, Pleno, Amparo en Revisión 204/2010, ponente: José Fernando Franco González Salas, México, 2010.

_____, Pleno, Amparo en Revisión 507/2010, ponente: José Fernando Franco González Salas, México, 2010.

_____, Primera Sala, Amparo en Revisión 323/2014, ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, México, 2014.

_____, Primera Sala, Amparo en Revisión 566/2015, ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, México, 2015.

_____, Tesis 1a. XCVII/2007, Derecho al mínimo vital en el orden constitucional mexicano, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta. Tomo XXV, Mayo de 2007, pág. 793.

Otros

Morales, Leticia, *Judicial interventions in health policy: Epistemic competence and the courts*, *Bioethics*, 2021, Disponible en: <https://doi.org/10.1111/bioe.12904>.

Tasioulas, John, “Minimum Core Obligations: Human Rights in the Here and Now”, *Nordic Trust Fund and The World Bank*, Research Paper, 2017.

El principio de razonabilidad en la tutela judicial de los DESCAs

Aniza García*

* Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (UCM). Colaboradora honorífica en el Departamento de Derecho Constitucional, UCM.

El principio de razonabilidad en la tutela judicial de los DESC. I. La justicia-bilidad de los DESC como punto de partida; II. La definición de los derechos y de las condiciones mínimas como criterios de interpretación; III. La determinación de las obligaciones que conllevan los DESC: criterios para su aplicación; IV. Nota sobre el principio de progresividad; V. El criterio de razonabilidad; VI. El desarrollo de estrategias, planes nacionales e indicadores; VII. Nota sobre el impacto presupuestario; VIII. A manera de conclusiones.

I. La justiciabilidad de los DESC como punto de partida

La concepción liberal que en su origen inspiró el sistema de derechos humanos derivado de la Declaración Universal, supuso un obstáculo para el desarrollo e implementación de los derechos económicos, sociales y culturales —en adelante, DESC—, que los principios de indivisibilidad e interdependencia entre los derechos, que debían informar el sistema, no pudieron contrarrestar.

Frente a la potencialidad que tempranamente mostró la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —en adelante, PIDCP—, y de su Protocolo Facultativo en materia de denuncias individuales, el desarrollo e implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —en adelante, PIDESC— se vieron enormemente dificultados por la falta de compromiso de los Estados para asumir plenamente sus obligaciones. Particularmente, en relación con el alcance y la exigibilidad de estos derechos. Estas limitaciones permearon, asimismo, los propios sistemas constitucionales de un buen número de Estados que, todavía hoy, interpretan los DESC como principios programáticos de realización gradual, cuya eficacia está irremediablemente supe-
ditada a su voluntad política y a la disponibilidad de recursos.

De hecho, el largo proceso que llevó a conseguir, en diciembre de 2008, la aprobación del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —en adelante, Protocolo PIDESC— en materia de denuncias, refleja con claridad la dificultad para lograr el consenso en torno a su naturaleza y alcance. Aunque ciertamente, la andadura iniciada con su entrada en vigor, en mayo de 2013, parece cerrar definitivamente la controversia sobre los DESC como auténticos derechos exigibles.

El progreso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos —en adelante, DIDH— debe evaluarse atendiendo esencialmente a su impacto en la eficacia de los derechos en el ámbito nacional —por ser éste el ámbito *natural* para su ejercicio—. Habría que decir que, en relación con los DESC, aunque son considerables los avances en la especificación de su contenido y de las obligaciones que conllevan —elementos que ya recogen muchos ordenamientos jurídicos nacionales, por ejemplo, del constitucionalismo latinoamericano más reciente—, la situación es menos halagüeña en relación con su justiciabilidad.

En efecto, el trabajo realizado por los diferentes órganos del sistema de Naciones Unidas, y por los propios sistemas regionales de protección, está teniendo un impacto cada vez mayor en los ordenamientos nacionales. Particularmente, la labor de los Comités de expertos creados por los propios tratados, interpretándolos a través de sus Observaciones Generales —en adelante, OG— y de sus observaciones finales a los informes periódicos que les presentan los Estados, así como el trabajo de las Relatorías temáticas, han permitido la especificación del contenido de los derechos, la concreción de las condiciones mínimas para su ejercicio y la determinación del alcance de las obligaciones que de ellos se derivan. Asimismo, este desarrollo ha favorecido una reconfiguración más garantista del sistema de derechos, que hoy ya aparece recogida en los textos constitucionales más avanzados, en lo siguiente una puntualización de estos avances:

- La ampliación del catálogo de derechos por la individualización de algunos que hasta ahora se entendían incluidos en derechos más amplios —como en el caso del derecho al agua y el derecho al saneamiento, derivados del derecho a un nivel de vida adecuado—, por un lado, y la apertura del catálogo de derechos más allá del propio texto

constitucional, para entender incluidos otros derechos internacionalmente reconocidos que tienen su fundamento en la dignidad de la persona; Por otro lado,¹

- La concreción del contenido de los derechos y del alcance de las obligaciones que conllevan para los Estados, lo que refleja más claramente la indivisibilidad e interdependencia entre todos ellos.²
- La incorporación definitiva del principio de igualdad como eje del sistema,³ y la atención prioritaria de los grupos más vulnerables.
- El reconocimiento de los distintos niveles de obligación —positivas y negativas— en relación con el conjunto de los derechos.⁴
- La obligación de que los órganos competentes apliquen los derechos conforme a su interpretación más favorable —*principio pro persona*—. ⁵
- La aplicación directa de los derechos internacional o constitucionalmente reconocidos, con independencia de que exista, o no, desarrollo normativo.⁶
- La eficacia horizontal o frente a terceros de los derechos.⁷
- El deber de incorporar el enfoque de los derechos a la legislación y las políticas públicas destinadas a su implementación, y la obligación de garantizar la participación efectiva y significativa de la ciudadanía.⁸
- El deber de desarrollar mecanismos de evaluación de las normas y políticas públicas, para asegurar su eficacia y garantizar la transparencia y la rendición de cuentas.⁹

¹ V., Constitución Política de Colombia, artículo 94; V., Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 22; V., Constitución de la República de Ecuador, artículo 11.7; V., Constitución Política del Estado de Bolivia, artículo 13.II.

² V., Constitución Política del Estado de Bolivia, artículo 13; V., Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 19.

³ V., Constitución Política del Estado de Bolivia, artículo 14; V., Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 21; V., Constitución de la República de Ecuador, artículo 11.

⁴ V., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1.

⁵ V., Constitución Política de la República de Ecuador, artículo 14.4; V., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1; V., Constitución Política de Colombia, artículo 93; V., Constitución Política del Estado de Bolivia, artículo 13.VI.

⁶ V., Constitución de la República de Ecuador, artículo 11.3.

⁷ V., Constitución Política de Colombia, artículo 86; V., Constitución de la República de Ecuador, artículo 88; V., Constitución Política del Estado de Bolivia, artículo 128.

⁸ V., Constitución de la República de Ecuador, artículo 11.8.

⁹ V., Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículos 66 y 141; V., Constitución de la República de Ecuador, artículo 100.

- La obligación de contar con recursos adecuados y efectivos para su reclamación.¹⁰

En relación con este último aspecto, la aprobación y entrada en vigor del Protocolo PIDESC representan, sin duda, un salto cualitativo; habilitan la aplicación directa de estos derechos —con independencia de que medie regulación legal— y su protección mediante mecanismos reforzados de garantía. Es decir, se abre la vía para la exigibilidad directa de los DESC en el ámbito internacional, porque las personas y grupos de personas pueden denunciar ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —en adelante, CDESC— posibles vulneraciones.

Ahora bien, el reto pendiente es que a nivel nacional los operadores políticos incorporen al desarrollo normativo de los derechos y a las políticas destinadas a su implementación, los progresos relativos a la especificación de su contenido, sentido y alcance y que, en su aplicación, los operadores jurídicos utilicen los criterios y estándares del Comité cuando se trate de adjudicar los DESC en casos concretos.

II. La definición de los derechos y de las condiciones mínimas como criterios de interpretación

Además de su definición, el CDESC ha ido desarrollando en sus OG el contenido normativo de derechos específicos, determinando aquellos elementos o condiciones mínimas que deben satisfacer los bienes y servicios destinados a hacerlos efectivos:

¹⁰ *Idem*, artículos 26 y 27; *V. idem*, artículo 11.

También respecto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos —una de las primeras constituciones sociales, pero que fue decantándose por una concepción liberal y rígida del sistema de derechos— se ha dado un paso importante para adaptarla a los avances en esta materia, mediante las reformas de agosto de 2001 —carácter pluricultural de la nación—, abril de 2009 —derechos culturales—, octubre de 2011 —derecho a la alimentación—, febrero de 2012 —derecho al agua y al saneamiento—, y particularmente la reforma de junio de 2011 que actualizó el sistema de derechos conforme a los principios y estándares del DIDH.

- *Disponibilidad*: los bienes o servicios públicos destinados a la satisfacción del derecho deberán ser suficientes y proveerse de manera continuada.
- *Accesibilidad*: los bienes y servicios deben ser accesibles a todas las personas, sin discriminación, incluida su accesibilidad económica o asequibilidad.
- *Aceptabilidad*: los bienes o servicios deben ser culturalmente apropiados, respetuosos de las minorías, y sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida.
- *Calidad*: los bienes o servicios se ajustarán a los estándares de calidad que resulten aplicables.¹¹

Estos parámetros generales aplicados al contenido concreto de cada derecho —salud, vivienda, alimentación, educación, agua y saneamiento— favorecen su adecuada implementación y facilitan a los órganos de control —judiciales o cuasi judiciales— una valoración rigurosa de su eficacia; se trata de un enfoque que se viene aplicando ya en los ámbitos nacional, regional e internacional.

Así, por ejemplo, en relación con el derecho a la vivienda, el CDESC ha establecido en su OG 4 que su adecuación vendrá determinada, por lo menos, por los siguientes elementos: la seguridad jurídica en la tenencia, la disponibilidad de servicios e infraestructuras; gastos soportables que no comprometan la satisfacción de otras necesidades básicas; condiciones de habitabilidad, una ubicación aceptable y adecuación cultural.¹² Igualmente, el Comité Europeo de Derechos Sociales —en adelante, CEDS— en aplicación de la Carta Social Europea —en adelante, CSE— o la Carta Social Europea Revisada —en adelante, CSER—, al analizar los informes periódicos que someten a su consideración los Estados, ha establecido como criterio esencial de la *adecuación* de la vivienda que ésta cuente con servicios básicos de agua y saneamiento. Mientras que en relación con los

¹¹ V., CDESC, Observación general Núm.14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 12.

¹² V., *idem*, Observación general 4, El derecho a una vivienda adecuada, párrafo 1 del artículo 11 del Pacto, párrs. 7 y 8.

Estados que sólo están vinculados por la versión original de este instrumento que no incluye el derecho a la vivienda, el CEDS ha optado por una interpretación ampliada del artículo 11 —derecho a la protección de la salud— para valorar las medidas de prevención y protección adoptadas contra la contaminación del agua, como parte de los estándares de salud pública aplicables a la política de vivienda. Así, en sus Conclusiones del 2003 sobre el informe presentado por el Estado francés, dejaría establecidos los criterios esenciales que debe satisfacer la noción de *vivienda adecuada*:

- Un alojamiento seguro desde el punto de vista sanitario y de la salud debe contar, como condiciones mínimas, con todos los servicios básicos, incluido el acceso a agua, calefacción, eliminación de residuos, saneamiento y electricidad.
- Las condiciones o estándares mínimos de habitabilidad deben aplicarse no sólo respecto de las viviendas de nueva construcción, sino gradualmente, también respecto del parque de vivienda ya existente; y que deben garantizarse tanto si la vivienda se ocupa en propiedad como en alquiler.
- Las autoridades públicas deberán adoptar medidas destinadas a impedir la interrupción de los servicios de agua, electricidad y teléfono.

En el marco del sistema de denuncias colectivas, el CEDS ha especificado estos criterios. En la Reclamación *ERRC contra Bulgaria*, declara el persistente incumplimiento por parte del Estado de su obligación de garantizar el derecho a la *vivienda adecuada* y de reducir, con miras a su eliminación, el número de personas sin techo; y reitera que para considerarla habitable, la vivienda debe satisfacer condiciones de seguridad estructural que conllevan acceso a saneamiento, red eléctrica y agua, calefacción, servicios higiénicos, recogida de basura, espacio suficiente y seguridad en la titularidad.

Asimismo, en aplicación del derecho de la familia a protección social, jurídica y económica —artículo 16— y el principio de no discriminación —artículo E—, el CEDS entendió que el Estado no había adoptado medidas suficientes para garantizar a la comunidad gitana afectada el acceso a una vivienda adecuada provista

de los servicios básicos. Y si bien admitió que, según sus prioridades y recursos, los Estados tienen un margen de discrecionalidad para elegir las medidas que están obligados a adoptar para hacer efectivos los derechos, dichas medidas deben satisfacer los criterios de razonabilidad del plazo, progreso medible y financiación consistente con el máximo de recursos disponibles. Concluyó que, en este caso, la falta de adecuación de las viviendas y la falta de servicios, constituían una vulneración de los artículos 16 y E de la Carta.¹³

También la interpretación extensiva del derecho a la vida ha permitido establecer criterios para potenciar su alcance. El Comité de Derechos Humanos —en adelante, CDH—, encargado de supervisar la aplicación del PIDCP, ha mantenido este enfoque al sostener que entre las medidas previstas para proteger el derecho a la vida:

[...]se encuentran, según proceda, las medidas destinadas a garantizar el acceso sin demora de las personas a bienes y servicios esenciales, como los alimentos, el agua, el alojamiento, la atención de la salud, la electricidad y el saneamiento, y otras destinadas a promover y facilitar condiciones generales adecuadas, como el fomento de servicios de salud de emergencia eficaces, operaciones de respuesta de emergencia —incluidos los bomberos, los servicios de ambulancia y las fuerzas policiales— y los programas de viviendas sociales.¹⁴

Igual tratamiento ha dado a este derecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, Corte IDH—, por lo menos desde el caso de los “Niños de la Calle”,¹⁵ y más adelante en casos que involucran la protección de tierras comunales de comunidades indígenas.¹⁶

¹³ V., CEDS, *European Roma Rights Centre vs. Bulgaria*.

¹⁴ V., CDH, Observación general Núm. 36, Artículo 6: derecho a la vida, párr. 26.

¹⁵ Además, en un voto concurrente, los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli señalaron que “La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos”. Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales)* y *otros vs. Guatemala*, párr. 144.

¹⁶ V., *idem*, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, párr. 214.

En el *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay* la Corte señaló que el Estado, al no haber garantizado su derecho a la propiedad comunal, había afectado el derecho a una vida digna de sus miembros y, en consecuencia, decretó que:

[...]mientras la Comunidad se encuentre sin tierras, dado su especial estado de vulnerabilidad y su imposibilidad de acceder a sus mecanismos tradicionales de subsistencia, el Estado deberá suministrar, de manera inmediata y periódica, agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad; brindar atención médica periódica y medicinas adecuadas para conservar la salud de todas las personas, especialmente los niños, niñas, ancianos y mujeres embarazadas, incluyendo medicinas y tratamiento adecuado para la desparasitación de todos los miembros de la Comunidad; entregar alimentos en cantidad, variedad y calidad suficientes para que los miembros de la Comunidad tengan las condiciones mínimas de una vida digna; facilitar letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado a fin de que se manejen efectiva y salubrementemente los desechos biológicos de la Comunidad; y dotar a la escuela ubicada en el asentamiento actual de la Comunidad, con materiales bilingües suficientes para la debida educación de sus alumnos.¹⁷

Por otro lado, en dos casos recientes sobre el derecho a la salud en relación con personas en situación de vulnerabilidad —*Poblete Vilches contra Chile* y *Guachalá Chimbo y otros contra Ecuador*—, la Corte ha utilizado el criterio de accesibilidad económica en los términos desarrollados por el CDESC, para determinar si los poderes públicos habían garantizado el derecho de esas personas en el sentido de asegurar que el pago por los servicios de atención de la salud y aquellos relacionados con los factores determinantes básicos de la salud, efectivamente satisficieran el principio de equidad.¹⁸

¹⁷ *Idem*, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 221; *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, vs. Paraguay*, párrs. 230-232; *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok kásek vs. Paraguay*, párr. 301; *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*.

¹⁸ De hecho, en el *Caso Guachalá Chimbo* la Corte entendió vulnerado el derecho a la salud por entender que el Estado había incumplido la obligación de asegurar que los servicios de salud resultaran accesibles, dada la falta de acceso a los medicamentos por parte de la víctima. V., *idem*, *Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador*, párrs. 141-142 y 150; *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, párrs. 120-121.

En definitiva, estos estándares o condiciones mínimas no constituyen solamente criterios orientativos para los Estados en la formulación del marco normativo y el diseño e implementación de sus políticas; sino también criterios aplicables cuando se trata de la adjudicación de derechos en casos concretos. Aplicar estos criterios para determinar la adecuación de los servicios que dan contenido a los DESC —vivienda, salud, educación, alimentación, agua y saneamiento—, permite a los operadores jurídicos valorar la *razonabilidad* de las medidas —normas, políticas, planes y programas— que adoptan los poderes públicos para hacerlos efectivos. Y esta cuestión es esencial para la garantía de los derechos; porque si las leyes como expresión de la voluntad popular establecen derechos e imponen a los poderes públicos obligaciones concretas para proveerlos, el hecho de que los tribunales aseguren su eficacia debe considerarse no tanto como una interferencia en la división de poderes, sino como un refuerzo imprescindible del principio democrático.¹⁹

III. La determinación de las obligaciones que conllevan los DESC: criterios para su aplicación

Junto a la especificación del contenido de los derechos y de las condiciones mínimas para su ejercicio, la determinación del alcance de las obligaciones que imponen a los Estados constituye otro elemento que favorece su efectiva implementación en el ámbito nacional. El CDESC viene aplicando a estos derechos el catálogo general de obligaciones desarrollado en el ámbito del DIDH, de acuerdo con el cual, los derechos imponen al Estado deberes de *respeto*, *protección* y *garantía*.

De conformidad con la obligación de *respeto*, los Estados deben abstenerse de obstaculizar el disfrute de los derechos, y asegurar que no se produzcan interferencias. La obligación de *protección* exige al Estado actuar con la debida diligencia y adoptar las medidas oportunas, es decir, articular un sistema regulador eficaz y medidas de supervisión independiente, para evitar que actores no estatales

¹⁹ V., International Commission of Jurists, *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative Experiences of Justiciability*, Ginebra, pp. 79-80.

—individuos o empresas— impidan u obstaculicen el ejercicio de los derechos.²⁰ Por último, la obligación de *garantizar* o *cumplir* “exige a los Estados facilitar, proporcionar o promover el disfrute de un derecho cuando los titulares de ese derecho, por razones que van más allá de su voluntad o su capacidad, no pueden hacerlo”;²¹ para lo cual, deben adoptar las medidas oportunas, bien sean legislativas, administrativas, sociales, presupuestarias, etcétera.

Ahora bien, estos tres niveles de obligación —respeto, protección y garantía—, deberán articularse con otros deberes de alcance general, que sí exigen satisfacción inmediata. En primer lugar, la obligación de *no discriminar* y de abordar decididamente las situaciones de desigualdad en relación con la realización de los derechos.

En segundo lugar, el deber de *alcanzar progresivamente* la eficacia de los DESC; esta obligación, derivada del artículo 2.1 del Pacto, supone el compromiso de los Estados de:

adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, especialmente económica 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.

Ello implica avanzar, tan expeditamente como sea posible, en la realización de estos derechos y conseguir cuanto antes, por lo menos, un nivel aceptable de implementación. En contraposición, los Estados asumen la prohibición de adoptar medidas

²⁰ Sobre el alcance de estas obligaciones en relación con los DESC, V, Langford, “Substantive Obligations”, en *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Commentary*, pp. 203-251.

En relación con los derechos concretos, V, CDESC, Observación general 4, El derecho a una vivienda adecuada, párrafo 1 del artículo 11 del Pacto; Observación general 7, El derecho a una vivienda adecuada, párrafo 1 del art. 11 del Pacto; Observación general 12, El derecho a una alimentación adecuada, art. 11; Observación general 13, El derecho a la educación, art. 13 del Pacto; Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Observación general 15, El derecho al agua, arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²¹ ACNUDH, Informe sobre la aplicación normativa de los derechos económicos, sociales y culturales, párr. 11.

regresivas; es decir, aquellas que pudieran suponer un retroceso respecto de los estándares de satisfacción conseguidos.

En tercer lugar, la obligación de satisfacer por lo menos y de manera prioritaria, el *contenido mínimo* de cada derecho. En efecto, existe para los Estados un deber impostergable de asegurar la satisfacción de los niveles esenciales de los DESC; y con el fin de favorecer el cumplimiento de esta obligación de carácter inmediato, el Comité, en sus OG, especifica ese *contenido mínimo* respecto de los derechos concretos.²²

Asimismo, asegurar la disponibilidad y el acceso a recursos adecuados y eficaces para hacer efectivos los DESC, constituye otra obligación impostergable para los Estados. Según ha señalado el propio Comité, aunque el PIDESC no establece expresamente esta obligación:

[...]los Estados Partes que pretendan justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son ‘medios apropiados’ según los términos del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o bien que, a la vista de los demás medios utilizados, son innecesarios. Esto será difícil demostrarlo, y el Comité entiende que, en muchos casos, los demás medios utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales.²³

²² V., Griffey, “The ‘Reasonableness’ Test: Assessing Violations of State Obligations under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en *Human Rights Law Review*, pp. 287-288; CDESC, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, párrs. 10-14. Sobre el contenido mínimo de derechos específicos, V., *idem*, Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 43; Observación general 15, El derecho al agua, arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 37; *idem*, Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: La pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrs. 17 y 18; *idem*, Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto, párr. 6; V., contribución de Leticia Morales, en este mismo volumen.

²³ V., CDESC, *Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, párr. 1 del artículo 2 del Pacto, párrs. 2 y 3.

Más aún, apelando a la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos, y al hecho de que todos ellos presentan por lo menos alguna dimensión justiciable, deberá rechazarse “una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales”.²⁴

IV. Nota sobre el principio de "progresividad"

Establecer el alcance del deber de lograr *progresivamente* la plena efectividad de los DESC, en los términos del artículo 2.1 del Pacto, constituye una de las cuestiones que el Comité ha entendido fundamental, dado el riesgo de que los Estados postergaran indefinidamente su realización. Por tanto, el Comité abordó tempranamente esta cuestión:

[...]el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán 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 se disponga.²⁵

Estableció entonces que los Estados deben adoptar medidas claras y concretas, deliberadas y consistentes, dirigidas a la satisfacción de sus obligaciones derivadas

²⁴ V., *idem*, Observación general 9, La aplicación interna del Pacto, párrs. 9-11.

²⁵ V., *idem*, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), párrs. 9 y 10.

del Pacto. Se trata, por tanto, de una obligación que impone al Estado realizar actuaciones en una dirección determinada, si bien las medidas concretas que se adopten —legislativas, administrativas, presupuestarias, sociales, etc.— pueden depender del contexto.

Así, el hecho de que este instrumento reconozca que el avance hacia la realización plena de algunos derechos pueda estar limitado por la escasez de recursos, no debe convertirse en obstáculo para la adopción inmediata de medidas orientadas a ese fin, destinando de manera prioritaria el máximo de recursos disponibles:

[...]lo que se perfila claramente en todos los contextos son dos estrategias diferentes: mejorar progresivamente el nivel de servicio para cumplir plenamente el contenido normativo de los derechos humanos [...] y los principios de derechos humanos —efectividad vertical—; y avanzar progresivamente hacia el disfrute en condiciones de igualdad de los derechos [...] , centrándose en las personas a las que el servicio no llega o llega en medida insuficiente —efectividad horizontal—. ²⁶

Además, no basta con demostrar que efectivamente se destina el máximo de recursos disponibles, sino también que esos recursos se emplean del modo que tengan la mayor repercusión posible en la realización de los derechos.²⁷ En otras palabras, se trata por un lado de avanzar *progresivamente* hacia un acceso universal a los bienes y servicios que dan contenido a los DESC —vivienda, salud, educación, agua, saneamiento, alimentación, etc.—, procurando llegar a más personas; y por otro, del avance *progresivo* hacia mejores niveles de servicio, cumpliendo plenamente las normas de derechos humanos.²⁸ Así, pues, aunque la disponibilidad de recursos:

condiciona la obligación de adoptar medidas, no modifica el carácter inmediato de la obligación, de la misma forma que el hecho de que los recursos sean limitados

²⁶ ONU, Informe del Relator Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, párr. 8. Documento A/HRC/45/10 .

²⁷ V., *idem*, párr. 60; ACNUDH, Documento A/66/255, párr. 15.

²⁸ V., *idem*, Informe del Relator Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, párr. 80. Documento A/70/203.

no constituye en sí mismo una justificación para no adoptar medidas. Aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación del Estado Parte de velar por el disfrute más amplio posible de los derechos económicos, sociales y culturales, habida cuenta de las circunstancias reinantes.²⁹

En definitiva, el deber de avanzar *progresivamente* hacia la plena realización de los derechos, interpretado a la luz del PIDESC, impone a los Estados la obligación de dar pasos concretos y deliberados en esa dirección; y a los operadores jurídicos — en los ámbitos internacional, regional y nacional — la tarea de determinar en los casos concretos si, y hasta qué punto, un Estado cumple con dicha obligación.

V. El criterio de "razonabilidad"

Una evaluación de los DESC atendiendo a su contenido, a las condiciones mínimas para su ejercicio y a las obligaciones que imponen a los poderes públicos, favorece sin duda su garantía. Pero es necesario, igualmente, que los operadores jurídicos tengan en cuenta el contexto específico al valorar la eficacia de estos derechos en los casos concretos; y que sea en este marco en el que analicen la necesidad, adecuación, proporcionalidad y *razonabilidad* de las políticas destinadas a hacerlos efectivos.

Esto es, precisamente, lo que exige el Protocolo al CDESC en el marco del procedimiento de denuncias; es decir, para determinar si existe o no vulneración de los DESC en un determinado caso, el Comité deberá valorar la *razonabilidad* de las medidas adoptadas por los Estados teniendo en cuenta la proporcionalidad de las mismas, el nivel de desarrollo, la situación económica y si el Estado ha actuado de conformidad con el principio de igualdad y la prohibición de discriminación.

De hecho, la aplicación y alcance del criterio de *razonabilidad* —que quedaría finalmente recogido en el artículo 8.4— sería objeto de debate durante el proceso que finalmente llevaría a la adopción del Protocolo PIDESC. Se trataba de deter-

²⁹ CDESC, Documento E/C.12/2007/1, párr. 4.

minar la pertinencia de este principio para establecer la validez de las normas y políticas adoptadas por un Estado para satisfacer sus obligaciones en materia de DESC. En opinión de la entonces titular del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos —en adelante, ACNUDH—, la clave era que los órganos judiciales y cuasi judiciales del ámbito nacional, igual que ocurre en el internacional, examinaran la *razonabilidad* de las medidas adoptadas por un Estado, a la luz de sus recursos y circunstancias.³⁰

Ello no supone, evidentemente, que dichos órganos —nacionales o internacionales— determinen qué leyes, políticas y programas deben poner en marcha los Estados para avanzar en la implementación de un derecho; porque como se ha dicho ya, los Estados tienen un amplio margen de decisión para optar por unas u otras medidas, —siempre que las mismas resulten compatibles con la realización de los derechos—. Se trataría, más bien, de disponer de las herramientas apropiadas para establecer en qué casos un Estado incumple sus obligaciones respecto de los DESC debido a la falta, insuficiencia o deficiencia de las medidas adoptadas; y de instarle a reparar de manera oportuna posibles vulneraciones.³¹

Ahora bien, convendría señalar en este punto que aunque tratándose de los DESC la cuestión estriba, esencialmente, en determinar si las decisiones adoptadas por los poderes públicos en relación con las leyes, políticas y programas destinados a satisfacer —*progresivamente*— el acceso a la salud, a la vivienda, a la alimentación, a la educación, o al agua y al saneamiento, resultan compatibles con el contenido, sentido y alcance de sus obligaciones al respecto, en ocasiones el criterio de *razonabilidad* se aplica igualmente para establecer la validez de ciertas medidas que en una determinada situación suponen restringirlos o limitarlos.

³⁰ V., ONU, Declaración de Louise Arbour, Alta Comisionada para los Derechos Humanos en la tercera sesión del Grupo de Trabajo de composición abierta establecido por la Comisión de Derechos Humanos para considerar opciones relativas a la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Disponible en <https://newsarchive.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=6011&LangID=E>

³¹ *Ibidem*.

1. La limitación de derechos y el criterio de razonabilidad

Los Estados tienen respecto de los DESC, como se ha indicado antes, la obligación de lograr *progresivamente* su plena efectividad; esta obligación tiene un contenido concreto y supone, en contraposición, la prohibición de adoptar medidas de carácter regresivo. Por tanto, existe una fuerte presunción en el sentido de que la adopción de una medida que suponga retroceder, en cualquier sentido, respecto del estándar de protección alcanzado, constituye un incumplimiento de dicha obligación.

Más aún, el Comité ha interpretado que una medida regresiva que afecte el contenido mínimo de los derechos del PIDESC, será inválida en cualquier circunstancia; mientras que, si no lo afecta, será en principio ilegítima, salvo que el Estado lo justifique suficientemente, con una carga probatoria alta.³²

Asimismo, cuando un Estado adopta una medida regresiva, el CDESC examinará:

- Si existe una justificación *razonable* para ello.
- Si se han valorado exhaustivamente posibles alternativas.
- Si ha habido una participación genuina de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas.
- Si las medidas pudieran resultar directa o indirectamente discriminatorias.
- Si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio de los derechos o un efecto injustificado en los derechos adquiridos, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al contenido mínimo de ese derecho.
- Si se ha realizado un examen independiente de las medidas a nivel nacional.³³

³² V., Rossi, “La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, pp. 79-115; V., la contribución de Christian Courtis, en este mismo volumen.

³³ V., CDESC, Observación general 19, El derecho a la seguridad social (artículo 9), párr. 42; Young, “Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights”, en *Boston College Law School Faculty Papers*.

Por último, el Comité ha establecido parámetros para evaluar los casos en que un Estado pretenda justificar una medida regresiva, alegando limitación de recursos:

- El nivel de desarrollo del país.
- La gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos del Pacto.
- La situación económica en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un período de recesión económica.
- La existencia de otras necesidades importantes que el Estado deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone.
- Si el Estado trató de encontrar opciones de bajo costo.
- Si el Estado recabó cooperación y asistencia internacionales.³⁴

En definitiva, el CDESC entiende que incluso en aquellas situaciones donde existan limitaciones graves de recursos, se mantiene la obligación de que los Estados actúen para asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos y el deber de proteger a los grupos más vulnerables.³⁵

Pero esta limitación general respecto de la adopción de medidas que tengan o pudieran tener carácter regresivo, no supone que los derechos —internacional o constitucionalmente reconocidos— no puedan someterse a ciertos límites, que se considerarán legítimos —de acuerdo con lo dispuesto por el propio PIDESC—art. 4— siempre que estén establecidos por ley, que no desvirtúen su naturaleza y que respondan exclusivamente al objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática. En los términos de la jurisprudencia constitucional española:

El derecho fundamental de que se trata no es incondicionado o absoluto, sino que queda delimitado en su contenido tanto por su naturaleza como en atención a su función. Aunque el derecho se impone en su contenido esencial al legislador,

³⁴ V., CDESC, Documento E/C.12/2007/1, párr. 10.

³⁵ V., *idem*, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), párrs. 11-12.

puede este establecer limitaciones y restricciones a su ejercicio que, respetando ese contenido y los imperativos del principio de igualdad, se ordenen, desde la perspectiva constitucional, a un fin legítimo y en términos proporcionados a esa válida finalidad. Limitaciones y restricciones legales que habrán de aplicarse, en especial por los órganos judiciales, mediante resolución especialmente motivada y no incurso en desproporción en relación con aquella finalidad.³⁶

Se trataría, entonces, de establecer si una medida regresiva está justificada en una situación específica, y si efectivamente constituye la opción que menos restringe el derecho en el caso concreto. Es decir, determinar si realmente un Estado avanza de manera progresiva en la realización de un derecho o, en cambio, ha adoptado una medida que resulta contraria al enfoque de los derechos, inútil, innecesaria o desequilibrada.³⁷

En los términos del Tribunal Constitucional español, en ningún caso las limitaciones a un derecho pueden obstruirlo más allá de lo *razonable*; y, por tanto:

[...]todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido —SSTC 69/1982, FJ 5, y 13/1985, FJ 2—, ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone —STC 37/1989, FJ 7—, y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial —SSTC 11/1981, FJ 10; 196/1987, FFJJ 4 a 6; 12/1990, FJ 8, y 137/1990, FJ 6—. ³⁸

Entonces, para determinar si existe o no vulneración de uno o más derechos en un caso concreto, el CDESC evaluará la proporcionalidad de las medidas adoptadas, el nivel de desarrollo del país, su situación económica, y si el Estado ha

³⁶ V., Tribunal Constitucional Español, STC 69/2021, FJ 4.e.

³⁷ Según el criterio del Tribunal Constitucional, para comprobar si una medida impeditiva (restrictiva) del ejercicio del derecho (de reunión) “supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto —la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes—; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”, *idem*, STC 55/1996, FJ 5.

³⁸ *Idem*, STC 154/2002, FJ 8.

actuado de conformidad con el principio de igualdad y la prohibición de discriminación. Pero el criterio de *razonabilidad*, en el marco del Protocolo PIDESC, le exige también tener en cuenta:

- Hasta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los DESC.
- Si el Estado ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria.
- Si la decisión del Estado de no asignar recursos disponibles se ajustó a sus obligaciones en virtud de las normas internacionales de derechos humanos.
- Si el Estado ha optado por los instrumentos normativos que menos limitan los DESC.
- El orden cronológico en que se adoptaron las medidas.
- Si las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y grupos desfavorecidos, y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo.³⁹

Este enfoque ya se intuía en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en adelante, TEDH—, desde el caso *Sunday Times contra Reino Unido* —1979—, que involucraba los daños ocasionados por la comercialización a finales de los 50 de un medicamento con efectos sedantes que contenía talidomida, y que provocaría que los niños nacidos de mujeres que lo habían consumido durante el embarazo sufrieran malformaciones. El *Sunday Times*, entre otros periódicos, publicó un artículo analizando el problema, y la farmacéutica reaccionó promoviendo una demanda en la que alegaba que dicha publicación suponía un desacato al tribunal, porque el caso continuaba *sub judice*. Efectivamente, la Cámara de los Lores prohibió su publicación por entender que impedía una administración de la justicia imparcial. Así pues, al analizar el artículo 10 del Convenio

³⁹ V., CDESC, Documento E/C.12/2007/1, párr. 8; Griffey, *op. cit.*, pp. 321-322.

En otros términos, para valorar la actuación del Estado en relación con la progresiva realización de los DESC, pueden plantearse preguntas como: ¿cuál es la situación actual en el país?, ¿cuáles son las dificultades?, ¿qué medidas deben adoptarse para superar esas dificultades?, ¿en qué plazo y movilizándolo qué recursos? V., CDES, Documento A/HRC/45/10, párr. 6.

Europeo de Derechos Humanos —en adelante, CEDH—, el Tribunal señaló la necesidad de asegurar un equilibrio entre el ejercicio por parte de la prensa del derecho a la libertad de expresión que le garantiza el párrafo 1, y lo dispuesto en su párrafo segundo respecto de sus posibles restricciones, siempre que estén previstas en ley, y que constituyan “medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”. Según el criterio del TEDH, que la medida restrictiva del derecho sea necesaria, no implica simplemente que resulte admisible, normal, útil, *razonable* u oportuna, sino que se corresponda con una “necesidad social imperiosa”, que resulte proporcionada respecto del fin legítimo que se persigue, y que los motivos alegados para justificarla resulten pertinentes y suficientes.⁴⁰

También la Corte IDH ha utilizado estas pautas en su Opinión Consultiva OC-5/85, en la que se debatía la compatibilidad de la colegiación obligatoria de periodistas con la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —en adelante, CADH—. Según el criterio de la Corte, “la *necesidad* y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo”. Entiende por tanto que entre varias opciones para alcanzar un objetivo debe elegirse la que restrinja en menor medida el derecho. Y en consecuencia, no basta con acreditar que una ley cumple un propósito útil u oportuno; sino que “la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”.⁴¹ Es decir, la cuestión sería establecer si el medio elegido por el legislador para llevar adelante la política pública, es efectivamente el que impone menos restricciones al derecho en juego, en este caso, la libertad de expresión; porque “de existir otros medios menos restrictivos, pero igualmente idóneos para alcanzar las finalidades

⁴⁰ TEDH, Caso *Sunday Times* Sentencia 6538/74, párrs. 59 y 62.

⁴¹ Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr. 46.

de determinada política pública, la limitación del derecho en cuestión no sorteará el test de razonabilidad”.⁴²

2. Las medidas positivas a la luz del criterio de "razonabilidad"

El mismo enfoque desarrollado en el epígrafe anterior, resulta aplicable cuando no se trata propiamente de limitación de derechos, sino del deber de adoptar medidas positivas destinadas a la implementación de los DESC.

Así, en la reciente sentencia del mencionado caso *Guachalá Chimbo*, la Corte Interamericana señaló que respecto de las personas con discapacidad surgen obligaciones específicas para la atención de su salud porque se hace necesario un apoyo adecuado para que puedan ejercer de manera efectiva sus derechos. Y para determinar la *razonabilidad* de las medidas adoptadas por el Estado, la Corte recoge el criterio del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el sentido de que los ajustes razonables son parte intrínseca de la obligación, de cumplimiento inmediato, de no discriminar en el contexto de la discapacidad y que, “un ajuste es *razonable* si logra el objetivo —o los objetivos— para el que se realiza y si está diseñado para satisfacer los requerimientos de la persona con discapacidad”.⁴³

En el conocido caso *Grootboom* la Corte Constitucional sudafricana parte, en principio, de una interpretación más bien deferente del criterio de *razonabilidad*, entendiendo que su aplicación no implica establecer si pudieron adoptarse otras medidas, sino —simplemente— determinar si las efectivamente adoptadas resultan *razonables* a la luz de las obligaciones derivadas de los derechos internacional y/o constitucionalmente reconocidos:

⁴² Pedernera Allende, “Razonabilidad y racionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina: dos ejemplos trascendentes”, en *Revista Jurídica Universidad de San Andrés*, Disponible en: <https://udesa.edu.ar/revista/revista-juridica-de-la-universidad-de-san-andres-nro-7/articulo/razonabilidad-y-1>

⁴³ V., Corte IDH, *Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador*, párrs. 102 y 170-171; CDPD, *Observación General 6, La igualdad y la no discriminación*, párrs. 23 y 25.

Cuando un juez considere la razonabilidad de las medidas, no valorará si otras medidas pudieron ser tomadas, si hubiesen sido más favorables, o si se hubiese podido utilizar el presupuesto de otra manera. La cuestión a decidir será en cambio, si las medidas efectivamente adoptadas fueron razonables. Es necesario reconocer que existe un amplio espectro de medidas que pueden ser adoptadas por el Estado para cumplir con sus obligaciones constitucionales, y muchas de ellas pueden considerarse razonables. Cuando se demuestra que lo son, puede decirse que la obligación se encuentra cumplida.⁴⁴

La Corte, sin embargo, establecería algunos parámetros que favorecen una interpretación más amplia de este principio. Por un lado, señaló que si se tienen en cuenta los tres elementos clave que definen la obligación a cargo del Estado —el deber de adoptar medidas legislativas y otras medidas *razonables*, —para alcanzar progresivamente la realización del derecho, en el marco de los recursos disponibles—,⁴⁵ en este caso referida al derecho a la vivienda, la adopción de medidas legislativas, por sí sola, resulta insuficiente. Las medidas legislativas deberán estar respaldadas por políticas apropiadas y programas implementados adecuadamente. E igual que la legislación, las políticas públicas y los programas deben ser *razonables* tanto en su concepción, como en su implementación. “La formulación de un programa es sólo el principio en el camino para lograr el cumplimiento de las obligaciones. El programa debe también ser razonablemente implementado. Un programa razonable que no sea razonablemente implementado no cumple con la obligación constitucional”.⁴⁶

⁴⁴ Síntesis del caso: Los demandantes alegaron que el Estado había vulnerado su derecho constitucional a una vivienda adecuada —sección 26— y el derecho de los niños a un refugio (sección 28), al haberles desalojado del asentamiento irregular en que se encontraban, sin proporcionarles un alojamiento provisional adecuado, en tanto accedían a una vivienda permanente. El Tribunal Constitucional declaró que el Estado efectivamente vulneraba el derecho a una vivienda adecuada, por considerar que la política de largo plazo destinada a proveer vivienda a bajo costo no era razonable y resultaba inconstitucional, en la medida en que omitía atender las situaciones de necesidad extrema como la de las personas sin hogar. Constitutional Court of South Africa, Case CCT 11/00, párr. 41.

⁴⁵ *V.*, *idem*, párr. 38.

⁴⁶ *Idem*, párr. 42.

Efectivamente, en su Observación General 3 ya el propio el Comité señaló que, si bien el PIDESC hace referencia expresa a la adopción de medidas legislativas como un instrumento adecuado para alcanzar la plena efectividad de estos derechos, ésta no agota las obligaciones de los Estados, y que resultan igualmente apropiadas otras medidas como las de carácter administrativo, financiero, educativo o social.

Por otro lado, la Corte estableció que la determinación de un contenido mínimo para el derecho, podía facilitar la valoración de la *razonabilidad* de las medidas;⁴⁷ pero que, en todo caso, un elemento fundamental para satisfacer dicho estándar es que la medida no excluya a una parte significativa de la sociedad.

Y ésta constituye otra cuestión que el CDESC ha puesto de relieve reiteradamente. Los Estados Parte del Pacto tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos, aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos para ello.⁴⁸ Según el criterio sostenido por la Corte en este caso, las personas “cuyas necesidades son las más urgentes de satisfacer y quienes se ven más desvalidos para ejercer sus derechos, no pueden ser ignoradas por las medidas adoptadas a fin de garantizar el goce de los derechos”. No se trata, por tanto, de demostrar simplemente que las medidas elegidas para avanzar progresivamente hacia la realización de los DESC son capaces de producir un avance estadístico —cuantitativo—; esto puede no resultar suficiente para satisfacer el criterio de *razonabilidad*.⁴⁹

Los Estados “deben conseguir un equilibrio entre las medidas a corto plazo y a largo plazo a fin de garantizar el suministro sostenible de servicios de alcance universal, pero dando prioridad a la prestación de servicios básicos para todos antes de mejorar los servicios que ya está recibiendo una parte de la población”.⁵⁰

Asimismo, la Corte recogería en su sentencia el principio de *indivisibilidad e interdependencia* entre los DESC, estableciendo que, al evaluar las políticas o medidas adoptadas por un Estado para determinar el grado de cumplimiento de sus obligaciones, no se puede perder de vista esa conexidad e interacción.⁵¹

V, CDESC, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), párrs. 4 y 7.

⁴⁷ Constitutional Court of South Africa, Case CCT 11/00, párr. 33.

⁴⁸ V, CDESC, Documento E/C.12/2007/1, párr. 4.

⁴⁹ V, Constitutional Court of South Africa, Case CCT 11/00, párrs. 43 y 44.

⁵⁰ ONU, Informe del Relator Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, párr. 31. Documento A/HRC/18/33.

⁵¹ V, Constitutional Court of South Africa, Case CCT 11/00, párr. 24.

Entonces, de acuerdo con los criterios sostenidos por la Corte en el caso *Grootboom*, las políticas o programas públicos deben ser evaluados en cuanto a su formulación, verificando que resultan acordes con el contexto social y económico; que son inclusivos y atienden prioritariamente a los sectores más vulnerables; que prevén medidas a corto, mediano y largo plazo; que permiten adaptarse a posibles cambios, y que suponen un avance en la satisfacción de los derechos. Y es necesario que, a la luz del criterio de *razonabilidad*, se valoren igualmente la capacidad institucional y los recursos disponibles para su adecuada implementación.⁵²

Esta interpretación de la Corte, como se ha indicado ya, prevalecería al adoptarse el Protocolo PIDESC que dispone en su artículo 8.4 que, en el examen de las comunicaciones por posibles vulneraciones a estos derechos, el Comité “considerará hasta qué punto son *razonables* las medidas adoptadas por el Estado Parte de conformidad con la parte II del Pacto. Al hacerlo, el Comité tendrá presente que el Estado Parte puede adoptar toda una serie de posibles medidas de política para hacer efectivos los derechos enunciados en el Pacto”. Durante la negociación del Protocolo, sin embargo, se debatió largamente sobre esta cuestión, en un contexto en el que todavía algunos Estados plantearon dudas respecto del carácter justiciable de los DESC, o por lo menos, respecto de que todos ellos fueran igualmente justiciables.⁵³

⁵² Habría que decir, sin embargo, que más adelante en el Caso *Mazibuko* —2009— que involucraba el derecho al agua, la Corte Constitucional sudafricana aplicaría de manera mucho más restrictiva el criterio de *razonabilidad* al examinar una política pública, entendiendo que correspondía a los poderes legislativo y ejecutivo —en mejores condiciones para valorar las condiciones sociales y la disponibilidad presupuestaria— determinar su contenido; y centrando su análisis sólo en el propio ordenamiento constitucional. Esto, sin tener en cuenta la perspectiva del DIDH que sí había incorporado en su sentencia *Grootboom*, y a la que el propio artículo 39 constitucional remite como criterio de interpretación. De hecho, el criterio sostenido por la Corte se apartaría también de lo decidido por el tribunal de primera instancia y, particularmente, por el tribunal de apelación que, en cambio, habían reconocido incluso un contenido mínimo cuantitativo al derecho —hasta 42 litros de agua por persona y día—, su interrelación con otros derechos, y exigían al Estado adaptar sus políticas a estos requerimientos. La Corte entendió que estos tribunales habían ido demasiado lejos al establecer un contenido normativo específico al derecho, y que la política adoptada por el Estado —una provisión de 25 litros y la utilización de medidores de prepago— resultaba *razonable*, legal y no discriminatoria, en la medida en que perseguía una finalidad legítima —reducir el derroche de agua—. Para un análisis de esta sentencia, V. Stewart, “Adjudicating Socio-Economic Rights under a Transformative Constitution”, en *Penn State International Law Review*, pp. 487-512; Bautista, *El Derecho Humano al Agua y Saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/documents/issues/water/contributionsustainability/eclac7.pdf>

⁵³ Esta cuestión llevaría a algunos Estados a plantear la opción de un Protocolo “a la carta”, en el que los Estados quedarían obligados sólo respecto de determinados derechos o elementos del Pacto para

Otros Estados, en cambio, manifestaron su preocupación concretamente respecto de la inclusión del criterio de *razonabilidad*, por entender que su aplicación podía limitar excesivamente el margen de los Estados para diseñar libremente sus políticas; sugirieron, como alternativa, otros criterios como el margen de apreciación, el margen de discreción o la *irrazonabilidad*. En todo caso, se impuso la idea de asumir como válidas las opciones elegidas por un Estado, mientras se trate de medidas apropiadas para cumplir con la realización *progresiva* de los DESC y resulten compatibles con el alcance de las obligaciones derivadas del Pacto.⁵⁴ Es decir, para respetar el amplio margen de discrecionalidad que tiene un Estado al elegir los medios a través de los cuales implementa un derecho, hay una cierta presunción sobre la *razonabilidad* de las medidas por las que optan los poderes públicos.

Pero el alcance del principio de *razonabilidad* pretende ser más amplio, y abordar de manera integral el examen de las actuaciones estatales incorporando los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad. Que los poderes públicos estén democráticamente legitimados para optar por unas u otras medidas para hacer efectivos los derechos, en ningún caso puede suponer renunciar definitivamente a la revisión judicial —o cuasi judicial— de las mismas. De hecho, cuando el contenido de los DESC está normativamente definido, el rol de los tribunales en su adjudicación no difiere del que tradicionalmente vienen desempeñando cuando se trata de un derecho civil o político.⁵⁵

Es decir, si bien de conformidad con el principio de soberanía democrática los Estados disponen de un margen considerable para definir el contenido de sus normas y políticas públicas, cuando se trata de hacer efectivos los derechos ese margen tiene como limitación la *razonabilidad* de esas medidas, dado un contexto concreto. Por tanto, dichas leyes y políticas deberán:

efectos de las denuncias por posibles vulneraciones. V, ONU, Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su primer período de sesiones, párrs. 24, 65 y 66; Porter, “The Reasonableness of Article 8(4). Adjudicating Claims from the Margins”, en *Nordic Journal of Human Rights* 39, pp. 43-44.

⁵⁴ V, Griffey, *op. cit.*, p. 295.

⁵⁵ V, Young, *International Commission of Jurists*, pp. 81 y 90.

- Plantearse en clave de derechos, incluido lo relativo a su financiación.
- Garantizar los principios de igualdad, no discriminación y atención prioritaria de los sectores más vulnerables.
- Satisfacer el contenido normativo de los bienes y servicios destinados a su realización —disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad—.
- Garantizar la sostenibilidad, la participación significativa de la ciudadanía en la toma de decisiones, la transparencia en la gestión y la habilitación de mecanismos adecuados de rendición de cuentas y de evaluación.

Más aún, en el ámbito del Derecho Comparado y a partir del desarrollo llevado a cabo por el Tribunal Constitucional alemán, se han establecido pautas para aplicar el principio de *razonabilidad* a la determinación de la validez de una medida —bien sean normas, planes o políticas públicas—, mediante tres subprincipios:

- *Adecuación*: que se persiga un fin constitucional y socialmente relevante, y la capacidad abstracta del medio para llegar al fin.
- *Necesidad*: que la medida resulte indispensable, y sea la menos restrictiva entre medidas igualmente eficaces.
- *Proporcionalidad en sentido estricto*: que exista una relación razonable entre la medida y su finalidad.

En otros términos, se trataría de asegurar que la medida es idónea e indispensable, y que la relación entre la medida y su finalidad es *razonable*. Y para comprobar que efectivamente se satisfacen dichos estándares, la medida puede someterse al siguiente escrutinio:

- En relación con la existencia y contenido de la finalidad: ¿la norma que instrumenta la medida tiene o se propone un fin? y, en caso afirmativo, ¿cuál es su naturaleza y ámbito?
- En relación con la constitucionalidad o legitimidad del fin: ¿el fin es constitucional, o legítimo en casos supranacionales?

- En relación con la adecuación de los medios: ¿los medios elegidos por la norma son idóneos o eficaces para lograr el fin propuesto?
- En relación con la necesidad de la medida adoptada: ¿son los medios instrumentados los más eficientes, o hay alternativas más convenientes a la finalidad buscada y al derecho regulado?
- En relación con la proporcionalidad de los medios: ¿existe una adecuada relación entre los costes de las medidas y los beneficios que reportan?
- En relación con el —respeto del— contenido esencial del derecho: ¿los medios afectan la esfera de funcionamiento razonable del derecho regulado, o bien lo alteran, restringen, limitan o afectan?⁵⁶

En definitiva, dado que la implementación de los DESC es compleja y admite una multiplicidad de opciones, no se trata en ningún caso de imponer al Estado una solución determinada, sino de valorar si las actuaciones de los órganos encargados de su realización satisfacen el criterio de *razonabilidad*, teniendo en cuenta el alcance de esas obligaciones y el contexto específico. Hace falta, entonces, superar el análisis meramente formal de si una norma, política o programa resulta razonable, coherente e inclusivo, e ir más allá para establecer si resulta, además, compatible con un enfoque extensivo de los derechos.

Y es éste el enfoque con base en el cual los operadores jurídicos nacionales deben valorar, y de hecho, valoran ya, la *razonabilidad* de las medidas adoptadas por un Estado para la implementación de los DESC en un caso concreto. Pero el escrutinio debe ir más allá de la mera *racionalidad* de dichas medidas, que podría verse satisfecha simplemente con la oportuna conexión entre los medios elegidos y el propósito o finalidad que se persigue, sin entrar a valorar si es justa o apropiada, o si hay otros medios posibles e incluso mejores que hubieran podido utilizarse.

⁵⁶ V. Toller, “Justicia en la toma de decisiones y discrecionalidad estatal. La armonización de derechos y bienes públicos mediante un análisis de razonabilidad a partir de un caso de vacunación obligatoria”, en *Persona y derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, pp. 109-146; Maldonado Muñoz, “El principio de razonabilidad y su aplicación al estudio de validez de las normas jurídicas”, en *Ius Humani. Revista de Derecho*, pp. 139-174.

Entonces, no basta con establecer que se trata de una medida coherente y capaz de producir un determinado resultado; aplicar de manera rigurosa el criterio de *razonabilidad* implica valorar sustantivamente y, por ende, con un mayor activismo, la adecuación de las medidas, atendiendo al contexto y sin perder de vista que lo que está en juego es la eficacia de los derechos.⁵⁷

En todo caso, esta evaluación —por parte de los órganos nacionales, regionales o internacionales— de las medidas destinadas a la realización de los DESC exige, necesariamente, disponer de información precisa y rigurosa; lo que constituye otra de las cuestiones sobre la que es necesario incidir.

VI. El desarrollo de estrategias, planes nacionales e indicadores

Como se ha señalado ya, actualmente el marco jurídico —internacional, regional y nacional— en materia de derechos proporciona elementos suficientes para orientar el desarrollo de los DESC, impulsar el avance hacia su plena realización y determinar su nivel de cumplimiento o satisfacción. Los elementos normativos que ofrece el catálogo de obligaciones y que el Comité viene aplicando a los DESC, impregnan ya los más avanzados sistemas constitucionales facilitando su desarrollo legal y la formulación de políticas públicas en clave de derechos, así como proporcionando criterios para determinar su efectividad y garantizar su eficacia.

Pero los organismos especializados de derechos humanos plantean la necesidad de desarrollar otros parámetros que faciliten la evaluación del nivel de cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos en general, y de DESC en particular.

Por un lado, destacan la importancia de formular estrategias nacionales o planes de acción como instrumentos para la implementación y protección de los derechos. En el caso de los DESC, se trataría de planes y programas destinados a asegurar el

⁵⁷ V, Courtis, “Rationality, reasonableness, proportionality: testing the use of standards of scrutiny in the Constitutional review of legislation”, en *4 Constitutional Court Review*, p. 39; Young, *op. cit.*

acceso a los bienes y servicios públicos que les dan contenido —vivienda, salud, educación, alimentación, agua, saneamiento, etc.—. Y para garantizar la eficacia de estos planes, y asegurar que incorporan el enfoque de los derechos, es esencial que establezcan con claridad los fines, las prioridades, el programa de actuaciones y un plazo preciso para alcanzar los objetivos. Deberán garantizar, igualmente, el principio de no discriminación, la participación efectiva de la ciudadanía, la coordinación entre los distintos actores involucrados y la rendición de cuentas.⁵⁸

Tal como establece el propio Comité en sus OG, el desarrollo de estrategias y planes nacionales para la implementación de los DESC constituye, en sí mismo, un aspecto relevante de las obligaciones de los Estados; en consecuencia, no desarrollarlos, o no incorporar a aquéllos la perspectiva de los derechos, implicaría que el Estado incumple sus obligaciones básicas.⁵⁹ Pero, además:

[...]la noción de realización progresiva, exige inevitablemente que los Estados y los mecanismos de vigilancia de los derechos humanos supervisen los avances logrados a lo largo de un período de tiempo hacia la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales y obliga a la comunidad de derechos humanos a diseñar herramientas para supervisar dichos cambios.⁶⁰

Por tanto, los sistemas de derechos humanos recomiendan el desarrollo de indicadores cuantitativos y cualitativos que permitan valorar de manera efectiva, objetiva y sistemática los progresos realizados, y detectar posibles deficiencias para introducir oportunamente los cambios y ajustes necesarios.⁶¹

⁵⁸ V., Griffey, *op. cit.*, pp. 289-290; CDESC, Documento A/HRC/18/33, párr. 36.

⁵⁹ V., Langford, *op. cit.*, p. 232; CDESC, Observación general 4, El derecho a una vivienda adecuada, párrafo 1 del art. 11 del Pacto, párr. 12; Observación general 12, El derecho a una alimentación adecuada, art. 11, párr. 21; Observación general 13, El derecho a la educación, art. 13 del Pacto, párr. 52; Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 43; Observación general 15, El derecho al agua, arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 37; Observación general 18, El derecho al trabajo, art. 6 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, párr. 31; *idem*, Observación general 19, El derecho a la seguridad social, art. 9, párr. 41.

⁶⁰ ACNUDH, Documento E/2011/90, párr. 8.

⁶¹ El ACNUDH ha definido la noción de indicadores, como aquellas “informaciones concretas sobre el estado de un objeto, acontecimiento, actividad o resultado que pueden estar relacionadas con las normas de derechos humanos; que abordan y reflejan las preocupaciones y principios en materia de derechos

El mismo enfoque adoptaría el CEDS, al menos desde el caso *FEANTSA contra Eslovenia*, de 2008, que involucraba la pérdida de derechos habitacionales por parte de aquellos arrendatarios que habiendo gozado del alojamiento hasta 1991, no podían convertirse en propietarios porque la expropiación y nacionalización de las viviendas que ocupaban se había revertido en favor de los propietarios originales. Al abordar las posibles vulneraciones —al derecho a la vivienda en relación con el derecho de la familia a protección social, jurídica y económica y la prohibición de discriminación—, el CEDS establecería que, a la luz de la CSE, los Estados deben:

- Adoptar las medidas legales, financieras y operativas necesarias para avanzar progresivamente en la realización de los objetivos de la CSE.
- Desarrollar estadísticas que reflejen debidamente las necesidades, los recursos disponibles para satisfacerlas y los resultados conseguidos.
- Desarrollar sistemas de monitoreo de las estrategias adoptadas.
- Establecer un cronograma para evitar que se posponga indefinidamente la consecución de los objetivos planteados en cada etapa.
- Prestar especial atención al impacto que las políticas y medidas adoptadas pudieran tener particularmente respecto de los sectores sociales más vulnerables.

Asimismo, advirtió que la adopción de legislación, incluso si satisface los estándares del DIDH, no supone, por sí misma un avance en la realización de los derechos, si no se asegura la aplicación práctica de las normas mediante políticas específicas, respecto de las cuales se prevea un cronograma de cumplimiento y financiación suficiente —utilizando hasta el máximo de recursos disponibles—

humanos y que pueden utilizarse para evaluar y supervisar la promoción y la efectividad de los derechos humanos”. Asimismo, ha establecido criterios para una adecuada selección de indicadores, distinguiendo entre distintos tipos y recomendando su uso combinado y la desagregación de datos: “[el] objetivo es vincular el compromiso y la aceptación, por parte del Estado, de las obligaciones contraídas con arreglo a las normas internacionales de derechos humanos —indicadores estructurales—, las iniciativas realizadas para cumplir las obligaciones por medio de la puesta en práctica de medidas de política y de programas —indicadores de proceso— y los resultados de esas iniciativas teniendo en cuenta la efectividad de los derechos humanos de las personas afectadas —indicadores de resultados—. Los indicadores elegidos deben reflejar todo el espectro de las obligaciones de los Estados en relación con el respeto, la protección y el cumplimiento de los derechos humanos”. *Idem*, párrs. 2 y 12-17.

para su implementación, y que los titulares de los derechos, sin discriminación, cuenten con mecanismos de reclamación, incluidos recursos judiciales para hacerlos efectivos.⁶²

El método destinado a evaluar el progreso —determinar si ha habido avances, estancamiento o retroceso—, deberá utilizar valores de referencia —metas u objetivos mensurables a alcanzar en un determinado plazo—, para reflejar íntegramente el enfoque de los derechos, y desagregar los datos con especial atención a los grupos más vulnerables.⁶³ Así, sin perder de vista que los avances en la eficacia de los derechos deben analizarse siempre teniendo en cuenta el contexto —recursos disponibles, limitaciones estructurales, opciones de política y diferentes prioridades —, los indicadores y mecanismos de evaluación— pues así es que permitirán:

- Formular mejores políticas y vigilar los progresos realizados.
- Determinar los efectos no deseados de leyes, políticas y prácticas.
- Determinar qué actores están influyendo en la realización de los derechos.
- Poner de relieve si esos actores están cumpliendo sus obligaciones.
- Advertir de antemano posibles violaciones y poder adoptar medidas preventivas.

⁶² V., CEDS, *FEANTSA vs. Eslovenia*, Reclamación 53/2008.

⁶³ V., PNUD, *Derechos humanos y Desarrollo humano para la libertad y la solidaridad*, Informe sobre Desarrollo Humano, pp. 99; CDESC, Documento E/C.12/2007/1, párr. 11; Documento A/HRC/18/33, párr. 36; ACNUDH, Documento A/HRC/45/10, párr. 29; CDESC, Documento E/2009/90, párrs. 20-26 y 41.

En relación con el derecho al agua y al saneamiento, la Relatoría puso de manifiesto la relevancia de indicadores debidamente desglosados para evaluar el progreso, el orden de prioridades en la asignación del gasto público, los avances y las posibles deficiencias en la implementación de esos derechos —ACNUDH, Documento A/HRC/18/33—, párr. 65, e incluso en un Informe sobre violaciones a estos derechos, la Relatora incluyó un Anexo con información específica sobre esta cuestión —*Idem*, Informe sobre Violaciones corrientes de los derechos humanos al agua y el saneamiento—. Abordó igualmente la cuestión en su Informe relativo a los Objetivos de Desarrollo del Milenio —ODM—, en relación con el contenido normativo —disponibilidad, calidad, aceptabilidad, accesibilidad y asequibilidad— de los derechos al agua y al saneamiento —*idem*, Informe de la Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, Obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, párrs. 22-35—.

- Fortalecer el consenso social respecto de decisiones difíciles que deban adoptarse frente a la limitación de recursos.
- Sacar a la luz cuestiones que han sido desatendidas o silenciadas.⁶⁴

Ciertamente, el desarrollo de herramientas adecuadas y rigurosas para la evaluación de las medidas adoptadas por los Estados para dar cumplimiento a sus obligaciones en materia de derechos, estarían destinadas, en primer término, a la rendición de cuentas por parte de los operadores políticos frente a la ciudadanía; y esto aplica igualmente respecto de la evaluación de los Estados por parte de los organismos regionales e internacionales que se encargan de vigilar la aplicación de los instrumentos de derechos humanos. De hecho, las recomendaciones de estos organismos se basan, con frecuencia, en la información estadística disponible.

Pero estas herramientas pueden resultar igualmente útiles para determinar la eficacia de los derechos en los casos concretos. Es decir, siempre que los planes y políticas establezcan objetivos, medios y plazos, y que se disponga de información —cuantitativa y cualitativa— suficiente para evaluar los resultados, se contará con elementos de análisis adecuados para que los operadores jurídicos valoren la *razonabilidad* de esas medidas en los casos concretos, e incluso para que hagan seguimiento del cumplimiento de sus sentencias.

VII. Nota sobre el impacto presupuestario

El contenido de los DESC y el alcance de las obligaciones que de ellos se derivan para el Estado, ponen de manifiesto la necesidad de incorporar el enfoque de los derechos también al aspecto presupuestario. La implementación del marco

⁶⁴ V., PNUD, *op. cit.*, p. 89. Asimismo, según el ACNUDH, entre las funciones de los indicadores están: a) corroborar los análisis normativos de las evaluaciones de los derechos humanos; b) establecer medidas más claras para aplicar políticas y programas públicos; c) establecer criterios objetivos para supervisar los avances logrados en pro de la plena realización de los derechos, y d) servir de fundamento para las denuncias contra quienes están investidos de responsabilidad, como las autoridades gubernamentales, en los tribunales y otros mecanismos de reparación. V., ACNUDH, Documento E/2011/90, párr. 22.

normativo que desarrolla los derechos internacional y constitucionalmente reconocidos a través de políticas públicas, estrategias nacionales y programas concretos exige, necesariamente, asignación presupuestaria. Y a su vez, los presupuestos públicos constituyen una fuente de información útil para analizar las preferencias y prioridades del Estado, y evaluar la eficacia de sus medidas.

Aunque los presupuestos no están necesariamente estructurados en función de los derechos, y ello podría dificultar la evaluación de las medidas, lo cierto es que el análisis presupuestario proporciona información sobre los recursos de que dispone un Estado, y sobre qué proporción se asigna a los DESC en general y a cada derecho en particular, y permite determinar si se prioriza la atención de la población más vulnerable.

El margen de decisión de los Estados en relación con su política presupuestaria es amplio; y nuevamente, ellos pueden optar válidamente por distintas alternativas. Pero en todo caso, es posible establecer si, y hasta qué punto, un Estado cumple la obligación de adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos de que disponga”, y si se producen avances, estancamientos o retrocesos en el gasto público destinado a satisfacer progresivamente estos derechos.⁶⁵ La información que proporciona el análisis presupuestario permite, por tanto, poner en perspectiva y cuantificar las actuaciones del Estado; y en esta medida, favorece también una aplicación más eficaz del principio de *razonabilidad* al evaluar las políticas públicas destinadas a la implementación de los DESC.

VIII. A manera de conclusiones

Como se ha indicado al inicio de este artículo, la aprobación y entrada en vigor del Protocolo PIDESC ha supuesto un avance decisivo en la consolidación de estos derechos como auténticos derechos exigibles. También coloca al principio de *razonabilidad* como criterio esencial para determinar si, y hasta qué punto, las medidas por las que opta un Estado para implementar los DESC, efectivamente

⁶⁵ V., *idem*, Documento E/2009/90, párrs. 47-54.

se ajustan a la obligación de *lograr progresivamente la plena efectividad de estos derechos*.

Esta cuestión, tendrá sin duda un impacto en el ámbito nacional, donde deberá potenciarse la incorporación del enfoque de los derechos a la regulación normativa y al diseño e implementación de políticas públicas relacionadas con los DESC, y consolidarse de manera definitiva su plena exigibilidad. No se puede perder de vista que la justiciabilidad de los derechos tiene un doble efecto sobre su eficacia. Primero, obviamente, como garantía secundaria para asegurar su goce y ejercicio en aquellos casos en que se producen interferencias omisiones o vulneraciones; pero también como un proceso que permite ir perfilando su contenido y alcance lo que, a su vez, retroalimenta la formulación y aplicación de las normas y políticas destinadas a su realización, favoreciendo su garantía.

En la aplicación de los DESC, el juez deberá contrastar la *razonabilidad* de la regulación y de las medidas elegidas para su realización, valorando su adecuación y proporcionalidad, asegurando el respeto de su contenido esencial y garantizando su eficacia. En esta medida, y aunque en el marco del Estado constitucional el principio de división de poderes mantiene su plena vigencia, el Poder Judicial “ha adquirido cierta preeminencia en la tarea de ser garante final de la Constitución y de los derechos por ella consagrados.”⁶⁶

Los operadores jurídicos nacionales tienen, por tanto, un papel fundamental, y el criterio de *razonabilidad* les proporciona una herramienta flexible y sensible al contexto, para abordar reclamaciones y establecer si las actuaciones de los poderes públicos efectivamente se ajustan al desarrollo progresivo de los DESC y a su interpretación más garantista e inclusiva, atendiendo prioritariamente las necesidades más urgentes.

⁶⁶ Pedernera, “Razonabilidad y racionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina: dos ejemplos trascendentes”, en *Revista Jurídica Universidad de San Andrés*, Disponible en: <https://udesa.edu.ar/revista/revista-juridica-de-la-universidad-de-san-andres-nro-7/articulo/razonabilidad-y-1>

Bibliografía

Libros

Abramovich, Víctor, Añón, María José, *et al.*, *Derechos Sociales. Instrucciones de Uso*, Fontamara, Colección Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2003.

Courtis, Christian, *Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y Comisión Internacional de Juristas (CIJ), Ginebra, 2008.

Courtis, Christian, Hauser, Denise *et al.*, *Protección Internacional de Derechos Humanos. Nuevos desafíos*, Editorial Porrúa-Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2005.

International Commission of Jurists, *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative Experiences of Justiciability*, en Geneve, Human Rights and Rule of Law Series: Núm. 2, 2008.

Langford, Malcolm, “Substantive Obligations”. *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Commentary*, Langford, Malcolm, Porter, Bruce, Brown, Rebecca y Rossi, Julieta (eds.), Pretoria University Law Press, Pretoria, 2016.

Pisarello, Gerardo, “Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada ‘desde abajo’”. *La protección judicial de los derechos sociales*, Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

Rossi, Julieta, “La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Courtis, Christian (comp.), del Puerto-CEDAL-CELS, Buenos Aires, 2006.

Revistas

Courtis, Christian, “Rationality, reasonableness, proportionality: testing the use of standards of scrutiny in the Constitutional review of legislation”. *Constitutional Court Review*, Vol. 4, Núm. 1.

Griffey, Brian, “The ‘Reasonableness’ Test: Assessing Violations of State Obligations under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”. *Human Rights Law Review*, 11:2, Oxford University Press, 2011.

Maldonado, Mauricio, “El principio de razonabilidad y su aplicación al estudio de validez de las normas jurídicas”. *Ius Humani. Revista de Derecho*, Vol. 3, 2012/2013, Consultado el 5 de abril de 2021, Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4999999>

Pedernera, Matías, “Razonabilidad y racionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina: dos ejemplos trascendentes”. *Revista Jurídica Universidad de San Andrés*, Núm. 7, julio de 2019. Consultado el 5 de julio de 2021. Disponible en: <https://udesa.edu.ar/revista/revista-juridica-de-la-universidad-de-san-andres-nro-7/articulo/razonabilidad-y-1>

Porter, Bruce, “The Reasonableness of Article 8(4). Adjudicating Claims from the Margins”. *Nordic Journal of Human Rights* 39, 27:1, 2009.

Stewart, Linda, “Adjudicating Socio-Economic Rights under a Transformative Constitution”. *Penn State International Law Review*, Vol. 28: No. 3.

Toller, Fernando, “Justicia en la toma de decisiones y discrecionalidad estatal. La armonización de derechos y bienes públicos mediante un análisis de razonabilidad a partir de un caso de vacunación obligatoria”. *Persona y derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, Área de Filosofía del Derecho — Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Navarra, 2012/1/número 66 (enero-junio) /2012/2/

número 67 (julio-diciembre), Consultado el 5 de abril de 2021, Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4286758>

Young, Katherine, “Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights”. *Boston College Law School Faculty Papers*, 2017.

Jurisprudencia y normas

Comité Europeo de Derechos Sociales, *European Roma Rights Centre vs. Bulgaria*, Reclamación 31/2005.

_____, *Federación Europea de Organizaciones Nacionales que trabajan con Personas sin Hogar vs. Eslovenia*, Reclamación 53/2008.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Constitución Política de Colombia.

Constitución Política de la República de Ecuador.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política del Estado de Bolivia.

Corte Constitucional de Sudáfrica, *Caso Irene Grootboom y otros*, CCT 11/00, Decisión del 4 de octubre de 2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400.

_____, *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya, vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

_____, *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok kásek vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

_____, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

_____, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

_____, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

_____, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales) y otros vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

_____, *Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 423.

_____, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 marzo de 2018. Serie C No. 349.

_____, *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Derechos humanos y Desarrollo humano para la libertad y la solidaridad, Informe sobre Desarrollo Humano (IDH)*, 2000.

Tribunal Constitucional Español, STC 55/1996, 28 de marzo de 1996.

_____, STC 69/2021.18 de marzo de 2021.

_____, STC 154/2002, 18 de julio de 2002.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Sunday Times vs. Reino Unido*, Sentencia 6538/74, 26 de abril de 1979.

Otros

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Declaración de la Sra. Louise Arbour en la tercera sesión del Grupo de Trabajo de composición abierta establecido por la Comisión de Derechos Humanos para considerar opciones relativas a la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Tercera sesión, 6 de febrero de 2006. Disponible en <https://newsarchive.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=6011&LangID=E>

_____, Documento A/66/255, 3 de agosto de 2011.

_____, Documento A/HRC/24/44, 11 de julio de 2013.

_____, Documento A/HRC/45/10, 8 de julio de 2020.

_____, Documento E/2011/90, 26 de abril de 2011.

_____, Informe de la Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, *Obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento*, Documento A/65/254, 6 de agosto de 2010.

_____, Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, Documento A/HRC/18/33, 4 de julio de 2011.

_____, Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su primer período de sesiones, Documento E/CN.4/2004/44, 15 de marzo de 2004.

_____, Informe del Relator Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, Documento A/70/203, 27 de julio de 2015.

_____, Informe sobre la aplicación normativa de los derechos económicos, sociales y culturales, Documento E/2009/90, 8 de junio de 2009.

_____, Informe sobre Violaciones corrientes de los derechos humanos al agua y el saneamiento, Documento A/HRC/27/55, 30 de junio de 2014.

Bautista, Juan, *El Derecho Humano al Agua y Saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)*, CEPAL — Ministerio de Asuntos Exteriores de Francia, NNUU, Chile, Febrero de 2013, Consultado el 3 de marzo de 2021, Disponible en: <https://www.ohchr.org/documents/issues/water/contributionsustainability/eclac7.pdf>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: La pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Documento E/C.12/2001/10, 10 de mayo de 2001.

_____, Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto, Documento E/C.12/2007/1, 21 de septiembre de 2007.

_____, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), Documento E/1991/23, 1990.

_____, Observación general 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), Documento E/1992/23, 1991.

- _____, Observación general 7, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos, Documento E/1998/22, 1997.
- _____, Observación general 9, La aplicación interna del Pacto, Documento E/C.12/1998/24, 1998.
- _____, Observación general 12, El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), Documento E/C.12/1999/5, 1999.
- _____, Observación general 13, El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), Documento E/C.12/1999/10, 1999.
- _____, Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Documento E/C.12/2000/4, 2000.
- _____, Observación general 15, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Documento E/C.12/2002/11, 2002.
- _____, Observación general 18, El derecho al trabajo (Artículo 6 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales), Documento E/C.12/GC/18, 2005.
- _____, Observación general 19, El derecho a la seguridad social (artículo 9), Documento E/C.12/GC/19, 2007.
- Comité de Derechos Humanos, Observación general 36, Artículo 6: derecho a la vida, Documento CCPR/C/GC/36, 124º período de sesiones. 2018.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General 6: La igualdad y la no discriminación, Documento CRPD/C/GC/6, 26 de abril de 2018.

Aportes desde el DIDH sobre el principio de igualdad y no discriminación y los DESC

Silvia Serrano Guzmán*

* Master en Derecho Internacional por la Universidad de Georgetown y Master en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Directora Asociada de Iniciativa del O'Neill Institute for National and Global Health Law de la Universidad de Georgetown, donde también es Profesora Adjunta.

Aportes desde el DIDH sobre el principio de igualdad y no discriminación y los DESC. I. Introducción; II. Base normativa de la relación entre el principio de igualdad y no discriminación y los DESC en el DIDH; III. Precisiones sobre las obligaciones derivadas del principio de igualdad y no discriminación en relación con los DESC; IV. Casos sobre igualdad y no discriminación en materia de DESC; V. Conclusión.

I. Introducción

Este capítulo aborda la relación entre el principio de igualdad y no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales —en adelante, DESC— en el derecho internacional de los derechos humanos —en adelante, DIDH—, con la finalidad de sistematizar las obligaciones de México en la materia, así como los principales aportes que provienen del ejercicio interpretativo de los tratados que contienen dichas obligaciones. Todo con el objetivo de que la labor judicial de decisión de casos sobre igualdad y no discriminación en materia de DESC esté informada tanto por dichas obligaciones como por las vías de resolución de los desafíos que suelen presentar estos casos.

Para ello, el capítulo se divide en tres partes. La primera aborda la base normativa de la relación entre el principio de igualdad y no discriminación y los DESC en el DIDH. La segunda plantea algunas precisiones generales sobre el alcance del principio de igualdad y no discriminación que son de utilidad para el conocimiento de casos. Y la tercera se concentra en concretar los diferentes tipos de casos que se han conocido en el DIDH sobre igualdad y no discriminación en materia de DESC, planteando la naturaleza de los problemas jurídicos en cada caso y los aspectos más relevantes de la adjudicación de los mismos.

II. Base normativa de la relación entre el principio de igualdad y no discriminación y los DESC en el DIDH

La relación entre el principio de igualdad y no discriminación y los DESC en el DIDH se encuentra prevista en los propios tratados internacionales de los que México es parte. Esta relación se expresa de, al menos, tres maneras en los referidos tratados.

La *primera* y más obvia es la incorporación de una obligación general y transversal de no discriminación en los propios instrumentos que tiene como objeto de regulación específica los DESC. Así, en el ámbito del sistema universal, el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹ —en adelante, PIDESC— señala 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.

Por su parte, en el ámbito regional, el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales² —en adelante *Protocolo de San Salvador*— replica de manera prácticamente literal la misma obligación general y transversal de no discriminación.

También en el ámbito regional, al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³ —en adelante, CADH; la única disposición explícita sobre DESC en este tratado— le resulta aplicable la obligación también general y transversal de no discriminación prevista en su artículo 1.1 en los siguientes términos:

¹ México es parte desde el 23 de marzo de 1981.

² México es parte desde el 16 de abril de 1996.

³ México es parte desde el 24 de marzo de 1981.

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El giro interpretativo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, Corte IDH— en cuanto a la justiciabilidad directa de los DESC bajo el artículo 26 de la CADH no es un tema pacífico ni en la doctrina ni en la propia jurisprudencia, pero excede el objeto de este capítulo.⁴ Sin embargo, sí es relevante mencionar que los DESC que hasta ahora se han considerado protegidos por dicha disposición —y que por lo tanto les aplica la obligación de no discriminación prevista en el artículo 1.1 de la CADH— son: salud, educación, seguridad social, trabajo, agua, alimentación adecuada, derechos culturales y medio ambiente sano. Es decir, estas disposiciones obligan a los Estados Parte de los respectivos tratados, como México, a que todas las personas bajo su jurisdicción gocen de los DESC protegidos en los mismos, sin discriminación.

La *segunda* es en el marco de tratados internacionales que no tienen por objeto de regulación específica los DESC, pero que sí contemplan un derecho autónomo de igualdad ante la ley e igual protección de la ley que, por sus propios términos y tal como ha sido interpretado, se proyecta al ordenamiento jurídico interno de los Estados —incluyendo, por supuesto, los DESC protegidos por dicho ordenamiento—. Tal es el caso del artículo 26⁵ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —en adelante, PIDCP— y del artículo 24⁶ de la CADH.

⁴ V., la contribución de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en este mismo volumen.

⁵ “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, PIDCP, art. 26.

⁶ “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”, CADH, art. 24.

Así, los Estados Parte de estos tratados, como México, están obligados por el principio de igualdad y no discriminación respecto de los derechos protegidos en su ordenamiento jurídico, incluyendo los DESC. En el caso de la CADH, esta relación que se proyecta al derecho interno, es adicional a la protección sin discriminación de los DESC protegidos por el artículo 26 de la CADH y que ya se mencionó arriba.

Y la *tercera* es la incorporación de una serie de DESC en tratados internacionales que tienen por objeto de regulación la situación de un grupo particular y que incluyen la protección de los DESC en algunas de sus disposiciones. Tal es el caso de los tratados que tienen como objetivo central eliminar la discriminación contra ciertos grupos, como es el caso de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer⁷ —en adelante, CEDAW—⁸ y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial⁹ —en adelante, CERD—.¹⁰ También es el caso de los tratados que regulan la situación más general de ciertos grupos y que incluyen tanto un listado de DESC como una obligación general y transversal de no discriminación. Dentro de este grupo, se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño¹¹ —en adelante, CDN—¹² y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹³ —en adelante, CDPD—.¹⁴

⁷ México es parte desde el 23 de marzo de 1981.

⁸ Por ejemplo, CEDAW, arts. 10, 11 y 12 se refieren a la discriminación contra la mujer en el ámbito educativo, laboral y de salud; mientras que *Idem*, artículo 1, incorpora la definición de discriminación contra la mujer que aplica transversalmente al tratado.

⁹ México es parte desde el 20 de febrero de 1975.

¹⁰ Por ejemplo, CERD, art. 5 e), se refiere a la discriminación racial en el trabajo, la educación, la salud, la vida cultural, la vivienda, entre otros; mientras que *Idem*, artículo 1, incorpora la definición de discriminación racial que aplica transversalmente al tratado.

¹¹ México es parte desde el 21 de septiembre de 1990.

¹² Por ejemplo, CDN, arts. 24, 26, 28 y 31 regulan los derechos a la salud, seguridad social, educación y participación en la vida cultural; mientras que *Idem*, art. 2 contempla la obligación general y transversal de no discriminación.

¹³ México es parte desde el 17 de diciembre de 2007.

¹⁴ Por ejemplo, CDPD, arts. 24, 25, 27, 28 y 30, regulan los derechos a la salud, a la educación, al trabajo, alimentación y vivienda adecuadas, protección social y participación en la vida cultural, mientras que los artículos 4.1 y 5, contemplan la obligación general y transversal de no discriminación.

Bajo estos tratados, entonces, los Estados Parte, como México, están obligados a asegurar el goce, sin discriminación, de los DESC previstos en los mismos y de los cuales sólo se han planteado algunos ejemplos. De esta manera, la relación entre los DESC y el principio de igualdad y no discriminación cuenta con amplia base normativa en el DIDH y esto ha dado lugar a desarrollos más específicos sobre dicha relación en el marco de los distintos mecanismos creados para la interpretación y supervisión de los respectivos tratados y que serán materia de las siguientes secciones de este capítulo.

III. Precisiones sobre las obligaciones derivadas del principio de igualdad y no discriminación en relación con los DESC

1. La naturaleza inmediata de las obligaciones

El tema de la naturaleza de las obligaciones estatales en materia de DESC ha sido y sigue siendo materia de debate en el DIDH. Esto se debe a que, a diferencia de los derechos civiles y políticos, la plena efectividad de los DESC suele estar sujeta a realización progresiva y condicionada por el máximo de los recursos disponibles.¹⁵ Es por ello que es imprescindible aclarar que, aún en el contexto de los DESC, la obligación de no discriminación no está sujeta a dichas modulaciones, sino que se trata de una obligación exigible de manera inmediata.

Así lo indicó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —en adelante, el Comité DESC— desde su *Observación General Núm. 3*:

En particular, aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De éstas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas consiste en que los Estados se

¹⁵ V., por ejemplo, PIDESC, art. 2; Protocolo de San Salvador, art. 2; CADH, art. 26.

“comprometen a garantizar” que los derechos pertinentes se ejercerán “sin discriminación[...]” [el resaltado no corresponde al original].¹⁶

En la misma línea ha sido interpretado en el sistema interamericano. En el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, la Corte IDH indicó que:

Asimismo, este Tribunal destaca que del contenido del artículo 26 se desprenden dos tipos de obligaciones. Por un lado, la adopción de medidas generales de manera *progresiva* y por otro lado la adopción de medidas de carácter *inmediato*. [...] Respecto de las obligaciones de carácter *inmediato*, éstas consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho [el resaltado no corresponde al original].¹⁷

Esto significa que los Estados no pueden invocar la cláusula de progresividad o la falta de recursos disponibles para justificar ningún supuesto de discriminación en el goce de los DESC.

2. Las dimensiones formal y sustantiva

Existe consenso en el DIDH sobre que el principio de igualdad y no discriminación es complejo e incorpora tanto una dimensión formal como una dimensión sustantiva como lo explicó detalladamente el Comité DESC en su *Observación General Núm. 20* en la cual indicó que:

Para que los Estados partes puedan “garantizar” el ejercicio sin discriminación de los derechos recogidos en el Pacto, hay que erradicar la discriminación tanto en la forma como en el fondo:

a) Discriminación formal. Para erradicar la discriminación formal es preciso asegurar que la Constitución, las leyes y las políticas de un Estado no discriminen por ninguno de los motivos prohibidos [...].

¹⁶ CDESC, Observación General Núm. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, (párr. 1 del art. 2 del Pacto).

¹⁷ Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, párr. 104.

b) Discriminación sustantiva. Abordando únicamente la forma no se conseguiría la igualdad sustantiva prevista y definida en el artículo 2.2. En el disfrute efectivo de los derechos recogidos en el Pacto influye con frecuencia el hecho de que una persona pertenezca a un grupo caracterizado por alguno de los motivos prohibidos de discriminación. Para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares. Los Estados partes deben, por tanto, adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o *de facto*.¹⁸

En el ámbito regional, estas dimensiones han ratificadas recientemente por la Corte IDH en su *Opinión Consultiva sobre derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos con perspectiva de género*, así:

[...] el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados.¹⁹

Estas dos dimensiones del principio de igualdad y no discriminación implican que los Estados tienen distintos tipos de obligaciones y que una vulneración a dicho principio puede tomar muchas formas. En cuanto a las obligaciones, significa que los Estados tienen la obligación negativa de no realizar diferenciaciones injustificadas en el goce de los DESC, así como la obligación positiva²⁰ de adoptar medidas para enfrentar la desigualdad real en dicho goce particularmente

¹⁸ CDESC, Observación General Núm. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto), párr. 8; *Idem*, Observación general Núm. 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3).

¹⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva 27, Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género, párr. 158.

²⁰ Para un desarrollo más profundo sobre las razones que fundamentan las obligaciones positivas de los Estados en materia de igualdad y no discriminación, V. Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*.

en el caso de los grupos desaventajados.²¹ Respecto de las distintas formas que puede tomar una vulneración al principio de igualdad y no discriminación, en la sección 3 de este capítulo se señalan casos concretos que ejemplifican supuestos de discriminación directa, indirecta, encubierta, así como algunos parámetros en materia de medidas de acción afirmativa o medidas positivas frente a situaciones de discriminación estructural.

3. Las categorías protegidas

Un punto importante sobre el principio de igualdad y no discriminación en el DIDH es que existe consenso en que los listados de categorías protegidas no son taxativos sino enunciativos. Muchas de estas cláusulas incorporan la referencia “otra condición social” o fórmulas similares, que en la práctica han permitido la inclusión de otras categorías no explícitamente previstas en el tratado. Así, la Corte IDH ha indicado que:

Al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio del principio *pro homine*. Del mismo modo, este Tribunal reitera que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no constituyen un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Es así como, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas [...].²²

En la práctica, la Corte IDH ha considerado categorías adicionales utilizando los siguientes criterios para su inclusión como categorías análogas a las previstas en el artículo 1.1 de la CADH: “i) rasgos permanentes de las personas de los cuales

²¹ Sobre la justificación de que normas antidiscriminatorias abarquen una protección de grupos históricamente subordinados más allá de la protección individual con base en una serie de categorías, V. Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy & Public Affairs*, pp. 107-177.

²² Corte IDH, *Opinión Consultiva 24, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo*, párr. 70.

éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales”.²³

Este entendimiento de no taxatividad coincide con el de órganos de tratados del sistema universal y, en lo relevante para este capítulo, con el del Comité DESC,²⁴ que ha explicado el tema recordando que la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Agregó que:

la discriminación basada en ‘otra condición social’ exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos [...] estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad.

Algunos de los motivos incluidos bajo esta fórmula son la discapacidad, la edad, la nacionalidad, el estado civil y la situación familiar, la orientación sexual e identidad de género, el estado de salud, el lugar de residencia y la situación económica y social.²⁵

Otro tema relevante vinculado con las categorías protegidas es el de interseccionalidad y su relevancia jurídica en la interpretación y aplicación adecuada del principio de igualdad y no discriminación en sus dos concepciones. El Comité DESC se ha referido a la obligación de los Estados de darle particular consideración y adoptar medidas específicas para combatir la “discriminación acumulativa [que] afecta a las personas de forma especial y concreta”.²⁶ Igualmente, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad describió la “discriminación múltiple”, como la que refleja “la situación en la que una persona experimenta dos o más motivos de discriminación, lo que conduce a una discriminación compleja

²³ *Idem*, Caso I.V. vs. Bolivia, párr. 240.

²⁴ CDESC, Observación General, Núm. 15, párr. 15.

²⁵ *Idem*, párrs. 27-35.

²⁶ *Idem*, párrs. 17-27.

o agravada”, mientras que entiende “discriminación interseccional” como “una situación en la que varios motivos interactúan al mismo tiempo de forma que son inseparables”.²⁷

Por su parte, la Corte IDH ha definido la discriminación interseccional como una forma específica de discriminación que es ocasionada no sólo por múltiples factores, sino por la intersección de dichos factores, de forma tal que, si alguno de dichos factores no está presente, la discriminación tendría una naturaleza diferente.²⁸

De esta manera, al resolver casos sobre igualdad y no discriminación respecto de los DESC, es fundamental tener en cuenta tanto el carácter enunciativo de dichas cláusulas, como la noción de interseccionalidad.

4. Las obligaciones frente a actores no estatales

Una última precisión general sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en relación con los DESC es que, como ocurre en general respecto de la protección internacional de los derechos humanos, la misma se proyecta a las relaciones entre particulares respecto de las cuales los Estados mantienen obligaciones. Así, los Estados tienen unas obligaciones de prevención y respuesta frente a posibles supuestos de discriminación en el goce de los DESC por parte de actores no estatales, como ejemplificaremos con algunos casos en la siguiente sección.

IV. Casos sobre igualdad y no discriminación en materia de DESC

En esta sección se incluyen ejemplos concretos de casos sobre igualdad y no discriminación en materia de DESC, organizándolos a partir de las distintas formas que puede tomar una vulneración al principio de igualdad y no discriminación,

²⁷ CDPD, Observación General Núm. 3, Sobre las mujeres y niñas con discapacidad, párr. 4 c).

²⁸ Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, párr. 290.

considerando su carácter complejo y varias dimensiones. Para ello se formula en cada subsección una breve conceptualización del tipo de caso a que se refiere y luego se incluyen los aspectos centrales de algunos casos seleccionados que ejemplifican aportes importantes para la adjudicación de casos análogos.

1. Las diferencias de trato injustificadas

Esta concepción responde al entendimiento más clásico e individual del principio de igualdad y no discriminación: todas las personas son iguales y, por lo tanto, tienen los mismos derechos y obligaciones, y deben ser tratadas de manera igualitaria por la ley en situaciones comparables. Bajo esta dimensión del principio de igualdad y no discriminación, los Estados tienen obligaciones de naturaleza negativa puesto que deben abstenerse de efectuar diferencias de trato en situaciones comparables, salvo que exista justificación objetiva y razonable.²⁹

En estos casos, el primer paso de análisis consiste en determinar si efectivamente se configuró una diferencia de trato en una situación comparable. Una vez establecido lo anterior, en el DIDH se ha utilizado un juicio de proporcionalidad en forma de juicio de igualdad, para evaluar la convencionalidad de dicha diferencia de trato.³⁰ Este juicio de proporcionalidad implica la evaluación escalonada de: i) la finalidad invocada por el Estado y su legitimidad; ii) la relación de idoneidad o de medio a fin entre la diferencia de trato y dicha finalidad; iii) la relación de necesidad o la inexistencia de medios menos lesivos e igualmente idóneos; y iv) la relación de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, la ponderación de si el grado de logro de la finalidad legítima se encuentra justificada por el grado de afectación generada por la diferencia de trato.³¹

²⁹ *Idem*, Opinión Consultiva Núm. 4, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, párr. 56.

³⁰ También aplicado en el derecho constitucional comparado y en el derecho internacional de los derechos humanos como método de adjudicación en casos de restricciones o limitaciones en el ejercicio de los derechos.

³¹ Corte IDH, *Caso González Lluy... cit.*, párr. 357 y nota al pie 307. Para un estudio doctrinario profundo y detallado sobre el juicio de proporcionalidad, V., Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*; V., Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*.

El juicio de proporcionalidad puede ser aplicado con distintos niveles de intensidad, de manera más o menos estricta, atendiendo a las circunstancias de los casos concretos. Utilizado como juicio de igualdad, en el sistema interamericano la intensidad del escrutinio suele estar fundamentalmente vinculada a si la diferencia de trato estuvo relacionada o no con alguna categoría protegida por el artículo 1.1 de la CADH.³²

Algunos ejemplos de casos de diferencias de trato arbitrarias en materia de DESC son: *Duque vs. Colombia*, *González Lluy y otros vs. Ecuador*, *Guachalá y otros vs. Ecuador*, resueltos por la Corte IDH; *Simone Andre Diniz vs. Brasil*, resuelto por la CIDH; y *X vs. Colombia*, resuelto por el Comité de Derechos Humanos.

En los casos *Duque vs. Colombia* y *X vs. Colombia*, la Corte IDH y el Comité de Derechos Humanos, respectivamente, tuvieron que resolver el mismo problema jurídico. Ambos casos se relacionan con la exclusión de parejas del mismo sexo del régimen de pensión de sobreviviente. Conforme al modelo de adjudicación en este tipo de casos, la Corte IDH y el Comité de Derechos Humanos debían analizar si esta diferenciación legal en materia de seguridad social estaba justificada o era discriminatoria. La conclusión en ambos casos fue que la diferenciación legal era discriminatoria, puesto que Colombia ni siquiera intentó justificarla, por lo que no fue necesario realizar un juicio de proporcionalidad a partir de una finalidad clara por parte del Estado.³³

Estos dos casos permiten ejemplificar dos temas mencionados anteriormente. Por una parte, el carácter enunciativo y no taxativo de las categorías prohibidas de discriminación. Ni el PIDCP ni la CADH contempla la orientación sexual como una categoría explícita en sus cláusulas de no discriminación, pero tanto el Comité de Derechos Humanos como la Corte IDH reiteraron su criterio de considerarla

³² Sobre las limitaciones en ciertos casos del uso del juicio de proporcionalidad —aún estricto— en casos de desventaja estructural de grupos y la necesidad de incorporar otros elementos —como el déficit de reconocimiento y de redistribución— en la argumentación judicial de los casos, V. Clérico y Aldao, “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: La igualdad como redistribución y reconocimiento”, en *Lecciones y Ensayos*, pp. 141-179.

³³ CDH, *Caso X vs. Colombia*, párr. 7.2; Corte IDH, *Caso Duque vs. Colombia*, párr. 124.

incluida. Por otra parte, en estos dos casos se evidencia la protección de DESC por la vía del principio de igualdad y no discriminación y su proyección al ordenamiento interno, —aún en el marco de tratados que, como el PIDCP, no contemplan en su articulado estos derechos—.

El caso *González Lluy y otros vs. Ecuador* trata de la infección con VIH de una niña de corta edad como consecuencia de una transfusión de una sangre que, debido a graves deficiencias del banco de sangre, no fue sometida a las pruebas necesarias para garantizar su seguridad. El componente del caso relevante para este capítulo es que la víctima fue impedida de acudir al colegio público como consecuencia de ser una niña viviendo con VIH y bajo al argumento de la protección de los demás niños y niñas.

De su análisis, cabe de destacar la inclusión de la condición de salud y, en particular, la condición de vivir con VIH como una categoría protegida bajo el artículo 1.1 de la CADH.³⁴ Además, en relación con una mayor intensidad en el escrutinio de una diferenciación basada en las categorías previstas en dicho artículo, la Corte IDH procuró ofrecer más claridad sobre las implicaciones concretas de un escrutinio estricto:

La Corte resalta que el efecto jurídico directo de que una condición o característica de una persona se enmarque dentro de las categorías del artículo 1.1 de la Convención es que el escrutinio judicial debe ser más estricto al valorar diferencias de trato basadas en dichas categorías. La capacidad de diferenciación de las autoridades con base en esos criterios sospechosos se encuentra limitada, y solo en casos en donde las autoridades demuestren que se está en presencia de necesidades imperiosas, y que recurrir a esa diferenciación es el único método para alcanzar esa necesidad imperiosa, podría eventualmente admitirse el uso de esa categoría [...].³⁵

En este marco, la Corte resalta que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa

³⁴ *Idem*, *Caso Gonzales Lluy... cit.*, párr. 255.

³⁵ *Idem*, párr. 256.

y de mucho peso, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva. Además, se invierte la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio.³⁶

La Corte IDH consideró que las autoridades nacionales basaron su decisión en especulaciones y en sus propios prejuicios y estereotipos sobre los riesgos vinculados al VIH y, por lo tanto, la exclusión de la víctima del ámbito educativo no guardó relación de idoneidad, necesidad ni proporcionalidad estricta respecto de la justificación de proteger a los demás niños y niñas. Por lo tanto, la Corte IDH concluyó que el Estado violó el derecho a la educación y el principio de igualdad y no discriminación.³⁷

El caso *Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador* se relaciona con la desaparición de una persona con discapacidad en un hospital psiquiátrico de carácter público. El aspecto relevante de este caso para el tema de igualdad y no discriminación, es que tanto la internación de la víctima como los tratamientos médicos recibidos no fueron precedidos de su consentimiento informado. Como consecuencia de ello, la Corte IDH concluyó que el uso de la discapacidad de la víctima “para justificar que era innecesario su consentimiento informado para el internamiento y administración forzada de tratamientos médicos [...] constituyó discriminación en razón de la discapacidad”.³⁸ Aunque en este caso no se trató de una diferenciación prevista en una ley propiamente, sino más bien de una práctica, no por ello deja de ser un caso de discriminación directa pues el trato diferenciado en cuanto a la posibilidad de brindar el consentimiento informado en materia de salud, se debió a la discapacidad.

El cuarto ejemplo de casos de tratos diferentes injustificados es el caso *Simone Andre Diniz vs. Brasil* que trata de un anuncio laboral para trabajo doméstico en

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Idem*, párrs 260-274.

³⁸ *Idem*, Caso *Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador*, párr. 173.

el que se indicaba dentro de los requisitos que la persona fuera “de preferencia blanca”. La víctima, una mujer negra, llamó telefónicamente para preguntar por la oferta de empleo y al responder una pregunta sobre el color de su piel, le indicaron que no cumplía los requisitos para el trabajo. La denuncia de discriminación racial presentada ante las autoridades nacionales fue archivada. En este caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —CIDH—, estableció la responsabilidad internacional de Brasil por no haber garantizado el derecho de la víctima a no ser discriminada por motivos de raza, particularmente por el tratamiento dado a su denuncia en un contexto general de impunidad de este tipo de situaciones.³⁹ Esta decisión es relevante en cuanto al rol que tienen las autoridades nacionales frente a denuncias de tratos discriminatorios en el ámbito laboral por parte de actores no estatales.

2. Los impactos diferenciados de medidas aparentemente neutrales

Los anteriores son casos clásicos de discriminación directa en los que existe una intención de diferenciar, donde se somete a escrutinio dicha diferencia a la luz de las razones aportadas para justificarla. Pero la discriminación también puede ocurrir de manera indirecta, es decir, por los efectos de ciertas medidas que son aparentemente neutrales pero que tienen efectos adversos diferenciados en ciertos grupos vulnerables, asociados a las categorías protegidas por las cláusulas de no discriminación. A diferencia de los casos en la sección anterior, la adjudicación de estos debe tener presente que la intención discriminatoria es irrelevante, siendo lo determinante los impactos reales de la medida impugnada en un grupo protegido.⁴⁰ Como se verá, en ocasiones este impacto plantea debates probatorios importantes, pudiendo ser necesario acudir a fuentes estadísticas para la debida resolución de los casos.

³⁹ CIDH, *Caso Simone Andre Diniz vs. Brasil*, párrs. 95-134.

⁴⁰ Sobre la naturaleza y controversias jurídicas en casos de discriminación indirecta, V. Collins y Khaitan, “Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions”, en *Foundations of Indirect Discrimination Law*, pp. 1-30.

En el DIDH existe un amplio reconocimiento de la prohibición de discriminación indirecta tanto explícitamente en algunos tratados, —como es el caso de la CEDAW,⁴¹ la CERD⁴² y la CDPD—⁴³ por vía de interpretación respecto de otros —como es el caso del PIDCP,⁴⁴ el PIDESC⁴⁵ y la CADH—⁴⁶.

Algunos ejemplos de casos de discriminación indirecta en materia de DESC son *Elena Género vs. Italia*, resuelto por el Comité de Derechos Humanos; *Trujillo Calero vs. Ecuador*, resuelto por el Comité DESC; y *DH y otros vs. República Checa*, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El caso *Elena Género vs. Italia* se relaciona con los requisitos de estatura en Italia para poder acceder a una posición permanente en el cuerpo de bomberos. A pesar de que se había desempeñado como parte de dicho cuerpo de manera voluntaria por 17 años, su candidatura fue rechazada debido al incumplimiento del mínimo de 1.65 cm de estatura previsto en la legislación interna para dicha posición, siendo su estatura aproximadamente de 1.60-1.61 cm.

El Comité de Derechos Humanos analizó el caso como uno de discriminación indirecta en la medida en que el requisito estaba formulado en términos aparentemente neutrales, pero en la práctica, excluía a la mayoría de las mujeres italianas de acceder a dichas posiciones. Para llegar a esta conclusión, el Comité tomó nota de la estatura promedio de las mujeres en Italia, correspondiente a 1.61 cm.⁴⁷

Determinado el impacto diferenciado de este requisito en las mujeres, el Comité evaluó la justificación aportada por el Estado. Al respecto, indicó que aunque perseguía la finalidad legítima de asegurar la efectividad del trabajo del cuerpo de bomberos, no logró demostrar la necesidad y proporcionalidad específica del requisito de estatura, ni las razones por las cuales una estatura menor no podría

⁴¹ CEDAW, art. 1.

⁴² CERD, art. 1.

⁴³ CDPD, art. 2.

⁴⁴ CDH, *Caso Elena Genero vs. Italia*.

⁴⁵ CDESC, Observación General Núm. 20.

⁴⁶ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*.

⁴⁷ CDH, *Caso Elena Genero vs. Italia*, párr. 7.4.

ser compensada con otros criterios como masa corporal, entre otros. En ese sentido, consideró que Italia incurrió en discriminación indirecta en el acceso a este puesto de trabajo.⁴⁸

Es de destacar que, en consonancia con la naturaleza estructural del caso y su relación con la dimensión más sustantiva del principio de igualdad y no discriminación, el Comité de Derechos Humanos recomendó medidas de no repetición, además de la reparación individual a la víctima. En particular, recordó que el Estado está obligado a prevenir violaciones similares en el futuro, en particular mediante la reforma de la legislación nacional que regula las condiciones de acceso al cuerpo de bomberos.⁴⁹

El caso *Trujillo Calero vs. Ecuador* trata del rechazo de la solicitud de jubilación por parte de una mujer que hizo aportes al sistema equivalentes a 29 años de trabajo, siendo aproximadamente la mitad de ellos aportes voluntarios mientras llevaba a cabo trabajo de cuidado de sus hijos en el hogar. A pesar de que inicialmente las autoridades le indicaron que cumplía con los requisitos para acceder a la pensión, luego le fue informado tardíamente que ello no era así, debido a una suspensión temporal en sus aportes.

Un aspecto importante del caso es la aplicación de la noción de interseccionalidad. El Comité DESC destacó que la víctima “es una adulta mayor, con una crítica situación económica y problemas de salud, y que la intersección de las discriminaciones alegadas en razón de género y edad la hace particularmente vulnerable a ser discriminada en comparación con la población en general”. La consecuencia de esta valoración fue la aplicación de un escrutinio particularmente estricto.⁵⁰

En cuanto al análisis de discriminación, el Comité DESC destacó que aunque el régimen de seguridad social ecuatoriano estaba formulado de manera neutral, de hecho afectaba desproporcionadamente a las personas que realizaban labores

⁴⁸ *Idem*, párr. 7.5.

⁴⁹ *Idem*, párr. 9.

⁵⁰ CDESC, *Caso Trujillo Calero vs. Ecuador*, párr. 19.2.

de cuidado que, a su vez, según la información pública disponible, eran en su mayoría mujeres. El Comité consideró esta información como un indicio suficiente de discriminación indirecta y le trasladó al Estado la carga de demostrar lo contrario. Sin embargo, el Estado se concentró en alegar la neutralidad de la norma y no su impacto en la práctica, por lo que el Comité DESC consideró dicha fundamentación inadecuada para desvirtuar la discriminación indirecta.⁵¹

Otro componente importante del caso, al igual que en el anterior, es el de las recomendaciones en materia de reparación. El Comité DESC recomendó reformas generales al sistema de pensiones, particularmente para corregir la discriminación indirecta encontrada. Así, recomendó al Estado lo siguiente:

adoptar las medidas legislativas y/o administrativas especiales que sean pertinentes para garantizar de hecho que hombres y mujeres disfruten del derecho a la seguridad social, incluido el acceso a una pensión de jubilación, en pie de igualdad, incluyendo medidas para corregir los factores que impiden a las mujeres que realizan trabajo del hogar no remunerado cotizar en los planes de la seguridad social.⁵²

Por último, en el caso *DH y otros vs. República Checa* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en adelante TEDH— abordó la problemática de la segregación de niños romaníes en ámbito educativo como consecuencia de una política que, tras la realización de unos exámenes y con el consentimiento de los padres, ubicaba a ciertos niños y niñas en escuelas para quienes tuvieran “deficiencias mentales” y no fueran aptos para acudir a las escuelas ordinarias.⁵³

En este caso emblemático de discriminación indirecta, el TEDH consideró en primer lugar la información estadística disponible para establecer el impacto desproporcionado de la política educativa en cuestión. Con base en esta información concluyó que aunque el porcentaje exacto de niños Roma en las escuelas denominadas especiales era difícil de establecer, había suficiente evidencia de que el número era desproporcionadamente alto y que los niños Roma eran envia-

⁵¹ *Idem*, párrs. 19.3-19.5.

⁵² *Idem*, párr. 23 e).

⁵³ TEDH, *Caso DH y otros vs. República Checa*, párrs. 19-28.

dos mayormente a esas escuelas. En consecuencia, determinó que aunque la política estaba diseñada en términos neutrales, *de facto*, tuvieron un impacto considerablemente mayor en este grupo de niños.⁵⁴

De manera similar al Comité DESC y al Comité de Derechos Humanos, una vez establecido el impacto diferenciado, el TEDH analizó la finalidad de la medida y su proporcionalidad. Consideró que aunque el Estado buscaba una solución para la educación de los niños y niñas con necesidades especiales, la medida adoptada generó una segregación que afectó desproporcionadamente a las víctimas.⁵⁵ Este caso es un buen ejemplo del uso de la estadística para probar casos de discriminación indirecta, particularmente en el primer paso de análisis, esto es, la determinación de la existencia de un impacto adverso desproporcionado en un grupo protegido.

3. La discriminación encubierta

En este punto se aborda otro tipo de discriminación que se da cuando los Estados niegan que la diferencia de trato tuvo lugar con base en alguna de las categorías protegidas. En estos casos existe un intento expreso de negar o encubrir que la verdadera razón de la actuación estatal estuvo asociada a alguna de las categorías.

El elemento característico de estos casos es que la posible discriminación, casi siempre, va a estar encubierta detrás del ejercicio de una facultad legal o de una apariencia o velo de legalidad. Por ello, el análisis no puede estar dirigido exclusivamente a determinar la legalidad o ilegalidad de la actuación estatal. Estos casos se distinguen de los de discriminación directa, en los que el factor diferenciador aparece de manera clara y explícita y el Estado debe justificar la discriminación. También se distinguen de los de discriminación indirecta, en los que la intención es irrelevante. En estos casos la intención sí es relevante, pero está encubierta, y el modelo de adjudicación debe ser capaz de descubrirla.

⁵⁴ *Idem*, párrs. 185-195.

⁵⁵ *Idem*, párr. 208.

Así, las controversias se suelen centrar en si la finalidad declarada por el Estado para justificar su actuación efectivamente corresponde a la realidad, o si se trató de una actuación discriminatoria oculta bajo el manto de dicha finalidad declarada y amparada en una facultad legal. En estos, el concepto de desviación de poder resulta útil para resolver la controversia que plantean.

Un ejemplo de discriminación encubierta en materia de DESC es el caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela* —resuelto por la Corte IDH—. Este caso se trata del despido de tres mujeres de una entidad estatal, específicamente del Consejo Nacional de Fronteras en el año 2004, tras incluir sus firmas en la convocatoria a referendo revocatorio contra el entonces presidente Hugo Chávez Frías. Las víctimas alegaron que el despido fue una represalia en el ámbito laboral por esta actuación. Por su parte, el Estado de Venezuela argumentó que el despido se basó en la aplicación de una cláusula del contrato laboral que otorgaba al empleador la facultad discrecional de dar por terminados los servicios sin motivación, y que ello tuvo lugar en un contexto de restructuración de la institución.

La CIDH, en su *Informe de Fondo*, hizo algunas consideraciones relevantes sobre el tipo de prueba y la carga probatoria en este tipo de casos. La CIDH indicó que “en estos casos la prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia”⁵⁶ y, al evaluar la respuesta obtenida por las víctimas en los recursos judiciales a nivel nacional, señaló que “las autoridades judiciales a cargo de resolver este tipo de casos deben tener presente que las formas encubiertas de discriminación generalmente no cuentan con prueba directa y, por lo tanto, la carga de la prueba no puede recaer de manera absoluta en la persona que alega la discriminación como ocurrió en el marco de estos recursos”.⁵⁷

La Corte IDH también fue clara sobre la irrazonabilidad de un modelo de adjudicación de estos casos en los que se exija prueba directa y se ponga la carga en quien alega la discriminación. Específicamente, indicó que:

⁵⁶ CIDH, Informe Núm. 75/15. Caso 12.923, párr. 151.

⁵⁷ *Idem*, párr. 189.

si bien no “puede exigirse al empleador la prueba diabólica del hecho negativo de la discriminación” [...], en ese tipo de casos es prácticamente imposible para el recurrente demostrar “fehacientemente” un nexo causal, con pruebas directas, entre un trato discriminatorio y la decisión formal de terminar los contratos, tal como exigió el juzgado que resolvió el amparo.⁵⁸

La Corte IDH, entendiendo la naturaleza encubierta de la discriminación alegada, evaluó todos los elementos indiciarios y de contexto que tenía a su disposición para concluir que, en realidad, el despido fue una discriminación por motivos de opinión política y no obedeció a las razones declaradas formalmente por el Estado.⁵⁹ Cabe destacar que la Corte IDH consideró que, en este tipo de casos, la determinación de la verdadera finalidad de medida encubierta bajo un velo de legalidad, es suficiente para establecer la discriminación, sin tener que acudir a un juicio de proporcionalidad como juicio de igualdad. En palabras de la Corte IDH:

No corresponde analizar este caso como [...] un caso de diferencia de trato directa —en que se evaluaría la objetividad y razonabilidad de la justificación aportada por el Estado—.

[...] este caso [...] ellas fueron discriminadas por una desviación de poder, encubierta con el velo de legalidad de aplicación de una cláusula contractual que se justificó como discrecional, lo cual hace que un juicio de igualdad no sea aplicable propiamente en autos.⁶⁰

Esta importante aclaración de la Corte IDH evidencia que los casos de igualdad y no discriminación, incluyendo los relacionados con DESC, no necesariamente se resuelven mediante un modelo único de adjudicación y que, según su naturaleza, algunos modelos pueden ser pertinentes para ciertos tipos de casos pero no para otros.

⁵⁸ Corte IDH, *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, párr. 192.

⁵⁹ *Idem*, párrs. 148-151.

⁶⁰ *Idem*, párr. 164.

4. La exigencia de medidas positivas frente a desventajas estructurales

Como se indicó anteriormente, la dimensión sustantiva del principio de igualdad y no discriminación se encuentra ampliamente reconocida en el DIDH y resulta de particular relevancia en el contexto de los DESC. Ya la prohibición de discriminación indirecta independientemente de la intención es una manifestación importante de dicha dimensión, como se desarrolló en la sección respectiva. En esta sección se abordan otras expresiones de la dimensión sustantiva del principio de igualdad y no discriminación, relacionadas con las medidas de acción afirmativa⁶¹ y otras medidas positivas exigibles a los Estados para compensar situaciones de discriminación o desventaja estructural.

A. Las medidas de acción afirmativa

Tanto el texto de la CEDAW como de la CERD y sus respectivas interpretaciones aportan elementos importantes para guiar a los Estados en la adopción de estas medidas. No sobra recordar que estos dos tratados incorporan la protección de ciertos DESC en relación con el principio de igualdad y no discriminación en cuanto a los grupos respectivos. Además, el Comité DESC, al interpretar el PIDESC, se ha referido a las medidas de acción afirmativa, en relación con la discriminación sustantiva, indicando que, para erradicarla, “en ocasiones los Estados partes pueden verse obligados a adoptar medidas especiales de carácter temporal que establezcan diferencias explícitas basadas en los motivos prohibidos de discriminación”.⁶² Así, la CERD indica que:

las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones

⁶¹ Sobre una propuesta de justificación de las medidas de acción afirmativa en el derecho internacional de los derechos humanos, V. O'Hare, “Equality and Affirmative Action in International Human Rights Law and Its Relevance to the European Union”, en *International Journal of Discrimination and the Law*, pp. 3-45.

⁶² CDESC, Observación General Núm. 20, párr. 9.

de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.⁶³

Por su parte, la CEDAW señala que:

la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.⁶⁴

En la misma línea de lo que indican textualmente la CEDAW y la CERD en su propio articulado, el Comité DESC en su interpretación de la prohibición de discriminación bajo el PIDESC se ha anticipado a posibles tensiones entre las medidas de acción afirmativa y la dimensión más formal del principio de igualdad y no discriminación, aclarando que “esas medidas serán legítimas siempre que supongan una forma razonable, objetiva y proporcionada de combatir la discriminación *de facto* y se dejen de emplear una vez conseguida una igualdad sustantiva sostenible” y que “aun así, algunas medidas positivas quizás deban tener carácter permanente”.⁶⁵

En sus Recomendaciones Generales 32 y 35, respectivamente, el Comité CERD y el Comité CEDAW desarrollaron en mayor detalle algunos aspectos de las definiciones de las medidas de acción afirmativa en las respectivas convenciones.

Así por ejemplo, entre otras cosas, el Comité CERD indicó que “no son una excepción del principio de no discriminación, sino que forman parte integrante de su

⁶³ CERD, artículo 1.4.

⁶⁴ CEDAW, artículo 4.1.

⁶⁵ *Idem*, párr. 9.

significado y son esenciales para el propósito de la Convención de eliminar la discriminación racial y promover la dignidad humana y la igualdad efectiva”.⁶⁶ Agregó que la referencia a “fin exclusivo” impone una limitación a los objetivos aceptables de estas medidas y que los motivos de las mismas deben inferirse claramente de la naturaleza de las propias medidas, los argumentos esgrimidos por las autoridades para justificarlas y los instrumentos concebidos para ponerlas en práctica.⁶⁷ También precisó que no es necesario que exista una discriminación histórica demostrada para convalidar un programa de medidas especiales y que lo importante es corregir las disparidades existentes independientemente de su origen, e impedir que se produzcan nuevos desequilibrios. Igualmente aclaró que estas medidas no deben confundirse con derechos permanentes reconocidos a grupos especiales, lo que implica que los titulares de esos derechos permanentes pueden beneficiarse también de las medidas especiales.⁶⁸

En cuanto al elemento de temporalidad, el Comité CERD señaló que debe medirse a partir de si las medidas alcanzaron de manera sostenible los objetivos por los que se aplicaron.⁶⁹ Agregó que el plazo varía según los objetivos, los medios utilizados para alcanzarlos y los resultados de su aplicación.⁷⁰ Esto conlleva la necesidad de un sistema continuo de seguimiento de la aplicación y los resultados que utilice métodos de evaluación cuantitativa o cualitativa, según proceda.⁷¹

A pesar de estos parámetros, son escasos los casos puntuales en los cuales se ha considerado la responsabilidad internacional de un Estado por no adoptar medidas de acción afirmativa. Una aproximación cercana al tema se dio en el caso *S.N y E.R vs. Macedonia del Norte*, conocido por el Comité CEDAW. Este caso trata del desalojo del asentamiento en el que se encontraban dos adolescentes embarazadas de la etnia romaní, lo que dio lugar a que se quedaran sin vivienda ni atención médica.

⁶⁶ CEDR, Recomendación General Núm. 32, Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, párr. 20.

⁶⁷ *Idem*, párr. 21.

⁶⁸ *Idem*, párr. 15.

⁶⁹ *Idem*, párr. 27.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Idem*, párr. 35.

En lo relevante para este capítulo, el Comité de la CEDAW recordó que el derecho a no ser objeto de discriminación no solo implica tratar a las personas en pie de igualdad cuando se encuentran en situaciones similares, sino también tratarlas de manera diferente cuando se encuentran en situaciones diferentes. Destacó que pese a ser menores de edad y estar embarazadas, fueron tratadas del mismo modo que las demás personas desalojadas, y se quedaron sin hogar y en condiciones de extrema indigencia. El Comité de la CEDAW afirmó que el Estado no “adoptó medidas especiales de carácter temporal orientadas a satisfacer las necesidades concretas y urgentes de las menores romaníes embarazadas en el caso particular del desalojo” y, por lo tanto, estableció la responsabilidad internacional del Estado y recomendó una serie de medidas de no repetición, incluyendo medidas de carácter temporal para enfrentar la discriminación interseccional que enfrentan las mujeres y niñas romaníes.⁷²

Por otra parte, existen algunos aportes en el derecho europeo y en el derecho constitucional comparado sobre cómo resolver casos en los cuales una persona desfavorecida por una medida de acción afirmativa a favor de otros grupos considera que dicha medida es discriminatoria.

Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea —en adelante TJUE— se ha pronunciado sobre la proporcionalidad de medidas de acción afirmativa en el ámbito laboral que favorecen a las mujeres pero que son alegadas por los hombres como casos de discriminación con base en el sexo. En estos casos, el TJUE, con una aproximación de cautela hacia las medidas de acción afirmativa, ha considerado que tales medidas son aceptables, siempre y cuando no exijan una prioridad automática e incondicional al sexo subrepresentado. Específicamente, indicó que una medida como esta no es desproporcionada a la finalidad legítima de eliminar la desigualdad en el ámbito laboral, siempre que en cada caso se permita una discrecionalidad al tomador de decisiones para evitar el carácter absoluto de la prioridad.⁷³

⁷² CEDAW, *Caso S.R y E.R vs. Macedonia del Norte*, párrs. 9.3 y 9.4.

⁷³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Marschall vs. Land Nordrhein-Westfalen*.

La Corte Constitucional colombiana también ha conocido reclamos sobre medidas de acción afirmativa en el ámbito laboral. En la sentencia C-115/17 analizó la constitucionalidad de una norma relativa a un programa de focalización del desarrollo empresarial en jóvenes menores de 28 años. Al revisar el cargo de supuesta inconstitucionalidad por violar el principio de igualdad, la Corte Constitucional, consideró que se trató de una medida:

razonable, proporcionada y progresiva en cuanto al contenido prestacional del derecho constitucional al trabajo, que propende por la consecución de fines constitucionales como la prosperidad general, la vigencia de un orden justo y, en particular, la prosperidad de los jóvenes [...]. [S]i bien es cierto que no es una medida con vocación a ser aplicada respecto de toda la población, sino a un segmento específico de la misma [la norma] no discrimina a la población que supere dicha edad [...] sino que toma en cuenta la situación particularmente difícil en la que se encuentran los jóvenes menores de 28 años y que requiere una atención especial por parte del Estado.⁷⁴

Para llegar a esta conclusión, la Corte Constitucional sí entendió que el problema jurídico era uno de diferencia de trato directa con base en la edad y que, como tal, exigía la evaluación de la medida bajo un juicio de igualdad a la luz de la justificación aportada, pero hizo una distinción en cuanto a la intensidad del escrutinio del juicio de igualdad, determinando que, por tratarse de una medida de acción afirmativa, su constitucionalidad debía ser evaluada mediante un escrutinio intermedio. Con esto, la Corte Constitucional no excluye la posibilidad de que una medida de acción afirmativa sea violatoria del principio de igualdad, pero establece que el escrutinio no es estricto, creando las condiciones para su permisibilidad cuando estén adecuadamente diseñadas para cumplir la finalidad que persiguen.⁷⁵

B. Otras medidas positivas

Además de las medidas de acción afirmativa, en el DIDH se ha venido consolidando la exigencia a los Estados de otras medidas positivas para revertir las desventajas estructurales de ciertos grupos.

⁷⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-115/17.

⁷⁵ *Ibidem*

Un buen ejemplo de ello es el caso *Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil*, resuelto por la Corte IDH. Este caso trata de la explosión de una fábrica de fuegos artificiales en la que fallecieron 60 personas y seis quedaron heridas, mayormente mujeres y niñas y niños afrodescendientes en situación de pobreza. La Corte IDH declaró una serie de violaciones, entre otras, por la falta de supervisión y fiscalización de la fábrica. Específicamente, analizó el derecho a las condiciones justas y equitativas de trabajo desde varias perspectivas. En lo relevante a este capítulo, la Corte IDH dio el paso de empezar a llenar de contenido lo dicho en casos anteriores sobre la obligación estatal de “revertir o cambiar situaciones discriminatorias”, considerando la inercia prolongada del Estado.⁷⁶

Así, es de destacar que la Corte IDH constató una situación de discriminación estructural por motivos de pobreza, ratificando que la CADH prohíbe la discriminación por posición económica y que en casos anteriores había determinado que las violaciones de derechos humanos estuvieron acompañadas de situaciones de exclusión y marginación por la situación de pobreza de las víctimas, identificando la pobreza como un factor de vulnerabilidad que profundiza el impacto de la victimización. Además, en aplicación de la noción de interseccionalidad, la Corte IDH indicó que las víctimas “se encontraban en una situación de pobreza estructural y eran, en una amplísima mayoría, mujeres y niñas afrodescendientes, cuatro de ellas estaban embarazadas y no contaban con ninguna otra alternativa económica más que aceptar un trabajo peligroso en condiciones de explotación”. Agregó que “la confluencia de estos factores hizo posible que una fábrica como la que se describe en este proceso haya podido instalarse y operar en la zona y que las mujeres, niñas y niños [...] se hayan visto compelidos a trabajar allí”.⁷⁷

Establecida la discriminación estructural por diversos motivos prohibidos de discriminación, la Corte IDH constató que el Estado tenía conocimiento de esta situación y a pesar de ello “no adoptó ninguna medida que pueda ser valorada por

⁷⁶ Corte IDH, *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*, párr. 186.

⁷⁷ *Idem*, párr. 197.

la Corte como una forma de enfrentar o de buscar revertir la situación de pobreza y marginación estructural de las trabajadoras de la fábrica de fuegos, con atención a los factores de discriminación que confluían en el caso concreto.⁷⁸

Este caso es importante porque, aunque en ocasiones anteriores la Corte IDH había hablado de discriminación estructural a modo de contexto para visibilizar riesgos agravados de violaciones de derechos humanos, incluyendo el ámbito laboral,⁷⁹ en esta ocasión la Corte dio el paso necesario de analizar de manera autónoma la falta de medidas para enfrentar o buscar revertir la exclusión y marginación estructural subyacente y que dio lugar a las violaciones principales en el caso.

Este enfoque tuvo claras consecuencias no sólo en la determinación de la responsabilidad del Estado sino en las reparaciones que incluyeron la implementación de “un programa de desarrollo socioeconómico especialmente destinado para la población” del municipio que haga frente “a la falta de alternativas de trabajo”.⁸⁰

V. Conclusión

En el DIDH el principio de igualdad y no discriminación y la protección de los DESC están íntimamente relacionados. Esta relación se deriva claramente de los propios tratados internacionales de los que México es parte, así como de las interpretaciones autorizadas de los mismos.

En términos generales, al momento de adjudicar estos casos es fundamental tomar en cuenta el carácter inmediato y no sujeto a realización progresiva del principio de igualdad y no discriminación en relación con los DESC, la naturaleza enunciativa y no taxativa de las cláusulas de no discriminación, la noción de interseccionalidad cuando es pertinente. y el rol que tienen las autoridades nacionales frente

⁷⁸ *Idem*, párr. 200.

⁷⁹ *Idem*, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil.

⁸⁰ *Idem*, Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil, párr. 318.18.

a actos de discriminación por parte de actores no estatales en distintos ámbitos relacionados con los DESC.

En este texto se han expuesto ejemplos tanto del sistema universal como del sistema interamericano y, a título orientador, del sistema europeo de derechos humanos, respecto de los principales tipos de casos sobre igualdad y no discriminación en materia de DESC.

Así, en el capítulo se describieron: i) casos de diferencias de trato injustificadas en los que la discriminación operó de manera directa en los ámbitos de la seguridad social, salud, trabajo y educación; ii) casos de impactos adversos diferenciados de medidas aparentemente neutrales en los que la discriminación operó de manera indirecta en los ámbitos del trabajo, la seguridad social y la educación; iii) un caso de discriminación encubierta en el que quien discrimina oculta deliberadamente su intención discriminatoria en el ámbito del trabajo; y iv) casos y algunos puntos importantes a considerar en cuanto a medidas de acción afirmativa y otras medidas positivas exigibles a los Estados ante situaciones de desventaja estructural.

Debido a la complejidad y múltiples dimensiones del principio de igualdad y no discriminación, los tipos de casos a los cuales están expuestas las autoridades judiciales pueden variar ostensiblemente. De esta manera, los problemas jurídicos que plantean los distintos casos no son homogéneos y, por ello, es importante tener presente cuál de las dimensiones del principio de igualdad y no discriminación está comprometida en cada caso para que el proceso de adjudicación sea capaz de responder de la manera más justa y fundamentada a la naturaleza de la discriminación que se alega.

Este capítulo es un intento de ofrecer algunas fuentes de consulta importantes para orientar ese proceso, recordando que las autoridades judiciales tienen un rol preponderante en la materialización los compromisos internacionales asumidos por México en materia de igualdad y no discriminación y DESC, y que la adecuada decisión de estos casos cumple, además, un rol preventivo de la responsabilidad internacional del Estado.

Bibliografía

Libros

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

Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3a. ed., Madrid, 2007.

Collins, Hugh, y Khaitan, Tarunabh, “Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions”, en *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Hugh Collins y Tarunabh Khaitan (eds.), Hart Publishing, Oxford-Londres, 2018.

Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2016.

Revistas

Aldao, Martín y Clérico, Laura, “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: La igualdad como redistribución y reconocimiento”, *Lecciones y Ensayos No. 89*, 2011.

Fiss, Owen M, “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 5, Núm. 2, 1976.

O’Hare, Ursula, “Equality and Affirmative Action in International Human Rights Law and Its Relevance to the European Union”, *International Journal of Discrimination and the Law*, 2000.

Jurisprudencia y normas

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Caso *Trujillo Calero vs. Ecuador*, 2018.

Comité de Derechos Humanos, *Caso Elena Genero vs. Italia*, 2020.

_____, *Caso X vs. Colombia*, 2007.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Caso S.R y E.R vs. Macedonia del Norte*, 2020.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Simone Andre Diniz vs. Brasil*, 2006.

_____, Informe No. 75/15, *Caso 12.923. Fondo. Rocío San Miguel Sosa y otras. Venezuela*, 2015.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-115/17.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C Núm. 257.

_____, *Caso Duque vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie C Núm. 310.

- _____, *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de julio de 2020, Serie C Núm. 407.
- _____, *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C No. 298.
- _____, *Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de marzo de 2021, Serie C Núm. 423.
- _____, *Caso I.V. vs. Bolivia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Serie C Núm. 329.
- _____, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C Núm. 349.
- _____, *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de febrero de 2018, Serie C Núm. 348.
- _____, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de octubre de 2016, Serie C Núm. 318.
- _____, Opinión Consultiva Núm. 4, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, 1984.
- _____, Opinión Consultiva Núm. 24, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo, 2017.

_____, Opinión Consultiva Núm. 27, Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género, 2021.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Caso Marschall vs. Land Nordrhein-Westfalen*, 1997.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso DH y otros vs. República Checa*, 2007.

Otros

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, 1990.

_____, *Observación General Núm. 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3)*, 2005.

_____, *Observación General Núm. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto)*, 2009.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General Núm. 32, Significado y alcance de las medidas especiales en la*

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 2009.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General Núm. 3, Sobre las mujeres y niñas con discapacidad, 2016.

La prohibición de regresividad en materia de DESC

Christian Courtis*

* Funcionario de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, donde ha trabajado en temas de derechos económicos, sociales y culturales, desarrollo sostenible y género, entre otros. Es profesor (en uso de licencia) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y ha sido profesor visitante e invitado del ITAM y de otras universidades de América latina, Estados Unidos y España.

La prohibición de regresividad en materia de DESC. I. Introducción; II. Dos nociones de regresividad; III. La prohibición de regresividad en la Constitución mexicana y en el PIDESC; IV. Algunas bases para la aplicación de la prohibición de regresividad; V. Algunas aplicaciones jurisprudenciales.

I. Introducción

El presente trabajo busca introducir la cuestión de la prohibición de regresividad o retroceso y los principales problemas de interpretación que ella plantea.¹ La prohibición de regresividad forma parte del bagaje teórico tanto del derecho internacional de los derechos humanos, como del derecho constitucional mexicano. En este artículo identificaré las bases normativas de la prohibición de regresividad en la Constitución Política mexicana y en el Pacto Internacional de DESC —PIDESC—. A continuación, ofreceré algunos criterios para su interpretación y aplicación, tanto local como internacional, a partir de la elaboración efectuada por el Comité DESC —Comité DESC— y de órganos y tribunales internacionales y de otras jurisdicciones nacionales.

II. Dos nociones de regresividad

Para empezar, es útil distinguir dos nociones posibles de regresividad. Por un lado, es posible aplicar la noción de regresividad a los *resultados de una política*

¹ Este artículo actualiza y adapta las ideas presentadas en Courtis, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* y en Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 92-116.

pública —regresividad de resultados—. En este sentido, la política pública desarrollada por el Estado es regresiva cuando sus resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior, elegido como parámetro. Esta aplicación de la noción de regresividad requiere, por ende, indicadores o referencias empíricas. La noción de regresividad puede ser aplicada a cada indicador empleado en particular, o bien a la evaluación conjunta de varios indicadores que permitan una consideración general de los resultados de una política pública.

Por otro lado, la noción de regresividad puede aplicarse a normas jurídicas; es decir, se refiere a *la extensión de los derechos concedidos por una norma —regresividad normativa—*. En este sentido —no empírico sino normativo—, para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior.² Parte de este artículo se dedicará a ofrecer algunos criterios para la aplicación de esta noción.

¿Qué proyecciones tienen estas dos nociones de regresividad sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales? Puede decirse que, al menos en el contexto de la cultura jurídica dominante en América Latina, la noción de *regresividad normativa* resulta mucho más adecuada a la estructura de la argumentación judicial sobre normas que es común a los países de la región. Al comparar una norma anterior y una posterior, el estándar de juicio de *regresividad normativa* consiste en evaluar si el nivel de protección que ofrece el ordenamiento jurídico ante una misma situación de hecho ha empeorado. Este tipo de juicio es similar a varios

² Similar distinción es recogida por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que diferencia *indicadores estructurales*, *indicadores de proceso* e *indicadores de resultado*. Los indicadores estructurales son susceptibles de respuesta por sí o por no, y permiten evaluar la incorporación de instrumentos normativos de desarrollo y garantía de los DESC. Los indicadores de proceso y de resultado son indicadores variables, que permiten evaluar a través de la captación de datos empíricos la realización progresiva de un derecho, y para ello emplean escalas numéricas, que cobran sentido en comparación con los registros anteriores y posteriores, y en relación con bases de referencia o metas. Cf., OACNUDH, *Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación*. En los términos adoptados en este artículo, los indicadores estructurales permiten evaluar la progresividad o regresividad normativa, y los indicadores de proceso y de resultado permiten evaluar la progresividad y regresividad de los resultados de una política pública.

tipos de juicios comunes a muchas ramas del derecho, en los que se compara el nivel de protección de dos normas jurídicas distintas que versan sobre la misma situación de hecho. En materia penal, por ejemplo, se refleja en la evaluación de la norma penal más benigna; en materia laboral, en la evaluación de la norma laboral más favorable; en materia de derecho de los negocios internacionales, en la evaluación de la cláusula del país más favorecido. En el mismo derecho internacional de los derechos humanos, en caso de coexistencia de dos normas de alcance distinto en el derecho internacional, o en el nacional y en el internacional, el principio *pro persona*, prescribe la prevalencia de la norma más favorable a la persona humana. En material procesal, la denominada prohibición de la *reformatio in pejus* ofrece otro ejemplo de comparación de normas —en este caso individuales— de acuerdo con su carácter más o menos gravoso.

Más adelante presentaré algunas sugerencias para la aplicación concreta del estándar de juicio en materia de prohibición de regresividad, que —como se verá— no difieren mayormente de las que corresponden a otros estándares de juicio conocidos en los derechos nacionales y en el derecho internacional.

Bastante más difícil resulta la aplicación judicial de la noción de *regresividad de resultados*. Aunque no puede descartarse *a priori* alguna posibilidad de empleo judicial de esta noción de regresividad, lo cierto es que varios obstáculos dificultan ese empleo. En primer lugar, la escasa tradición de litigio sobre la base de pruebas que requieran la sistematización de datos empíricos ante los tribunales locales de la región. En segundo lugar, problemas vinculados con la relación de causalidad —la imputación del resultado regresivo en materia de indicadores a la política adoptada por el Gobierno en la materia—. Corresponde al litigante demostrar esta relación de causalidad, y esto puede generar dificultades de prueba —en especial si se discute sobre el grado de incidencia de factores que estuvieran fuera del control o de la posibilidad de previsión del Gobierno—. Es altamente probable, además, que para explicar resultados de una política pública —en materias tales como salud, vivienda, educación, alimentación, asistencia social— sea el propio Gobierno el que amplíe el número de datos y variables involucrados en la discusión, de modo que la cuestión tienda a convertirse en una discusión general acerca del acierto o desacierto de la política de marras.

Cabe recordar que los tribunales están acostumbrados a juzgar sobre problemas litigiosos muy delimitados: por ende, proponer la discusión en sede judicial de una gran serie de variables relacionadas con la política pública en cuestión puede dar lugar rápidamente a una actitud de rechazo de la cuestión por parte de los jueces, bajo argumentos de falta de competencia técnica o política. En tercer lugar, aun cuando se verificara la regresión de los indicadores en la materia correspondiente, y se pudiera imputar esa regresión a la política llevada a cabo por el Gobierno, queda abierto el problema del remedio adecuado. Salvo que se trate de una materia en la que las medidas a adoptar estén muy bien identificadas por las normas aplicables, es posible que surjan dificultades relacionadas con la determinación del remedio adecuado —en todo caso, el juez podrá ordenar que se tomen medidas y se dé cuenta de ellas, pero difícilmente entre en el terreno del diseño concreto de una política pública, mucho menos cuando se trate de una política de carácter general—.

Lo dicho sugiere que la noción de regresividad en los resultados de una política pública tendrá limitada cabida en sede judicial: parecen bastante más adecuados para el empleo de argumentos vinculados con esa noción los mecanismos de seguimiento periódico de las políticas públicas; tales como los ofrecidos por los mecanismos de informes previstos por los tratados de derechos humanos del Sistema Universal, u otros similares a nivel local, como las evaluaciones periódicas de instituciones nacionales de defensa y protección de los derechos humanos, u “observatorios” de organizaciones de la sociedad civil. En todo caso, del resultado de este tipo de evaluaciones periódicas puede surgir la evidencia de problemas que requieran la adopción de medidas normativas, o el litigio judicial frente a normas regresivas o prácticas que puedan identificarse como causantes de los resultados regresivos.

III. La prohibición de regresividad en la Constitución mexicana y en el PIDESC

De acuerdo al artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, “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*³. Como veremos, la prohibición de regresividad se deriva directamente de la obligación de progresividad en materia de derechos humanos y, en particular, de DESC. La obligación de progresividad no sólo tiene en México base constitucional,³ sino que también está contenida en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México: entre ellos, el PIDESC —art. 2.1—, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —art. 4.2—, la Convención Americana sobre Derechos Humanos —art. 26— y el Protocolo de San Salvador —art. 1—.

La fuente de todas esas disposiciones es el artículo 2.1 del PIDESC, por lo que no es de extrañar que el desarrollo más extenso de la noción de progresividad y de la correlativa prohibición de regresividad corresponda a la labor interpretativa del Comité DESC, órgano de supervisión de ese instrumento internacional. Por ello, y porque México es parte del PIDESC y las interpretaciones de los órganos internacionales de supervisión de tratados constituyen una guía ineludible para la interpretación de los derechos y de las obligaciones contenidos tanto en el Pacto como en el texto constitucional,⁴ basaré este trabajo principalmente en los aportes del Comité DESC en la materia —sin perjuicio de emplear algunas otras fuentes como ejemplo—.

El art. 2.1 del PIDESC establece que:

[c]ada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete 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 se 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.

³ V., en este sentido, SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 306/2016, párrs. 110-111, 114-117, 128. V., también, Serrano y Vázquez, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, pp. 109-112.

⁴ Para un desarrollo de estos argumentos, ver mi contribución sobre los tratados internacionales como fuente de DESC, en este mismo volumen.

La noción de progresividad abarca dos sentidos complementarios: por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto supone una cierta *gradualidad*. Así, el Comité DESC expresa en su Observación General Núm. 3⁵ que “[el] concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los DESC generalmente no podrá lograrse en un período corto de tiempo. En este sentido la obligación difiere significativamente de la contenida en el artículo 2 del PIDCP, que supone una obligación inmediata de respetar y asegurar todos los derechos relevantes”. “Sin embargo” —continúa la Observación General— “el hecho de que el Pacto prevea que la realización requiere un cierto tiempo, o en otras palabras sea progresiva, no debe ser malinterpretada en el sentido de privar a la obligación de todo contenido significativo. Se trata por un lado de un mecanismo necesariamente flexible, que refleja las realidades del mundo real y las dificultades que representa para todo país el aseguramiento de la plena realización de los DESC. Por otro lado, la frase debe ser leída a la luz del objetivo general, que constituye la *raison d’être* del Pacto, es decir, el establecimiento de obligaciones claras a los Estados Partes al respecto de la plena realización de los derechos en cuestión. Por ende, impone la obligación de moverse tan rápida y efectivamente como sea posible hacia la meta” —párr. 9—. De allí que la noción de progresividad implique un segundo sentido, es decir, el de *progreso*, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los DESC.⁶ El Comité recalca al respecto que las medidas que el Estado debe adoptar para la plena efectividad de los derechos reconocidos “deben ser deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el Pacto” —párr. 2—.

⁵ Cf., Comité DESC, Observación General Núm. 3, “La índole de las obligaciones de los Estados partes”.

⁶ Cf., la interpretación de la CIDH, referida al art. 26 de la Convención Americana: “Si bien el artículo 26 no enumera medidas específicas de ejecución, dejando que el Estado determine las medidas administrativas, sociales, legislativas o de otro tipo que resulten más apropiadas, expresa la obligación jurídica por parte del Estado de encarar dicho proceso de determinación y de adoptar medidas progresivas en este campo. *El principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera tal que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos*”. Cf., CIDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú, párrs. 6 (que repite lo dicho en el Informe sobre Ecuador) y 11 (“El carácter progresivo con que la mayoría de los instrumentos internacionales caracteriza las obligaciones estatales relacionadas con los DESC implica para los Estados, con efectos inmediatos, la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retrocesos”, con cita de la Observación General Núm.3 del Comité DESC, y de los Principios de Limburgo). V., también Corte IDH, caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, párr. 103, entre otros precedentes.

Esta interpretación es abonada por el sentido de una de las cláusulas claves del PIDESC, su artículo 11.1. La disposición establece que:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una *mejora continua de las condiciones de existencia*. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

El artículo 11.1 resume en gran medida el significado de los DESC: la garantía de un nivel de vida adecuado, y la identificación de los componentes mínimos a tener en consideración para dar sentido a esa noción de adecuación. Adicionalmente, el Pacto requiere la *mejora continua de las condiciones de existencia*, es decir, la progresividad en el sentido de *progreso*, o ampliación de la cobertura y protección de los derechos sociales.

De esta obligación estatal de implementación progresiva de los DESC, pueden extraerse algunas obligaciones concretas. La obligación mínima asumida por el Estado al respecto es la obligación de *no regresividad*, es decir, la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los DESC de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora “progresiva”. Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes.⁷ La obligación asumida por el Estado es ampliatoria, de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice el compromiso internacional asumido. En palabras del Comité DESC, en la citada Observación General Núm. 3, “[m]ás aún, cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa

⁷ En sentido similar Fabre, *Social Rights under the Constitution. Government and Decent Life*, pp. 53-55, quien, sin embargo, considera que la prohibición sólo alcanza las medidas que empeoren la situación del derecho con el efecto de llevar a su titular debajo del umbral mínimo necesario para llevar una “vida decente”.

consideración y deberá ser justificada 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 se dispone”, —como se ve en el párr. 9—. ⁸

En el mismo sentido, las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los DESC⁹ consideran violatorias de los DESC “la derogación o suspensión de la legislación necesaria para el goce continuo de un derecho económico, social y cultural del que ya se goza” —Principio 14 a—, “la adopción de legislación o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones legales preexistentes relativas a esos derechos, salvo que su propósito y efecto sean el de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los DESC para los grupos más vulnerables” —Principio 14 d— y “la adopción de cualquier medida deliberadamente regresiva que reduzca el alcance en el que se garantiza el derecho” —Principio 14 e—.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha referido a esta obligación, es los siguientes términos:

103. Como correlato de lo anterior [la obligación de progresividad] se desprende un deber — si bien condicionado — de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que “las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga”. En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente

⁸ V. *infra*, el Comité DESC ha repetido esta noción de manera constante en sus Observaciones Generales referidas a derechos en particular.

⁹ Las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los DESC, adoptadas por un grupo de expertos que tuvo lugar entre el 22 y el 26 de enero de 1997 en la ciudad holandesa de Maastricht, constituye un instrumento interpretativo al que acuden con frecuencia los órganos de supervisión de tratados internacionales en materia de DESC. V., UN Document E/C.12/2000/13.

peso”. Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate.¹⁰

Entre los tribunales nacionales, la Corte Constitucional colombiana se destaca por haber efectuado una interesante síntesis de su propia jurisprudencia en la materia. De acuerdo con la Corte:

“Una medida se entiende regresiva, al menos, en los siguientes eventos: (1) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho; (2) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho; (3) cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho. En este último caso la medida será regresiva siempre que la disminución en la inversión de recursos se produzca antes de verificado el cumplimiento satisfactorio de la respectiva prestación —por ejemplo, cuando se han satisfecho las necesidades en materia de accesibilidad, calidad y adaptabilidad—”.¹¹

IV. Algunas bases para la aplicación de la prohibición de regresividad

1. Noción general y fundamentos

Desde el punto de vista conceptual, la obligación de no regresividad constituye una limitación que imponen los tratados de derechos humanos pertinentes y, eventualmente, la Constitución¹² sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo alrededor

¹⁰ Corte IDH, caso *Acevedo Buendía y otros, “Cesantes y jubilados de la Contraloría” vs. Perú*, párr. 103.

¹¹ V., Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-298 de 2016.

¹² La prohibición de regresividad no es ajena al derecho constitucional comparado. V., Konrad Hesse, *Grünzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, pp. 86-87; López Guerra, “Un Estado social”, en de Esteban y López Guerra, *El régimen constitucional español*. Para otros desarrollos de la prohibición en el derecho comparado, V., las contribuciones de Campos, Pisarello, Sarlet y Suárez, en Courtis, *Ni un paso atrás, op. cit.* V., también, Uprimny y Guarnizo, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, Documento de trabajo, y otros ejemplos comparados en Nolan, Lusiani y Courtis, “Two steps forward, ¿no steps back? Evolving criteria on the prohibition of retrogression in economic and social rights”, en Nolan, *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*, pp. 121-145.

de las posibilidades de reglamentación de los DESC. La obligación veda al legislador y al titular del poder reglamentario, la adopción de reglamentación que derogue o reduzca el nivel de los DESC de los que goza la población. Desde la perspectiva del titular del derecho, la obligación constituye una garantía de mantenimiento de los DESC de los que goza desde la adopción del tratado de derechos humanos que los consagre, y de su nivel de goce, a partir de dicha adopción y de toda mejora que hayan experimentado desde entonces. Se trata de una garantía de carácter sustantivo, es decir, de una garantía que tiende a proteger el contenido de los derechos vigentes al momento de la adopción de la obligación internacional, y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad, haya producido una mejora.

En cuanto al fundamento de esta prohibición, señalaré aquí dos fuentes de justificación, que servirán como principio para proyectar el alcance —y los posibles límites— de la figura. En mi opinión, en la prohibición de regresividad en de DESC convergen dos tipos de fundamentos.

El primero está ligado a nociones clásicas del Estado de derecho liberal, nacidas centralmente a la luz de la protección del derecho de propiedad y de los intereses patrimoniales. Se trata de la *seguridad jurídica*, y de la *protección de la confianza*, nociones que es posible reconducir al valor de la *previsibilidad* —central en el paradigma del Estado de derecho liberal, y en su concomitante favor por el funcionamiento del mercado—. Pues bien, la prohibición de regresividad supone la extensión de este principio al campo de las posiciones jurídicas creadas por normas y medidas de carácter social. Se trata, en alguna medida, de la consecuencia de la adopción de un modelo de Estado de derecho de carácter social, o Estado social de derecho. En el modelo liberal clásico, sólo los intereses vinculados a la protección de intereses patrimoniales merecían protección en términos de previsibilidad; las medidas de corte social adoptadas por el Estado quedaban libradas —dada la ausencia de contraprestación por parte de sus beneficiarios— a la discrecionalidad estatal, y por ende podían otorgar beneficios en forma precaria, ser modificadas o revocadas sin limitación. Por lo contrario, en el Estado social de derecho se extiende la protección de la confianza y el estatuto de seguridad

jurídica también a las conquistas sociales, de modo que, en lugar de beneficios revocables, las normas de orientación social también conceden derechos con vocación de estabilidad.

El segundo fundamento tiene que ver con el *contenido material del principio del Estado social*, que es el de la satisfacción para todo ser humano de ciertas necesidades consideradas básicas, a la luz de la noción de dignidad humana y del desarrollo material y científico de nuestras sociedades. Esta noción es la que da sentido al reconocimiento de derechos sociales en tanto derechos, y no sólo como concesiones graciosas o caritativas. Las proyecciones de este principio son varias: tal vez la más importante sea la *consideración preferencial de aquellas personas que están en peor situación*, es decir, que no logran satisfacer por sus propios medios las necesidades consideradas básicas.

La doctrina del Comité DESC recoge este principio del siguiente modo: “Los Estados partes *deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial*. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás”.¹³ El principio también se refleja en las reflexiones del Comité relativas a la mala asignación presupuestaria en materia de derechos sociales, que privilegia a aquellos que se encuentran en mejor posición socioeconómica a expensas de quienes están en peor situación. Así, en materia de derecho a la salud, el Comité señala que:

[u]na asignación inadecuada de recursos para la salud puede dar lugar a una discriminación que tal vez no sea manifiesta. Por ejemplo, las inversiones no deben favorecer desproporcionadamente a los servicios curativos caros que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población, en detrimento de la atención primaria y preventiva de salud en beneficio de una parte mayor de la población.¹⁴

¹³ Cf., Comité DESC, Observación General Núm. 4, El derecho a una vivienda adecuada, párr. 11. En sentido similar, Observación General Núm. 13, El derecho a la educación, párrs. 26, 32, 53, 55.

¹⁴ *Idem*, Observación General Núm. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, párr. 19.

En la misma línea, considera que “la asignación inadecuada de recursos públicos que impiden el disfrute del derecho a la salud por los particulares o grupos, en particular las personas vulnerables o marginadas” constituye una violación a las obligaciones de cumplir que emanan del Pacto.¹⁵ En el caso del derecho al agua, el Comité afirma:

[u]na distribución inadecuada de los recursos puede conducir a una discriminación que quizá no sea manifiesta. Por ejemplo, las inversiones no deben redundar de manera desproporcionada en beneficio de los servicios e instalaciones de suministro de agua que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población; esos recursos deben invertirse más bien en servicios e instalaciones que redunden en beneficio de un sector más amplio de la población.¹⁶

También considera que:

[t]odos los pagos por servicios de suministro de agua deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que no recaiga en los hogares más pobres una carga desproporcionada de gastos de agua en comparación con los hogares más ricos.¹⁷

La prohibición de regresividad puede ser entendida, en este contexto, como una veda a las normas y medidas estatales que, por debilitar o retraer el nivel de protección otorgado, reinstauran obstáculos para la satisfacción de sus necesidades básicas, o, en términos más amplios, hacen renacer obstáculos de carácter económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de las personas, e impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social de un país.¹⁸ En este sentido, la prohibición de regresividad opera como cláusula de control jurídico del

¹⁵ *Idem*, párr. 52. En el mismo sentido, párrs. 36, 37 y 43.

¹⁶ *Idem*, Observación General, Núm. 15, El derecho al agua, párr. 14.

¹⁷ *Idem*, párr. 27. V., también párrs. 7, 12-16, 26, 29, 37 y 44.

¹⁸ Parafraseo la “cláusula Basso”, que define las tareas del Estado social en la Constitución italiana —art. 3, Constitución italiana—.

cumplimiento, por parte de los poderes políticos, del mandato del Estado social y de las cláusulas de pactos internacionales de derechos humanos que imponen al Estado obligaciones en materia social. Dado que el contenido de las necesidades consideradas básicas, las posibilidades de desarrollo de las personas y las áreas de participación se amplían con el tiempo y con el progreso material y científico de nuestras sociedades, el umbral de protección, y por ende, las posiciones consolidadas no susceptibles de derogación o supresión, también tienden a ampliarse progresivamente.

Es importante agregar aquí que la consideración preferente de las personas que están en peor situación también puede constituir una fuente de modulación de la prohibición, en la medida en que, como se verá, el interés en la estabilidad absoluta de las posiciones jurídicas de quienes están en mejor situación puede ser contrabalanceado por la necesidad de asegurar la satisfacción de necesidades básicas de quienes están en peor situación. Como veremos, las alegaciones estatales en este sentido requieren de una carga justificatoria alta; que logre demostrar, entre otras cosas, por qué para satisfacer las necesidades básicas de quienes están en peor situación era necesario empeorar la situación de quienes están en mejor situación, y no acudir a algún otro medio menos lesivo.

2. Prohibición de regresividad y razonabilidad

Este tipo de obligación no resulta extraño a la tradición jurídica iberoamericana: responde a características similares que el *principio de razonabilidad* de la reglamentación de los derechos, incorporado o inferido a partir de casi todas las Constituciones de la región,¹⁹ y reflejada también en pactos internacionales de derechos

¹⁹ V., por ejemplo, Constitución argentina, art. 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”; Constitución chilena, art. 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 esencia”; Constitución ecuatoriana, art. 18: “Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”; Constitución guatemalteca, art. 44: “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”.

humanos.²⁰ De allí que parte del desarrollo teórico que propongo para la obligación de no regresividad recurre como fuentes a la doctrina y jurisprudencia elaborada a partir del principio de razonabilidad.²¹ La razón principal que funda esta semejanza la brinda el hecho de que ambos principios tienen como objeto al aseguramiento del debido proceso sustantivo: como ya hemos dicho, se dirigen al control sustancial o de contenido de la reglamentación de los derechos.

Debido a esta similar estructura conceptual, puede afirmarse que la consagración de la prohibición de regresividad agrega un nuevo criterio al control de razonabilidad de las leyes y reglamentos cuando se examina judicialmente la adopción de normas que reglamentan DESC. En efecto, la obligación de no regresividad implica un control “agravado” del debido proceso sustantivo: de acuerdo con la concepción tradicional de la razonabilidad, el parámetro al que quedaban sujetos el legislador y el Poder Ejecutivo se vinculaba exclusivamente criterios de racionalidad; por ejemplo, la no afectación de la sustancia del derecho, el análisis de la relación medio/fin que propone la norma, el análisis de proporcionalidad, etcétera. Evidentemente, un mismo derecho puede ser pasible de varias reglamentaciones razonables, de modo que el principio de razonabilidad excluye las reglamentaciones irrazonables, pero permite que el legislador o el Poder Ejecutivo elijan, dentro de las opciones razonables, la más conveniente de acuerdo a su apreciación política.

La obligación de no regresividad agrega a las limitaciones vinculadas con la racionalidad, otras limitaciones vinculadas con criterios de evolución temporal o

²⁰ V., por ejemplo, CADH, arts. 30 y 32.2; PIDCP, arts. 5.1, 12.3, 18.3, 19.3, 21, 22.3 y 25; PIDESC, art. 4; Protocolo de San Salvador, art. 5. V., también dos instrumentos internacionales de *soft law* específicos, los denominados “Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” —Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, **UN Doc. E/CN.4/1985/4, Annex, 1985**— y los ya mencionados Principios de Limburgo relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de DESC.

²¹ Una razón ulterior para vincular los desarrollos constitucionales e internacionales consiste, justamente, en la mutua alimentación de los criterios constitucionales y de los provenientes de instrumentos internacionales de derechos humanos en esta materia. Al respecto, V., Moncayo, “Suspensión y restricción de derechos y garantías constitucionales. El aporte de las convenciones internacionales al Derecho Público argentino”, en Abramovich, *et al.*, *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*, pp. 53-75.

histórica: aun siendo racional, la reglamentación propuesta por el legislador o por el Poder Ejecutivo *no puede empeorar la situación de reglamentación del derecho vigente*, desde el punto de vista del alcance y amplitud de su goce. De modo que, dentro de las opciones de reglamentación posibles, los poderes políticos tienen en principio vedado elegir supuestos de reglamentación irrazonable y, *además*, elegir supuestos de reglamentación que importen un retroceso en la situación de goce de los DESC vigentes.²²

El *debido proceso sustantivo* no es más que un estándar o patrón para determinar, dentro del margen de arbitrio que tienen el legislador o el poder reglamentario, hasta dónde se pueden restringir válidamente los derechos consagrados por las normas a reglamentar, o dicho en otros términos, cuál es el espacio concreto de discrecionalidad que puede ser utilizado por el legislador o el órgano ejecutivo, al regular un derecho consagrado en la Constitución, en los tratados internacionales o en la ley. Si bien el debido proceso sustantivo ha sido concebido originalmente

²² V., al respecto, las gráficas palabras de un tribunal argentino, al aplicar la prohibición de regresividad a un caso de expulsión del peticionante de un plan de vivienda:

“La discontinuidad de las prestaciones vulnera el principio de no regresividad o de no retroceso social, consagrado en algunos de los tratados con jerarquía constitucional citados en el considerando III.2, esto es, la prohibición de adoptar políticas y medidas que empeoren la situación de los derechos sociales. De acuerdo a este principio, una vez reconocido un derecho y efectivizado su goce respecto de personas que se encuentran en una situación de precariedad socio-económica —esto es, el reconocimiento de un *status* jurídico básico de inclusión social—, su vigencia no puede eliminarse posteriormente sin el reconocimiento, por parte del Estado, de alternativas razonables. En efecto, una vez que la administración cumple con las tareas constitucionalmente impuestas y, en consecuencia, amplía el ámbito de protección de los derechos de los más necesitados, está obligada a abstenerse en el futuro de desarrollar actividades que atenten contra esa situación.

La obligación de no regresividad constituye una limitación constitucional a la reglamentación de los derechos sociales, que veda en consecuencia a las autoridades públicas la posibilidad de adoptar medidas que reduzcan el nivel de los derechos sociales de que goza la población, más aún si se encuentra en situaciones de extrema precariedad y exclusión social. El Comité de DESC ha sostenido al respecto, que un deterioro en las condiciones de vivienda, atribuible a decisiones de política general contradice, a falta de medidas compensatorias concomitantes, las obligaciones dimanantes de los arts. 4 y 5.1 del Pacto Internacional de DESC —Observación General, Núm. 4—. En igual sentido se ha pronunciado la CIDH, al sostener que las condiciones de vigencia y acceso a los derechos sociales no pueden reducirse con el transcurso del tiempo, porque ello configura una violación al art. 26 de la Convención Americana. En consecuencia, una vez garantizado el derecho a través de los diversos programas implementados a tal efecto, no podría luego la Ciudad denegarlo por las supuestas inconductas en las que habría incurrido el demandante”. *Cf.*, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, “Morón, Jorge Luis c/GIBA s/amparo —art. 14 CCBA—”, 08/10/2003, considerando IV.2.

en el derecho estadounidense como una limitación de las facultades reglamentarias del Congreso destinada primordialmente a proteger la libertad individual, hoy en día se trata de una garantía genérica que tutela a la totalidad de los derechos fundamentales.

Aunque definir con precisión la totalidad de los extremos que pueden estimarse en un juicio de razonabilidad excede los límites de este trabajo, bastará sin embargo enunciar algunas nociones a efectos de aclarar, al menos inicialmente, el modo en que se integra al estándar de debido proceso sustantivo o control de razonabilidad con la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales.

Las normas constitucionales y las de tratados sobre derechos humanos que consagran derechos son por naturaleza de mayor generalidad que las leyes que las reglamentan o que se dictan en su consecuencia. El campo de significados posibles de la norma constitucional es mayor que el de la norma legal, y el de ésta, a su vez, mayor que el de la norma reglamentaria inferior. El legislador está en consecuencia habilitado a crear derecho dentro del límite o del marco de contenidos posibles de la norma constitucional o internacional —art. 28 de la Constitución argentina y otros similares de Constituciones iberoamericanas, arts. 30 y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4 del PIDESC, art. 5 del Protocolo de San Salvador—. Esta regla de subsunción es aplicable también a las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo.

Las restricciones de los derechos fundamentales —incluso de los DESC y otros derechos consagrados por instrumentos internacionales de derechos humanos— establecidas por el órgano legislativo en ejercicio de su poder reglamentario o poder de policía, no han de ser infundadas o arbitrarias sino razonables, es decir, justificadas por los hechos y las circunstancias que les han dado origen, y por las necesidades de salvaguardar el interés público comprometido, y proporcionales a los fines que se procura alcanzar con ellas.

De tal modo, una primera cuestión vinculada a la razonabilidad de la reglamentación es que la “especie legal” no sea directamente contraria al “género constitucional”. Esto es, que no viole el principio de subsunción, pulverizando, desnaturalizando

o destruyendo la “sustancia” o “contenido esencial” del derecho que reglamenta,²³ o reconociéndolo más allá de los límites de su definición, de un modo exorbitante, afectando así otros derechos constitucionales. En sentido similar, el artículo 4 del PIDESC, el artículo 5 del Protocolo de San Salvador y otras cláusulas similares de pactos e instrumentos internacionales de derechos humanos,²⁴ disponen que las limitaciones legales al ejercicio de los derechos consagrados en el instrumento sólo podrán establecerse en la “*medida compatible con la naturaleza*” del derecho reglamentado, o bien “*en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos*”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha hecho alusión a este límite.²⁵

La segunda cuestión es que la restricción de los derechos se encuentre justificada por los hechos o circunstancias sociales que le han dado origen y por los fines lícitos perseguidos por la norma. En cuanto a los fines perseguidos por las normas, es sabido que al poder de policía del órgano legislativo se le reconocieron históricamente objetivos más amplios a medida que el Estado asumió un papel más activo de intermediación en la economía, en representación del denominado bienestar general, y aun a costa de restringir tradicionales libertades individuales,

²³ Constitución argentina, art. 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”, que supone una “sustancia” de los principios, garantías y derechos anterior a su reglamentación por vía legal. Similar función cumple la llamada garantía del *contenido esencial del derecho*, originaria de la tradición constitucional alemana —art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, art. 19.2: “en ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental”—, y reflejada en el art. 53.1 de la Constitución española —“Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”—. La noción de “contenido esencial del derecho fundamental” corresponde a la noción de “sustancia” del derecho, originaria de la tradición constitucional estadounidense.

Sobre la noción de contenido esencial de los derechos fundamentales, V., Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*; Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, pp. 66-80; Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamental* y Prieto Sanchís, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, pp. 217-260.

²⁴ V., por ejemplo, Principios de Limburgo, principio 56: “La restricción ‘compatible con la naturaleza de esos derechos’ requiere que una limitación no deberá interpretarse o aplicarse en menoscabo de la *naturaleza intrínseca de un determinado derecho*”.

²⁵ V., respecto de la libertad de circulación, Corte IDH, caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, párr. 124, con cita de la Observación General, Núm. 27 del CDH, que señala literalmente que “las restricciones no deben comprometer la *esencia del derecho*”.

como las de contratar o ejercer el comercio o la industria. En tal sentido, sostuvo desde entonces la jurisprudencia constitucional, la restricción tiene su fundamento en el propósito de tutelar bienes o intereses generales cuya protección se confía al Estado, y para ello, la misma Constitución concede al poder legislativo y a la administración la facultad de dictar las leyes y reglamentos que resulten convenientes para poner en ejercicio los poderes atribuidos al gobierno de la Nación. Sin embargo, el artículo 4 del PIDESC establece en relación con los fines de la norma reglamentaria un elemento adicional, al disponer que los derechos consagrados en el Pacto podrán someterse únicamente a limitaciones determinadas por ley con el *exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos —al igual que su par europeo— desarrolló una interpretación similar a partir de los artículos 29 c) y d) y 32.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.²⁶

La tercera cuestión del juicio o control de razonabilidad de las normas reglamentarias de derechos fundamentales es la determinación de la adecuada proporcionalidad entre las restricciones y los antecedentes y fines de la medida. Como ha sostenido la Corte Suprema argentina, el análisis de la eficacia de los medios arbitrados por el legislador es ajeno a la competencia jurisdiccional, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos, o sea resolver si son o no proporcionados a las circunstancias o motivos que originan el dictado de la norma²⁷ y a los fines que la justifican.²⁸ En consecuencia, el objeto de decisión se refiere a si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados. En situaciones de emergencia se le ha reconocido al Congreso un mayor margen de regulación, aun en materia de derechos sociales.²⁹ En el mismo sentido, y a partir de precedentes de la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana requiere, desde un punto de vista sustantivo, que las restricciones a derechos humanos sea necesarias y proporcio-

²⁶ V., Corte IDH, OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas, arts. 13 y 28 CADH”, párrs. 41, 42, 44 y 46; caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párr. 120; caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, párrs. 129 y 132-133; caso *Kimel vs. Argentina*, párrs. 68-94; caso *Castañeda Gutman vs. México*, párrs. 185-193.

²⁷ Cf., por ejemplo, Corte Suprema de Argentina, caso *Pedro Inchauspe Hnos. c. Junta Nacional de Carnes*.

²⁸ *Idem*, caso *Nordensthol, Gustavo Jorge c. Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado*”.

²⁹ *Idem*, caso *Soengas, Héctor R. y otros c. Ferrocarriles Argentinos*.

nales —amén del requisito de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, que he comentado en el párrafo anterior—. ³⁰

Como se ve, el control de razonabilidad de la reglamentación, limitación o restricción de un derecho fundamental es una noción instaurada tanto en la tradición constitucional comparada, como en la de los órganos supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos. El análisis de regresividad de una norma no hace más que agregar un criterio temporal suplementario a dicho control.

3. Criterios para determinar la regresividad

Ahora bien, ¿cuándo puede afirmarse que una norma que reglamenta o implementa un derecho social es regresiva respecto de otra? Lo será en principio, partiendo de la definición del art. 2.1 del PIDESC, cuando la norma impugnada limite, restrinja o reduzca la extensión o el sentido de un derecho social, o le imponga a su ejercicio condiciones que con anterioridad no debían sortearse. Es decir que el juicio que el impugnante de la norma deberá proponer es de tipo comparativo, poniendo en evidencia de modo concreto que la norma impugnada es menos favorable para el titular del derecho que la sustituida.

En cuanto a los parámetros para realizar tal comparación, es útil recurrir por analogía a los criterios utilizados en el derecho laboral para discernir la articulación entre normas, partiendo de la primacía del régimen o norma más favorable para el trabajador.

Cuando se trata de resolver conflictos entre cuerpos normativos diversos, sobre la base del principio de la norma o el régimen más favorable al trabajador, la doctrina iuslaboralista distingue dos criterios básicos: el de la acumulación y el del conglobamiento. El criterio de la acumulación implica la aplicación de lo dispuesto en las normas comparadas sumando todo lo que hay en ellas que resulte

³⁰ V., entre otros, Corte IDH, OC-5/85, *op. cit.*, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, párr. 155; caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párr. 120-123; caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, párrs. 96, 129 y 132-133; caso *Kimel vs. Argentina*, párrs. 72-94.

más favorable al trabajador. El método del conglobamiento, que tiene en cuenta el carácter unitario de cada norma o régimen, hace la comparación en conjunto, y excluye la posibilidad de aplicar simultáneamente una disposición de un régimen y la de otro prescindiendo del respectivo carácter unitario, por lo que, tras la comparación, se aplica sólo la norma o el régimen que en su totalidad resulta más favorable. Un método intermedio es el denominado “conglobamiento por instituciones”, en el cual se toma como unidad de comparación el conjunto de normas “relacionadas con cada una de las instituciones del derecho del trabajo”, aplicándose la norma que regula de modo más favorable cada una de las instituciones comparadas.³¹

Para decidir cuál podría ser el criterio aplicable, es necesario tener en cuenta algunas consideraciones prácticas. El método del “conglobamiento” tiene a su favor la consideración completa del sistema establecido por la norma: este punto es especialmente relevante, dado que, en materia de reglamentación de derechos sociales, frecuentemente nos enfrentamos a regímenes complejos, que requieren una evaluación en conjunto. Sin embargo, en su contra juega el hecho de que la declaración de inconstitucionalidad tiene carácter restrictivo, y opera como *ultima ratio* del control judicial de la actividad de los otros poderes. Este principio impone circunscribir la declaración de inconstitucionalidad a los aspectos particularmente impugnados, sin perjuicio de la validez del resto de la norma. El método de la “acumulación” tiene las virtudes y los defectos inversos: se ajusta más fácilmente a la filosofía del carácter restrictivo del control de constitucionalidad, pero es poco respetuoso de la unidad sistemática de un cuerpo normativo, permitiendo la comparación de normas aisladas, alejadas del contexto sistemático en el que se insertan.

A la luz de estos argumentos, el análisis por instituciones parece ser el que brinda la solución más adecuada para determinar cuándo una norma es regresiva, ya que permite equilibrar ambos intereses: circunscribe el análisis de regresividad al

³¹ Este último criterio, elaborado por la jurisprudencia italiana, fue el adoptado para regular la relación entre el convenio colectivo de trabajo y la ley, es el que adopta el art. 9 de la Ley de Contrato de Trabajo argentina. V., López, *et al.*, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, pp. 36 y ss.; Goldín, “Concurrencia, articulación y sucesión de normas en el derecho del trabajo”, en *Derecho del Trabajo XLVI-B*, pp. 934 y ss.

contenido concreto de las normas que regulan una determinada institución de modo menos favorable para el titular del derecho, manteniendo incólume el resto de la norma, y permite el análisis de una institución completa, respetando la necesidad de análisis sistemático en mayor medida que el método de la acumulación.

4. Inversión de la carga probatoria, estándar de juicio y límites de la prohibición

Ahora bien, ¿cuáles son las consecuencias que acarrea la sanción de una ley o de un reglamento regresivo? La regresividad ¿constituye *per se* una razón de inconstitucionalidad o de invalidez a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos? De acuerdo con el esquema sugerido, la regresividad constituye un factor agravado del análisis de razonabilidad. Por ello, la prueba de que una norma es regresiva determina una presunción de invalidez o de inconstitucionalidad, transfiriendo al Estado la carga de argumentar a favor de la racionalidad de la legislación propuesta. Analizaré a continuación los dos elementos que configuran este cuadro: la inversión de la carga probatoria y el estándar de juicio que debe emplear el juez ante la articulación por parte del Estado de una defensa de la validez de la norma impugnada —tema que introduce la cuestión de los límites de la prohibición de regresividad—.

En cuanto a la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, su aplicación al análisis de razonabilidad de las leyes no ha sido ajena, por ejemplo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos.³² Esta corte desarrolló la noción en el marco del cuestionamiento de normas tachadas de discriminatorias, es decir, que sugieran prejuicio contra minorías raciales o de otro tipo. En el marco del derecho antidiscriminatorio, desde el punto de vista procesal, corresponde al demandante demostrar la existencia de una discriminación normativa a partir del empleo de una de las denominadas *categorías sospechosas*.³³ La preocupación central que ha justificado la elaboración de esta noción es la de erradicar aquella

³² Cf., Linares, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución*, p. 213.

³³ V., Tribe, *American Constitutional Law*, pp. 1465-1553; Stone, *Et. al.*, *Constitutional Law*, pp. 495 y ss.

acción gubernamental “teñida de prejuicio contra minorías discretas e insulares”: el tipo de prejuicio “que tiende a afectar la operación de aquellos procesos políticos en los que habitualmente confiamos para la protección de las minorías”.³⁴ Acreditado por el demandante el empleo en una norma jurídica de una categoría sospechada como criterio para efectuar una distinción legal, la carga de la prueba se invierte y corresponde al Estado la justificación de la medida.

Como principio, entonces, cuando se crea una distinción en función de alguno de los factores enumerados en normas que establecen una prohibición expresa de discriminación, ya sea que se trate de previsiones constitucionales o de tratados internacionales de derechos humanos, existe una presunción de ilegitimidad de la norma o medida diferenciadora.

En el plano internacional, en relación con la alegación —destinada a justificar una diferencia de trato— de factores de diferenciación expresamente vedados, la Corte Europea de Derechos Humanos se pronunció en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali*, sentencia del 25 de mayo de 1985. En ese caso se planteó en forma directa una discriminación por razón de raza, nacimiento y sexo en la legislación de inmigración británica, que concedía derechos de entrada a las mujeres de inmigrantes hombres, negados a los maridos de las mujeres inmigrantes. Estas medidas afectaban especialmente a inmigrantes de procedencia india. La Corte Europea sostuvo que “se puede destacar que la progresión hacia la igualdad de los sexos constituye hoy un objetivo importante de los Estados miembros del Consejo de Europa”. Y de ello extrae que “sólo razones *de mucho peso* podrían llevar a estimar compatible con el Convenio una distinción fundada en el sexo”.³⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha adoptado explícitamente el criterio de la inversión de la carga probatoria en casos de discriminación.³⁶

³⁴ *Idem*, p. 1465, citando la famosa frase del Juez Stone en el fallo *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152-53 núm. 4. Como se sabe, la Corte Suprema estadounidense ha considerado categorías sospechadas —aunque con distinto énfasis— la utilización de la raza y de la etnia, la condición de extranjero, la condición de hijo extramatrimonial y el género. V., Stone, Seidman, *et al*, *Constitutional Law*, pp. 528-689.

³⁵ *Cf.*, Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*, cit., párr. 78. La Corte ha repetido este razonamiento en casos posteriores con respecto a otros factores enumerados en el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como el origen nacional. V., por ejemplo, casos *Gaygusuz vs. Austria*, párr. 42; *Koua Poirrez vs. Francia*, párr. 46, entre muchos otros.

³⁶ V., Corte IDH, caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, párrs. 260-274.

Si se traslada el esquema al análisis de regresividad, al demandante corre entonces con la carga de demostrar inicialmente el carácter regresivo de la norma, acreditando que el grado de protección ofrecido por la nueva norma constituye un retroceso con respecto al existente con la norma anterior. Probado esto, la norma se presume inválida,³⁷ y corresponde al Estado la carga de acreditar que, pese a ser regresiva, la norma es justificable.³⁸

En cuanto al estándar de juicio, manteniendo congruencia con la presunción de invalidez que pende sobre toda norma regresiva, la jurisprudencia estadounidense ha desarrollado el criterio denominado *escrutinio estricto* —*strict scrutiny*—: la carga de demostración de la administración es alta, y en caso de duda, el juez deberá inclinarse por la inconstitucionalidad.³⁹ El estándar es aplicable ante las

³⁷ Cf., Comité DESC, Observación General, Núm. 13, *El derecho a la educación*: “la admisión de medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la educación, y otros derechos enunciados en el Pacto, es objeto de grandes prevenciones”, párr. 45; Observación General, Núm. 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*: “(a)l igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud”, párr. 32. En el mismo sentido, Observación General, Núm. 15, *El derecho al agua*, párr. 19; Observación General, Núm.17, *El derecho de toda persona de 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*, párr. 27; Observación General, Núm. 18, *El derecho a trabajar*, párr. 21 y Observación General, Núm. 19 *El derecho a la seguridad social*, párr. 42.

³⁸ V., SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión, *op. cit.*, párr. 125. Cf., Comité DESC, Observación General, Núm.13: “(s)i deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Parte”, párr. 45. En el mismo sentido, Observación General, Núm.14 párr. 32; Observación General, Núm. 15, párr. 19; Observación General, Núm.17, párr. 27; Observación General, Núm.18, párr. 21; Observación General, Núm.19, párr. 42; Observación General, Núm. 21, *El derecho de toda persona a participar de la vida cultural*, párr. 46; Observación General, Núm. 22, *El derecho a la salud sexual y reproductiva*, párr. 38, y Observación General, Núm. 23, *El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias*, párr. 52. El Comité adoptó en mismo criterio en su Declaración “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un Protocolo Facultativo al Pacto”: “El Comité observa que, cuando no se adoptan medidas o éstas son de carácter regresivo, corresponde al Estado Parte probar que la decisión pertinente se basó en el examen más exhaustivo posible y que está debidamente justificada en relación con la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto y por el hecho de que se utilizaron plenamente los recursos disponibles”. V., Comité de DESC, Declaración “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un Protocolo Facultativo al Pacto”, párr. 9.

En sentido similar, la demostración de que las limitaciones a los DESC tienen “el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática” —art. 4, PIDESC— está a cargo del Estado —Principios de Limburgo, Principio 54—.

³⁹ V., SCJN, *op. cit.*: “Sin embargo, de una interpretación funcional del artículo 1o. Constitucional, puede concluirse que *dichas circunstancias están sujetas a un escrutinio estricto*, pues implican la restricción de un derecho humano especialmente relevante para la autonomía personal, para el funcionamiento de

ya comentadas *categorías sospechosas* en caso de discriminación, y en general ante la revisión judicial de restricciones a un derecho fundamental: corresponde al Estado la demostración estricta de la necesidad y racionalidad de la distinción, la existencia de un “interés imperioso” —*compelling interest*— que justifique la medida adoptada. En estos casos, no basta con que el Estado demuestre sólo la legitimidad del fin y la mera racionalidad de la medida: debe justificar su imperiosa necesidad. De acuerdo con Tribe, una de las aplicaciones de este criterio consiste en la anulación de normas jurídicas, sea por la insuficiente relación medio-fin, sea por la debilidad del interés que pretenden satisfacer. Bajo esta luz, alegaciones tales como el interés estatal en la eficiencia, conveniencia o el ahorro, por su generalidad, serían insuficientes para justificar la medida impugnada.⁴⁰ La Corte Suprema estadounidense ha aplicado la regla del escrutinio estricto, por ejemplo, en casos de imposición de requisitos de residencia para el ejercicio del derecho a divorciarse⁴¹ o a la obtención de ayuda social,⁴² el establecimiento de requisitos discriminatorios para ejercer derechos tales como los de votar,⁴³ acceder a la justicia,⁴⁴ casarse,⁴⁵ etcétera.

Criterios similares han empleado la Corte Europea de Derechos Humanos en casos de discriminación,⁴⁶ de restricción de derechos⁴⁷ y de revisión de legislación retroactiva que afecte disputas judiciales pendientes en las que el Estado es parte.⁴⁸ Por su parte la Corte Interamericana ha aplicado estos criterios también

la democracia deliberativa, para la igualdad real de las personas y para el bienestar y desarrollo de la sociedad”, párr. 124.

⁴⁰ V., Tribe, *op. cit.*, p. 1453.

⁴¹ Así, Corte Suprema estadounidense, caso *Sosna vs. Iowa*, 419 U.S. 393.

⁴² Por ejemplo, *idem*, *Shapiro vs. Thompson*, 394 U.S. 618.

⁴³ Por ejemplo, *idem*, *Harper vs. Virginia State Board of Elections*, 383 U.S. 663; *Kramer vs. Union Free School District No. 15*, 395 U.S. 621.

⁴⁴ Por ejemplo, *idem*, *Reynolds vs. Sims*, 377 U.S. 533.

⁴⁵ Por ejemplo, *idem*, *Loving vs. Virginia*, 388 U.S. 1.

⁴⁶ V., por ejemplo, Corte Europea de DH, casos *Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*, cit., párr. 78; *Burghartz vs. Suiza*, párr.27; *Karlheinz Schmidt vs. Alemania*, párr. 24; *Smith y Grady vs. Reino Unido*, párr. 94; *Fretté vs. Francia*, párr. 34; *S.L. vs. Austria*, párr. 36; *Karner vs. Austria*, párr. 37 y *Kozak vs. Polonia*, *op. cit.*, párr. 92, entre otros.

⁴⁷ Por ejemplo, *idem*, caso *The Sunday Times vs. Reino Unido*, párr. 59, entre muchos otros.

⁴⁸ V., *idem*, casos *The National & Provincial Building Society, the Leeds Permanent Building Society y The Yorkshire Building Society vs. Reino Unido*”, párrs. 107 y 112; *Stran Greek Refineries y Stratis Andreadis vs. Grecia*, párr. 49, y *Aćimović vs. Croacia*, párr. 23.

en casos de discriminación⁴⁹ y de restricción de derechos,⁵⁰ imponiendo un escrutinio estricto y, por ende, exigiendo para la justificación de tales medidas *una fundamentación rigurosa y de mucho peso*.

Aplicando este esquema al caso de la regresividad: acreditada ésta por parte del actor, cabe al Estado la carga de demostrar la *estricta* necesidad de la medida.⁵¹ Esto supone la demostración por parte del Estado de: a) la existencia de un interés estatal calificado; b) el carácter imperioso de la medida y c) la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión.

En este cuadro, las posibilidades de argumentación del Estado son estrechas. Las Observaciones Generales Núms. 3, 13, 14, 15, 17 y 18 del Comité DESC fijan los términos del posible marco argumentativo del Estado. Por un lado, la medida regresiva sólo se justifica si el Estado demuestra que ha considerado cuidadosamente medidas alternativas y que existen razones de peso para preferir aquélla, “el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas”, Observación General Núm. 13, párr. 45; “corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles”, Observación General Núm. 14, párr. 32; “corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras un examen sumamente exhaustivo de todas las alternativas posibles”, Observación General Núm. 15, párr. 19; “el Estado parte tiene la carga de probar que fue implantada tras una cuidadosa consideración de todas las alternativas”, Observación General Núm. 17, párr. 27; “[l]os Estados parte tienen la carga de probar que han sido introducidas tras la consideración de todas las alternativas”, Observación General Núm. 18, párr. 21; “[S]i se adoptan medidas delibera-

⁴⁹ V., Corte IDH, casos *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *op. cit.*, párr. 124; caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *op. cit.*, párrs. 257, 260-274.

⁵⁰ *Idem*, OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas, arts. 13 y 29 de la Convención”, del 13 de noviembre de 1985, párr. 46; casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párrs. 121-122 y *Ricardo Canese vs. Paraguay*, párr. 96; caso *Kimel vs. Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008, párrs. 68-94.

⁵¹ *Cf.*, Comité de DESC, Observación General, Núm. 3: “Además, todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo [...] *requerirán la consideración más cuidadosa[...]*”, párr. 9. En el mismo sentido, Observación General, Núm. 13, párr. 45; Observación General, Núm. 14, párr. 32; Observación General, Núm. 15, párr. 19; Observación General, Núm. 17, párr. 27; Observación General, Núm. 18, párr. 21; Observación General, Núm. 19, párr. 42; Observación General, Núm. 21, párr. 46; Observación General, Núm. 22, párr. 38, y Observación General, Núm. 23, párr. 52.

damente regresivas, corresponde al Estado Parte probar que las han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y que están debidamente justificadas habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto, en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte”, Observación General Núm. 19, párr. 42; “si se tomase deliberadamente una medida de este tipo, el Estado parte tiene que probar que lo ha hecho tras un cuidadoso examen de todas las opciones y que la medida está justificada teniendo en cuenta la totalidad de los derechos reconocidos en el Pacto”, Observación General Núm. 21, párr. 46; “[c]uando un Estado parte trata de introducir medidas regresivas, por ejemplo en respuesta a una crisis económica, tiene que demostrar que esas medidas son temporales, necesarias, no discriminatorias y que respetan al menos sus obligaciones básicas”, Observación General Núm. 22, párr. 52; “[s]e deben evitar las medidas regresivas y, si se adoptan, el Estado parte tiene la carga de probar su necesidad”, Observación General Núm. 23, párr. 38; Observación General Núm. 23 —“El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”—, “[c]uando un Estado parte trata de introducir medidas regresivas, por ejemplo en respuesta a una crisis económica, tiene que demostrar que esas medidas son temporales, necesarias, no discriminatorias y que respetan al menos sus obligaciones básicas”, párr. 52.

Por otro lado, el Comité también establece las condiciones y contenido de la posible justificación: la medida “deberá ser justificada 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 se dispone*” —Observación General Núm. 3, párr. 9; Núm. 13, párr. 45; Núm. 14, párr. 32; Núm. 21, párr. 46—; el Estado deberá demostrar que las medidas regresivas “están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en el contexto de la plena utilización del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte” —Observación General Núm. 15, párr. 19; Núm. 18, párr. 21; Núm. 19, párr. 42—.

Esto significa que el Estado sólo puede justificar la regresividad de una medida demostrando a) 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 Pacto, y b) que ha empleado todos los recursos de que dispone, incluyendo los que provenga de la cooperación internacional, y que, aun así, necesita acudir a ella para proteger los demás derechos del Pacto. Estas limitaciones resultan sumamente importantes, ya que el Estado no puede utilizar argumentos generales de política pública, disciplina fiscal o referirse a otros logros financieros o económicos, sino que debe señalar concretamente qué otros derechos previstos en el Pacto —es decir, DESC, y no cualquier otro derecho— se vieron favorecidos por la medida.

En el mismo sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha articulado los siguientes criterios para evaluar la justificación de una medida regresiva por parte del Estado:

[las] acciones y omisiones que impliquen regresión en el alcance y tutela de un derecho humano sólo pueden justificarse si:

- a) Se acredita la falta de recursos;
- b) Se demuestra que se realizaron todos los esfuerzos necesarios para obtenerlos, sin éxito;
- c) Se demuestra que se aplicó el máximo de los recursos o que los recursos de que se disponía se aplicaron a tutelar otro derecho humano —y no cualquier objetivo social— y que la importancia relativa de satisfacerlo prioritariamente era mayor”.⁵²

En las Observaciones Generales Núms. 14, 15, 17, 19 y 23, el Comité establece otro límite a las posibilidades justificatorias del Estado, que —dada su vinculación con un elemento común a todos los derechos del Pacto, el contenido mínimo esencial u obligaciones básicas— también es generalizable a los demás derechos consagrados por el Pacto. En el párr. 43 de la Observación General Núm. 14, referida al derecho a la salud, el Comité recuerda que, en línea con lo dicho en la Observación General Núm. 3, que “los Estados Partes tienen la obligación funda-

⁵² SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión, *op. cit.*, párr. 128.

mental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto”. A continuación, en el par. 48, señala que “[l]a adopción de cualesquiera medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas en lo referente al derecho a la salud, a que se hace referencia en el párrafo 43 *supra*, constituye una violación del derecho a la salud”.⁵³ Esto significa que, de acuerdo a la interpretación del Comité, el PIDESC establece una prohibición absoluta de medidas regresivas que tengan como efecto el incumplimiento de la obligación de satisfacer niveles esenciales del derecho a la salud, y, por extensión del criterio, de cualquier otro derecho. Dicho en otros términos: la sanción de medidas normativas que empeoren la situación de goce de derechos del Pacto hasta el punto de excluir a personas del acceso al contenido mínimo esencial de esos derechos *siempre* constituye una violación del Pacto, sin que pueda ser justificada por el Estado.⁵⁴

La Observación General Núm. 19 sobre el derecho a la seguridad social ordena y agrega algunos criterios que el Comité tomará en consideración en caso de que el Estado alegue la necesidad de las medidas regresivas. Estos criterios reflejan el contenido de una carta enviada por el presidente del Comité a los Estados partes del PIDESC, referida a la compatibilidad de las medidas de austeridad adoptadas en el contexto de la crisis económica y financiera desatada en el año 2008.⁵⁵ De acuerdo con este documento, cuando el Estado pretenda defender medidas regresivas adoptadas, el Comité examinará detenidamente:

⁵³ En el mismo sentido, Comité de DESC, Observación General, Núm. 14, párr. 47: “Cabe señalar sin embargo que un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 *supra*, que son inderogables”. Si el Estado no puede justificar su incumplimiento del contenido mínimo esencial del derecho, *a fortiori*, tampoco puede justificar la adopción de medidas regresivas que signifiquen retroceder desde un estado de cumplimiento a un estado de incumplimiento de ese contenido mínimo esencial. En igual sentido, Observación General, Núm. 15, párr. 42, Observación General, Núm. 17, párr. 42; Observación General, Núm. 19, párr. 64, Observación General, Núm. 23, párrs. 53 y 78.

⁵⁴ El criterio es similar al propuesto por Fabre, *op. cit.*, pp. 53-55.

⁵⁵ V., Comité DESC, Carta de fecha 16 de mayo de 2012 dirigida a los Estados partes en el Pacto Internacional de DESC por el Presidente del Comité de DESC, Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fSUS%2f6395&Lang=en V., *idem*, Declaración “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un Protocolo Facultativo al Pacto”, párr. 9.

a) si hubo una justificación razonable de las medidas; b) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; c) si en el examen de las medidas y alternativas propuestas hubo una verdadera participación de los grupos afectados; d) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; e) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de seguridad social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; y f) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional.

A nivel nacional, la Corte Constitucional colombiana ofrece también una síntesis de su doctrina al respecto: La jurisprudencia constitucional ha consolidado una serie de criterios para determinar en qué casos se desconoce el principio de no regresividad —o prohibición de regresividad— de los derechos sociales y colectivos, expuestos y sintetizados en los siguientes términos:

[...] cuando una medida regresiva es sometida a juicio constitucional, corresponderá al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes, (1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparece” [...] En todo caso, la Corte ha considerado que el juicio debe ser particularmente estricto cuando la medida regresiva afecte los derechos sociales de personas o grupos de personas especialmente protegidos por su condición de marginalidad o vulnerabilidad.⁵⁶

De lo dicho se desprende que la prohibición de regresividad es una prohibición *prima facie*, que exige al Estado, en caso de pretender que se avale una medida regresiva, una carga particularmente gravosa de justificación. Ante la demostración de la adopción por el Estado de una medida de corte regresivo, se presume

⁵⁶ Cf., Corte Constitucional colombiana, sentencia C-298 de 2016.

su invalidez y la carga de la prueba de su permisibilidad se traslada al Estado. El estándar de juicio para considerar justificada y por ende permisible la medida regresiva es alto. Así, en principio, quedan excluidas de la posibilidad de ser justificadas las medidas regresivas que afecten niveles mínimos esenciales del derecho en juego. Con respecto a las demás medidas regresivas, las razones a las que puede acudir el Estado para justificar la medida regresiva son taxativas y limitadas. El Estado sólo puede justificar su adopción cuando se conjuguen estos tres factores: cuando haya efectuado una cuidadosa evaluación de las alternativas, incluyendo la evaluación independiente y la participación de los grupos afectados, cuando el objetivo perseguido por la medida sea el de proteger la totalidad de los derechos del Pacto —en especial, cuando la restricción del derecho de quienes pertenecen a grupos que se encuentran en mejor situación esté destinada a satisfacer las necesidades de quienes no logran cubrir por sí mismos el contenido mínimo esencial de los derechos en juego—, y cuando la adopción de la medida haya tenido en consideración el máximo de los recursos disponibles, aun los provenientes de la cooperación internacional.

Pueden observarse aquí algunas similitudes importantes con el juicio de razonabilidad: el Pacto fija al Estado una limitación absoluta —el cumplimiento del contenido mínimo esencial del derecho, similar a la prohibición de afectar la “naturaleza” o “sustancia” del derecho—, y le exige, para poder justificar la medida, la demostración de un fin legítimo —la mejora del estado de goce de la totalidad de los derechos establecidos por ese instrumento—, de razones estrictas para la justificación de la necesidad de la medida —la evaluación cuidadosa de alternativas, y la consideración del máximo de los recursos disponibles antes de adoptar la medida—. A ello puede agregarse, en línea con los requisitos generales de permisibilidad de la restricción de derechos humanos, el examen de la proporcionalidad de la medida adoptada. Para ello, resulta útil el empleo de un juicio de ponderación, tal como el propuesto por Robert Alexy,⁵⁷ a través del cual evaluar la proporcionalidad estricta del sacrificio del derecho restringido, en comparación

⁵⁷ V., Alexy, “Los derechos fundamentales, la ponderación y la racionalidad” y “Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”, ambos en *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, pp. 107-117 y 163-180, respectivamente; Prieto Sanchis, “El juicio de ponderación”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, pp. 175-216.

con la importancia del objetivo perseguido; que, como hemos dicho, sólo puede ser la mejora del estado del goce de la totalidad de los derechos del Pacto para quienes se encuentren en peor situación.

Dada la presunción de invalidez de las medidas regresivas, en caso de duda, habrá que estar en contra de la validez de la norma, ya que la demostración concreta de retroceso en el goce de un derecho hecha por el demandante no habrá sido conmovida por el intento del Estado de probar que la medida ha mejorado el goce de otros derechos previstos en el Pacto o en la Constitución.

V. Algunas aplicaciones jurisprudenciales

Presentados ya los criterios de interpretación, los ilustraré con algunos ejemplos concretos de aplicación jurisprudencial de la prohibición de regresividad, consignados en forma sucinta y sin pretensión de exhaustividad.

A nivel internacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ofrece un ejemplo interesante y a la vez pionero en la aplicación explícita de la prohibición de retroceso. En su Informe de fondo del caso “*Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social*”, la Comisión analizó una alegada violación al artículo 26 referida al derecho a la seguridad social. Los peticionantes alegaban que una reforma constitucional que tuvo lugar en el Perú había convalidado reducciones en los niveles de pensiones ya otorgados a ciertos pensionados, y por ende era violatoria de la prohibición de regresividad contenida en el artículo 26 de la Convención. La Comisión consideró, entre otras cuestiones, que las razones esgrimidas por el Estado —la necesidad de asegurar la viabilidad del sistema pensionario a futuro y eliminar inequidades, promoviendo el acceso y la mejora de las prestaciones de los pensionistas no beneficiados por el régimen de nivelación derogado— eran justificadas, y decidió que la reforma no implicó una regresión incompatible con el artículo 26 de la Convención Americana.⁵⁸

⁵⁸ Comisión IDH, Informe N°38/09, Admisibilidad y Fondo, Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, 27 de marzo de 2009, párrs. 141-146.

Aunque no menciona explícitamente la prohibición de regresividad, el Comité para la Eliminación de la Discriminación para la Mujer, decidió, en una comunicación tramitada bajo el Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que la derogación de un régimen público de prestaciones de maternidad para trabajadoras autónomas —que dejó a esas trabajadoras sin cobertura— constituyó una violación a la obligación estatal de implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales, contenida en el art. 11.2 b) de la Convención.⁵⁹

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya ha empleado la prohibición de regresividad como criterio para decidir casos sometidos a su competencia. Por ejemplo, en el caso *Universidad Michoacana San Nicolás de Hidalgo*,⁶⁰ la Corte consideró que, una vez establecida la gratuidad del nivel de enseñanza universitario, el restablecimiento de una matrícula paga constituye una medida regresiva injustificada y por ende viola el derecho a la educación. La Suprema Corte emplea, como parámetro para evaluar la justificación del Estado, criterios inspirados en la doctrina del Comité DESC.⁶¹ En el caso *Parque Temático Ecológico Laguna del Carpintero*, la Suprema Corte aplicó la prohibición de regresividad a un caso de temática ambiental.⁶² En esa causa, el tribunal examinó la compatibilidad constitucional de un proyecto por el cual se creaba un parque temático en una zona de humedales y manglares. En su análisis, la Corte articula los principios de precaución y de no regresión en materia ambiental,⁶³ concluyendo que el proyecto mencionado

⁵⁹ V., Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, caso *Elisabeth de Blok y otras. vs. Países Bajos*, consids. 8.7-8.9.

⁶⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión, *op. cit.*

⁶¹ *Idem*, párrs. 110-133, en particular párrs. 120-121 y 126.

⁶² *Idem*, pp. 20-22. Sobre la aplicación de la prohibición de regresividad en materia ambiental, *Cf.*, Amaya Arias, *El principio de no regresión en el derecho ambiental*.

⁶³ La Corte afirma que “[...] de conformidad con el principio de no regresión, en relación con los humedales, el Estado mexicano, en términos de la normativa nacional e internacional, ha trazado ya una línea de protección tendente a conservar este ecosistema, de manera que cualquier decisión que implique disminuir este nivel de protección ya alcanzado debe estar debidamente justificada”, Amparo en Revisión 307/2016, *cit.* pp. 70-71.

puso en riesgo el ecosistema y ordenando a la autoridad responsable, por ende, que se abstuviera de llevarlo a cabo.

La Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una amplia jurisprudencia en materia de prohibición de regresividad desde el año 2000, cuando reconoció la jerarquía constitucional de esa prohibición en materia de DESC.⁶⁴ Así, por ejemplo, entre muchas otras decisiones, la Corte Constitucional decidió que la disposición que ordenaba la cofinanciación del pasivo pensional de las universidades públicas entre las universidades y el Gobierno Nacional era regresiva e injustificada;⁶⁵ estimó no regresiva la modificación del requisito para acceder a la pensión de invalidez consistente en haber cotizado 25 semanas en los últimos 3 años, una vez cotizado el 75% de las semanas requeridas;⁶⁶ consideró regresivas pero justificadas, las disposiciones que reformaron el Código Sustantivo del Trabajo sobre disminución del costo de los despidos injustificados, la extensión de la jornada diurna hasta las 10 de la noche y la disminución de la remuneración por trabajo en días festivos;⁶⁷ declaró regresiva e injustificada, y por tanto inconstitucional, la disposición que aumentaba la cuantía para recurrir en casación en materia laboral;⁶⁸ resolvió que la modificación a los términos para gozar del subsidio familiar, en el caso de empleados de pequeñas empresas, a pesar de ser regresivo estaba justificado;⁶⁹ juzgó no regresivas una serie de modificaciones a una ley que destinaba recursos para la vivienda de interés social;⁷⁰ empleó la prohibición de regresividad como guía para la interpretación de una disposición sobre el financiamiento del sistema de salud, declarándola constitucional siempre que se la interprete de acuerdo con el criterio expresado por el tribunal, es decir,

⁶⁴ V., Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-1165 de 2000, en la que consideró regresiva e inconstitucional la disminución del porcentaje de los aportes al sistema subsidiado de seguridad social en salud.

⁶⁵ *Idem*, Sentencia C-507 de 2008.

⁶⁶ *Idem*, Sentencia C-727 de 2009.

⁶⁷ *Idem*, Sentencia C-038 de 2004.

⁶⁸ *Idem*, Sentencia C-372 de 2011.

⁶⁹ *Idem*, Sentencia C-629 de 2011.

⁷⁰ *Idem*, Sentencia C-536 de 2012.

vedando la disminución de recursos del sistema:⁷¹ y consideró que la reducción de los tiempos para adoptar la decisión de conceder o rechazar licencias ambientales no era regresiva y estaba justificada.⁷²

La Corte Suprema argentina ha hecho mención explícita la prohibición de regresividad en varias sentencias. Así, en el caso *Aquino*, consideró regresiva y por ende inconstitucional la derogación por parte del Congreso argentino de la opción por la indemnización civil plena en casos de accidentes de trabajo, en el marco de una ley que reemplazaba el sistema anterior de acciones civiles por un sistema de seguro obligatorio.⁷³ En el caso *ATE*, el tribunal consideró regresiva e injustificada, y por ende inconstitucional, una rebaja salarial de alrededor del 20% para trabajadores municipales dispuesta por el gobierno local bajo argumentos de emergencia económica.⁷⁴ La Corte también consideró regresiva la derogación de la participación de los representantes de los trabajadores y de los empleadores en la entidad de gestión del seguro social obligatorio para trabajadores rurales.⁷⁵ En sentido similar, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires declaró regresiva y por ende inconstitucional una norma que agravaba las condiciones de acceso y de cobertura de un programa de atención para familias en situación de calle.⁷⁶

Diversos tribunales constitucionales europeos han empleado también la prohibición de regresividad para determinar la constitucionalidad de medidas de recorte de derechos. El Tribunal Constitucional portugués cuenta con varios precedentes al respecto: declaró inconstitucionales la derogación de la legislación que instituyó el sistema nacional de salud,⁷⁷ la suspensión del pago de beneficios sociales a

⁷¹ *Idem*, Sentencia C-313 de 2014.

⁷² *Idem*, Sentencia C-298 de 2016.

⁷³ V., Corte Suprema argentina, caso *Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688*, consid. 10

⁷⁴ *Idem*, caso *Asociación de Trabajadores del Estado s/acción de inconstitucionalidad*, del 18/06/2013, consid. 9.

⁷⁵ *Idem*, caso *Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción de amparo*, consid. 6.

⁷⁶ V., Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, caso *Ministerio Público — Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad*, del 12 de junio de 2010.

⁷⁷ V., Tribunal Constitucional de Portugal, sentencia Núm. 39/84 del 11/04/1984.

empleados públicos y pensionados,⁷⁸ y una serie de propuestas de medidas de austeridad que incluían recortes a los salarios del sector público y la imposición de un impuesto “solidario” de tasa fija.⁷⁹ El Tribunal Constitucional húngaro consideró inconstitucionales los recortes a prestaciones sociales implementadas de conformidad con las restricciones del FMI.⁸⁰ El Tribunal Constitucional de Letonia se declaró la inconstitucionalidad de una ley aprobada en un esfuerzo por reducir el déficit presupuestario del Estado mediante el recorte de pensiones, por estimar que era violatoria del derecho a una pensión porque el Estado había omitido considerar otras alternativas menos restrictivas.⁸¹ El Tribunal Constitucional Alemán ha sostenido que las modificaciones regresivas a los sistemas de protección social deben ser compatibles con el derecho fundamental a la garantía de un mínimo vital que sea consistente con la dignidad humana, determinando en el caso que los beneficios resultantes de los recortes eran evidentemente insuficientes.⁸²

Bibliografía

Libros

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

Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales, la ponderación y la racionalidad”, en *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Palestra, Lima, 2019.

Alexy, Robert, “Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”, en *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Palestra, Lima 2019.

⁷⁸ *Idem*, sentencia Núm. 353/2012, del 5/07/2012.

⁷⁹ *Idem*, sentencia Núm. 187/2013, del 5/04/2013.

⁸⁰ V., Tribunal Constitucional de Hungría, decisión 43/1995, de 30/06/1995.

⁸¹ V., Tribunal Constitucional de Letonia, decisión en el caso Núm. 2009-43-01, de 21/12/2009.

⁸² V., Tribunal Constitucional alemán, caso *Hartz IV*, BVerfG, 1 BvL 1/09 (9/02/2010), 1BvL 3/09, 1BvL 4/09 (9/02/ 2010).

Amaya Arias, Ángela María, *El principio de no regresión en el derecho ambiental*, Iustel, Madrid, 2016.

Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, del Puerto/CEDAL/CELS, Buenos Aire, 2006.

Fabre, Cécile, *Social Rights under the Constitution. Government and Decent Life*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

Gavara de Cara, Juan Carlos *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

Goldín, Adrián O., “Concurrencia, articulación y sucesión de normas en el derecho del trabajo”, en *Derecho del Trabajo XLVI-B*, Buenos Aires, 1986.

Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2003.

Hesse, Konrad, *Grnzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, CF Müller, Heidelberg-Karlsruhe, 1978.

Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid 1999.

Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989.

López, Justo, Centeno, Norberto y Fernández Madrid, Juan Carlos, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, Errepar, Buenos Aires, 1987.

López Guerra, Luis “Un Estado social”, en de Esteban, Jorge y López Guerra, Luis, *El régimen constitucional español*, Labor, Barcelona, 1980.

- Moncayo, Guillermo, “Suspensión y restricción de derechos y garantías constitucionales. El aporte de las convenciones internacionales al Derecho Público argentino”, en Abramovich, Víctor, Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*, del Puerto/CELS, Buenos Aires 2007.
- Nolan, Aoife, Lusiani, Nicholas y Courtis, Christian, “Two steps forward, no steps back? Evolving criteria on the prohibition of retrogression in economic and social rights”, en Nolan, Aoife (ed.), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- OACNUDH, Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación, Naciones Unidas, Ginebra, 2012.
- Prieto Sanchís, Luis “El juicio de ponderación”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.
- Prieto Sanchís, Luis, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.
- Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México: FLACSO-México, 2013.
- Stone, Geoffrey, Seidman, Louis M., Sunstein, Cass R. y Tushnet, Mark, *Constitutional Law*, Little, Brown & Co., Boston-Toronto, 1986.
- Tribe, Laurence, *American Constitutional Law*, Foundation Press, 2da. ed., Nueva York, 1988.
- Uprimny, Rodrigo y Guarnizo, Diana, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, Documento de trabajo, Dejusticia, Bogotá, 2006.

Jurisprudencia y normas

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, Morón, Jorge Luis c/GIBA s/amparo (art. 14 CCBA), 08/10/2003.

Comisión IDH, Informe Núm. 38/09, Admisibilidad y Fondo, Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, 27 de marzo de 2009

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, caso *Elisabeth de Blok y otras v. Países Bajos*, dictamen de 17 de febrero de 2014.

_____, Declaración “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un Protocolo Facultativo al Pacto”, 21 de septiembre de 2007.

_____, Carta de fecha 16 de mayo de 2012 dirigida a los Estados partes en el Pacto Internacional de DESC por el Presidente del Comité de DESC, Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fSUS%2f6395&Lang=en

Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-507 de 2008.

_____, Sentencia C-727 de 2009.

_____, Sentencia C-038 de 2004.

_____, Sentencia C-372 de 2011.

_____, Sentencia C-629 de 2011.

_____, Sentencia C-536 de 2012.

_____, Sentencia C-313 de 2014.

_____, Sentencia C-298 de 2016.

_____, Sentencia C-1165 de 2000

Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. Reino Unido*”,

_____, caso *Gaygusuz v. Austria*, sentencia de 16 de septiembre de 1996.

_____, caso *Koua Poirrez v. Francia*, sentencia de 30 de septiembre de 2003.

_____, caso *Burghartz vs. Suiza*, sentencia de 22 de febrero de 1994.

_____, caso *Karlheinz Schmidt v. Alemania*, sentencia de 18 de julio de 1994.

_____, caso *Smith y Grady vs. Reino Unido*, sentencia de 27 de septiembre de 1999.

_____, caso *Fretté vs. Francia*, sentencia de 26 de febrero de 2002.

_____, caso *S.L. vs. Austria*, sentencia de 9 de abril de 2003.

_____, caso *Karner vs. Austria*, sentencia de 24 de julio de 2003.

_____, caso *Kozak vs. Polonia*.

_____, caso *The Sunday Times vs. Reino Unido*, sentencia de 26 de abril de 1978.

_____, caso *The National & Provincial Building Society, the Leeds Permanent Building Society y The Yorkshire Building Society vs. Reino Unido*”, sentencia de 23 de octubre de 1998.

_____, caso *Stran Greek Refineries y Stratis Andreadis vs. Grecia*, sentencia de 9 de diciembre de 1994.

_____, caso *Áćimović vs. Croacia*, sentencia de 9 de octubre de 2003.

Corte IDH, caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, sentencia de 1 de julio de 2009.

_____, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*,

_____, caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004,

_____, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004.

_____, caso *Kimel vs. Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008.

_____, caso *Castañeda Gutman vs. México*, sentencia de 6 de agosto de 2008.

_____, caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, sentencia de 1 de septiembre de 2015.

_____, Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 28 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”

Corte Suprema argentina, caso *Soengas, Héctor R. y otros c. Ferrocarriles Argentinos*, del 7/8/1990.

_____, caso *Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688*, del 21/09/2004.

_____, caso *Asociación de Trabajadores del Estado s/acción de inconstitucionalidad*, del 18/06/2013.

_____, caso *Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción de amparo*, del 24/11/2015.

Corte Suprema estadounidense, caso *Sosna v. Iowa*, 419 U.S. 393, 1975.

_____, *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618, 1969.

_____, *Harper v. Virginia State Board of Elections*, 383 U.S. 663, 1966.

_____, *Kramer v. Union Free School District No. 15*, 395 U.S. 621, 1969.

_____, *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, 1964.

_____, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 1967.

SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 306/2016, resuelto el 8 de marzo de 2017.

_____, Amparo en Revisión 307/2016, resuelto el 14 de noviembre de 2018.

Tribunal Constitucional alemán, caso *Hartz IV*, BVerfG, 1 BvL 1/09 (9/02/2010), 1BvL 3/09, 1BvL 4/09, 9/02/ 2010 .

Tribunal Constitucional de Hungría, decisión 43/1995, de 30/06/1995.

Tribunal Constitucional de Letonia, decisión en el caso Núm. 2009-43-01, de 21/12/2009.

Tribunal Constitucional de Portugal, sentencia Núm. 39/84 del 11/04/1984.

_____, sentencia Núm. 353/2012, del 5/07/2012.

_____, sentencia Núm. 187/2013, del 5/04/2013.

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, caso *Ministerio Público — Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad*, del 12 de junio de 2010.

Otros

Comisión IDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador, OEA/Ser. L/V/II.96, Doc 10 rev. 1, 24 de abril de 1997.

Comité DESC, Observación General Núm. 3, La índole de las obligaciones de los Estados partes, 1990.

_____, Observación General Núm. 4, El derecho a una vivienda adecuada, 1991.

_____, Observación General Núm. 13, El derecho a la educación.

_____, Observación General Núm. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, 2000.

_____, Observación General Núm. 15, El derecho al agua, 2002.

_____, Observación General Núm. 17, El derecho de toda persona de 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.

_____, Observación General Núm. 18, *El derecho a trabajar*.

_____, Observación General, Núm. 19, *El derecho a la seguridad social*.

_____, Observación General Núm. 21, El derecho de toda persona a participar de la vida cultural.

_____, Observación General Núm. 22, El derecho a la salud sexual y reproductiva.

_____, Observación General Núm. 23, El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.

**El valor de la metodología:
claroscuros en la jurisprudencia
mexicana en materia de
derechos sociales**

Roberto Lara Chagoyán*

* Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante. Director Nacional del Programa de Derecho del Tecnológico de Monterrey.

El valor de la metodología: claroscuros en la jurisprudencia mexicana en materia de derechos sociales. I. Introducción; II. Principio de delimitación: ¿Realmente se trata de un tema de derechos sociales?; III. Las particularidades de la interpretación de normas de derechos sociales; IV. A manera de conclusión.

I. Introducción

En nuestra región como en el mundo, el Estado Constitucional se desarrolla bajo la amenaza de cuatro males reales o potenciales: la arbitrariedad, el autoritarismo, el despotismo y la exclusión social. La arbitrariedad y el despotismo atentan directamente en contra del debido proceso y de los derechos democráticos, mientras que el autoritarismo y la exclusión social lo hacen con respecto a los derechos de libertad y los *derechos sociales*. Para hacer frente a estas amenazas —escribe Josep Aguiló— es necesario que se cumplan dos condiciones: i) que se atribuya a los derechos un papel de fundamentación; y ii) que se atribuya a la práctica constitucional un rol esencialmente interpretativo de dichos derechos.¹ En México se ha avanzado, aunque de forma vacilante, en estas dos empresas. Los avances han impactado de forma desigual en los diferentes tipos de derechos: en los derechos democráticos y de libertad, el avance ha sido más notorio que en el debido proceso, y más aún con relación a los derechos sociales que son, sin duda, los más rezagados.

En efecto, mal que bien, los derechos democráticos, de libertad y debido proceso han sido desarrollados ampliamente por la jurisprudencia constitucional durante

¹ Aguiló, *En defensa del Estado Constitucional de Derecho*, pp. 18-20.

las últimas tres décadas, especialmente a partir de las reformas constitucionales de 1994, 2011 y 2013, mediante las cuales, respectivamente, se dio a la Suprema Corte de Justicia de la Nación —SCJN— el carácter de auténtico tribunal constitucional, se colocaron en primer plano los derechos humanos y se intentó —aunque sin mucho éxito— modernizar el juicio de amparo. Sin embargo, la evolución no ha sido la misma en materia de derechos sociales.

No es difícil entender esta discrepancia, ya que definitivamente es más fácil para los jueces operar con derechos civiles y políticos que con los derechos sociales, porque, para empezar, el juicio de amparo fue pensado —y sigue estando perfilado— para los primeros y no para los segundos. Por su parte las obligaciones correlativas son, asimismo, de más difícil cumplimiento;² y finalmente, la aplicación de los derechos sociales exige mayores esfuerzos argumentativos e interpretativos, por la naturaleza de los enunciados jurídicos que los contienen.

De este modo, nuestra jurisprudencia ofrece un panorama de claroscuros, ya que es posible encontrar buenas y no tan buenas sentencias en materia de derechos sociales.³ Para escribir este trabajo elegí dos casos: uno afortunado y otro desafortunado. La elección no fue arbitraria. Busco, por un lado, dar alguna orientación de cómo *no* se debe argumentar en materia de derechos sociales, y por otro, señalar a los operadores jurídicos *cómo sí debe hacerse*. Los dos casos me permitirán exponer, con la mayor claridad de la que soy capaz, algunas pautas metodológicas al servicio de los operadores jurídicos, intentando sobre todo aterrizar en la práctica algunos aspectos de la teoría. Aclaro que los nombres de las personas

² No pasa inadvertido, como bien lo sostienen Curtis y Abramovich, que tanto los derechos sociales como los civiles generan obligaciones positivas y negativas para el Estado, ya que ambos implican costos. Sin embargo, es evidente que los derechos sociales pueden resultar más caros que los civiles y políticos, por lo que el cumplimiento de las sentencias y la reparación correspondiente se hace también, más difícil. Tal situación, aunada a la facilidad de sobreseimiento propia del juicio de amparo, resulta tentadora para ciertos operadores jurídicos, especialmente aquellos que no asumen el papel civilizatorio del Estado de Derecho. Cf., Abramovich y Curtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*.

³ Entre las buenas, véase: el AR 315/2010: *interés legítimo para los no fumadores*; el AR 323/2014: derecho a la educación; el AR 378/2014: derecho a la salud de enfermos de VIH/SIDA; el AR 251/2016: suministro de medicamentos a cargo del Estado; el AR 307/2016: derecho al medio ambiente; o el AR 566/2015: derecho a la cultura. Ejemplos de decisiones no tan buenas son: el AR 241/2015: derecho a la consulta de los pueblos indígenas; y el AR 1242/2015: acceso a los servicios de internet de banda ancha de una comunidad indígena, entre muchos otros.

protagonistas de los casos han sido cambiados, por cuestiones de confidencialidad. Sin embargo, los hechos y los argumentos son absolutamente fidedignos.

El plan de trabajo es el siguiente. En un primer apartado, de la mano del caso *Bahía de Banderas* ADR 3516/2013,⁴ expondré lo que en otros trabajos he llamado *principio de delimitación de las sentencias*,⁵ mediante el que se establece cómo debe plantearse un problema en una sentencia. Asimismo, presentaré un estándar orientado a identificar problemas sobre derechos sociales. A lo largo del apartado, expondré varias críticas a la sentencia mencionada.

En un segundo apartado, mediante el análisis del caso de la *Universidad de San Nicolás de Hidalgo* AR 750/2015,⁶ me referiré a varias pautas metodológicas necesarias, a mi juicio, para asegurar un correcto abordaje de un caso sobre derechos sociales, a saber: los rasgos de la interpretación constitucional; cómo deben adjudicarse los derechos sociales; la distinción entre reglas, principios en sentido estricto y directrices; y la ponderación de ambos. Dado que los derechos sociales suelen expresarse mediante normas jurídicas en modo de directrices, expondré la estructura del argumento llevado a cabo por la Primera Sala de la SCJN. Finalmente, presentaré algunas conclusiones.

II. Principio de delimitación: ¿Realmente se trata de un tema de derechos sociales?

1. Bahía de Banderas

El 30 de junio de 2006, Guillermo Portales celebró un contrato de promesa de compraventa respecto de un departamento en la —para entonces— futura Torre Cobalto, en el Municipio de Bahía de Banderas, en lo que se conoce turísticamente como “Nuevo Vallarta”. La torre está en la primera línea de mar, en una exclusiva y lujosa zona de playa. El departamento no había sido construido aún en el

⁴ Cf., SCJN, ADR 3516/2013.

⁵ Lara, *Manual Mínimo de Argumentación Jurídica. La razón en la práctica*, p. 128.

⁶ Cf., SCJN, AR 750/2015.

momento de la firma, pero en el contrato se especificó que constaría de cocina, comedor, estancia, terraza y dos habitaciones, sobre una superficie de 129.46 metros cuadrados, por un precio de un poco más de 420,000.00 dólares americanos —un poco más de \$ 8,300,000.00 pesos mexicanos de la actualidad—.

Una vez construido el departamento, resultó que una de las habitaciones no tenía ventanas y daba al pasillo del elevador, mientras que la otra tenía vista al mar. El comprador se inconformó, porque —dijo— no fue lo que él acordó que compraría. La empresa afirmó que el departamento corresponde estrictamente con lo pactado y documentado. El desacuerdo no se hizo esperar. Guillermo acudió a los tribunales a demandar la nulidad absoluta del contrato, porque a su juicio había existido un error en el objeto y además el departamento se había edificado en contra de las disposiciones de orden público, lo cual lo hacía ilícito. El juez de primera instancia declaró la improcedencia de la acción ejercitada, porque determinó que no existió ningún vicio de la voluntad, ni ilicitud en el objeto. La Sala de Apelación confirmó esa decisión. Guillermo promovió un amparo directo en contra de dicha resolución, en el que argumentó, entre otras cosas, que la autoridad responsable violó el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece el *derecho a una vivienda digna*, entendido como una casa habitación que reúna las instalaciones eléctricas, drenaje, luz natural y ventilación. Este artículo —agregó— debió ser interpretado a la luz de los artículos 4º Constitucional, así como los artículos 84, 85 y 86 del Reglamento del Desarrollo Urbano y Construcción para el Municipio de Bahía de Banderas en el Estado de Nayarit.⁷

El Tribunal Colegiado concedió el amparo al señor Portales para el efecto de que la Sala responsable fundara y motivara su decisión con respecto a los argumentos

⁷ El artículo 84 se refiere a la iluminación de las construcciones. Tiene nueve fracciones. Solo la primera de ellas resulta aplicable al caso: “Artículo 84. La iluminación y ventilación de los edificios se regirá por lo siguiente: I. En edificios para vivienda u oficinas, todas las piezas habitables deberán tener ventilación e iluminación por medio de vanos que darán directamente a patios o a la vía pública. La superficie total de las ventanas libres de toda construcción será por lo menos de un quinto de la superficie del piso de cada pieza y la superficie libre para ventilación deberá ser cuando menos de dos tercios de la superficie de la ventana”. Por su parte, los artículos 85 y 86 se refieren, respectivamente, a la iluminación de las cocinas y baños, y a la iluminación artificial”.

del quejoso con relación a los derechos sociales. Al cumplir con lo ordenado, en una nueva resolución, la sala responsable volvió a confirmar la sentencia de primera instancia, básicamente por considerar que, al tratarse de una vivienda de lujo, y no de interés social, no resultaban aplicables las normas que reconocen el derecho social a una vivienda digna.

En un segundo amparo, Guillermo argumentó que la autoridad responsable emitió un razonamiento “racista y discriminatorio” contrario a lo establecido en el artículo 1º Constitucional, que prohíbe de manera determinante la discriminación basada en la condición social, económica, cultural, religiosa, sexual, étnica etcétera. Para él, el hecho de que se trate de un departamento de lujo con un valor tasado en dólares americanos y no una casa de interés social, no justifica que se excluya de la protección constitucional e internacional. Para el quejoso, si las habitaciones no cuentan con iluminación ni con ventilación natural, “no pueden ser consideradas dignas ni decorosas”, de conformidad con el artículo 4º Constitucional.

Esta vez el Tribunal Colegiado negó el amparo. El artículo 4º constitucional —sostuvo— se refiere al derecho a contar con una vivienda con los requisitos mínimos de habitabilidad y accesibilidad. Agregó que, de acuerdo con el folleto informativo número 21 de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos que invocó el propio quejoso, la “asequibilidad” se refiere a que la vivienda no es adecuada si su costo pone en peligro o dificulta el disfrute de otros derechos humanos por sus ocupantes; mientras que la “accesibilidad” se refiere a que la vivienda no es adecuada si no se toman en consideración las necesidades específicas *de los grupos desfavorecidos y marginados*.

Inconforme, el señor Portales interpuso un recurso de revisión. En él, reiteró sus anteriores argumentos sobre discriminación y racismo, y agregó que la Constitución establece el derecho humano a una vivienda decorosa y adecuada sin ninguna restricción cualitativa ni cuantitativa, por lo que el derecho no debe restringirse ni asociarse solamente a un determinado sector de la población. Para él, el hecho de que se trate de una vivienda de lujo no implica que deba quedarse fuera de la protección de los derechos sociales.

La Primera Sala de la SCJN, al resolver el recurso, consideró que Guillermo Portales tenía la razón. Los principales argumentos de la sentencia son los siguientes:

El derecho a una vivienda digna no se limita a la vivienda popular. Para la Primera Sala, el hecho de que el derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa haya tenido como origen el deseo de satisfacer una necesidad colectiva, no debe traducirse en que es un derecho limitado a la vivienda popular. Lo anterior, porque el derecho no debe ser excluyente, ya que corresponde, en principio, a todo ser humano en lo individual, por ser una condición inherente a su dignidad.

El contenido del derecho: el estándar mínimo. Para la Primera Sala, el contenido del derecho a una vivienda digna y decorosa no se satisface con el mero hecho de que las personas tengan un lugar para habitar, sino que es necesario que cumpla con los requisitos mínimos indispensables para ser considerado como tal, ya que en caso contrario no se daría efectividad al objetivo perseguido por el constituyente permanente.

Excepciones a la normatividad aplicable. Para la Corte, cualquier excepción al cumplimiento de la normatividad aplicable en materia de vivienda digna, tiene que estar plenamente justificada, y en su caso, autorizada; además, debe hacerse del conocimiento del comprador de la vivienda antes de su adquisición. En este sentido, todo desarrollador inmobiliario debe acreditar que cuenta con la autorización para exceptuar el cumplimiento de algún requisito impuesto por la normatividad aplicable, o justificar plenamente las razones por las cuales decidió no incorporar dicho requisito a la vivienda. Por lo demás, la Sala sostiene que los compradores tienen expedito su derecho para demandar el cumplimiento de la normatividad o la rescisión o nulidad del contrato con la indemnización correspondiente.

Violación del derecho a una vivienda digna entre particulares. A juicio de la Primera Sala, y derivado de varios precedentes, los particulares desarrolladores de vivienda tienen la obligación de cumplir con las normas de derechos humanos, en particular, con aquellas vinculadas con el derecho fundamental a la vivienda adecuada, ya que es una expectativa básica de la sociedad que estas personas cumplirán con la normativa aplicable. En consecuencia, dado que en el caso concreto la inmo-

biliaria condicionó el cumplimiento del estándar mínimo de acceso a la vivienda digna al hecho de que no fue pactado en el contrato, la Sala concluyó que ese derecho fundamental fue violado en perjuicio del quejoso, por lo que determinó conceder el amparo.

La SCJN determinó conceder el amparo para que la responsable emitiera otra resolución en la que determinase dos cosas: i) si el departamento cumple en forma estricta con la normatividad aplicable; y ii) si existe prueba fehaciente de que el vendedor comunicó al comprador en forma expresa y clara —sin necesidad de contar con especialistas en ingeniería o arquitectura— que la recámara número 2 no tendría ventanas con vista al mar. Solo en caso de que ambas cuestiones resultaran positivas, la responsable debía determinar si la acción era o no improcedente.

2. El problema de no saber plantear un problema

Una de las cuestiones más elementales de un proceso de argumentación judicial consiste en saber entender cuál es el problema que va a resolverse para, después, plantearlo adecuadamente. Para ello, es importante, en primer lugar, determinar cuáles son los extremos del conflicto, es decir, cuáles son las pretensiones de cada una de las partes involucradas con la mayor objetividad posible, y cumpliendo con el deber de imparcialidad —esto es, con el deber de independencia judicial en el proceso.⁸

No debe pasar inadvertido que en un proceso judicial las partes exponen su propia versión del problema. Por ello, aunque parezca obvio, el autor de la sentencia debe analizar esas argumentaciones con la mayor objetividad posible, y solo hasta que ha identificado cabalmente cuáles son “todas” las tesis defendidas, con sus respectivas premisas y posibles consecuencias, deberá fijar el punto controvertido. No resulta extraño que algún argumento de las partes logre persuadir, de entrada, al proyectista, ya que ese es el propósito de cualquier argumento. Sin embargo,

⁸ Aguiló, *op. cit.*, pp. 75-77.

este debe recordar que, antes de tomar partido, está obligado a leer y entender todas las razones. Algo parecido a lo que aconseja el famoso detective Sherlock Holmes: “Es un craso error teorizar antes de tener datos. Sin darse cuenta, uno empieza a deformar los hechos para que se ajusten a las teorías, en lugar de ajustar las teorías a los hechos”.⁹

En nuestro caso fue claro que la Primera Sala no cumplió con ese “deber metodológico” de entender y plantear adecuadamente el problema, porque no se detuvo a analizar si realmente se trataba de un caso sobre derechos sociales.

El primer y principal error de la Primera Sala, al plantear el problema, fue no haber advertido ni resuelto una *cuestión de calificación*, en la terminología de MacCormick. Estas tienen lugar, de acuerdo con García Godínez, “[...] cuando lo que se trata de probar no es la verdad o falsedad de ciertos hechos (o declaraciones de hechos), sino que esos hechos son instancias (particulares) de los términos (universales) que aparecen en el enunciado normativo”.¹⁰ El legislador distingue entre dolo y culpa, entre robo calificado y robo simple, entre homicidio y feminicidio, etc. Un problema de calificación se presenta, pues, cuando el operador jurídico parte de una determinada definición —como premisa mayor— para argumentar si el hecho probado —premis menor— encuadra o no en ella. La conclusión es el resultado de dicho razonamiento.

En nuestro caso, era necesario contrastar los hechos probados en el juicio para determinar si *calificaban* o no como un caso de *violación de derechos sociales*. Para ello, habría sido necesario partir de una definición, es decir, de una *premis mayor*. Hagamos el ejercicio.

Los derechos sociales tienen las siguientes características, a decir de Prieto Sanchís: a) no pueden ser pensados sin una intervención relevante del Estado — o, al menos, más relevante que en los derechos civiles y políticos—; b) tienen un carácter eminentemente prestacional; c) los titulares son sujetos que precisan cierta

⁹ Conan Doyle, “Escándalo en Bohemia”, en *Las aventuras de Sherlock Holmes*, pp. 12-13.

¹⁰ García, *Los criterios de corrección en la teoría del razonamiento jurídico de Neil MacCormick*, p. 82.

asistencia debido a sus carencias de carácter estructural; d) son derechos de igualdad material o sustantiva, —igualdad en la ley— y no meramente formal —igualdad ante la ley—; e) tras los derechos sociales existen normas de organización —secundarias— que se interponen entre el derecho y la obligación; y f) surgen como despliegues o exigencias objetivas de la idea del Estado social que mucho más tarde podrán articularse en forma de derechos subjetivos —con los derechos civiles y políticos sucede lo contrario: empiezan siendo subjetivos y pasa mucho tiempo para lograr objetivarse—. ¹¹

Los hechos probados, *la premisa menor*, fueron los siguientes: a) se celebró un acuerdo de voluntades entre un comprador y un vendedor a propósito de un bien inmueble de lujo; b) las características del bien quedaron estipuladas en el contrato e, incluso, se acompañó de un croquis; c) la relación jurídica era de tipo horizontal, y no de supra-subordinación, porque deriva de una relación contractual convencional en la que surgen una serie de derechos y obligaciones por ambas partes, con las consecuencias jurídicas respectivas en caso de incumplimiento; y d) existió una discrepancia —típica del Derecho de las obligaciones— sobre el objeto del contrato y el acuerdo de voluntades.

Si sometemos estos hechos al estándar de Prieto Sanchís, podemos concluir que en esa relación jurídica no estaba involucrado *ningún tipo de derecho social*: 1) un contrato de compraventa privada *no requiere una intervención relevante del Estado*, —como la mediación o la facilitación— puesto que las partes actúan de manera libre, y solo precisan del registro público de la propiedad, y de otros servicios administrativos adyacentes al negocio jurídico; 2) la compraventa de un departamento de lujo en un club náutico en una zona exclusiva de Nuevo Vallarta no puede reputarse como *prestacional* desde ningún punto de vista; 3) el comprador en el caso concreto *no precisa la asistencia del Estado* porque no se conoce que pertenezca a un sector desaventajado de la sociedad o que padezca desigualdad estructural; 4) la relación comercial no se planteó en ningún momento para paliar una situación de *desigualdad material o sustantiva*; 5) para resolver el conflicto

¹¹ Prieto, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Derechos sociales y derechos de las minorías*, pp. 19-26.

generado fue necesario aplicar normas primarias —que reconocen derechos e imponen obligaciones— y no secundarias o de organización que fungieran como medios para alcanzar algún grado de satisfacción de tipo social; y 6) la relación jurídica —la compraventa del departamento de lujo— se estableció en términos de derechos subjetivos y sus correlativas obligaciones de ambas partes, y no partió del Derecho social de carácter objetivo.

3. Universalidad y generalidad

La Corte, siguiendo el argumento del recurrente, se planteó el problema de si uno de los derechos sociales reconocidos en el artículo 4º constitucional es o no universal, es decir, si se refiere o no a todas las personas sin exclusiones de ninguna especie. Su respuesta fue que sí lo es y que, por ende, debía concederse el amparo al quejoso.

El argumento anterior es defectuoso, porque confunde entre generalidad y universalidad. La universalidad rige independientemente del grado de generalidad de la norma, que no es otra cosa que el mayor o menor número de casos a los que se aplica. Decidir con criterios de equidad supone una excepción al principio de generalidad, pero no al de universalidad.¹² De este modo, todos los derechos humanos —incluyendo los sociales— son universales, pero su generalidad está acotada por el número de casos a los que se aplica. Así, por ejemplo, los derechos de los trabajadores, de los grupos indígenas o los adultos mayores son universales, porque deben ser reconocidos, sin distinción alguna, a cualquier trabajador, indígena o adulto mayor, pero no podrían ser invocados, respectivamente, por Salinas Pliego, Andrés Roemer o el hijo menor del presidente, Jesús Ernesto López Gutiérrez, sencillamente porque estas personas no son destinatarias de esos derechos. Así, Guillermo Portales tampoco es destinatario al derecho social a una vivienda digna.

Al haber confundido universalidad con generalidad, la Corte planteó y resolvió un pseudoproblema que, sin embargo, aparentaba ser interesante: ¿el artículo 4º

¹² Atienza, *Curso de Argumentación Jurídica*, p. 555.

constitucional, en lo relativo al derecho a una vivienda digna se refiere solamente a vivienda de interés social o a todo tipo de vivienda, incluyendo la de lujo? Con ello, se desvirtuó el problema jurídico que realmente surgió entre el comprador y el vendedor. Como se vio en el resumen del caso, se trató de un problema de naturaleza contractual y de mera legalidad, en el que el comprador se obligó a comprar un bien a partir de un acuerdo de voluntades que los jueces calificaron como válido, y porque en el juicio, el actor no logró probar su acción. Es obvio que, más allá de si fue o no jurídicamente correcta esa determinación, es decir si hubo o no un vicio del consentimiento o un vicio oculto en la cosa, lo cierto es que la vía para impugnarla no puede ser en modo alguno la jurisdicción constitucional, y mucho menos alegando la “violación del derecho social de un acaudalado comprador”.

4. El problema de la dignidad

Otro error de la sentencia fue considerar que en el caso estaba involucrado el valor de la dignidad. Un ingrediente indispensable para determinar si se está o no ante un caso de derechos sociales es el de la dignidad como concepto normativo, es decir, como una exigencia de deber ser: todas las personas *deben* ser tratadas como fines y no como medios, parafraseando a Kant. El *quid* de los derechos sociales radica, precisamente, en la necesidad de dignificar —devolver la dignidad— a ciertos grupos de personas que no tienen satisfechas sus necesidades básicas de alimentación, vivienda, vestido, salud, educación etcétera. Ese desequilibrio debe ser atendido por el Estado a través, precisamente, de políticas públicas, legislación y actos de adjudicación de derechos sociales.

Entre las múltiples concepciones sobre la dignidad, encontramos la de Martha Nussbaum, quien afirma que la dignidad debe entenderse en términos de capacidades, es decir, de posibilidades efectivas que tiene una persona para lograr ciertos funcionamientos básicos como alimentarse, protegerse de la intemperie, acceder a la salud, etcétera.¹³ Cuando una persona se encuentra estructuralmente

¹³ Citada por Morales, “El núcleo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales. Una buena estrategia de adjudicación”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, p. 394.

atrapada en un determinado estatus social caracterizado precisamente por la insatisfacción de esos bienes básicos, entonces puede decirse que dicha persona necesita de los mecanismos estatales para paliar o mejorar, aun cuando sea gradualmente, su situación de vulnerabilidad.

Así entendidas las cosas, conviene preguntarnos si en el caso de Guillermo Portales, el opulento comprador que se quejó ante la Corte porque le vendieron un departamento de lujo en la playa en el que a una habitación le faltan ventanas, es un caso en el que se involucre el valor de la dignidad. La respuesta es obvia.

5. Breve sugerencia metodológica

Así pues, fijar cuidadosamente la cuestión debe entenderse como un auténtico deber a cargo de los jueces. Para cumplir con él se sugiere, además de evitar los errores ya descritos, utilizar el método de la pregunta para plantear el problema en la sentencia. La pregunta sirve para traducir el problema a un código binario, característico de la resolución judicial de conflictos.¹⁴ Por ello, deberá formularse de tal manera que pueda ser contestada con un “sí o no”, con lo cual logrará guiar hacia la solución del conflicto tanto al autor de la sentencia como a sus destinatarios: otros jueces, las partes, los justiciables, los académicos y el público en general. En una sentencia como la de Guillermo Portales, podrían haberse hecho varias preguntas de ese tipo, tales como: ¿El problema jurídico versa sobre derechos sociales? ¿El quejoso es titular de un derecho social? ¿Todos los conflictos derivados de una relación contractual deben ser analizados con base en el valor de la dignidad humana?

Cuando un problema se plantea mal es muy poco probable que la decisión sea correcta, aun cuando pueda estar bien argumentada. Como dice Manuel Atienza, es posible estar coherentemente equivocado. Por ello, se reitera que el punto de partida de la argumentación —entender y plantear adecuadamente el problema— debe ser cuidado en extremo por parte de los juzgadores.

¹⁴ Atienza, *op. cit.*, pp. 430-431.

III. Las particularidades de la interpretación de los derechos sociales

Una vez que el operador jurídico se aseguró de que el caso que va a resolver versa sobre un genuino problema de derechos sociales, y de que lo planteó de forma adecuada, debe analizar, esto es, aislar todos los componentes del problema para valorarlos en específico y así poder determinar cuáles son las cuestiones que requieren una solución previa al problema de fondo. En otras palabras, conviene distinguir entre el problema principal a resolver y las cuestiones necesarias para ello. Neil MacCormick¹⁵ creó una conocida tipología de problemas o cuestiones a fin de distinguir los *casos fáciles* de los *difíciles*. Los primeros son aquellos cuyas premisas —normativa y fáctica— no presentan mayores dificultades, porque son claras y precisas; es decir, no existen dudas sobre ellas. Por lo tanto, esos problemas se resuelven mediante un sencillo ejercicio de subsunción o *justificación interna*. Los segundos casos, en cambio, presentan ciertas dificultades o cuestiones que deben ser resueltas previamente mediante un ejercicio de *justificación externa*. El autor escocés asoció las cuestiones de *relevancia* y de *interpretación* a la premisa normativa, y las de *prueba* y *calificación* —como el caso anterior— a la premisa fáctica. Más tarde, Manuel Atienza enriqueció esta clasificación agregando otras cuatro categorías de cuestiones: *procesales*; *de discrecionalidad*; *de validez* y *de ponderación*, que pueden sin embargo reconducirse a las primeras cuatro.¹⁶

En el caso de los derechos sociales, es muy probable que se presenten varias de estas cuestiones, dependiendo del caso concreto. Sin embargo, lo más seguro es que se presenten problemas de *interpretación* y de *ponderación*, ya que los materiales jurídicos que contienen este tipo de derechos suelen ser a menudo *principios*. Por lo demás, en el caso de la interpretación, se presenta un problema adicional: ¿Es diferente, en términos cualitativos, la interpretación constitucional que la interpretación legal? A continuación, mediante un ejemplo real, responderemos esta pregunta.

¹⁵ Cf., MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*.

¹⁶ Atienza, *op. cit.*, pp. 432-439.

1. San Nicolás de Hidalgo

El 6 de agosto de 2010, se publicó en el Periódico Oficial del Gobierno Constitucional del Estado de Michoacán de Ocampo, el Decreto número 213, mediante el cual se reformaron y adicionaron los artículos 138 y 139 de la Constitución Política del Estado. Hacia el final del artículo 138, que establece el derecho de todo michoacano a recibir educación preescolar, primaria, secundaria, media superior y superior, se establece que “toda educación que el Estado imparta será gratuita”. Y en el artículo Tercero Transitorio, se establece que el cumplimiento de las obligaciones correlativas a la gratuidad será gradual.

El 30 de noviembre de 2012, la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo y el Gobierno del Estado celebraron un convenio de colaboración para la implementación de la gratuidad de la educación media superior y superior. En él, el gobierno se comprometió a cubrir los gastos de inscripción de todos los alumnos durante los ciclos escolares de 2011 y 2012. Esa luna de miel duró muy poco, ya que, para el siguiente ciclo, el gobierno no renovó el convenio, y aunque la Universidad asumió ese gasto hasta 2013, al año siguiente determinó no continuar con el subsidio, por falta de recursos.

El 27 de febrero de 2014, Josefa Domínguez promovió un amparo indirecto en contra de la falta de previsión presupuestal, a cargo del gobernador, para el pago de las inscripciones; y en contra de la orden de la Universidad de suspender el subsidio. Básicamente, argumentó que las autoridades responsables violaron en su perjuicio su derecho a la educación, porque la medida adoptada —la suspensión del subsidio de las inscripciones— es regresiva y, por ende, contraria a los artículos 2.1 del Pacto Internacional de los DESC; 26 de la Convención Americana; 13.2 inciso `C´ del Pacto Internacional de DESC; y 13.2 inciso `C´ del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de DESC.

El 20 de junio de 2014, la Juez Cuarta de Distrito concedió el amparo a la quejosa, bajo el argumento de que la Universidad “[...]debe respetar la gratuidad de la educación superior establecida en la Constitución Local, y que si bien alegó la falta de recursos, no demostró haber realizado todas las gestiones necesarias para

obtenerlos, carga que le correspondía en virtud del principio de progresividad previsto en el artículo 1 constitucional, que prohíbe adoptar medidas regresivas, a menos que la autoridad demuestre exhaustivamente tal necesidad” [página 31 de la sentencia].

La Universidad recurrió la sentencia argumentando esencialmente que su autonomía le permite autogestionarse y, por ende, cobrar las cuotas de inscripción; que en realidad no hay gratuidad, puesto que los impuestos sufragan la educación. Asimismo, alegó que ningún derecho humano es absoluto y que, por lo tanto, el titular del derecho debe hacer algún esfuerzo para satisfacerlo, especialmente si se toma en cuenta que la universidad pasa por una crisis económica. Para la Universidad, el artículo 138 de la Constitución Local no le es aplicable, porque se dirige sólo a la administración pública directa o desconcentrada que depende directamente del Poder Ejecutivo, pero no al sector paraestatal autónomo. Finalmente, argumentó que no hay regresión alguna, puesto que el propósito de la reforma se cumplió por un tiempo y persiste como una expectativa de renovación que depende de la disponibilidad presupuestal.

Por su parte, la Primera Sala de la SCJN determinó confirmar la sentencia recurrida. En esencia, argumentó que, partiendo de que el artículo 3° constitucional establece el contenido mínimo del derecho a la educación, es constitucionalmente admisible que algunas de las características del derecho a la educación básica, como su gratuidad, puedan extenderse a la educación superior. Para la Corte es claro que la educación superior pública, en principio, no necesariamente debe ser gratuita, pero no está prohibido que lo sea, ya que la gratuidad puede ser progresiva. Incluso —afirma— la protección del derecho es más intensa en México, porque abarca la educación preescolar, primaria y secundaria, mientras que en el ámbito internacional se limita a la educación primaria. Termina señalando que, incluso en el caso de que la autoridad responsable se viera en la necesidad de realizar una medida regresiva, tendría que haberlo justificado reforzadamente en cumplimiento del artículo 1° constitucional; así, tendría que a) acreditar la falta de recursos; b) demostrar que realizó todos los esfuerzos necesarios para obtenerlos, sin éxito; y c) demostrar que se aplicó el máximo de los recursos para tutelar otro derecho humano —y no cualquier objetivo social— y que la importancia relativa

de satisfacerlo prioritariamente, era mayor. La autonomía universitaria, por cierto, no la consideró como razón suficiente para realizar la medida regresiva.

Los efectos de la sentencia fueron: 1) el Gobernador del Estado deberá transferir a la Universidad los recursos necesarios para garantizar la gratuidad de las inscripciones de la quejosa hasta el nivel licenciatura; y 2) la Universidad y sus autoridades deberán evitar cobrar a la quejosa las cuotas de inscripción durante su educación superior.

2. Los rasgos de la interpretación constitucional

En el caso anterior, la Corte resolvió un problema de interpretación constitucional. En concreto, determinó cómo debe ser entendido el artículo 3º constitucional con relación al problema planteado, consistente en una acción regresiva relacionada con la gratuidad de la educación reconocida por los artículos 138 y 139 de la Constitución de Michoacán.

En sentido estricto, un problema de interpretación en general consiste en determinar cuál debe ser el sentido o significado del texto de una norma, ya sea porque el texto es dudoso o porque existe más de un significado posible.¹⁷ La interpretación constitucional, por su parte, está condicionada por dos propiedades que tienen las constituciones, pero no las leyes, a saber: 1) la rigidez constitucional, y 2) la apertura regulativa. La rigidez, como se sabe, es la propiedad que permite a las constituciones alargar su carácter de *lex superior* a lo largo del tiempo para garantizar su supremacía sobre cualquier *lex posterior* —incluyendo las constituciones locales—. La apertura regulativa es la propiedad que tienen las normas constitucionales de ser aplicadas mediante procesos de deliberación valorativa,

¹⁷ Estos problemas pueden originarse por imprecisiones de lenguaje, tales como la ambigüedad o vaguedad; porque no es claro cómo ese texto debe articularse con otros que ya existen en el sistema, como son las antinomias y las lagunas conceptuales; porque no es clara la intención del autor de la norma (la diferencia entre lo que se quiso decir y lo que se dijo); porque es problemática la relación existente entre el texto y las finalidades o propósitos a los que ha de servir (con independencia de lo que haya querido el autor); y finalmente, porque es dudoso cómo debe entenderse el texto de manera que sea compatible con los valores del ordenamiento. Atienza, *op. cit.*, pp. 436-437.

que no tienen las leyes.¹⁸ Estas dos propiedades exigen al intérprete constitucional mayor compromiso con la dimensión valorativa del Derecho, lo que se traduce en una actitud no formalista ante las fuentes, ante el concepto de validez y ante el propio ejercicio interpretativo.

En el siguiente cuadro muestro algunas diferencias entre la interpretación de normas constitucionales constitucional y la interpretación de la ley:

Cuadro 1. Acentos en la interpretación constitucional y legal

	Interpretación de normas constitucionales	Interpretación de la ley
Componente autoritativo	-	+
Componente valorativo	+	-
Principios y valores	+	-
Interpretación literalista e intencionalista	-	+
Formalismo	-	+

Fuente: elaboración propia.

De acuerdo con Aguiló, en la interpretación de las normas constitucionales el componente autoritativo tiene menos importancia que el valorativo; mientras que en la interpretación de la ley sucede lo contrario. Por ello, en la interpretación de la Constitución los principios y valores juegan un papel mucho más protagónico que en la interpretación de la ley. De este modo, se explica y se justifica que la

¹⁸ Aguiló, *op. cit.*, p. 42.

interpretación literal y la intencionalista tengan mucho más sentido en la interpretación de la ley que en la de la constitución.¹⁹

En el caso de la Universidad Nicolita, la Primera Sala entendió que el artículo 3º constitucional contiene principios y valores que debían ser interpretados de forma abierta, esto es, no de forma literalista ni tampoco intencionalista. En efecto, al considerar que el precepto establece un contenido mínimo del derecho a la educación y que, por ello, es “constitucionalmente admisible” que algunas de las características del derecho a la educación básica, como su gratuidad, puedan extenderse a la educación superior, demostró que en el caso concreto debía preservarse el equilibrio entre la rigidez y la apertura regulativa. Si la Corte hubiera considerado que el artículo 3º *debía ser interpretado como cualquier ley* secundaria, podría haber resuelto, mediante una interpretación literalista, que la constitución michoacana se habría apartado del texto legal de la CPEUM.

3. ¿Cómo deben ser adjudicados los derechos sociales?

Si asumimos la tesis de la diferencia interpretativa entre Constitución y ley, entonces también debemos asumir que cuando se trata de interpretación de preceptos constitucionales que contienen derechos sociales, el operador jurídico, como se dijo antes, debe mostrar una actitud interpretativa algo distinta a la que tendría frente a cualquier otro tipo de interpretación.

En la sentencia de la Universidad Nicolaita, la Corte asumió que el artículo 3º de la CPEUM contenía un principio y no una regla. ¿Cómo distinguir entre reglas y principios?

¹⁹ Con todo, esta diferenciación no se comparte de forma unánime por los teóricos del Derecho. Ferrajoli y Dworkin son críticos de la teoría de la diferencia, aunque desde posturas diametralmente opuestas. Para el italiano, en la creación de normas —legales o constitucionales— rige el principio de la voluntad y no el de la verdad —*voluntas, non veritas, facit legem*—; mientras que en la aplicación e interpretación de las normas —legales o constitucionales— rige el principio de la verdad y no el de la voluntad —*veritas, non voluntas, facit legem*—. Así, de acuerdo con Ferrajoli, no habría —no debería haber— diferencias sustanciales entre la interpretación constitucional y la legal. Desde el otro extremo, Dworkin también niega la tesis de la diferencia, pero asumiendo que *toda* actividad interpretativa —de normas legales y constitucionales— se rigen por principios y valores. Aguiló, *op. cit.*, p. 45.

A. Reglas y principios

Para llevar a cabo una buena interpretación constitucional, lo primero que debe hacerse es entender y asumir la diferencia entre reglas y principios, para lo cual, es sumamente importante no cometer la falacia de la falsa oposición asumiendo que las reglas y los principios están divorciados. Desgraciadamente, no son pocos los juristas —teóricos y prácticos— que incurren en esta falacia hasta el grado tal que dividen al mundo de manera maniquea, simplista e, incluso ridícula, entre “principalistas” y “no principalistas”. Las reglas y los principios no se oponen, sino que se complementan. El llamado “constitucionalismo de los derechos” se caracteriza por reconocer que en los sistemas jurídicos coexisten ambos tipos de normas.

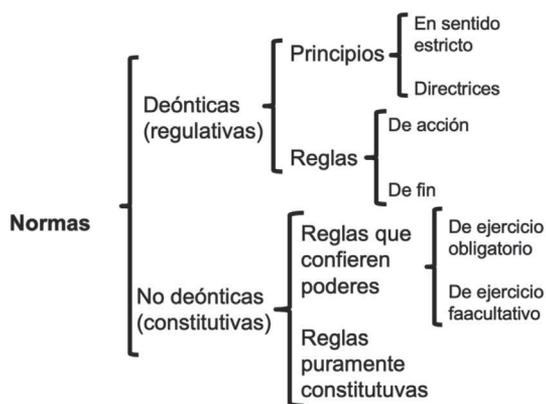
Pero empecemos un poco más atrás. Los sistemas jurídicos contienen normas *deónticas* o *regulativas* —que obligan, prohíben o permiten realizar algo, como los tipos penales o las normas sobre el pago de impuestos— y *constitutivas* —que en dadas determinadas circunstancias, constituyen ciertos estados de cosas y provocan cambios normativos, como las reglas necesarias para constituir un matrimonio o para hacer válido un contrato—. A su vez, las primeras pueden ser de dos tipos: *reglas* y *principios*. Las reglas pueden ser *de acción* —que obligan, prohíben o permiten alguna conducta específica, como la obligación de pagar el IVA, el homicidio o fumar en espacios especialmente designados— o *de fin* —que establecen que, dadas determinadas circunstancias, un sujeto tiene la obligación de, o tiene prohibido o permitido, elegir el mejor de los medios a su alcance para alcanzar un determinado fin o un estado de cosas, como las normas relativas a la custodia de los menores—.

Los principios, por su parte, pueden serlo *en sentido estricto* —formulaciones normativas de estructura categórica, con condiciones de aplicación abiertas, dirigidas a regular la conducta de los órganos aplicadores del Derecho—²⁰ o *directrices*

²⁰ Los principios en sentido estricto tienen aplicación en los siguientes supuestos: a) cuando no existen reglas específicas para ser aplicadas a un caso concreto; b) cuando las reglas sí existen, pero son indeterminadas; y c) cuando las reglas existentes contradicen los principios que las justifican u otros principios del sistema. Atienza y Ruiz, *Ilícitos atípicos*, p. 18.

o *normas programáticas* —mandatos que establecen la obligación de procurar obtener objetivos económicos, sociales, etcétera, fijados de manera muy genérica—. ²¹ Existe cierto paralelismo entre los principios en sentido estricto y las reglas de acción, por un lado; y las directrices y las reglas de fin, por otro. El siguiente cuadro muestra esta muy conocida clasificación:

Cuadro 2. Reglas y principios



Fuente: elaboración propia.

Conviene aclarar que la división entre principios en sentido estricto y directrices, de Atienza y Ruiz Manero, no es compartida por Alexy, para quien los principios son de un solo tipo y se corresponden con las *directrices*. En efecto, para este último autor, los principios son “mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas sino también de las posibilidades jurídicas”. ²² Para Atienza y Ruiz Manero solo las directrices serían mandatos de optimización. Las ventajas de separar los principios en sentido estricto y las directrices son, en palabras de Atienza, las siguientes:

²¹ La literatura sobre reglas y principios es amplia. Por todos, V., Atienza y Ruiz, *Las Piezas del Derecho*, pp. 6-19; *Idem*, *Ilícitos atípicos*, pp. 16-20; Atienza, *El Derecho como argumentación*, pp. 168-169; y Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, pp. 437-439.

²² Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86.

[L]a doble articulación de los principios (en directrices y principios en sentido estricto) es preferible al modelo uniformizador alexiano [porque] tiene, me parece, una doble ventaja argumentativa: 1) la jerarquía que se establece en favor de los principios en sentido estricto (su prevalencia frente a las directrices) es lo que configura el elemento más importante del “orden débil” entre principios del que —con razón— habla Alexy; y 2) la dualidad interna de los principios permite mostrar (yo creo que con más nitidez que el modelo de Alexy) que la racionalidad de los principios no es sólo de tipo económico o instrumental, sino también político-moral.²³

Pues bien, los derechos sociales están contenidos típicamente —aunque no exclusivamente— en los principios conocidos como *directrices* porque, precisamente, son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos de manera gradual, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas que se tengan. Veamos algunos ejemplos de la constitución mexicana:

Cuadro 3. Disposiciones que contienen directrices

Derecho social	Texto de la disposición jurídica
Derecho a la educación	Artículo 3º. Toda persona tiene derecho a la educación. El Estado [...] impartirá y garantizará la educación inicial, preescolar, primaria, secundaria, media superior y superior.
Derecho a la alimentación	Artículo 4º, p. 1o. Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.
Derecho a la salud	Artículo 4º, p. 4o. 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...

²³ Atienza, “A vueltas con la ponderación”, en *La razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, p. 9. Disponible en: www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_MA_13174.pdf.

Derecho social	Texto de la disposición jurídica
Derecho al agua	Artículo 4º, p. 6º. Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho...
Derecho a una vivienda digna y decorosa	Artículo 4º, p. 7º. Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.
Derecho a una niñez protegida	Artículo 4º, p. 9º. [...] Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.
Derecho a la cultura	Artículo 4º, p. 12º. Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa.
Derecho a la práctica del deporte	Artículo 4º, p. 13º. Toda persona tiene derecho a la cultura física y a la práctica del deporte. Corresponde al Estado su promoción, fomento y estímulo conforme a las leyes en la materia.

Fuente: elaboración propia.

Como puede verse, en todas estas disposiciones se puede advertir una estructura categórica, propia de los principios en general, y una cláusula de optimización, propia de las directrices, en particular.²⁴ El contenido de las normas ahí contenidas

²⁴ La lista que el lector encuentra en el cuadro anterior es meramente ejemplificativa. No significa que todo derecho social *necesariamente* deba ubicarse en una directriz. Solo trato de señalar que en la redacción

es eminentemente prestacional, asistencial y programático, según la caracterización de Prieto Sanchís. Por lo demás, es claro que, aunque en principio todas las personas, en lo individual, somos titulares de estos derechos, estas normas fueron pensadas por el constituyente para proveer de estos bienes a ciertos grupos de la población que, por razones de desigualdad estructural, no los tienen garantizados.

En la sentencia de la Universidad Nicolaíta, es posible advertir el carácter de directriz del derecho a la educación en el siguiente párrafo:

132. En nuestro sistema jurídico, el derecho humano a la educación básica (preescolar, primaria y secundaria) y media superior, debe ser garantizado por el Estado mexicano cumpliendo las características de disponibilidad, accesibilidad (no discriminación, universalidad, accesibilidad material y económica), aceptabilidad y adaptabilidad.

En este enunciado interpretativo, —como en muchas otras partes de la sentencia— la Sala establece las condiciones de aplicación que no están descritas de manera expresa en el texto constitucional. Asimismo, destaca el carácter progresivo y programático del derecho y, en términos de Alexy, habla de las posibilidades fácticas y jurídicas necesarias para la optimización del derecho.

Ahora bien: ¿cómo se aplican los principios y, en particular, las directrices?

B. La ponderación como método para aplicar los principios

La *ponderación* es la forma argumental diseñada para aplicar los principios y así resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos cuando juegan en sentido contrario. Si se trata de una colisión entre *principios en sentido estricto*, el esquema de la ponderación sería el siguiente.²⁵

constitucional prima el lenguaje de las directrices para los derechos sociales. En la práctica es perfectamente posible que el operador jurídico reconozca derechos sociales en otro tipo de materiales jurídicos, o que de ese reconocimiento derive genuinas reglas.

²⁵ *Idem*, *El Derecho como argumentación*, p. 171.

- En la situación concreta S, el principio P1 y el principio P2 —que tienen condiciones de aplicación abiertas— establecen exigencias normativas contrapuestas; por ejemplo, permitido q y prohibido q.
- En la situación concreta S, dadas las circunstancias C, un principio prevalece sobre el otro; por ejemplo, P2 sobre P1.
- Por lo tanto, en esa situación y dadas esas circunstancias, está justificado dictar una norma que establece que si p, —un conjunto de propiedades que incluye las derivadas de las circunstancias C— entonces está prohibido q.

Y, de acuerdo con Alexy —para quien *todos los principios serían como las directrices*— los elementos de la estructura de la ponderación son los siguientes: a) la ley de la ponderación; b) la fórmula del peso y c) las cargas de argumentación. La ley de la ponderación: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.²⁶ Siguiendo esta ley, la ponderación puede dividirse en tres pasos:²⁷

- *Primer paso*: es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios.
- *Segundo paso*: se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.
- *Tercer paso*: debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

La fórmula de peso todavía tiene tres variables:

- *Primera*: (A) El grado de *afectación* de los principios en el caso concreto.
- *Segunda*: (Pes) El *peso abstracto de los principios relevantes*; según la concepción de valores predominante en la sociedad: por ejemplo, a la vida puede asignársele un valor superior al de la libertad.

²⁶ Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, pp. 161 y ss.

²⁷ *Idem*, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, p. 32.

- *Tercera: (S)* La seguridad de las apreciaciones empíricas que se refieren a la afectación que la medida examinada en el caso concreto proyecta sobre los principios relevantes.

La fórmula del peso viene a decir que el peso del principio P_i en relación con el principio P_j , en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre el producto de esas tres variables referidas al principio P_i , por un lado, y el producto de las mismas variables referidas al otro principio, P_j , por el otro:

$$\text{Pes } i, j = \frac{A_i \times \text{Pes } i \times S_i}{A_j \times \text{Pes } j \times S_j}$$

Alexy atribuye, además, un determinado valor numérico a las variables que bien puede resumirse de la siguiente manera: en cuanto al grado de afectación tanto de los principios (A) como del peso abstracto (Pes), la afectación o peso puede ser leve, con un valor de 1; media, con un valor de 2; o intensa, con un valor de 4. Y en cuanto a la seguridad de las premisas fácticas, si son seguras, se le asigna el valor 1; si son plausibles, 0.5; y si son no evidentemente falsas, 0.25. En caso de un “empate” deberán aplicarse las *cargas de la argumentación*: reglas orientadoras que permiten a los operadores decantarse por uno de los principios en conflicto con base en ciertas prioridades que son generalmente aceptadas. Por ejemplo, la regla que establece una prioridad en favor de la libertad, el principio *pro persona*, el mínimo vital, etcétera.

Atienza ha criticado el “excesivo afán sistematizador de Alexy” y considera que ofrece más desventajas que ventajas, porque “no aporta nada en términos de rigor, pero que puede contribuir a la confusión, en cuanto ha llevado a pensar a muchos —aunque no sea esto exactamente lo que piense Alexy— que la clave de la argumentación en esos casos radica en la fórmula en sí, y no —como parecería obvio que tendría que ser— en la atribución [discrecional] de los valores

respectivos”.²⁸ Por ello, el profesor asturiano propone otro tipo de ponderación específico para las directrices.

4. La ponderación entre directrices

La primera gran diferencia entre la ponderación *entre principios en sentido estricto* y la ponderación *entre directrices* es que en la segunda no se parte de una colisión propiamente dicha. Lo que detona la necesidad de ponderar directrices es la de concretar un objetivo de tal forma que esa concreción no afecte al resto de los objetivos valiosos establecidos en el sistema.

La segunda diferencia radica en que en la ponderación entre principios en sentido estricto produce, como solución, una nueva regla de acción, mientras que la ponderación entre directrices produce tanto reglas de acción como de fin. Recuérdese que, las reglas de acción prohíben o permiten alguna conducta específica, como la obligación de pagar impuestos; mientras que las reglas de fin establecen que, dadas determinadas circunstancias, un sujeto tiene la obligación de —o tiene prohibido o permitido— elegir el mejor de los medios a su alcance para alcanzar un determinado fin o un estado de cosas, como las reglas necesarias para tener una demanda como presentada.

Finalmente, la tercera diferencia tiene que ver con los sujetos protagonistas. La ponderación entre principios en sentido estricto es propia de los *jueces constitucionales*; mientras que la que se hace entre directrices lo es de los *legisladores y las autoridades administrativas*. La razón de lo anterior es que el segundo tipo de ponderación demanda mucha más discrecionalidad que la primera. En todo caso, los jueces tienen la misión de vigilar o controlar las ponderaciones provenientes de los otros poderes, esto es, comprobar que no se hayan sobrepasado los límites establecidos en las reglas y principios en sentido estricto del sistema.

²⁸ Atienza, “A vueltas con la ponderación”, *op. cit.*, p. 7.

Cuadro 4. Diferencias entre los tipos de ponderación

	Ponderación entre principios en sentido estricto	Ponderación entre directrices
Punto de partida	Una colisión entre principios	Necesidad de concretar un objetivo social
Producto de la ponderación	Una regla de acción	Reglas de acción y de fin
Sujetos protagonistas	Jueces constitucionales	Legisladores, autoridades administrativas. Los jueces sólo vigilan los límites constitucionales de esas ponderaciones.

Fuente: elaboración propia.

De este modo, la estructura del razonamiento ponderativo de las directrices, de acuerdo con Atienza, estaría compuesto por dos fases: una primera, que debe hacerla el creador de la medida legislativa o la política pública, y una segunda, a cargo de los jueces a manera de control. La primera tendría una estructura específica, y la segunda podría revestir la propia de las reglas de fin:

Primera fase:²⁹

- La directriz D —cuyas condiciones de aplicación son abiertas— establece la obligación de obtener el fin F.
- Si se establecen las normas N1, N2... Nn, entonces se alcanzarán los fines F'1, F'2... F'n.
- Si se establecen las normas N1, N2... Nn, entonces no quedan afectados de manera esencial otros fines —distintos de F— o valores del ordenamiento.
- Por lo tanto, está justificado establecer las normas N1, N2...Nn.

²⁹ *Idem*, *El Derecho como argumentación*, p. 175.

Segunda fase (esquema argumentativo de las reglas de fin):

- En las circunstancias X, es obligatorio procurar alcanzar F.
- Si no se realiza la acción M, no se alcanzará F.
- En este caso concreto se dan las circunstancias X.
- Por lo tanto, es obligatorio realizar la acción M.

En el caso de la Universidad de San Nicolás de Hidalgo, el esquema anterior quedó satisfecho en ambas fases.

Primera fase:

1. El artículo 3º constitucional —vigente en 2016— establece que todo individuo tiene derecho a recibir educación, con el fin de desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y de fomentar en él, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.
2. Si se establecen las normas relativas a la gratuidad de la educación —fracción IV—; entre muchas otras, entonces se alcanzarán los fines señalados en el párrafo anterior.
3. Si se establecen las normas del párrafo anterior, entonces no quedan afectados de manera esencial otros fines —distintos de F— o valores del ordenamiento, tales como la igualdad, la no discriminación, la libertad religiosa, etcétera
4. Por lo tanto, está justificado establecer las normas relativas a la gratuidad de la educación.

Segunda fase:

1. Para alcanzar los fines del derecho social a la educación, es obligatorio evitar la regresividad del derecho. Para ello, debe considerarse como constitucionalmente admisible que algunas de las características del derecho a la educación básica, como su gratuidad, puedan extenderse a la educación superior, ya que la gratuidad puede ser progresiva.

2. El juez distrito concedió el amparo a la quejosa, porque la autoridad responsable determinó cobrar las cuotas de inscripción, pero no justificó la falta de recursos; ni realizó todos los esfuerzos necesarios para obtenerlos. Si la Corte no confirma esa sentencia, —de forma motivada y fundada— entonces no se alcanzarán los fines del derecho social a la educación.
3. En el caso concreto se presentan las circunstancias descritas en la premisa 1.
4. Por lo tanto, es obligatorio confirmar la sentencia recurrida.

IV. A manera de conclusión

El desarrollo de los derechos sociales en la jurisprudencia mexicana sufre de altibajos. Mediante dos ejemplos paradigmáticos resueltos por la SCJN, he expuesto algunos errores y algunos aciertos en la adjudicación de ese tipo de derechos, con el fin de mostrar a los operadores jurídicos el valor de la metodología argumentativa. Para terminar, recogeré, de forma sinóptica, las pautas metodológicas mostradas con anterioridad.

Cuadro 5. Deberes metodológicos para resolver casos de derechos sociales

Deberes negativos	<ul style="list-style-type: none"> - No dejarse persuadir por las partes, antes de evaluar adecuadamente sus argumentos (no desatender el deber de imparcialidad) - No teorizar sin datos - No confundir universalidad con generalidad - No incurrir en interpretaciones literalistas ni intencionalistas
Deberes positivos	<ul style="list-style-type: none"> - Resolver, si es el caso, los problemas de calificación - Plantear adecuadamente la cuestión - Utilizar el método de la pregunta - Verificar que se trata de un genuino caso de derechos sociales - Comprobar si el valor de la dignidad está realmente involucrado en el caso - Aplicar, si es el caso, la estrategia del núcleo esencial del derecho - Identificar el tipo de norma (deóntica o regulativa; regla o principio; principio en sentido estricto o directriz, etc). - Verificar qué tipo de ponderación debe aplicarse - Si es el caso, realizar la ponderación entre directrices en sus dos fases

Fuente: elaboración propia.

Cierro este trabajo con una recomendación tan sencilla como profunda: los operadores jurídicos, especialmente los jueces, están llamados a defender el Estado Constitucional de Derecho frente a la arbitrariedad, el autoritarismo y el despotismo presentes, en mayor o menor grado, en todo gobierno. También tienen el deber de poner su conocimiento y su trabajo al servicio de los valores del Derecho para, entre otras cosas, contribuir a paliar la exclusión social. Esos deberes no resultan en modo alguno supererogatorios, porque vienen acompañados de un enorme poder: el de interpretar el Derecho y decidir los conflictos bajo su mejor luz.

Bibliografía

Libros

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

Aguiló Regla, Josep, *En defensa del Estado Constitucional de Derecho*, Palestra, Lima, 2021.

Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

_____, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan *Las Piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.

_____, *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000.

Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

_____, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

Conan Doyle, Sir Arthur, “Escándalo en Bohemia”, en *Las aventuras de Sherlock Holmes*, Numitor Comun Publishing, 2010.

García Godínez, Miguel Ángel, *Los criterios de corrección en la teoría del razonamiento jurídico de Neil MacCormick*, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Serie Interpretación Constitucional Aplicada, número 3, México, 2017.

Lara Chagoyán, Roberto, *Manual Mínimo de Argumentación Jurídica. La razón en la práctica*, Tirant Lo Blanch, México, 2021.

MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978.

Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan y Vázquez, Rodolfo, compiladores, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, México, 2000.

Revistas

Alexy, Robert, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, traducción de C. Bernal Pulido, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 66, 2002.

Atienza, Manuel, “A vueltas con la ponderación”, en *La razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, número 1, 2010, p. 9. Disponible en: www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_MA_13174.pdf.

Morales Simón, José Ignacio, “El núcleo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales. Una buena estrategia de adjudicación”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, SCJN, México, 2017.

Jurisprudencia y normas

SCJN, amparo directo en revisión 3516/2013., Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, resuelto por mayoría de cuatro votos el 22 de enero de 2014.

_____, amparo en revisión 750/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, resuelto por mayoría de cuatro votos el 20 de abril de 2016.

El amparo al servicio de los derechos sociales: orientación para la acción

Francisca Pou Giménez*

* ITAM, México.

El amparo al servicio de los derechos sociales: orientación para la acción.

I. Introducción: el amparo constitucionalizado; II. El acceso al amparo; III. La sustanciación del amparo: interludio; IV. La resolución y el cumplimiento del amparo; V. Conclusión.

I. Introducción: el amparo constitucionalizado

El amparo es una vía procesal con raíces históricas profundas que se remontan a mediados de siglo XIX.¹ Aunque ello es motivo de orgullo para la comunidad jurídica mexicana, también lo es de enormes desafíos. La regulación constitucional y legal del amparo se ha modificado, pero muchos de sus rasgos siguen siendo los que tenía en un inicio, cuando la Constitución no operaba como norma jurídica directamente aplicable y cuando el elenco de derechos, cuya garantía judicial se solicitaba, era mucho más acotado que el actual.

Lo mismo sucede con las interpretaciones jurisprudenciales; aunque han surgido interpretaciones nuevas que modulan algunas de sus dimensiones de operación, subsisten un buen número de criterios todavía influyentes que obedecen a entendimientos que han perdido vigencia. Muchos de los giros que siguen dominando la operatividad del amparo derivan, por ejemplo, de la función que por décadas cumplió como mecanismo de control de legalidad, no de constitucio-

¹ Para una visión panorámica, V. Cossío, *Sistemas y modelos de control de constitucionalidad en México*; Mijangos, *Historia mínima de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*; Fix-Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de amparo*.

nalidad.² Muchos otros se ajustan a los reclamos típicamente asociados a los derechos patrimoniales, no a los derechos fundamentales —como ocurre con varias causas de improcedencia—.

Ante ello, es importante destacar dos cosas. La primera es que, a pesar de lo apuntado, el margen para la transformación del amparo por la vía interpretativa es enorme. Como veremos en este escrito, la misma Suprema Corte ha dado en los últimos años pasos agigantados en la modificación de interpretaciones que frustraban la garantía de los derechos en los términos exigidos por la actual Constitución. La segunda es que, adaptar procesalmente el amparo es una obligación: el derecho procesal debe estar al servicio del derecho sustantivo y del amparo; en particular, debe ser capaz de operar como el recurso efectivo de protección de los derechos garantizado por el artículo 25 de la Convención Americana.³ Ello no significa, como a veces se caricaturiza, dejar de lado las reglas procesales cuando en un caso concreto entran en conflicto con nuestras intuiciones de justicia sustantiva. Implica, más bien, transformar paulatinamente esas reglas procesales para que den un cauce ordenado al acceso a la justicia, —un servicio público— en lugar de operar como barreras infranqueables que lo frustran cotidianamente.

El presente capítulo recoge ideas y criterios jurisprudenciales encaminados a apoyar el uso del amparo para la protección de los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales —en adelante, derechos sociales—. La limitada extensión del mismo obligará a dejar muchas cosas afuera. La transformación de la práctica exige prestar especial atención a la identificación de criterios de la Suprema Corte que abren la funcionalidad de la vía en tres grandes puntos de su arquitectura

² A partir de 1888, la Corte declaró que la garantía de exacta aplicación de la ley del artículo 14 incluye la posibilidad de reclamar en amparo todas las resoluciones judiciales en las que se considere que existe una incorrecta aplicación de la ley, no solo cuando se aplican leyes penales. *Cf.*, Mijangos, *Op. Cit.*, p. 94.

³ Convención Americana, art. 25: 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

general: la puerta de entrada al amparo —legitimación y procedencia—, su dinámica de sustanciación y su puerta de salida —resolución y cumplimiento—. En esta ocasión nos detendremos en el primer y tercer punto, refiriéndonos al segundo solo a modo de breve interludio. Sin embargo, es tan importante como los aspectos particulares que se abordan en cada uno de estos rubros enfatizar su interconexión mutua: de nada sirve suscribir teorías grandiosas sobre el contenido esencial, la proporcionalidad o la incorporación de estándares interamericanos en las consideraciones jurídicas de las sentencias si ello se proyecta sobre una selección injustamente estrecha de reclamos, —producto de la aplicación de reglas de legitimación y procedencia que desconocen planteos legítimos—. De nada sirve tampoco la generosidad inicial si ello no se traduce en la emisión de resolutivos con vocación de tener un impacto en el mundo, coherentes con la *ratio decidendi*, sino en amparos formales cuyos efectos no están siquiera explicitados.

La aproximación a la administración judicial del amparo debe estar presidida en todo momento por esta perspectiva *sistemática*, teniendo especial atención a la necesidad de interpretarlo holísticamente para que cumpla en su conjunto su función protectora. A ella hay que añadir la proyección de una perspectiva *sistémica* —consciente de la función del amparo en el orden jurídico mexicano y de la necesidad de que opere como una vía especializada y distintivamente eficaz de protección de derechos—; una perspectiva *histórica* —conocedora del cambio en las funciones constitucionales de esta vía procesal a lo largo del tiempo—; y una perspectiva *comparada* —atenta al hecho de que el amparo hace parte de un conjunto de mecanismos especializados habituales en el derecho comparado, que acoje vías análogas o incluso más potentes de protección de derechos donde encontrar bases funcionales comunes e inspiración—.

II. El acceso al amparo

La puerta de entrada al amparo es uno de sus puntos críticos. La justicia federal ha operado con frecuencia como una máquina de expulsión de reclamos; como se decía en el Poder judicial, “cuando cae, la Ley de Amparo se abre por el artículo 73” [hoy 61, regulador de las causas de improcedencia]. Por descontado, la presión por desechar o sobreseer deriva en parte de un diseño institucional que ha

hecho del amparo una especie de tercera instancia en cualquier juicio, entre otras funciones, transformándolo en una institución paquidérmica. Como sea, que el amparo sea reorientado con éxito hacia el desempeño de sus funciones centrales —con espacio suficiente para la garantía de derechos sociales— exige ampliar la procedencia de algunos reclamos y disminuir la de otros.

1. Legitimación activa: quién

El amparo es una vía procesal que se activa a instancia de parte, no de manera oficiosa. Lo pueden interponer todas las *personas físicas* y, cuando están en juego derechos de naturaleza o afectaciones colectivas de derechos individuales, lo pueden interponer grupos o comunidades. Existen algunas reglas especiales de oportunidad y tramitación dependiendo de que tipo de persona que solicita un amparo y las circunstancias en las que se encuentra —personas privadas de libertad, familiares de personas desaparecidas, menores, núcleos agrarios, etc.—.⁴

En los últimos años en México se ha dado una intensa discusión sobre si pueden interponer amparos las *personas jurídicas*.⁵ La práctica histórica las ha puesto en el centro de la fenomenología del amparo —sobre todo en los años locos del amparo fiscal—⁶ y la Ley de Amparo les confiere esta posibilidad expresamente.⁷ En gran parte, ello está ligado a su funcionamiento como amparo-casación: si las personas jurídicas son parte de los juicios ordinarios civiles, laborales o administrativos y se parte de la premisa de que la Constitución convierte en un derecho la correcta o exacta aplicación de la ley,⁸ se hace difícil excluirlas de la posibilidad de interponer un amparo que la reivindique. Pero ciertamente, una vez que se

⁴ Ley de Amparo, arts. 6-16 —reglas sobre promoción y representación— y 17-18 —plazos—. Las reglas son más generosas cuando está en riesgo la vida, libertad personal o la integridad personal, hipótesis en la que el amparo cumple funciones de habeas corpus. V., Comisión Nacional de Búsqueda de Personas, *El amparo buscador: una herramienta contra la desaparición forzada de personas. Guía para familiares y personas juzgadas*.

⁵ V., Cruz Parceró, Fajardo, *Derechos de personas jurídicas. Sobre las posturas del Sistema Interamericano y la Suprema Corte en México*; Cruz Parceró, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, cap. 5.

⁶ V., Elizondo, “La industria del amparo fiscal”, en *Política y gobierno*, pp. 349-383.

⁷ Ley de Amparo, art. 6, primer párrafo.

⁸ V., *supra*, n. 2.

transita a un paradigma de protección constitucional de derechos humanos, la práctica mexicana debería ajustarse al modelo estándar en el derecho constitucional comparado —e interamericano—. Esto es: reconocer legitimación a las personas jurídicas solo cuando ello es necesario y congruente con la protección de los bienes e intereses centralmente cobijados por el derecho de que se trate.⁹ Ello divide a los derechos en esencialmente tres grupos: aquellos de los que no son nunca titulares las personas jurídicas, — vida, integridad personal, salud, educación, protección social o interrupción del embarazo—; aquellos que se les reconocen siempre o casi siempre, como acceso a la justicia, asociación o algunas facetas de libertad de expresión; y aquellos que están en la zona de penumbra y suscitan siempre debate, como el honor o la inviolabilidad del domicilio.

Es obligado decir, en cualquier caso, que, en México, parte de la discusión en torno a los derechos de las personas jurídicas, es solapadamente, una discusión sobre otro aspecto que no está nada claro en la Constitución: el estatus —fundamental o no— y el alcance de ciertos derechos como el derecho de propiedad, la libertad de empresa o las garantías tributarias del artículo 31 de la Constitución. Pensemos en estas últimas: si una concluye que lo que la fracción IV del artículo 31 consagra es un derecho fundamental a la equidad y la proporcionalidad de los impuestos, sería raro excluir a las personas jurídicas de su titularidad. Lo que genera dudas es, seguramente, la justificación de insertar esas garantías entre las fundamentales y dedicar recursos judiciales de máxima intensidad y cobertura a este tipo de problemas —y no a otros—.

Las personas jurídicas *públicas* no son titulares de derechos fundamentales, sino de obligaciones orientadas a garantizar su pleno disfrute y, por lo tanto, no están legitimadas para interponer un amparo.¹⁰ La excepción tradicional la establece el artículo 7º de la Ley de Amparo, según el cual las personas morales de derecho público pueden excepcionalmente interponerlo cuando la ley o el acto que recla-

⁹ Cf., Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*. Sobre los derechos de las personas jurídicas en el contexto interamericano, V, Corte IDH, OC 22/16.

¹⁰ V, Ley de Amparo, art. 5, fracción I, segundo párrafo; V, SCJN, Tesis 2a./J. 128/2017 (10a.), *Personas morales oficiales. Carecen de legitimación para promover el juicio de amparo en su carácter de autoridad, con independencia de las violaciones que aduzca*, *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta, Libro 47, Tomo II, p. 1022.

men afecte sus intereses patrimoniales, en el contexto de relaciones que las sitúan en un plano de igualdad con los gobernados.¹¹

La Corte ha tenido un par de casos recientes interesantes, sin embargo, que la han llevado a reconocer legitimación, además, a organismos públicos como Procuradurías y Defensorías, institucionalmente responsables de la defensa de ciertos derechos. En el ADR 1498/2018, la Segunda Sala resolvió la revisión de un amparo directo interpuesto por la Procuraduría Ambiental y de Ordenación del Ambiente del Distrito Federal —hoy CDMX—, en su propio nombre y en representación del interés legítimo de los habitantes de la Ciudad, en defensa del derecho de estos últimos al medio ambiente sano y al disfrute de un ordenamiento territorial adecuado para su salud y bienestar.¹² El Colegiado había desechado el amparo por falta de legitimación, al tratarse de una autoridad pública que no defendía intereses patrimoniales propios. La Corte observó que, ciertamente, la Procuraduría no se hallaba en ninguno de los dos supuestos contemplados por la legislación de amparo: persona moral oficial que ejerce imperio —no legitimada— o persona moral que actúa sin imperio en defensa de sus intereses patrimoniales —legitimada—. Se hallaba en una categoría tercera, de representación *sui generis* de intereses legítimos de las ciudadanas, por mandato expreso de su Ley reguladora.¹³ La Corte estimó que si la Procuraduría está legitimada para actuar ante la jurisdicción contencioso-administrativa —en representación del interés legítimo de las ciudadanas en la preservación del medio ambiente y otros derechos frente a actos de autoridad que los vulneren o amenacen— sería extraño que no pudiera interponer un amparo contra la sentencia resultante si no los protege, y las dejaría en indefensión; a juicio de la Corte la Procuraduría está legitimada para interponer un amparo directo como lo están en general las partes de cualquier juicio ordinario cuando se consideran que en el mismo o en la sentencia resultante se produjeron violaciones de derechos.¹⁴

¹¹ Cf., Ley de Amparo, art 7; V., SCJN, Sentencia recaída sobre la Contradicción de Tesis 39/2015.

¹² Cf., SCJN, Sentencia recaída al ADR 1498/2018; En el mismo sentido, AD 25/2018. Sobre la cuestión de la legitimación para representar afectaciones colectivas de derechos humanos, V., Courtis, “El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, pp. 33-65.

¹³ Cf., SCJN, Sentencia recaída al ADR 1498/2018, p. 30.

¹⁴ *Idem*, 31-34.

Estos criterios ponen ya en juego el vector que ha suscitado la discusión más intensa en estos años, centrada en el *tipo de afectación* que permite a los sujetos legitimados interponer exitosamente un amparo. Esta discusión se vehicula como una discusión en torno al tipo de interés que permite activar la vía. Desde el 2011, la Constitución establece que se necesita ser “titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que se alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos en esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en razón de su especial situación frente al orden jurídico”.¹⁵ Con la excepción del amparo contra sentencias, cuya interposición exige ser “titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa”.¹⁶ Ello supone una ampliación respecto de la regla histórica, que exigía en todos los casos un interés “jurídico”, imaginado bajo la horma del derecho subjetivo clásico como un reclamo en cuyo contexto una persona concreta tiene el deber de hacer o evitar algo igualmente concreto respecto de otra.

En el contexto de litigio sobre derechos sociales la apertura a las afectaciones de *interés legítimo*, individual o colectivo, son cruciales. Ello implica trascender la imaginación jurídica tradicional, capturada por las afectaciones a los derechos de libertad y patrimoniales. Lo que sea o no una afectación de derechos fundamentales o humanos se define, lógicamente, desde el bloque de los derechos, leído a la luz de los principios generales de interpretación del artículo 1º —universalidad, indivisibilidad, interdependencia, progresividad y no regresividad, pro persona— y de las obligaciones estatales respecto de los derechos listados en la misma sede —respetar, promover, proteger y garantizar—. Si algo puede ser razonablemente adscrito, *prima facie*, al contenido de un derecho —haya o no argumentos, al final del proceso, para que prevalezca— y existe un acto que afecte de una manera identificable a la esfera jurídica de sus titulares, existe interés legítimo y legitimación. En caso de duda, el reclamo debe ser procedente y ser examinado en su caso con mayor detenimiento en el transcurso del análisis de fondo.

La Corte ha emitido varios casos de referencia sobre el nuevo entendimiento del *interés legítimo* que muestran la notable flexibilidad de la nueva fórmula del 107

¹⁵ CPEUM, art. 107, fracción I, primer párr.

¹⁶ *Idem*, segundo párr.

—afectación en el disfrute de los derechos derivada de una “especial situación frente al orden jurídico”—.¹⁷ Un caso clave es sin duda el cuarto amparo de la “saga Oaxaca” sobre matrimonio igualitario, el AR 152/2013 —*Oaxaca IV*—, que no es centralmente sobre derechos sociales sino civiles, aunque con repercusiones en un ámbito jurídico más amplio. En su contexto la Corte reconoció interés para impugnar la regulación del matrimonio en Oaxaca a personas que no querían casarse —y no lo habían solicitado en el Registro—, pero que se sentían estigmatizadas y desaventajadas por una norma que definía el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer. La Corte la conceptualizó como una norma que podía impugnarse como autoaplicativa, con efectos discriminatorios continuados, sin necesidad de acto de aplicación, que proyectaba una afectación distintiva sobre las quejas.¹⁸

Importante resulta también lo sentado en dos casos, el ADR 1387/2012 y el ADR 992/2014 —discriminación precontractual—, que posibilitan la judicialización de la discriminación laboral precontractual —algo esencial para que la judicatura coadyuve a la progresiva constitucionalización del mercado de trabajo—.¹⁹ Las violaciones de derechos en el contexto laboral derivan con frecuencia de las condiciones contractuales o extracontractuales de trabajo y pago, o de despidos injustificados, pero también de lo que ocurre en el espacio pre-contractual donde se decide a quién se contrata y en qué condiciones.

En el segundo de los casos mencionados, una mujer de más de cuarenta años se sintió degradada e indignada por una oferta laboral publicada en un periódico que solicitaba mujeres menores de 25 y 35 años para los puestos de recepcionista y organizadora de eventos, respectivamente. En algún caso análogo anterior, la Corte

¹⁷ V., P./J. 50/2014 (10a.), “Interés legítimo. Contenido y alcance para efectos de la procedencia del juicio de amparo (interpretación del artículo 107, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)”, *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta, Libro 12, Tomo I, p. 60. extraída de la Contradicción de Tesis 111/2013, donde el Pleno interpreta la reforma de 2011 a raíz de una contradicción de criterios entre las dos Salas.

¹⁸ Analizando este importante amparo V., Alterio, “La Suprema Corte y la justiciabilidad de los mensajes estigmatizantes”, en Alterio, A. M. y Niembro Ortega, R., *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*; V., Pou, “Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos: la discriminación por género y edad en el mercado laboral”, en *Revista Discusiones*, pp. 147-188.

¹⁹ Cf., SCJN, Sentencia recaída al ADR 1387/2012; ADR 992/2014.

había destacado la necesidad de encontrar un vínculo entre la persona y las empresas demandadas y había discutido en torno a la presencia o ausencia de interés.

En las instancias judiciales anteriores en esos mismos casos también se había apuntado que, para poder recibir protección, la persona debía haber solicitado el empleo, haber sido rechazada y demostrar que el rechazo estaba asociado a su pertenencia a un grupo articulado en torno a categorías sospechosas.²⁰ La Corte cambió el criterio y reconoció que había afectación suficiente. Ciertamente, se trata de revisión de amparo directo: contra sentencias. La quejosa seguramente pensó que en este tipo de caso es difícil justificar que hoteles o empresas restauranteras realizan actos “equivalentes a actos de autoridad” y en lugar de amparo indirecto interpuso un juicio de responsabilidad civil extracontractual por daño moral, y posteriormente amparo contra la sentencia.²¹

Dado que existe, con todo, una interpretación jurisprudencial que insta a sobreseer un amparo directo cuando, de ser indirecto se sobreseería, la discusión sobre afectación e interés es muy relevante.²² En esta ocasión la Corte, sin referirse expresamente a la cuestión del interés, observa que si la persona ha solicitado o no el empleo puede ser relevante a la hora de determinar qué efectos ha tenido el acto discriminatorio, pero no para dejar de analizar en sus términos el reclamo de constitucionalidad.²³

Finalmente, hay que destacar el AR 307/2016 —*Laguna del Carpintero*—, donde la cuestión de la legitimación resulta central. Lo reclamado en el caso era el inicio

²⁰ Cf., SCJN, Sentencia recaída al ADR 968/2010.

²¹ Sobre la procedencia del amparo contra particulares, V, *infra*, pp. 10-12.

²² V., SCJN, P. LXXXI/99 (9a), *Conceptos de violación y agravios en el amparo directo en revisión. Son inoperantes si respecto del precepto u ordenamiento legal que se estima constitucional se actualiza una hipótesis respecto de la que sería improcedente el juicio si se tratara de amparo indirecto*, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, p. 40; P. LVIII/99 (9a), *Conceptos de violación inoperantes en amparo directo. Lo son si plantean la inconstitucionalidad de una norma general respecto de la cual, si se tratara de un juicio de amparo indirecto, se actualizará alguna causal de improcedencia*, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, p.53; En el mismo sentido, la 2a. /J. 96/99 (9a), *Conceptos de violación inoperantes. Lo son en amparo directo si plantean la inconstitucionalidad de una norma general respecto de la cual, si se tratara de juicio de amparo indirecto, se actualizaría alguna causal de improcedencia*, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, p. 78.

²³ V., SCJN, Sentencia recaída al ADR 992/2014, p. 42.

de las obras para construir un parque temático “ecológico” en la Laguna del Carpintero, Tampico, con destrucción de manglar y sin los correspondientes permisos de la Secretaría de Medio Ambiente —SEMARNAT—. ²⁴ El amparo venía sobreseído por falta de interés y la Primera Sala dedica el grueso de la resolución a esclarecer este punto. La Jueza de distrito había considerado que las quejas tenían un mero “interés simple” pues, aunque estaba demostrada la existencia de los actos reclamados, “no demostraron mediante prueba contundente haber sufrido algún deterioro en su salud o la afectación al medio ambiente a causa de la construcción del Parque”. ²⁵ Si bastaran sus afirmaciones, decía la jueza, “cualquier persona que alegara vivir cerca del lugar donde se construye una obra pública pudiera tener por ese simple hecho copado su interés legítimo”. ²⁶

Ante este planteo la Corte observa, ejemplarmente en esta sentencia, que para resolver la cuestión resulta “necesario entender a cabalidad la especial configuración del derecho humano al medio ambiente, para a partir de ello poder determinar cuál es su núcleo esencial de protección, cuáles son los fines que persigue y cómo se inserta en la esfera jurídica de la persona, pues solo este entendimiento integral del derecho permitirá conocer las formas en que puede actualizarse su vulneración”. ²⁷ Y eso es lo que hace: reconstruir cuidadosamente el contenido *prima facie* del derecho al medio ambiente. ²⁸ Después de ello regresa a la cuestión del interés y destaca la necesidad de encontrar “un prudente equilibrio” en la “tensión entre la protección efectiva del derecho y el desbordamiento de los sistemas judiciales ante la posibilidad de que cualquier persona pueda reclamar su afectación,” ²⁹ al tiempo que observa que en el contexto del amparo no rige un

²⁴ Cf., *Idem*, AR 307/2016; V, el comentario respectivo en la contribución de Astrid Puente, en este mismo volumen.

²⁵ *Idem*, párr. 17.

²⁶ *Idem*, párr. 23.

²⁷ *Idem*, párr. 64.

²⁸ *Idem*, La Corte destaca su fundamento en la solidaridad, la prevalencia en su contexto de las obligaciones sobre los derechos; su carácter autónomo —no derivado del derecho a la salud—, aunque interdependiente con otros derechos e integrante de la idea de desarrollo sostenible; su naturaleza colectiva y difusa; sus grandes principios rectores —precaución, in dubio pro natura, participación ciudadana y no regresión—, su vínculo con la noción de “servicios ambientales”, que definen los beneficios que otorga la naturaleza al ser humano. Y tras analizar los distintos ecosistemas se enfoca en la regulación y protección de los humedales, párrs. 102, 109, 124.

²⁹ *Idem*, párr. 150.

sistema de acción popular. Este equilibrio lo encuentra en la idea de asociar el interés legítimo con una situación en la que se tiene una relación específica con el objeto de protección, de carácter particular o derivado de una regulación social o grupal, que permita hablar de un “agravio diferenciado” en comparación con el resentido por el resto de integrantes de la sociedad.³⁰ En la materia específica ambiental, observa, tener interés legítimo “depende de la especial situación que guarda la persona o comunidad con el ecosistema que se estima vulnerado, particularmente, con sus servicios ambientales”,³¹ siendo uno de los posibles criterios para identificar la relación entre la persona y los servicios ambientales —no el único— el concepto de “entorno adyacente”.³² Sobre esa base reconoce legitimación a la quejosa que vivía en el entorno adyacente al parque, rechazando la legitimación de la otra.³³

En los últimos años la Suprema Corte ha dictado sus primeras sentencias reconociendo legitimación por afectación de *un interés legítimo colectivo*. Los casos de medio ambiente, y en particular los derivados de la judicialización de los graves daños provocados por el vertido de sulfato de cobre acidulado en los ríos Sonora y Bacánuchi en 2014, han resultado cruciales.³⁴ En el AR 365/2018 la Corte concluye que el hecho de que la SEMARNAT no hubiera consultado a los integrantes de la comunidad de Bacánuchi antes de autorizar a una empresa para construir y operar una presa de jales mineros que alteraba sus vías tradicionales de comunicación y su entorno; con independencia de lo que estableciera la normatividad aplicable, violaba su derecho a participar de manera informada en los asuntos que pueden afectar su derecho al medio ambiente sano.³⁵ El amparo había sido sobreseído por la Jueza de Distrito por falta de interés legítimo de las quejas,

³⁰ *Idem*, párr. 154: “Es por ello que se ha dicho que quien alega un interés legítimo se encuentra en una situación jurídica identificable, surgida de una relación específica con el objeto de protección que alega, ya sea de carácter particular o derivado de una regulación sectorial o grupal que le permite hacer valer una afectación a su esfera jurídica *precisamente* a partir de la expresión de un agravio diferenciado al resto de los demás integrantes de la sociedad”.

³¹ *Idem*, párr. 155.

³² *Idem*, párrs. 164-169.

³³ *Idem*, párr. 170.

³⁴ Agradezco a Luis Miguel Cano la ayuda y orientación que me prestó en la localización y análisis de estos casos.

³⁵ *Cf.*, SCJN, Sentencia recaída al AR 365/2018.

determinación revertida por el Colegiado, que sí había apreciado afectación colectiva, conclusión que confirma la Corte al conocer del recurso vía facultad de atracción.³⁶

En el AR 640/2019, varios de los afectados por la contaminación denunciaron su falta de participación en los procedimientos administrativos sancionadores contra las empresas, en los programas de remediación y monitoreo de ellos derivados y en el fideicomiso constituido por las empresas para pagar reparaciones y daños.³⁷ La Corte, sin embargo, no les reconoce interés legítimo respecto de las medidas correctivas impuestas en la resolución: como personas físicas habitantes de la comunidad adyacente al daño ambiental, o directamente afectadas, podrían exigir el cumplimiento de las medidas correctivas impuestas en la resolución, pero no la resolución en sí misma considerada, que únicamente afectaba al sujeto visitado.³⁸ Lo mismo sucedía con el Fideicomiso, sin perjuicio de los otros medios de defensa que pudieran tener como fideicomisarios.³⁹ Sí les reconocía interés para impugnar el convenio celebrado entre la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente —PROFEPA— y las empresas sobre las acciones de remediación, reparación y compensación de daños ambientales y a la salud pública, y reparación de daño material derivado del derrame.⁴⁰ Las leyes de la materia prevén la participación de las personas físicas habitantes de la comunidad adyacente al daño ocasionado al ambiente en dichos convenios, sin que exista prueba en el expediente de que las quejas intervinieron. Previo a la aprobación de los Programas de Remediación de las zonas 1 a 5, las autoridades debieron darles participación. En el AR 407/2019, la Segunda Sala reconoció de nuevo interés legítimo a las habitantes de los municipios aledaños para impugnar los dictámenes sobre la calidad del agua de la Comisión Federal para la Protección Contra Riesgos Sanitarios —COFEPRIS— que permitieron la reapertura de pozos de agua tras el derrame.⁴¹ Respecto de los alegatos de fondo, que denunciaban la permisividad de

³⁶ *Idem*, p. 6.

³⁷ *Idem*, AR 640/2019.

³⁸ *Idem*, párr. 40-48, 53, 55.

³⁹ *Idem*, párr. 78.

⁴⁰ *Idem*, párrs. 88-89.

⁴¹ *Cf.*, SCJN, Sentencia recaída al AR 407/2019, pp. 21-22.

niveles de metales superiores a los permitidos por la OMS, la Corte no les da la razón: las NOMs mexicanas estaban línea con la normativa internacional y los pozos las respetaban —incluidos los dos respecto de los cuales se había otorgado inicialmente el amparo, sobre la base de una transcripción errónea de la normativa sobre niveles de arsénico y manganeso—.

En el AR 302/2020, la Corte decidirá si una asociación civil cuyo objeto es la protección de los derechos de los migrantes tiene interés legítimo para interponer un amparo que denuncie la violación de sus derechos —lo cual evitaría las largas listas de nombres que ahora son habituales en el tipo de amparo mencionado, aunque todos puedan promover mediante el mismo representante—. ⁴² Ciertamente, si se consolida la posibilidad de este tipo de litigio también debería explorarse de qué manera se puede garantizar que no surjan conflictos graves entre los grupos en nombre de cuyo interés se litiga y estas instituciones.

Para cerrar este apartado, vale la pena recordar que, para poder interponer un amparo contra una sentencia, la Constitución sigue exigiendo un *interés jurídico*. La idea es, sin duda, que lo resuelto en el contexto de un juicio diseñado para asegurar un determinado equilibrio entre dos partes no resulte impugnabile por cualquier tercera: es necesario que esta demuestre tener un interés fuerte. Ello no significa que no haya casos que plantean dudas interpretativas. En la CT 353/2015 —evicción del domicilio conyugal—, por ejemplo, la Corte se pronuncia sobre casos en los que ciertas mujeres son expulsadas de su vivienda, domicilio que compartían en su día con sus exparejas, cuando se ordena la evicción por incumplimiento del contrato de alquiler firmado entre esas exparejas y un familiar suyo —típicamente su padre, exsuegro de la persona que habita el domicilio— con posterioridad a que el inmueble se convirtiera en domicilio conyugal. ⁴³ La Suprema Corte da la razón a los tribunales que sostienen que la mera posesión no justifica el interés jurídico para impugnar en amparo la sentencia que condena a la ex pareja a entregar y desalojar el inmueble. ⁴⁴ Si demostraría interés jurídico,

⁴² *Idem*, AR 302/202, turnado a la Ministra Ana Margarita Ríos Farjat.

⁴³ *Cf.*, SCJN, Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 353/2015.

⁴⁴ *Idem*, pp. 21-22

no de manera directa pero sí indirecta, aportar un título o causa jurídica que sirva de sustento a su posesión sobre el inmueble.⁴⁵ En su voto particular, el Ministro Ortiz Mena observa, acertadamente, que no reconocer legitimación al único cónyuge que habita el inmueble implica no reconocer interés jurídico a quien realmente resiente una afectación de derechos personal y directa, dejándola en estado de indefensión.⁴⁶ Para Ortiz, expulsarla del inmueble que fue domicilio conyugal sin haberla oído y vencido en juicio viola su derecho de audiencia.⁴⁷ Es claro que también el derecho a la vivienda queda afectado de manera importante, lo cual apunta a la necesidad de construir cuidadosamente criterios más diversificados en torno a esta cuestión.⁴⁸

2. Legitimación pasiva: contra quién

Un rasgo característico del amparo mexicano —que lo diferencia por ejemplo del español o el alemán, que no permiten cuestionar las leyes— es la enorme amplitud en cuanto a autoridades y tipo de actos que permite impugnar. Nos podemos amparar contra actos u omisiones de *todo tipo de autoridades*, con algunas excepciones derivadas del listado del artículo 61 de la Ley de Amparo: poder de reforma de la Constitución, Consejo de la Judicatura Federal, Suprema Corte, Tribunal Electoral, Tribunales Colegiados, etc.⁴⁹ Como veremos más adelante, estas exclusiones parecen vincularse con la idea de que los actos de estas autoridades deben ser impugnados en vías distintas al amparo, no inciden en el goce de derechos fundamentales o son constitucionalmente discrecionales.

El amparo también protege frente a violaciones de derechos fundamentales o humanos que ocurren en las *relaciones entre particulares*. Esta protección opera por dos vías: mediante el amparo directo —contra sentencias— y mediante el amparo indirecto —contra actos y normas—. La vía *del amparo directo* como garantía de derechos en las relaciones entre particulares está disponible desde siempre

⁴⁵ *Idem*, p. 32.

⁴⁶ *Idem*, Voto particular del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, p. 4.

⁴⁷ *Idem*, p. 5.

⁴⁸ V., la contribución de Silvia Emanuelli y Carla Escoffí, en esta misma obra.

⁴⁹ Ley de Amparo, art. 61, fracciones I-VII y XV.

—desde el siglo XIX—⁵⁰ pero solo surge una vez que se ha agotado la vía judicial previa. Dado que muchos juicios ordinarios —laborales, civiles, familiares, mercantiles— resuelven controversias entre particulares, el amparo interpuesto contra las sentencias resultantes es una vía de garantía de eficacia horizontal de derechos. A la vista de las nuevas responsabilidades constitucionales de los jueces locales y federales —incluida, desde 2011, la posibilidad de ejercer control difuso de constitucionalidad— el amparo directo debería ser cada vez más innecesario, pues los derechos deberían quedar resguardados en la resolución de la controversia inicial en sede de jurisdicción ordinaria. En el pasado, esto no ha sido siempre así y algunos de los criterios más importantes sobre eficacia horizontal de los derechos los ha dictado la Suprema Corte al revisar sentencias de amparo directo.

En muchas ocasiones, sin embargo, puede resultar más conveniente reaccionar frente a la acción de los particulares mediante un *amparo indirecto*, pues el amparo directo exige agotar un juicio previo que puede durar años y no ofrece la posibilidad de solicitar la suspensión del acto reclamado —algo que sí permite el amparo indirecto—. Desde el año 2013, la fracción II del artículo 5 de la LA establece que “para los efectos de esta ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de la autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general”. Este artículo permite interponer amparos contra particulares en términos muy flexibles: todo depende de qué significado se otorgue a la noción de “actos equivalentes a los de una autoridad” y a la noción de que sus funciones “estén determinadas” por una norma general.

La Corte ha mantenido a veces una postura restrictiva según la cual un acto equivalente al de una autoridad es un acto “que dicte, ordene, ejecute o trate de ejecutar algún acto en forma unilateral y obligatoria, o bien, que omita actuar en determinado sentido”, exigiendo además que “sus funciones estén determinadas en una

⁵⁰ La Suprema Corte admitió la posibilidad de interponer amparo contra sentencias (previa declaración de inconstitucionalidad del artículo de la Ley de Amparo que lo prohibía) en el famoso amparo Vega de 1869. V. Mijangos, *op. cit.*, pp. 65-69.

norma general que le confiera las atribuciones para actuar como una autoridad del Estado, cuyo ejercicio, por lo general, tenga un margen de discrecionalidad”.⁵¹

Es claro que hay muchas otras maneras de pensar la noción de “actos equivalentes a los de una autoridad” y, sobre todo, la noción de “funciones determinadas en una norma general”, expresión que parece exigir la existencia de una norma que regule de algún modo esas funciones, pero de ninguna manera la de una norma que le confiera expresamente la atribución de actuar como una autoridad del Estado y, además, con un grado de discrecionalidad. Para los efectos del litigio en DESCA, las actuaciones de los particulares involucrados en la prestación de servicios públicos —educación, salud, transporte, suministro de energía, etc.— están, a mi juicio, indudablemente incluidas, como lo pueden estar seguramente los medios de comunicación, los bancos o las aseguradoras. En un caso interpuesto por la comunidad indígena hñähñu contra Telmex, la Segunda Sala determinó que se trata de una cuestión que no puede decidirse en el auto de admisión o desechamiento: debe ser objeto de análisis detenido tras la admisión.⁵² En otro caso que no llegó a la Corte pero que fue muy comentado, un Tribunal Colegiado negó la calidad de autoridad al conglomerado de medios MVS, revirtiendo el criterio del Juez de Distrito, quien la había reconocido tras la interposición de un amparo por la periodista Carmen Aristegui.⁵³ La Segunda Sala no ha reconocido la calidad de autoridad a las administradoras de fondos de pensiones —Afores— y a las notaría cuando realizan funciones fiscales por cuenta del Estado,⁵⁴ pero en

⁵¹ SCJN, Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 423/2014, pp. 40-41.

⁵² *Idem*, Tesis 2a./J. 54/2012 (10a.), *Auto inicial de trámite de la demanda de amparo: no es la actuación procesal oportuna para analizar si el acto reclamado proviene de una autoridad para efectos del juicio de amparo*, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro X, Tomo 2, p. 929; Sentencia recaída Recurso de Queja 23/2014.

⁵³ V., Juez Octavo de Distrito en materia administrativa del Distrito Federal, Sentencia recaída al Amparo Indirecto 675/2015; Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Sentencia recaída al Recurso de Queja 139/2015.

⁵⁴ V., SCJN, Tesis 2a./J. 112/2015 (10a.), *Administradoras de fondos para el retiro (afores). Al retener el impuesto sobre la renta derivado de la subcuenta de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, no tienen el carácter de autoridad para efectos del juicio de amparo*, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 23, Tomo II, p.1797; Cabe, sin embargo, suponer que sí tienen carácter de autoridad cuando la controversia está vinculada con el pago de las pensiones, ya que actúan como delegatario estatal de la satisfacción del derecho a la seguridad social. V., *Idem*, 2a./J. 127/2015 (10a.), *Notarios públicos. No son autoridad para efectos del juicio de amparo en los casos en que calculan, retienen y enteran el impuesto sobre adquisición*

esos casos es posible interponer el mismo amparo contra las autoridades fiscales o contra la normativa correspondiente. Sí se han admitido algunos casos contra universidades privadas y entidades bancarias a nivel de Tribunal Colegiado.⁵⁵

Se trata, en definitiva, de una cuestión respecto de la cual la jurisprudencia es todavía cambiante y prospectiva. Qué tanto se desarrolle interpretativamente la noción de “particular que realiza actos equivalentes a los de una autoridad” dependerá sin duda de al menos tres factores: la magnitud y funciones del poder privado; lo bien o mal que funcione la garantía de derechos en sede de jurisdicción ordinaria por la vía del control difuso; y qué tan receptivos estén los tribunales frente a la obligación estatal de “proteger” los derechos. Vale la pena subrayar esto último: muchos de los problemas que se enfrentan en las interacciones con empresas de servicios, aseguradoras o entidades bancarias y financieras serían evitados con una correcta regulación legislativa, y una manera de exigirla es interponer amparos contra las autoridades reguladoras y legislativas por incumplimiento de su obligación de proteger los derechos contra violaciones derivadas de la actuación de agentes privados.

3. Objeto de impugnación: contra qué

De nuevo, la tutela de los derechos sociales en México debería beneficiarse extraordinariamente de la flexibilidad y amplitud del objeto del amparo: *cualquier tipo de acción* fáctica o normativa —actos, normas, vías de hecho, actuaciones complejas— *u omisión* fáctica o normativa, *pública o privada* —dentro de los parámetros precisados— puede ser objeto de impugnación.

Un rasgo que amplía todavía más el alcance del amparo es que las normas se pueden impugnar cuando entran en vigor y las personas empiezan a resentir sus

de inmuebles, porque actúan como auxiliares de la administración pública, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 22, Tomo I, p. 510.

⁵⁵ Para un caso contra una universidad privada, V, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito, Sentencia recaída al Recurso de Queja 54/2013; AR 260/2013. Para el caso de entidades bancarias, V, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito, Sentencia recaída al AR 25/2020; Decimosegundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Sentencia recaída al AR 135/2020.

efectos —en este caso, se ha dicho siempre en la jerga judicial, se impugnan como *autoaplicativas*— o bien cuando son aplicadas por una autoridad en un caso concreto —como *heteroaplicativas*—. En ambos casos hay reglas sobre plazos temporales de impugnación, pero es importante detectar los márgenes que conceden las reglas. Que una norma le sea aplicada a una persona le abre a esta última la posibilidad de impugnarla en amparo, aunque lleve mucho tiempo en vigor. Por otro lado, aunque tradicionalmente en el caso de normas que se consideraban autoaplicativas, no impugnarlas al entrar en vigor llevaba a decretar el sobreseimiento por consentimiento implícito, la Corte permitió en *Oaxaca IV* la impugnación sin acto de aplicación de la norma que definía el matrimonio como unión entre hombre o mujer. Como acertadamente destacó la Corte, se trataba de una norma con efectos estigmatizadores continuados, creando una situación que se prolonga día con día mientras la discriminación legislativa no se subsane, lo cual permite impugnarlas en cualquier tiempo.⁵⁶

La impugnación de *omisiones* está llamada a tener una centralidad especial en el litigio DESCA. Como es sabido, la violación de derechos sociales deriva en muchas ocasiones de lo que los poderes públicos no hacen o hacen a medias —insuficientemente—. ¿Cómo se identifica una acción u omisión estatal o privada? Necesariamente desde el bloque de los derechos, atendiendo a sus dimensiones institucionales de goce y al alcance que pueda adscribirse a las obligaciones estatales de respetar, proteger y garantizar. Las omisiones, además, facilitan el acceso a la justicia en tanto se pueden impugnar, sin límite de tiempo, mientras subsisten. Las carencias de la regulación educativa o de salud en términos de no garantía de adecuada calidad, accesibilidad sin discriminación, o trato digno aceptable, por ejemplo, se pueden presentar como omisiones y ser impugnadas en cualquier tiempo.

El artículo 61 de la Ley de Amparo da una lista de actos que, por *excepción*, no pueden ser impugnados —apartados I-VII y XV—: adiciones o reformas a la Constitución; actos de la Suprema Corte; actos del Consejo de la Judicatura Federal; resoluciones dictadas por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación;

⁵⁶ Cf., SCJN, Sentencia recaída al AR 152/2013, párrs. 126-128.

actos del Congreso de la Unión o de sus cámaras en colaboración con otros poderes que objeten o no ratifiquen nombramientos para ocupar ciertos cargos públicos; resoluciones de los Tribunales Colegiados de Circuito; resoluciones o declaraciones del Congreso Federal, sus dos Cámaras o de las Legislaturas estatales en declaración de procedencia y juicio político, y elección, suspensión o remoción de funcionarios cuando las Constituciones correspondientes les confieran la facultad de resolver discrecionalmente; resoluciones o declaraciones de las autoridades competentes en materia electoral. Algunas de estas hipótesis parecen estar justificadas en la necesidad de preservar la distribución funcional de competencias —por ejemplo, que no se pueda interponer amparo contra actos del Tribunal Electoral— y en el hecho de que contra ellos proceden otras vías de defensa —esos mismos actos de la autoridad electoral o las sentencias de los Tribunales Colegiados—, mientras que otras más remiten a actos que se consideran terminales, o no constitucionalmente reglados —nombramientos de altos cargos, resoluciones emitidas en el contexto de juicios políticos, reformas a la Constitución—. A veces, sin embargo, surgen pequeños espacios de indefensión, que los tribunales de amparo deben remediar interpretando estas reglas a la luz de los principios de trasfondo —los jueces, por ejemplo, pueden quedar en indefensión ante ciertos actos del Consejo de la Judicatura frente a los cuales no existen otros medios de defensa—.

Otra de las hipótesis listadas en el artículo 61 LA remite a actos y normas que ya han sido objeto de análisis en un amparo —apartados VIII-XI—. Pero las que han resultado sin duda más problemáticas son las listadas en los apartados XII a XXII —exceptuado el XV, ya mencionado, sobre resoluciones de las autoridades electorales—. A ellas se han vinculado causas de improcedencia que han tenido tradicionalmente un espacio amplísimo pero que, en el contexto del amparo constitucionalizado, están destinadas a tener un rol marginal.

Entre esos actos están en primer lugar los *actos consentidos* expresa o tácitamente —apartados XIII-XIV—. Sin embargo, como es sabido, el consentimiento respecto de la violación de derechos fundamentales o humanos no es válido. Además de titularidades subjetivas, los derechos humanos tienen una dimensión objetiva que los convierte en un orden público que debe informar la totalidad de la acción

pública y privada con independencia de las reacciones subjetivas de las personas.⁵⁷ Las personas no pueden “consentir” ser torturadas, esclavizadas, contratadas por debajo de las garantías laborales constitucionalmente establecidas o privadas de atención sanitaria básica. Excepcionalmente, hay derechos cuyo alcance no es totalmente insensible a la conducta de sus titulares —pensemos en el derecho a la intimidad— pero en ningún caso ello habilita a convertir el no consentimiento en una condición para que se active la garantía judicial de los derechos más básicos. En segundo lugar, están los *actos consumados* de modo irreparable —apartados XVI-XVII—. De nuevo, será extraño encontrar una instancia de dicha causal. En muchas de las hipótesis en las que los tribunales la han apreciado en el pasado tenía todo el sentido declarar la existencia de una violación de derechos e identificar el rastro de efectos que había dejado en el mundo. Pensemos por ejemplo en los amparos interpuestos ante la denegación de la interrupción legal del embarazo, que por desgracia ha sido masiva. Hasta que cambió el criterio hace cuatro años al resolver el AR 601/2017, sobre denegación de aborto en caso de violación, la Corte sobreescribía los casos por efectos consumados porque cuando el expediente se analizaba habían pasado ya nueve meses —en detrimento de la identificación y reparación de las violaciones perpetradas y de las garantías de no repetición—.⁵⁸

En tercer lugar, están los *actos no definitivos* —apartados XVIII-XX—. El amparo mexicano, como la tutela colombiana, procede solo cuando se han intentado y agotado las vías administrativas o judiciales previas —aunque la LA prevé algunas excepciones cuando, por ejemplo, esas vías alternativas no permiten solicitar la suspensión del acto reclamado—. Aunque no hay nada malo en este rasgo de diseño —y puede asociarse a un encomiable deseo de reservar estos mecanismos para los casos que más los necesitan— es necesario interpretarlo en todo momento bajo los parámetros interamericanos, atentos a no obligar a las personas a

⁵⁷ Para un ejemplo de formulación clásica de esta idea en la doctrina constitucional alemana de posguerra que tanto contribuyó a darle difusión V. Häberle, “El concepto de los derechos constitucionales”, en *Problemas actuales de los derechos*; Schneider, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en *Revista de Estudios Políticos*.

⁵⁸ Cf., SCJN, *Sentencia recaída al AR 601/2017*.

acudir a vías no aptas para proporcionar la protección que se busca.⁵⁹ En cuarto lugar, están lo que podemos llamar *actos ino cuos*, por no afectar el interés jurídico o legítimo de las personas o haber cesado en sus efectos —apartados XII, XXI y XXII—. Sobre lo primero ya hemos dicho mucho, y sobre lo de la cesación de efectos, es necesario repetir lo dicho respecto de los actos consumados: hay que agudizar la mirada, pues la práctica tradicional no siempre ha detectado efectos no cesados respecto de los cuales el análisis de constitucionalidad resulta necesario. Finalmente, la Ley de Amparo incluye una *cláusula residual* de improcedencia, destinada a cubrir los demás casos en los que la improcedencia derive de lo dispuesto en la Constitución o en la Ley de Amparo —apartado XXIII—. ⁶⁰ Por ahí se cuelan todos los mitos sobre lo que el amparo no puede proteger, y es claro que bajo el imperativo de la interpretación *pro persona*, el lugar de la cláusula residual debería ser, a su vez, residual —si no nulo—.

Más allá de la interpretación de cada una de las causales, el problema de la práctica histórica ha sido su manejo conjunto. En muchas ocasiones y haciendo exactamente lo mismo, las personas pueden ser expulsadas de la justicia por haberse tardado demasiado —acto consentido— o por haberse precipitado —acto no definitivo—, por haber sido hipersensibles —acto ino cuo— o insuficientemente sensibles —acto consumado—. La interpretación de este tipo de causales de improcedencia —aunada la famosa inoperancia, conceptualmente asociable a la cláusula residual de improcedencia, así como a otras causas de “deficiencia” argumental en el contexto del amparo— han constituido una barrera infranqueable para el acceso a la justicia. En un nuevo marco, su interpretación debe ser restrictiva y cuidadosamente adaptada a las condiciones de justiciabilidad de cada derecho. Como dijo la Primera Sala en el caso de la *Laguna del Carpintero*, exigir por ejemplo una prueba tradicional de daño cuando se denuncian violaciones al derecho al medio ambiente sería desconocer la sustancia normativa del derecho y el rol que en su contexto juega el principio de precaución.⁶¹

⁵⁹ V., Faúndez, “El agotamiento de los recursos internos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, pp. 43-122.

⁶⁰ *Cf.*, Ley de Amparo, art 61, fracción XXIII: “En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o de esta Ley”.

⁶¹ V., *supra*, n. 21.

III. La sustanciación del amparo: interludio

No hay oportunidad en esta ocasión de detenernos en la fase de sustanciación del amparo y en las reglas que deben orientar la evaluación sustantiva de los argumentos elevados en su contexto, a la luz del parámetro normativo correspondiente. Basta decir que la sustanciación de la vía está regulada en la Ley de Amparo y es difícil de entender: es abigarrada y llena de términos técnicos. Existen dos grandes modalidades de trámite, dependiendo de si el amparo es indirecto —contra actos y normas— o directo —contra una sentencia—. ⁶² El amparo contra actos o normas permite solicitar la suspensión de sus efectos, e incluye la celebración de una audiencia de alegatos y prueba. El amparo contra sentencias no incluye ninguna de las dos cosas. Hay cuatro puntos especialmente críticos con vistas a la transformación de la práctica, que apuntaré brevemente.

El primero se relaciona con la *justicia cautelar* y su instanciación estelar en el contexto del amparo indirecto: la suspensión. La reforma de 2013 modificó la regulación de la institución haciéndola menos categórica y más atenta al caso concreto —arts. 125-158 LA— pero mantuvo el sistema de garantías y contragarantías económicas que, salvo excepciones, lleva aparejado y que frustra el acceso a la justicia para muchas personas. Dos desarrollos deben ser monitoreados: los casos en los que el sistema de garantías económicas se declare inaplicable —como dijo la Corte en la *CT 270/2016*, Tajamar, que correspondía hacer en los casos de medio ambiente,⁶³ cuando se cumplan ciertas condiciones— y los casos de concesión de la suspensión con efectos colectivos, como han hecho algunas juezas de distrito recientemente en casos sobre regulación energética.⁶⁴ En todo caso, cabe señalar que, en materia de DESCAs, en los casos en los que lo que se ataca es una

⁶² La denominación de amparo directo o indirecto parece tener que ver con la competencia atribuida a la Suprema Corte históricamente. Antes de la creación de los Tribunales Colegiados el amparo directo era conocido en primera y única instancia por la Suprema Corte, mientras que el indirecto era conocido por los Jueces de Distrito y por la Suprema Corte en vía de revisión. Ignacio Burgoa habla de amparo uniinstancial y bi-instancial. V., Burgoa, *El juicio de amparo*, pp. 391 y ss.

⁶³ Cf., SCJN, Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 270/2016.

⁶⁴ *Idem*, V., Incidente de suspensión 118/2021 y su acumulado 120/2021.

omisión o actuación insuficiente, la eficacia de las medidas cautelares supone no limitarlas a la suspensión, sino —adecuándolas al objeto de la pretensión cautelar— extenderlas a órdenes urgentes de hacer, siempre que se verifique la afectación irreparable del derecho en caso de demora. Piénsese, por ejemplo, en la denegatoria de tratamientos médicos de emergencia, o a la necesidad de asegurar vacantes escolares, o al pago de prestaciones de carácter alimentario.

El segundo se relaciona con el desarrollo de la *actividad jurisdiccional*: recepción del informe de las autoridades, celebración de audiencia, reglas sobre recepción de material probatorio —pensada para ser excepcional— y rol general de la juzgadora. De nuevo, destacaría al menos dos puntos: el primero, el tema pendiente de que la Ley permita a las autoridades fundar y motivar sus actos y normas *ex post*, salvando defectos originarios —artículo 117, último párrafo—.⁶⁵ Aunque la práctica sea que las quejas amplían la demanda a la vista de las explicaciones de la autoridad, ello le permite a esta última intentar “sanar” violaciones que probablemente ya produjeron efectos y se pueden repetir.

El segundo tiene que ver con el rol activo o pasivo de la juzgadora. En *Laguna del Carpintero*, la Corte dijo que en los casos presididos por una situación de desigualdad de poder —político, técnico, económico— entre la autoridad responsable y el vecino, ciudadano, habitante, poblador, afectado, beneficiario, usuario, consumidor, y para no tornar ilusoria la protección del medio ambiente y en función del principio de participación ciudadana, la jueza debe adoptar medidas que corrijan esa asimetría mediante dos herramientas: la reversión de la carga de la prueba conforme al principio de precaución y la adopción de un papel activo para allegarse de los medios de prueba necesarios.⁶⁶

El tercer punto tiene que ver con la *delimitación de la litis* y el juego entre el principio de estricto de derecho, la suplencia de la queja. La lectura no formalista

⁶⁵ Para una crítica a este y otros puntos, V, Cárdenas, “La nueva Ley de Amparo”, en *Cuestiones constitucionales*, p. 395.

⁶⁶ V, *supra* n. 21, AR 307/2016, párr. 238; Sobre las potestades de los jueces de amparo para allegarse de elementos empíricos necesarios para resolver los casos, V, Cossío, Mejía *et al.*, *El uso de evidencia científica y opinión experta en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*.

de los argumentos y el principio de mayor beneficio en el estudio de los mismos. El amparo histórico ha vivido entre dos aguas sin aparente terreno intermedio: el principio de estricto derecho, que trata los alegatos de quien interpone el amparo bajo las reglas del derecho privado y supervisa estrictamente los contornos y la corrección y completitud formal de los argumentos, y las hipótesis de “suplencia de la queja” —en una lista de hipótesis que la reforma del 2013 amplía— donde la juzgadora puede rehacer prácticamente la demanda, con vistas a otorgar el amparo si existe cualquier tipo de base para ello.⁶⁷ Dos técnicas intermedias interesantes que han surgido en los pasados años son la alusión a la “cuestión efectivamente planteada” o a la “causa de pedir”, que insta a leer los argumentos en su mejor luz en todos los casos, y la doctrina del “mayor beneficio”, desarrollada por la Corte para el análisis de casos penales⁶⁸ y ahora recogida en el artículo 189 de la Ley de Amparo, según el cual “el órgano jurisdiccional de amparo procederá al estudio de los conceptos de violación atendiendo a su prelación lógica y privilegiando en todo caso el estudio de aquellos que, de resultar fundados, redunden en el mayor beneficio para el quejoso”. “En todas las materias”, continúa, “se privilegiará el estudio de los conceptos de violación de fondo por encima de los de procedimiento y forma, a menos que invertir el orden redunde en un mayor beneficio para el quejoso”.

El cuarto punto tiene que ver con la integración del *parámetro de regularidad* o control que debe presidir la resolución final del caso: la delimitación de la premisa jurídica. Se trata de cuestiones abordadas por la Corte y analizadas exhaustivamente por la academia mexicana en los años recientes.⁶⁹ Quizá sea suficiente con destacar que, tras una etapa de indefiniciones y algo de resistencia al uso pleno de las fuentes externas de derechos humanos, hemos entrado a una etapa de mucha mayor maduración.⁷⁰ La jurisprudencia de los últimos años muestra un uso fluido e integrado de fuentes internas y externas, sobre todo en los casos de derechos

⁶⁷ V., Ley de Amparo, art 79.

⁶⁸ V., SCJN, Sentencia recaída al ADR 1987/2006; ADR 468/2010; ADR 2334/2009; ADR 1891/2010; ADR 1397/2011.

⁶⁹ V., Astudillo, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*; Caballero, Sánchez, (eds.) *Derechos constitucionales e internacionales Perspectivas, retos y debates*; Medina-Mora, Salazar, et al., *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*; Cruz Parceró, *op. cit.*

⁷⁰ Cf., Serrano, *La recepción de los criterios interamericanos en las Cortes de Colombia y México: de las ideas a los resultados*, pp. 142 y ss.

sociales —un área donde la jurisprudencia histórica es escasa o inexistente y los criterios de fuente externa proveen una orientación indispensable—. Incluso respecto de los puntos más problemáticos, como el criterio según el cual cuando en la Constitución hay restricciones expresas a los derechos, las mismas deben prevalecer por encima de normas de fuente internacional más favorables sobre el mismo punto,⁷¹ se aprecian algunos signos positivos de evolución.⁷²

IV. La resolución y el cumplimiento del amparo

El amparo es una vía de control de la constitucionalidad de actos y normas con efectos para las partes, no generales. Este rasgo se ha llamado en México “principio de relatividad” o “fórmula Otero”, en recuerdo del jurista que peleó por la incorporación del amparo, con este diseño de efectos, en el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847 y posteriormente en la Constitución de 1857.⁷³ Pero la fórmula Otero no es más que la versión mexicana de los efectos *inter partes* típicos del control de constitucionalidad descentralizado o difuso que encontramos en muchos países de América.⁷⁴ El matiz es que el amparo no es una vía descentralizada sino semi-descentralizada —o semi-concentrada— porque del mismo no conoce cualquier jueza, sino sólo las juzgadoras federales —o más exactamente, una parte de ellas, puesto que existen juezas federales que se ocupan de la administración ordinaria de justicia civil, penal o administrativa en los ámbitos que caen bajo la esfera competencial de la Federación—.

Es muy común en México escuchar críticas a los efectos *inter partes* del amparo. Se destacan los problemas que representa que, una vez la Corte ha señalado en

⁷¹ Cf., SCJN, Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 293/2013.

⁷² V., Pou, “El principio pro persona a diez años de la reforma de derechos humanos”, en *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2011-2021). Una evaluación con perspectiva de futuro*.

⁷³ V., González, “Pasado y futuro de la anulación de leyes según el Acta de Reformas (1847-1857)”, en AAVV, *Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*. El amparo había sido incorporado a la Constitución de Yucatán unos años antes, en 1841, de la mano de Manuel Crescencio Rejón.

⁷⁴ Cf., Pou, “Supreme and Constitutional Courts: Directions in Constitutional Justice”, en *Handbook of Law and Society in Latin America*; Fernández-Segado, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*.

una sentencia la inconstitucionalidad de un precepto legal, las personas deban interponer su amparo para beneficiarse de ello; incluso cuando existe jurisprudencia vinculante que obliga a las juezas a fallar en un determinado sentido, las personas deben incurrir en los costos asociados a la interposición del amparo para evitar que se les aplique la norma inconstitucional —algo con un claro impacto socioeconómico disparaje—. Sin embargo, no es del todo sorprendente que mecanismos como el amparo no tengan efectos generales. Las vías desconcentradas o semi-desconcentradas multiplican los puntos de inicio de posibles juicios de inconstitucionalidad de la ley. Si acabaran en cada ocasión en invalidaciones con efectos generales, su impacto en la obra legislativa sería muy grande y preocupante desde la perspectiva democrática. Alternativamente, podrían llevar a un escenario en el que las juezas dejaran pasar muchas de las inconstitucionalidades para no causar una disrupción tan grande. Hay alguna lógica en que las vías de control que permiten la invalidación de las normas con efectos generales permitan atacar la constitucionalidad de leyes en abstracto solo durante un periodo temporal, a instancias de una serie limitada de actores políticos —en los países que siguen la pauta kelseniana clásica— o a instancias de cualquier ciudadano —en Colombia y en otros países con acción pública de inconstitucionalidad— pero ante una instancia única: la Suprema Corte o la Corte Constitucional. Del mismo modo, tiene alguna lógica que en aquellas vías que permiten a cualquier jueza, de modo incidental, en el transcurso de la resolución de cualquier controversia, examinar la constitucionalidad de la ley, la consecuencia de su incompatibilidad con la Constitución sea la inaplicación en el caso concreto, y no su invalidación general.

El problema del amparo, entonces, no es tanto que no tenga efectos generales, sino que ha estado asociado a una práctica de confección de resolutivos aquejada de varias patologías. Así, ha sido frecuente el dictado de resolutivos inanes que no imponen obligaciones precisas a las autoridades públicas ni las obligan a remediar y compensar con efectividad su actividad irregular y a no repetirla. También lo ha sido la no concesión —o incluso inadmisión o sobreseimiento— de amparos sobre la base de que ello hubiera implicado dar a la vía efectos generales, convirtiendo la fórmula Otero en una vía para prejuzgar los méritos de cualquier

planteamiento —en particular los que implicaban entrar al análisis de la política pública—.

En los apartados que siguen, veremos que la Constitución y la Ley de Amparo no ponen obstáculo alguno para la transformación de la práctica mexicana de resolutive en la línea que demanda la efectiva protección de los derechos, informada por las categorías interamericanas siempre que sea apropiado. Después de ello identificaré algunas de las innovaciones remediales que ofrece la jurisprudencia de la Suprema Corte de los pasados años con especial potencial para intensificar la garantía de los derechos sociales: órdenes de legislar, ordenes simples y órdenes complejas. A la luz de ello, en el siguiente apartado subrayaremos que la entrada en escena del interés jurídico colectivo, así como la judicialización de casos de derechos sociales que exigen evaluación de decisiones de política pública, generan naturalmente una reconfiguración del principio de relatividad, dando entrada a efectos colectivos y a efectos generales colaterales. A ello hay que añadir la existencia de tres mecanismos que, más allá de la confección de los resolutive, amplían los efectos de las determinaciones de amparo: la existencia desde el 2011 de la posibilidad de que la Corte invalide con efectos generales, en una votación *ad hoc*, normas declaradas inconstitucionales en vía de amparo; las posibilidades que encierra la emisión y uso de jurisprudencia temática; y la posibilidad de modificar una de las reglas más nocivas y anómalas que incluye nuestro ordenamiento: la que asume que la administración pública no está vinculada por la jurisprudencia.

1. La flexibilidad remedial del amparo

El tenor literal de los artículos 74 y 77 de la Ley de Amparo no ofrece obstáculo textual alguno para desarrollar una práctica remedial robusta. La fracción V del artículo 74 dispone que la sentencia de amparo debe contener, entre otras cosas,

[l]os efectos o medidas en que se traduce la concesión del amparo, y en caso de amparos directos, el pronunciamiento respecto de todas las violaciones procesales que se hicieron valer y aquellas que, cuando proceda, el órgano jurisdiccional advierta en suplencia de la queja, además de los términos precisos en que deba pronunciarse la nueva resolución.

El artículo 77 establece, por su parte, que “[l]os efectos de la concesión del amparo serán:

I. Cuando el acto reclamado sea de carácter positivo se restituirá al quejoso en el pleno goce del derecho violado, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación; y

II. Cuando el acto reclamado sea de carácter negativo o implique una omisión, obligar a la autoridad responsable a respetar el derecho de que se trate y a cumplir lo que el mismo exija.

En el último considerando de la sentencia que conceda el amparo, el juzgador deberá determinar con precisión los efectos del mismo, especificando las medidas que las autoridades o particulares deban adoptar para asegurar su estricto cumplimiento y la restitución del quejoso en el goce del derecho [...].

Como se puede observar, hay una mención explícita a la necesidad de que las sentencias especifiquen las medidas en las que se traduce la concesión del amparo, determinen con precisión sus efectos, así como la instrucción de que en los amparos contra sentencias se determinen “los términos precisos” en que debe dictarse la nueva resolución. También las enfáticas alusiones a la restitución del pleno goce del derecho violado parecen dar una base apropiada para desplegar todo tipo de medidas remediales. Ha habido alguna discusión, sin embargo, entorno a la significación que hay que dar al hecho de que se hable de “restituir” al quejoso en el goce del derecho y a la necesidad de “restablecer las cosas al estado que guardaban antes de la violación”. Parece, ciertamente, que en su tenor literal la expresión no tiene en cuenta los convincentes argumentos de la Corte Interamericana sobre la necesidad de emitir en ciertos casos reparaciones transformadoras que *no* regresen la situación al estado que guardaba cuando la violación se produjo, cuando ello se corresponde con un estado de cosas estructuralmente generador de violaciones continuadas de derechos, sino que la transformen, como precondition para evitar violaciones futuras.⁷⁵ Es claro, sin embargo, que es posi-

⁷⁵ Cf., Corte IDH, caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*.

ble interpretar la idea de “estado anterior a la violación” como un escenario de no violación de derechos, alineando sin demasiado problema, como resulta imperativo hacer, nuestras fuentes constitucionales internas y externas.

Por otro lado, en la Corte se ha dado alguna discusión sobre la interpretación de la palabra “restituir”. En el AR 706/2015⁷⁶ —un caso de matrimonio igualitario— los quejosos habían solicitado, con apoyo en criterios interamericanos, que además de declararse inconstitucionales las normas, la violación de derechos fuera reparada mediante una disculpa pública, la publicación de la sentencia y las indemnizaciones de los daños causados. La Corte, sin embargo, subrayó las disanalogías entre los tipos de violaciones que se conocen a nivel interno y a nivel interamericano, enfatizó la finalidad exclusiva de “restituir al estado anterior”, subrayó la imposibilidad de reparar monetariamente en amparo —salvo en los casos de cumplimiento sustituto por total imposibilidad de ejecución de los términos originales—. La Corte destacó que ninguna disposición de la Ley de Amparo permite a las juezas decretar medidas de satisfacción o no repetición, similares a las que dicta la Corte IDH.⁷⁷ La verdad, sin embargo, es que tampoco se lo impide, y las bases generales de la Constitución mexicana de los derechos pueden hacerlo aconsejable en algunos casos. Sin duda puede haber motivos para no convertir el amparo en una vía indemnizatoria, y esa parece ser la preocupación central y legítima de la Corte. Más allá de ello, no hay motivos para interpretar restrictivamente una palabra —“restituir”— que está en la Ley de Amparo desde antes de que la Corte IDH distinguiera entre distintos tipos de medidas remediales. La evolución general de la práctica de confección de resolutivos por parte de la Corte misma da buena muestra de la flexibilidad las bases legales en este punto.

Un segundo aspecto para mencionar en el contexto de la arquitectura reparatoria del amparo es el de los mecanismos de supervisión. Como ha puesto de relieve la literatura socio-jurídica latinoamericana en la década pasada, la efectividad de las sentencias parece depender del modo en que se articulan tres dimensiones

⁷⁶ Cf., SCJN, Sentencia recaída al AR 706/2015.

⁷⁷ *Idem*, p. 68.

básicas: el razonamiento jurídico que fundamenta la sentencia, sus resolutivos o remedios, y la existencia o no de mecanismos de supervisión, siendo la existencia de mecanismos fuertes de monitoreo de esencial importancia para asegurar la efectividad.⁷⁸ La práctica jurisdiccional mexicana se ha caracterizado por no dejar la jurisdicción abierta o dar instrucciones expresas sobre monitoreo de cumplimiento. Ello está vinculado, con toda seguridad, a la existencia de un proceso de cumplimiento de la sentencia profusamente regulado en la Ley de Amparo. Ese procedimiento ha funcionado siempre muy mal y en la reforma del 2013 se modificó para hacerlo más realista y, en la medida de lo posible, más efectivo.⁷⁹ Desde la perspectiva de la transformación de la práctica, lo interesante es que el cumplimiento queda a cargo de la juzgadora que conoció del amparo en un primer momento, quien abre un proceso que podría reimaginarse, si existieran los recursos, como un mecanismo de supervisión —en el estilo que prefigura, como veremos, la sentencia del caso de la Laguna del Carpintero—.

2. Órdenes de legislar

En los últimos años, la Corte se ha animado a incluir un tipo de resolutivo poco controvertible desde la perspectiva constitucional sistémica: órdenes de legislar.⁸⁰ Un caso de orden especialmente minimalista, en un ámbito distinto al de los derechos sociales pero importante desde una perspectiva igualitaria es la que dio la Corte en el *AR 1359/2015* —ley de publicidad oficial—, donde la Corte ordena cumplir la orden de legislar en materia de publicidad oficial que un transitorio de la Constitución incluía expresamente.⁸¹

Más interesante resulta, por menos obvio y más estructural, el *AD 9/2018* —trabajadoras del hogar—, donde la Corte ordena que se remedie legislativamente la

⁷⁸ Cf., Rodríguez, Rodríguez, *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*.

⁷⁹ V., Ley de Amparo, arts. 192-209.

⁸⁰ V., Abramovich, Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*; Abramovich, “El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales”, en Abramovich, Pautassi, *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*.

⁸¹ V., SCJN, Sentencia recaída al *AR 1359/2015*.

inconstitucionalidad derivada del hecho de que los trabajadores domésticos quedaran fuera del llamado “régimen obligatorio” de la seguridad social —su afiliación era opcional—. ⁸² La Segunda Sala acertadamente aprecia en el caso discriminación indirecta por género, habida cuenta de que nueve de cada diez empleadas del hogar son mujeres, según el INEGI, así como violación del derecho a la seguridad social. A pesar de que, observa la Corte, se trata de un amparo directo, —y en sentido estricto la autoridad responsable es la Junta laboral emisora del laudo impugnado, y no autoridades administrativas y legislativas a quien se pueda vincular como se podría en el contexto de un amparo indirecto— ⁸³ la Corte apela a las obligaciones estatales del artículo 1º de la Constitución e insta al Instituto Mexicano del Seguro Social —IMSS— a reformar la política pública; y le ordena además activar las acciones necesarias para presentar al Congreso de la Unión, en tres años, una reforma a la legislación que “logre obtener la seguridad social, efectiva, robusta y suficiente a la totalidad de las empleadas domésticas.” ⁸⁴

La Corte, además, da un buen número de lineamientos generales para la confección del “programa piloto” que, mientras tanto, “en un plazo prudente que podría ser al término de 2019”, debía aprobar el IMSS, solicitando las partidas presupuestarias necesarias: cobertura no menos favorable que la recibida por otros trabajadores que cubra riesgos de trabajo, enfermedad, maternidad, guarderías y prestaciones sociales, invalidez y vida, retiro, cesantía en edad avanzada y vejez; consideración de las particularidades del trabajo doméstico —realizado por personas que constituyen un grupo altamente vulnerable, de ingresos irregulares, con frecuencia vinculadas a más de un empleador, a veces sin contrato de trabajo, variabilidad en las horas trabajadas, existencia de prestaciones en especie, etc.—. La Corte añade que debe resultar de fácil implementación para los patrones para que no eludan su cumplimiento y no debe obligarlos a inscribirse formalmente como empleadores ante el Servicio de Administración Tributaria, dadas sus circunstancias generales. ⁸⁵

⁸² *Idem*, AD 9/2018, relacionado con el AD 8/2018.

⁸³ *Idem*, p. 47.

⁸⁴ *Idem*, p. 51.

⁸⁵ *Idem*, pp. 48-51.

3. Órdenes simples

Otra modalidad de resolutivo es aquel en el que la Corte da una orden simple o un conjunto de órdenes simples y concretas a personas u organismos determinados. Un primer ejemplo podemos encontrarlo en los dos amparos sobre cuotas universitarias en Michoacán, el AR 750/2015 y el AR 170/2016.⁸⁶ En ambos casos, alumnos de la Universidad Michoacana de San Nicolás Hidalgo —una universidad pública— se habían inconformado contra una resolución del Consejo universitario en la que se notificaba el fin de la gratuidad de los estudios de Preparatoria y Licenciatura, en un marco en el que la Constitución estatal garantizaba desde hacía varios años la educación gratuita en todos los niveles, incluido el medio-superior —Preparatoria— y superior —Licenciatura—. La Corte no tuvo dificultades para concluir que se trataba de una regresividad no justificada, a la vista de la nula expresión de razones que había acompañado la medida, más allá de la mención superficial a la falta de recursos. En la parte resolutive, la Corte da dos órdenes: a) el Gobernador del Estado debe transferir a la Universidad Michoacana los recursos necesarios para garantizar la gratuidad de la educación que reciba la parte quejosa hasta el nivel licenciatura, lo que incluye, al menos, los recursos necesarios para cubrir las cuotas de inscripción y b) la Universidad Michoacana y sus autoridades deben abstenerse de vulnerar la gratuidad de la educación superior que reciba la parte quejosa, esto es, como mínimo, evitar cobrarle las cuotas de inscripción durante su educación superior.⁸⁷

Como sucede en dos casos antecedentes importantes dictados por la Corte en materia de derechos civiles, *el* AR 237/2015 —marihuana lúdica—⁸⁸ y el AR 1358/2015 —inconstitucionalidad del estado de interdicción—, la Corte supera lo que había sido el resolutivo tradicional en estos casos: limitarse a hacer la declaratoria de inconstitucionalidad del acuerdo de la universidad —o de los artículos correspondientes de la Ley General de Salud y del Código Civil, en los otros dos casos— con la finalidad de garantizar la efectividad del amparo ante la posibilidad de una actitud renuente u omisa la autoridad. En el caso de la marihuana,

⁸⁶ V., SCJN, Sentencia recaída al AR 750/2015; AR 170/2016.

⁸⁷ *Idem*, párr. 206.

⁸⁸ *Idem*, Sentencia recaída al AR 237/2015.

no solo declara inconstitucional el artículo que prohíbe otorgar la autorización, sino que ordena al Director Ejecutivo de Regulación de Estupefacientes, Psicotrópicos y Sustancias Químicas de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios —COFEPRIS— que otorgue dicha autorización a los quejosos. En el caso de la persona injustamente declarada interdicta no solamente declara inconstitucional la legislación, sino que precisa qué tipo de actividades y decisiones debe poder realizar y en qué condiciones.⁸⁹

Otro ejemplo lo encontramos en el famoso caso del *Pabellón 13*, el AR 378/2014.⁹⁰ Este amparo fue interpuesto por personas seropositivas al VIH que recibían tratamiento en el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias, pero en instalaciones en las que entraban en contacto con muchos de los pacientes del hospital, lo cual los ponía en un riesgo innecesario de contraer infecciones oportunistas. Las autoridades médicas competentes, conscientes de la situación, habían encargado el proyecto de construcción de un nuevo pabellón dentro del recinto hospitalario y habían asignado presupuesto para ello. Antes de la conclusión de la obra, sin embargo, las autoridades anunciaron que no había recursos y los trabajos se interrumpieron. La Corte otorgó el amparo sin demasiada dificultad y a la hora de diseñar los resolutivos —quizá porque realmente fue uno de los primeros casos en los que daba justiciabilidad a los derechos sociales— ofreció tres opciones a las autoridades responsables, aun instándolos a brindar en todo caso a los quejosos el tratamiento más apropiado para sus dolencias: remodelar el Servicio Clínico 4, donde eran tratados; acabar de construir el Pabellón 13; o, de presentarse dificultades acreditadas dentro de las posibilidades de la política pública en materia de salud, hacer gestiones para la atención de los quejosos en otro hospital donde se les proveyera tratamiento en condiciones idóneas, garantizando el derecho a obtener el nivel más alto posible de salud.⁹¹

Habida cuenta de que en el caso las mismas autoridades habían seleccionado la construcción del Pabellón 13 como la adecuada y habían iniciado el proceso,

⁸⁹ *Idem*, p. 90.

⁹⁰ *Idem*, Sentencia recaída al AR 378/2014.

⁹¹ *Idem*, p. 60.

la flexibilidad de la Corte al permitir alternativas parece algo excesiva, aunque ciertamente era uno de los primeros casos de derecho a la salud que resolvía y la prudencia es entendible dentro de la lógica del patrón incrementalista que suele seguir.⁹²

Finalmente, otros ejemplos de casos en los que la Corte se ha animado a dar órdenes simples directas son los que tienen que ver con entrega de medicamentos. En el AR 251/2016 —medicación para la salud mental—, la Segunda Sala conoció el caso de un hombre que acudió al Instituto Nacional de Psiquiatría.⁹³ Ahí lo diagnosticaron y le dijeron qué medicamentos tenía que tomar, pero le informaron que no podían dárselos: debía apuntarse al Seguro Popular y solicitarlos allá —los medicamentos están incluidos en el Cuadro Básico—. El señor interpuso un amparo contra la directora del Hospital y el director de Servicios Clínicos, que en su informe consideraron perfectamente justificadas sus acciones, debido a que la ley no los obliga a entregar medicamentos a los pacientes ambulatorios. La Corte, sin embargo, confirma el amparo otorgado por una Jueza de Distrito, quien apreció violación de los derechos de petición, fundamentación y motivación y salud, ordenando al hospital la emisión de una nueva determinación y la entrega de los medicamentos. A su juicio, que la ley no lo prevea expresamente no le impide al hospital efectuar una entrega de medicamentos que es debida en protección del derecho a la salud consagrado en los tratados y la constitución. Tras abundar en la importancia de la salud mental, citar fuentes de derecho internacional de los derechos humanos y destacar que su garantía incluye el suministro de medicamentos, la Corte señala que están incluidos en el Cuadro Básico y que en dos ocasiones la Segunda Sala ha obligado incluso a entregar algunos que están fuera del mismo —AR 921/2014 y AR 896/2015—.⁹⁴ La Corte considera que las autoridades debían haber encontrado alguna base jurídica expresa o bien “evidenciar de modo contundente” que la diferencia de trato tenía sustento objetivo y racional. No lo hicieron y la Sala no detecta “conexión alguna entre que una persona esté

⁹² Para un análisis más detallado de esta resolución, V. Pou, “Los albores de la justiciabilidad del derecho a la salud en México: el caso *Pabellón 13*”, en Morales, Ronconi, *et al.*, *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, pp. 501-534.

⁹³ *Cf.*, SCJN, Sentencia recaída al AR 251/2016.

⁹⁴ *Idem*, párr.

hospitalizada o no y su necesidad de recibir medicamentos para su correcto tratamiento”.⁹⁵ Un último aspecto interesante de esta sentencia es que la Corte se preocupa por indicar que el deber de referir es un deber de enviar a las personas al lugar donde sí les darán las cosas, no una manera de sacárselas de encima. En el caso, la respuesta que se le proporcionó al señor no es una verdadera “referencia”: lo que le hicieron en el Instituto aumentó su vulnerabilidad.⁹⁶

4. Órdenes complejas

Antes de mencionar algunos casos de referencia en materia de derechos sociales, vale la pena recordar dos antecedentes de temática distinta, pero sin duda muy relevantes en el camino de la Corte hacia la construcción de resolutivos de órdenes complejas. El primero es el AR 554/2013 —*Mariana Lima Buendía*—, donde la Corte abordó un terrible caso de feminicidio.⁹⁷ Aunque todo apuntaba a la culpabilidad del esposo de la víctima, policía de profesión, tras una investigación llena de carencias e irregularidades, el ministerio público concluyó que Mariana se había suicidado y determinó el no ejercicio de la acción penal. La presentación de un amparo por parte de Irinea Buendía —madre de Mariana— ante la citada determinación llevó a un primer amparo donde un Juez de Distrito ordenó que dicha investigación se realizara de manera eficaz, y posteriormente a una sentencia de revisión de la Primera Sala de la Corte, donde el alcance de la protección federal se amplía y se confeccionan unos resolutivos claramente presididos por toda la gama de dimensiones conceptuales remediales desarrollado por la Corte interamericana.

En primer lugar, se ordena realizar una nueva investigación, pero se especifican las condiciones que debe satisfacer para que sea una investigación con perspectiva de género y bajo los estándares de especial diligencia, identificando el abanico de exigencias que ello impone a los órganos investigadores y juzgadores con el fin de no recrear los obstáculos que habían destruido la eficacia de la investi-

⁹⁵ *Idem*, párr. 59.

⁹⁶ *Idem*, párr 113.

⁹⁷ V., SCJN, Sentencia recaída al AR 554/2013.

gación anterior. Además, la Corte ordena que se investiguen todas las irregularidades cometidas por agentes estatales y se sancione a los responsables, lo cual naturalmente incentiva la no repetición de las conductas negligentes que habían dominado el caso. En tercer lugar, la sentencia lanza una apelación más amplia a la necesidad de que “el sistema de justicia debe ser capaz de reparar el daño realizado por parte de las autoridades y de impulsar un cambio cultural”, y a la necesidad de que se responsabilice no solo por lo que ocurre en casos de violaciones específicas sino buscar disuadir un cambio de conducta en la sociedad y de potenciales actores”.⁹⁸ Finalmente, la sentencia también refiere la existencia de reparaciones administrativas en el contexto de la Ley General de Víctimas, a las cuales los familiares pueden acceder con independencia de las reparaciones ordenadas en una decisión judicial.⁹⁹

El segundo caso es del AR 203/2017 y sus acumulados —Ayotzinapa—, que no son de la Corte, sino de un Tribunal Colegiado de Circuito, pero que sin duda están entre los que más innovan en el diseño remedial en México hasta la fecha.¹⁰⁰ En respuesta a las gravísimas violaciones de derechos cometidas durante la investigación de los hechos relacionados con la muerte y desaparición de los estudiantes de la Escuela Normal de Ayotzinapa, la sentencia no solo exige reponer el proceso penal con la finalidad de que se investiguen exhaustivamente los posibles actos de tortura de las personas peticionarias de amparo, sino que ordena la creación de una Comisión Especial de Investigación para la Verdad y la Justicia —CEIVJ—, conformada por el Ministerio Público federal, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y los representantes de las víctimas, así como por organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Organización de las Naciones Unidas, recomendando incluso el regreso del

⁹⁸ *Idem*, pp. 106-107.

⁹⁹ V., Quintana, K., “La obligación de reparar violaciones de derechos humanos: el papel del amparo mexicano”, en AA.VV., *¿Cómo ha entendido la Suprema Corte de Justicia de la Nación los derechos en la historia y hoy en día? Estudios del desarrollo interpretativo de los Derechos*. Como destaca Quintana, la sentencia además tiene una dimensión de satisfacción para los familiares de la víctima, pues la narración de hechos, contextos y fallas de investigación que incluye se relaciona con el derecho a la verdad en su vertiente reparatoria, y que el caso sea designado con el nombre de Mariana y su consiguiente transformación en un referente para la lucha contra la violencia de género es también una medida de satisfacción para su madre y familiares.

¹⁰⁰ V., Primer Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito, Sentencia recaída al AR 203/2017.

Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes —GIEI—. Esa Comisión sería responsable de impulsar la investigación de los hechos y de explorar las líneas de investigación y teorías del caso desechadas por la Procuraduría, sin asumir sin embargo las labores de acusación de delitos propias del Ministerio Público.¹⁰¹

Ya en el ámbito de los derechos sociales, un caso importantísimo en la evolución de la práctica remedial es el AR 307/2016 —*Laguna del Carpintero*—, anteriormente mencionado por sus también innovadores criterios sobre reconocimiento de interés legítimo. La Corte destaca los términos poderosos del artículo 77 fracción I de la Ley de Amparo, que en el caso del amparo contra actos positivos insta a restituir el pleno goce de la garantía, “restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación y precisándose en todo caso, los efectos de dicha protección, así como las medidas que las autoridades o particulares deban adoptar para asegurar el estricto cumplimiento y la restitución del quejoso en el goce del derecho”¹⁰² y da a las autoridades responsables dos órdenes, una simple y una compleja: que se abstengan de ejecutar los actos reclamados consistentes en el desarrollo del parque temático cuestionado, y que emprendan la recuperación del ecosistema y los servicios ambientales del área en el que se desarrolla el proyecto del Parque temático.¹⁰³

Además de esta segunda orden compleja, el diseño remedial del fallo ofrece tres importantes novedades. La primera es la creación de la figura de las “autoridades coadyuvantes” en el cumplimiento, a las que otorga plazos breves —30 días— para que procedan a realizar ciertas actividades. En particular, la Corte insta a la Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad —CONABIO— y a la Comisión Nacional Forestal —CONAFOR— a coadyuvar en el proceso de cumplimiento diseñando los planes de recuperación.¹⁰⁴ Con ello la Corte supera uno de los obstáculos que han dificultado por décadas la emisión de resolutive

¹⁰¹ Sobre este caso V. Saffon, Pou, “La Comisión de investigación de Ayotzinapa: un remedio adecuado para violaciones complejas a derechos humanos”, en *Reparaciones a derechos humanos en el sistema jurídico mexicano, interamericano y comparado*.

¹⁰² SCJN, Sentencia recaída al AR 307/2016, párr. 266.

¹⁰³ *Idem*, párr. 272.

¹⁰⁴ *Idem*, párrs. 276-278.

efectivos: la idea de que no se puede vincular al cumplimiento del amparo a ninguna autoridad distinta a las estrictamente identificadas como responsables, porque ello equivaldría a condenarlas sin haber sido vencidas en juicio. En esta ocasión la Corte parece adoptar por fin la premisa de que la necesidad de cooperar en el cumplimiento de medidas necesarias para reaccionar a una violación de derechos es algo intrínseco a su condición de autoridad, y más específicamente una instancia de cumplimiento de las obligaciones estatales respecto de los derechos del artículo 1º y del mandato de protección al medio ambiente del artículo 4º de la Constitución.¹⁰⁵ Como vimos, la Corte apelaría también a las obligaciones del artículo 1º en el caso *trabajadoras del hogar*, para vincular al cumplimiento del fallo a autoridades distintas a las señaladas como responsables.¹⁰⁶

La segunda novedad es el establecimiento de un sistema de monitoreo: cada dos meses, las autoridades deben informar al Juez de Distrito responsable del cumplimiento y también a la Corte de los avances.¹⁰⁷ La tercera novedad es que la Corte se preocupa por el impacto financiero del fallo, cuestión que hasta ahora no había sido importante debido al minimalismo remedial imperante en la práctica judicial: La Corte observa que, en atención a lo dispuesto en la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, la SEMARNAT, las autoridades municipales responsables y la empresa tercero interesada deberán convenir un esquema de financiamiento del proyecto de recuperación, y que para tales efectos, la Secretaría debe tomar en cuenta que el Municipio y la empresa, al haber puesto en riesgo el ecosistema de manglar e incluso haber talado mangle, han incurrido en infracciones expresas listadas en la Ley General de Vida Silvestre y la Ley General de Equilibrio Ecológico.¹⁰⁸

Un segundo caso de órdenes complejas es el AR 640/2019, ya mencionado entre la serie de asuntos en que derivó de la judicialización del vertido minero tóxico en el río Sonora. Según se especifica en el párrafo 147, la protección constitucional se concede para el efecto de que las autoridades responsables, en el ámbito de sus

¹⁰⁵ *Idem*, párr. 276.

¹⁰⁶ *V.*, *supra*, n. 72.

¹⁰⁷ SCJN, Sentencia recaída al AR 307/2016, párrs. 282-284.

¹⁰⁸ *Idem*, párrs. 279-280.

competencias, hagan tres cosas: organizar una reunión pública en la que den cierta información puntual a los quejosos; darles oportunidad de expresar su opinión, escucharla y tomarla en consideración del modo que la Corte indica; y una vez hecho lo anterior y escuchadas también las empresas, emitir una nueva determinación respecto del cumplimiento de las medidas correctivas impuestas en la resolución que puso fin al procedimiento administrativo, el cumplimiento del convenio sobre remediación y los fines del fideicomiso.

Aunque enunciadas de este modo parecen órdenes bastante simples y puntuales, el detalle con que la Corte las desarrolla las convierten en realidad en un programa que exige la coordinación de un número importante de autoridades y actores. En la reunión, por ejemplo, deben explicar a los quejosos: en qué consiste el Convenio de 15 de septiembre de 2014 para la realización de acciones con el objeto de remediar, reparar y compensar los daños ambientales, de salud y materiales derivados del derrame; en qué consisten las medidas ambientales puestas en operación dentro de los Programas de Remediación de las zonas uno a cinco; cómo se llegó a la determinación y qué medios se utilizaron para concluir que se alcanzaron los niveles de remediación propuestos y autorizados respecto de la zona uno y que los niveles de contaminación se identificaron como aceptables; cómo se llegó a la determinación y qué medios se utilizaron para concluir que se cumplieron las medidas correctivas precisadas en la resolución de 2 de marzo de 2015; cómo se llegó a la conclusión de que se cumplió la cláusula segunda del convenio de 15 de septiembre de 2014 y cómo se cercioraron de que los fines del fideicomiso habían sido cumplidos.¹⁰⁹ Con el mismo grado de detalle la Corte desarrolla las implicaciones del darles,

oportunidad de manifestar sus preocupaciones y posibles sugerencias, con la finalidad de que las opiniones de los quejosos sean escuchadas y las autoridades las tomen en cuenta”, además de añadir que todo es “en el entendido de que la oportunidad que tendrán los quejosos de exponer sus puntos de vista incluye la obligación de la autoridad de recibir, desahogar y valorar las pruebas que estimen convenientes para apoyar sus manifestaciones.¹¹⁰

¹⁰⁹ *Idem*, pp. 68-69.

¹¹⁰ *Idem*, pp. 69-70.

5. Efectos individuales, colaterales, grupales, colectivos y generales

La evolución en la positivización legal e interpretativa del “interés” como llave de acceso al amparo ha abierto la puerta a nuevos sujetos legitimados y a la justiciabilidad de nuevos derechos. Ello ha repercutido automáticamente, como hemos visto en los apartados anteriores, en la transformación de los efectos e impacto práctico del “principio de relatividad”.

En primer lugar, hay que registrar la existencia de lo que podemos llamar *efectos generales meramente colaterales*, que son los que derivan de la adopción de medidas necesarias para proteger a una quejosa o conjunto de quejosas determinadas, pero que naturalmente repercuten en más personas. Pensemos en los casos en los que remediar la violación exige emitir legislación, como el caso de la empleada del hogar, en un caso como *Pabellón 13*, en cuyo contexto la construcción de las nuevas instalaciones o la remodelación de las existentes beneficiará a un número indeterminado de pacientes, o en muchos de los reclamos de accesibilidad, acomodo y ajuste razonable, algunos de los cuales se avienen a soluciones personalizadas mientras que otros llaman naturalmente a la adopción de cambios de arquitecturas institucionales y procesales que beneficiarán al número indefinido de personas que las usen.

En segundo lugar, los amparos por interés jurídico o legítimo colectivo naturalmente dan lugar a actuaciones públicas o privadas con *efectos grupales o colectivos*. En los casos de consulta previa, por ejemplo, o en las otras instancias de participación en los procesos de remediación y reparación que ejemplifican los casos derivados del derrame tóxico en el río Sonora, el amparo naturalmente tiene un impacto grupal o colectivo, en consonancia con la identidad de quienes lo solicitan. Ello sin perjuicio, por descontado que, si las autoridades responsables estiman que existen otros colectivos o grupos igual de interesados y afectados por ciertas actuaciones, o necesitados de la misma prestación de un servicio, puedan convocarlos a todos, y no solo a las personas que interpusieron el amparo. Pero con independencia de ello, cuando el problema que se litiga y resuelve afecta a un grupo determinado o determinable —pensemos en la falta de medicamentos

para ciertos padecimientos en un hospital, o en problemas que afectan a determinados grupos de alumnos en una escuela—, los resolutivos deberían beneficiar a todo el grupo.¹¹¹

En cualquier caso, hay que recordar que, más allá de lo que derive de la factura de los resolutivos, existen varios recursos en el ordenamiento jurídico mexicano que expanden la eficacia de los criterios adoptados en vía de amparo. La *jurisprudencia* vinculante es, en todos los países, un mecanismo indirecto de extensión de efectos, en cuanto vincula a los jueces inferiores a fallar en un sentido determinado. En amparo y para el caso de la Suprema Corte, tradicionalmente la vinculación derivaba de la reiteración de un criterio en cinco casos ininterrumpidos, con votación de cuatro votos en Sala y ocho en Pleno. Desde la reforma judicial de 11 de marzo de 2021, un solo precedente —apoyado por la mayoría de cuatro u ocho votos, según se esté en Sala o Pleno, respectivamente— resulta vinculante.¹¹² Por otro lado, desde la reforma de 2011, la Suprema Corte tiene posibilidad de emitir una *declaratoria general de inconstitucionalidad* de normas calificadas de inconstitucionales en jurisprudencia por reiteración, mediante la celebración de una votación autónoma. La mecánica prevista en el 2011 era que, cuando en amparo indirecto se declaraba inconstitucional una norma por segunda vez se notificaba al Congreso respectivo, y cuando se alcanzaba el quinto precedente y se formaba jurisprudencia, el legislador tenía 90 días naturales para modificar o derogar la norma. Pasado este plazo, y con la excepción de las normas generales en materia tributaria, la Corte podía adoptar la declaratoria por una mayoría de ocho votos.¹¹³ Desde la reforma de marzo de 2021, el primer precedente —ahora vinculante para todas las juezas del país— se notifica ya a la autoridad, y la Constitución dispone que pasados 90 días, la Suprema Corte “emitirá” la declaratoria general, siempre que fuera aprobada por una mayoría de ocho votos, como dando la idea de que, por norma, eso es lo que la Corte debería hacer.¹¹⁴ Se elimina además la exclusión de las normas tributarias. La mecánica “dialógica” se mantiene, pero se aceleran extraordinariamente los tiempos.

¹¹¹ Agradezco a Christian Courtis sus comentarios y sugerencias sobre este punto.

¹¹² CPEUM, art. 94, párrafo decimosegundo; Ley de Amparo, arts. 222 y 223.

¹¹³ CPEUM, art. 107, fracción II, versión vigente antes de la reforma de 11 de marzo de 2021.

¹¹⁴ *Idem*, versión vigente tras la reforma de 11 de marzo de 2021.

En cuarto lugar, me gustaría mencionar brevemente un recurso existente pero poco conocido y debatido: *jurisprudencia temática* o “genérica”, que es la que alberga criterios sobre contenidos constitucionales cuya fuerza normativa no necesita ajuste en el caso concreto —que rigen siempre—. ¹¹⁵ Aunque se trata de un recurso notablemente delicado, pues son criterios destinados a ser usados más allá del “ancla” del caso y de los hechos que los originaron, lo cierto es que “generaliza” criterios de constitucionalidad y debería poder operar en el ámbito de los derechos sociales si se considera de uso legítimo en el ámbito de los derechos de propiedad.

Finalmente, quisiera referirme a una ausencia que, si fuera eliminada, reforzaría poderosamente el goce generalizado de los derechos: la ausencia de una norma que diga expresamente que *la administración está obligada a cumplir la jurisprudencia*. Sobre la base de lo que se expresa en la Ley de Amparo, que se refiere a las autoridades obligadas por la jurisprudencia y se limita a mencionar órganos del poder judicial, se ha entendido que la administración pública no está vinculada por ella. ¹¹⁶ Como resultado, se dan situaciones tan absurdas como la negativa de los Registros civiles, por ejemplo, a celebrar matrimonios igualitarios en jurisdicciones

¹¹⁵ Aunque la práctica de emitir jurisprudencia temática se remonta largos años atrás, las tesis que mejor precisan su naturaleza y funcionamiento son más recientes: V, SCJN, Tesis 2a. CXVIII/2016 (10a), *Jurisprudencia temática*. Los artículos 94 de la constitución política de los estados unidos mexicanos y 215 al 226 de la ley de amparo no la prohíben, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 36, Tomo II, p. 1553, derivada de la Contradicción de Tesis 174/2016, según la cual “[l]a jurisprudencia es temática cuando se advierte que el tema interpretado es previsible que esté presente en otras disposiciones estatales o federales diversas, por lo cual, en acatamiento al artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución Federal, es conveniente que para brindar seguridad jurídica en forma inmediata al resto del orden jurídico, se genere un criterio que abarque el mayor número de casos que en un futuro se presenten, tomando en cuenta, además, que los artículos 94, párrafo décimo, constitucional y 215 al 226 de la Ley de Amparo, no prohíben la emisión de criterios de mayor cobertura respecto de los casos que los originaron. También V, *Idem*, Tesis 2a./J. 98/2019 (10a), Revisión en amparo indirecto. Los tribunales colegiados de circuito están facultados para determinar la aplicación analógica de una jurisprudencia de la suprema corte de justicia de la nación o si tiene el carácter de temática o genérica en uso de su competencia delegada (abandono de las tesis 2a. CIII/2009, 2a. CXCVI/2007 y 2a. CLXX/2007), Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 67, Tomo III, p. 1987; Tesis 2a./J. 112/2019 (10a), Revisión en amparo indirecto. Los tribunales colegiados de circuito deben verificar si existe jurisprudencia aplicable que resuelva la materia de constitucionalidad que actualice su competencia delegada, previo a declararse legalmente incompetentes (derivada de los mismos precedentes que la anterior), Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 69, Tomo III, p. 2344.

¹¹⁶ Ley de Amparo, art. 217.

cuya legislación discriminatoria ha sido ya declarada inconstitucional, con la excusa de que las leyes y reglamentos a los que deben ceñirse no han sido modificados. La vinculación de la administración a la jurisprudencia constitucional debe considerarse parte del respeto a la fuerza normativa de la Constitución, a la que están sujetas todas las autoridades del país. La reforma judicial del 2021 dejó pasar una vez más la oportunidad de hacerlo explícito. Quizá en lugar de obsesionarse por la vinculatoriedad inmediata de cualquier criterio adoptado en amparo —algo que puede tener un preocupante efecto *boomerang* si en algún momento la Corte empieza a emitir criterios que retroceden— podría prestarse atención a esta sencilla manera de constitucionalizar la vida cotidiana de las personas, que eliminaría un residuo propio de la mecánica del Estado legislativo, no del Estado constitucional.

V. Conclusión

Este capítulo ha mostrado algunas de las posibilidades que ofrece el amparo para la protección de los derechos sociales. Lo ha hecho enfatizando los cambios que la misma Suprema Corte ha impulsado en su jurisprudencia reciente, lo cual hace inmediatamente “segura” su incorporación a los argumentos de las partes y a las sentencias del resto del Poder Judicial mexicano.

Lo que ha hecho la Corte no es sino dar los primeros signos de acuse de recibo, en el ámbito del amparo, de los fuertes mensajes normativos que derivan de la constitución reforzada de los derechos creada hace diez años por la reforma constitucional del 2011. Lo que hemos visto es una jurisprudencia “procesal” todavía cambiante —sin que haya que sorprenderse por ello— pero que indudablemente ha avanzado en la dirección correcta y que, mediante reinterpretaciones y en algunas ocasiones hasta inaplicaciones de la abigarrada Ley de Amparo —un verdadero tabú en el contexto de una institución sacralizada—, ha abierto espacios de justiciabilidad inimaginables hace una década.

El recorrido no alcanza a identificar todos los casos relevantes, ni profundiza en temas respecto de los cuales se pueden escribir libros enteros, y por su orientación, más allá de referencias puntuales, no refiere al ingente cuerpo de trabajo académ-

mico desarrollado en torno a muchos de los puntos que tocamos. Esperamos, con todo, que sea un elemento preliminar de apoyo e inspiración tanto para las juzgadoras como para quienes se animan a solicitar protección judicial cuando se desconocen los derechos sociales —esas litigantes con frecuencia heroicas que dan pasos argumentativos cruciales sin los cuales ninguno de los cambios analizados hubiera sido posible—.

Bibliografía

Libros

Abramovich, Víctor, “El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales”, en Abramovich, V. y Pautassi, L. (comps.) *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles* Trotta, Madrid, 2003.

Alterio, Ana Micaela, “La Suprema Corte y la justiciabilidad de los mensajes estigmatizantes”, en Alterio, A. M. y Niembro Ortega, R., *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2017.

Astudillo, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, Tirant lo Blanch, México, 2014.

Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, Porrúa, México, 2002.

Caballero Ochoa, José Luis, y Sánchez Gil, Rubén (eds.) *Derechos constitucionales e internacionales. Perspectivas, retos y debates*, Tirant lo Blanch, México, 2018.

Comisión Nacional de Búsqueda de Personas, *El amparo buscador: una herramienta contra la desaparición forzada de personas. Guía para familiares y personas juzgadoras*, CNB-USAID, México, 2021.

- Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control de constitucionalidad en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2013.
- Cossío Díaz, José Ramón, Mejía Garza, Raúl Manuel y Ruiz Cabañas, Ximena, *El uso de evidencia científica y opinión experta en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, El Colegio Nacional y Tirant lo Blanch, México, 2017.
- Cruz Parceró, Juan Antonio, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, Centro de Estudios Constitucionales, Querétaro, 2017.
- Cruz Parceró, Juan Antonio y Fajardo Morales, Zamir, *Derechos de personas jurídicas. Sobre las posturas del Sistema Interamericano y la Suprema Corte en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM y Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2018.
- Díez-Picazo Giménez, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003.
- Fernández-Segado, Francisco, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Dykinson, Madrid, 2009.
- Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1993.
- González Oropeza, Manuel, “Pasado y futuro de la anulación de leyes según el Acta de Reformas (1847-1857)”, en AA.VV., *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2008.
- Häberle, Peter, “El concepto de los derechos constitucionales”, en Sauca, J. M. (ed.) *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid: 1994.
- Medina-Mora, Alejandra, Salazar, Pedro y Vázquez, Daniel, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, Porrúa-UNAM, México, 2015.

Mijangos y González, Pablo, *Historia mínima de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, El Colegio de México, México, 2019.

Pou Giménez, Francisca, “Supreme and Constitutional Courts: Directions in Constitutional Justice”, en Sieder, R., Ansolabehere, K. y Alfonso Sierra, T. (eds.) *Handbook of Law and Society in Latin America*, Routledge, Nueva York, 2019.

—————, “Los albores de la justiciabilidad del derecho a la salud en México: el caso Pabellón 13”, en Morales Antoniazzi, M., Ronconi, L. y Clérico, L. (eds.) *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2020.

—————, “El principio *pro persona* a diez años de la reforma de derechos humanos”, en Caballero Ochoa, J. L y Ferrer Mac-Gregor, E. (eds.) *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2011-2021). Una evaluación con perspectiva de futuro*, Tirant lo Blanch, México, 2021.

Quintana, Karla, “La obligación de reparar violaciones de derechos humanos: el papel del amparo mexicano”, en AA.VV., *¿Cómo ha entendido la Suprema Corte de Justicia de la Nación los derechos en la historia y hoy en día? Estudios del desarrollo interpretativo de los derechos*, SCJN, México, 2016.

Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2015.

Saffon, María Paula y Pou Giménez, Francisca, “La Comisión de investigación de Ayotzinapa: un remedio adecuado para violaciones complejas a derechos humanos”, en Alfonso Herrera García, A. y Quintana Osuna, K. (eds.) *Reparaciones a derechos humanos en el sistema jurídico mexicano, interamericano y comparado*, Tirant lo Blanch, México, 2021.

Serrano, Sandra, *La recepción de los criterios interamericanos en las Cortes de Colombia y México: de las ideas a los resultados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2021.

Revistas

Cárdenas, Jaime. “La nueva Ley de Amparo.” *Cuestiones constitucionales*, Núm. 29, 2013.

Courtis, Christian. “El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos.” *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 5, 2006. pp. 33-65.

Elizondo Mayer-Serra, Carlos. “La industria del amparo fiscal.” *Política y gobierno*, vol. 16, núm. 2, 2009. pp. 349-383.

Faúndez Ledesma, Héctor. “El agotamiento de los recursos internos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.” *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Núm. 46, 2007. pp. 43-122.

Pou Giménez, Francisca. “Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos: la discriminación por género y edad en el mercado laboral.” *Revista Discusiones*, Vol. 1, Núm. 16, 2015. pp. 147-188.

Schneider, Hans-Peter. “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático.” *Revista de Estudios Políticos, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 7, 1979.

Jurisprudencia y normas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Corte IDH, *caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

Ley de Amparo.

PJF. Juzgado Octavo de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal, Amparo Indirecto 675/2015, Juez Martín Adolfo Santos Pérez, México, 2015.

_____, Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Recurso de Queja 139/2015, Magistrado Pablo Domínguez Peregrina, México, 2015.

_____, Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y Administrativa del Décimo Noveno Circuito, Amparo en Revisión 203/2017, Magistrada Juana María Meza López, México, 2017.

_____, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito, Recurso de Queja 54/2013, Magistrado Jacob Troncoso Ávila, México, 2013.

_____, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito, Amparo en Revisión 260/2013, Magistrado Jacob Troncoso Ávila, México, 2013.

_____, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito, Amparo en Revisión 25/2020, Magistrado Carlos Arturo Rivero Verano, México, 2020.

_____, Decimosegundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Amparo en Revisión 135/2020, Magistrado Oscar Germán Cendejas Gleason, México, 2020.

SCJN, Pleno, Incidente de suspensión en controversia constitucional 120/2021, México, 2021.

_____, Pleno, Incidente de suspensión en controversia constitucional 118/2021, México, 2021.

_____, Pleno, Amparo Directo en Revisión 307/2016, ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, México, 2018.

_____, Pleno, Amparo Directo en Revisión 992/2014, ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, México, 2018.

_____, Pleno, Amparo Directo en Revisión 750/2015, ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, México, 2016.

_____, Pleno, Amparo en Revisión 237/2015, ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, México, 2017.

_____, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 170/2016, ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, México, 2016.

_____, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1387/2012, ponente: Ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero, México, 2014.

_____, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1387/2012, Voto particular del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, México, 2014.

_____, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 992/2014, ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, México, 2014.

_____, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 968/2010, ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, México, 2010.

_____, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1987/2006, ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, México, 2007.

_____, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 468/2010, ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, México, 2010.

- _____, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2334/2009, ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, México, 2010.
- _____, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1891/2010, ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, México, 2011.
- _____, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1397/2011, ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, México, 2011.
- _____, Primera Sala, Amparo en Revisión 1359/2015, ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, México, 2017.
- _____, Primera Sala, Amparo en Revisión 152/2013, ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, México, 2014.
- _____, Primera Sala, Amparo en Revisión 706/2015, ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, México, 2016.
- _____, Primera Sala, Amparo en Revisión 307/2016, ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, México, 2018.
- _____, Primera Sala, Contradicción de Tesis 353/2015, ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, México, 2018.
- _____, Primera Sala, Contradicción de Tesis 293/2013, ponente: Ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero, México, 2013.
- _____, Segunda Sala, Amparo Directo 9/2018, ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, México, 2018.
- _____, Segunda Sala, Amparo Directo 8/2018, ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, México, 2018.
- _____, Segunda Sala, Amparo Directo 25/2018, ponente: Ministro Eduardo Medina Mora I., México, 2018.

_____, Segunda Sala, Amparo Directo en Revisión 1498/2018, ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, México, 2018.

_____, Segunda Sala, Amparo en Revisión 251/2016, ponente: Ministro Javier Laynez Potisek, México, 2019.

_____, Segunda Sala, Amparo en Revisión 302/2012, ponente: Ministra Ana Margarita Ríos Farjat, México, 2012.

_____, Segunda Sala, Amparo en Revisión 378/2014, ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, México, 2014.

_____, Segunda Sala, Amparo en Revisión 601/2017, ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, México, 2018.

_____, Segunda Sala, Amparo en Revisión 407/2019, ponente: Ministra Yasmín Esquivel Mossa, México, 2020.

_____, Segunda Sala, Amparo en Revisión 640/2019, ponente: Ministro Javier Laynez Potisek, México, 2020.

_____, Segunda Sala, Amparo en Revisión 365/2018, ponente: Ministro Javier Laynez Potisek, México, 2018.

_____, Segunda Sala, Contradicción de Tesis 270/2016, ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, México, 2017.

_____, Segunda Sala, Contradicción de Tesis 39/2015, ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, México, 2015.

_____, Segunda Sala, Contradicción de Tesis 423/2014, ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, México, 2015.

_____, Tesis P./J. 50/2014 (10a.), *Interés legítimo. Contenido y alcance para efectos de la procedencia del juicio de amparo (interpretación del artículo 107, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 12, Tomo I, p. 60.

_____, Tesis P. LXXXI/99 (9a.), *Conceptos de violación y agravios en el amparo directo en revisión. Son inoperantes si respecto del precepto u ordenamiento legal que se estima constitucional se actualiza una hipótesis respecto de la que sería improcedente el juicio si se tratara de amparo indirecto*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo X, p. 40.

_____, Tesis P. LVIII/99 (9a.), *Conceptos de violación inoperantes en amparo directo. Lo son si plantean la inconstitucionalidad de una norma general respecto de la cual, si se tratara de un juicio de amparo indirecto, se actualizará alguna causal de improcedencia*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo X, p. 53.

_____, Tesis 2a./J. 128/2017 (10a.), *Personas morales oficiales. Carecen de legitimación para promover el juicio de amparo en su carácter de autoridad, con independencia de las violaciones que aduzca*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 47, Tomo II, p. 1022.

_____, Tesis 2a./J. 112/2015 (10a.), *Administradoras de fondos para el retiro (afores). Al retener el impuesto sobre la renta derivado de la subcuenta de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, no tienen el carácter de autoridad para efectos del juicio de amparo*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 23, Tomo II, p. 1797.

_____, Tesis 2a./J. 127/2015 (10a.), *Notarios públicos. No son autoridad para efectos del juicio de amparo en los casos en que calculan, retienen y enteran el impuesto sobre adquisición de inmuebles, porque actúan como auxiliares de la administración pública*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 22, Tomo I, p. 510.

_____, Tesis 2a /J. 54/2012 (10a), *Auto inicial de trámite de la demanda de amparo: no es la actuación procesal oportuna para analizar si el acto reclamado proviene de una autoridad para efectos del juicio de amparo*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro X, Tomo 2, p. 929

_____, Tesis 2a /J. 96/99 (9a), *Conceptos de violación inoperantes. Lo son en amparo directo si plantean la inconstitucionalidad de una norma general respecto de la cual, si se tratara de juicio de amparo indirecto, se actualizaría alguna causal de improcedencia*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo X, p. 78.

La tensión entre interés legítimo y derechos sociales. Una propuesta de solución

Juan Antonio Cruz Parceró*

* Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante, España. Investigador titular C en el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM.

La tensión entre interés legítimo y derechos sociales. Una propuesta de solución. I. Introducción; II. El origen del interés legítimo y sus complicaciones; III. El desarrollo de los derechos sociales; IV. La tensión entre interés legítimo y derechos sociales; V. Los criterios de la SCJN sobre interés legítimo; VI. Propuesta para resolver las tensiones.

I. Introducción

En este trabajo abordaré algunos problemas de la teoría del interés legítimo —y conceptos afines como el de interés jurídico— y su relación con los derechos humanos, especialmente con los derechos sociales.¹ Presentaré algunas tensiones que existen entre las teorías del interés legítimo y las teorías de los derechos humanos. La comprensión histórica del origen de la noción de interés legítimo ayudará para entender estas tensiones a partir de conocer el contexto socio-histórico bajo el cual surgió tal noción. La teoría del interés legítimo —y jurídico— tuvo su origen en el Derecho administrativo del siglo XIX, especialmente en Alemania, Francia e Italia, en un momento en que las funciones regulatorias del Estado se fortalecían frente al derecho privado. Por su parte la teoría de los derechos humanos contemporánea, y la forma en que entendemos los derechos sociales, ha tenido un desarrollo teórico-doctrinal y jurisprudencial relativamente reciente. La teoría del interés, que se ha retomado en nuestra legislación, obedece entonces a un marco teórico pre-derechos humanos, lo que hace difícil de conciliar con la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Como

¹ Hablaré de derechos sociales en general para referir a los llamados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Utilizo esta manera de hablar de los derechos humanos, consciente de que las clasificaciones tradicionales son equívocas.

veremos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha alcanzado una interpretación que supere a la doctrina tradicional. La figura del interés legítimo se utiliza como una noción relacionada con la legitimidad procesal que obstaculiza la interposición de demandas sobre violaciones a derechos. Propondremos entonces posibles formas de sortear este obstáculo hasta en tanto no exista una reforma para eliminar el requisito del interés legítimo que se establece en la Constitución.

II. El origen del interés legítimo y sus complicaciones

Rudolf Von Ihering el jurista alemán que encabezó la importante escuela conocida como jurisprudencia de intereses, definió en el siglo XIX la noción de derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido. De aquí que estas dos nociones centrales —derechos e intereses—, están ligadas hasta nuestros días. También en el siglo XIX surgió una teoría en el entonces novedoso derecho público para determinar la posición del ciudadano frente a la administración pública, la teoría del interés legítimo, en un tiempo donde los derechos constitucionales consistían principalmente en derechos civiles y políticos. La doctrina de derecho administrativo que se desarrolló en Alemania, Francia e Italia en ese siglo retomó la noción de interés como un concepto central. Sin embargo, cada una de ellas tuvo un desarrollo particular, por lo que no podemos hablar de una única teoría del interés legítimo.

Luis Medina Alcoz, en un excelente libro sobre el tema, señala que no es muy productivo analizar las diferentes definiciones que se han ofrecido del interés legítimo —o de otras nociones afines como “interés jurídico”, “interés simple”, “interés desprotegido”, etc.— en abstracto: lo importante es comprender por qué surgió la noción, los problemas que trató de resolver y las concepciones y circunstancias de la época en que la teoría fue formulada. A Medina, le preocupa entender por qué en España la noción de interés legítimo se utiliza hoy día, a diferencia de otros países, “como una posición activa que habla nada más que de legitimación procesal”.²

² Medina Alcoz, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, p. 25.

En México también cumple una función de legitimación procesal, pero dista de los mismos alcances que en España.

El contexto en que surge la noción del interés legítimo es un periodo de transición entre, una concepción iusnaturalista del derecho y de los derechos civiles y políticos —ligados a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, del Estado liberal heredado de la revolución francesa, donde el Estado debía proteger los derechos de los ciudadanos— por un lado, y por otro, desde una nueva forma de entender el Estado y el derecho, a los que se les comenzó a atribuir la función de desarrollar fines sociales —bienestar, justicia—. Esto representó en aquella época, como sostiene Medina Alcoz, “un auténtico cambio de paradigma, una reacción antiindividualista que marcó huella en el pensamiento jurídico de entonces y hasta ahora”.³ El derecho objetivo dejó de estar al servicio de la libertad individual para buscar el bienestar general mediante una forma jurídica novedosa que fue la regulación orientada a fines sociales. Por ello la definición de derecho subjetivo se convirtió bajo este paradigma en la protección de un interés jurídicamente protegido por el Estado. La centralidad de Ihering en esta etapa fue fundamental:

[...] antes de Ihering, el Derecho era un mecanismo liberal para armonizar voluntades individuales que asegura que cada cual elija sus fines; después de él, es un mecanismo social para conciliar los objetivos del individuo con los intereses del grupo. Es la transformación que sintetiza la definición de derecho subjetivo como «interés jurídicamente protegido». Este concepto expresa no el simple gusto por las disquisiciones intelectuales, sino nada menos que una visión revolucionaria del derecho subjetivo que presupone una concepción completamente nueva del Derecho objetivo, del Estado y del propio hombre.⁴

Se trata de un cambio que respondió a la transformación del Estado y de la economía en la Europa de la segunda mitad del siglo XIX. El Estado comenzaba a convertirse en un Estado de bienestar donde se podía intervenir en la economía

³ *Idem*, p. 71.

⁴ *Idem*, p. 72.

para dirigirla; donde el derecho civil, especialmente el sacrosanto derecho de propiedad se concibió como limitado debido a la función social que jugaba.

Medina Alcoz observa agudamente que, en esta transformación, se producen dos fenómenos en el ámbito jurídico: la desvinculación de la acción respecto del derecho subjetivo y la ruptura de la correlatividad entre derecho subjetivo y obligación. Por una parte, el derecho objetivo cobra centralidad en la medida en que permite al Estado perseguir fines a través de la regulación. La acción judicial se desvincula así del derecho subjetivo, en la medida en que el Estado permite hacer uso de la acción judicial para exigir algún interés protegido por el derecho objetivo sin que necesariamente existiera un derecho subjetivo reconocido en las normas que reconociera una titularidad individual. Los procesalistas comenzaron a usar el término “legitimación”.⁵

El otro fenómeno, el de la ruptura del principio de correlatividad, implicó que el Derecho objetivo se desdoblaba en dos tipos: el que, por estar orientado a satisfacer intereses individuales, atribuía derechos subjetivos y era judicialmente exigible, y el que, por no proteger intereses individuales, no atribuía derechos subjetivos y tampoco podía exigirse ante los tribunales por más que su incumplimiento produjera perjuicios. Este perjuicio asociado a una norma —o a su incumplimiento— dejaba de concebirse como condición suficiente para la protección judicial.⁶

El derecho subjetivo se convierte en un interés jurídicamente tutelado por el Estado en beneficio de un individuo al otorgársele la posibilidad de hacer uso de una acción procesal, pero entonces surgen múltiples situaciones en que los individuos se ven beneficiados por el derecho objetivo sin que se les reconozca un derecho subjetivo. Esos beneficios —y los perjuicios que se generan o podrían generarse por el incumplimiento de las obligaciones— no eran exigibles. La teoría del interés generó entonces el concepto de “interés jurídicamente desprotegido” para referir a un “efecto reflejo” del derecho objetivo destinado a proteger intereses generales sin conferir derechos subjetivos —intereses jurídicamente protegidos—.

⁵ *Idem*, p. 80.

⁶ *Idem*, p. 81.

Fue en el ámbito del Derecho Administrativo donde la teoría funcionalista y finalista logró mayor penetración, y donde hasta nuestros días subsiste. El derecho privado, pese a haber tenido una enorme influencia del funcionalismo —recordemos la idea misma de la función social de la propiedad, la enajenación forzosa por causa de utilidad pública, la expropiación administrativa, instituciones que supusieron una restricción de la propiedad privada—, logró mantenerse bajo los principios de la autonomía de la voluntad y del individualismo de la tradición iusnaturalista. En la doctrina administrativa europea se afianzó la idea de que las leyes administrativas miran al interés público y no al privado como en el derecho civil; su fin era el bienestar general y no el individual, y su protección se encomendó a una burocracia que opera bajo el principio de jerarquía y responsabilidad, no al de una magistratura independiente.⁷ Con ello, se comenzaron a trazar las fronteras entre el derecho administrativo y el derecho civil, y de algún modo a redefinir los límites entre lo público y lo privado. Aquí es importante recordar que el Estado no era todavía un Estado constitucional como lo conocemos ahora: todavía era la Ley y no la Constitución, la que prevalecía. La Constitución era todavía considerada más un pacto político que la norma suprema.

El nuevo problema que generó el modelo de protección finalista del derecho administrativo en términos de Medina Alcoz,

[...] era lisa y llanamente si el ciudadano perjudicado por la infracción de la ley que obliga a la Administración a actuar mediante órgano competente, a dar audiencia, a motivar resoluciones, a orientar el ejercicio del poder hacia un determinado interés público o a librar la licencia reglada, puede hacer valer derechos subjetivos correlativos y, por tanto, posiciones merecedoras, en cuanto tales, de protección judicial plena.⁸

El problema entonces se trató de si ese derecho objetivo dispuesto para la protección de fines o intereses generales, y no de intereses individuales, podía reclamarse individualmente. El derecho administrativo entonces se opuso a la concepción

⁷ V., *Idem*, pp. 89-90.

⁸ *Idem*, p. 92.

individualista del derecho civil, para la cual era inconcebible tener obligaciones sin derechos. El “interés público” o el “interés general” se presentaron como la justificación para la negación del derecho subjetivo en tanto posición correlativa de la obligación de la Administración. Los intereses públicos eran intereses tutelados, pero técnicamente aparecían como “intereses jurídicamente desprotegidos” —también “interés menos tutelados” o “interés simple”—.⁹

Este modelo apuntaló a sistema político autoritario, muy alejado del ideal democrático de la revolución francesa. Algunos lastres de la doctrina administrativa del interés no se han podido superar: los mismos administrativistas y, más recientemente, algunos procesalistas constitucionales, no han sabido adecuarse y comprender las transformaciones ocurridas especialmente después de la Segunda Guerra Mundial con la aparición de los derechos humanos, el fortalecimiento de la democracia y el modelo constitucional de derecho. No obstante, existen ya voces críticas que advierten la necesidad de superar la teoría del interés y en particular la noción de “interés legítimo”.¹⁰

1. El origen del "interés legítimo"

Responder a los muchos problemas que nos han generado las nociones de “interés legítimo” y de “interés jurídico” no es algo que podamos hacer solamente visualizando la escasa doctrina nacional y las decisiones judiciales. Ambas suelen reflejar confusiones y contradicciones como he señalado ya en otra parte,¹¹ y como más adelante veremos nuevamente. En este apartado trataré de sintetizar algunos momentos importantes en el desarrollo de la idea del interés —legítimo— en el contexto de su aparición en Europa: veremos algunos rasgos relevantes que tuvo en Francia, Alemania, Italia y España.

⁹ *Idem*, pp. 93-94.

¹⁰ Hay que señalar la diferencia entre esta teoría que estamos criticando y la teoría del interés que se utiliza en la fundamentación de los derechos. Aunque ambas provienen de la idea de Ihering de entender los derechos como intereses, se trata de dos teorías muy diferentes.

¹¹ V., Cruz Parcero, *El lenguaje de los derechos*, pp. 175-200; *Idem*, “El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos. Observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva”, en *Isonomía*, pp. 185-213; *Idem*, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, pp. 97-118.

- A. En el sistema francés del siglo XIX se produjo un cambio muy importante en la concepción del derecho y de la división de poderes. Si el poder judicial autónomo se había conceptualizado para que los ciudadanos pudieran defenderse frente a los actos de la administración y dirimir sus conflictos frente a otros ciudadanos, la Constitución de 1799 encomendó al Consejo de Estado ejercer jurisdicción para resolver los asuntos administrativos y velar por los intereses de la administración. Las obligaciones de la administración creadas por el derecho objetivo se establecen en beneficio de las personas, pero no en tanto individuos sino como colectividad; por ende, carecen de derechos subjetivos correlativos. Con el tiempo se permitió que el individuo que se consideraba afectado por un acto de la administración pudiera recurrirla por vía administrativa bajo la figura del recurso por exceso de poder, surgió así la idea del “interés”, que no se identificaba con un derecho subjetivo. El objetivo del recurso en la doctrina francesa fue controlar la legalidad de los actos administrativos en beneficio del interés general, no en beneficio del individuo, aun cuando éste hubiera accionado la maquinaria.

Medina Alcoz ha apuntado que el Consejo de Estado —pese a concebirse bajo este modelo autoritario— en la práctica resultó un órgano independiente y experto que logró proponer soluciones heterodoxas y, a la vez que sometió a la administración a la ley, logró también garantizar los intereses individuales. Por ello, la importación de este exitoso modelo y la teoría del interés de inspiración autoritaria a otros países, sin haber atendido a las prácticas garantistas desarrolladas por el Consejo de Estado, se tradujo en reforzar la visión autoritaria que le había dado origen.¹² La noción de interés se convirtió así, en otros lugares donde se recibió, en una traba para la afirmación efectiva de los derechos individuales frente a los excesos del poder público.¹³ El éxito del

¹² Medina Alcoz, *op. cit.*, p. 110.

¹³ *Ibidem.*

modelo francés sirvió para ocultar las consecuencias que tuvo el modelo en otros países como el nuestro.

- B. En Alemania, al comienzo de la segunda mitad del siglo XIX, corrían tiempos antiliberales que cristalizaron con la unificación del segundo imperio alemán y más adelante con la era bismarckiana. La influencia de Ihering en la consolidación del derecho público alemán es incuestionable. La teoría del interés se presentó como una superación de la teoría de la voluntad anclada en el iusnaturalismo y la ideología liberal. George Jellinek, influido por Ihering, negó que el derecho administrativo tuviera derechos subjetivos y negó la correlatividad entre deberes del Estado y los derechos subjetivos. Simplemente hay ocasiones en que las normas de derecho público producen resultados que favorecen a individuos determinados, sin que ello implique ampliar su esfera jurídica. Este beneficio es un “derecho reflejo” o un “interés de hecho” carente de protección judicial, no hay un derecho público subjetivo.¹⁴ En todo el ámbito del derecho objetivo destinado a proteger los intereses públicos no encontramos derechos públicos subjetivos. De esta forma se hacía prevalecer al grupo, al interés general, sobre el interés individual.¹⁵

Sería hasta después de la Segunda Guerra Mundial cuando los derechos subjetivos se reivindicaron en el derecho alemán, cuando los derechos fundamentales constitucionales se entenderían como posiciones garantizadas, cuando Jellinek es reinterpretado y se construye una teoría muy influyente sobre los derechos fundamentales que nos ha llegado principalmente a través de Robert Alexy y Peter Häberle.¹⁶

¹⁴ Jellinek distinguió dos tipos de derechos: el derecho privado subjetivo y el derecho público subjetivo. Los primeros los conceptualizaba básicamente como lo hacía la doctrina civilista, los segundos son derechos completamente creados por el Estado, se tutela sólo aquello reconocido por el Estado y entre ellos se encuentran tres categorías: el status negativo o *libertatis* (libertades individuales), el estatus positivo o *civitalis* (prestaciones en beneficio de intereses individuales) y el status activo o *activae civitalis* (derechos de participación política). Cf., Medina Alcoz, *op. cit.*, p. 135.

¹⁵ *Idem*, pp. 131-137.

¹⁶ V., Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 247 y ss (capítulo V).

- C. En el caso del derecho italiano, como explica Medina Alcoz, surgió la noción del “interés legítimo”, entendida como una posición jurídica-subjetiva, pero sin ser un derecho subjetivo. Nuevamente aquí apareció el carácter autoritario de la jurisdicción administrativa que dependía del Ejecutivo y se diferenciaba de la jurisdicción ordinaria. La legislación procedimental italiana asumió una teoría donde el interés legítimo era algo distinto al derecho subjetivo debido a la menor protección judicial que recibía. En la explicación del jurista italiano Santi Romano, se distinguió la *obligación* correlativa de derechos, del *deber* que no tenía derechos correlativos; las normas del derecho administrativo imponían entonces deberes, no obligaciones. Los ciudadanos tenían solamente intereses relacionados con esos deberes y, en ocasiones, el ordenamiento podía otorgarle acciones frente a la infracción de los deberes. El objetivo de la acción era que la administración cumpliera adecuadamente con su “función”, en esos casos quedaba protegido el “interés legítimo” del ciudadano, sin que éste se transformara en un derecho subjetivo.¹⁷

Al igual que en Francia, en Italia se afirma el “interés legítimo”, en contraposición al derecho subjetivo, en el marco de un proceso administrativo que brinda menos garantías que la jurisdicción ordinaria, pues en ella suele prevalecer el interés general. Prevalece entonces en la figura italiana del “interés legítimo” la idea de un “ciudadano sin derechos”.¹⁸

- D. Medina Alcoz comenta que la academia y la judicatura italiana actual han tratado de darle la vuelta a la tradición autoritaria del interés legítimo. También ha tenido lugar una serie de cambios a las normas procesales y las competencias que hacen a la justicia administrativa una justicia autónoma, de modo que la pregunta que se hacen es ¿por qué seguir manteniendo la noción de “interés legítimo”, si su función

¹⁷ *Idem*, pp. 116-121; Sobre Santi Romano V, la voz “Deberes. Obligaciones”, en *Fragmentos de un diccionario jurídico*, pp. 89-95.

¹⁸ La expresión la retoma Medina Alcoz de Feliciano Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, p. 78.

era diferenciar una forma de protección más débil? En Italia son cada vez más las voces de juristas jóvenes que discuten la utilidad la figura del “interés legítimo”. Sin embargo, en tanto la noción todavía figura en la Constitución Italiana —art. 103— y en el Nuevo Código del Proceso Administrativo —arts. 7 y 133—, el ordenamiento italiano sigue exigiendo un concepto normativo de interés legítimo, pues de él depende la distribución de asuntos entre jurisdicciones. El costo del esfuerzo teórico y judicial italiano por mantener la figura del interés legítimo ha sido su aislamiento, pues impide que otros juristas europeos alcancen a entender de lo que están hablando, y en una era de construcción de un *ius publicum europaeum*, el precio de mantener una categoría vetusta y antiliberal es quizá demasiado alto.¹⁹ En España la llegada de la idea del interés o del interés legítimo ocurrió hasta el siglo XX después de la Guerra Civil. Durante el siglo XIX el derecho subjetivo se entendió como correlativo de las obligaciones impuestas a la Administración; quienes luchaban por una justicia administrativa más amplia, independiente y profesionalizada. Al respecto, nos dice Medina Alcoz, empuñaban como principal arma el derecho subjetivo correlativo de todas las obligaciones legales de la Administración.²⁰ Durante la dictadura de Franco y, por influencia del autoritarismo europeo, se importaron las doctrinas alemana, francesa e italiana sobre el interés. Solamente en casos donde el derecho administrativo regula relaciones horizontales —por ejemplo, las relaciones contractuales—, entre la Administración y el ciudadano —norma de relación—, se entiende que se imponen obligaciones y derechos subjetivos correlativos. Las normas que protegen intereses generales —norma de acción—, que regulan la organización, los procedimientos, aunque impongan límites a la Administración, no atribuyen derechos subjetivos correlativos. Se admitió entonces la figura del interés “directo” o “legítimo” para que el ciudadano pudiera rectificar los actos de la Administración, aunque sólo para asegurar el interés público. Así, si alguien solicitaba una

¹⁹ *Idem*, pp. 127-129.

²⁰ *Idem*, p. 190.

licencia a un Ayuntamiento y esta le era negada, podía recurrir si, por ejemplo, en vez de haber votado tres concejales como lo establecía la norma, hubieran votado sólo dos. Su recurso no le permitía reclamar el otorgamiento de la licencia por no tener un derecho subjetivo, solamente que la decisión cumpliera con la formalidad, por lo cual el Ayuntamiento podría negarle la licencia, pero cumpliendo con el procedimiento.²¹

2. El derecho subjetivo y el interés legítimo en el modelo constitucional

Hemos mencionado que después de la Segunda Guerra Mundial se produjo un giro importante en el derecho europeo. La introducción de los derechos fundamentales en Alemania, su desarrollo doctrinal en el derecho constitucional y en la filosofía del derecho, al lado de la consolidación del modelo democrático y del Estado de Derecho como marco, generaron una reconceptualización importante.

Los derechos subjetivos entendidos como derechos fundamentales se convierten en el eje de comprensión de la Constitución y el derecho administrativo se comenzó a entender como “derecho constitucional concretizado”.²² Ya no es la Ley el referente más importante. Bajo esta idea todo el derecho administrativo objetivo pasó a considerarse derecho subjetivo bajo la condición de que se perjudique al titular del derecho. Las obligaciones de la Administración generan entonces tantos derechos subjetivos como obligaciones existan.

La gran diferencia ahora es que la noción de derecho subjetivo o derecho fundamental no se corresponde con la idea decimonónica que contemplaba solamente a los derechos civiles —revestidos de una teoría de origen iusnaturalista—. El administrado pasó a ser titular de derechos y merecedor de protección judicial.

²¹ Retomo libremente el ejemplo de García-Trevijano, Tratado de derecho administrativo, p. 561. que menciona Medina Alcoz, *op. cit.*, pp. 182-183.

²² La expresión, nos dice Medina Alcoz, proviene de Fritz Werner, presidente del Tribunal Supremo Administrativo entre 1958 y 1969; *Cf. op. cit.*, p. 186.

Pero el reto que supone la aparición de los derechos humanos, incluso para la misma concepción de los derechos fundamentales, apenas se vislumbra entonces, y será fruto de desarrollo muy posterior

III. El desarrollo de los derechos sociales y los derechos humanos

La idea de los derechos consagrada en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que fue resultado del pensamiento iusnaturalista que defendía la idea de los derechos naturales al lado de la existencia de otros derechos civiles y políticos producto del contrato social, transitó por un proceso de desprestigio durante el siglo XIX. La doctrina alemana defendió una visión técnica de los derechos subjetivos, al principio todavía vinculada a sus orígenes iusnaturalistas a través de la teoría de la voluntad; pero como ya vimos, la teoría del interés vendría a significar una oposición a tales orígenes y otra manera de entender los derechos subjetivos como el resultado del derecho objetivo producido por el Estado.

Fue entonces ya en un contexto ampliamente dominado por la teoría del interés donde la idea de los derechos sociales cobró fuerza. La idea de los derechos sociales no tuvo un origen en el siglo XIX como a menudo se piensa, ya desde la Asamblea Nacional francesa que aprobó la Declaración de 1789 algunos derechos sociales como el de la educación y la asistencia social —que incluía alimentación, vestido, vivienda y salud— fueron defendidos y discutidos, aunque no aprobados por circunstancias coyunturales.²³ Más adelante se incluirían en la Constitución de 1791, que sin embargo no entró en vigor. Su origen estuvo en las ideas jacobinas de los revolucionarios franceses, pero también en pensadores menos radicales —Brissot, Pétion, Vergniaud, Gensonné, Barère, Marat, Danton, Sieyès, Condorcet y Pine—. Pero junto a esta idea apareció otra igualmente importante: la idea de un Estado protector, el germen del *welfare state*. Sin em-

²³ V. García Manrique, *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*; V. Cruz Parceró, “Fundamentos filosóficos de los derechos económicos”, en *Derechos económicos: una aproximación conceptual*, pp. 11-88.

bargo, los derechos sociales no tuvieron la suerte de cristalizar en un contexto democrático donde se les había teorizado, sino que aparecieron en el ambiente autoritario de la Alemania bismarckiana del siglo XIX.

El historiador Samuel Moyn ha insistido en la importancia de este origen, especialmente en la relación con el ideal distributivo de la igualdad material, es decir, un ideal de justicia social y económica. Este ideal incluye la idea de suficiencia de crear tanto un mínimo de bienestar material entre ciudadanos, como un techo que constriña la acumulación de riqueza material.²⁴

Se pensó que el Estado tenía la obligación de intervenir en la economía: que la pobreza no era un estado natural, sino algo que podía modificarse. La idea de los impuestos progresivos a la riqueza, de un Estado responsable, interventor y redistribuidor vieron su origen a finales del siglo XVIII, pero no sería Francia sino en Alemania, casi un siglo después, donde el *welfare state* surgiría. El derecho al trabajo se convertiría en el siglo XIX en el principal derecho social, primero como una exigencia a un salario mínimo que permitiera la subsistencia; después, de la mano de las ideas marxistas sobre el plusvalor, se reivindicaría como el derecho a un salario justo.²⁵

Los derechos laborales se reconocieron en diversas legislaciones de Europa y en los Estados Unidos. No obstante, desde varios puntos de vista, su reivindicación como derechos subjetivos estuvo en crisis. Por una parte, como vimos antes, la idea de los derechos del hombre y del ciudadano de inspiración iusnaturalista estaba ya desprestigiada; en el derecho público, debido a la teoría del interés los deberes de la Administración, se concibieron sin derechos subjetivos correlativos. Por otra parte, los movimientos obreros más radicales, como los marxistas, rechazaron el lenguaje de los derechos, apostando no por reformas, sino por la revolución que acabara con el capitalismo.²⁶

²⁴ Moyn, *No bastan. Los derechos humanos en un mundo desigual*, Valencia, pp. 53 y ss.

²⁵ *Idem*, p. 54.

²⁶ Rosanvallon, *La sociedad de iguales*, pp. 213 y ss.

Muchos de los derechos sociales como la educación, la salud, la asistencia social, el trabajo, etc., necesitaban de un estado activo, un estado interventor, asegurador, distribuidor de un derecho público que regula, no solo estableciendo prohibiciones y obligaciones de hacer, sino facultando a la Administración y al Legislador a alcanzar fines sociales, —dejándoles márgenes amplios de discreción para seleccionar las medidas más adecuadas para el logro de fines y valores—. Pero el derecho administrativo no contenía la idea de los derechos subjetivos, y los derechos sociales terminaron siendo normas programáticas.

En 1917 el Constituyente mexicano, como resultado de una lucha revolucionaria, reconocería el derecho a la educación —artículo 3º—, el derecho a la tierra en modalidades privadas y colectivas —artículo 27—, y una serie de derechos laborales —artículo 123—. Dos años después, la Constitución de Weimar —1919— reconocería algunos derechos sociales y se desataría en toda Europa el reconocimiento constitucional de estos derechos. Incluso en los Estados Unidos, aunque no hubo cambio constitucional, Roosevelt presentaría el New Deal —1933-1938— como un ambicioso programa para salir de la Gran Depresión de 1930. Este momento, siguiendo al constitucionalista Bruce Ackerman, fue de facto un momento constitucional, que se cristalizaría en la famosa Segunda Carta de Derechos que presentó el entonces presidente, en su discurso del Estado de la Unión en 1944, —donde ya se anticipaban algunos derechos sociales que luego formarían parte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos—.²⁷

Terminada la Segunda Guerra, derrotados el fascismo y el nacional-socialismo, se había generado un amplio consenso entre los países aliados en torno al Estado de bienestar, que se presentaba como modelo alternativo el comunismo soviético. Fue por ello que cuando se discutió en el seno de la UNESCO de la recién conformada Organización de Naciones Unidas —ONU— el proyecto de una Declaración Universal de Derechos Humanos, la introducción de los derechos sociales no tuvo resistencia. Aunque es verdad, —como lo sostuvo el filósofo cristiano Jacques Maritain, integrante de la comisión redactora— donde no había acuerdos

²⁷ V., Sunstein, *Las cuentas pendientes del sueño americano. Por qué los derechos sociales y económicos son más necesarios que nunca*, pp. 73-74.

era en los fundamentos de estos derechos.²⁸ Y es verdad que no había un acuerdo sobre lo que significaba la idea misma de los derechos humanos, pese a que la idea estaba históricamente conectada a las ideas iusnaturalistas y los derechos de la Declaración francesa; dichas ideas estaban ya muy desprestigiadas. El iuspositivismo, por su parte, tampoco era una concepción que podía conciliarse con el propósito mismo de hacer una declaración universal de derechos, que sirviera como un marco ético-político al nuevo orden internacional.

Los derechos humanos de la Declaración Universal en 1948 requirieron un nuevo marco conceptual que comenzó a construirse. Desafortunadamente irrumpió la Guerra Fría entre los bloques occidental y el soviético, que tuvo como uno de sus escenarios de confrontación ideológica la disputa por los derechos humanos. De un lado en bloque occidental muchas voces se alzaron para abogar por una noción reduccionista donde solamente los derechos civiles y políticos se consideraban genuinos derechos humanos. Del otro lado, en el bloque soviético se enfatizó que la realización de los derechos sociales era una precondition para aceptar los derechos civiles y políticos. En diciembre de 1966, en un mismo acto, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó dos instrumentos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —PIDCP— y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —PIDESC—. El PIDCP contempló la creación del Comité de Derechos Humanos para su supervisión y monitoreo. El PIDESC tuvo que esperar hasta 1985 para que se creara el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Las supuestas razones técnicas y doctrinales que se esgrimieron entonces para separar lo que había nacido unido, estaban fuertemente ideologizadas, sería ya hasta las últimas décadas del siglo XX cuando se revisarían a profundidad tales razones y se desmontarían una a una para mostrar que se trataba de una pseudo distinción.²⁹

Pese a ese tránsito tortuoso para la idea misma de los derechos humanos, volvería a surgir con fuerza la idea de que tanto derechos civiles y políticos como los

²⁸ V., Glendon, *A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*.

²⁹ Para esta discusión V., Abramovich, Curtis, *Los derechos sociales como derechos, passim*.

derechos económicos, sociales y culturales —se añadirían también otros derechos como los ambientales y al desarrollo—, forman parte de una unidad y que su reconocimiento, defensa, protección y promoción no deben estar condicionadas, ni jerarquizadas. En la Segunda Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena —1993—, se estableció que:

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.

En esta fórmula de compromiso se reconciliaban el universalismo de los derechos defendido por los países del Norte global y cierto relativismo cultural defendido por países del Sur global. Los derechos sociales quedaron nuevamente integrados sin oposición del Norte a la idea básica de los derechos humanos. Este reconocimiento formal, en realidad venía a dar cuenta de una concepción de los derechos humanos, que ya en la doctrina se venía imponiendo desde hacía unas décadas.

Una consecuencia, también de la Conferencia de Viena, fue el desarrollo de las obligaciones derivadas de los derechos humanos. La idea básica es que todos los derechos implican obligaciones tanto negativas como positivas —frente al falaz argumento que se había desarrollado durante la Guerra Fría de que los derechos civiles y políticos sólo implicaban obligaciones negativas y los derechos sociales implicaban obligaciones positivas— y que por ello unos no costaban y los otros eran demasiado onerosos—. Se enfatizarán tres tipos de obligaciones: las de respeto, las de protección y las de garantía. Las de respeto implican abstenciones del Estado de prácticas que pongan en riesgo o que vulnere los derechos humanos —las abstenciones no suponen que no pueda resultar costoso su cumplimiento para un Estado—. Las de protección implican también medidas

positivas de diversa índole para evitar que terceras personas vulneren los derechos humanos de otros. Las de garantía implican llevar a cabo medidas positivas de orden legislativo, administrativo, judicial y político para lograr el disfrute y el pleno ejercicio de los derechos humanos.

La concepción más expandida de los derechos humanos fue la que los explicaba en términos de derechos morales, que requerían de positivización y que servían para justificar la imposición de deberes, además se asociaron a una idea de exigencia de estándares mínimos —necesidades básicas—, que fue particularmente exitosa en la era neoliberal que comenzaría en la década de 1970. Esta concepción permitió superar otro de los falaces argumentos de la posguerra: que los derechos sociales no eran genuinos derechos porque no podías exigirse por vía judicial. La nueva concepción permitió que en diversos países se comenzara a experimentar un proceso de judicialización de estos derechos sociales —como en los casos de Colombia, Brasil, Argentina, Sudáfrica, India, los mismos Estados Unidos—. La idea de que todos los derechos humanos, incluidos los derechos sociales, son derechos exigibles se hizo realidad.³⁰

No se puede dejar de señalar que este tránsito de los derechos sociales —desde ideas meramente políticas o como posiciones con una escasa protección debido a reconocerse meramente como intereses o intereses legítimos frente al derecho administrativo—, no ha sido sencillo y no ha tenido el mismo avance en todos los países todavía. México, por ejemplo, es de los países más conservadores, que han dilatado su implementación judicial, sin dejar de reconocer que en los últimos años hay mayor interés por su protección y que contamos ya con algunos ejemplos relevantes de sentencias de la Suprema Corte de Justicia.

Pero a donde nos conduce nuestro relato es que este discurso, el de los derechos humanos, tuvo importantes repercusiones en la concepción de los derechos constitucionales. Aquí México también haría un tardío reconocimiento en su constitución con la reforma del artículo 1º del 2011, donde se reconoce explícitamente

³⁰ V., Langford, et. al., *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*.

a los derechos humanos y reconoce tanto su fuente local, la Constitución, como la externa, los tratados que el país ha suscrito y ratificado en esta materia.

La llegada de este lenguaje, de los compromisos conceptuales que trae consigo —pues no se trata de un cambio meramente terminológico como algunos quisieran pensar para mantener el *statu quo*—, presenta una serie de retos para su adecuada implementación, retos que pasan por una revisión de las doctrinas que usamos los juristas, jueces y abogados.³¹ Como he sostenido en otro lugar, la protección de los derechos humanos tanto a nivel regional —Corte Interamericana y Comisión Interamericana de Derechos Humanos— como a nivel internacional, no pasa por el registro teórico del interés legítimo. El desarrollo teórico y procesal de la protección de los derechos humanos es ajena, se ha movido en un nivel distinto, al de la teoría del interés o el de los intereses difusos. Categorias de legitimación procesal como el “interés legítimo” son previas y ajenas en la teoría de los derechos humanos y a las instituciones que los protegen a nivel internacional.

Nuestro país con la reforma constitucional de junio del 2011 colocó a los derechos humanos en el eje de un nuevo modelo constitucional. El problema es que introdujo también la noción de “interés legítimo” en el centro del principal instrumento de protección judicial de los derechos constitucionales en nuestro país, el juicio de amparo.

IV. Los criterios de la SCJN sobre interés legítimo

Con la reforma del 2011, se reformó el artículo 107 Constitucional que regula el juicio de amparo. La reforma cambió el concepto de “interés jurídico” por el de “interés legítimo”, como requisito de legitimación. Cabe subrayar que la idea del legislador fue dar una mayor apertura al juicio de amparo, que se entendía como un recurso muy restringido en su práctica, al exigirle al demandante demostrar un interés jurídico; que en la práctica se traducía en exigirle demostrar que es

³¹ Para más detalles V, Cruz Parceró, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*.

titular de un derecho subjetivo y la existencia de una lesión o perjuicio directo al mismo. La introducción del interés legítimo provocó cierto entusiasmo, pues implica flexibilizar los estrictos criterios que teníamos para acreditar la legitimidad procesal en el juicio de amparo.³² Si el quejoso no acredita el interés legítimo se actualiza una causal de improcedencia contemplada en la Ley de Amparo —Art. 73, f. XVIII, relacionada con el art. 107, f. I de la Constitución—.

Los tribunales colegiados y la SCJN han elaborado una serie de criterios jurisprudenciales y tesis aisladas sobre este concepto. Aquí no podré dar cuenta de todos los aspectos de este tratamiento, haré mención de la contradicción de tesis 111/2013 resuelta por el Pleno, donde se planteó la cuestión de cuál es el contenido y alcance del interés legítimo para efectos de la procedencia del juicio de amparo.³³ El estudio de la SCJN ofrece un panorama histórico y una evaluación de los cambios más importantes, especialmente el ocurrido con la reforma del 2011. Siguiendo este relato se nos dice que la Constitución de 1917 en el texto original del artículo 107 referente al juicio de amparo solamente señalaba que las controversias se seguirán “a instancia de la parte agraviada”. En 1951 se consignó en la fracción I de ese mismo artículo que “el juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada”. De 1917 a 2011 el texto constitucional no aclaró qué debía entenderse por “parte agraviada”. Fue la Ley Amparo la que se ocupó de dotar de contenido a esta expresión.

La ley de Amparo —1936— señalaba en su artículo 4º que “el juicio de amparo únicamente puede promoverse por la parte a quien perjudique el acto o la ley

³² El concepto de “interés legítimo” no es del todo nuevo en nuestro sistema, pues ya había sido contemplado en el derecho administrativo del entonces Distrito Federal. Los mismos Tribunales Colegiados y la SCJN se habían pronunciado sobre este concepto. Puede verse la Contradicción de tesis 69/2002 resulta por la Segunda Sala, de donde surgieron las jurisprudencias con rubros: INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. AMBOS TÉRMINOS TIENEN DIFERENTE CONNOTACIÓN EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, y INTERÉS LEGÍTIMO, NOCIÓN DE, PARA LA PROCEDENCIA DEL JUICIO ANTE EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tomo XVI, pp. 241-242.

³³ De esta resolución resultó la tesis jurisprudencial de rubro: INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 12, Tomo I, p. 60. Registro digital: 2007921.

que se reclama”, la interpretación de la SCJN es que se trataba de un “perjuicio directo por parte del acto o ley combatida”. Hasta el 2 de abril del 2013, la Ley no sufrió modificaciones en este aspecto.

Por su parte, el artículo 73 de la Ley de Amparo —1936— señalaba en su fracción VI, que el juicio de amparo resultaba improcedente “contra actos que no afecten los intereses jurídicos del quejoso”. Fue la ley —no la Constitución—, la que exigió que la parte agraviada tuviera un “interés jurídico”. En la reforma de 1953 dicha fracción se convirtió en la V.

La SCJN, en la contradicción de tesis 111/2013, sostiene que, durante la vigencia de la Ley de Amparo de 1936, se mantuvo una misma interpretación sobre el interés jurídico “identificando al mismo con un perjuicio directo a la esfera jurídica del quejoso a partir de la titularidad de un derecho público subjetivo, esto es, se requería una lesión directa e inmediata en la persona o patrimonio del quejoso, situación que debía ser susceptible de apreciación objetiva”. Pero esto no es del todo preciso, pues existen muchos matices en las tesis emitidas en aquellos años que muestran varias ideas sobre el tema. La visión del Pleno en la contradicción de tesis sugiere que la interpretación llevada a cabo durante décadas obedecía al texto de la misma Constitución, pero ello no es necesariamente así. Como he sostenido en otra parte, hay demasiados matices y complicaciones en los criterios que se adoptaron, influencias doctrinales confusas que generaron un absurdo en su interpretación al requerir que el agraviado acreditara tener un interés jurídico —derecho subjetivo— que consistía en demostrar tener una acción procesal para reclamar tal interés o derecho: el absurdo es que el juicio de amparo mismo no se consideraba esa acción protectora. El requisito impuesto servía bien en general para los derechos contractuales y de crédito, pero resultaba imposible de cumplir para la mayoría de los derechos sociales regulados por normas administrativas.³⁴

Esta interpretación conservadora impedía que los derechos sociales tuvieran alguna posibilidad de ser reclamados por la vía del amparo, pues al tratarse de

³⁴ Sobre este problema V., Cruz Parceró, *El lenguaje de los derechos*, cap. 7 pp. 175-200.

derechos que, aunque habían sido reconocidos constitucionalmente, fueron desarrollados legislativamente a través de leyes regulatorias, quedaban sin vías de exigencia judicial o administrativa, por lo que era prácticamente imposible para una persona agraviada probar que había un interés jurídico —derecho subjetivo— afectado, en los términos definidos por la jurisprudencia. La ambigüedad de los criterios y su falta de certeza sobre lo que exigían provocaba que los jueces tuvieran un poder discrecional muy amplio para desestimar las demandas y poder decidir cuáles atendían y cuáles no.

En la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación*, que surge a consecuencia de la reforma constitucional de junio del 2011, el Poder Judicial tiene que desarrollar la idea del interés legítimo, que se presentó como una apertura al juicio de amparo. La reforma reconocía explícitamente en su artículo 1º a los derechos humanos —tanto de fuente constitucional como de tratados internacionales—, y en cuento al juicio de amparo se modificó el artículo 107 para quedar como sigue:

Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal directa.

Las controversias de que habla el artículo 103 Constitucional refiere a las que surgen de normas generales y actos de autoridad que violan derechos —garantías— constitucionales o los derechos humanos.

Para la SCJN la nueva redacción del 107 en torno al interés legítimo establece una distinción: i) para la promoción del amparo indirecto se mantuvo la exigencia de que lo haga la parte agraviada bajo dos supuestos: a) que sea titular de un derecho, o b) titular de un interés legítimo individual o colectivo, ya sea que se afecte su esfera jurídica de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico; y ii) para efecto de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, se mantuvo la exigencia de ser titular de un derecho subjetivo, manteniendo el criterio tradicional que había sostenido el Poder Judicial Federal y la Suprema Corte previo a la reforma.

En abril del 2013 se publica una Nueva Ley de Amparo y en ella se establece:

Artículo 5°. Son partes en el juicio de amparo:

I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1° de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

El interés simple, en ningún caso, podrá invocarse como interés legítimo. La autoridad pública no podrá invocar interés legítimo.

El juicio de amparo podrá promoverse conjuntamente por dos o más quejosos cuando resientan una afectación común en sus derechos o intereses, aun en el supuesto de que dicha afectación derive de actos distintos, si éstos les causan un perjuicio análogo y provienen de las mismas autoridades.

Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa;

La víctima u ofendido del delito podrán tener el carácter de quejosos en los términos de esta Ley.

Como se advierte, la Nueva Ley de Amparo introdujo otros problemas, pues sustituye en el primer párrafo de la fracción I la titularidad de los derechos humanos —de las que hablan los artículos 1º, 103 y 107 Constitucionales—, por la titularidad de un derecho subjetivo y luego habla del interés legítimo individual y colectivo.

En el desarrollo jurisprudencial de la SCJN, —en la contradicción de tesis 111/2013 en particular— no se advierte nada de esto, aunque en seguida de la transcripción del artículo 5 fracción I, se alude a la reforma constitucional en materia de derechos humanos y se reconoce que se trata de un nuevo paradigma constitucional que consiste principalmente en:

[...](i) los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados de los cuales México sea parte integran un mismo conjunto o catálogo de derechos; (ii) la existencia de dicho catálogo tiene por origen la Constitución misma; (iii) dicho catálogo debe utilizarse para la interpretación de cualquier norma relativa a los derechos humanos; y (iv) las relaciones entre los derechos humanos que integran este conjunto deben resolverse partiendo de la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos —lo que excluye la jerarquía entre unos y otros—, así como del principio *pro persona*, entendido como herramienta armonizadora y dinámica que permite la funcionalidad del catálogo constitucional de derechos humanos.

La síntesis me parece acertada, aunque casi nunca se subraya que (i), (iii) y (iv) significan, entre otras cosas, reconocer de modo explícito que todos los derechos sociales reconocidos en tratados —como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros—, son derechos humanos que deben protegerse por la vía de amparo.

La Suprema Corte y el Poder Judicial Federal, se han centrado en interpretar los alcances y significado del interés legítimo, sin atender mayormente a las implicaciones de la protección de los derechos humanos —artículo 107, f. I—, que refiere también a los derechos sociales. Así, la protección —e interpretación— de lo que me parece principal, se atiene a la protección —e interpretación— de lo accesorio, en este caso el interés legítimo.

Para nuestro máximo tribunal el interés legítimo se encuentra entre un interés simple y un interés jurídico: requiere de una afectación a la esfera jurídica entendida en un sentido amplio, ya sea porque dicha intromisión es directa, o porque el agravio deriva de una situación particular que la persona tiene en el orden jurídico —“ya sea por una circunstancia personal o por una regulación sectorial o grupal”—; implica un vínculo entre una persona y una pretensión que requiere de un interés actual y real, no hipotético, es decir, una afectación cierta en la esfera jurídica apreciada bajo un parámetro de racionalidad —lo cual remite a “una lógica que debe guardar el vínculo entre la persona y la afectación aducida”—.

El interés legítimo se asocia con una situación del demandante que surge de ese vínculo entre la afectación que reclama y el objeto de su pretensión, “tal situación goza de una lógica jurídica propia e independiente de alguna conexión o derivación con derechos subjetivos”, nos dice la SCJN volviendo a las doctrinas decimonónicas que tratan de desvincular el interés legítimo de los derechos. Y lo cierto es que, conscientes o no de esto, lo que se genera ahora es esa desvinculación entre derechos humanos e interés legítimo. Pero si así es —como parece ser para la Suprema Corte—, parecería mejor ocuparse de desarrollar interpretativamente las implicaciones a la protección constitucional a todos los derechos humanos, de lo que implica ser titular de un derecho —humano— como refiere el artículo 107 Constitucional.³⁵

La vía que nos señala la Suprema Corte es que, para ser protegidos de la violación afectación de un derecho humano, se exige mostrar un interés legítimo —que luego no debe guardar ningún vínculo con tales derechos, porque de otro modo sería un interés jurídico—, lo cual parece desacertado.

Volviendo a la interpretación del artículo 107 Constitucional —que debe ser una interpretación conforme y bajo el principio *pro persona*—, la SCJN acota que tal

³⁵ Hasta donde tengo noticia la SCJN se ha ocupado del tema de la titularidad de los derechos humanos principalmente al abordar el problema de las personas jurídicas —personas morales—, lo cual por cierto hizo con resultados criticables. V., Cruz Parceró, Fajardo Morales, *Derechos de las personas jurídicas. Sobre las posturas del Sistema Interamericano y la Suprema Corte en México*.

interpretación del interés legítimo aplica solamente al primer párrafo de la fracción I, pues el segundo párrafo alude a actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, ante los cuales el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo —y debe entonces tener un interés jurídico—.

Pues bien, el interés legítimo según estos razonamientos del máximo tribunal se refiere solamente al caso del amparo indirecto, pues para el amparo directo se requerirá de un interés jurídico —derecho subjetivo—. Para la procedencia del amparo indirecto caben dos posibilidades según la Suprema Corte:

[...] tratándose de la procedencia del amparo indirecto —en los supuestos en que no se combatan actos o resoluciones de tribunales—, quien comparezca a un juicio deberá ubicarse en alguno de los siguientes dos supuestos: (i) ser titular de una facultad otorgada expresamente por el orden jurídico, es decir, alegar una afectación inmediata y directa en la esfera jurídica, producida en virtud de tal titularidad; o (ii) en caso de que no se cuente con tal interés, la Constitución ahora establece la posibilidad de solamente aducir un interés legítimo, mismo que será suficiente para comparecer en el juicio.

Lo primero que hay que subrayar es que los derechos humanos a que refiere el artículo 107 quedan definidos como facultades otorgadas expresamente por el orden jurídico, y para su procedencia parece seguirse el criterio más estricto de probar una afectación inmediata y directa en la esfera jurídica —lo que nos reenvía al concepto de interés jurídico del que la reforma quería apartarse—. En caso de no contar con tal interés —jurídico—, nos dice que existe la posibilidad de aducir un interés legítimo —individual o colectivo—, que implica una afectación a la esfera jurídica en sentido amplio, lo cual genera un interés cualificado, actual y real, “un interés jurídicamente relevante y protegido, lo cual forzosamente conllevaría a reconocer, que una posible concesión de amparo generaría un beneficio en la esfera jurídica del quejoso.”

Es aquí cuando se vuelve a producir el revoltijo de apreciaciones “teóricas”, una vuelta a las tesis tradicionales de la SCJN, donde a fin de cuentas los derechos

humanos se terminan disolviendo en el viejo interés jurídico, y el “nuevo” interés legítimo que pretende ser más flexible, se utiliza para vaciar de contenido sustancial a las demandas que alegan una afectación de derechos humanos, con las mismas consecuencias que las tesis autoritarias del siglo XIX.

Para poder determinar la caracterización que se hace del interés legítimo sería necesario aclarar qué es: a) un interés cualificado, b) un interés actual y real, c) un interés relevante y protegido, d) que genera un beneficio en la esfera jurídica del quejoso, e) qué es la esfera jurídica de una persona. Todas estas expresiones familiares en la jerga jurídica carecen de elaboración conceptual o jurisprudencial; son nociones indeterminadas y vagas que poco sirven para esclarecer lo que pretenden aclarar. Los lineamientos que ofrece la Suprema Corte, que reconoce que se trata de un “concepto jurídico de enorme complejidad”, finalmente esclarecen muy poco y, de nueva cuenta y como ocurría antes, se deja a los juzgadores poderes discrecionales muy amplios para admitir o rechazar una demanda de amparo alegando ahora falta de interés legítimo.

Si se compara el resultado de esta interpretación con las interpretaciones anteriores a la reforma o con la doctrina también previa a la reforma —y que por tanto en nada consideraban el impacto de los derechos humanos—, veremos que la caracterización es prácticamente la misma. ¿Dónde queda entonces el “esfuerzo” de la SCJN de ofrecer una interpretación conforme o considerar el parámetro de la interpretación *pro persona*? Simplemente lo que se ha hecho fue reestablecer o confirmar las interpretaciones tradicionales: volver a la confusión que permite delegar a los jueces y tribunales amplios poderes discrecionales para decidir caso por caso. Así lo reconoce explícitamente la Suprema Corte cuando sostiene que:

[d]ebido a su configuración normativa, la categorización de todas las posibles situaciones y supuestos del interés legítimo, deberá ser producto de la labor cotidiana de los juzgadores de amparo al aplicar dicha figura jurídica. Es decir, el criterio contenido en la presente sentencia no constituye un concepto cerrado o acabado sobre el interés legítimo, sino que contiene los elementos suficientes para adaptarse a diversas situaciones, así como notas distintivas para no confundirse con otros tipos de interés.

La Suprema Corte considera que su caracterización amplia del interés legítimo es coherente con el principio *pro persona* y con el nuevo paradigma constitucional porque, al dejar abierta la posibilidad de que sean los jueces quienes decidan, ello resulta acorde con la protección de derechos. Pero pienso que no es así: la SCJN equivoca el valor que puede tener la discrecionalidad en un sistema jurídico. No es valioso para un sistema de protección de derechos que los jueces tengan tanto poder para determinar *la procedencia* de una demanda de amparo. Sencillamente ese poder se puede traducir, como ha sido en nuestro sistema, en utilizar esa discrecionalidad como válvula de escape para deshacerse del exceso de trabajo. Estamos ahora justo donde estábamos antes de la reforma.

O más bien, *casi* justo donde estábamos, porque, aunque doctrinal y jurisprudencialmente no hemos avanzado, sí existe un cambio de actitud por parte de un sector amplio de juzgadores que precisamente en medio de esta confusión se inclinan por ser más abiertos y sensibles a reclamos de derechos humanos. La diferencia ahora es que tienen más elementos constitucionales para entrar y conocer de problemas relacionados con derechos humanos, que antes eran más difíciles de conocer; tales como los problemas ambientales, los problemas de comunidades indígenas, los problemas sobre la salud o la seguridad social, entre otros. Pero el cambio está ahí, en la actitud y no en los criterios jurisprudenciales que son básicamente los mismo.

V. La tensión entre interés legítimo y derechos sociales

El problema que podemos advertir en el uso del concepto de interés legítimo como criterio de legitimación del quejoso en el juicio del amparo, es que finalmente sirve para desdibujar la idea de la protección de los derechos humanos y lo que afecta particularmente a los derechos sociales.

Ello es así porque, como advertimos, al hacerse uso de la vieja doctrina del interés con ella se rechaza la idea de derechos. Al exigirse que se muestre el interés legítimo, como requisito de procedencia de la acción de amparo, se acepta que quien tiene tal interés legítimo por definición no tiene un derecho. Lo que tiene

es algo que de suyo tiene menos importancia, y lo que se protegerá en todo caso no es un genuino derecho humano. La doctrina del interés supone también que estos intereses legítimos solo de manera excepcional prevalecerán frente a intereses públicos o colectivos. Con esto se reduce la fuerza misma de la pretensión.

Lo que observamos es una tensión no resulta entre el peso de los derechos humanos —individuales o colectivos—, frente a los intereses generales presentes en la legislación y la función discrecional de la administración pública.

Históricamente en el siglo XIX la balanza se inclinó en favor de garantizar la inmunidad de los intereses generales frente a los individuales, para lo cual se construyó la categoría del interés o del interés legítimo. Hoy día la tensión ha generado mayores complicaciones porque los derechos humanos están constitucionalizados, nuestro orden jurídico también se ha constitucionalizado y la lista de derechos humanos abarca ahora prácticamente cualquier interés legítimo que uno pueda imaginar —cualquier interés jurídicamente relevante—.

Para Medina Alcoz, refiriendo a la situación del interés legítimo en España, existen más razones para cambiar que para mantener la tradición de hablar sobre este concepto. El concepto actual no consigue nada que no proporcione el concepto de derechos —humanos—, pero sí hace más difícil la comunicación con otros ordenamientos, con las bases del Estado de *derechos* y con las discusiones teóricas de derecho constitucional, filosofía del derecho y ética.³⁶

Los derechos humanos y en particular los derechos sociales están relacionados con toda la regulación administrativa —salud, seguridad social, medio ambiente, comunicaciones, energía, medios de comunicación, urbanismo, servicios públicos, consumidores, impuestos, etc.—; el derecho objetivo que regula todas estas materias pretende proteger entonces no solo bienes públicos e intereses generales —colectivos—, sino la garantía de los derechos a la educación, la salud, el medio

³⁶ Medina Alcoz, *op. cit.*, p. 248. Retomo la idea del autor que habla de derecho subjetivo y yo lo retomo hablando de derechos humanos, lo cual no es una distorsión sino una precisión sobre la terminología que usa nuestra constitución.

ambiente, vivienda, agua, alimentación, seguridad social, etc. También es cierto que las medidas que se adoptan para la protección de un derecho o de un fin público, aun cuando no impliquen un abuso de poder o una desviación de la legalidad, bien pueden afectar directa o indirectamente derechos de otros sujetos en lo individual o de un grupo determinado o hasta a amplios colectivos. Esta es una realidad que es consecuencia necesaria de la garantía de los derechos, de su interrelación y progresividad. Por ello, suele exigirse a la Administración una justificación de sus actos —muchos de ellos discrecionales necesariamente por obedecer a reglas de fin y a directrices—, que debe implicar una ponderación de los derechos y fines en juego, y una evaluación técnica de las relaciones medio-fin de las acciones o medidas adoptadas —que suelen seleccionarse entre distintas alternativas—. ³⁷

En un Estado constitucional, donde debe prevalecer la protección de los derechos humanos, el acceso a la justicia debe garantizarse a través de la flexibilidad y simplicidad para acceder a la jurisdicción. Al ser el recurso de amparo el medio más importante y constitucionalmente establecido con el propósito de la defensa de los derechos humanos tendría que configurarse como un recurso más accesible y los conceptos que forman parte del mismo texto constitucional y la ley de amparo, servir a este propósito.

En un modelo constitucional se presenta entonces la tensión entre, por un lado, las facultades discrecionales de la Administración y el Legislador para poder perseguir fines y valores valiosos para la sociedad a través de normas de fin —aunque no solo, también los poderes pueden estar reglados de forma más estricta—. Lo anterior implica también, proveer a sus decisiones de cierta inmunidad aun

³⁷ Para abundar sobre esto V., Lifante Vidal, *Contra la corrupción, Estado de Derecho y transparencia*. La autora ha desarrollado las bases para explicar la responsabilidad administrativa que deriva del uso de normas de fin —reglas de fin y directrices—. Su trabajo reivindica la necesidad de estas normas que implican poderes discrecionales para que el Estado pueda perseguir fines valiosos. Sin embargo, su utilización plantea el problema de cómo controlar—incluido el control judicial— la actuación de funcionarios que usan estos poderes. El combate a la arbitrariedad o la corrupción no puede consistir, como algunos suponen erróneamente, en eliminar los poderes discrecionales: la opción consiste en aprender a justificar su uso y a controlar los procesos de deliberación, justificación y evaluación —ponderación— que implican.

cuando lesionen, restrinjan o afecten derechos de algunas personas —dado que la consecución de tales fines no siempre puede ser armónica ni conciliar todos los derechos o intereses en juego— y, por otro lado, debe garantizar la tutela efectiva, el acceso flexible a la jurisdicción a toda persona o grupo que sienta lesionados sus derechos de manera directa o indirecta. En un Estado Constitucional donde se protegen derechos humanos, esa inmunidad —relativa— que pueda merecer la decisión de la autoridad —administrativa o del legislador—, dependerá de que exista un balance razonable entre los derechos e intereses en juego, y que desde luego no exista arbitrariedad, ilegalidad o corrupción en la medida.

En el siglo XIX el interés legítimo resolvió la tensión de modo favorable a garantizar la inmunidad de la Administración haciendo que prevalecieran los fines y objetivos públicos. Hoy día el interés legítimo sigue jugando el mismo rol, cuando ya el modelo de Estado es muy diferente y las prioridades deben ser otras.

VI. Propuesta para resolver las tensiones

La forma de resolver este entuerto doctrinal y jurisprudencial pasa por apartarnos lo más posible de las viejas coordenadas de la autoritaria teoría del interés. Entender los problemas que se quieren resolver y proceder sin subterfugios a enfrentar tales problemas.

Aunque la doctrina administrativa contemporánea y la teoría jurídica son cada vez más conscientes de que el problema del interés legítimo se trata de un pseudo problema —y que quizá lo mejor sería abandonarla—, lo cierto es que las mismas constituciones y la legislación siguen haciendo uso de estas nociones, por lo que no es viable jurídicamente dejar de hablar de este concepto.

La salida que veo consistiría, primero, en que la misma SCJN revise críticamente su línea jurisprudencial en la cual ha reciclado la forma como tradicionalmente había abordado y definido en concepto de interés legítimo.

En segundo lugar, hacer de nuevo un ejercicio para redimensionar ese concepto en el marco de una teoría constitucional de los derechos humanos, donde lo principal

es afianzar la noción de derechos humanos, incluidos los derechos sociales, y plantearse los problemas de la legitimación procesal que ellos involucran. Antes de buscar definir el interés legítimo, determinar las implicaciones y alcances que tiene la legitimación procesal en los casos de derechos como la salud, educación, medio ambiente, servicios públicos, alimentación, etc. Recordemos que el artículo 107 Constitucional, fracción I, habla primero de “quien aduce ser titular de un derecho”. Un derecho aquí, de acuerdo con una interpretación conforme, es sobre todo un derecho humano o un derecho constitucional —y desde luego comprenderá también otros derechos reconocidos por las leyes u otras fuentes—. Estos derechos incluyen una lista extensa de derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, ambientales, al desarrollo. Muchos de estos son de carácter individual y otros son de carácter colectivo —como los derechos de los pueblos indígenas o de sindicatos—. Cabe, por supuesto, dada la alegación de la afectación de un derecho humano, exigir al quejoso una argumentación razonable sobre la relación entre el derecho que alega y el acto u omisión de la autoridad que impugna. Pero es necesario erradicar la idea de que el perjuicio debe ser personal o exclusivo: por definición, una parte importante de los incumplimientos de la administración en materia de derechos sociales y ambientales tienen alcances colectivos, —por lo que nadie está, en esos casos, en condición de demostrar una afectación exclusiva—. La negación de tutela judicial, en los casos de afectación colectiva de un derecho, genera además la paradoja de que cuanto más extendido es el daño que genera la acción u omisión recurrida, menor control judicial se ejerce sobre ellos.

En tercer lugar, el “interés legítimo” no puede resultar en una figura que condicione la legitimidad procesal de quienes son titulares de derechos humanos o aducen serlo: por ello, debería cumplir otro propósito. Medina Alcoz ha sugerido, para el caso español, definirlo como la situación activa que permite al ciudadano exigir el cumplimiento de la legalidad que abre márgenes de discrecionalidad administrativa, donde el ordenamiento no garantiza un resultado específico, pero sí un derecho al correcto ejercicio de la discrecionalidad.³⁸

³⁸ Medina Alcoz, *op. cit.*, pp. 272-273.

Queda el problema de cómo conseguir que un sistema judicial no se vea sobrepasado por demandas de personas que reclaman la violación de todo tipo de derechos por parte de las autoridades y el legislador, y de personas que consideran que los procesos no fueron respetados. La estrategia hasta ahora ha sido ofrecer a los jueces —anteriormente, a la misma administración— una teoría que permite clasificar tipos de intereses —jurídicos, legítimos, simples, luego difusos, etc.—, y con ello convertir al amparo en un recurso técnicamente complejo y altamente discrecional desde su acceso. Y el problema con esta forma de resolver un problema institucional, es que es por sí mismo violatorio de derechos humanos.

La alternativa que propongo es resolver —una parte del problema— en favor del acceso a la justicia, y a un recurso que atienda de fondo las quejas por violaciones a derechos humanos y por falta de justificación y ponderación adecuadas por parte de autoridades administrativas y legislativas. Concedo que el otro problema, muy serio e importante, queda por ser resuelto y aquí no lo abordo. Sin embargo, no es un problema que no tenga otras formas de discutirse. La misma experiencia de otros sistemas judiciales, más flexibles que el mexicano, podría ofrecer vías para resolver el problema de exceso de demandas, sin que ello se traduzca en cerrarle la puerta de la justicia a las personas.

Bibliografía

Libros

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

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Benvenuti, Feliciano, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Il grillo Marsilio, Venecia, 1994.

Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007.

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

_____, “Fundamentos filosóficos de los derechos económicos”, en *Derechos económicos: una aproximación conceptual*, Cruz Parceró, Juan Antonio, Rodríguez Padilla, Pamela, *Et. al.*, CEPAL-CNDH, México, 2019.

Cruz Parceró, Juan Antonio, Fajardo Morales, Zamir Andrés, *Derechos de las personas jurídicas. Sobre las posturas del Sistema Interamericano y la Suprema Corte en México*, UNAM y CNDH, México, 2018.

García Manrique, Ricardo, *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*, El Viejo Topo, España, 2013.

Glendon, Mary Ann, *A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Random House, Nueva York, 2001.

Langford, Malcolm *Et. al.*, *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, Dejusticia, Bogotá, 2017.

Lifante Vidal, Isabel, *Contra la corrupción, Estado de Derecho y transparencia*, Pa-lestra, Perú, 2021.

Medina Alcoz, Luis, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

Moyn, Samuel, *No bastan. Los derechos humanos en un mundo desigual*, Tirant lo blanch, Venecia, 2019.

Romano, Santi, la voz “Deberes. Obligaciones”, en su *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964.

Rosanvallon, Pierre, *La sociedad de iguales*, Manantial, Buenos Aires, 2012.

Sunstein, Cass, *Las cuentas pendientes del sueño americano. Por qué los derechos sociales y económicos son más necesarios que nunca*, Siglo XXI, Argentina, 2018.

Revistas

Cruz Parcero, Juan Antonio, “El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos. Observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva”, *Isonomía*, No. 39, Octubre 2013.

García-Trevijano Fos, “Tratado de derecho administrativo”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1964.

Jurisprudencia y normas

“INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS),” Tesis: P./J. 50/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 12, Tomo I, página 60, registro digital: 2007921.

“INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. AMBOS TÉRMINOS TIENEN DIFERENTE CONNOTACIÓN EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”, Tesis: 2a./J. 141/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XVI, Diciembre de 2002, página 241, registro digital 185377.

“INTERÉS LEGÍTIMO, NOCIÓN DE, PARA LA PROCEDENCIA DEL JUICIO ANTE EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL”, Tesis: 2a./J. 142/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XVI, Diciembre de 2002, página 242, registro digital 185376.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley de 10 y 11 puntos, Futura 12, 13 y 19 puntos. Diciembre de 2021.

