
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

La protección judicial de los derechos sociales

Christian Curtis y
Ramiro Ávila Santamaría
(Editores)

Víctor Abramovich
Pablo Alarcón Peña
Rodolfo Arango
Ramiro Ávila Santamaría
Dani Brand
Miguel Carbonell
Christian Curtis
Mariana Filchtiner Figueiredo
Diego López Medina
Gerardo Pisarello
César Rodríguez Garavito
Diana Rodríguez Franco
Carlos Rafael Urquilla Bonilla
Carolina Silva Portero
Ingo Wolfgang Sarlet

Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos

La protección judicial de los derechos sociales

SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

La protección judicial de los derechos sociales

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría
Editores



Néstor Arbo Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593) 2 2464 929, Fax: 2469914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

José Manuel Hermida Viallet
Coordinador Residente del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador
y Representante Residente del PNUD

Organización de las Naciones Unidas

Av. Amazonas N. 2889 y la Granja
Telf: (593) 2 2460 330, Fax: 2461 960
www.un.org.ec

Equipo de Apoyo

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
Tatiana Hidalgo Rueda
Nicole Pérez Ruales

Naciones Unidas

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Guillermo Fernández-Maldonado Castro
Esther Almeida Silva
Jacqueline Carrera Ojeda
Christel Drapier
Sergio Rubio

Corrector de estilo:

Miguel Romero Flores (09 010-3518)

ISBN: 978-9978-92-751-9

Derechos de autor: 031982

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *Editores*

Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador

1ra. edición: octubre de 2009

Contenido

Presentación	vii
<i>Néstor Arbito Chica</i> , Ministro de Justicia y Derechos Humanos	
Presentación	ix
<i>José Manuel Hermida</i> , Coordinador Residente del sistema ONU en Ecuador	
Introducción	xiii
I. Conceptos generales	
Apuntes sobre la exigibilidad judicial	
de los derechos sociales	3
<i>Victor Abramovich y Christian Courtis</i>	
Los derechos sociales y sus garantías:	
notas para una mirada “desde abajo”	31
<i>Gerardo Pisarello</i>	
Eficacia de la Constitución y derechos sociales,	
esbozo de algunos problemas	55
<i>Miguel Carbonell</i>	
II. Derechos específicos	
El derecho a la alimentación como derecho justiciable	91
<i>Christian Courtis</i>	
La aplicación de tratados e instrumentos internacionales	
sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional	
del derecho a la salud: apuntes críticos	117
<i>Christian Courtis</i>	
El derecho a la salud en el derecho internacional	
de los derechos humanos: las observaciones generales de la ONU	173
<i>Miguel Carbonell</i>	
Notas sobre la justiciabilidad del derecho a la vivienda	191
<i>Christian Courtis</i>	

III. Experiencias nacionales

La justiciabilidad de los derechos sociales en la Argentina: algunas tendencias.....	203
<i>Víctor Abramovich y Christian Courtis</i>	
Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de de Brasil de 1988	241
<i>Ingo Wolfgang Sarlet y Mariana Filchtiner Figueiredo</i>	
La jurisdicción social de la tutela en Colombia.....	301
<i>Rodolfo Arango Rivadeneira</i>	
Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia	321
<i>César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco</i>	
El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina.....	375
<i>Diego López Medina</i>	
Los derechos económicos, sociales y culturales en Costa Rica	417
<i>Carlos Rafael Urquilla Bonilla</i>	
Los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos	451
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
El experimento de Sudáfrica con los derechos socio económicos justiciables. ¿Cómo se está desarrollando?	479
<i>Danie Brand</i>	

IV. La protección judicial de los derechos sociales en Ecuador

Los retos de la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano	543
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
Los derechos sociales y el desafío de la acción de protección	577
<i>Carolina Silva Portero</i>	
La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana	617
<i>Pablo Alarcón Peña</i>	

Nota biográfica de los autores y autoras.....	679
---	-----

Presentación

El libro que presentamos en esta ocasión, el número 11 de nuestra Serie Justicia y Derechos Humanos, tiene particular relevancia para el Ecuador. La Constitución de Montecristi trajo consigo cambios importantes a favor de los derechos sociales de las personas que pertenecen a sectores excluidos y que reflejan situaciones estructurales de desigualdad social. La Constitución, en primer lugar, recoge en su texto un catálogo amplio de derechos sociales cobijado bajo el título de los *derechos del buen vivir*; en segundo lugar, como nunca antes en la historia constitucional ecuatoriana, establece un abanico de garantías para hacer efectivos esos derechos; y en tercer lugar, para cerrar cualquier discusión sobre el asunto, determina que todos los derechos reconocidos en la Constitución son, sin excepción, justiciables.

Si bien la discusión sobre la justiciabilidad de los derechos sociales sigue siendo importante, el debate ya no se agota solamente en determinar si las obligaciones que emanan de tales derechos son exigibles, sino que va más allá al intentar establecer cuáles son las formas más efectivas y prácticas a través de las cuales se puede materializar su garantía y su reparación, en caso de que se los haya vulnerado.

Este libro contiene lo que toda jueza o juez, litigante, clínica jurídica —en particular las de derechos humanos—, profesora o profesor que enseña derecho constitucional, y en general, lo que toda persona sensible respecto de la suerte que corren quienes no gozan de sus derechos sociales, requiere para poder aplicar con solvencia nuestros derechos del buen vivir: conceptos generales, contenido específico de los derechos, experiencias rea-

les de cortes de otros países, doctrina, y jurisprudencia del Ecuador sobre el tema. Además, encontrará las referencias bibliográficas y normativas para seguir expandiendo el conocimiento en esta área tan importante e imprescindible de los derechos humanos.

La acción de protección, que fue diseñada para garantizar la eficacia, la promoción y el respeto de todos los derechos humanos, y por lo tanto, de los derechos del buen vivir, requiere de juezas y jueces creativos, comprometidos con las personas que son víctimas de la desigualdad social, y decididos a aplicar la Constitución por sobre cualquier regulación o reglamentación secundaria. No cabe, por ejemplo, que por el principio de subsidiaridad se pretenda desconocer la finalidad de esta garantía cuando no existe en el sistema jurídico ecuatoriano, a nivel de leyes ordinarias, un mecanismo para proteger los derechos del buen vivir. En este sentido, tiene plena vigencia el procedimiento constitucional para reparar violaciones a los derechos del buen vivir.

Este libro demuestra que sí se puede exigir los derechos sociales, que hay jueces y juezas que se atreven a bordear esa línea complicada entre las potestades del poder judicial y las del poder político para mejorar la vida de las personas, y que las garantías jurisdiccionales son una herramienta más para exigir estos derechos.

Esta publicación no hubiera sido posible sin el aporte decidido de Christian Courtis, una de las personas más acreditadas en el mundo sobre el tema, que nos entrega generosamente varios de sus ensayos y de sus colegas, académicos destacados de la región y de Europa. En esta tarea de recopilar artículos, también agradezco el apoyo brindado por Ramiro Ávila Santamaría, funcionario del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Néstor Arbito Chica

MINISTRO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Presentación

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.

(Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993)

La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, constituye la base sobre la cual se ha construido el andamiaje normativo e institucional del sistema de protección internacional de los derechos humanos y su contenido ha influido cada vez más en el constitucionalismo moderno. En esta histórica declaración se reconocen los derechos mínimos que corresponde gozar a todas las personas sin discriminación alguna, pero también se sentaron las bases de los principios de la indivisibilidad, interdependencia e igual valor de los derechos humanos, sean estos civiles y políticos o los económicos, sociales y culturales. Estos principios se ratificaron y reforzaron en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993.

No obstante, es una realidad que estos dos grupos de derechos fueron entendidos y experimentaron procesos diferentes. Históricamente los derechos sociales no lograron el respeto, protección y garantía que desde un inicio se otorgaron a los derechos civiles y políticos. Bajo el paraguas conceptual de que se trataba de derechos de realización progresiva, programáticos o de otro tipo de generación –sin claridad de plazos ni indicadores de pro-

greso— la práctica común fue la ausencia de medidas adecuadas, tales como las políticas públicas, para promover su efectivo goce, pero también la inexistencia de mecanismos internos e internacionales para exigir su vigencia.

Cuatro décadas después de aprobado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), hoy constituyen obligaciones de todos los Estados el tomar medidas rápidas y eficaces para la plena realización de estos derechos, el no adoptar medidas regresivas y el satisfacer con carácter prioritario, determinados niveles mínimos esenciales de los derechos económicos, sociales y culturales. El desarrollo de estas obligaciones es parte fundamental de los estándares internacionales de derechos humanos, referencia universal sobre el contenido y alcance de los mismos, que dejan a cada Estado un adecuado margen de discrecionalidad para elegir las medidas específicas destinadas para hacerlos efectivos.

En la región latinoamericana los derechos económicos, sociales y culturales han tenido un desarrollo muy limitado en cuanto a su vigencia efectiva y justiciabilidad. Nuestros países siguen exhibiendo muy altos niveles de pobreza y, en especial, de enorme desigualdad, lo que hace mucho más urgente este llamado para 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. Es en este marco que debe ser entendida la lucha contra la pobreza y el logro del desarrollo humano sostenible.

La reciente adopción del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF-PIDESC) y el marco constitucional ecuatoriano concurren en el objetivo de poner fin a la vieja concepción de derechos humanos de diversa jerarquía y exigibilidad. Este protocolo facultativo, en total sintonía con la Constitución de 2008, pone a disposición de todas las personas un mecanismo internacional para exigir el adecuado respeto, protección y garantía de estos derechos y permitirá además avanzar en la comprensión de su contenido.

Esta evolución del derecho internacional y el claro mandato constitucional en Ecuador no impide reconocer que la implementación efectiva de la exigibilidad de los derechos sociales plantea retos enormes, tanto para operadores judiciales como para la ciudadanía. Esta obra, que forma parte de la excelente colección que impulsa con acierto el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pretende acompañar y apoyar a los sujetos de deberes

y a los sujetos de derechos en Ecuador en la construcción colectiva de dar vigencia a uno de los aspectos más innovadores de la carta constitucional. Expertos nacionales y extranjeros nos dan luces sobre este apasionante y complejo tema, mostrándonos formas y caminos en que la nueva constitución y los estándares internacionales de derechos humanos pueden ser instrumentos eficaces en la lucha por hacer de los derechos económicos, sociales y culturales una realidad para todas las personas.

José Manuel Hermida

COORDINADOR RESIDENTE DEL SISTEMA ONU EN ECUADOR

Introducción

El presente volumen reúne una serie de trabajos que giran en torno a la conceptualización y operacionalización de los derechos sociales –derechos económicos, sociales y culturales, según su denominación en el ámbito internacional o derechos del buen vivir de acuerdo con la clasificación de la Constitución ecuatoriana– como derechos susceptibles de ser exigidos por sus titulares a las autoridades obligadas. Pretende ofrecer al lector un panorama comparado de tendencias en la protección de estos derechos –y, en especial, de la protección judicial de estos derechos–, que le permitan además situar la cuestión en el contexto ecuatoriano.

Un primer grupo de trabajos ofrece elementos para la conceptualización de los derechos sociales y para su interpretación, e introduce algunos ejes de discusión sobre su justiciabilidad o susceptibilidad de protección judicial como mecanismo de garantía.

Una segunda tanda de artículos aborda la experiencia de protección judicial centrada en algunos derechos específicos, como los derechos a la salud, a la vivienda y a la alimentación, desde una perspectiva comparada, que incluye tanto precedentes nacionales como internacionales.

La tercera parte del volumen ofrece un panorama de experiencias nacionales de protección judicial de los derechos sociales. Se abordan los casos de Argentina, Brasil, Colombia y Costa Rica –que son, entre los países de América Latina, los que cuentan con mayor experiencia en la materia–, Estados Unidos y Sudáfrica, país de referencia al respecto en el mundo de angloparlante.

Finalmente, una cuarta sección del libro se centra en la experiencia y posibilidades que ofrece la Constitución ecuatoriana en esta materia.

El volumen ofrece, en conjunto, fuentes de inspiración para llevar a la práctica la protección y defensa del plexo de derechos sociales reconocidos por la recientemente adoptada Constitución de la República del Ecuador. Mientras el primer grupo de artículos ofrece algunas bases para conceptualizar estos derechos, el segundo y tercer grupo presentan y discuten ejemplos concretos de aplicación de algunas de las ideas previamente expuestas, tomando como ejes algunos derechos y algunas experiencias nacionales, respectivamente. La experiencia judicial comparada –tanto nacional como internacional– puede servir como fuente de inspiración para abogados, jueces y magistrados ecuatorianos. La última parte permite cotejar estas ideas con la experiencia ecuatoriana, de modo de evaluar los avances registrados y el camino que resta recorrer.

Para estructurar el libro hemos recurrido a algunos trabajos ya publicados, pero de difícil acceso en el Ecuador, que incluyen traducciones del inglés y del portugués de artículos inéditos en castellano. Agradecemos sinceramente la generosidad de los autores que nos han permitido reproducir sus artículos.

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría
Ginebra/Quito, septiembre de 2009

Conceptos generales

Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales

Víctor Abramovich y Christian Courtis

1. Los derechos sociales en tanto derechos. 2. El problema de la exigibilidad de los derechos sociales. 3. Algunos obstáculos a la exigibilidad judicial de los derechos sociales: **a.** La determinación de la conducta debida, **b.** La autorrestricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas y técnicas, **c.** La inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para la tutela de derechos sociales. **d.** La escasa tradición de control judicial en la materia.

1. Los derechos sociales en tanto derechos

Gran parte de la tradición constitucional iberoamericana en materia de derechos sociales¹ se caracteriza por la repetición de tópicos que, a la luz de la experiencia internacional y de la ya considerable acumulación de precedentes

1 Baste aquí con estipular que por derechos sociales entendemos el catálogo de derechos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), *vi. gr.*, derecho al trabajo, derechos laborales individuales y colectivos, incluyendo el derecho de huelga, derecho a la seguridad social, derecho a la protección de la familia, derecho a un nivel de vida adecuado, incluyendo alimentación, vestido y vivienda, derecho a la salud, derecho a la educación, derecho a participar de la vida cultural. Para una discusión crítica de la categoría de derechos sociales, y su comparación con la de derechos civiles, ver Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Madrid (en prensa), Cap. 1. En la tradición constitucional se habla de “derechos sociales”, y en la tradición del derecho internacional de los derechos humanos se habla de “derechos económicos, sociales y culturales”. Emplearemos indistintamente las dos expresiones.

nacionales, han demostrado ser prejuicios de tipo ideológico, antes que argumentos sólidos de dogmática jurídica. Así, aunque la gran mayoría de las Constituciones de América Latina, la de España y la de Portugal estén alineadas dentro del denominado constitucionalismo social, se ha repetido hasta el hartazgo que las normas que establecen derechos sociales son sólo normas programáticas, que no otorgan derechos subjetivos en el sentido tradicional del término, o que no resultan justiciables. De este modo, se traza una distinción entre el valor normativo de los denominados derechos civiles —o derechos de autonomía, o derechos-libertades—, que si se consideran derechos plenos, y los derechos sociales, a los que se asigna un mero valor simbólico o político, pero poca virtualidad jurídica.

Sin embargo, la cuestión dista de ser tan sencilla. La supuestas distinciones entre derechos civiles y derechos sociales no son tan tajantes como pretenden los partidarios de la doctrina tradicional². La principal diferencia que señalan los partidarios de dicha doctrina reside en la distinción entre obligaciones negativas y positivas: de acuerdo con esta línea de argumentación, los derechos civiles se caracterizarían por establecer obligaciones negativas para el Estado —por ejemplo, abstenerse de matar, de torturar, de imponer censura, de violar la correspondencia, de afectar la propiedad privada— mientras que los derechos sociales exigirían obligaciones de tipo positivo —por ejemplo, dar prestaciones de salud, educación o vivienda—³. En el primer caso, se dice, el Estado cumpliría su tarea con la mera abstención, sin que ello implique la erogación de fondos, y por ende, el control judicial se limitaría a la anulación de aquellos actos realizados en violación a aquella obligación de abstención. Contra la exigibilidad de los derechos sociales, aun cuando tengan reconocimiento constitucional, se dice que como se trata de derechos que establecen obligaciones positivas, su cumplimiento depende de la disposición de fondos

2 Para un desarrollo más extenso de esta cuestión, v. Abramovich, C. y Courtis, C., *op. cit.*, cap. 1.; “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en Abregu, M, y Courtis, C., *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto/CELS, Bs. As., 1997, pp. 283-350.

3 Gran parte de estas distinciones reproduce casi textualmente las ideas de un partidario del Estado mínimo, Friedrich von Hayek. V. Hayek, F. v., *Derecho, legislación y libertad*, (“El espejismo de la justicia social”), Ed. Unión, Madrid, 1979, vol. 2, cap. 9.

públicos, y que por ello el Poder Judicial no podría imponer al Estado el cumplimiento de conductas de dar o hacer.

La distinción, sin embargo, es notoriamente endeble. Todos los derechos, llámense civiles, políticos, económicos o culturales tienen un costo⁴, y prescriben tanto obligaciones negativas como positivas. Los derechos civiles no se agotan en obligaciones de abstención por parte del Estado: exigen conductas positivas, tales como la reglamentación –destinada a definir el alcance y las restricciones de los derechos–, la actividad administrativa de regulación, el ejercicio del poder de policía, la protección frente a las interferencias ilícitas del propio Estado y de otros particulares, la eventual imposición de condenas por parte del Poder Judicial en caso de vulneración, la promoción del acceso al bien que constituye el objeto del derecho. Baste repasar mentalmente la gran cantidad de recursos que destina el Estado a la protección del derecho de propiedad: a ello se destina gran parte de la actividad de la justicia civil y penal, gran parte de la tarea policial, los registros de la propiedad inmueble, automotor y otros registros especiales, los servicios de catastro, la fijación y control de zonificación y uso del suelo, etcétera. Todas estas actividades implican, claro está, un costo para el Estado, sin el cual el derecho no resultaría inteligible, y su ejercicio carecería de garantía. Esta reconstrucción puede replicarse con cualquier otro derecho –piénsese, en materia de derechos políticos, la gran cantidad de conductas positivas que debe desarrollar el Estado para que el derecho de votar puede ser ejercido por todos los ciudadanos–. Amén de ello, muchos de los llamados derechos civiles se caracterizan justamente por exigir la acción y no la abstención del Estado: piénsese, por ejemplo, en el derecho a contar, en caso de acusación penal, con asistencia letrada costeadada por el Estado en caso de carecer de recursos suficientes, o en el derecho a garantías judiciales adecuadas para proteger otros derechos.

En sentido simétrico, los derechos sociales tampoco se agotan en obligaciones positivas: al igual que en el caso de los derechos civiles, cuando los titulares hayan ya accedido al bien que constituye el objeto de esos derechos –salud, vivienda, educación, seguridad social– el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar conductas que lo afecten. El Estado afectará el derecho a la salud, o a la vivienda, o a la educación, cuando prive ilícitamente

4 El argumento es la tesis central de Holmes, S. y Sunstein, C. R., *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*, Norton, Nueva York-Londres, 1999.

a sus titulares del goce del bien del que ya disponían, sea dañando su salud, excluyéndolos de los beneficios de la seguridad social o de la educación, del mismo modo en que afecta el derecho a la vida, o la libertad de expresión, o la libertad ambulatoria, cuando interfiere ilegítimamente en el disfrute de esos bienes. Ciertamente, algunos derechos sociales se caracterizan principalmente por exigir del Estado acciones positivas –v. gr., los llamados derechos-prestación, es decir, aquellos que requieren la distribución de algún tipo de prestación a sus titulares, como el servicio educativo o la asistencia sanitaria–, pero como hemos visto, esto también sucede con los derechos civiles –que exigen prestaciones de la administración de justicia, o de los registros civiles, o del registro de la propiedad, o de las fuerzas de seguridad–. Otros derechos sociales, sin embargo –en especial aquellos caracterizados por regir aun en las relaciones entre particulares–, difícilmente puedan conceptualizarse de modo adecuado sólo como derechos prestacionales: piénsese en el derecho de huelga, o en el derecho a a negociación colectiva. Estos derechos requieren expresamente abstenciones del Estado: no interferir en la huelga, no interferir en las tratativas ni en el resultado de la negociación.

Todo derecho, entonces, requiere para su efectividad obligaciones positivas y negativas. En línea con esta idea, autores como Fried van Hoof o Asbjørn Eide⁵ proponen un esquema interpretativo consistente en el señala-

5 Eide sostiene que es un error común, fruto de una escasa comprensión de la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, considerar que sólo el Estado debe satisfacer esos derechos y que por el costo que ello representa su provisión provocaría indefectiblemente un desproporcionado crecimiento del aparato estatal. Entiende que es el individuo el sujeto activo de todo desarrollo económico y social tal como lo establece el art. 2 de la “Declaración sobre el Derecho al Desarrollo” –Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 41/128 del 4/12/1986– y que por lo tanto en un primer nivel en relación a los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra la obligación del Estado de respetar la libertad de acción y el uso de los recursos propios de cada individuo –o de colectividades como las indígenas– en pos de autosatisfacer sus necesidades económicas y sociales. En un segundo nivel existe una obligación estatal de proteger esa libertad de acción y uso de los recursos frente a terceros. Esta función de tutela que ejerce el Estado en relación con los derechos económicos, sociales y culturales es similar al papel que cumple como protector de los derechos civiles y políticos. En un tercer nivel existe una obligación de asistencia que puede asumir formas diversas –por ej. el art. 11.2 del PIDESC–, y una obligación de satisfacción –que puede consistir en la directa provisión de medios para cubrir necesidades básicas como comida o recursos de subsistencia cuando no existan otras posibilidades–. De tal modo, afirma el autor, el argumento de que garantizar los derechos civiles y políticos, a diferencia de los derechos económicos, sociales y culturales, no re-

miento de “niveles” de obligaciones estatales, que caracterizarían el complejo que identifica a cada derecho, independientemente de su adscripción al conjunto de derechos civiles o al de derechos sociales. De acuerdo con la propuesta de van Hoof,⁶ por ejemplo, podrían discernirse cuatro “niveles” de obligaciones: obligaciones de *respetar*, obligaciones de *proteger*, obligaciones de *asegurar* y obligaciones de *promover* el derecho en cuestión. Las obligaciones de *respetar* se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del dere-

quiere utilizar recursos públicos, resulta sólo sostenible si limitamos las obligaciones estatales en relación con los derechos económicos, sociales y culturales sólo al tercer nivel (asistencia y satisfacción) y las vinculadas con los derechos civiles y políticos sólo al primer nivel (respeto). Ver Eide, A., “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights” en Eide, A., Krause, C. y Rosas, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Kluwer, Dordrecht, Boston, Londres, 1995, págs. 21-49, en especial págs. 36-38. Ver también Eide, A., “Realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Estrategia del nivel mínimo”, en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Nro. 43, 1989.

- 6 van Hoof, G. H. J., “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views”, en Alston, P. y Tomasevski, K. (eds.), *The Right to Food*, Martinus Nijhoff, Utrecht, 1984, pp. 97-110. Ver también de Vos, P., “Pious wishes or directly enforceable human rights?: Social and Economic Rights in South African’s 1996 Constitution”, *13 South African Journal on Human Rights*, pp. 223 y ss., 1997. La distinción fue sugerida originalmente por Henry Shue. V. Shue, H., “Rights in the Light of Duties”, en Brown, P. G. y MacLean, D. (eds.), *Human Rights and the US Foreign Policy: Principles and Applications*, D.C. Heath Co., Lexington, 1980; *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, Princeton University Press, Princeton, 1980, y “Mediating Duties”, en *Ethics*, Nro. 98, 1988, pp. 687-704. Pese a alguna diferencia terminológica –la autora habla de distintos “derechos” y no de distintos niveles de “obligaciones”, las conclusiones de Cécile Fabre son similares. Ver Fabre, C., *Social Rights under the Constitution*, Clarendon Press, Oxford, 2000, pp. 45-49 y 53-57. En el campo del derecho internacional de los derechos humanos, la distinción fue asumida –con alguna corrección, que reduce la enumeración a tres categorías: obligaciones de respeto, obligaciones de protección y obligaciones de garantía, satisfacción o cumplimiento– en los principales documentos interpretativos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general (OG) Nro. 3 (1990) “La Indole de las Obligaciones de los Estados Partes - párrafo 1 del art. 2 del Pacto”, OG Nro. 4 (1991) “El Derecho a la Vivienda Adecuada – párrafo 1 del art. 11 del Pacto–”, OG Nro. 5 (1994) “Personas con Discapacidad”, OG Nro. 6 (1995) “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Personas de Edad”; “Principios de Limburgo” (1986); “Principios de Maastricht” (1997); CIJ; “Declaración y Plan de Acción de Bangalore” (1995); Encuentro Latinoamericano de Organizaciones de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Declaración de Quito” (1998).

cho. Las obligaciones de *proteger* consisten en impedir que terceros interfieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de *asegurar* suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de *promover* se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.

Ninguno de estos niveles puede caracterizarse únicamente por medio de las distinciones obligaciones positivas/obligaciones negativas, u obligaciones de resultado/obligaciones de medio, aunque ciertamente las obligaciones de respetar están fundamentalmente ligadas a obligaciones negativas o de abstención, y las obligaciones de proteger, asegurar y promover involucran un mayor activismo estatal, y por ende, un número mayor de obligaciones positivas o de conducta. Este marco teórico, entiende van Hoof, refuerza la unidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, pues los distintos tipos de obligaciones estatales pueden ser hallados en ambos pares de derechos. Por ejemplo, señala van Hoof, la libertad de expresión no requiere sólo el cumplimiento de la prohibición de censura sino que exige la obligación de crear condiciones favorables para el ejercicio de la libertad de manifestarse –mediante la protección policial–, y del pluralismo de la prensa y de los medios de comunicación en general. Paralelamente los derechos económicos, sociales y culturales no requieren solamente obligaciones de garantizar o de promover, sino que también exigen un deber de respeto o de protección del Estado.

Estas notas están destinadas a mostrar que la distinción entre uno y otro tipo de derechos es mucho menos tajante de lo que se afirma habitualmente, pero no pretende negar la existencia de algunos obstáculos que se han interpuesto históricamente a la exigibilidad de los derechos sociales. Muchos de estos obstáculos, sin embargo, tampoco son ajenos a la naturaleza de los derechos civiles, y ello no ha sido óbice para considerar que éstos son derechos justiciables. Otros obstáculos reflejan algunas particularidades de los derechos sociales, aunque ello tampoco es un argumento para desconsiderarlos como derechos: exigen, más bien, imaginación a los juristas y a los jueces⁷, en aras

7 Cfr. la opinión de Luigi Ferrajoli: “Hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos [los derechos sociales] nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces

de ofrecer protección eficaz a aquellos bienes que el constituyente ha decidido priorizar.

2. El problema de la exigibilidad de los derechos sociales

Parece claro que, de acuerdo al diseño institucional de las democracias occidentales, los poderes encargados de cumplir con las obligaciones que se desprenden del establecimiento de la mayoría de los derechos son, primariamente⁸, los denominados poderes políticos, es decir, la Administración y la Legislatura. Esto vale tanto para los derechos civiles como para los derechos sociales: a estos poderes les corresponde la regulación normativa y la actuación administrativa destinada a velar por la efectividad de derechos tales como el derecho a casarse, a asociarse con fines útiles, a disponer de la propiedad, a la educación primaria, a la asistencia sanitaria, a gozar de condiciones dignas de trabajo, etcétera. Al Poder Judicial le cabe un papel subsidiario: le corresponde actuar cuando los demás poderes incumplan con las obligaciones a su cargo, sea por su propia acción, por no poder evitar

como las establecidas para los derechos de libertad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal, y han permitido que el Estado social se desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo". La tarea de los juristas consistiría, de acuerdo al reputado autor italiano, en "descubrir las antinomias y lagunas existentes y porponer *desde dentro* las correcciones previstas por las técnicas garantistas de que dispone el ordenamiento, o bien de elaborar y sugerir *desde fuera* nuevas formas de garantía aptas para reforzar los mecanismos de autocorrección". Ver. Ferrajoli, L., "El derecho como sistema de garantías", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 28-30.

- 8 La afirmación, por supuesto, no es absoluta. Algunos derechos se refieren, primariamente, a la actuación del Poder Judicial: así, justamente, el derecho a la protección judicial, al debido proceso judicial, a la presunción de inocencia, a la obtención de sentencia en plazo razonable. A esto cabe agregar que también la actuación del Poder Judicial puede incumplir obligaciones de respeto de muchos otros derechos, por ejemplo, imponiendo censura previa. Sin embargo, debido a su organización y estructura de funcionamiento —en general, a través de casos provocados por partes litigantes—, resulta más frecuente que sean los poderes políticos los que afecten derechos por acción.

que otros particulares afecten el bien que constituye el objeto del derecho⁹, o por incumplir con las acciones positivas debidas.

Este recurso a la protección judicial en caso de afectación del bien que se pretende tutelar constituye un elemento central en la definición de la noción de “derecho” —aunque, como lo hemos sugerido, no el único—: *la existencia de algún poder jurídico de reclamo de su titular en caso de incumplimiento de la obligación debida*¹⁰. El reconocimiento de los derechos sociales como derechos plenos no se alcanzará hasta superar las barreras que impiden su adecuada *justiciabilidad*, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho¹¹. De modo que, aunque un Estado cumpla habitualmente con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por un derecho social, no puede afirmarse que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho como derecho subjetivo, hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento. Lo

9 El incumplimiento de las llamadas “obligaciones de protección” por parte del Estado supone la conducta de otro particular que afecte indebidamente ese bien, y la ausencia o inidoneidad de las medidas estatales destinadas a prevenir esa afectación. Es evidente que, si se refiere la violación a la conducta de los particulares, el papel del Poder Judicial es actuar cuando un particular afecta indebidamente un bien tutelado por el derecho correspondiente a otro particular, *v. gr.*, cuando daña su integridad física, su propiedad, su estabilidad laboral, etcétera.

10 Cfr. al respecto, la posición clásica de Kelsen: “Tal derecho en el sentido subjetivo sólo existe cuando en el caso de una falta de cumplimiento de la obligación, la sanción que el órgano de aplicación jurídica —especialmente un Tribunal— tiene que dictar sólo puede darse por mandato del sujeto cuyos intereses fueron violados por la falta de cumplimiento de la obligación... De esta manera, la disposición de la norma individual mediante la que ordena la sanción depende de la acción —demanda o queja— del sujeto frente al cual existe la obligación no cumplida... En este sentido tener un derecho subjetivo significa tener un poder jurídico otorgado por el derecho objetivo, es decir, tener el poder de tomar parte en la generación de una norma jurídica individual por medio de una acción específica: la demanda o la queja.” (Kelsen, H., *Teoría General de las Normas*, Trillas, México, 1994, pp. 142-143). En nuestros días, y en sentido similar, Ferrajoli afirma que “(e)l segundo principio garantista de carácter general es el de *jurisdiccionalidad*: para que las lesiones de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, sean sancionadas y eliminadas, es necesario que tales derechos sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión o por omisión” (Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995, p. 917).

11 V., en este sentido, *International Human Rights Internship Program*, “Una onda en aguas tranquilas”, Washington, 1997, p. 15.

que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino también la posibilidad de reclamo ante el incumplimiento: que –al menos en alguna medida– el titular/acreador esté en condiciones de producir mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación generada por su derecho¹².

Si, como hemos venido diciendo, no existen diferencias de sustanciales entre las obligaciones correspondientes a derechos civiles y derechos sociales, debe cuestionarse vigorosamente la idea de que sólo los derechos civiles resultan justiciables. Cabe, en ese sentido, referir la opinión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contenida en su Opinión General Nro. 9 (“La aplicación interna del Pacto”), de 1998¹³:

12 Alexy recalca la necesidad de distinguir conceptualmente entre el nivel de enunciados sobre derechos (tales como “a tiene un derecho a G”) y enunciados sobre protección (tales como “a puede reclamar la violación de su derecho a G a través de una demanda”). Cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 180-183. En el mismo sentido, Canotilho, J. J. G., “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nro. 1, 1988, p. 252. Es probable que ambos tipos de proposiciones no sean coextensos: tener un derecho parece además connotar un fundamento legítimo para realizar una acción o acceder a un bien, mientras que poder reclamar es sólo un aspecto vinculado con la protección de esa posibilidad. De todos modos, el problema conceptual es el de la relación entre ambos niveles: si el poder de reclamar la protección forma *necesariamente* parte de la noción de derecho. Sin pretender resolver el problema, señalemos que la noción de derecho subjetivo debe comprender al menos algún poder de reclamo. Exigir estipulativamente poder de reclamo en *todo* caso de violación del derecho llevaría a conclusiones paradójicas: ninguno de los derechos estipulados en las constituciones de países occidentales reuniría esta característica. El derecho de propiedad, por ejemplo, que constituye la imagen o modelo alrededor de la cual giran las teorizaciones modernas sobre el derecho subjetivo, sufre restricciones en las posibilidades de reclamo cuando el que afecta el derecho es el Estado: en la tradición administrativa continental, las sentencias contra el Estado sólo tienen efecto declarativo y carecen de ejecutabilidad. Puede enumerarse otras restricciones a la posibilidad de reclamo ante la afectación del derecho de propiedad: insolvencia del deudor, protección de los bienes del deudor por el régimen de bien de familia, situación de emergencia económica, etcétera. Nadie en su sano juicio, sin embargo, negaría al derecho de propiedad el carácter de derecho por estas restricciones.

13 Para una discusión más extensa de esta Observación General, ver. Fairstein, C. y Rossi, J., “Comentario a la Observación General N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en *Revista Argentina de Derechos Humanos*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, Nro. 0, 2001, pp. 327-349.

“En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente. Así, en la Observación general N° 3 (1990) se citaban, a título de ejemplo, los siguientes artículos del Pacto: el artículo 3, el inciso i) del apartado a) del artículo 7, el artículo 8, el párrafo 3 del artículo 10, el apartado a) del párrafo 2 y del artículo 13, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 y el párrafo 3 del artículo 15. A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad” (punto 10).

Entendiendo que también los derechos sociales generan al Estado un complejo de obligaciones negativas y positivas, cabe analizar entonces qué tipo de obligaciones brindan la posibilidad de su exigencia a través de la actuación judicial.

Por un lado, en muchos casos las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales provienen del incumplimiento de obligaciones negativas

por parte del Estado –ligadas, en muchos casos, a la violación de obligaciones de *respeto*–. Además de algunos de los ejemplos mencionados más abajo, resulta útil recordar que uno de los principios liminares establecidos en materia de derechos económicos, sociales y culturales es la obligación estatal de no discriminar en el ejercicio de estos derechos (cfr. art. 2.2 del PIDESC), que de hecho establece importantes obligaciones negativas para el Estado. El incumplimiento de este tipo de obligaciones abre un enorme campo de justiciabilidad para los derechos económicos sociales y culturales, cuyo reconocimiento pasa a constituir un límite y por ende un estándar de impugnación de la actividad estatal no respetuosa de dichos derechos. Piénsese, por ejemplo, en la violación por parte del Estado del derecho a la salud, a partir de la contaminación del medio ambiente realizada por sus agentes, o en la violación del derecho a la vivienda, a partir del desalojo forzoso de habitantes de una zona determinada sin ofrecimiento de vivienda alternativa, o en la violación del derecho a la educación, a partir de la limitación de acceso a la educación basada en razones de sexo, nacionalidad, condición económica u otro factor discriminatorio prohibido, o en la violación de cualquier otro derecho de este tipo, cuando la regulación en la que se establecen las condiciones de su acceso y goce resulte discriminatoria. En estos casos, resultan perfectamente viables muchas de las acciones judiciales tradicionales, llámense acciones de inconstitucionalidad, de impugnación o nulidad de actos reglamentarios de alcance general o particular, declarativas de certeza, de amparo o incluso de reclamo de daños y perjuicios. La actividad positiva del Estado que resulta violatoria de los límites negativos impuestos por un determinado derecho económico, social o cultural resulta cuestionable judicialmente y, verificada dicha vulneración, el juez decidirá privar de valor jurídico a la acción o a la manifestación de voluntad del Estado viciada, obligándolo a corregirla de manera de respetar el derecho afectado.

Por otro lado, nos enfrentamos a casos de incumplimiento de obligaciones positivas del Estado, es decir, omisiones del Estado en sus obligaciones de realizar acciones o adoptar medidas de protección y aseguramiento de los derechos en cuestión. Este es el punto en el que se plantea la mayor cantidad de dudas y cuestionamientos al respecto de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. La cuestión presenta, sin embargo, una multiplicidad de facetas, que conviene repasar. Puede concederse que en el

caso límite, es decir, el incumplimiento general y absoluto de toda obligación positiva por parte del Estado, resulta sumamente difícil promover su cumplimiento directo a través de la actuación judicial. Cabe otorgar razón a algunas de las haabituales objeciones efectuadas en esta materia: el Poder Judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública, el marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general, la discusión procesal genera problemas dado que otras personas afectadas por el mismo incumplimiento no participan del juicio, el Poder Judicial carece de medios compulsivos para la ejecución forzada de una sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados, o bien para dictar la reglamentación omitida, etcétera.

Ahora bien, aun admitiendo las dificultades, cabe señalar algunas maticizaciones a estas objeciones. En principio, resulta difícilmente imaginable la situación en la cual el Estado incumpla total y absolutamente con toda obligación positiva vinculada con un derecho social. Como hemos dicho párrafos atrás, el Estado cumple en parte con derechos tales como el derecho a la salud, a la vivienda o a la educación, a través de regulaciones que extienden obligaciones a particulares, interviniendo en el mercado a través de reglamentaciones y del ejercicio del poder de policía, *a priori* (a través de autorizaciones, habilitaciones o licencias) o *a posteriori* (a través de la fiscalización). De modo que, cumplida en parte la obligación de tomar medidas tendentes a garantizar estos derechos, aun en los casos en los que las medidas no impliquen directamente la prestación de servicios por el Estado, queda siempre abierta la posibilidad de plantear judicialmente la violación de obligaciones del Estado por asegurar discriminatoriamente el derecho. Las posibilidades son más evidentes cuando el Estado presta efectivamente un servicio en forma parcial, discriminando a capas enteras de la población. Pueden subsistir, evidentemente, dificultades procesales y operativas en el planteo de casos semejantes, pero difícilmente pueda discutirse que la realización parcial o discriminatoria de una obligación positiva no resulte materia justiciable.

En segundo lugar, más allá de las múltiples dificultades teóricas y prácticas que plantea la articulación de acciones colectivas, en muchos casos el incumplimiento del Estado puede reformularse, aun en un contexto procesal tradicional, en términos de violación individualizada y concreta, en lugar de en forma genérica. La violación general al derecho a la salud puede recon-

ducirse o reformularse a través de la articulación de una acción particular, encabezada en un titular individual, que alegue una violación producida por la falta de producción de una vacuna, o por la negación de un servicio médico del que dependa la vida o la salud de esa persona, o por el establecimiento de condiciones discriminatorias en el acceso a la educación o a la vivienda, o en el establecimiento de pautas irrazonables o discriminatorias en el acceso a beneficios de asistencia social. La habilidad del planteo radicará en la descripción inteligente del entrelazado de violaciones de obligaciones positivas y negativas, o bien de la demostración concreta de las consecuencias de la violación de una obligación positiva que surge de un derecho social, sobre el goce de un derecho civil. Podría señalarse que si la violación afecta a un grupo generalizado de personas, en la situación denominada por el derecho procesal contemporáneo de *derechos o intereses individuales homogéneos*, las numerosas decisiones judiciales individuales constituirán una señal de alerta hacia los poderes políticos acerca de una situación de incumplimiento generalizado de obligaciones en materias relevantes de política pública, efecto especialmente valioso al que nos referiremos en el próximo párrafo.

En tercer lugar, aun en casos en los que la sentencia de un juez no resulte directamente ejecutable por requerir de provisión de fondos por parte de los poderes políticos, cabe resaltar el valor de una acción judicial en la que el Poder Judicial declare que el Estado está en mora o ha incumplido con obligaciones asumidas en materia de derechos sociales. Las sentencias obtenidas pueden constituir importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, expresadas en términos de afectación de derechos, y no meramente de reclamo efectuado, por ejemplo, a través de actividades de *lobby* o demanda político-partidaria. Como dice José Reinaldo de Lima Lopes, “el Poder Judicial, provocado adecuadamente, puede ser un poderoso instrumento de formación de políticas públicas. Ejemplo de eso es el caso de la seguridad social brasileña. Si no fuese por la actitud de los ciudadanos de reivindicar judicialmente y en masa sus intereses o derechos, estaríamos más o menos donde estuvimos siempre”¹⁴. No cabe duda de que la implementación de derechos sociales depende en parte de activi-

14 Lopes, J., “Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito”, en Faria, J. E. (ed.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, Malheiros, San Pablo, 1994, p. 136.

dades de planificación, previsión presupuestaria y puesta en marcha que corresponden a los poderes políticos, siendo limitados los casos en los que el Poder Judicial puede llevar a cabo la tarea de suplir la inactividad de aquéllos. Ahora bien, uno de los sentidos de la adopción de cláusulas constitucionales o de tratados que establecen derechos para las personas y obligaciones o compromisos para el Estado, consiste en la posibilidad de reclamo de cumplimiento de esos compromisos no como concesión graciosa, sino en tanto que programa de gobierno asumido tanto interna como internacionalmente. Parece evidente que, en este contexto, es importante establecer mecanismos de comunicación, debate y diálogo a través de los cuales se “recuerde” a los poderes públicos los compromisos asumidos, forzándolos a incorporar dentro de las prioridades de gobierno la toma de medidas destinadas a cumplir con sus obligaciones en materia de derechos sociales. Resulta especialmente relevante a este respecto que sea el propio Poder Judicial el que “comunique” a los poderes políticos el incumplimiento de sus obligaciones en esta materia. Cuando el poder político no cumpla con las obligaciones frente a las que es “puesto en mora” por el Poder Judicial, se enfrentará a la correspondiente responsabilidad política que derive de su actuación morosa ante su propia población.

Por último, como veremos en el próximo acápite, algunas objeciones dirigidas contra la justiciabilidad de los derechos sociales son circulares, ya que lo único que señalan es que los instrumentos procesales tradicionales –surcidos en el contexto de litigios que tenían como medida el interés individual, el derecho de propiedad y una concepción abstencionista del Estado– resultan limitados para exigir judicialmente estos derechos. Esta limitación no es absoluta: en muchos casos las acciones existentes pueden emplearse perfectamente para reclamar individualmente el cumplimiento de una prestación, y en otros puede reconducirse la exigencia de derechos sociales al reclamo de derechos civiles.

Al respecto, es pertinente recordar la línea argumentativa del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, plasmada en la ya mencionada Opinión General Nro. 9. El Comité interpreta la obligación de adoptar medidas de orden interno para dar plena efectividad a los derechos establecidos en el PIDESC, contenida en el art. 2.1 del Pacto, a la luz de dos principios: a) la obligación de los Estados de modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de

los tratados en los que sean Parte, y b) el “derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”, establecido por el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Articulando ambos principios, el Comité señala que

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 (punto 3).

De modo que, lejos de entender que los derechos económicos, sociales y culturales no son justiciables, el Comité establece la fuerte presunción de que la falta de recursos judiciales adecuados, que permitan hacer justiciables estos derechos, constituye una violación autónoma del Pacto.

En síntesis, si bien puede concederse que existen limitaciones a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, cabe concluir en el sentido exactamente inverso: dada su compleja estructura, no existe derecho económico, social o cultural que no presente al menos alguna característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación¹⁵. En palabras de Alexy: “Como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal [alemán], en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución”¹⁶.

15 Cfr., para el caso del derecho a la salud, Leary, V., “Justiciabilidad y más allá: Procedimientos de quejas y derecho a la salud”, en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Nro. 55, 1995, pp. 91-110, con interesantes citas jurisprudenciales.

16 Cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 497.

3. Algunos obstáculos a la exigibilidad judicial de los derechos sociales

Sintéticamente, y sin ánimo de agotar la cuestión¹⁷, referiremos algunos obstáculos de índole práctica –aunque a veces también van acompañados de objeciones teóricas– para hacer plenamente exigibles los derechos sociales establecidos en una Constitución por vía judicial ante, claro está, el incumplimiento de los poderes obligados primariamente, es decir, los poderes políticos.

a. La determinación de la conducta debida

Un primer obstáculo a la justiciabilidad de los derechos sociales está vinculado con la falta de especificación concreta del contenido de estos derechos. Cuando una Constitución o un tratado internacional de derechos humanos hablan de derecho a la salud, derecho a la educación, derecho al trabajo o derecho a la vivienda, resulta difícil saber cuál es la medida exacta de las prestaciones o abstenciones debidas. Evidentemente la exigencia de un derecho en sede judicial supone la determinación de un incumplimiento, extremo que se torna imposible si la conducta debida no resulta inteligible.

Este obstáculo sugiere, sin embargo, varios comentarios. En primer lugar, no se trata de un problema ligado exclusivamente a los derechos sociales: la

17 Dedicamos un espacio mucho más extenso al señalamiento de estrategias concretas para superar estos obstáculos en Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., capítulo 3.

18 Ver, por todos, Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1963, Cap. VII, 1.; “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, en *Derecho y Moral; Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 25 y ss; Carrió, G., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1964, pp. 45 y ss.

En sentido idéntico al aquí señalado, cfr. la opinión de Trujillo Pérez: “En lo que hace a la imprecisión semántica, cabe decir que tal dificultad está estrechamente ligada con la justiciabilidad deficiente, si bien no coincide con ella... (L)a dificultad en la determinación del contenido no se limita a algún ámbito de derechos: también en el caso de los derechos de libertad el contenido resulta difícil de establecer abstractamente. La crítica resultaría adecuada siempre que el ordenamiento jurídico no dispusiese de medios para determinar el contenido, transformándose entonces en una cuestión de política”. Trujillo Pérez, I., “La questione dei diritti sociali”, en *Ragion Pratica* 14, 2000, p. 50.

determinación del contenido de *todo* derecho de raigambre constitucional se ve afectado por el mismo inconveniente, que radica, en el fondo, en la vaguedad característica del lenguaje natural en el que se expresan las normas jurídicas¹⁸. ¿Qué significa “propiedad”? ¿Cuál es el tipo de “expresión” protegida por la prohibición de censura previa? ¿Cuál es el alcance de la noción de “igualdad”? Sin embargo, esta dificultad jamás ha llevado a la afirmación de que los derechos civiles no sean derechos, o no sean exigibles judicialmente, sino más bien a la tarea de especificación de su contenido y límites, a partir de distintos procedimientos de afinamiento de su significado –principalmente, la *reglamentación legislativa y administrativa, la jurisprudencia y el desarrollo de la dogmática jurídica*¹⁹–.

Resulta claro que la tarea de definición del alcance del derecho corresponde primariamente al legislador, y –por vía reglamentaria– a la Administración. En este sentido, la codificación civil puede ser vista como un claro ejemplo de especificación –que llega a niveles de detalle casi obsesivos²⁰– del alcance del derecho de propiedad. Nada impide una tarea de especificación similar del contenido del derecho a la atención sanitaria, o a la educación, o a acceder a la vivienda, sobre bases universales, generales y abstractas. Un buen ejemplo de este empeño, en materia de derecho a la salud, es, en la Argentina, el desarrollo de una tendencia a la especificación de las prestaciones mínimas debidas por las distintas instancias que forman parte del Sistema Nacional del Seguro de Salud –por mayor reparo que pueda generar su regulación concreta–²¹.

En el plano internacional, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales constituyen otro ejemplo de

19 Para un ejemplo sumamente ilustrativo de las posibilidades de desarrollo dogmático de un derecho social habitualmente vilipendiado, el derecho al trabajo, puede verse Sastre Ibarreche, R., *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1996. Para el derecho a la salud, pueden verse las interesantes discusiones de Barbara Pezzini, “Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizioni del diritto sociale alla salute”, y Massimo Andreis, “La tutela giurisdizionale del diritto alla salute”, en Gallo, C. E. y Pezzini, B. (comps.), *Profili attuali del diritto alla salute*, Giuffrè, Milán, 1998.

20 El Código Civil dedica, por ejemplo, dieciséis artículos para definir a quién pertenece un tesoro (!!).

21 Véase al respecto, Leyes 23.660 y 23.661, Decretos 492/95 y 1615/96, Resolución Ministerial del Ministerio de Salud y Acción Social 247/96 y modificatorias (542/1999, 157/1998, 939/2000 y 1/2001).

esta tarea de especificación del contenido de los derechos establecidos en el Pacto Internacional respectivo²². Lo mismo puede predicarse del desarrollo de prácticas de exigibilidad de derechos sociales por la vía judicial ante los tribunales nacionales. El desarrollo de una dogmática de los derechos sociales, tanto en sede nacional como internacional, constituye una tarea en muchos casos pendiente, que ofrecerá elementos de especificación más detallada del contenido de los derechos sociales. La existencia de un cuerpo dogmático considerable en materia de derecho laboral y de derecho del consumo son buenas demostraciones de esta posibilidad.

En segundo lugar, y en el mismo sentido de la primera observación, cabe señalar que los problemas de falta de especificación del contenido de un derecho son típicos de las normas constitucionales o de tratados de derechos humanos, dado que se trata de las normas de mayor nivel de generalidad del orden jurídico. Múltiples razones militan a favor de esta generalidad: permite mayor flexibilidad y adaptabilidad a instrumentos normativos cuya modificación es normalmente más gravosa que la de la legislación ordinaria, ofrece a los órganos encargados de especificar el contenido de los derechos contenidos en esos instrumentos un margen de elección compatible con la prudencia y necesidad de evaluación de la oportunidad que requiere la toma de cualquier decisión política, preserva la brevedad y concisión que hacen de

22 El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el órgano al que los Estados deben remitir sus informes periódicos, dando cuenta del cumplimiento de sus obligaciones bajo el PIDESC. Además de esta función, el Comité emite Observaciones Generales, que constituyen la interpretación autorizada de las cláusulas del Pacto por parte del propio órgano de contralor. Hasta la fecha el Comité ha emitido catorce Observaciones Generales: OG Nro. 1 (1989) "Presentación de Informes de los Estados partes"; OG Nro. 2 (1990) "Medidas de Asistencia Técnica Internacional -art. 22 del Pacto"; OG Nro. 3 (1990) "La índole de las Obligaciones de los Estados Partes - párrafo 1 del art. 2 del Pacto"; OG Nro. 4 (1991) "El Derecho a la Vivienda Adecuada - párrafo 1 del art. 11 del Pacto"; OG Nro. 5 (1994) "Personas con Discapacidad"; OG Nro. 6 (1995) "Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Personas de Edad"; OG Nro. 7 "El derecho a una vivienda adecuada (pár. 1 del art. 11 del Pacto): los desalojos forzados" (1997); OG Nro. 8 "Relación entre las sanciones económicas y el respeto a los derechos económicos, sociales y culturales" (1997); OG Nro. 9 "La aplicación interna del Pacto" (1998); OG Nro. 10 "La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales" (1998); OG Nro. 11 "Planes de acción para la enseñanza primaria (art 14)" (1999); OG Nro. 12 "El derecho a una alimentación adecuada (Art. 11)" (1999); OG Nro. 13 "El derecho a la educación (Art. 13)" (1999); OG Nro. 14 "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud" (2000).

estos documentos el catálogo de principios fundamentales del Estado de derecho²³. Del reconocimiento de la deseable generalidad del texto de una Constitución o de un tratado de derechos humanos, sin embargo, no se sigue la imposibilidad absoluta de señalar casos en los que, pese a la inexistencia de especificación ulterior de su contenido, un derecho resulta violado: si ello fuera así, sería imposible decir que la reglamentación de un derecho es inconstitucional, y ello equivaldría a privar completamente de significado al lenguaje en el que se expresan una Constitución o un tratado de derechos humanos. La existencia de una tradición de revisión judicial de constitucionalidad en la Argentina, en los Estados Unidos y en muchos otros países es un ejemplo patente de la posibilidad –y no de la imposibilidad– de verificar la compatibilidad de una conducta activa u omisiva, o bien de una norma inferior, con un derecho reconocido en una Constitución o en un tratado de derechos humanos. Si esto es así ante un derecho civil, no se ve por qué no pueda serlo en el caso de un derecho social. En cualquiera de los dos supuestos, la tarea será –por supuesto– mucho más fácil cuando el contenido del derecho resulte especificado por la legislación inferior. Pero en muchos casos, cuando de la cláusula respectiva de la Constitución o el tratado de que se trate resulte posible derivar la conducta debida por el Estado, la objeción fundada en la indeterminación también carece de sentido. Para dar ejemplos provenientes del PIDESC, en supuestos tales como el derecho de la mujer a “salario igual por trabajo igual” (art. 7 a.i), o el derecho de la mujer embarazada a obtener “licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social” (art. 10.2) tienen un sentido suficientemente inteligible como para determinar que, en el caso en el de una mujer que, a igual trabajo que un hombre, recibe una paga inferior, o en el de una mujer embarazada que no recibe licencia remunerada ni prestación alguna de la seguridad social, el Estado incumple con el Pacto.

La tercera observación está dada por la necesidad de considerar un doble orden de condicionamientos vinculado con la determinabilidad de la conducta debida cuando se trata de derechos sociales. Hasta aquí, nos hemos referido a la determinabilidad semántica del contenido de estos derechos. Como hemos dicho, la especificación de la conducta debida por vía regla-

23 Véase Fabre, C., *Social Rights under the Constitution*, op. cit., pp. 156-157.

mentaria, jurisprudencial o dogmática constituye un recurso para la determinación de ese contenido. Sin embargo, cabe considerar otra forma de determinabilidad, es decir, de estrechamiento o exclusión de alternativas posibles ante el establecimiento de un deber legal por parte de una constitución o un pacto de derechos humanos. Se trata de la determinabilidad *fáctica*: en muchos supuestos, pese a que la conducta debida por el obligado no resulta específicamente reglada por un texto normativo, fácticamente sólo existe uno o un número limitado de cursos de acción determinables para el respeto, garantía o satisfacción del derecho de que se trate. Por ejemplo, en el contexto del derecho a la asistencia sanitaria, en materias vinculadas con el desarrollo de tratamientos médicos, producción de medicamentos o vacunas ante cuadros concretos de enfermedad, la discrecionalidad del Estado para optar entre cursos de acción alternativos resulta claramente limitada.

Por último, cabe destacar que el examen judicial no necesariamente debe centrarse sobre la determinación de una conducta concreta a ser exigida del Estado. Cuando el Estado asume una vía de acción en el cumplimiento de la obligación de adoptar medidas de satisfacción de un derecho social, el Poder Judicial puede analizar también la elección efectuada por el Estado a partir de nociones tales como la de *razonabilidad*, o bien la de *carácter adecuado o apropiado*, que tampoco son ajenas a la tradición de control judicial de actos de los poderes políticos. Los jueces no sustituyen a los poderes políticos en la elección concreta de la política pública diseñada para la satisfacción del derecho, sino que examinan la idoneidad de las medidas elegidas para lograr esa satisfacción. Aunque el margen que tiene el Estado para adoptar decisiones es amplio, aspectos tales como la exclusión de ciertos grupos que requieren especial protección, la notoria deficiencia en la cobertura de necesidades mínimas definidas por el contenido del derecho o el empeoramiento de las condiciones de goce de un derecho son pasibles de control judicial en términos de razonabilidad o de estándares similares.

b. La autorrestricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas y técnicas

Otro de los tradicionales obstáculos para hacer justiciables los derechos sociales reside en el criterio sumamente restrictivo que suele emplear la magis-

tratura a la hora de evaluar su facultad de invalidar decisiones que pueden calificarse como políticas. Así, cuando la reparación de una violación de derechos sociales importa una acción positiva del Estado que pone en juego recursos presupuestarios, afecta de alguna manera el diseño o la ejecución de políticas públicas, o implica tomar una decisión acerca de qué grupos o sectores sociales serán prioritariamente auxiliados o tutelados por el Estado, los jueces suelen considerar que tales cuestiones son propias de la competencia de los órganos políticos.

Por lo demás, el margen de discrecionalidad de la Administración es mayor –y por lo tanto, es menor la voluntad de contralor judicial– cuando el acto administrativo se adopta sobre la base de un conocimiento o pericia técnica que se presume propio de la Administración y ajeno a la idoneidad del órgano jurisdiccional.

Es dable reconocer que existen argumentos atendibles para afirmar, en términos generales, que un proceso judicial no es el escenario más adecuado para discutir aquellos temas. No se trata sólo de considerar la falta de una tradición de activismo judicial en Iberoamérica y en otros países de tradición continental europea, sino de analizar en qué medida un mecanismo de solución de conflictos como el proceso judicial, en el que una parte gana y la otra pierde, puede resultar idóneo para resolver una situación en la que confronten numerosos intereses individuales y colectivos.

En este sentido, lo que nos interesa analizar aquí no es cómo superar esta restricción en el plano de una teoría constitucional o política, sino de qué manera esta “forma de actuar” tradicional de la judicatura puede afectar la exigibilidad de los derechos sociales.

Existe una primera conclusión, que no por ser obvia resulta siempre atendida a la hora de fijar una estrategia para el litigio de este tipo de casos: cuando mayor sea el margen de debate con relación a estas cuestiones que pueden calificarse como “políticas” o “técnicas”, menores serán las posibilidades de éxito de la acción intentada. Si el juez, además de ser convocado a decidir sobre un problema de derecho, debe resolver sobre prioridades en la ejecución de partidas presupuestarias, sobre qué sectores o grupos merecerán protección preferente del Estado, o sobre la conveniencia o inconveniencia de una política pública, el resultado del litigio será incierto.

Cabe, sin embargo, aun teniendo presente esta dificultad, formular algunas observaciones. En primer término, no hay definiciones esenciales o absolutas acerca del carácter “político” o “técnico” de una cuestión, de modo que la línea demarcatoria entre estas cuestiones y las cuestiones cabalmente “jurídicas” es una frontera movедiza. Durante muchos años, en la tradición constitucional estadounidense y, por reflejo, en la Argentina, el Poder Judicial se negó a la revisión constitucional de la denominadas “cuestiones políticas no justiciables”, cuyo contenido, sin embargo, fue variando cualitativamente: muchas de las cuestiones antes consideradas “políticas” dejaron de serlo con el tiempo, y el Poder Judicial amplió así sus poderes de revisión ante actos u omisiones inconstitucionales de los poderes políticos²⁴.

Por otro lado, no todas las obligaciones estatales en materia de derechos sociales revisten el carácter de cuestiones “políticas” o “técnicas”: en muchos casos, el control judicial requerido se adecua a los parámetros de control habituales en materias comúnmente tratadas por el Poder Judicial.

Por último, el obstáculo apuntado tampoco resulta insalvable: a partir de la propia conducta estatal, resulta posible “juridificar” una cuestión de “política pública” o “técnica”, de modo que la cuestión jurídica y fáctica sobre la cual deba juzgar el tribunal quede demarcada de manera clara.

c. **La inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para la tutela de derechos sociales**

Otro obstáculo importante para la exigibilidad de los derechos sociales es la inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para su tutela. Las acciones judiciales tradicionales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas para la protección de los derechos civiles clásicos. La cuestión remite a una de las discusiones medulares en materia de definición de los derechos, consistente en la relación entre un derecho y la acción judicial existente para exigirlo. Algunas dificultades conceptuales que plantea esta

²⁴ La lista de materias anteriormente denominadas “políticas” y devenidas “justiciables” es amplia: diseño de los distritos electorales, regularidad del ejercicio de facultades privativas de otros poderes, debido proceso en materia de juicio político. En la Argentina, la Corte Suprema ha llegado a declarar inconstitucional una cláusula constitucional, por violar los límites establecidos en la ley de convocatoria de la convención constituyente respectiva. Ver CSJN, caso *Fayt, Carlos S.*, 19/8/1999.

discusión, fuente constante de respuestas circulares, tiene directa relación con la estrecha vinculación de la noción tradicional de derecho subjetivo, la noción individual de propiedad y el modelo de Estado liberal²⁵. Dado que gran parte de las nociones sustanciales y procesales propias de la formación jurídica continental surgen del marco conceptual determinado por esta vinculación, muchas de las respuestas casi automáticas que se articulan frente a la posible justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales insisten en señalar la falta de acciones o garantías procesales concretas que tutelén los derechos sociales.

Para verificar las dificultades que genera el marco teórico en el que se fundan las acciones tradicionales para proteger adecuadamente derechos sociales²⁶ basta señalar algunos ejemplos:

- a) La incidencia colectiva de la mayoría de los derechos sociales provoca problemas de legitimación activa, que no se limitan a la etapa de formulación de la acción, sino que se prolongan durante las diferentes etapas del proceso, ante la inexistencia de mecanismos de participación adecuada de los sujetos colectivos o de grupos numerosos de víctimas en las diferentes diligencias e instancias procesales²⁷. Esta circunstancia pone

25 Véase al respecto, el lúcido análisis de José Reinaldo de Lima Lopes, “Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito”, *op. cit.*, pp. 114-138.

26 Muchas de estas dificultades no se ciñen exclusivamente a la protección de los derechos sociales, sino que también se han puesto de manifiesto en el campo de las relaciones contractuales y extracontractuales contemporáneas. Así, el problema de la inadecuación de las acciones procesales tradicionales atañe a la contratación masiva, a la prevención y reparación de daños masivos provocados por productos elaborados, a la lesión de bienes colectivos tales como el medio ambiente, la salud pública o el patrimonio histórico, etcétera. Algunos autores han acuñado la noción de “derecho privado colectivo” para referirse a este novedoso campo Véase Lorenzetti, R. L., *Las Normas Fundamentales de derecho privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.

27 Basta cotejar simplemente las reglas de procedimiento que rigen la notificación, o el litisconsorcio y la acumulación de acciones, o las dificultades prácticas que pueden imaginarse a la luz de la experiencia forense, a la hora de enfrentar audiencias con multiplicidad de partes. Véase, en sentido similar, la observación de Bujosa Vadell, comentando las *class actions* del orden federal estadounidense: “Aun conscientes de la diversidad de contexto jurídico en el que nos desenvolvemos y con los usuales riesgos del estudio comparativo, consideramos útil un detenido examen del procedimiento regulado en la Rule 23 FRCP, introduciéndolo en el debate español de *lege ferenda* acerca de nuevas e imaginativas soluciones para resolver los conflictos jurídicos en que intervienen masas de afectados, con el objetivo

- en evidencia que las acciones y los procedimientos están previstos para dilucidar conflictos individuales;
- b) Las violaciones de los derechos sociales requieren al mismo tiempo satisfacción urgente y amplitud de prueba, pero estas dos cuestiones son excluyentes para la elección de los mecanismos tradicionales de tutela. Acciones tales como la de amparo, tutela, protección u otras similares requieren un derecho líquido, y las medidas cautelares un derecho verosímil, y en ambos tipos de procedimiento el ordenamiento procesal y la jurisprudencia restringen al mínimo el marco probatorio del proceso;
 - c) Las sentencias que condenan al Estado a cumplir obligaciones de hacer no cuentan con resguardos procesales suficientes y resultan por ello de dificultosa ejecución.

Aun advirtiendo esta dificultad —que por supuesto genera límites en la justiciabilidad de algunas obligaciones que surgen de derechos económicos, sociales y culturales— es perfectamente posible, como hemos visto, deslindar distintos tipos de situaciones en las que la violación de estos derechos resulta corregible mediante la actuación judicial con los instrumentos procesales hoy existentes. Cabe señalar, además, que de la inexistencia de instrumentos procesales concretos para remediar la violación de ciertas obligaciones que tienen como fuente derechos económicos, sociales y culturales no se sigue de ningún modo la imposibilidad técnica de crearlos y desarrollarlos. El argumento de la inexistencia de acciones idóneas señala simplemente un estado de cosas²⁸,

de adaptar los viejos esquemas individualistas a los nuevos tiempos, si bien respetando suficientemente las garantías individuales” (Bujosa Vadell, L., “El procedimiento de las acciones de grupo (*class actions*) en los Estados Unidos de América”, en *Revista Justicia* 94, Nro. 1, 1994, p. 68).

- 28 Una “laguna” que determina la falta de plenitud del sistema, de acuerdo con la terminología de Ferrajoli. V. Ferrajoli, L., “El derecho como sistema de garantías”, *op. cit.*, p. 24. Ferrajoli señala que “(h)ay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos (¿los derechos sociales?) nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado liberal, y han permitido que el Estado social se desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y contemplan ahora como ‘crisis de la capacidad regulativa del derecho’”, *id.*, p. 30.

violatorio *prima facie* del PIDESC –de acuerdo con la ya citada opinión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales– y susceptible de ser modificado. La actual inadecuación de los mecanismos o garantías judiciales no dice nada acerca de la imposibilidad conceptual de hacer justiciables los derechos sociales, sino que más bien exige imaginar y crear instrumentos procesales aptos para llevar a cabo estos reclamos²⁹.

Por otro lado, aunque algunas de las cuestiones mencionadas ciertamente plantean inconvenientes, lejos están de constituir una barrera insuperable para discutir judicialmente la violación de derechos sociales. Parte de la tradición del derecho procesal contemporáneo ha comenzado hace tiempo a hacerse cargo de estas dificultades de inadecuación del instrumental procesal heredado, tributario de una tradición individualista y patrimonialista, señalando las necesidades de adaptación de las acciones judiciales previstas por los códigos de procedimiento a problemas tales como la incidencia colectiva de ciertos ilícitos, o la necesidad de atender urgentemente violaciones irreparables de bienes jurídicos fundamentales. Las nuevas perspectivas de la acción de amparo individual y colectivo, los recientes desarrollos en materia de medidas cautelares, las posibilidades de planteo de acciones de inconstitucionalidad, los avances de la acción declarativa de certeza, las *class actions*, la acción civil pública y los *mandados de segurança y de injunção* brasileños, la legitimación del Ministerio Público o del Defensor del Pueblo para representar intereses colectivos, son ejemplos de esa tendencia. La evolución constitucional y legislativa de los últimos años es notoria en países como la Argentina y Brasil: por

29 Cfr. al respecto la opinión de Ferrajoli: “Más difícil resulta hallar el equilibrio en materia de derechos sociales, aunque sólo sea porque las correspondientes técnicas de garantía son más difíciles y están bastante menos elaboradas... (S)ería necesario que las leyes en materia de servicios públicos no sólo establecieran contenidos y presupuestos de cada derecho social, sino que identificasen también a los sujetos de derecho público investidos de las correlativas obligaciones funcionales; que toda omisión o violación de tales obligaciones, al comportar la lesión no ya de meros deberes o a lo sumo de intereses legítimos sino ya de derechos subjetivos, diera lugar a una acción judicial de posible ejercicio por el ciudadano perjudicado; que la legitimación activa fuera ampliada, en los derechos sociales de naturaleza colectiva, también a los nuevos sujetos colectivos, no necesariamente dotados de personalidad jurídica, que se hacen portadores de los mismos; que, en suma, junto a la *participación política* en las actividades de gobierno sobre las cuestiones reservadas a la mayoría, se desarrollase una no menos importante *participación judicial* de los ciudadanos en la tutela y la satisfacción de sus derechos como instrumento tanto de autodefensa cuanto de control en relación a los poderes públicos” (Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, pp. 917-918).

ejemplo, el desarrollo de la interpretación jurisprudencial del amparo colectivo incorporado en la Argentina por la reforma constitucional de 1994 ha sido sorprendente³⁰. En Brasil, el empleo de acciones tales como la denominada “acción civil pública” en materia ambiental y de protección del consumidor se ha generalizado, habilitando la tutela judicial frente a tipos de ilícitos que, de otro modo, hubieran sido ejecutados impunemente³¹. Pese a las dificultades que toda innovación supone, la evaluación doctrinaria e institucional de estos instrumentos procesales novedosos ha sido manifiestamente laudatoria. Baste decir aquí que muchas de las señales que se perciben en esta materia hoy en día son, por lo menos, alentadoras³².

El tercer comentario se refiere a las dificultades de ejecución de las condenas contra el Estado y, en general de la particular posición del Estado ante los tribunales nacionales. También ha sido típico de la tradición administrativa continental otorgar al Estado ventajas procesales que serían impensables en pleitos entre particulares. Aunque en algunos casos estas ventajas puedan estar justificadas, en muchos otros la jurisprudencia internacional ha comenzado a señalar que la discrecionalidad absoluta, la falta de imparcialidad o la ruptura de la igualdad de armas constituyen violaciones al debido proceso.

d. La escasa tradición de control judicial en la materia

Por último, debemos señalar otro obstáculo de índole cultural, que potencia algunos de los anteriores: la ausencia de tradición de exigencia de estos de-

30 A partir de la interpretación del nuevo art. 43 de la Constitución argentina, reformada en 1994, la jurisprudencia ha concedido, por ejemplo, legitimación a un usuario de subterráneos para cuestionar un aumento ilegal de la tarifa; a un usuario del servicio telefónico para reclamar la realización de una audiencia pública antes de la aprobación de modificaciones tarifarias; a un habitante del lugar donde pretendía construirse una planta de residuos tóxicos, para impugnar la realización de la obra por violación a la ley correspondiente; a una habitante de la zona geográfica afectada por una enfermedad, para exigir la producción de una vacuna; a una usuaria del servicio de trenes urbanos que padece de discapacidad motora, para impugnar la introducción de molinetes que impedían el paso de sillas de ruedas en las estaciones, etcétera.

31 Véase, por ejemplo, Mancuso, R. de C., *Ação Civil Pública*, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 1999, pp. 46-55; Leal, M. F. M., *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*, Sergio Fabris, Porto Alegre, 1998, pp. 187-2000.

32 Véase, al respecto, Bujosa Vadell, L., La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, J. M. Bosch, Barcelona, 1995, Cap. III.

rechos —en especial en los casos de derechos que se definen fundamentalmente por una prestación, como los derechos a la salud, educación, vivienda, entre otros— a través de mecanismos judiciales³³. Pese a la existencia de normas de jerarquía constitucional que consagran estos derechos, concepciones conservadoras acerca del papel institucional del Poder Judicial y de la separación de poderes, han provocado una escasa práctica de exigencia judicial de estos derechos, y un menosprecio de las normas que los instituyen.

A este problema se suma, en algunos casos, la falta de percepción de ciertos conflictos vinculados con la violación de derechos sociales, en términos de violación de derechos por las propias víctimas. En otros casos, aun cuando el conflicto sea percibido en términos jurídicos, las víctimas de estas violaciones dirigen su lucha hacia otras estrategias de reclamo —como la protesta pública, las campañas de divulgación y de presión, entre otras—, a partir de su desconfianza, en gran medida justificada, de la actuación del Poder Judicial y de los abogados.

Sin menospreciar esta dificultad, no existen razones que nos fuercen a pensar que las cosas no puedan cambiar: una tradición, con todo el peso que ella pueda tener, no es más que un conjunto arraigado de actitudes y creencias contingentes³⁴. La manera de revertirla es, justamente, avanzar en el planteo de casos judiciales sólidos, en los que se reclame ante la violación de derechos sociales. La gradual acumulación de precedentes judiciales, que permita extraer principios de actuación operables en contextos análogos, hará posible un cambio de actitud por parte de los tribunales, y una mayor visibilidad de la posibilidad de reclamo judicial por parte de las propias víctimas³⁵.

33 Cabe destacar, sin embargo, la existencia de una fuerte tradición de defensa de derechos laborales y derechos vinculados con la seguridad social, fundamentalmente a partir del desarrollo de la abogacía sindical.

34 Véase Gordon, R. W., “Nuevos desarrollos de la teoría jurídica”, en Courtis, C., *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, EUDEBA, Bs. As., 2000, pp. 333-336.

35 El ya mencionado caso de la interpretación judicial del amparo colectivo en la Argentina constituye un buen ejemplo de este fenómeno: las primeras sentencias referidas a la legitimación para actuar se referían a temas ambientales; posteriormente, los principios extraídos de dichas decisiones judiciales se trasladaron a temas de defensa del consumidor y del usuario de servicios públicos; consolidada esta tendencia, se emplearon en materia de derecho a la salud, discriminación, etcétera.

Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada “desde abajo”¹

Gerardo Pisarello

Introducción. 1. Las garantías sociales como garantías indirectas de participación institucional. 1.1. Las garantías de participación social en la tutela constitucional de los derechos sociales. 1.2. Las garantías de participación social en la tutela legislativa de los derechos sociales. 1.3. Las garantías de participación social en la tutela administrativa de los derechos sociales. 1.4. Las garantías de participación social en la tutela jurisdiccional de los derechos sociales. 2. Las garantías sociales como garantías extra-institucionales. 3. Conclusiones.

Introducción

En las aproximaciones jurídicas tradicionales, la cuestión de las garantías de los derechos aparece como una cuestión principalmente institucional. Las garantías, en efecto, se presentan ante todo como técnicas de protección de los derechos puestas en marcha por instituciones o poderes públicos. Es en este sentido que suele hablarse, por ejemplo, de garantías legislativas o judi-

1 Este artículo retoma y desarrolla algunas cuestiones concretas apuntadas en un trabajo de alcance más amplio: *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

ciales. Este punto de vista resulta fecundo en la medida en que permite dar cuenta de la naturaleza institucional, cuando no estatal, de los fenómenos jurídicos contemporáneos. Sin embargo, presenta algunos límites. El más evidente es que relega a un segundo plano o directamente excluye a los actores o sujetos no estrictamente institucionales. En el ámbito de los derechos, esta perspectiva es especialmente problemática. Ante todo, porque suele ocultar una paradoja inherente a la propia noción de derechos. Los derechos, en efecto, pretenden actuar como límites y como vínculos al poder. No obstante, es el propio poder, las instituciones públicas, quienes tienen a su cargo la tarea de garantizarlos.

Algunos autores han pretendido superar esta paradoja sosteniendo que la protección de los derechos comporta un ejercicio de auto-limitación institucional². El razonamiento es ingenioso. No obstante, pasa por alto un hecho evidente: la limitación o la vinculación del poder que implica la garantía de un derecho rara vez es una operación autónoma. Históricamente, ha sucedido más bien lo opuesto. El poder sólo se disciplina como consecuencia de actos externos que lo hetero-limiten. Así las cosas, resulta evidente que no hay tutela de los derechos sin instituciones obligadas a garantizarlos. Pero no hay instituciones obligadas en ausencia de sujetos capaces de obligar. Por eso los derechos, sobre todo cuando comportan límites o vínculos incisos al ejercicio del poder, son conquistados más que simplemente concedidos. Y si no son conquistados suelen permanecer como letra muerta.

El estatuto debilitado de los derechos sociales en los ordenamientos contemporáneos se explica, en buena medida, por esta realidad. La llamada crisis del estado social, así como la progresiva pérdida de normatividad de derechos sociales constitucionalmente reconocidos, resultaría ininteligible sin tener en cuenta el debilitamiento de los sujetos encargados de exigirlos.

Esta realidad justifica abordar la cuestión de las garantías de los derechos desde otra perspectiva. No sólo ni tanto como un fenómeno institucional, estatal, sino como un fenómeno social, ciudadano. Con ese fin cabría distinguir, precisamente, entre garantías institucionales y garantías sociales de los derechos. Las garantías institucionales serían aquellas técnicas de protección de los derechos encomendadas a órganos institucionales, como el legis-

2 El ejemplo clásico es el de G. Jellinek y el de buena parte de la ius-publicística alemana de finales del siglo XIX.

lador, la administración o los jueces. Las garantías sociales, en cambio, serían aquellas técnicas de tutela de los derechos confiadas a los propios destinatarios de los mismos, es decir, a los ciudadanos, individual o colectivamente considerados, o, en general, a todas las personas³.

Un punto de vista de este tipo, naturalmente, no llevaría a establecer una distinción tajante entre uno y otro tipo de garantías, sobre todo en el plano práctico. Muchas garantías sociales, de hecho, se traducen en formas de participación ciudadana en la configuración de las garantías instituciones de los derechos. Otras veces, en cambio, la garantía social de un derecho comporta la autotutela directa de los bienes o recursos que dicho derecho protege.

Lo que la idea de garantía social pretende destacar, en cualquier caso, es el mayor o menor margen otorgado a la participación de los destinatarios de los derechos en su conquista y protección. Este punto de vista puede resultar útil por diferentes razones. Por un lado, es un criterio básico para entender la eficacia del sistema de garantías en un ordenamiento concreto. En el caso de los derechos sociales, como ya se ha indicado, su pérdida de capacidad normativa en la crisis del estado social resulta inexplicable al margen de la pérdida de capacidad participativa de los sujetos interesados en su protección. Por otra parte, el papel otorgado a las garantías sociales es un criterio esencial para evaluar la legitimidad democrática de un ordenamiento jurídico. Un ordenamiento será más o menos democrático, en efecto, en la medida en que ofrezca a los destinatarios de los derechos mayores espacios de participación –tanto institucional como extra-institucional– en la configuración de su contenido y alcance.

A diferencia de las aproximaciones simplemente estatistas, “desde arriba”, una perspectiva social, “desde abajo”, permite contemplar los conflictos ligados a la protección de los derechos desde coordenadas diferentes

3 La noción de garantía social aparece ya en la declaración que precede a la constitución jacobina de 1793. Según su artículo 23, la garantía social consiste en “la acción de todos para garantizar a cada uno el goce y la conservación de sus derechos”. En la doctrina contemporánea, recupera esta noción L. Ferrajoli, *Derecho y Razón*, trad. de P. Andrés Ibañez *et. al.*, Trotta, Madrid, 2006, p. 944. También la utilizan, en una perspectiva muy similar a la utilizada aquí, V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales en el debate democrático*, Fundación Sindical de Estudios, Editorial Bomarzo, Madrid, 2006; y *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2006.

a las tradicionales. No ya como un simple conflicto entre poderes institucionales (entre el poder legislativo y el ejecutivo; o entre el poder legislativo y el judicial) sino, de manera especial, como un problema de participación y de movilización ciudadana, dentro y fuera de los espacios institucionales⁴.

El objetivo de las páginas que siguen es aplicar estos razonamientos a un ordenamiento concreto: el español. En comparación con otros estados europeos, el español no ha gozado nunca ni de un Estado social desarrollado ni de mecanismos avanzados de participación ciudadana⁵. Es más, la crisis del Estado social y su agudización han transcurrido paralelas a la andadura misma del sistema constitucional concebido en la transición hacia la monarquía parlamentaria. Como consecuencia de ello, la doctrina ha identificado con frecuencia la garantía de los derechos sociales con prestaciones que los poderes públicos pueden otorgar en un marco de amplia discrecionalidad. En esta imagen dominante, los derechos sociales se presentan como concesiones institucionales más o menos arbitrarias y en todo caso revocables de acuerdo a las opciones del poder político de turno.

Una perspectiva “desde abajo” permite, en cambio, ofrecer un cuadro más complejo y exigente de esta cuestión. Ante todo, contribuye a poner de manifiesto los riesgos paternalistas y excluyentes inherentes al punto de vista exclusivamente institucional. Contemplados “desde abajo”, en efecto, los derechos sociales no aparecen como simples derechos a prestaciones estatales sino como auténticos derechos de participación en la realización de dichas prestaciones. O si se prefiere, como derechos a participar de manera informada en la configuración, tanto de las prestaciones estatales, como de otras formas de satisfacción de los bienes y recursos que los derechos sociales tutelan. Los derechos sociales, en definitiva, no serían sólo derechos de igualdad sino también derechos de libertad, es decir, de-

4 Inspirándose en el trabajo de historiadores como R. Guha, esta idea de contemplar el derecho desde abajo ha sido sugestivamente desarrollada por G. Rajagopal en el ámbito del derecho internacional. Vid. *El derecho internacional desde abajo*, trad. de Carlos Morales de Setién, ILSA, Bogotá, 2005. Puede verse una aproximación similar en B. Sousa Santos y C. Rodríguez (eds.) *El derecho y la globalización desde abajo*, Anthropos-UAM, Barcelona, 2007.

5 Para una justificación de esta afirmación, puede verse, por ejemplo, V. Navarro, *Bienestar insuficiente, democracia incompleta*, Anagrama, Barcelona, 2002; y *El subdesarrollo social de España. Causas y consecuencias*, Anagrama, Barcelona, 2006.

rechos ligados a la preservación de la autonomía individual y colectiva de sus destinatarios.

La idea de este trabajo es que un ejercicio analítico de este tipo puede arrojar una luz diferente sobre la función de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico español. Puede, por ejemplo, ayudar a entender por qué los derechos sociales tienen un estatuto debilitado en relación con otros países europeos. Y puede contribuir a pensar algunas líneas de actuación que permitan superar esa situación mejorando las garantías de los derechos sociales y profundizando los mecanismos de participación social en las mismas.

1. Las garantías sociales como garantías indirectas de participación institucional

Las garantías sociales de los derechos pueden asumir, como ya se ha apuntado, diferentes formas. Pueden presentarse como garantías directas de autotutela de los derechos, pero también como garantías indirectas de participación en las instituciones.

Los ordenamientos jurídicos contemporáneos suelen encomendar la tutela de los derechos, ante todo, a las instituciones legislativas, administrativas o judiciales. Pero esta tutela no se construye en el vacío. Una perspectiva "desde abajo" requiere saber de qué manera los destinatarios de los derechos participan en la configuración de las decisiones institucionales que pretenden tutelarlos. Esta indagación, como ya se ha señalado, no puede sino ser una indagación acerca de la calidad democrática del propio ordenamiento.

1.1. Las garantías de participación social en la tutela constitucional de los derechos sociales

Con frecuencia, cuando se habla de garantías institucionales de los derechos se piensa en una serie de técnicas de intervención encomendadas a los diferentes poderes constituidos, desde el poder legislativo y el ejecutivo a los jueces ordinarios o al tribunal constitucional. El diseño de estas garantías, sin embargo, viene condicionado por una garantía previa, la garantía constitu-

cional. La garantía constitucional está relacionada con la forma en que el poder constituyente, o si se prefiere, el legislador constituyente, recoge los derechos en la constitución.

Desde la perspectiva aquí mantenida, lo que interesa es determinar en qué medida los destinatarios de los derechos sociales han participado o pueden participar en su consagración constitucional. La primera es una cuestión histórica. Permite indagar las razones del contenido y alcance de los derechos en la constitución originaria. La segunda es una cuestión jurídica. Permite entender cómo y con qué participación social se podría reformar ese contenido.

Como es sabido, el momento histórico de aprobación de una constitución condiciona de manera clara el reconocimiento de derechos. Las constituciones liberales del siglo XVIII, por ejemplo, no suelen recoger derechos sociales, una presencia que sólo se generaliza después de la Segunda Guerra Mundial del siglo XX. La Constitución española (en adelante, CE) de 1978 pertenece a esta ciclo de constitucionalismo social. Sin embargo, fue aprobada en un contexto singular: los inicios de la crisis del llamado estado social. Esta coyuntura explica, en parte, la decisión del constituyente de consagrar la mayoría de derechos sociales en un capítulo específico y separado del resto de derechos, el de los principios rectores, y de otorgarles un sistema de garantías más débil que al resto de derechos⁶. Si bien esta vía de positivización no puede deslindarse del contexto objetivo en que fue aprobada la constitución, tampoco puede explicarse al margen de la ausencia histórica de garantías sociales robustas en la elaboración de la misma. La determinación del contenido constitucional de los derechos, incluidos los derechos sociales, fue el resultado, más que de una amplia participación social, de un acuerdo entre las élites de los partidos que protagonizaron la transición del régimen franquista a la monarquía parlamentaria. No se votó una asamblea constituyente en sentido estricto, muchas fuerzas políticas y sociales no tuvieron representación adecuada en el debate constituyente y la participación, en realidad, se

6 Por un lado, los derechos sociales quedan deliberadamente excluidos de algunas garantías institucionales reconocidas a otros derechos constitucionales (artículo 53.3, CE). Por otro, gozan de un grado de rigidez inferior (artículo 167, CE) al de los derechos considerados fundamentales por la doctrina mayoritaria y por el tribunal constitucional.

limitó a un pronunciamiento del tipo todo o nada en el referéndum de ratificación⁷.

No es fácil determinar en qué medida los límites del proceso constituyente pudieron incidir en la debilitada consagración constitucional de los derechos sociales. En todo caso, estos límites se proyectan sobre las propias previsiones de participación ciudadana en materia de reforma constitucional. De acuerdo con la CE, la ciudadanía no goza de iniciativa directa de reforma (artículo 166 CE). Sólo puede instarla a través de sus representantes parlamentarios⁸. Y tratándose de modificaciones que afecten al núcleo de los derechos sociales constitucionales, sólo podría intervenir en el referéndum final de la reforma si así lo solicitara 1/10 parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras (artículo 167 CE). En los casi treinta años de vigencia del texto constitucional, han existido diferentes propuestas de reforma del mismo. Ninguna propuesta relevante, sin embargo, ha tenido por objetivo revisar el papel debilitado que los derechos sociales ocupan en la CE⁹.

1.2. Las garantías de participación social en la tutela legislativa de los derechos sociales

Después de la garantía constitucional, la garantía institucional por excelencia de los derechos recogidos en la constitución es la garantía legislativa. Por el vínculo que se le presume con el principio democrático y por su potencial

7 Referéndum que en algunas zonas del estado, como en el País Vasco, arrojó altos índices de abstención.

8 En el derecho comparado hay ejemplos en sentido contrario. En Suiza, por ejemplo, puede impulsarse una iniciativa popular de reforma constitucional si se reúnen 100.000 firmas de ciudadanos con derecho a voto (artículos 120 y 121). En el caso español, algunas Comunidades Autónomas han incorporado este tipo de iniciativa para reformar sus Estatutos. Según el Estatuto de Autonomía de Cataluña una iniciativa popular de reforma estatutaria exige la concurrencia de 300.000 firmas de ciudadanos de Cataluña con derecho a voto (artículo 222).

9 La ausencia de cuestionamiento público al reconocimiento constitucional de los derechos sociales ha permitido presentar como corolario "técnico" lo que en rigor es una opción jurídica y políticamente discutible: la consideración de estos derechos como simples principios rectores y como derechos no fundamentales. Esta percepción de los derechos sociales como derechos debilitados sólo ha sido revisada parcialmente con las recientes reformas estatutarias, que han optado por una línea de consagración más cercana a la indivisibilidad entre derechos y al establecimiento de un sistema común de garantías para todos ellos.

alcance general, la ley puede considerarse la garantía institucional primaria de los derechos, incluidos los derechos sociales. Las leyes suelen ser el instrumento jurídico idóneo para obtener los recursos necesarios para emprender políticas sociales, como ocurre con la legislación tributaria o con la legislación expropiatoria; para decidir las prioridades en su asignación, como es el caso de la ley de presupuestos; o para determinar derechos y obligaciones concretas para los particulares en ámbitos específicos, como ocurre, pongamos con caso, con las leyes laborales, educativas, sanitarias, habitacionales o agrarias.

Naturalmente, la principal garantía de participación ciudadana en la elaboración de las leyes que tutelan derechos es la elección de los futuros legisladores. A través del sufragio, los destinatarios de los derechos sociales pueden elegir (o no elegir) aquellas opciones políticas favorables (o no favorables) a un determinado desarrollo legislativo de los mismos. Esta garantía puede ser más o menos amplia. Puede operar en diversas escalas (estatal, sub-estatal, local), su ejercicio puede ser más o menos frecuente, se puede conceder a todos los ciudadanos o, tendencialmente, a todas las personas¹⁰, y puede incluir, o no, la posibilidad de revocar a los representantes que incumplan lo estipulado en el “contrato electoral”¹¹.

Las garantías electivas, en todo caso, son garantías claramente insuficientes de los derechos. Por un lado, porque en la elección de representantes políticos se juegan muchas más preferencias que las que tienen ver con una cuestión específica en materia de derechos. Por otra parte, porque son garantías delegativas, que sólo se ejercen de manera periódica y que desplazan a “otros” –los representantes– la tarea de protección de los derechos. En otras

10 En el caso español, sólo los ciudadanos gozan del derecho de voto. Los extranjeros comunitarios pueden votar y ser elegidos en elecciones municipales. El resto de personas extranjeras –hoy casi un 8% de la población– sólo pueden votar en las elecciones locales si los españoles, a su vez, pueden votar en sus países de origen (artículo 13 CE). La privación del derecho de voto a las personas extranjeras (sobre todo a las de países no comunitarios), o si se prefiere, la estipulación de gravosas condiciones de acceso a la ciudadanía, constituyen un límite serio a la configuración de las garantías sociales. Al no poder votar, miles de personas migrantes que, entre otras cosas, contribuyen al mantenimiento de las arcas públicas con sus impuestos, son excluidos de un mecanismo de control relevante para incidir en las políticas que delimitan sus derechos.

11 La constitución venezolana de 1999, por ejemplo, dispone que “todos cargos y magistraturas de elección popular son revocables” (artículo 72).

palabras: no son garantías de control que permitan supervisar de manera permanente y suficiente la actuación o inacción de los poderes públicos.

Además del derecho de voto, por tanto, interesa saber cómo pueden los destinatarios de los derechos participar de manera directa en la configuración de las leyes que tienen por objetivo protegerlos. O dicho en otro lenguaje, cuáles son las garantías sociales de participación directa en la elaboración de las garantías legislativas de los derechos.

En términos generales, puede afirmarse que el sistema político-constitucional resultante de la transición española no vio con buenos ojos el impulso de mecanismos directos de participación. A pesar de que la CE establece que los ciudadanos podrán participar en los asuntos públicos de manera directa o mediante representantes (artículo 23, CE), la preferencia por esta última alternativa es clara, sobre todo en la legislación de desarrollo inmediatamente posterior.

El ordenamiento español prevé dos vías de incidencia directa en la legislación: el derecho de petición y el derecho de iniciativa legislativa popular (ILP). No contempla, en cambio, la iniciativa de abrogación legislativa¹², ni ofrece condiciones favorables para la utilización de *referenda* o de consultas en materia de derechos sociales¹³.

Por lo que se refiere al derecho de petición, reconocido a todas las personas jurídicas y naturales, podría ser una vía idónea para realizar reclamos en materia de derechos sociales. Sin embargo, se trata de una garantía débil, de una demanda escrita cuya capacidad para vincular al legislador es notoriamente limitada¹⁴. Es más: entre sus funciones no está sólo la de estimular las peticiones "formales", sino la de desincentivar otras vías de presión "in-

12 A diferencia de lo que ocurría, por ejemplo, en la Constitución republicana de 1931 y de lo que ocurre en otros ordenamientos como el italiano.

13 En realidad, la CE contempla la posibilidad de someter al electorado "decisiones políticas de especial trascendencia" (artículo 92, CE). Nada impide que este referéndum pueda involucrar derechos sociales. Empero, se trata de un referéndum consultivo que la propia legislación de desarrollo regula con particular recelo y que los gobiernos de turno han tendido a utilizar como un instrumento de claro signo plebiscitario. El ánimo restrictivo con que se regula esta figura se extiende al ámbito autonómico. Así, el artículo 149.1.32 CE atribuye a la competencia exclusiva del Estado la autorización de la celebración de consultas populares en las Comunidades Autónomas.

14 La CE reconoce a todos los españoles el derecho de petición, individual y colectiva, por escrito y "en los términos que determine la ley" (artículo 29, CE). La orgánica 4/2001 de 12 de diciembre,

formales” sobre el legislativo que, aunque podrían ser más eficaces, pueden llegar a ser constitutivas de delitos sancionados por el derecho penal¹⁵.

La ILP se presenta en cambio como un instrumento de garantía más idóneo para articular demandas de abajo hacia arriba. A diferencia del derecho de petición, sin embargo, sólo puede recaer sobre determinadas materias. Estas no excluyen en principio a los derechos sociales, aunque sí a algunas cuestiones estrechamente ligadas a su garantía, como las tributarias (artículo 87.3 CE). Esta tendencia restrictiva se observa también en la legislación de desarrollo, que extiende las materias vedadas, por un lado, a aquellas relacionadas con la planificación económica necesaria para atender “las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución (artículo 131, CE), y por otro, a las cuestiones presupuestarias (artículo 134)¹⁶.

También a diferencia del derecho de petición, sólo pueden impulsar una ILP los ciudadanos españoles mayores de edad, lo que deja fuera a las personas extranjeras¹⁷. El número de firmas requeridas puede considerarse moderado (500.000), aunque bastante superior al exigido en otros países europeos con mayor población¹⁸. Recientemente se ha extendido el plazo para la re-

de regulación del derecho, lo extiende a toda persona jurídica o natural, con independencia de su nacionalidad. El destinatario de este tipo de demandas puede ser, en realidad, cualquier institución pública, administración o autoridad. En el ámbito parlamentario, las cámaras disponen de una comisión de peticiones y regulan la manera de tramitarlas.

15 Así, por ejemplo, el Código penal sanciona las manifestaciones antes las sedes de las Cortes Generales (artículo 494), la perturbación grave del orden (artículo 497) o la injuria grave contra las Cortes Generales o las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas si se hallaran en sesión (artículo 496). En este último supuesto, el acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando éstas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas (artículo 210).

16 Ley orgánica 3/1984, reformada por Ley orgánica 4/2006.

17 En algunas Comunidades Autónomas se prevén alternativas en este sentido. La Ley 1/2006 de iniciativa legislativa popular de Cataluña, por ejemplo, sólo exige como condición para poder ejercer la iniciativa la inscripción en el padrón municipal –lo que facilita la participación de extranjeros– y tener más de 16 años.

18 En Italia, por ejemplo, se requieren 50.000, y en Suiza, donde como se ha comentado, se contempla la iniciativa popular para la reforma constitucional, se exigen 100.000 firmas.

cogida de firmas y se ha mejorado la previsión del reembolso de gastos a los eventuales promotores. No obstante, una iniciativa admitida a trámite podría sufrir enmiendas que la distorsionaran y ser incluso aprobada por el Parlamento sin que la Comisión Promotora pudiera solicitar su retirada¹⁹.

En realidad, si bien en las primeras versiones del texto constitucional la ILP se contempló con cierta amplitud y relevancia, fue perdiendo operatividad a lo largo del proceso constituyente. Esa desconfianza inicial se proyectó en la ley de desarrollo²⁰. Y aunque las últimas modificaciones han tenido un sesgo más bien garantista, está claro que la voluntad del legislador estatal sigue siendo evitar que la ILP pueda incidir sobre cuestiones "delicadas"²¹. Con todo, lo cierto es que muchas de estas iniciativas han servido para suscitarse debates parlamentarios ligados a la garantía de los derechos sociales, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico. Y aunque en la mayoría de los casos el resultado no ha sido la aprobación de la legislación de garantía impulsada por los promotores de la iniciativa, al menos ha servido para forzar la agenda del sistema representativo en materia de derechos laborales²², educativos²³, ambientales²⁴, habitacionales²⁵ y sociales en general. En el ámbito

19 Esto no ocurre en algunas Comunidades Autónomas, como Aragón o Cataluña, donde la Comisión Promotora puede retirar su petición –previo acuerdo parlamentario– si considera que está siendo distorsionada por el proceso legislativo.

20 La exposición de motivos de la LO 3/1984, de hecho, advertía contra la posibilidad de que la ILP pudiera servir "de fácil cauce para manipulaciones demagógicas o, incluso, para intentar legitimar con un supuesto consenso popular lo que no es en sustancia sino la antidemocrática imposición de la voluntad de una minoría". Este lenguaje ha desaparecido con la reforma introducida por la LO 4/2006. Sin embargo, las reticencias al uso de este instrumento de participación siguen siendo notorias.

21 Esta es la expresión que utiliza el propio preámbulo introducido por la reciente reforma.

22 En noviembre de 1999, por ejemplo, el pleno del Congreso de Diputados rechazó, por 161 votos contra 145, la posibilidad de discutir la reducción de la jornada laboral a 35 horas semanales sin disminución de salario. La proposición había partido de una Iniciativa Legislativa impulsada por la Confederación de Asociaciones de Vecinos, CGT, USO e Izquierda Unida, y estaba avalada por la firma de 700.000 electores.

23 En 1993, la Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras promovió, con el apoyo de 575.000 firmas reconocidas como válidas, una iniciativa legislativa popular para la financiación del sistema educativo público. Fue debatida en el Congreso en diciembre de 1996 y rechazada por 150 votos a favor y 155 en contra.

24 La primera ILP aprobada en el ordenamiento español fue la ley aragonesa 2/1992 de creación del Consejo de Protección de la Naturaleza. Otras no llegaron a buen puerto. En 2001, la Asamblea Legislativa Valenciana desestimó la petición legislativa de ordenación y protección de la Huerta de

autonómico, incluso, una plataforma con considerable apoyo popular llegó a presentar una ambiciosa propuesta de Carta de Derechos Sociales. La iniciativa fue aprobada por la Asamblea legislativa, si bien con algunas restricciones en relación con la iniciativa original²⁶.

1.3. Las garantías de participación social en la tutela administrativa de los derechos sociales

Las garantías legislativas de los derechos son, como se acaba de ver, garantías primarias de los derechos sociales. Su alcance, sin embargo, suele concretarse a través de otro tipo de garantías primarias, las de tipo administrativo. Normalmente, estas garantías administrativas se expresan en normas reglamentarias que desarrollan las previsiones legales en materia de derechos. De esta manera, es posible especificar cuál es el contenido efectivo de un derecho determinado y qué tipo de obligaciones comporta su satisfacción. En caso de que la regulación de un derecho esté reservada a la ley (ordinaria u orgánica), el margen para la intervención reglamentaria es menor. En el ordenamiento español, estatuto diferenciado atribuido a los derechos sociales en relación con

Valencia como espacio natural protegido. En Cataluña, por su parte, más de 70 entidades ecologistas impulsaron en 1998 una Iniciativa para prohibir la incineración de residuos y proponer sistemas alternativos. La proposición se admitió a trámite, pero durante la tramitación parlamentaria, lo que era una proposición de ley para prohibir la incineración de residuos, se convirtió en una ley de regulación de la incineración de residuos.

- 25 En 2003 y 2007, por ejemplo, se presentaron en el Parlamento de Cataluña sendas iniciativas legislativas populares para fomentar la vivienda protegida y para la adopción de medidas urgentes en materia habitacional.
- 26 En la Comunidad Autónoma Vasca, en efecto, un grupo de plataformas de lucha contra la exclusión social presentó una petición legislativa para la aprobación de una Carta de Derechos Sociales. La iniciativa se articuló en torno a cuatro demandas fundamentales: el reparto de trabajo mediante la reducción de jornada laboral a 32 horas; el reconocimiento del derecho ciudadano a un salario social individualizado para todos los demandantes de empleo; la extensión al sector privado de las medidas de reparto del trabajo; y la financiación de esas medidas a través de un fondo de solidaridad construido a partir de la lucha contra el fraude fiscal y la reducción de gastos militares y de orden público. La iniciativa recibió el apoyo de sindicatos, asociaciones de vecinos y grupos feministas, religiosos de base, de solidaridad con el tercer mundo y anti-militaristas. Admitida a trámite, los grupos parlamentarios enmendaron la petición pasándola por el filtro de la "governabilidad", lo cual suscitó quejas por parte de sus promotores. No obstante, se convirtió en ley en el año 2000 y sentó un precedente para la aprobación de una normativa similar en Navarra.

otros derechos considerados “fundamentales” se traduce, entre otras cosas, en el reconocimiento al poder reglamentario de un mayor margen de incidencia en su regulación. Las normas de rango reglamentario, en cualquier caso, son las que con frecuencia definen la “letra pequeña” de los derechos sociales y su alcance práctico. A través de este tipo de regulaciones y de otras decisiones administrativas se perfilan planes de vivienda o urbanísticos, disposiciones laborales, planes educativos, el funcionamiento de servicios públicos o los propios presupuestos municipales.

Desde una perspectiva “desde abajo”, pueden identificarse diferentes vías de participación social en la elaboración de las garantías administrativas. La CE hace referencia, entre otras, al derecho de audiencia en la elaboración de las disposiciones administrativas y de acceso a los archivos y registros administrativos (artículo 105). También prevé el establecimiento por ley de vías de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de organismos públicos “cuya función afecte directamente a la calidad de vida o al interés general” (artículo 129.1).

El derecho de audiencia en la elaboración de las disposiciones administrativas está emparentado con otros derechos civiles y de participación, como el derecho de consulta, de información o, simplemente, al debido proceso. Todos ellos, a su vez, están ligados a un derecho progresivamente consolidado tanto en el ámbito europeo como en el ámbito interno: el derecho a una buena administración.

Proyectados sobre ámbitos específicos, estos derechos de participación e información constituyen un importante instrumento potencial de control en materia de derechos sociales. Tanto la legislación estatal como la reciente legislación autonómica y local obligan a los poderes públicos, incluso a través de medios electrónicos²⁷, a garantizar el derecho de consulta y de ofrecer información suficiente en materia ambiental, habitacional, sanitaria o urbanística.

27 Un ejemplo de ello es la aprobación de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. En virtud de esta ley se reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las administraciones públicas por medios electrónicos y la correspondiente obligación de éstas de impulsar el uso de estos medios. En cualquier caso, las administraciones deberán adoptar las medidas necesarias para ponerlas en marcha antes del 31 de diciembre de 2009 y siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias.

Tras algunas reformas dirigidas a “modernizarla”, la propia ley que regula las bases del régimen local²⁸ ha introducido este tipo de obligaciones, así como amplias posibilidades de participación vecinal en las políticas sociales locales²⁹. Así, por ejemplo, consagra el derecho ciudadano a asistir a las sesiones de las corporaciones locales y a obtener copias de los acuerdos alcanzados, al tiempo que establece el deber de los ayuntamientos “de establecer y regular en normas de carácter orgánico procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local”³⁰. Con ese objetivo, prevé que los vecinos que gocen del derecho de sufragio en las elecciones municipales puedan ejercer la iniciativa popular, presentando propuestas o actuaciones o proyectos de reglamentos de la competencia municipal³¹. Asimismo, contempla la posibilidad de que se sometan a consulta popular aquellos asuntos de competencia municipal que sean de especial relevancia para los vecinos, aunque se la supedita a la autorización del gobierno estatal y se excluyen los asuntos referidos a la hacienda local³². A pesar de estos límites, este tipo de previsiones han abierto camino a los llamados presupuestos participativos, permitiendo a la ciudadanía participar directamente en la asignación de partidas presupuestarias dirigidas a satisfacer derechos sociales³³.

28 Ley 7/1985, de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

29 En materia urbanística, por ejemplo, el artículo 70 dispone que las administraciones públicas con competencias de ordenación territorial y urbanística deberán tener a disposición de los ciudadanos o ciudadanas que lo soliciten, copias completas de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística vigentes en su ámbito territorial, de los documentos de gestión y de los convenios urbanísticos.

30 Este precepto, recogido en el artículo 70 bis, fue añadido, precisamente, por la Ley 57/2003 de medidas para la modernización del gobierno local.

31 Según el propio artículo 70 bis. 2, dichas iniciativas deberán ir suscritas al menos por el siguiente porcentaje de vecinos del municipio: a) hasta 5.000 habitantes, el 20 %; b) de 5.001 a 20.000 habitantes, el 15 %; c) a partir de 20.001 habitantes, el 10 %.

32 Artículo 71.

33 Como es sabido, la experiencia pionera en esta materia fue la ciudad brasileña de Porto Alegre. En el ámbito español, las experiencias de presupuestos participativos arrojan resultados dispares. Hacia 2004 el número aproximado de experiencias era pequeño (12) en relación con el número de municipios existentes (8108). Entre las ciudades y localidades implicadas figuraban Córdoba, Las Cabezas de San Juan (Sevilla), Rubí (Barcelona), Albacete, Puente Genil (Córdoba), Jerez de la Frontera o Sevilla. Algunas de las más antiguas, como la de Rubí, fueron suspendidas con el cambio de go-

En todo caso, si las posibilidades de la participación en la gestión administrativa de derechos sociales son en principio amplias, no se pueden menospreciar las dificultades prácticas que todavía la obstaculizan. Muchas de estas dificultades, en realidad, provienen, como se ha denunciado desde las propias instituciones públicas, de la persistencia de una “cultura” administrativa de la opacidad y del silencio frente a las demandas ciudadanas que se resiste a ser erradicada³⁴.

1.4. Las garantías de participación social en la tutela jurisdiccional de los derechos sociales

Naturalmente, las garantías primarias, tanto si se trata de normas constitucionales como de leyes o reglamentos, sirven para dotar de contenido a los derechos sociales y para establecer las obligaciones que los poderes públicos y los particulares deben observar en su resguardo. Sin embargo, la ausencia, la configuración defectuosa, la inaplicación o la aplicación arbitraria de estas normas pueden dar lugar a situaciones en las que la eficacia de los derechos sociales se vea reducida de manera considerable. De ahí que la mayoría de ordenamientos plantee, junto a estas garantías institucionales primarias, garantías secundarias cuyo efecto es controlar, y en su caso reparar, vulneraciones cometidas contra aquéllas.

Una primera garantía de tipo secundario, relevante en la tutela ordinaria de los derechos sociales, es el propio poder de policía administrativo, esto es, la existencia de órganos administrativos que puedan supervisar el cumplimiento de disposiciones legales y reglamentarias en materia de derechos. Este es el caso, por ejemplo, de los órganos de inspección administrativa. Estos órganos pueden desempeñar un papel significativo en la detección y sanción

bierno, mostrando la débil irreversibilidad del proceso. En otras ciudades, como en Valladolid, diferentes plataformas sociales han venido presionando a las autoridades municipales para que incorporen los presupuestos participativos como un derecho ciudadano. Para un síntesis interesante de estas experiencias, véase, Carmen Pineda Nebot, “Los presupuestos participativos en España: un balance provisional”, en *Revista de Estudios Locales* Nro. 78, Madrid, 2004.

³⁴ Diferentes defensorías del pueblo del ámbito autonómico han hecho referencia a esta “cultura del silencio” y a la resistencia a responder de manera expresa y motivada a las demandas ciudadanas. Véase, por ejemplo, el Informe del Defensor de las personas de Cataluña presentado al Parlamento catalán en 2007.

de vulneraciones directas o indirectas de derechos sociales en materia tributaria, laboral, urbanística, ambiental o de servicios públicos en general. Las garantías sociales en este ámbito serán mayores mientras mayor sea la legitimidad reconocida para presentar denuncias y seguir el proceso de control, sobre todo tratándose de colectivos en especial situación de vulnerabilidad³⁵.

Junto a estas garantías administrativas secundarias, muchos ordenamientos contemplan también la existencia de garantías secundarias a cargo de órganos de control externos. Normalmente, estos órganos son elegidos por los propios órganos legislativos y ejecutivos mediante mayorías especiales o se les otorga un estatuto específico de independencia. En el caso español este sería el caso del Defensor del Pueblo (artículo 54, CE) y de sus equivalentes en las Comunidades Autónomas, de los tribunales de cuentas o de otros mecanismos de control como las fiscalías anti-corrupción³⁶.

Las defensorías del pueblo, por ejemplo, pueden ser espacios interesantes para ventilar quejas referidas a la vulneración de derechos sociales por incumplimiento, insuficiencia o mala aplicación de normativa que los contempla. Ciertamente, la eficacia de su actuación suele depender, más allá de su configuración institucional, de la *auctoritas* de sus miembros. En cualquier caso, pueden ser un vehículo de expresión de personas y grupos en situación de vulnerabilidad (minorías sexuales, personas con discapacidades, personas en situación de exclusión social grave, trabajadoras y trabajadores migrantes) que al menos cuentan con un canal adicional en el que reclamar sus derechos ante las instituciones públicas³⁷.

35 La Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, estipula por ejemplo que la inspección puede proceder de oficio o en virtud de denuncia (artículo 13). La acción de denuncia del incumplimiento de la legislación del orden social es pública. No puede tratarse de denuncias anónimas, ni manifiestamente carentes de fundamento, ni referirse a materias cuya vigilancia no corresponda a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ni coincidir con asuntos de los que esté conociendo un órgano jurisdiccional.

36 Los tribunales de cuentas y las fiscalías anti-corrupción pueden desempeñar una función relevante en la fiscalización del empleo de fondos destinados a satisfacer derechos sociales y en la detección de casos de corrupción y desvíos.

37 Más allá de ello, muchas defensorías del pueblo sistematizan esas demandas y las convierten en recomendaciones dirigidas a la administración y, eventualmente, al propio legislador. A simple modo de ejemplo, pueden consultarse los Informes del Defensor del Pueblo Andalúz sobre el problema de la vivienda (*Vivir en la calle: la situación de las personas sin techo en Andalucía, 2006; Chabolismo*

Junto a estas garantías secundarias encomendadas a órganos de control externo, prácticamente todos los ordenamientos contemplan garantías secundarias de tipo jurisdiccional. Estas garantías consisten en que un tribunal más o menos independiente pueda ejercer algún tipo de control, y en su caso, de reparación, en ausencia o insuficiencia de una garantía primaria. Las garantías jurisdiccionales pueden asumir la forma de garantías ordinarias o especiales. Las primeras se encomiendan a tribunales especializados en diferentes órdenes (civiles, penales, de lo social, contencioso-administrativos) con capacidad para prevenir, controlar o sancionar vulneraciones de derechos provenientes de órganos administrativos o de particulares. Las garantías jurisdiccionales especiales, en cambio, suelen encomendarse a tribunales superiores o específicamente constitucionales. Su objetivo es establecer mecanismos de control y reparación en aquellos casos en los que las garantías jurisdiccionales ordinarias resultan insuficientes o en los que la vulneración de los derechos puede atribuirse a actuaciones u omisiones del propio legislador.

Si en el ámbito de las actuaciones legales y administrativas la exigencia de información adecuada y de respeto al debido proceso pueden ser piezas claves para una tutela extensiva de los derechos sociales, la importancia de las garantías sociales en el ámbito jurisdiccional no es menor. El derecho a la tutela judicial efectiva y sus diferentes proyecciones, desde la asistencia jurídica gratuita hasta el derecho a la información y a la igualdad de armas en los procesos, constituyen elementos centrales para la reivindicación de otros derechos, tanto de tipo civil o político, como social. Vistos "desde abajo", los espacios jurisdiccionales también pueden concebirse como espacios de participación y de disputa jurídico-política en los que minorías vulnerables o grupos en situación de urgencia pueden hacer valer argumentos frente a los que los canales representativos, sólo fiscalizables de manera periódica, suelen permanecer blindados³⁸. De este modo, la garantía jurisdiccional que

en Andalucía, 2005; *Personas prisioneras en sus viviendas*, 2003) o los Informes del Ararteko vasco en materia educativa (*Convivencia y conflicto en los centros educativos*, 2006; *La respuesta a las necesidades educativas especiales en la CAPV*, 2001).

38 Sobre esta cuestión, Véase, entre otros, V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales en el debate democrático*, op. cit., pp. 98 y ss.; R. Uprimmy, "Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía", en R. Uprimmy, C. Rodríguez y M. García Villegas, *Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Norma, Bogotá, 2006, pp. 196 y ss.

se expresa en la sentencia o en la decisión de un juez o de un magistrado aparece como un producto inconcebible sin las razones aportadas por las partes a modo de garantía social.

Ocurre, sin embargo, que los mecanismos procesales de protección de los derechos han sido tradicionalmente pensados a partir de la concepción patrimonialista de los mismos y de la teoría clásica del derecho subjetivo. En ese sentido, han estado diseñados para resolver conflictos individuales, y de modo paradigmático, aquellos que afectan el derecho de propiedad. Esta perspectiva individualista encierra dificultades evidentes a la hora de pensar las garantías sociales de participación en los órganos jurisdiccionales como garantías reconocidas a sujetos colectivos o a grupos numerosos de víctimas. De ahí la importancia de recursos procesales que permitan articular vías de acceso no sólo individual, sino sobre todo colectivo de tutela de los derechos.

En el derecho comparado, los recursos de tutela y de amparo colectivo³⁹, las acciones de clase, de interés público o la legitimación colectiva reconocida a grupos y asociaciones de consumidores y usuarios de servicios públicos ofrecen algunos ejemplos interesantes en este sentido. En el ordenamiento español, por su parte, la experiencia de las acciones colectivas está ligada básicamente a las reformas de la legislación procesal civil y contencioso-administrativa de los años noventa⁴⁰. Y si bien se trata de una experiencia embrionaria, existen casos que permiten pensarla como una vía incisiva de reclamo de derechos sociales vulnerados tanto por los poderes públicos como

39 Como el establecido, por ejemplo, en el artículo 43 de la Constitución argentina reformada de 1994.

40 La Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, por ejemplo, reconoce legitimidad procesal no sólo al perjudicado individual, sino también a asociaciones constituidas con el objeto de proteger a consumidores, a usuarios de servicios y a los propios grupos afectados (artículo 11). La Ley 29/1998, por su parte que regula la jurisdicción contencioso-administrativa, dispone que “tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, además de las personas que la ostenten de acuerdo a la Ley de Enjuiciamiento Civil [...] los grupos de afectados, uniones sin personalidades o patrimonios independientes o autónomos” (artículo 18). Y luego agrega: “están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo: a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un interés legítimo; b) Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos”.

por actores particulares⁴¹. Desde una perspectiva garantista, en todo caso, la participación social en la justicia no puede limitarse al momento de acceso a la jurisdicción. Muchas decisiones jurisdiccionales favorables a la protección de derechos sociales pierden efectividad o son privadas de su sentido originario en la fase de ejecución de las sentencias. De ahí que, junto a las garantías de participación en el *acceso* a la justicia, deban estipularse garantías de participación en la ejecución y seguimiento de las sentencias. El derecho a ser informado y a ser oído durante esta fase, tanto de manera individual como colectiva, adquiere así una función primordial en la satisfacción real del derecho en disputa, que no se agota con el dictado de un fallo⁴².

2. Las garantías sociales como garantías extra-institucionales

Hasta aquí, las garantías sociales se han presentado como vías de participación en la elaboración de las garantías institucionales. Sin embargo, también pueden actuar como vías de acción directa de defensa o reclamo de un derecho social en ámbitos no institucionales.

Que las garantías sociales puedan actuar en ámbitos extra-institucionales no equivale, necesariamente, a que operen contra las instituciones o contra la legalidad. Es más, muchas formas de participación orientadas a la tutela de derechos sociales cuentan con respaldo de la constitución o de la legislación vigente.

Este es el caso de muchas garantías sociales de los derechos que se ejercen en el marco de las relaciones con otros particulares. Así, por ejemplo, en el ámbito de la empresa privada, son garantías sociales de los derechos laborales de los trabajadores derechos constitucionales básicos como el derecho a la información, a la negociación y al conflicto colectivo (artículo 37, CE). Igualmente, en determinados casos, el derecho a la información y el derecho a la consulta pueden actuar como garantías sociales de los derechos habitacionales de los inquilinos frente a los propietarios.

41 Hace tiempo que las demandas colectivas son una herramienta frecuente utilizada por los trabajadores en el ámbito laboral. En los últimos años, por su parte, se han registrado en España numerosos casos de demandas colectivas de consumidores y usuarios por vulneración (directa o indirecta) de derechos sanitarios, educativos, habitacionales, etcétera.

42 Véase. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales en el debate democrático*, op. cit., pp. 79 y ss.

Las garantías sociales previstas por la ley también pueden ejercerse con el objetivo de asegurar, en ámbitos extra-institucionales, la autotutela de los derechos sociales. Este es el objetivo que persiguen, por ejemplo, las demandas de acceso a bienes comunales⁴³ o las empresas auto-gestionadas, las asociaciones mutuales o las cooperativas producción y consumo que permiten a las personas satisfacer por sí mismas los bienes y recursos que constituyen el objeto de los derechos sociales. La propia CE, de hecho, se compromete con el fomento de las sociedades cooperativas y con el establecimiento de “los medios que garanticen el acceso de los trabajadores a los medios de producción” (artículo 129.2).

En ocasiones, ciertamente, la autotutela de derechos sociales implica el recurso a vías más incisivas que pueden entrar en conflictos con derecho de terceros. Esto es lo que ocurre con algunas movilizaciones y protestas en reclamo de derechos sociales, con los boicoteos de consumidores y usuarios a ciertas empresas por vulneración de estos mismos derechos o con la ocupación del espacio público con el propósito de hacer visibles (frente a los medios de comunicación, por ejemplo) ciertas reivindicaciones sociales.

Muchas de estas vías de autotutela carecen de un estatuto jurídico definido. A veces, en cambio, se trata de un ejercicio más o menos convencional de derechos civiles y políticos básicos como las libertades sindicales, de asociación, de expresión o ideológica. Estas vías de reclamo de derechos sociales suelen ser bastante frecuentes. En situaciones de vulneración grave y sistemática de los mismos, en las que los mecanismos institucionales de protección resultan ineficaces, pueden incluso asumir formas más radicales. Así, por ejemplo, situaciones extremas de exclusión o de fuerte demanda social pueden conducir a la ocupación de fábricas abandonadas o de viviendas vacías, así como a acciones de desobediencia civil e incluso de resistencia activa. En muchos casos, estas vías de autotutela afectan derechos de terceros, como el derecho de propiedad, la libertad de empresa o la libertad de circulación.

En no pocas ocasiones, también, la respuesta jurídica frente a estas situaciones acostumbra ser la sanción penal. No obstante, la coacción estatal suele ser un instrumento desproporcionado e inadecuado para abordar estos

43 En su Informe de 2007 al Parlamento de Cataluña, el Defensor de las personas analiza, precisamente, quejas de vecinos por la denegación de acceso a bienes comunales que se integran en el patrimonio de los entes locales.

casos, que infringe el principio de intervención penal mínima y que ampara, de manera tácita, otras conductas de particulares (o de la propia administración) que suponen el ejercicio anti-social y abusivo de ciertos derechos, comenzando por aquellos de contenido patrimonial⁴⁴.

Desde una perspectiva "desde abajo", que priorice el punto de vista de las personas y grupos en mayor situación de vulnerabilidad, la admisibilidad o no de este tipo de vías de autotutela exige tener en cuenta más factores. En primer lugar, la gravedad de la violación de los derechos sociales en juego y su impacto entre otros factores, en la integridad física y psíquica, en la dignidad y en el libre desarrollo de la personalidad de los afectados. En segundo término, la responsabilidad de los poderes públicos o de otros actores particulares en la generación de las vulneraciones concernidas, sobre todo cuando éstas tienen su origen en el uso abusivo de la propia posición tanto en el Estado como en el mercado. En tercer lugar, la intensidad de la afectación que las medidas de autotutela puedan suponer para derechos de terceros⁴⁵.

Mientras más urgentes, en efecto, sean las necesidades en juego y mientras más fuerte y acreditada sea la demanda social de que se trate, más justificado estará el recurso a vías de autotutela. Naturalmente, ello dependerá también de la responsabilidad que quepa atribuir a los poderes públicos o a los particulares frente a dicha situación. Así, por ejemplo, frente a una situación de persistente e injustificado abandono de fábricas, tierras o inmuebles, el uso anti-social de la propiedad, privada o pública, no puede tener primacía sobre actuaciones cuyo fin es, precisamente, devolver a los recursos en juego

44 En España, por ejemplo, el código penal de 1995 tipifica como delictiva en el apartado 7 del artículo 245 la conducta de quien "con violencia o intimidación de las personas, ocupe una cosa inmueble o usurpe un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena". En el apartado 2, sin embargo, introduce una nueva conducta delictiva, consistente en "ocupar sin autorización debida un inmueble, una vivienda o un edificio ajenos que no constituyan hogar o mantenerse en ellos contra la voluntad de su titular". La mayoría de intérpretes del código penal, así como numerosas resoluciones judiciales, han entendido que lo que se recoge como delito en este último apartado es la ocupación pacífica de bienes inmuebles. No han faltado, empero, interpretaciones más garantistas, compatibles con el principio de intervención penal mínima, con la prohibición de la especulación inmobiliaria (artículo 47, CE) y con la función social de la propiedad (artículo 33, CE) que han entendido que no se trata de penalizar la ocupación pacífica como de introducir una sanción menor cuando lo que tenga lugar sea una ocupación intimidatoria o violenta de inmuebles que no constituyan hogar.

45 Véase V. Abramovich y C. Courts, *op. cit.*, p. 77.

un sentido social, ligándolos a derechos como la vivienda o el trabajo. Igualmente, la utilización de mecanismos de protesta o de desobediencia *prima facie* ilegales podría reputarse, en casos de bloqueo de los medios de comunicación o de los canales institucionales de protesta, un supuesto protegido de disidencia. O si se prefiere, un ejercicio calificado del derecho de petición, de la libertad ideológica o de la libertad de expresión.

Precisamente por su estrecha conexión con el principio democrático, estas expresiones de protesta podrían concebirse como vías legítimas de garantía de los derechos sociales así como de actualización, en general, de normas constitucionales y de derecho internacional incumplidas de manera grave y sistemática⁴⁶. Más que como actuaciones punibles, por tanto, deberían verse como el ejercicio de derechos de participación especialmente tutelados. Como derecho que tienen preferencia en relación con otros como la libertad de circulación o de comercio, precisamente porque tienen por objeto, además de preservar la supervivencia y la dignidad de las personas, ampliar la calidad democrática de la esfera pública⁴⁷.

3. Conclusiones

Con frecuencia, la discusión en torno a las garantías de los derechos sociales se reduce a la posibilidad o no de su tutela jurisdiccional o al eventual conflicto que ella puede plantear entre el poder legislativo y el poder judicial. El objetivo de estas páginas ha sido ofrecer un panorama más amplio de esta cuestión, que tome como referencia el punto de vista de los principales actores en materia de derechos sociales: sus eventuales destinatarios.

Aplicada al ordenamiento español, esta perspectiva *ex parte populi*, arroja, frente a los tradicionales abordajes *ex parte principii*, alguna luz de provecho.

⁴⁶ Véase, entre otros, A. Estévez Araujo, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, Madrid, 1994, en especial el capítulo “La desobediencia civil como participación en la defensa de la constitución”; J. I. Ugartemendia, *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*, Marcial Pons/ Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 1999.

⁴⁷ Véase R. Gargarella, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005. Una interesante reflexión a propósito del “movimiento okupa” en el ámbito español en Amaya Olivas Díaz, “Castigar la disidencia: el movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico”, en *Jueces para la democracia*, Nro. 54, Madrid, 2005, pp. 51-72.

Permite, entre otras cosas, captar mejor el carácter insuficientemente democrático de algunos diseños institucionales, las potencialidades participativas de otros y la función directamente anti-democrática de muchas reacciones de los poderes públicos en materia de derechos sociales. Y permite, sobre todo, entender el propio principio democrático no como un principio que pueda cristalizar de una vez por todas en un régimen acabado, sino como parte de procesos inacabados de democratización, en los que caben avances pero también retrocesos.

Para dar cuenta de sus propósitos de fondo, esta perspectiva “desde abajo” debería, naturalmente, ocuparse con más detenimiento de algunas cuestiones aquí no tratadas o sólo abordadas de manera lateral. Debería, por ejemplo, explicar mejor la creciente presencia en el ordenamiento español de una población inmigrante que, sobre todo cuando carecen “papeles”, son desplazados como objeto y como sujetos activos de los derechos sociales⁴⁸. Y debería, seguramente, explicar de qué manera el sistema de garantías sociales aquí descrito se fortalece o se debilita como consecuencia del proceso de integración europea y de otros procesos de internacionalización jurídica y económica en los que el Estado español se encuentra inmerso.

De lo que se trata, en todo caso, es, parafraseando a W. Benjamin, de pasar el cepillo a contrapelo de los ordenamientos jurídicos actuales, pensando los derechos no sólo a partir de las actuaciones e intereses de los poderes constituidos, sino también de la potencia constituyente de quienes, por su posición económica, étnica o de género, son los sujetos privilegiados de los derechos sociales. Tras este tipo de aproximación late una constatación obvia pero con frecuencia ocultada u olvidada por las perspectivas “estatalistas”: la de que la exigibilidad de los derechos sociales como auténticos derechos indisponibles, y no como simples concesiones paternalistas y revocables, depende, más allá de las técnicas institucionales dispuestas para su protección, de la participación y la lucha de sus propios destinatarios. En los ordenamientos actuales, como se ha intentado mostrar, esta participación y estas luchas tienen lugar, de manera constante y muchas veces simultánea, en diversos niveles institucionales, pero también fuera de ellos y, no pocas veces, en su contra.

48 Algunas de estas cuestiones han sido tratadas en M. Aparicio, X. Seuba, M. Torres, V. Valiño y G. Pisarello (eds.), *Sur o no sur. Los derechos sociales de las personas inmigradas*, Icaria – Observatori DESC, Barcelona, 2006.

Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas

Miguel Carbonell

1. Fundamento, justificación y antecedentes históricos de los derechos sociales: el modelo del Estado social. 2. El individuo indefenso. 3. Los nuevos riesgos sociales. 4. El papel del Estado. 5. El Estado social como Estado constitucional. 6. Hacia una visión normativa de los derechos sociales: 6.1. El contenido de los derechos sociales; 6.2. La exigibilidad procesal. 7. Estrategias de exigibilidad de los derechos sociales: 7.1. El tema de las diferencias estructurales entre derechos sociales y derechos civiles; 7.2. Las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales. 8. Conclusión.

Desde hace décadas, la teoría constitucional tiene entre sus problemas más importantes el tema de la eficacia de sus normas. Aunque se trata de una cuestión que afecta, en general, a todas las normas constitucionales, el problema se hace más agudo tratándose de los derechos sociales.

En las páginas que siguen se ofrece una explicación de las dificultades que enfrentamos al intentar hacer eficaces las normas constitucionales a partir de una lectura histórica y conceptual de los derechos sociales y del modelo de Estado que los puede hacer realidad: el Estado social.

1. Fundamento, justificación y antecedentes históricos de los derechos sociales: el modelo del Estado social

Cualquier análisis sobre los derechos sociales debe tomar en cuenta o partir de la base de que, para poder ser realizados en la práctica, tales derechos requieren de un cierto modelo de organización estatal¹, de una serie de condiciones de carácter psicológico y de una base axiológica que permita reconocer el deber moral de hacernos cargo de las necesidades de los demás. Ninguna de las tres cuestiones mencionadas se encontraba presente en el primer constitucionalismo, en parte debido a que no lo permitían sus antecedentes históricos más inmediatos. El surgimiento y consolidación de los derechos sociales, con todos los problemas y limitaciones que se quiera, es un aspecto propio de los ordenamientos jurídicos desarrollados, aquellos que han acogido –al menos como ideal– al paradigma del neoconstitucionalismo².

Los presupuestos necesarios para dotar de eficacia práctica a los derechos sociales y a las normas constitucionales que los contienen se pueden agrupar conceptualmente en la noción de “Estado social”, dado que su nacimiento, desarrollo y expansión es una condición esencial para la existencia de los propios derechos sociales³.

Para explicar el surgimiento y la crisis del Estado social hay muchas teorías, cada una de las cuales emplea un diferente método de análisis y encuentra una determinada forma de justificación⁴. Es muy posible que a varias

1 Gerardo Pisarello señala, con razón, que “Desde su irrupción como categoría histórica y teórica, la suerte de los derechos sociales ha estado anclada a la del propio Estado”, “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales” en Carbonell, Miguel (compilador), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002, p. 115.

2 Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª edición, Madrid, Trotta, 2006; id., *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos, Madrid, Trotta, 2007.

3 Hay que señalar, sin embargo, que la idea de los “derechos sociales” como derechos de rango constitucional es previa al surgimiento del Estado social. Lo que sucede es que dicha idea no puede ser llevada a la práctica de forma completa y coherente justamente por la falta de las estructuras estatales que lo permitan; el surgimiento del Estado social vendrá a significar, entonces, la posibilidad de realizar en la práctica esa idea de los derechos sociales como derechos que deben ser tutelados por el sistema constitucional. Al respecto, Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, pp. 72 y ss.

4 Además de las obras que se mencionan en las siguientes notas, un buen panorama introductorio

les asista parte de razón, pero que ninguna pueda reclamar para sí el monopolio de la verdad en esta materia; en el estudio de procesos históricos marcados por una gran complejidad, que se desarrollan de forma desigual en cada país y que están sujetos a avances y retrocesos, quizá sea más útil tomar perspectivas de varias aproximaciones teóricas, más que centrarse en algún punto de vista; esto es lo que se hará en las páginas siguientes.

Las principales justificaciones del surgimiento del Estado social pueden dividirse, siguiendo a Contreras Peláez, en pluralistas y marxistas⁵.

Las justificaciones pluralistas pueden ser divididas, a su vez, en funcionalistas y conflictualistas. Para las primeras el Estado social surge como respuesta a necesidades objetivas suscitadas por la modernización socio-económica; es decir, en la medida en que el sistema económico va evolucionando y los trabajadores se especializan y emigran a las ciudades, el sistema político debe responder a través de la generación de los contenidos característicos del Estado social. El punto de vista conflictualista defiende que el Estado social es el producto de la presión política de los sectores más desfavorecidos, que a su vez es generada por la ampliación del sufragio y por el ejercicio del derecho de asociación, que permite una acción más eficaz de la clase obrera a través de los sindicatos.

Por su lado, las justificaciones marxistas también pueden ser divididas en funcionalistas y conflictualistas. Para las primeras el Estado social es la respuesta a ciertas exigencias estructurales del capitalismo maduro⁶; entre esas exigencias se encontraba, por ejemplo, la necesidad de asegurar la reproducción de la fuerza de trabajo, la necesidad de integrar al movimiento obrero dentro del sistema, abortando cualquier intento de acudir a la vía revolucionaria, etcétera. Para las visiones marxistas conflictualistas el Estado social sería el resultado de una serie de conquistas del proletariado y constituiría un episodio intermedio en la lucha de clases.

Como quiera que sea, el surgimiento del Estado social se da en un contexto histórico en el que están presentes las siguientes tres condiciones⁷:

puede ver en Esping-Andersen, Gosta, *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 2000.

5 Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996, p. 12.

6 Sobre este tema había insistido, desde sus primeros trabajos, Jürgen Habermas; por ejemplo en su libro *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1975.

7 Contreras Peláez, Francisco José, *op. cit.*, pp. 13.

- a) El individuo es incapaz de satisfacer por sí sólo, o con la ayuda de su entorno social más inmediato, sus necesidades básicas;
- b) Surgen riesgos sociales que no pueden ser enfrentados por las vías tradicionales, basadas en la responsabilidad individual;
- c) Se desarrolla la convicción social de que el Estado debe asumir la responsabilidad de garantizar a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar; si el Estado no cumpliera con esa obligación, se pondría en duda su legitimidad.

Al tratarse de condiciones, por decirlo de alguna manera, estructurales para el desarrollo del Estado social, conviene detenernos brevemente en cada una de los tres incisos que se acaban de enunciar.

2. El individuo indefenso

En las sociedades primitivas, y aún en las sociedades rurales pre-modernas, los individuos seguramente estaban tanto o más indefensos que los habitantes de nuestras sociedades contemporáneas. En los tiempos recientes esa indefensión ha tomado relevancia debido: a) el cambio en las condiciones físicas o biológicas de nuestra vida social; b) la modificación de la estructura económica relacionada con las condiciones de trabajo; y c) un replanteamiento de las redes de asistencia social. Vamos por partes.

Respecto a las condiciones biológicas, hay que constatar que las personas hoy en día pueden vivir muchos más años que hace unos siglos; esto constituye un avance en toda regla y es uno de los signos más positivos de la modernidad, logrado en buena medida por el desarrollo de las ciencias médicas. Sin embargo, ocurre que al vivir más tiempo, se multiplican las “situaciones de dependencia” y aumenta el porcentaje de individuos que se encuentran en tales situaciones⁸. La vejez, la invalidez y las enfermedades crónicas son fenómenos de nuestro tiempo, que no existían prácticamente en las sociedades antiguas.

Además de eso, el desarrollo de las formas de trabajo y el propio desarrollo tecnológico han propiciado el surgimiento de situaciones “artificiales”

8 Contreras Peláez, Francisco José, *op. cit.*, p. 13.

de dependencia, como el desempleo, la jubilación obligatoria o el alargamiento de los periodos de formación antes de acceder al mercado de trabajo⁹.

Conforme avanza el proceso de urbanización de las sociedades, las personas se vuelven más indefensas, ya que son incapaces de proveerse por sí mismas de los bienes básicos. Mientras que en las sociedades rurales abundaban los esquemas de auto-abastecimiento en el seno de las familias o de comunidades un poco más amplias, en la vida urbana es casi imposible que una familia pueda auto-generar su propia comida, su ropa, su vivienda y así por el estilo. Se requiere de la ayuda exterior, ya que el habitante de las ciudades es “un ser del todo desamparado”¹⁰.

Hay una gran diferencia en el sujeto de los derechos sociales propio del siglo XX y la imagen del trabajador del siglo XIX, que tenía una escasa o nula cualificación, que recién había emigrado del campo a la ciudad, que tenía una familia numerosa al no haberse desarrollado los métodos de control de la natalidad y que carecía de la protección de las reglas que luego iban a desarrollarse en materia de ingreso y estabilidad laboral¹¹.

Bajo el nuevo esquema al que me estoy refiriendo, las personas ya no dominan su espacio vital, aunque gozan de una mayor amplitud para realizar sus planes de vida; una amplitud propiciada en primer lugar por el alargamiento de los años de vida, y en segundo término por los desarrollos tecnológicos que han puesto a su disposición una serie de comodidades que hasta hace poco eran impensables. Pero ese nuevo entorno no es un entorno que dominen, sino que está determinado por la concurrencia de otras personas y por la prestación de un sinnúmero de servicios esenciales para la sociedad en su conjunto. Hoy como nunca los unos dependemos de los otros y no solamente de nuestro entorno más inmediato como lo era antes la familia o la gente de nuestra comunidad más inmediata.

Tanto las nuevas condiciones biológicas como las que tienen que ver con la forma de organización laboral desbordan las rutas tradicionales de asistencia social, basadas en la caridad o en el apoyo de la familia, y requieren necesariamente de apoyos exteriores; estos apoyos, a su vez, deben ser institucionalizados para operar eficientemente y gozar de la amplitud nece-

9 Contreras Peláez, Francisco José, *op. cit.*, p. 14.

10 Contreras Peláez, Francisco José, *op. cit.*, p. 15-16.

11 Contreras Peláez, Francisco José, *op. cit.*, p. 18.

saría que les permita abarcar a grandes grupos sociales. Es entonces cuando el Estado comienza a hacerse cargo, desplazando de esa forma a las anteriormente conocidas formas de compasión y socorro cristianos, y creando lo que se ha llamado la “burocratización de la compasión”¹².

3. Los nuevos riesgos sociales

En las sociedades contemporáneas nos enfrentamos a riesgos que o no estaban presentes en las sociedades pre-modernas o bien no se consideraban relevantes para el ordenamiento jurídico, de forma que se dejaba a las personas libradas a su propia suerte.

Contreras Peláez recuerda al menos cuatro *factores de vulnerabilidad* que han generado respuestas jurídicas más o menos contundentes durante el siglo XX:

- a) El *desempleo*, que ha producido el surgimiento de políticas económicas de pleno empleo, seguros contra el desempleo, redes de asistencia social e incluso de pensiones desligadas del carácter de trabajador que pueda o no tener el beneficiario, etcétera;
- b) La *crisis de la familia*; el modelo actual de familia presenta muchas diferencias con respecto al modelo anterior; su nueva organización requiere de formas de auxilio externo, que permitan que se haga frente a los riesgos sociales colectivamente, sobre todo en el caso de familias monoparentales (un adulto viviendo con menores de edad), familias de ancianos, familias que tienen a su cargo personas con discapacidad, etcétera¹³;
- c) el *factor del sexo*, que ha generado procesos de “feminización de la pobreza”, que afecta principalmente a madres solteras, madres con familia numerosa y bajos ingresos y a ancianas que viven solas; y
- d) la *inmigración*; en la actualidad, son los inmigrantes uno de los eslabones más débiles de las sociedades desarrolladas, pues en ellos se presentan, acentuadas, varias de las anteriores características: desempleo, desinte-

¹² Contreras Peláez, Francisco José, *op. cit.*, p. 14.

¹³ Beck-Gernsheim, Elisabeth, *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Barcelona, Paidós, 2003.

gración familiar, exceso de cargas para la mujer, escasa preparación para el trabajo, dificultades de integración social, etcétera¹⁴.

Aparte de lo anterior, algunos desarrollos tecnológicos han contribuido también a generar nuevos riesgos sociales; esto se percibe claramente al analizar el aumento de los accidentes de trabajo o las enfermedades derivadas de riesgos laborales. La tecnología incide, a veces negativamente, en el disfrute de los derechos fundamentales¹⁵.

Tradicionalmente, la responsabilidad por los riesgos personales era de carácter individual; es decir, quien causaba el daño era el obligado a repararlo: se trata del clásico esquema de la responsabilidad civil. Con el paso del tiempo y el aumento de los riesgos como consecuencia del desvalimiento del individuo, se consideró que era necesario cambiar este esquema para avanzar hacia una “socialización del riesgo”, es decir, hacia la creación de mecanismos institucionales que fueran capaces de responder frente a los riesgos sociales.

Para tal efecto, el Estado debe actuar en dos frentes: la promoción del bienestar y la atenuación o compensación del sufrimiento¹⁶. Lo anterior conlleva la necesidad de que el Estado actúe frente al infortunio (accidentes de trabajo) y frente a la necesidad (seguro de desempleo, pensiones de viudedad, por jubilación, por incapacidad, etcétera). De esta manera, surgen lo que hoy conocemos como los modernos sistemas de seguridad social, que encuentran sus antecedentes en las “Leyes de Bismarck”, dictadas a partir de 1883; entre ellas se encuentran la Ley de seguro de enfermedad y maternidad de 1883, la Ley de accidentes de trabajo de 1884 y la Ley de seguro de enfermedad, jubilación y defunción de 1889¹⁷.

La seguridad social, tanto por medio de la asistencia en caso de siniestro o la cobertura de riesgos (accidentes laborales, acceso a medicinas, etcétera),

14 Ver sobre el tema de la migración y los derechos fundamentales, Carbonell, Miguel, “Libertad de tránsito y fronteras: la gran cuestión del siglo XXI”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coordinadores), *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, México, IJ-UNAM, 2007, pp. 103-124. Sobre la migración y las fronteras, puede verse el excelente ensayo de Kymlicka, Will, *Fronteras territoriales*, Madrid, Trotta, 2006.

15 Doménech Pascual, Gabriel, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Madrid, CEPC, 2006.

16 Contreras Peláez, Francisco José, *op. cit.*, p. 22.

17 Ochendo Claramunt, Carlos, *El Estado del bienestar. Objetivos, métodos y teorías explicativas*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 28.

o bien a través de la cobertura de situaciones de necesidad (vejez, invalidez, etcétera) es una de las claves y de los signos distintivos del Estado social; quizá sea su nota más presente y representativa, pues a pesar de los varios modelos que existen de Estado social y de las diferentes configuraciones que cada uno de ellos puede tener en un contexto histórico o geográfico, lo que es obvio es que no puede hablarse de Estado social si no se cuenta con un sistema de seguridad social. Como lo señala Benda, la “Seguridad social es una expresiva traducción del postulado del Estado social”¹⁸.

4. El papel del Estado

Los dos factores que se acaban de analizar (la mayor vulnerabilidad del individuo y la necesidad de hacer frente *socialmente* a los riesgos) exigen que se asuma un nuevo papel por parte del Estado. Esta es una de las transformaciones que en mayor medida van a afectar a la teoría de los derechos fundamentales y a los procesos de legitimación de los poderes públicos en relación con estos derechos.

Hay que recordar que, para el primer constitucionalismo, los derechos tenían que imponerse frente al Estado; es decir, los derechos se consideraban como una especie de valladar frente a las intromisiones de una estructura estatal que, antes de los movimientos revolucionarios de Francia y Estados Unidos, se conducía de manera despótica y no estaba sujeto a más límites que la voluntad del emperador, del rey o del caudillo¹⁹.

Sin embargo, en el modelo del Estado social, los poderes públicos dejan de ser percibidos como enemigos de los derechos fundamentales y comienzan a tomar, por el contrario, el papel de promotores de esos derechos, sobre todo de los de carácter social. Se entiende ahora que también la concentración de la riqueza y el avance tecnológico no sujetos a reglas pueden vulnerar los derechos fundamentales²⁰.

18 Benda, Ernesto, “El Estado social de derecho” en VV.AA., *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 536.

19 Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, UNAM, CNDH, 2005.

20 En este sentido, Forsthooff, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.

De esta manera, la legitimidad de los poderes públicos no depende ya solamente de que no *entorpezcan* o *limiten* el disfrute de los derechos, sino también de que los *promuevan* eficazmente. Como lo señala Luigi Ferrajoli, en el Estado social se genera un cambio en los factores de legitimidad del Estado, pues

mientras el estado de derecho liberal debe sólo no *empeorar* las condiciones de vida de los ciudadanos, el estado de derecho social debe también *mejorarlas*; debe no sólo no representar para ellos un inconveniente, sino ser también una ventaja. Esta diferencia va unida a la diferente naturaleza de los bienes asegurados por los dos tipos de garantías. Las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones sirven para defender o conservar las condiciones naturales o pre-políticas de existencia: la vida, las libertades, las inmunidades frente a los abusos de poder, y hoy hay que añadir, la no nocividad del aire, del agua y en general del ambiente natural; las garantías sociales o positivas basadas en obligaciones permiten por el contrario pretender o adquirir condiciones sociales de vida: la subsistencia, el trabajo, la salud, la vivienda, la educación, etcétera. Las primeras están dirigidas hacia el pasado y tienen como tales una función conservadora; las segundas miran al futuro y tienen un alcance innovador²¹.

Como ya se ha mencionado, los primeros derechos sociales —que todavía no alcanzan el rango de derechos fundamentales— surgen como formas de protección a los obreros, tanto frente a los infortunios derivados del ejercicio del trabajo, como frente a los patrones para regular las condiciones laborales de forma que no se permita el menoscabo de la dignidad humana.

Las reivindicaciones sociales se trasladan al Estado, que comienza a incorporar entre sus funciones la de asistencia social. Sin embargo, los movimientos obreros insisten en que no se trata de sustituir la caridad privada por una caridad pública, sino de generar un conjunto de *derechos* que protejan a los trabajadores y a sus familias. La responsabilidad del Estado debe ser entendida, en consecuencia, como una responsabilidad *jurídica*, garantizada incluso a nivel constitucional, de forma que la persona *necesitada* deje de ser *objeto* de la relación asistencial y se convierta en un *sujeto* portador de derechos²².

21 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, 5ª edición, Madrid, Trotta, 2000, p. 862.

22 Contreras Peláez, Francisco José, *op. cit.*, p. 41.

Se puede afirmar, intentando hacer una síntesis de algunas cuestiones que ya se han mencionado, que el Estado social se caracteriza por las siguientes notas²³:

- a) Se constituye como un amplio pacto social, cuyos principales actores son el Estado, los trabajadores, las clases medias urbanas y los empresarios;
- b) Busca atender las necesidades de grandes sectores sociales, principalmente a través de servicios de salud, vivienda y educación;
- c) Cumple un papel estabilizador de la demanda interna mediante el impulso del consumo gubernamental;
- d) Procura la paz social al institucionalizar vías reformistas, que sustituyen a las vías revolucionarias;
- e) Posibilita un marco de crecimiento económico continuo, sostenible y equilibrado;
- f) Crea un régimen fiscal redistributivo; y
- g) Constituye un amplio sector público, dotado de importantes funciones regulativas y, en algunos casos (de forma subsidiaria), directamente productivas.

5. El Estado social como Estado constitucional

Aunque cronológicamente las primeras disposiciones constitucionales en materia de derechos sociales se encuentran en las Constituciones de Querétaro en 1917 y de Weimar en 1919²⁴, no es sino hasta la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, cuando la fórmula del “Estado social de derecho” adquiere reconocimiento constitucional²⁵.

En las primeras fórmulas de consagración de derechos sociales (así por ejemplo, en el caso de la Constitución mexicana²⁶), más que el reconoci-

23 Carbonell, José, “Estado de bienestar” en VV.AA., *Diccionario de derecho constitucional*, 2ª edición, México, UNAM, Porrúa, 2005, p. 229.

24 Para una primera aproximación al surgimiento del constitucionalismo social en la Constitución de Weimar, ver Carmona Cuenca, Encarnación, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, cit., pp. 43 y ss.

25 Carmona Cuenca, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, op. cit., pp. 57 y ss.

26 Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2ª edición, México, Porrúa, UNAM, CNDH, 2006, capítulo cinco.

miento constitucional de una nueva forma de Estado, lo que se hacía era dar cobertura en el texto de la Carta Magna a los derechos de grupos sociales tradicionalmente marginados; así por ejemplo, trabajadores y campesinos, que eran grupos que habían alimentado los movimientos revolucionarios de las primeras décadas del siglo XX y que constituían la base social indispensable para la legitimación de los poderes públicos.

En cambio, en los textos de la segunda posguerra, dictados después de 1945, lo que se observa es la consagración constitucional de todo un entramado jurídico, un verdadero cambio de paradigma constitucional. Es entonces cuando podemos decir que el Estado social se consolida y, a partir de ese momento, comienza un importante proceso de expansión, tanto desde el punto de vista de sus contenidos como desde una perspectiva geográfica al incrementarse el número de países que intentan adaptarse a sus principios²⁷.

No se trata solamente de que la Constituciones contengan solemnes manifestaciones de principio (“La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social”, dispuso el conocido artículo 20.1. de la Ley Fundamental de Bonn²⁸; “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, señala el artículo 1.1. de la Constitución española de 1978), sino que a ellas se les acompaña un conjunto de preceptos para hacer posible la intervención del Estado en la sociedad y para asignar a los poderes públicos las responsabilidades concretas que se derivan de la idea general según la cual deben tutelar la “procura existencial”.

27 Cfr. Ochando Claramunt, Carlos, *op. cit.*, pp. 32-33.

28 De la misma Constitución es interesante también ver el artículo 28. La importancia dada a la forma del Estado social recogida en el artículo 20 se refleja en la prohibición de que sea reformada, tal como lo dispone el artículo 79; estamos en presencia de lo que la teoría de la reforma constitucional denominada una “cláusula pétrea”. Para una introducción al estudio de los derechos sociales en Alemania, de entre lo mucho que se ha escrito, puede verse Weber, Albrecht, “Estado social, derechos sociales fundamentales y protección social en la República Federal de Alemania”, en Muñoz Machado, Santiago y otros, *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, Civitas, Escuela Libre Editorial, 2000, pp. 569 y ss.

¿Qué cuadro del ordenamiento jurídico en general tenemos luego de la constitucionalización del Estado social? Siguiendo a Abramovich y Courtis, podemos sostener lo siguiente²⁹:

- a) Se introducen dimensiones colectivas en el derecho, lo que ocurre a través de la construcción de sujetos de derecho colectivos (sindicatos, grupos de consumidores, etcétera), a través de la articulación de instancias y facultades de negociación colectivas y con la construcción de categorías colectivas o grupales (la noción de medio ambiente, de grupo vulnerable o de salud pública).
- b) Se toman en cuenta las desigualdades reales y no simplemente las formales; esto genera a su vez nuevas pautas interpretativas (como las que se expresan en las conocidas fórmulas *favor operatori* o *favor consumatoris*) y nuevas reglas procesales (por ejemplo en materia de carga probatoria, de presunciones en favor de partes procesalmente débiles, etcétera).
- c) Se establecen límites a la autonomía de la voluntad; en áreas tradicionalmente dejadas al libre acuerdo de las partes entran en funcionamiento conceptos de orden público y de protección a la dignidad de las personas que pueden generar nulidades contractuales y un importante control estatal de la oferta de bienes públicos y servicios.
- d) En relación con el inciso anterior, se limita el ámbito de actuación sujeto a mecanismos contractuales, regulados ahora –con las reglas del Estado social– por medio de leyes; esto produce un efecto de desmercantilización de algunos sectores como resultado del avance del derecho público sobre el derecho privado.
- e) Se modifican los criterios de asignación de responsabilidades civiles, como consecuencia del cambio de óptica en materia de generación de riesgos (varios de los cuales se “socializan”, para efecto de proteger a las personas más indefensas) y de distribución de costos.
- f) Se amplían las funciones estatales; al asumir el Estado las tareas relacionadas con la realización efectiva de los derechos sociales, los órganos públicos se multiplican y la burocracia crece de forma sensible. El Estado no se limita a ejercer funciones regulatorias, sino que se reserva para sí

29 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª edición, Madrid, Trotta, 2004, pp. 54-56.

ciertas áreas que se consideraran estratégicas, lo que conlleva una ampliación de funciones y del gasto público.

- g) Se incorporan al ordenamiento acciones procesales de carácter colectivo, a través de la ampliación en las posibilidades de acceso a los tribunales (acciones de cumplimiento, acciones de tutela, acciones de clase, etcétera) y por medio de la tutela de bienes colectivos.

En todo caso, importa en este momento subrayar que la constitucionalización del Estado social es una tendencia firme del constitucionalismo contemporáneo, que ha conllevado un cambio de paradigma para el constitucionalismo y para la democracia, quizá el más importante en el desarrollo del Estado constitucional en el siglo XX³⁰, con el objetivo de proteger de mejor manera valores esenciales de las sociedades modernas; tales valores, bajo ese nuevo paradigma, adquieren una protección inédita en otros tiempos al ser reconocidos como derechos fundamentales.

6. Hacia una visión normativa de los derechos sociales

Los derechos sociales tienen que ser entendidos —dejando atrás las concepciones tradicionales de signo fuertemente conservador— como derechos plenamente exigibles ante todas las autoridades del Estado, en todos sus niveles de gobierno. La plena exigibilidad requiere de la creación de una sólida teoría de los derechos sociales, así como de la puesta en marcha de nuevos mecanismos procesales o del mejoramiento de los ya existentes.

Lo anterior significa que, por poner un ejemplo, el derecho a la vivienda genera obligaciones lo mismo para las administraciones públicas, que para los Congresos o parlamentos, o que el derecho a la salud debe ser también y en primer término resguardado por el legislador, de forma que en la ley se definan concretamente las obligaciones del Estado en la materia, así como las prerrogativas de los particulares frente a los órganos públicos para poder

30 Como afirma José Carbonell: “Sin duda, puede afirmarse que el resultado más importante del proceso de modernización de la segunda mitad del siglo XX fue la irrupción del componente social dentro de los principios organizativos y rectores de las democracias contemporáneas”, Véase “Estado de bienestar”, p. 231.

hacer efectivas dichas obligaciones. En idéntica situación se encuentran el resto de derechos sociales, los cuales despliegan posiciones subjetivas en favor de todas las personas, a la vez que generan obligaciones para los poderes públicos, en todos sus niveles.

Para poder desarrollar plenamente la normatividad de los derechos sociales hace falta trabajar -entre otras- en dos cuestiones concretas:

6.1. El contenido de los derechos sociales

La primera es la que consiste en determinar el contenido semántico y los alcances concretos de cada derecho social; así por ejemplo, se debe estar en capacidad de determinar qué significa específicamente que la Constitución mexicana establezca el derecho a una vivienda “digna y decorosa”; ¿en qué consiste y qué alcances tiene la “dignidad” y el “decoro” de la vivienda?, ¿cuándo se viola ese mandato constitucional?, ¿qué debe hacer el Estado para darle cumplimiento?, ¿qué significa que la misma Constitución reconozca el derecho a un medio ambiente “adecuado”?, ¿cuándo el medio ambiente deja de ser adecuado?, ¿qué corresponde hacer a los particulares y qué a las autoridades para preservar el medio ambiente? Y así por el estilo para todos los derechos sociales.

Las dificultades de determinación del contenido de los derechos sociales sin duda que existen y sin duda que son un obstáculo que hay que superar para poder hacer plenamente normativos esos derechos, pero no hay que ver en ello un problema insuperable; puede decirse que lo mismo sucede con los derechos de libertad; ¿cómo entender los alcances del derecho a la intimidad?, ¿qué significa el concreto la libertad de procreación?, ¿cuáles son los límites de la libertad de expresión y cuáles las obligaciones del Estado para protegerla? La apertura semántica no puede significar, por sí sola, una pérdida de los efectos normativos que pueden derivar de los derechos sociales.

La determinación del campo semántico de los derechos sirve, entre otras cuestiones, para poder determinar las obligaciones mínimas de los poderes públicos en relación con cada derecho social³¹. Realizar dicha determinación

31 Para Abramovich y Courtis, la determinación de esas obligaciones mínimas es quizá “el principal déficit del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en la

es una tarea que corresponde desarrollar, en primer término, al legislador, que a través de las leyes debe determinar contenidos concretos para cada derecho³². También es una función de la ciencia jurídica, pues en la medida en que se avance en el plano teórico se podrá avanzar en el plano práctico.

De forma preliminar, hay que mencionar que el surgimiento de los derechos sociales representa un cambio profundo respecto a la concepción que sobre los derechos se tenía en el primer liberalismo y que supone también una modificación sustancial en relación al entendimiento del papel del Estado en materia de derechos fundamentales.

De ser entendidos como *derechos de defensa*, en la actualidad los derechos fundamentales pasan a ser *derechos de participación democrática* y también, como sucede con algunos aspectos de los derechos sociales, *derechos a prestaciones* suministradas por el Estado³³. No es posible plantear, en la materia que nos ocupa, puntos de vista ingenuos: los derechos sociales, para ser realizados, requieren de una cierta organización estatal, necesitan de un apoyo social, de un conjunto de actitudes cívicas y un compromiso democrático serio.

formulación de las normas que consagran los derechos, cuanto en las elaboraciones de los órganos nacionales e internacionales encargados de la aplicación de cláusulas constitucionales o de tratados, y en los escasos aportes doctrinarios al respecto”, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., pp. 38-39.

32 Al respecto Luigi Ferrajoli, en una observación que se dirige también al tema de la exigibilidad procesal de los derechos sociales, señala que “sería necesario que las leyes en materia de servicios públicos no sólo establecieran contenidos y presupuestos de cada derecho social, sino que identificasen también a los sujetos de derecho público investidos de las correlativas obligaciones funcionales; que toda omisión o violación de tales obligaciones, al comportar la lesión no ya de meros deberes o a lo sumo de intereses legítimos sino directamente de derechos subjetivos, diera lugar a una acción judicial de posible ejercicio por el ciudadano perjudicado; que la legitimación activa fuera ampliada, en los derechos sociales de naturaleza colectiva, también a los nuevos sujetos colectivos, no necesariamente dotados de personalidad jurídica, que se hacen portadores de los mismos; que, en suma, junto a la *participación política* en las actividades de gobierno sobre las cuestiones reservadas a la mayoría, se desarrollase una no menos importante y generalizada *participación judicial* de los ciudadanos en la tutela y la satisfacción de sus derechos como instrumento tanto de autodefensa cuanto de control en relación con los poderes públicos”, *Derecho y razón*, 5ª edición, Madrid, Trotta, 2000, p. 918.

33 González Moreno, Beatriz, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 19-20; sobre el concepto de los “derechos a prestaciones”, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEPC, 2000 (3ª reimpresión), pp. 419 y ss.

6.2. La exigibilidad procesal

La segunda cuestión en la que se tiene que trabajar en materia de derechos sociales es en la denuncia de la inexistencia, dentro de muchos ordenamientos jurídicos contemporáneos, de vías procesales idóneas para hacerlos exigibles, así como en la necesidad de crear esos medios de defensa, de forma que sus violaciones puedan ser llevadas ante los tribunales o ante otros órganos protectores de los derechos fundamentales.

Que esas vías no existan, como ya se ha dicho, no significa que los derechos sociales no obliguen de forma plena a los órganos públicos; implica simplemente, lo cual no es poco desde luego, que sus violaciones no podrán ser reparadas por medio de juicios llevados ante los tribunales nacionales. En este contexto, a la ciencia jurídica le corresponde el deber de sugerir vías alternativas a la de los tribunales para exigir los derechos sociales, así como proponer la creación de procedimientos de carácter judicial para subsanar la laguna que se genera a partir de su inexistencia.

Hay que señalar, sin embargo, que las vías procesales no agotan los medios de exigibilidad de los derechos fundamentales; aunque los expertos indican que el reconocimiento universal de los derechos sociales, económicos y culturales como derechos plenos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada *justiciabilidad*, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho, no hay que pensar que el poder judicial es la única vía para hacer exigibles esos derechos; hay otros mecanismos que pueden ser tanto o más eficaces³⁴. Es importante considerar lo que se acaba de decir, sobre todo en el caso de México y de otros países de América Latina, puesto que de lo contrario se podría llegar a concluir –erróneamente– que la imposibilidad de plantear la violación de un derecho social ante un juez equivaldría a la imposibilidad de hacerlo exigible, lo que no me parece exacto.

³⁴ Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 111 y siguientes.

7. Estrategias de exigibilidad de los derechos sociales

Dicho lo anterior, corresponde ahora considerar algunas posibles líneas estratégicas para hacer exigibles los derechos sociales; es decir, si se acepta en primer lugar que los derechos sociales no son puras quimeras, y si se acepta también, en segundo término, que del hecho de que algunos de ellos actualmente no se puedan demandar ante un juez por todos sus destinatarios no se desprende la imposibilidad de crear esas vías jurisdiccionales hoy inexistentes, se hace entonces necesario explicitar con cierto grado de detalle todos los argumentos que nos permitan sostener, al contrario de lo que hace la teoría tradicional, una visión normativa plena de los derechos sociales. A ello se dedican las páginas siguientes.

7.1. El tema de las diferencias estructurales entre derechos sociales y derechos civiles

Una de las primeras cuestiones que hay que poner en claro para desarrollar la exigibilidad plena de los derechos sociales, es que no existen diferencias estructurales de tal magnitud que hagan completamente diferentes a estos derechos de los derechos civiles y políticos (también llamados derechos de libertad o sencillamente libertades públicas)³⁵.

De hecho, aunque es evidente que cada uno de los derechos fundamentales tiene un contenido diverso y despliega en consecuencia efectos normativos diferentes (por ejemplo, no es lo mismo el derecho a la información que la libertad de expresión; de igual manera, no tienen contenidos idénticos la libertad de industria y la libertad de tránsito), no puede decirse que exista algo así como una *diferencia genética* o estructural entre los derechos sociales y los derechos de libertad.

Contrariamente a lo que podría parecer, también los derechos de libertad requieren, para poder tener relevancia práctica y no quedar como buenos deseos contenidos solamente en el texto de las constituciones, de actuaciones positivas del Estado, las cuales conllevan en no pocas ocasiones importantes erogaciones económicas; conjugan por tanto obligaciones de no hacer y obli-

35 Pisarello, *op. cit.*, pp. 59 y siguientes.

gaciones de hacer para las autoridades³⁶. Lo mismo sucede con los derechos sociales, que generan para la autoridad tanto obligaciones de abstención como obligaciones de realización, que requieren de actividades prestacionales en muchos casos.

Por otro lado, hay sectores de los derechos sociales que entrañan libertades en sentido estricto, como por ejemplo el derecho de huelga o la libertad sindical, que frente a las autoridades generan obligaciones de no hacer, de abstención y de respeto (además de obligaciones de tutela, como en el caso de todos los derechos); en una situación parecida se encuentran aquellos derechos de los trabajadores que no requieren *prima facie* de prestaciones del Estado para poder ser realizados, como el derecho a un día de descanso semanal, la limitación de la jornada laboral o el derecho a las vacaciones.

No hay, por tanto, “derechos gratuitos” y “derechos caros”: todos los derechos tienen un costo y ameritan de una estructura estatal que, al menos, los proteja de las posibles violaciones perpetradas por terceras personas. Podríamos decir, en consecuencia, que un análisis detenido de las categorías “derechos civiles” y “derechos sociales” nos permitiría concluir que no hay elementos suficientes para establecer una división clara entre ellas, y que las diferencias que pueden existir son más de grado de que sustancia; a partir de esa conclusión se puede defender también la tesis de la indivisibilidad y de la inter-dependencia de los derechos. Gerardo Pisarello ejemplifica parte de lo que se acaba de decir con las siguientes palabras³⁷:

36 Abramovich y Courtis lo explican con las siguientes palabras: “el respeto de derechos tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho a casarse, el derecho de asociación, el derecho de elegir y ser elegido, suponen la creación de las respectivas condiciones institucionales por parte del Estado (existencia y mantenimiento de tribunales, establecimiento de normas y registros que hagan jurídicamente relevante la decisión nupcial o el acto de asociación, convocatoria a elecciones, organización de un sistema de partidos políticos, etcétera)... (los derechos de libertad) conllevan una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no interfieran esa libertad y al restablecimiento de la libertad o la reparación del perjuicio una vez producida una intervención indebida, de modo que tal contracara del ejercicio de estos derechos está dada por el cumplimiento de *funciones de policía, seguridad, defensa y justicia por parte del Estado*”, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 23-24.

37 Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003, pp. 29-30.

todos los derechos fundamentales pueden caracterizarse como pretensiones híbridas frente al poder: positivas y negativas, en parte costosas y en parte no costosas.

El derecho a la libertad de expresión, en efecto, no sólo supone la ausencia de censura sino también la construcción de centros culturales y plazas públicas, la subvención de publicaciones, la concesión de espacios gratuitos en radios y televisiones o una regulación general que garantice el pluralismo informativo. El derecho de propiedad se garantiza no sólo mediante la ausencia de interferencias estatales arbitrarias sino también mediante la creación de registros inmobiliarios o a través de la financiación estatal de tribunales, jueces y funcionarios que puedan asegurar el cumplimiento de los contratos. El derecho de voto comporta la puesta en marcha de una compleja infraestructura de personal y de material que en ningún caso carece de repercusiones económicas. Incluso el derecho a no ser torturado exige el mantenimiento de centros de detención adecuados y cuerpos policiales formados en principios garantistas.

Del mismo modo, el derecho a la salud no sólo exige el otorgamiento estatal de medicinas gratuitas o a bajo precio sino también la no contaminación de un río o la no comercialización de productos alimenticios en mal estado. El derecho al trabajo no sólo comporta el acceso a un empleo digno sino también la prohibición de despidos ilegítimos. El derecho a una vivienda adecuada no sólo supone... la provisión de viviendas de protección oficial sino también el cumplimiento de otras obligaciones estatales no necesariamente costosas: desde el reconocimiento de seguridad jurídica en la tenencia o la interdicción de las cláusulas abusivas en los contratos de alquiler, hasta la derogación de preceptos discriminatorios en las leyes urbanísticas o la prohibición de desalojos arbitrarios.

Para fundamentar lo dicho en los párrafos anteriores hay que considerar también que, en el caso de algunos derechos sociales, existen derechos de libertad tendientes a proteger bienes jurídicos prácticamente idénticos a los que tutelan aquellos; así por ejemplo, existe una libertad de trabajo, antecedente del derecho *social* al trabajo; de la misma forma, existe una *libertad de educación*, indisolublemente vinculada con el derecho *social* a la educación.

Una vez que se tiene claro lo anterior, no deben existir reticencias hacia el despliegue de efectos normativos plenos y directos de los derechos sociales; estos efectos deben ser exigibles incluso en sede judicial. La teoría constitu-

cional tiene, en este punto, la tarea de pensar en vías idóneas de exigencia de los derechos sociales, sin dejar de tener presente que conllevan efectos presupuestales importantes y que la realización completa de algunos de ellos (vivienda, educación, salud) quizá no pueda darse de forma completa en un plazo corto de tiempo, como es obvio. Pero lo anterior no obsta para señalar con rotundidad que los derechos sociales *obligan*, que no son *buenos deseos* o *programas políticos*, sino simplemente normas jurídicas y que como tales deben ser vistos, analizados y aplicados.

A partir de relativizar las diferencias entre derechos civiles y derechos sociales, como ya se apuntaba, se puede desarrollar el principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos, que fue plenamente reconocido por la Declaración y Programa de Viena, aprobado por la Conferencia Mundial que se llevó a cabo en esa ciudad en 1993; en el punto I.5 de dicho documento se afirma que

Todos los derechos 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 libertades fundamentales.

Todo lo anterior no obsta para reconocer que los derechos sociales tienen un indudable componente prestacional, pues suponen la necesidad de que el Estado lleve a cabo un despliegue importante de actuaciones, muchas de ellas de carácter administrativo, para hacer efectivos los mandamientos relacionados con esos derechos.

¿Qué significa que los derechos sociales sean, en parte, *derechos a prestaciones*? Robert Alexy lo explica de la siguiente manera: “Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente– podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del dere-

cho a la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto”³⁸.

Las prestaciones a las que hace referencia Alexy no son más que actuaciones del Estado (en forma de bienes y servicios) constatables y medibles, como lo pueden ser la construcción de hospitales, la provisión de equipamientos escolares, la creación de un sistema de pensiones para jubilados, un sistema de sanidad público, la construcción de viviendas o el financiamiento para adquirirlas, etcétera.

Se podría decir, en otras palabras, que los derechos sociales se regulan constitucionalmente como *mandatos de optimización*, puesto que postulan la necesidad de alcanzar ciertos fines, pero dejan de alguna manera abiertas las vías para lograrlos. Los mandatos de optimización son normas jurídicas redactadas en forma de principios, los cuales, según Alexy, “están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”; los principios, en opinión de este autor, “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”³⁹.

La obligación de suministrar prestaciones vincula a todos los poderes, no simplemente a las autoridades de carácter administrativo. Desde luego, obligan también al legislador, como lo veremos enseguida.

7.2. Las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales

En virtud de que aspectos sustanciales de los derechos sociales se satisfacen a través de prestaciones a cargo del Estado, es necesario examinar cuáles son en concreto las obligaciones por medio de las cuales se cumple con esas prestaciones y si existen o no parámetros normativos que las enmarquen. Esto es importante porque nos ayuda a definir el alcance semántico de los derechos sociales, lo cual es una condición para poder desarrollar la plena exigibilidad de los mismos.

³⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 482.

³⁹ *Ibidem*, p. 86.

7.2.1. Obligaciones generales

Tradicionalmente se ha considerado que las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales (o incluso, en términos más generales, con relación a todos los derechos fundamentales) tienen tres diversos niveles: respetar, proteger y cumplir o realizar⁴⁰.

La obligación de respetar significa que el Estado —lo que incluye a todos sus organismos y agentes, sea cual sea el nivel de gobierno en el que se encuentren y sea cual sea la forma de organización administrativa que adopten— debe abstenerse de hacer cualquier cosa que viole la integridad de los individuos, de los grupos sociales o ponga en riesgo sus libertades y derechos; lo anterior incluye el respeto del Estado hacia el uso de los recursos disponibles para que los sujetos de los derechos puedan satisfacer estos derechos por los medios que consideren más adecuados.

La obligación de proteger significa que el Estado debe adoptar medidas destinadas a evitar que otros agentes o sujetos violen los derechos sociales, lo que incluye mecanismos no solamente reactivos frente a las violaciones (como lo podría ser la creación de procesos jurisdiccionales o sistemas de tutela administrativa), sino también esquemas de carácter preventivo que eviten que agentes privados puedan hacerse con el control de los recursos necesarios para la realización de un derecho.

La obligación de cumplir o realizar significa que el Estado debe adoptar medidas activas, incluso acciones positivas en favor de grupos vulnerables, para que todos los sujetos de los derechos tengan la oportunidad de disfrutar de ellos cuando no puedan hacerlo por sí mismos.

Las obligaciones de los poderes públicos en materia de derechos sociales que genéricamente se acaban de describir han sido detalladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su Observación General número 3, referida justamente a la índole de las obligaciones de los Estados, dictada en su Quinto Periodo de Sesiones, en el año de 1990⁴¹.

40 Eide, Absjorn, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, número 43, Ginebra, diciembre de 1989, p. 48.

41 Consultable en Carbonell, Miguel, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos*, 2ª edición, México, CNDH, Porrúa, 2003, tomo I, pp. 497 y ss.

La mencionada Observación toma como punto de partida el texto del artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece lo siguiente: “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”.

Aunque en su conjunto es del máximo interés, del artículo transcrito conviene preliminarmente subrayar tres expresiones: a) todo Estado Parte “se compromete a tomar medidas... por todos los medios apropiados”; b) “hasta el máximo de los recursos de que disponga”; y c) “para lograr progresivamente”.

A partir del texto del artículo 2.1. el Comité afirma que el Pacto genera para los Estados Partes tanto obligaciones de *comportamiento* como obligaciones de *resultado*; es decir, no se trata de que los Estados deban solamente conducirse de cierta manera, sino también de que logren ciertos objetivos, que se propongan metas y las realicen⁴².

7.2.2. Tomar medidas adecuadas

En primer lugar, los Estados deben garantizar el goce de los derechos establecidos en el Pacto sin discriminación alguna, como lo reitera el mismo artículo 2 del Pacto, en su apartado 2. Esta obligación es inmediata y no puede estar sujeta a ningún tipo de limitación u obstáculo (párrafo 1 de la Observación General número 3).

En segundo término, los Estados deben “adoptar medidas apropiadas”; esta obligación debe ser cumplida dentro de un plazo razonablemente corto tras la suscripción del Pacto, con independencia de que la plena realización de todos los derechos pueda llevar un tiempo más prolongado (párrafo 2). Sobre esta obligación Courtis y Abramovich señalan que no es declamativa: “significa que el Estado tiene marcado un claro rumbo y debe comenzar a ‘dar pasos’, que sus pasos deben apuntar hacia la meta establecida y debe

42 Eide, Absjorn, *op. cit.*, p. 48.

marchar hacia esa meta tan rápido como le sea posible. En todo caso le corresponderá justificar por qué no ha marchado, por qué ha ido hacia otro lado o retrocedido, o por qué no ha marchado más rápido⁴³.

Entre las primeras medidas a tomar se encuentran las de carácter legislativo, lo cual supone fundamentalmente dos cuestiones: la primera consiste en recoger en el ordenamiento jurídico interno todos los derechos que establece el Pacto, de forma que no quede duda sobre su vigencia dentro del territorio del Estado Parte; la segunda consiste en adecuar el ordenamiento interno para el efecto de eliminar cualquier norma que sea contraria a esos derechos o que pueda suponer un obstáculo para su completa realización.

Hay que enfatizar el hecho de que la legislación nacional no solo debe ser *no contradictoria* con los instrumentos jurídicos internacionales, sino que debe contener las disposiciones necesarias para hacer de ellos normas completamente aplicables por las autoridades locales.

El Comité subraya el hecho de que, en el caso de varios derechos, la existencia de legislación interna es indispensable (párrafo 3). En otra de sus Observaciones Generales, el Comité señala que “los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean Parte”⁴⁴.

Otra medida que los Estados parte pueden acometer de inmediato es la realizar un “diagnóstico” de la situación que guardan cada uno de los derechos protegidos por el Pacto. A partir de ese diagnóstico, los Estados deben elaborar una estrategia nacional para el desarrollo, promoción y protección de los derechos. Entre los objetivos del diagnóstico deben estar el de determinar la proporción de ciudadanos que no disfrutaban de un derecho específico y la identificación de los sectores de la población que podrían ser vulnerables o desaventajados para su disfrute⁴⁵.

43 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, pp. 79-80.

44 Se trata de la Observación General número 9, relativa a la aplicación interna del Pacto, dictada durante el 19º periodo de sesiones, en el año de 1998; la cita está en el párrafo 3; esta Observación General es importante porque viene a complementar y, en ciertos aspectos, incluso a detallar el contenido de la Observación General número 3. La número 9 es consultable en Carbonell, Miguel, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos*, tomo I, *op. cit.*, pp. 550 y ss.

45 En este sentido, Craven, Matthew, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 117.

El diagnóstico debe poder ofrecer una serie de instrumentos de medición que sirvan tanto al Estado como al Comité para medir concretamente si se ha avanzado o no en la consecución de un derecho determinado. Los instrumentos de medición son determinados sobre una base y unos criterios nacionales, lo cual sirve para poner a salvo la gran variedad de contextos económicos y sociales existentes, objetivo que no se lograría bajo un sólo nivel de medición determinado internacionalmente. En contra de esta consideración se ha dicho que con ella se podrían vaciar el significado de muchos contenidos sustantivos del Pacto⁴⁶.

En realidad quizá lo mejor sería que la determinación nacional se mueva dentro de ciertos parámetros, de manera que no se deje una completa discrecionalidad a los Estados. Como quiera que sea, el Comité ha sostenido que “los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte”⁴⁷.

Junto a las medidas legislativas y de diagnóstico deben adoptarse también, en virtud del mandato de utilizar “todos los medios apropiados”, provisiones de carácter administrativo, judicial, económico, social y educativo. En este sentido, hay que decir que en algunas disposiciones del Pacto pueden encontrarse medidas concretas que los Estados deben tomar para implementarlo. Por ejemplo, en el artículo 13.2. se establece que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y gratuita para todos como medida para realizar el derecho a la educación. El Comité ha recalado que aunque en el texto del Pacto se utilicen supuestos ejemplificativos o ilustrativos (como en los artículos 6.2, 11.2, 12.2, 13.2 o 15.2), no por ello dejan de ser obligatorios⁴⁸.

En principio, cada Estado Parte debe determinar por sí mismo cuáles son las medidas más apropiadas que debe tomar para cumplir con las obligaciones del Pacto, considerando sus propias circunstancias y la relación de todos los derechos protegidos. Sin embargo, la “propiedad” de las medidas puede no resultar evidente a primera vista, por lo cual los Estados deben informar claramente al Comité, en términos del artículo 16 del propio Pacto, porqué consideran que las medidas adoptadas son las más pertinentes en vista de las circunstancias (párrafo 4).

46 Craven, Matthew, *op. cit.*, p. 119.

47 Observación General número 9, párrafo 5.

48 Craven, Matthew, *op. cit.*, p. 116.

7.2.3. Creación de recursos legales para defender los derechos sociales

Aparte de las medidas que ya se han comentado, el Comité considera concretamente que una medida apropiada consiste en el ofrecimiento de recursos judiciales para proteger los derechos, de forma que todos ellos puedan considerarse justiciables (párrafo 5). En la Observación General número 9 el Comité ha explorado con mayor detenimiento esta obligación de los Estados Parte.

En esta Observación el Comité reconoce que no se trata solamente de crear recursos judiciales, sino de implementar un concepto más amplio al que denomina “recursos legales”. Dentro de esos recursos se encuentran también los judiciales, pero no son los únicos ya que el Comité reconoce que los recursos administrativos “en muchos casos son adecuados”, ya que “quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado Parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto”. Los recursos administrativos, no obstante, deben reunir ciertas características, como por ejemplo ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces; en cualquier caso, debe existir la posibilidad de plantear una apelación judicial contra todo proceso administrativo (OG número 9, párrafo 9).

El Comité distingue entre el concepto de justiciabilidad de los derechos sociales y el concepto de “aplicabilidad inmediata”. El primero se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales; a lo anterior hay que agregar que la justiciabilidad también significa que los individuos y los grupos tengan la posibilidad de acudir ante esos mismos tribunales, lo cual es una pre-condición para luego estar en aptitud de determinar el ámbito en el que la decisión judicial es pertinente. Para el Comité la aplicabilidad inmediata de un derecho significa que ese derecho permite la aplicación por los tribunales sin mayor disquisición. El Comité señala que todos los derechos reconocidos en el Pacto tienen, al menos en algún aspecto, dimensiones significativas que puedan ser llevadas ante los tribunales, es decir, dimensiones de justiciabilidad (OG número 9, párrafo 10).

Respecto de la aplicabilidad inmediata el Comité realiza una consideración importante en los siguientes términos:

A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad (OG número 9, párrafo 10).

Sobre el tema de la existencia de recursos judiciales que permitan llevar ante los tribunales las violaciones de los derechos sociales reconocidos en el Pacto, Abramovich y Courtis señalan que los Estados deben brindar recursos judiciales idóneos; es decir, “no basta con los recursos previstos para reparar la violación de otros derechos, cuando por sus características impidan el planteo adecuado del caso”⁴⁹. Es muy relevante enfatizar la idoneidad de los recursos judiciales existentes, ya que no puede considerarse como cumplida por los Estados Parte la obligación de brindar esos recursos por el simple hecho de que se aduzca que existen las vías judiciales tradicionales en caso de violación de derechos; hay que considerar que en la enorme mayoría de países los recursos judiciales existentes fueron diseñados para proteger derechos civiles y políticos, por lo que tienen enormes problemas al momento en que se les pide que sirvan para proteger derechos sociales.

El Comité señala que para la mejor aplicación del Pacto a nivel interno es importante informar a los jueces y a los tribunales competentes de la naturaleza y las consecuencias del propio Pacto, así como explicarles la importante función que desempeñan los recursos judiciales en su aplicación (OG número 9, párrafo 11). Esto es muy importante, sobre todo porque en muchos países los tribunales en términos generales desconocen los contenidos del Pacto (lo mismo sucede, por otro lado, con los abogados), lo que genera que en la práctica se aplique escasamente. Reconociendo esa situación el Comité afirma que

49 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 87.

“En la mayoría de países, los tribunales todavía están lejos de recurrir suficientemente a las disposiciones del Pacto” (OG número 9, párrafo 13).

El texto del Pacto, reconoce el Comité, puede aplicarse dentro de una amplia variedad de sistemas políticos y económicos, de forma que no está condicionada la protección de los derechos a la adopción de uno de ellos, siempre que queden adecuadamente reconocidos y estén reflejados en el sistema de que se trate (OG 3, párrafo 8).

Para cumplir con la obligación de crear recursos legales que permitan defender los derechos sociales se tendrían que ampliar los cauces para promover acciones ante los tribunales, para lo cual también sería necesario dotar de sustantividad procesal a los denominados “derechos difusos” o “intereses colectivos”⁵⁰. A partir del reconocimiento de dicha sustantividad procesal (pues es obvio que derechos como el medio ambiente o en ciertos aspectos el derecho a la educación y a la salud son materialmente difusos y protegen intereses colectivos), habría que ir modelando las estrategias de defensa procesal necesarias para cumplir con los señalamientos del Comité en materia de defensa de los derechos sociales. Este aspecto es especialmente importante en México, ya que el principal instrumento de defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales, que es el juicio de amparo, se ha mostrado insuficiente para proteger derechos sociales justamente en virtud de la estrecha legitimación activa que tanto la Constitución como la ley y la jurisprudencia reconocen para promoverlo⁵¹.

7.2.4. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad

La obligación de “lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos” implica el reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales no podrá lograrse en un periodo breve de tiempo (OG número 3, párrafo 9).

Pero lo anterior no significa que se prive a la obligación contenida en el artículo 2.1. de todo contenido significativo. Por el contrario, la obligación

50 Para una introducción al tema ver Gidi, Antonio y Ferrer MacGregor, Eduardo (coordinadores), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, 2003.

51 Ver las reflexiones en el mismo sentido de Ferrer MacGregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2003.

de progresividad significa antes que nada que los esfuerzos en la materia deben darse de forma continuada, con la mayor rapidez y eficacia que sea posible alcanzar, de manera que se logre una “mejora continua de las condiciones de existencia”, como lo ordena el artículo 11 del Pacto.

De la obligación de progresividad se desprende también la prohibición de regresividad, es decir, la prohibición de que los Estados Parte den marcha atrás en los niveles alcanzados de satisfacción de los derechos; por eso se puede afirmar que la obligación de los Estados Parte en relación con los derechos establecidos en el Pacto es de carácter ampliatorio, “de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido”⁵².

Sobre este punto el Comité señala que “todas las medidas de carácter deliberadamente restrictivo en este aspecto 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” (OG número 3, párrafo 9).

Abramovich y Courtis han señalado que la obligación de progresividad constituye un parámetro para enjuiciar las medidas adoptadas por los poderes legislativo y ejecutivo en relación con los derechos sociales, es decir, se trata de una forma de carácter sustantivo a través de la cual los tribunales pueden llegar a determinar la inconstitucionalidad de ciertas medidas (o al menos su ilegitimidad a la luz del Pacto)⁵³.

Toda medida regresiva se presume violatoria del Pacto y al Estado corresponde la carga de la prueba para demostrar que no lo es o que, siendo regresiva, está justificada⁵⁴. Para poder justificar una medida regresiva el Estado tendrá que demostrar⁵⁵: a) la existencia de un interés estatal permisible que la medida regresiva tutela; b) el carácter imperioso de la medida; y c) la inexistencia de cursos de acción alternativos que pudieran ser menos restrictivos del derecho que se haya visto afectado de forma regresiva.

52 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 94. Ver también Pisarello, Gerardo, *op. cit.*, pp. 64-66.

53 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 95.

54 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 105.

55 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 109.

Desde luego, si la medida regresiva está dirigida a excluir de los niveles mínimo de protección a ciertas personas, entonces se considera que viola el Pacto, sin que el Estado pueda justificar en forma alguna esa medida⁵⁶.

7.2.5. Destinar el máximo de recursos disponibles

La obligación establecida en el artículo 2.1. del Pacto, consistente en destinar “el máximo de los recursos de que disponga” a la realización de los derechos establecidos en el propio Pacto, significa que los recursos del Estado, así sean insuficientes para la satisfacción completa de un derecho, deben ser empleados para dar cumplimiento al contenido del Pacto.

La misma obligación genera para los Estados Parte la carga de la prueba a fin de demostrar que en efecto se han empleado “todos los recursos disponibles” para cumplir con los objetivos del Pacto en el plazo más breve posible. Es decir, la falta o insuficiencia de recursos no debe tomarse como una verdad *prima facie*, sino que debe de ser acreditada por el Estado.

La obligación de informar y de transparentar la gestión pública es muy importante para el caso de todos los derechos sociales, especialmente en derechos como la salud o la vivienda que involucran un monto considerable de recursos y que suponen grandes zonas de opacidad en el funcionamiento de la administración pública.

7.2.6. Periodos de crisis y niveles mínimos de los derechos sociales

Para efecto de cumplir con la obligación de destinar el máximo de los recursos disponibles no obsta el hecho de que un país se encuentre en periodo de “ajuste estructural” o pasando por una crisis económica, pues aparte de que los derechos fundamentales están vigentes en todo tiempo, el Comité se ha encargado de enfatizar que es justamente en tiempos de contracción económica cuando mayor relieve toman las obligaciones estatales para satisfacer los derechos y cuando más atención se debe poner a la correcta utilización de los recursos disponibles.

⁵⁶ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 110.

En periodos de crisis los Estados, cuando menos, deben asegurar las mejores condiciones posibles para los grupos más desaventajados⁵⁷: “aun en tiempos de limitaciones graves de recursos –afirma el Comité– causadas por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo” (OG número 3, párrafo 12).

Junto a lo anterior, los Estados Parte deben también estar en condiciones de ofrecer unos niveles mínimos de satisfacción de los derechos. El Comité ha señalado que “Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser” (OG número 3, párrafo 10).

Si en un Estado Parte no se pudieran satisfacer esos niveles mínimos se estaría frente a una “presunción de culpabilidad” del Estado en el incumplimiento de las disposiciones del Pacto; esta presunción puede ser derrotada si el Estado en cuestión demuestra que la situación de crisis ha sido de tal magnitud que ha estado fuera de su control y de sus posibilidades la satisfacción de los niveles mínimos en materia de derechos sociales.

En palabras del Comité, “Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas” (párrafo 10).

Craven señala, sin embargo, que dichos niveles mínimos no han sido determinados por el Comité, por lo cual no se tienen los instrumentos que permitan medir con precisión pero con flexibilidad los eventuales incumplimientos de los Estados parte⁵⁸. Al respecto, Abramovich y Courtis señalan que

Si bien la tarea del Comité puede fijar los contenidos esenciales que identifiquen a ciertos derechos, resulta claro que tal propósito no puede alcanzarse sólo con volcar conceptos jurídicos en un texto. Numerosas opiniones han propuesto la adopción de algún sistema de indicadores que pudiera servir

57 Craven, Matthew, *op. cit.*, p. 139.

58 Craven, Matthew, *op. cit.*, p. 143.

como parámetro. La utilización de indicadores resulta especialmente relevante cuando se exige al Estado el cumplimiento de ciertos objetivos que resultan mesurables, como la erradicación del analfabetismo, el tratamiento de las enfermedades endémico-epidémicas, la reducción de la morti-natalidad infantil o la siniestralidad laboral. En los últimos años, además, se ha comenzado a trabajar en la correlación entre la noción de contenido mínimo esencial de un derecho y los parámetros de desarrollo social y otros estándares técnicos establecidos a partir de indicadores estandarizados a nivel mundial. El principal propósito de todo sistema de indicadores es dar cuenta de dos factores claves, la voluntad y la capacidad del Estado de promover y proteger los derechos humanos. La diferencia entre estos dos factores, particularmente en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, es crucial para examinar el comportamiento del Estado⁵⁹.

En relación al contenido mínimo, es importante señalar que se trata de un concepto aplicable no solamente a los derechos sino también a sectores de la población; concretamente, se puede aplicar para identificar al mínimo de personas a las que el Estado debe proteger en caso de crisis económica. Es decir, el contenido mínimo en relación a grupos obliga al Estado a identificar a las personas en situación de vulnerabilidad para asegurarles el disfrute de sus derechos sociales; por ejemplo en materia de derecho a la vivienda se considera como grupo vulnerable a los ancianos sin recursos y a las personas con discapacidad; en relación a ellos el Estado debe suministrar una protección especial⁶⁰.

Como señala Eide, “El umbral mínimo para enfocar el problema sostiene que el establecimiento de un nivel mínimo de satisfacción de necesidades es un requisito previo esencial de esta consecución progresiva de la realización de los derechos. La justicia distributiva de largo curso para realizar las normas completas de los derechos humanos requiere la justicia inmediata para aquellos grupos de personas más desfavorecidos”⁶¹.

59 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, pp. 91-92.

60 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 92.

61 Eide, Absjorn, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, p. 54.

8. Conclusión

Si quisiéramos intentar resumir las principales ideas que tendría que incorporar una teoría constitucional comprometida con la eficacia de los derechos sociales, quizá tendríamos que subrayar las siguientes obligaciones a cargo de los poderes públicos (las cuales, por otro lado, sintetizan lo que se ha dicho en los apartados anteriores):

- a) Tutelar los derechos sin discriminación.
- b) Tomar todas las medidas apropiadas para hacer efectivos los derechos dentro de su territorio.
- c) Demostrar que las medidas tomadas son las más apropiadas para alcanzar los objetivos del Pacto.
- d) Establecer vías judiciales para llevar ante los tribunales las posibles violaciones a los derechos señalados.
- e) Lograr progresivamente la satisfacción de los derechos establecidos en el texto constitucional y en los tratados internacionales, entendiendo por progresividad la obligación de hacerlo de manera inmediata y continua.
- f) No dar marcha atrás en los niveles de realización alcanzados, puesto que está prohibida o severamente restringida la regresividad.
- g) Destinar el máximo de recursos disponibles a cumplir con los derechos sociales fundamentales.
- h) Acreditar que en efecto se ha destinado el máximo de recursos disponibles.
- i) En periodos de crisis, priorizar la protección de los miembros más vulnerables de la sociedad. Y
- j) Asegurar niveles mínimos de satisfacción de los derechos, los cuales deben ser mantenidos incluso en periodos de crisis o de ajustes estructurales.

Derechos específicos

El derecho a la alimentación como derecho justiciable: desafíos y estrategias

Christian Courtis

Introducción. 1. El debate sobre la justiciabilidad de los DESC y el derecho a la alimentación. 2. Los desafíos particulares en relación con el derecho a la alimentación. 3. Una perspectiva comparada de la justiciabilidad del derecho a la alimentación. 4. Conclusiones.

Introducción

En este artículo se discuten algunos de los problemas y desafíos que plantea la consideración del derecho a la alimentación como un derecho justiciable, es decir, como un derecho que puede ser interpretado por los tribunales de justicia y puede ser objeto de litigio. Discutiré en primer lugar algunas cuestiones acerca de la debatida justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales en general y, a continuación, me centraré en algunos aspectos concretos que surgen cuando el problema general de la justiciabilidad se considera en el contexto del derecho a la alimentación. A continuación, pasaré a presentar y discutir algunas de las estrategias de justiciabilidad del derecho a la alimentación que han demostrado ser exitosas en diferentes sistemas jurídicos nacionales y regionales. Por último, expondré algunas conclusiones de la discusión.

1. El debate sobre la justiciabilidad de los DESC y el derecho a la alimentación

¿Existe algún papel para los tribunales de justicia en la plena realización del derecho a la alimentación? A fin de aclarar algunos de los aspectos que deben tenerse en cuenta, un primer intento para responder a esta pregunta consiste en colocarlo en el contexto más amplio del debate general sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC).

Si bien los DESC han sido parte del régimen internacional de derechos humanos al menos desde la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, ha habido muchos menos esfuerzos para desarrollar un marco conceptual capaz de darles contenido y para adoptar mecanismos de protección, que en el caso de los derechos civiles y políticos. Una de las cuestiones tradicionalmente descuidada en relación con los DESC ha sido su justiciabilidad, esto es, la posibilidad de que las presuntas víctimas de violaciones de los DESC presenten una denuncia ante un órgano imparcial, y soliciten las reparaciones adecuadas si se considera que se ha producido una violación. Ha existido —y existe todavía— un apasionado debate sobre la cuestión de la justiciabilidad de los DESC: según algunos críticos, los DESC son, por su naturaleza, diferentes de los derechos civiles y políticos, y no pueden ser protegidos por la vía judicial.¹ Otras voces sostienen que las diferencias entre derechos civiles y políticos, por una parte, y los DESC, por otra, son diferencias de grado y no diferencias de naturaleza, y que —por lo tanto— nada impide a los DESC ser objeto de judicialización.²

1 Véase, desde diferentes puntos de vista, A. Neier, “Social and Economic Rights: A Critique” (Derechos Sociales y Económicos: Una Crítica), *Human Rights Brief* (Informe de Derechos Humanos) 13-2 (2006), 1-3; G. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* (La Esperanza Hueca: ¿Pueden los tribunales llevar a cabo cambios sociales?), 1991; C. Tomuschat, “An Optional Protocol for the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights?” (¿Un Protocolo Facultativo para el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales?), en *WelInnenrecht. Liber amicorum Jost Delbrück*, 2005, pp. 815-834.

2 Véase, desde diferentes puntos de vista, V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2da. ed, 2004; R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2da ed, 1994; COHRE, *Litigating Economic, Social and Cultural Rights. Achievements, Challenges and Strategies* (Litigando Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Logros, Desafíos y Estrategias), 2003; C. Fabre, *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life* (Derechos Sociales bajo la Constitución: Gobierno y la Vida Decente), 2000.

No me voy a extender aquí en los argumentos centrales que surgen en este debate: es suficiente señalar que, según mi punto de vista, la idea de que, en razón de su misma naturaleza, los DESC no pueden ser objeto de protección judicial es una idea equivocada, y no refleja la evidencia empírica acumulada largamente en contra de ella, es decir, la cantidad de jurisprudencia comparada en la que los jueces deciden situaciones de presuntas violaciones de los DESC. Por supuesto, existen algunos aspectos de los DESC que pueden hacer más complicada una decisión judicial, pero, una vez más estos aspectos no son ajenos a los derechos civiles y políticos, y nunca han sido utilizados para sugerir una afirmación de que, en general, los derechos civiles y políticos no son justiciables.

Para evitar discusiones bizantinas, quisiera señalar los temas que considero relevantes para el debate sobre la justiciabilidad de los DESC. No tengo ninguna dificultad en reconocer que la judicialización no es, y no puede ser, el principal medio para realizar plenamente los DESC. El desarrollo y la implementación de los servicios y las políticas necesarias para hacer de estos derechos una realidad, son los tipos de tareas que corresponden principalmente a las ramas políticas del gobierno, y no al poder judicial. Es posible también que los tribunales no sean el mejor actor para realizar la tarea de monitorear los resultados generales de las políticas orientadas a asegurar la realización de los DESC, una tarea para la cual organismos políticos y, especialmente, organismos técnicos independientes, están mejor equipados. El funcionamiento de los tribunales es selectivo: 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. Sin embargo, esto es también cierto en el caso de algunas obligaciones que se derivan de los derechos civiles y políticos, que exigen para su cumplimiento de legislación e implementación de servicios, por lo que no es un argumento decisivo contra la justiciabilidad de los DESC.

Pero quienes están a favor de la justiciabilidad de los DESC no proponen que los jueces sean el principal actor en materia de DESC. La pregunta relevante no es si el litigio y la judicialización deben ser el principal medio a

través del cual se promueven los DESC, sino si el litigio y la interpretación judicial deben desempeñar *algún papel* –por oposición a *ningún papel*– en este ámbito. 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, 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 o de la ley.³

Aceptar que no existe ninguna dificultad conceptual insuperable para concebir a los DESC como derechos justiciables, no los exime de reunir –al igual que con cualquier derecho– una serie de prerequisites, a fin de ser aptos para su judicialización. Algunos de estos prerequisites son la existencia de “estándares de juicio” claros sobre la base de los cuales sea posible evaluar la conformidad de una norma jurídica o de una situación de hecho, identificación de titulares de derechos y los obligados, procedimientos judiciales adecuados, y funcionamiento regular de un poder judicial independiente e imparcial. Si estas condiciones previas no se cumplen, los litigios ante las cortes difícilmente serán una estrategia efectiva para fortalecer los DESC – en su lugar, serán una llamada segura al fracaso. Incluso si los prerequisites se cumplen, existen también otras consideraciones estratégicas a tener en cuenta con el fin de decidir si el litigio es la forma más conveniente de presentar demandas relativas a los DESC. Por ejemplo, la duración y el costo de los procedimientos judiciales, el carácter conflictivo de los litigios –que pueden dar lugar a la interrupción de las negociaciones con las autoridades políticas que, eventualmente, estarán a cargo de la prestación de los servicios necesarios para satisfacer los DESC– y la compatibilidad o consistencia de

3 Véase, por ejemplo, Y. Rabin y Y. Shany, “The Case for Judicial Review over Social Rights: Israeli Perspectives” (Argumentos a favor de una Revisión Judicial sobre los Derechos Sociales: Perspectivas Israelíes), *Israel Affairs*, Vol. 14, No. 4, octubre de 2008.

los litigios con otras estrategias para la realización de los derechos, formuladas por los titulares de los derechos.

El argumento es que la justiciabilidad debe ser considerada como un medio más para la observancia y la aplicación de los DESC, como sucede también con los derechos civiles y políticos, y no como el único medio. Considerar que los DESC deben quedar completamente desprovistos de cualquier tipo de protección judicial, y dejados a la completa discreción de las ramas políticas del gobierno, ha contribuido a la importante devaluación de los DESC en la jerarquía jurídica. Mientras que los tribunales y el litigio no deben ser vistos como el único medio para la realización de los DESC, la ausencia total de cualquier recurso ante los tribunales de justicia en relación con estos derechos, claramente reduce el espacio de los mecanismos disponibles para las víctimas de violaciones de derechos, hace que la rendición de cuentas del Estado sea más débil, erosiona la disuasión y fomenta la impunidad.

Si se pretende considerar al derecho a la alimentación como un derecho en su sentido estricto –y no sólo en un sentido retórico o metafórico– las consideraciones anteriores deben aplicársele también. En la próxima sección discutiré algunas consecuencias de estas ideas generales acerca de la justiciabilidad de los DESC específicamente en materia de derecho a la alimentación.

2. Los desafíos particulares en relación con el derecho a la alimentación

Lo que me gustaría explorar aquí son algunas cuestiones relativas a la justiciabilidad que son particulares al derecho a la alimentación, y que, por tanto, no podrán aplicarse en la misma medida a toda la categoría de los DESC, aun cuando pudieran existir analogías relevantes estudiadas respecto de otros DESC.

La primera cuestión está relacionada con los “estándares de juicio” correspondientes al derecho a la alimentación. Mientras el derecho a la alimentación ha sido consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales hace más de 40 años, los esfuerzos para desarrollar y clarificar su contenido son relativamente recientes, especialmente en com-

paración con otros derechos reconocidos por el mismo Pacto, por ejemplo, los derechos laborales. Hitos en este proceso de clarificación son la Observación General N°12 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, adoptada en mayo de 1999, y las Directrices Voluntarias de la FAO para apoyar la realización Progresiva del Derecho a una Alimentación Adecuada en el Contexto de la Seguridad Alimentaria Nacional, adoptadas en noviembre de 2004.⁴

Una serie de factores puede explicar esta situación, entre ellos, el hecho de que, durante mucho tiempo, los DESC fueron principalmente concebidos como derechos relacionados exclusivamente con el trabajo, bajo el supuesto de que si las personas forman parte de la fuerza de trabajo y, por lo tanto, aseguran para sí un ingreso decente, la asignación primaria de estos ingresos estaría orientada a la satisfacción de las necesidades básicas, tales como la nutrición, la vivienda y la atención en salud.⁵ En la medida en que esta hipótesis es comprobable empíricamente, tal parece que su premisa –la inclusión progresiva de la totalidad de la población en la fuerza laboral formal– fue excesivamente optimista, tanto para los países en desarrollo, donde el ritmo de la inclusión en el mercado de trabajo formal ha sido mucho más lento de lo que se pensaba, como para los países desarrollados, donde los puestos de tra-

4 Véase, en este sentido, H. Faúndez-Ledesma, “The International recognition of the Right to Food and Access to Justice” (El reconocimiento internacional del Derecho a la Alimentación y el Acceso a la Justicia), S.-A. Way, “The Right to Food and Access to Justice: Understanding the Right to Food as a ‘Negative’ Right” (El Derecho a la Alimentación y el Acceso a la Justicia: Entendiendo el Derecho a la Alimentación como un Derecho “Negativo”) and Pierre Spitz, “Justiciability of the Right to Food: Interdisciplinary, Transversal Character and Conflicts” (Justiciabilidad del Derecho a la Alimentación: Carácter y Conflictos Transversales e Interdisciplinarios), todos ellos en M. Borghi & L. Postiglione Blommestein (eds.), *The Right to Adequate Food and Access to Justice* (El derecho a la alimentación adecuada y el acceso a la justicia), 2006, 21-44, 45-56 y 57-68, respectivamente; L. Weingärtner, “The Concept of Food and Nutrition Security” (El concepto de la seguridad en la Alimentación y Nutrición) en K. Klennert (ed.), *Achieving Food and Nutrition Security. Actions to Meet the Global Challenge* (Alcanzando la seguridad en la Alimentación y Nutrición. Acciones para alcanzar el Reto Global), 2005, 14-15. Para un trabajo doctrinario pionero, pavimentando el camino para la clarificación del contenido del derecho a la alimentación, véase A. Eide, *The Right to Adequate Food as a Human Right* (El Derecho a la Alimentación Adecuada como un Derecho Humano), 1989.

5 Para este argumento, véase V. Abramovich y C. Courtis, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, 2006, capítulo 1.

bajo permanentes a largo plazo se han convertido en la excepción y no la regla.

La estrategia política de vincular los DESC a la posición del trabajador en el mercado de trabajo formal, ha demostrado ser limitada, ya que debilita o deniega la protección a aquellos que tienen pocas posibilidades de ser incorporados a la fuerza de trabajo formal, y no tienen vínculos de dependencia con alguien que forme parte de ella. La paradoja es que este grupo suele incluir a aquellos grupos sociales que están en peor situación, es decir, los más necesitados, que en realidad deberían ser el objetivo privilegiado de los DESC. En consecuencia, durante los últimos 20 años, los esfuerzos internacionales se han dedicado a desarrollar el contenido de los DESC sin vincularlos necesariamente a la existencia de un contrato de trabajo formal. Pero incluso dentro de este proceso, mientras que algunos derechos –como el derecho a la salud, el derecho a la educación y el derecho a la vivienda– han recibido un atención considerable, el contenido del derecho a la alimentación –y el del recientemente formulado derecho al agua– han comenzado a ser desarrollados de una forma más sistemática hace relativamente poco tiempo. Por lo tanto, para ser considerados como estándares desarrollados en los que puede basarse el litigio, sin hacer referencia a otros derechos, los estándares jurídicos que definen el contenido del derecho a la alimentación son bastante recientes.

Otra cuestión en particular es el hecho de que, mientras otros DESC –tales como los derechos a la salud y a la educación– han tenido más amplio reconocimiento constitucional alrededor del mundo, este no ha sido el caso del derecho a la alimentación, y por lo tanto hay menos países con disposiciones constitucionales expresas sobre este derecho.

Un tercer factor problemático es que las normas jurídicas relativas a la seguridad alimentaria y a otros aspectos de la alimentación, por lo general establecen objetivos y principios de las políticas públicas, pero rara vez enuncian un derecho a la alimentación individual (o colectivo).

Estos tres factores pueden crear dificultades en la identificación de una base jurídica firme para llevar ante los tribunales un caso relacionado con el derecho a la alimentación. Si no existe una base constitucional expresa para el derecho a la alimentación, y tampoco existe tampoco una clara base legislativa, argumentar directamente un caso sobre la base del texto del Pacto In-

ternacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y sobre documentos no vinculantes como la Observación General N°12 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales y las Directrices Voluntarias de la FAO sobre el Derecho a la Alimentación, ante tribunales nacionales con poco o ningún conocimiento sobre derecho internacional, puede ser una apuesta altamente incierta. Este es el caso incluso en los sistemas jurídicos (monistas) donde el derecho internacional forma parte directamente de la legislación nacional y puede ser invocado directamente ante los tribunales (característico de los países de América Latina). Las dificultades aumentan en los sistemas dualistas, donde el derecho internacional no es automáticamente incorporado a la legislación nacional. Además, el hecho de que el derecho a la alimentación sea un derecho relativamente “joven”, implica usualmente la falta de un cuerpo de jurisprudencia sobre el que apoyarse con el fin de encuadrar un nuevo caso y aplicar la ley a un nuevo conjunto de hechos.

Si bien estas cuestiones pueden constituir obstáculos para su justiciabilidad, no son irremontables, la mayoría de ellos son realmente los efectos de la falta de una tradición interpretativa que identifique al derecho a la alimentación como un derecho autónomo. No hay ningún impedimento conceptual para definir el contenido —o algunos de los aspectos del contenido— del derecho a la alimentación en una ley o de incluir el derecho a la alimentación en la constitución. La experiencia de la aplicación directa de instrumentos y estándares internacionales de derechos humanos es también una práctica en crecimiento en los tribunales nacionales en diferentes partes del mundo. Y la ausencia de jurisprudencia es sólo un estado de cosas que puede cambiar poco a poco, cuando los casos comiencen a ser resueltos por los tribunales y se acumulen.

Aun en los casos en los que el derecho a la alimentación no esté directamente consagrado en la Constitución o definido por una norma legislativa, e incluso cuando el derecho internacional no pueda ser directamente invocado ante los tribunales nacionales, o de hecho no sea frecuentemente invocado ante los tribunales, la experiencia jurídica comparada pone de relieve un número de vías indirectas de protección judicial del derecho a la alimentación. Exploraré algunas de estas experiencias en la siguiente sección.

Existe otra característica del derecho a la alimentación que puede requerir atención adicional cuando se pretende desarrollar posibilidades de justicia-

bilidad. La satisfacción del derecho a la alimentación ha sido confiada, en un alto grado, al mercado, en este sentido, el derecho a la alimentación puede compararse con el derecho a la vivienda y el derecho al trabajo, y contrastarse con los derechos que a menudo se relacionan con un modelo de satisfacción más centralizado, en el cual el Estado cumple un papel más importante como proveedor, como el derecho a la atención en salud y el derecho a la educación. En cuanto a la oferta, la alimentación se caracteriza por la multiplicidad de los productores y proveedores. Del lado de la demanda, dejando de lado a quienes producen u obtienen directamente obtienen sus propios alimentos —en su mayoría comunidades tradicionales, campesinos y habitantes de zonas rurales, que son un porcentaje cada vez menor de la población del mundo—, como resultado del crecimiento de la población urbana y la ampliación de la división social del trabajo, la mayoría de la población del mundo depende de la producción y distribución de alimentos de alguien más, y satisface generalmente sus necesidades alimentarias a través de la compra de alimentos en el mercado.

La definición del derecho a la alimentación ofrecida por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales justamente toma en cuenta esta dimensión. Al afirmar que “el derecho a una alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer y niño, solo o en comunidad con otros, tiene acceso físico y económico en todo momento a una alimentación adecuada o a los medios para obtenerla” (parr. 6), el Comité se refiere tanto al acceso a la *alimentación* como al acceso a los *medios para procurarla*. Un ingreso adecuado es, por supuesto, parte de estos medios para la obtención de alimentos a través de la compra.

Así pues, el derecho a la alimentación implica la existencia de una multiplicidad de actores: los titulares de derechos, pero también a otros actores privados, especialmente los que producen y distribuyen alimentos, los que están implicados o pueden afectar a los medios para la adquisición de alimentos, y por supuesto el Estado. Esto requiere una comprensión de las complejas ramificaciones del derecho a la alimentación. La importancia relativa de la multiplicidad de las obligaciones del Estado derivadas del derecho a la alimentación varía drásticamente dependiendo de la diferente situación de los titulares de los derechos y de terceras partes implicadas en la producción y distribución de alimentos, o que podrían afectar los medios para su adqui-

sición. Las obligaciones de cumplimiento o satisfacción, que requieren la provisión directa de alimentos por las autoridades del Estado, por lo general surgen en los casos de graves fallas del mercado, insuficiencia en la oferta, y serias restricciones del poder de compra de los segmentos desfavorecidos de la población. En muchas otras situaciones relevantes, las obligaciones del Estado derivadas de los instrumentos de derechos humanos en relación con el derecho a la alimentación, son principalmente obligaciones de respeto –por ejemplo, abstenerse de interferir en los medios a través de los cuales las personas y los grupos satisfacen su acceso a los alimentos– y, sobre todo, obligaciones de protección, consistentes principalmente en la regulación y la vigilancia de la conducta de los actores privados relevantes. Pero como los medios para la adquisición de alimentos pueden ser diferentes, la regulación y la vigilancia de los actores privados relevantes también pueden implicar una serie de situaciones diferentes: la afectación por particulares del acceso a la tierra y a los insumos necesarios para producir alimentos en el medio rural –como semillas o agua–, la calidad de los alimentos producidos y distribuidos por sujetos y compañías privadas, la existencia de particulares con poder suficiente para afectar o distorsionar la oferta en los mercados de alimentos, la conducta de sujetos privados –como los empleadores, o las personas responsables del sustento u obligadas a una pensión alimentaria en el contexto familiar– que juegan algún papel o pueden afectar a la disponibilidad de los salarios o los ingresos necesarios para comprar comida, etcétera. El propio Estado también puede ser un actor relevante en relación con la provisión de los ingresos necesarios para obtener alimentos, como las pensiones de vejez o beneficios de la asistencia social.

¿Qué consecuencias tiene esta gama de actores involucrados y la variedad de situaciones de hecho relevantes para satisfacer el derecho a la alimentación sobre su justiciabilidad?

Una mirada pesimista probablemente sostendría que esa compleja serie de interrelaciones hace difícil considerar el derecho a la alimentación como una unidad coherente, así como definir sus límites. Pueden surgir incluso dudas sobre las posibilidades de definir el contenido del derecho a la alimentación, y sobre su viabilidad conceptual.

Pero este tipo de complejidad no es sólo una característica del derecho a la alimentación, sino de muchos otros derechos humanos. La multiplicidad

de actores, la variedad situaciones que plantean necesidades de regulación y vigilancia, y el hecho de que los derechos sean multifacéticos y no puedan ser reducidos a un único deber nuclear, no son ajenos a muchos otros derechos, tales como, entre otros, el derecho a la vida, el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona, el derecho a un juicio justo y la libertad de expresión, el derecho a votar y a participar en las elecciones, los derechos laborales, el derecho a la salud o el derecho a la educación. De hecho, la clasificación de “niveles de obligaciones”, empleada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, intenta dar cuenta de esa complejidad, y ha sido concebida no sólo para ser aplicable a los DESC sino a cualquier otro derecho humano. La diversidad de actores y de situaciones involucradas con el derecho humano a la alimentación no excluyen, sino que multiplican las oportunidades de justiciabilidad. Mientras en el ámbito internacional el Estado es el sujeto de la responsabilidad por cualquier violación del derecho a la alimentación, la legislación interna promulgada por los Estados para cumplir con sus obligaciones internacionales de protección puede imponer obligaciones a los particulares, y establecer acciones legales entre particulares en diferentes ámbitos, tales como las relaciones laborales, la protección contra los desalojos forzosos, la protección de los hijos dependientes frente al incumplimiento de sus padres en sus obligaciones de manutención, la protección de los consumidores de alimentos, las protección antimonopólica, y muchas otras. La protección judicial en estas áreas es otro de los medios a través del cual el Estado cumple su función de protección. La protección judicial en el ámbito nacional también debe incluir procedimientos judiciales contra las acciones u omisiones del Estado, tanto contra la violación de obligaciones negativas, como obligaciones positivas, cuando su contenido está bien definido o puede ser razonablemente determinado.

Como se mostrará en la próxima sección, las experiencias comparadas de protección judicial del derecho a la alimentación son en su mayoría indirectas, es decir, a través de la interconexión del derecho a la alimentación con otros derechos, o a través del encuadre de violaciones del derecho a la alimentación como violaciones de algún otro derecho. El derecho a la alimentación permite apreciar en la práctica la noción de interdependencia de los derechos humanos y, especialmente, una dimensión particular “intra-DESC” de esa interdependencia: la estrecha conexión de los diferentes componentes

del derecho a un adecuado nivel de vida, tales como la alimentación y la vivienda, con los medios para satisfacer estas necesidades, como la auto-producción, el acceso al trabajo y las condiciones dignas de trabajo, los beneficios de la seguridad y asistencia social y otros medios para asegurar ingresos adecuados.⁶

3. Una perspectiva comparada sobre la justiciabilidad del derecho a la alimentación

Paso ahora a la ilustración de algunas experiencias comparadas de justiciabilidad del derecho a la alimentación, a partir de lo dicho anteriormente.⁷ Mi principal punto será mostrar que diferentes aspectos del derecho a la alimentación han sido considerados por los tribunales en una diversidad de situaciones y a partir de diversos enfoques, independientemente del empleo literal de la denominación “derecho a la alimentación”.

Para comenzar, existen en la experiencia comparada ejemplos de casos en los que los tribunales han resuelto planteos en los que se invoca directamente el derecho a la alimentación. Los tribunales locales argentinos ofrecen

6 Estas conexiones pueden ser claramente identificadas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por ejemplo, el art. 7 a) define la noción de “remuneración justa” como “una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores,... condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto” (Véase art. 7 a.ii). El referido artículo vincula esta definición con el derecho a un estándar adecuado de vida, provisto por el art. 11.1: “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”.

7 Para otras aproximaciones en este tema, véase C. Golay, “The Right to Food and Access to Justice: the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights Before National Jurisdictions” (El Derecho a la Alimentación y el Acceso a la Justicia: El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ante las Jurisdicciones Nacionales), A. Beurlen de França, “The Justiciability of the Right to Adequate Food in Brazil” (La Justiciabilidad del Derecho a la Alimentación Adecuada en Brasil) y M. C. Cohen & M. Ashby Brown, “The Right to Adequate Food, Justiciability, and Food Security: the Cases of the United States of America, India and South Africa” (El derecho a la Alimentación Adecuada, Justiciabilidad y Seguridad Alimentaria: Los casos de Estados Unidos de América, India y Sudáfrica), todos ellos en Borghi y Postiglione Blommestein, véase nota 4, 117-149, 199-217 y 219-252, respectivamente.

algunos ejemplos. Los tribunales de la ciudad de Buenos Aires (que cuenta con un estatus similar al de una provincia o estado) ordenaron medidas cautelares en el contexto de acciones de amparo, ordenando a la Administración incluir a la actora y su familia en un plan alimentario,⁸ y a incluir en un plan alimentario y proporcionar una alimentación adecuada, a un paciente bajo tratamiento contra el cáncer.⁹ Casos similares se registraron en los tribunales de las provincias de Entre Ríos¹⁰ y Tucumán.¹¹ En la Argentina, no existe ninguna mención constitucional al derecho a la alimentación: su texto base se encuentra 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, tratados a los que se ha otorgado jerarquía constitucional a través de la enmienda constitucional de 1994.

Los tribunales de los Estados Unidos, aunque no se refieren al derecho humano o constitucional a la alimentación, han abordado con frecuencia cuestiones relativas a programas de cupones de alimentos. La Corte Suprema de los Estados Unidos, por ejemplo, decidió que una restricción legal en las condiciones de elegibilidad para un programa de cupones de alimentos era inconstitucional,¹² confirmando una decisión de un tribunal inferior de incluir a los demandantes en el programa. Una Corte Federal de Distrito sostuvo también que las decisiones de elegibilidad de los programas de cupones de comida realizadas por autoridades administrativas, debían ser emitidas

8 Véase, Juzgado Tributario y Contencioso Administrativa N° 3 de la Ciudad de Buenos Aires, C., *M. D. y otros c. GCBA s/amparo*, 03/11/2003.

9 Véase Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Sala I, Tucumán, *Rodríguez, José Angel y otra c. Sistema Provincial de Salud y otros/ amparos/ medida cautelar*, 12/10/2003.

10 Véase Tribunal de Menores y de Familia N° 2, Paraná (Entre Ríos), *Defensor del Superior Tribunal de Justicia c. Estado Provincial-Acción de amparo*, 06/28/2002.

11 Véase Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Sala I, Tucumán, *Rodríguez, José Angel y otra c. Sistema Provincial de Salud y otros/ amparos/ medida cautelar*, 12/10/2003.

12 Véase, Corte Suprema de Estados Unidos, U.S. *Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528, junio 25, 1973. La norma impugnada excluía del acceso a un programa de cupones de alimentación a cualquier hogar que incluyera a una persona no emparentada con otro miembro del hogar. La Corte decidió que esta exclusión violaba la cláusula del debido proceso de la Constitución de los Estados Unidos, señalando que la distinción “carece completamente de cualquier base racional”.

dentro de un plazo razonable, y en concordancia con las bases fijadas legislativamente.¹³

El derecho a la alimentación también ha sido citado en contextos menos tradicionales. Por ejemplo, la Alta Corte de Fiji revocó una sanción impuesta por las autoridades de la prisión a un recluso, que consistía en la reducción de sus raciones alimenticias a la mitad. La Alta Corte consideró que la reducción de las raciones de alimentos y el uso de los alimentos como medio de control no era consistente con el artículo 11 (1) del PIDESC.¹⁴

Si bien en la experiencia comparada existen casos en los que la base de la decisión ha sido el derecho a la alimentación, la mayoría de las experiencias en materia de justiciabilidad del derecho a la alimentación han consistido en vincular obligaciones relativas al derecho a la alimentación con la violación de un derecho diferente, es lo que a veces se conoce como protección por interconexión o conexidad. Esto no constituye un argumento en contra de la justiciabilidad del derecho a la alimentación, allí donde el derecho a la alimentación está reconocido en la Constitución, en una ley nacional o a través de la aplicación doméstica de los tratados internacionales de derechos humanos, los mismos casos hubieran podido fundarse sobre el derecho a la alimentación, o hubiera podido plantearse una demanda suplementaria por violación del derecho a la alimentación. En realidad, esta es una prueba de la interdependencia o interrelación de los derechos humanos: las obligaciones derivadas de un derecho humano particular usualmente se superponen a las obligaciones derivadas de otros derechos, de tal suerte que, al proteger el primero, también se puede proteger el segundo. De hecho, en ordenamientos jurídicos en donde no se ha previsto en un mecanismo de reclamo en caso

13 Véase Corte de Distrito de los Estados Unidos, 2do. Distrito, *Robidoux v. Kitchel*, 876 F. Supp. 575 (D. Vt. 1995). La decisión señaló que “A través del establecimiento de una plazo para todas los requerimientos, el gobierno federal reconoció el interés de todos los requerientes en obtener una decisión oportuna. Aquellas personas con derecho a recibir beneficios, necesitan asistencia rápidamente. Aquellos a quienes se considere sin derecho a obtener los beneficios solicitados, necesitan buscar recursos alternativos o poder apelar la decisión tan pronto como sea posible.”

14 Véase Alta Corte de Fiji. *Tito Rarasea v. State*, mayo 12, 2000. Además, la Corte señaló que la reducción de la alimentación como un medio de sanción, era una decisión incompatible con la dignidad humana, y constituía trato inhumano y degradante.

de violación a los DESC –tales como las jurisdicciones de las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos–, o en los sistemas nacionales en los que los DESC no tienen reconocimiento constitucional, o donde la doctrina de la no justiciabilidad de los DESC aún prevalece entre los jueces, la protección judicial de los DESC ha sido principalmente canalizada a través de su interconexión con los derechos civiles y políticos o con los principios generales de derechos humano, tales como la prohibición de la discriminación.¹⁵ De modo que el caso del derecho a la alimentación no es en realidad diferente de otros casos de DESC.

Por supuesto, algunos tribunales han encuadrado violaciones del derecho a la alimentación como *violaciones al derecho a la vida*. Esta estrategia puede no cubrir todos los aspectos del derecho a la alimentación y a verse libre de hambre; si el derecho a la vida es interpretado estrictamente, podrá cubrir solamente aquellos casos en los que la falta de acceso a los alimentos sea una amenaza para la vida. Sin embargo, una interpretación más amplia del derecho a la vida –como un derecho a una vida digna o decente, o a una vida conforme a la dignidad humana– puede abarcar una variedad más amplia de los aspectos del derecho a la alimentación, tales como las relativas a la suficiencia alimentaria. En los sistemas jurídicos donde el derecho a la salud se considera un derecho justiciable, podrían hacerse similares conexiones entre la alimentación y la salud.

Dos casos notables podrían servir como ejemplos. Si bien la Constitución de la India no consagra expresamente el derecho a la alimentación, la Corte Suprema de la India decidió en el caso *People's Union For Civil Liberties v. India*¹⁶ que la falta de implementación por parte del Estado de programas alimentarios y de distribución de alimentos en casos de hambruna y de riesgo de muerte por hambruna –aun cuando había granos disponibles– equivalía a una violación del derecho a la vida, y emitió una serie de medidas cautelares instando al Estado a implementar la legislación sobre hambrunas (“Famine Code”), detallando una serie de medidas que debía cumplir, especialmente en relación a los grupos vulnerables. De forma similar, la Corte Interameri-

15 Para un recuento de casos que ilustran esta estrategia, véase Abramovich y Curtis, ver nota 2, capítulo 3.

16 Véase Corte Suprema de la India, *People's Union For Civil Liberties v. Union of India and others*, Mayo 2, 2003.

cana de Derechos Humanos decidió que el Estado paraguayo violó el derecho a la vida, al no garantizar el acceso a los alimentos, al agua y los servicios de salud a 19 miembros de una comunidad indígena extremadamente pobre, siendo 18 de ellos niños pequeños.¹⁷ La Corte declaró que las obligaciones positivas del Estado, en el marco del derecho a la vida, incluyen el asegurar el acceso a alimentación, y se hacen efectivas cuando las autoridades del Estado “sabían o debían haber sabido sobre la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida, de una determinada persona o grupo de personas, y no tomaron las medidas necesarias, en el ámbito de sus competencias, lo que podía ser considerado razonablemente adecuado para prevenir o evitar ese riesgo”.¹⁸

Una segunda estrategia, de alguna manera relacionada, consiste en derivar las obligaciones respecto del derecho a la alimentación de un “*derecho a un mínimo vital*” o “*mínimo existencial*”, consideración que se deriva de la fórmula constitucional del Estado de Bienestar Social, y, a veces, de la noción de la dignidad humana. El razonamiento implícito es que la meta del Estado de Bienestar Social consiste en asegurar como mínimo las condiciones materiales necesarias para honrar su compromiso con la dignidad humana. El acceso a los alimentos es, por tanto, considerada como una de estas condiciones materiales.

El Tribunal Constitucional Federal y el Tribunal Administrativa Federal de Alemania proporcionan ejemplos de la estrategia del “contenido mínimo esencial”, derivada de los principios constitucionales del Estado de Bienestar (o Social) y de la dignidad humana. Estos tribunales decidieron que tales principios constitucionales se transformen en obligaciones positivas del Estado de proporcionar un “mínimo existencial” o “mínimo vital”, que comprende el acceso a alimentación, vivienda y asistencia social para las personas necesitadas.¹⁹

17 Véase, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*, marzo 29, 2006, párr. 150-178, especialmente 159, 167, 168, 170, 173 y 175.

18 *Ibidem*, párr. 155, citando su propia sentencia en el caso *Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*, y las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos en *Kilic v. Turkey*, *Öneryıldiz v. Turkey* y *Osman v. the United Kingdom*.

19 Véase, por ejemplo, Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG) y Tribunal Administrativo Federal Alemán (BVerwG), BVerfGE 1,97 (104f); BVerwGE 1,159 (161); BVerwGE 25, 23 (27); BVerfGE 40, 121 (134); BVerfGE 45, 187 (229).

Del mismo modo, el Tribunal Federal suizo —el máximo tribunal de Suiza— declaró que los tribunales pueden considerar reclamos relativos a un derecho constitucional implícito a un “nivel mínimo de subsistencia” (“condiciones mínimas de existencia”), incluso para los extranjeros indocumentados.²⁰ Los demandantes eran tres apátridas que se encontraban en Suiza, sin comida y sin dinero. Como no tenían papeles, no podían trabajar ni salir del país. Debido a la misma razón, no podían acceder a la asistencia social, y las autoridades cantonales rechazaron su solicitud en este sentido. El Tribunal consideró que tenían, al menos, el derecho a condiciones mínimas, entre ellas “la garantía de todas las necesidades humanas básicas, como alimentación, vestido y vivienda”, a fin de evitar una situación donde las personas “son reducidas a la mendicidad, una condición indigna del ser llamado humano”. En consecuencia, ordenó a las autoridades políticas la concesión de asistencia a los demandantes.

Los tribunales también han ofrecido protección negativa contra la circulación de productos alimenticios que constituyen amenazas potenciales para la vida humana. La Corte Suprema de Bangladesh, por ejemplo, al interpretar la cláusula constitucional que consagra el derecho a la vida, decidió que el Gobierno debía eliminar un conjunto de lotes de leche que registraban niveles de radiación por encima de los límites aceptables. La Corte declaró que el derecho a la vida incluye la protección de la salud y la longevidad normal de un ser humano ordinario, y que estos pueden ser amenazados por el consumo y la comercialización de alimentos y bebidas perjudiciales para la salud.²¹

Una tercera estrategia presentada ante distintos tribunales tiene como objeto proteger el derecho a la alimentación a través de la *protección de los medios para procurarse alimentos*. Esta estrategia varía, por supuesto, dependiendo de los medios pertinentes para la obtención de alimentos.

Un primer grupo de casos está relacionado con la protección de los ingresos, obviamente relevante para aquellos que se procuran alimentos a través

²⁰ Véase Tribunal Federal Suiza (Tribunal fédéral suisse), V. v. Einwohnergemeine X und Regierungsrat des Kanton Bern, BGE/ATF 121 I 367, 371, 373 V. JT 1996, octubre 27, 1995. Para un comentario académico, véase A. Auer, G. Malinverni y M. Hottelier, *Droit constitutionnel suisse* 2000, 685690.

²¹ Véase, por ejemplo, Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG) y Tribunal Administrativo Federal Alemán (BVerwG), BVerfGE 1,97 (104f); BVerwGE 1,159 (161); BVerwGE 25, 23 (27); BVerfGE 40, 121 (134); BVerfGE 45, 187 (229).

de su compra. Bajo esta luz, es posible abarcar todas las estrategias judiciales para reclamar el reconocimiento y pago de un ingreso básico (ya sea un salario, una pensión, otros tipos de subsidios de seguridad social o de asistencia social, pensiones alimenticias, etc.), y la adecuación de estos ingresos en función de su suficiencia para cubrir las necesidades alimentarias. Si bien la mayoría de los litigios ante las tribunales sociales (por lo general, las tribunales de trabajo y seguridad social), que buscan el mantenimiento del trabajo, el pago de indemnizaciones laborales y el pago de pensiones, podrían ser vistos como un ejemplo de esta estrategia, me gustaría centrarme en casos específicos en que los componentes en relación con el acceso a los alimentos son evidentes. En algunos de estos casos, el debate se refiere al mantenimiento de un cierto nivel de ingresos necesario para cubrir, entre otras, las necesidades alimentarias, contra la erosión causada por factores tales como el aumento del costo de la vida o las imposiciones fiscales.

Una vez más, el Tribunal Constitucional Federal Alemán provee un ejemplo interesante: ha sostenido en varios casos que el poder impositivo del Estado no puede extenderse a los medios materiales necesarios para cubrir el “mínimo existencial”,²² que incluye las necesidades alimentarias. Por lo tanto, la Legislatura tiene el deber de respetar los medios de sustento básico, y no puede imponer impuestos más allá de estos límites.

Un número de casos resueltos por la Corte Suprema de Argentina son también buenos ejemplos de este enfoque. Estos casos ilustran la revisión judicial de la razonabilidad de los métodos utilizados para reajustar los montos indemnizatorios laborales y los de las prestaciones de la seguridad social, teniendo en cuenta el mantenimiento del poder adquisitivo de los salarios y de las pensiones y otras prestaciones de la seguridad social. En el caso *Jáuregui*,²³ la Corte decidió que el método empleado por un tribunal inferior para calcular una indemnización por despido arbitrario en tiempos de alta inflación no reflejó adecuadamente el deterioro del poder adquisitivo de los salarios, y ordenó que se utilizara otra fórmula. En el caso *Rolón Zappa*²⁴, la

22 Véase, por ejemplo, Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE 82, 60 (85), BVerfGE 87,153(169).

23 Véase, Corte Suprema de Argentina, *Jáuregui, Manuela Yolanda c. Unión Obreros y Empleados del Plástico*, agosto 7, 1984.

24 Véase, Corte Suprema de Argentina, *Rolón Zappa, Victor Francisco*, septiembre 30, 1986.

Corte, argumentando sobre la misma base, confirmó que una ley que regulaba el método de nivelación de pagos de pensiones de vejez era inconstitucional, por afectar desproporcionadamente su poder adquisitivo. En el caso *Martinelli*,²⁵ la Corte examinó la forma en la que el Poder Ejecutivo fijaba el nivel del salario mínimo —que a su vez sirve de base para el cálculo de la indemnización por despido arbitrario—, y consideró que tal método era inconstitucional. En el caso *Vega*²⁶, la Corte consideró que la falta de actualización del nivel del salario mínimo por las autoridades políticas, empleado para calcular los montos de las indemnizaciones laborales, era inconstitucional, y contribuía a restarle todo valor al crédito indemnizatorio del trabajador. La Corte ordenó una nueva determinación del monto del pago. En el caso *Sánchez*,²⁷ la Corte, haciendo referencia expresa a la estrecha relación entre el nivel del salario mínimo y el acceso a la alimentación, la vivienda y la atención en salud, decidió que una ley que prohibía los reajustes automáticos de los pagos de la seguridad social de acuerdo con las tasas de inflación era inconstitucional, y ordenó un nuevo cálculo del pago, de conformidad con la sentencia.

Sin embargo, como he dicho antes, los medios para procurarse alimentación no se limitan a la compra de alimentos en el mercado, sino que incluyen también el cultivo y la producción de los propios alimentos o la obtención de alimentos a través de las actividades tradicionales, como la caza y la pesca. La mayoría de estas actividades son características de las zonas rurales, indígenas o comunidades tradicionales, y en muchos casos, constituyen rasgos definitorios de la cultura de estas comunidades. La protección judicial de estas actividades contra la injerencia arbitraria de las autoridades del Estado o de terceros, y la ejecución judicial de medidas orientadas a promover el acceso y la seguridad de la tenencia de la tierra —tales como aquellos derivados de la reforma agraria o la distribución de la tierra— son otros ejemplos de la protección judicial (indirecta) del derecho a la alimentación.

La legislación agraria y los tribunales agrarios, comunes en varios países del mundo, ofrecen un buen ejemplo del tratamiento judicial de miles de

25 Véase, Corte Suprema de Argentina, *Martinelli, Oscar Héctor Cirilo y otros c. Coplinco Compañía Platense de la Industria y Comercio S.A.*, abril 23, 1991.

26 Véase, Corte Suprema de Argentina, *Vega, Humberto Atilio c. Consorcio de Propietarios del Edificio Loma Verde y otro s/ accidente-ley 9688*, diciembre 16, 1993.

27 Véase, Corte Suprema de Argentina, *Sánchez, María del Carmen c. ANSeS*, mayo 17, 2005.

conflictos en relación con, entre otras cosas, el acceso y la seguridad de la tenencia de tierras rurales.²⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha seguido este enfoque en algunos casos relacionados con el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento y titulación de las tierras comunales tradicionales.²⁹ La Corte destaca que el acceso y la seguridad de la tenencia legal de las tierras ancestrales es particularmente importante en el caso de los pueblos indígenas, como medio para sobrevivir, obtener alimentos, llevar a cabo sus actividades productivas tradicionales y mantener su propia cultura. En consecuencia, la Corte ha desarrollado una interpretación amplia del derecho a la propiedad consagrado en el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, interpretada a la luz de la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo, a fin de destacar la especial relación que los indígenas tienen con sus tierras tradicionales. La protección judicial del acceso y el reconocimiento legal adecuado de las tierras ancestrales, por lo tanto, puede ser vista como una manera de garantizar el acceso y la adecuación cultural de la alimentación para los pueblos indígenas.

Un caso similar fue decidido por la Corte Suprema de Canadá: ese tribunal revocó parcialmente un procedimiento penal dirigido contra un miembro de una comunidad indígena que fue acusado de pescar sin licencia necesaria en una reserva natural. La Corte sostuvo, entre otras cosas, que el requisito de una licencia infringe el derecho de los aborígenes de pescar para alimentarse.³⁰

En el mismo contexto, el derecho a la vivienda puede desempeñar un papel relevante en la protección de los diferentes aspectos del derecho a la alimentación. La protección judicial contra los desalojos forzosos en las zonas rurales es otra estrategia a través de la cual pueden conectarse los derechos a la vivienda y a la alimentación, en especial en aquellos casos en los que las

28 Véase, por ejemplo, una descripción de las cortes y leyes agrarias mexicanas en M. Chavez Padrón, *El derecho agrario en México*, 1999; A. De La Ibarra, *Derecho agrario*, 1983; I. Rivera Rodríguez, *El nuevo Derecho Agrario mexicano*, 1994; Tribunal Superior Agrario, *La nueva justicia agraria. Años de fundación: 1992-1994*, 1994.

29 Véase, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, Agosto 31, 2001, parr. 148, 149 y 153; *Comunidad Indígena Yakyé Axa v. Paraguay*, Junio 17, 2005, parr. 131, 132, 135, 136, 137, 140, 143, 146, 147, 154 y 155; *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*, Marzo 29, 2006, parr. 118, 119, 120, 131, 132, 133, 139 y 143.

30 Véase, Corte Suprema de Canadá, *R v. Cote*, (1996) 138 DLR (4to) 385, octubre 3, 1996.

personas viven y obtienen su alimento de la misma parcela de tierra –una característica común de las comunidades rurales, tradicionales e indígenas. El control judicial de las condiciones procesales previas a que las autoridades estatales o terceros decidan o llevan a cabo desalojos, es una garantía fundamental frente a las injerencias arbitrarias que afecten los derechos a la alimentación y a la vivienda.³¹ Por ejemplo, cada vez es mayor la atención dedicada al establecimiento y clarificación de las medidas necesarias que deben adoptarse *antes* de la toma de decisiones que tengan como consecuencia el desplazamiento forzoso de personas justificado por la construcción de grandes obras de infraestructura, como diques o carreteras. Algunos de estas medidas son la consulta previa, la notificación oportuna y el ofrecimiento de alojamiento alternativo de similar calidad, antes de que los desplazamientos masivos justificados por el desarrollo y los proyectos de infraestructura ocurran³².

31 Véase, por ejemplo, Corte Federal Distrital de Brasil, Maranhão district (Justiça Federal de 1º Instância, Seção Judiciária do Maranhão, 5ª Vara), *Joisael Alves e outros v. Diretor Geral do Centro de lançamento de Alcântara*, Sentença nº 027/2007/JCM/JF/MA, Processo Nro. 2006.37.00.005222-7, febrero 13, 2007 (medidas preliminares que prohíben actividades de un base espacial que podrían afectar actividades tradicionales de subsistencia de una comunidad afrodescendiente). El ejemplo fue amablemente provisto por Letícia Osorio. Para un caso dramático donde se encontró una violación tanto del derecho a la vivienda como del derecho a la alimentación, véase Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, *SERAC and CESR v. Nigeria*, Comunicación N°155/96, octubre 13-27, 2001, parr. 63-69. Para un comentario de este caso, véase, F. Coomans, “The Ogoni Case Before The African Commission on Human and Peoples’ Rights” (El caso Ogoni ante la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos), *International and Comparative Law Quarterly* (Publicación trimestral de Derecho Internacional y Comparado) 52 (2003), 749-760. Sobre estándares legales internacionales en relación con desalojos forzosos, véase Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General N°7, “El derecho a una vivienda adecuada (Art. 11 (1) del Pacto): los desalojos forzados” (1997), (UN doc.E/C.12/1997/4); COHRE, *Forced Evictions and Human Rights. A Manual for Action* (Desalojos Forzados y Derechos Humanos. Un manual para la Acción), 1999.

32 Véase, en este sentido, Corte Constitucional Colombiana, decisiones SU-039/1997 (inconstitucionalidad de la licencia ambiental para realizar exploraciones de petróleo en territorio de pueblos ancestrales indígenas se encontró por no realizarse consultas apropiadas con las comunidades indígenas –violaciones a los derechos de participación, al debido proceso y a la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas) y T-652/1998 (inconstitucionalidad de la licencia ambiental para construir una presa por no realizarse consultas apropiadas con las comunidades indígenas –violaciones a los derechos de participación, al debido proceso, a la supervivencia de la comunidad y al respeto de su integridad étnica, cultural social y económica). Sobre desalojos forzados causados

Adicionalmente, la interferencia violenta con el derecho a la vivienda y con los elementos necesarios para la producción de alimentos también han sido consideradas violaciones a una serie de derechos civiles. La Corte Europea de Derechos Humanos ha declarado en una serie de casos que los desalojos forzosos,³³ los desplazamientos forzosos y la destrucción de viviendas y propiedades,³⁴ pueden constituir una violación del derecho a la intimidad, la vida familiar y el hogar, una violación del derecho a la propiedad,³⁵ e incluso trato inhumano y degradante.³⁶ En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió que los desalojos forzados y desplazamientos, y la destrucción de hogares, constituyen una violación del derecho a la propiedad,³⁷ y al respeto de la vida privada, familia, hogar y correspondencia.³⁸

por proyectos de desarrollo e infraestructura, véase “The Practice of Forced Evictions: Comprehensive Human Rights Guidelines On Development-Based Displacement”, (La práctica de desalojos forzados: Directrices comprensivas de Derechos Humanos sobre Desplazamiento basados en el desarrollo) adoptado por el Seminario de Expertos en la práctica de desalojos forzados de Ginebra, 11-13 de junio de 1997; Relator Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada como componente del derecho a un adecuado nivel de vida, y sobre el derecho a la no discriminación en este contexto, “Basic principles and guidelines on development-based evictions and displacement” (Principios y directrices básicas sobre desalojos y desplazamientos basados en el desarrollo) (E/CN.4/2006/41).

- 33 Véase, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, *Connors v. the United Kingdom*, mayo 27, 2004, párr. 85-95; *Prokopovich v. Russia*, noviembre 18, 2004, párr. 35-45.
- 34 Véase, por ejemplo, *Aakdivar and others v. Turkey*, septiembre 16, 1996, par. 88; *Cyprus v. Turkey*, mayo 10, 2001 (derechos de personas desplazadas, párr. 174-175); *Yöyler v. Turkey*, mayo 10, 2001, párr. 79-80; *Demades v. Turkey*, octubre 31, 2003, párr. 31-37 (art. 8); *Selçuk and Asker v. Turkey*, abril 24, 1998, párr. 86-87; *Bilgin v. Turkey*, noviembre 16, 2000, párr. 108-109; *Ayder v. Turkey*, enero 8, 2004, párr. 119-121; *Moldovan and others (2) v. Romania*, julio 12, 2005, párr. 105, 108-110.
- 35 Véase, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, *Aakdivar and others v. Turkey*, septiembre 16, 1996, párr. 88; *Cyprus v. Turkey*, mayo 10, 2001 (derechos de personas desplazadas forzosamente, paras. 187-189); *Yöyler v. Turkey*, mayo 10, 2001, párr. 79-80; *Demades v. Turkey*, octubre 31, 2003, párr. 46; *Xenides-Arestis v. Turkey*, diciembre 22, 2005, párr. 27-32; *Selçuk and Asker v. Turkey*, abril 24, 1998, párr. 86-87; *Bilgin v. Turkey*, noviembre 16, 2000, paras. 108-109; *Ayder v. Turkey*, enero 8, 2004, párr. 119-121.
- 36 Véase, Corte Europea de Derechos Humanos, *Yöyler v. Turkey*, Mayo 10, 2001, párr. 74-76; *Selçuk and Asker v. Turkey*, abril 24, 1998, párr. 77-80; *Bilgin v. Turkey*, noviembre 16, 2000, párr. 100-104; *Moldovan and others (2) v. Romania*, julio 12, 2005, párr. 111, 113-114.
- 37 Véase, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Indígena Moiwana v. Suriname*, julio 15, 2005, párr. 127-135; *Masacres de Ituango v. Colombia*, julio 1, 2006, párr. 175-188.
- 38 Véase, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Masacres de Ituango v. Colombia*, julio 1, 2006, párr. 189-199.

El Comité contra la Tortura examinó el caso en el que la policía simplemente se abstuvo de actuar cuando una turba destruyó, saqueó y quemó las casas y bienes agrícolas de una comunidad romaní (gitana), al parecer en venganza por un crimen atribuido a uno de sus miembros. La brutal acción de la turba causó que la comunidad huyera y perdiera sus hogares, puestos de trabajo y medios de subsistencia. El Comité consideró que el incumplimiento por parte del Estado de su obligación de proteger al grupo constituyó un trato cruel, inhumano y degradante,³⁹ mientras que dos miembros parcialmente disidentes consideraron que los hechos eran constitutivos de tortura.

Combinando algunos de los enfoques previamente examinados, la Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado una sólida jurisprudencia en el ámbito de los desplazamientos internos de población rural pobre a causa de los conflictos armados. En un número considerable de casos, la Corte ha incluido componentes relacionados con el derecho a la alimentación en la descripción del complejo panorama de violaciones causadas por los desplazamientos forzados, y en el tipo de medidas de reparación ordenadas.⁴⁰ En este contexto, la Corte ha considerado que la seguridad alimentaria es uno de los derechos amenazados por los desplazamientos forzados. La Corte ha incluido la asistencia alimentaria como componente del “derecho a un mínimo vital”, y en consecuencia ha ordenado a las autoridades políticas adoptar medidas positivas para cumplir con este derecho, además de instar a las autoridades políticas a desarrollar e implementar programas para lograr el restablecimiento de la población desplazada, incluyendo una alimentación adecuada, acceso al trabajo y, cuando sea posible, el retorno a sus hogares y lugares de origen.

La última vía empleada para proteger el derecho a la alimentación a través de las tribunales que voy a mencionar aquí—sin pretensiones de exhaustividad— son los derechos del consumidor. Si bien los derechos del consumidor no forman parte del derecho internacional de los derechos hu-

39 Véase, Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, *Hajrizi Dzemajl et al. v. Yugoslavia*, Comunicación No 161/2000, diciembre 2, 2002.

40 Véase, por ejemplo, Corte Constitucional Colombiana, decisiones T-227/1997, SU-1150/2000, T-1635/2000, T-327/2001, T-1346/2001, T-098/2002, T-215/2002, T-268/2003, T-419/2003, T602/2003, T-721/2003, T-025/2004, T-078/2004, T-097/2005, T-312/2005, T-563/2005, T-882/2005, T-1076/2005, T-086/2006, T-138/2006 and T-585/2006.

manos, lo cierto es que forman parte del derecho constitucional desarrollado en las últimas décadas,⁴¹ y son consagrados en las leyes de protección al consumidor –y agencias de protección al consumidor– también se han incorporado regularmente al derecho interno alrededor del mundo durante los últimos 20 o 30 años. La legislación de protección al consumidor ha sido uno de las vías a través de las cual los tribunales han considerado el carácter adecuado de los productos alimenticios. Por ejemplo, los tribunales se ocupan regularmente de cuestiones relacionadas con el incumplimiento de los requisitos de información y etiquetamiento de los alimentos, y no son raros los casos en los que se ordena que se retiren del mercado ciertos productos alimenticios, por incumplimiento de las normas sanitarias y de higiene⁴². La legislación antimonopólica también puede constituir un medio a través del cual pueden impugnarse judicialmente las prácticas monopólicas que causen distorsiones en el suministro y la disponibilidad de alimentos.

4. Conclusiones

Para resumir los puntos principales que traté de exponer en este artículo: los amplios argumentos en contra de la justiciabilidad de los DESC en general, y del derecho a la alimentación, en particular, parecen conceptualmente equivocados y empíricamente infundados.

Por otra parte, la justiciabilidad no es necesariamente la panacea, y debe ser cuidadosamente considerada como medio para promover el derecho a la alimentación, teniendo en cuenta las ventajas y desventajas con respecto a otras posibles estrategias de exigibilidad, como la movilización, la negociación

41 Por ejemplo, las constituciones de los siguientes países incluyen cláusulas de protección al consumidor: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú, Portugal y España (la lista no es exhaustiva).

42 Véase, por ejemplo –entre muchos otros–, Corte Federal Distrital de Brasil, Distrito de Sao Paulo (Justiça Federal de 1º Instância, Seção Judiciária de São Paulo-capital, 11ª Vara), proceso nº 200461000344728, octubre 27, 2005 (medidas preliminares que ordenan al Ministerio de Agricultura prohibir la producción, importación, venta y uso, y cancelar el registro, de una sustancia química llamada Carbadox, usado para la alimentación de animales, por sus potenciales efectos tóxicos en el consumo humano). Estoy en deuda con Inês Virginia Prado Soares por enviarme esta sentencia.

política, la participación de la sociedad civil en la formulación, ejecución y seguimiento de las políticas públicas, etc.

Sin embargo, uno no debe subestimar las posibilidades de la justiciabilidad: como el derecho a la alimentación tiene múltiples aspectos o componentes, la mayoría de ellos ofrecen posibilidades para la protección judicial, tanto directa como indirectamente. Los tribunales de distintas regiones del mundo han considerado una serie de diferentes demandas relacionadas con el derecho a la alimentación, algunas veces bajo la invocación directa de este derecho, y otras veces a través del encuadramiento de la violación a las obligaciones derivadas del derecho a la alimentación como violaciones de otros derechos, tales como –entre otros– el derecho a la vida, el derecho a un mínimo vital, el respeto de la dignidad humana, el derecho a la salud, el derecho a un ingreso, el derecho a la tierra, el respeto a los derechos a la diversidad étnica y culturales, el derecho a la vivienda y los derechos de los consumidores.

La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos

Christian Courtis

1. Los instrumentos internacionales y la incorporación del derecho a la salud como un derecho de raigambre constitucional. 2. La aplicación jurisprudencial de los instrumentos internacionales de derechos humanos para identificar el derecho a la salud y determinar su contenido: 2.1. Obligaciones del Estado en materia de derecho a la salud; 2.2. Las obligaciones de sujetos no estatales participantes del sistema sanitario; 2.3. Medidas cautelares; 2.4. Los límites a la justiciabilidad del derecho a la salud o la impotencia de la Justicia; 2.5. Casos conexos. 3. (Breves) conclusiones.

La década transcurrida desde la reforma constitucional de 1994 ha dado muestras de un sorprendente activismo judicial en materia de protección del derecho a la salud. La intención de este texto no es la de brindar un panorama completo de este fenómeno, sino la de explorar el papel que ha jugado en ese desarrollo jurisprudencial el empleo de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por la Argentina. Para ello, privilegiaré el análisis del ya considerable cúmulo de decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto, aunque mencionaré también algunos precedentes de otros tribunales. Pretendo de este modo subrayar cuál ha sido el sentido de la cita de instrumentos internacionales en la materia, qué aspectos de la

elaboración conceptual del derecho a la salud realizada en sede internacional han sido aprovechados por los tribunales locales, y cuáles han permanecido ausentes de la discusión judicial.

1. Los instrumentos internacionales y la incorporación del derecho a la salud como un derecho de raigambre constitucional

Hasta la reforma de 1994, el texto de la Constitución federal argentina carecía de una referencia clara relativa al reconocimiento del derecho a la salud como derecho subjetivo de jerarquía constitucional. El artículo 14 nuevo, incorporado por la reforma de 1957, menciona apenas el mandato dirigido al Estado de otorgar “los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable”, y el establecimiento de un “seguro social obligatorio”. Sin embargo, amén de no mencionar expresamente la protección de la salud, la norma responde a una noción contributiva de la seguridad social, entendida centralmente a partir de la inserción laboral del trabajador en el mercado formal, y limitada en general a la cobertura de “eventos” o “infortunios” interruptivos de la capacidad laborativa, en especial, la vejez y la incapacitación por accidentes y enfermedades¹. Frente a esta ausencia, sólo quedaba la poco fiable vía de postular la existencia de un derecho a la salud implícito en el artículo 33 de la Constitución. Como puede apreciarse, la base textual que ofrecía la Constitución estaba lejos de consagrar un derecho universal a la protección de la salud o a la asistencia sanitaria.

En las discusiones sobre la necesidad de introducir reformas a la Constitución llevadas a cabo por el Consejo para la Consolidación de la Democracia se formó un cierto consenso sobre la conveniencia de incluir un

1 Aunque también influida por un modelo centrado en las relaciones de trabajo, la Constitución de 1949 –derogada en 1956– era más explícita sobre la inclusión de la salud entre sus bienes tutelados. Así, el artículo 37.I.5, que consagraba los derechos del trabajador, se refería, bajo la rúbrica “Derecho a la preservación de la salud”, a la protección de la salud en el ámbito laboral; el artículo 37.I.6 hacía expresa la cobertura de eventos que significaran la disminución, suspensión o pérdida de la capacidad de trabajo en el régimen de la seguridad social; el artículo 37.III.5 mencionaba el “derecho al cuidado de la salud física” de los ancianos.

derecho a la protección de la salud en el texto constitucional. Sin embargo, aunque el Dictamen final elaborado por ese organismo tuvo fuerte influencia sobre la propuesta acercada por el radicalismo para cerrar el denominado Pacto de Olivos, lo cierto es que en el texto final de ese acuerdo –incluido en la Ley 24.309, de declarativa de la necesidad de reforma constitucional– la incorporación del derecho a la salud no figura ni en el llamado “Núcleo de Coincidencias Básicas”, ni entre los “temas habilitados para el debate por la Convención Constituyente”.

Llevada a cabo la reforma, la tutela de la salud como bien constitucionalmente protegido queda consolidada a partir de varias vías. Una primera mención puede encontrarse en el artículo 42 de la Constitución reformada, referido a la protección de los consumidores y usuarios. Allí se reconoce el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios a la “protección de la salud y seguridad” en la relación de consumo. Como se ve, tampoco se trata de la consagración de un derecho universal a la salud, en ese sentido, la limitación de la protección de la salud a las relaciones de consumo constituye un reflejo actualizado de la limitación de la protección de la salud a la relación de trabajo.

La consagración plena del derecho a la salud como un derecho de raigambre constitucional ha tenido lugar indirectamente, a través de la concesión de jerarquía constitucional a una serie de declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos en el artículo 75 inciso 22. Varios de estos instrumentos incorporan expresamente el derecho a la salud y mencionan su alcance, mandatos para el Estado, objetivos o metas de política pública en la materia y recaudos específicos referidos a grupos que requieren especial protección.

Así, el derecho es consagrado o mencionado expresamente en los artículos 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 23 incisos 3 y 4, 24, 25, 26, 27, 32 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 10 h), 11.1 e) y f), 11.2, 12, 14 b) y c), y 16 e) de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y 5 e.iv) de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial².

2 Me limito aquí a los textos de jerarquía constitucional. Una enumeración completa de los textos de

2. La aplicación jurisprudencial de los instrumentos internacionales de derechos humanos para identificar el derecho a la salud y determinar su contenido

Veamos ahora cuál ha sido el empleo jurisprudencial de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos para identificar y asignar alcance al derecho a la salud como derecho constitucionalmente tutelado. Se trata, sin mayor duda, de uno de los casos de utilización más fértil de los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional que han llevado a cabo los tribunales federales argentinos. En este campo, desde la promulgación de la reforma constitucional, los tribunales han reconocido –utilizando, ciertamente, argumentos diversos– la existencia de un derecho a la asistencia sanitaria y de obligaciones estatales que dimanan de la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos. Un breve recorrido por algunos de los precedentes más significativos dará una idea del empleo que han hecho los jueces de estos tratados en materia de salud. Me limitaré aquí a mencionar las líneas más importantes de empleo de los instrumentos internacionales en la jurisprudencia de la Corte Suprema, para analizar posteriormente con más detalle sus precedentes.

Entre los precedentes decididos por la Corte Suprema de Justicia –que en muchos casos remiten al dictamen del Procurador General de la Nación– pueden encontrarse referencias a los tratados internacionales de jerarquía constitucional en los siguientes contextos:

- como normas que establecen un derecho subjetivo a la vida y a la atención sanitaria: así, la Corte ha citado los artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para identificar los derechos a la vida y a la integridad personal como derechos constitucionalmente protegidos, y ha derivado de esos derechos un derecho a la protección de la salud. Simultáneamente, la Corte se ha referido al artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

jerarquía supralegal incluiría además la consideración del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

y Culturales para fundar la tutela del derecho a la salud. En otros casos, la Corte ha traído a colación los arts. 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño como fuente para la protección constitucional del derecho;

- como normas que establecen un derecho colectivo a la protección de la salud, y correlativas obligaciones positivas al Estado;
- como normas que imponen al Estado obligaciones positivas en materia de organización de servicios de salud, y que –correlativamente– le impiden desentenderse de ese mandato;
- como normas que facultan al Estado a imponer obligaciones positivas sobre obras sociales y empresas de medicina prepaga;
- como normas que obligan al Estado a imponer legislativamente una indemnización plena en materia de responsabilidad por accidentes y enfermedades laborales;
- adicionalmente, y aunque no se trate estrictamente de casos que envuelvan el derecho a la salud, la Corte ha mencionado normas de tratados internacionales para hacer valer la prohibición de discriminación por razones de salud en materia laboral. Para ello, ha citado la necesidad de interpretar la leyes federales a la luz de los principios antidiscriminatorios establecidos en el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La identificación del derecho a la salud como un derecho de raigambre constitucional constituye un primer paso para asegurar su tutela jurisdiccional –habilitando así, por ejemplo, el empleo de la acción de amparo, y la jurisdicción extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sin embargo, para la adecuada tutela del derecho no basta con identificarlo como un derecho: es necesario una tarea hermenéutica capaz de determinar su *contenido*, es decir: su titularidad, el deudor de las obligaciones negativas y positivas impuestas por el derecho, el alcance de esas obligaciones y sus restricciones o limitaciones.

En otros trabajos hemos explorado el problema de la determinación de la conducta debida u obligación de los llamados derechos económicos, sociales y culturales. Nuestra conclusión al respecto ha sido que no existe ninguna imposibilidad conceptual de definir el contenido de estos dere-

chos: es necesaria, sin embargo, una tarea concreta de especificación normativa y dogmática, similar a la efectuada tradicionalmente con los derechos civiles y políticos, y con algunos derechos sociales tales como los derechos laborales y los relacionados con la seguridad social³, tarea en gran medida pendiente en nuestro medio jurídico. Aunque el trabajo de especificación del contenido del derecho a la salud –en especial, de su contenido esencial, o contenido mínimo esencial, es decir, del contenido impuesto por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos a los poderes políticos y, por ende, obligatorio y no disponible para éstos– excede el objeto de este trabajo, sugeriré algunos apuntes para efectuar su delimitación⁴.

Ya he señalado que el derecho a la salud es referido parcialmente por artículos del texto constitucional, y más extensamente por declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional. Pues bien, los principios de interpretación comunes a los tratados internacionales sobre derechos humanos prescriben la interpretación integradora y pro homine, es decir, la interpretación más favorable a la persona humana⁵. Concretamente, en el caso de la Constitución argentina y de los tratados y declaraciones de jerarquía constitucional, esto supondría una operación interpretativa consistente en los siguientes pasos: a) la identificación del derecho de marras en el texto constitucional y en los distintos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional; b) la comparación de los diversos textos que consagran el derecho; c) la integración interpre-

3 Ver, Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 122-126; id., “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003, pp. 55-78. Específicamente sobre el derecho a la salud, ver id., “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, *Rev. La Ley*, T. 001-D, pp. 22-

4 Rodolfo Ariza Clerici, “El derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, <http://www.juridice.com.ar/doctrinalsalud.htm>; Enrique González, “El derecho a la salud”, en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, pp. 143-180.

5 Ver Mónica Pinto, “El principio pro homine. Criterios hermenéuticos y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto-CELS, 1997, pp. 163-171.

tativa de los aspectos más favorables a la persona humana contenidos en esos diversos textos⁶.

Semejante ejercicio en materia de derecho a la salud impondría al intérprete considerar la extensión de ese derecho en los ya mencionados artículos 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 23 incisos 3 y 4, 24, 25, 26, 27, 32 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 10 h), 11.1 e) y f), 11.2, 12, 14 b) y c), y 16 e) de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 5 e.iv) de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y 14 bis y 42 de la Constitución nacional. Considerada la extensión de estos textos, el intérprete debería integrar los aspectos más favorables a la persona humana, teniendo además en consideración las especificaciones realizadas por los instrumentos internacionales y por la Constitución en función de la situación de la persona –por ejemplo, del hecho de participar de relaciones de trabajo o de consumo– o de sus circunstancias subjetivas –por ejemplo, el ser mujer, niño o niña, pertenecer a un grupo racial o étnico, etcétera– o de una combinación de ambas: ser mujer y habitar en poblaciones rurales, ser niño o niña con discapacidad.

La interpretación de los textos de instrumentos internacionales requiere un ejercicio suplementario, que es la verificación de la existencia, en sede internacional, de interpretaciones generales o particulares del alcance del derecho, provenientes de órganos de supervisión o aplicación de los instrumentos mencionados, como la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité sobre los Derechos del Niño, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial⁷. En materia de

6 Puede encontrarse un excelente ejemplo de aplicación de estos pasos hermenéuticos en Oscar Parra Vera, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2003.

7 Esto, de acuerdo a la propia doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Giroldi” y “Bramajo”. Ver, al respecto, Martín Abregú, “Introducción”, y Guillermo Moncayo, “Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos

derecho a la salud, resulta imprescindible la consulta de la Observación General Nro. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸, las Observaciones Generales Nros. 3 y 4 del Comité sobre los Derechos del Niño⁹, y los Comentarios Generales Nros. 15 y 24 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹⁰. Aunque los casos individuales relativos a la materia en sede internacionales son aún escasos, la Comisión Interamericana ha producido algunos avances interesantes en materia de medidas cautelares relacionadas con la provisión de medicamentos¹¹.

Por último, también resulta relevante la determinación del alcance de las obligaciones generales establecidas por los instrumentos internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales, obviamente aplicables en materia de derecho a la salud. El establecimiento de criterios y estándares propios de interpretación referidos a los derechos sociales se ha desarrollado particularmente en sede internacional en los últimos quince años, y se ha plasmado en Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹², y en dos instrumentos interpre-

humanos en el derecho argentino”, en Martín Abregú y Christian Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., pp. 19-20 y 98-100, respectivamente. Sobre el carácter de fuente de las observaciones generales de los Comités, ver Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 65-78; id., “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, pp. 317-327. Veremos a continuación cuán extenso ha sido el alcance de la aplicación de esta doctrina referido al derecho a la salud.

- 8 Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nro. 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, (2000).
- 9 Ver Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General Nro. 3 “El VIH/SIDA y los derechos del niño”, (2003); Observación general Nro. 4, “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”, (2003).
- 10 Ver Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Comentario General Nro. 15, “Eliminación de la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales para la prevención y control del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)”, (1990); y Comentario General Nro. 24, “Artículo 12 de la Convención: Mujer y salud”, (1999).
- 11 Para un recuento de estos casos, ver Ignacio J. Alvarez, “Suministro de medicamentos para personas con VIH/SIDA mediante medidas cautelares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta (comps.), *Nuevos desafíos en la protección internacional de derechos humanos*, Ed. Porrúa/ITAM, México, 2005.
- 12 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nro. 3, “La índole

tativos –instrumentos internacionales que corresponden al denominado *soft law*–, los Principios de Limburgo sobre Obligaciones en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los Principios de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹³. Sin ánimo de exhaustividad, entre las obligaciones generales en materia de derechos económicos, sociales y culturales aplicables en particular al derecho a la salud se encuentran la prohibición de discriminación, la obligación de adoptar medidas inmediatas para hacer plenamente efectivo el derecho –que comprende las obligaciones de formulación de un plan y de provisión de recursos, incluidos los recursos judiciales–, la obligación de garantizar el nivel o contenido mínimo o esencial de los derechos, y la obligación de progresividad, que implica la prohibición de regresividad, o prohibición de retroceso social¹⁴.

Pasemos entonces a analizar aspectos relativos a la determinación del contenido del derecho o bien –como veremos– de las obligaciones estatales que imponen las normas internacionales en materia de salud a partir de la experiencia jurisprudencial argentina. En vista de la limitación de las decisiones judiciales a las particularidades de la situación fáctica sobre la que deben resolver, el relevamiento puede apenas inferir algunas líneas que permiten articular tendencias en la materia. Las conclusiones al respecto son, por ende, especulativas, dado el limitado número de casos que ha llegado a

de las obligaciones de los Estados Parte –párrafo 1 del art. 2 del Pacto” (1990), y Observación General Nro. 9, “La aplicación interna del Pacto”, (1998).

13 Los Principios de Limburgo fueron elaborados por un grupo de expertos reunidos en Maastricht, entre el 2 y el 6 de junio de 1986, y emitidos como un documento oficial de Naciones Unidas. Ver UN Document E/CN.4/1987/17. Los Principios de Maastricht fueron adoptados por un grupo de expertos en una reunión efectuada en Maastricht entre el 22 y el 26 de enero de 1997 y, pese a no haber sido adoptados formalmente por un órgano de Naciones Unidas, han sido empleados con frecuencia por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para evaluar los informes estatales y para desarrollar las distintas observaciones generales al PIDESC. Ver, por ejemplo, Victor Dankwa, Cees Flinterman y Scott Leckie, “Commentary on the Maastricht Guidelines on the Violation of Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly*, 20 (1998), pp. 705-731.

14 Para un análisis más extenso, ver Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 92-116; “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, cit., pp. 334-350; Magdalena Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Amberes, 2003, pp. 323-332.

la Corte Suprema, y la ausencia de algún *leading case* que haya motivado una reflexión general del tribunal sobre el contenido del derecho. De todas maneras, el cúmulo actual de casos constituye una novedad si lo comparamos, por ejemplo, con las decisiones relativas al derecho a la salud previas a la reforma constitucional de 1994.

En todo caso, son necesarias algunas aclaraciones previas para poner en adecuado contexto las decisiones de la Corte Suprema. La vía procesal y el tipo de agravio planteado –o más bien, el tipo de agravio que la Corte decide considerar– han sido poco propicios para la consideración del contenido del derecho a la salud a la luz de su inclusión en tratados internacionales. En la gran mayoría de los casos resueltos, aunque afirme que el derecho a la salud está consagrado en instrumentos internacionales de derechos humanos y goza de jerarquía constitucional, el tribunal abre su jurisdicción por cuestionarse el alcance de una ley de contenido federal, de modo que la cuestión examinada se limita a una cuestión de interpretación legal, y no estrictamente de interpretación constitucional. Lo mismo sucede en casos en los que el tribunal decide abrir el recurso extraordinario ante un planteo de arbitrariedad. Adicionalmente, en un considerable número de casos en los que se demandan medidas cautelares, la Corte se ha considerado competente en forma originaria, por tratarse de demandas contra la Nación y contra una provincia, y ha concedido liminarmente las medidas peticionadas. Esto ha sucedido aún en casos en los que el tribunal se declara incompetente. En estos casos tampoco hay un planteo ceñido estrictamente al contenido constitucional del derecho a la salud.

Uno podría señalar, sin embargo, que la interpretación que la Corte efectúe de la ley federal, de las normas de derecho común o local en los casos de arbitrariedad o de la normativa invocada en los casos de jurisdicción originaria, será una interpretación conforme a la Constitución y a los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional y, por ende, echará alguna luz sobre el contenido constitucional del derecho en juego. En todo caso, la limitación es importante.

Dada esta limitación, en la mayoría de los casos tratados por la Corte Suprema –con alguna excepción importante– la cuestión tratada involucra el incumplimiento por parte de la Administración de una disposición fijada en la ley. Pocos son los casos en los que se cuestione la vulneración por parte

del Poder Legislativo del contenido esencial del derecho, o el incumplimiento de mandatos, prohibiciones o principios constitucionales en la formulación de ley. Hará falta la acumulación de un mayor número de precedentes para evaluar cuánta deferencia concede la Corte Suprema al Congreso en la reglamentación del derecho a la salud, o bien, inversamente, cuán estricta es en la revisión del cumplimiento de estándares internacionales en la materia, a falta de estándares específicos que puedan extraerse del texto constitucional propiamente dicho.

2.1. Obligaciones del Estado en materia de derecho a la salud

Los precedentes donde la Corte¹⁵ aborda más enfáticamente el tenor de los compromisos internacionales asumidos por el Estado en materia de derecho a la salud son los casos “Campodónico de Beviacqua”¹⁶ y “Monteserin”¹⁷. Algunas de las reflexiones de la Corte tenían como antecedente el dictamen del Procurador General de la Nación en el caso “Asociación Benghalensis”, al que se remite el voto de la mayoría de la Corte, y cuya orientación también recogen algunos votos particulares.

15 Además de los casos que dieron origen a los precedentes tratados por la Corte Suprema, varios fallos importantes de segunda instancia federal y aún de tribunales provinciales han reflejado la tendencia de invocar instrumentos internacionales de derechos humanos para tutelar el derecho a la salud. Ver, por ejemplo, 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”, 2 de septiembre de 1997; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala IV, “Viceconte, Mariela c/Estado nacional –Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986”, 2 de junio de 1998; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Neuquén, sala II, “Menores Comunidad Paynemil s/ acción de amparo”, 19 de mayo de 1997; Cámara en lo Contenciosoadministrativo de Tucumán, Sala II, “González, Amanda Esther c/Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán y otro s/amparo”, 15 de julio de 2002. Pueden consultarse otros casos en la contribución de Ricardo Lorenzetti, “Derechos humanos y derecho privado”, en este mismo volumen.

16 “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, 24 de octubre de 2000.

17 “Recurso de hecho deducido por el Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad en la causa 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”, 16 de octubre de 2001.

En el caso “Asociación Benghalensis”¹⁸, una acción de amparo colectivo llevada a cabo por una serie de organizaciones no gubernamentales para obligar al Estado a cumplir con la provisión de medicamentos destinados a tratar el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida mandada por la ley 23.798, el Estado interpone recurso extraordinario contra la sentencia de segunda instancia que hace lugar a la demanda. La Corte confirma la decisión de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, rechazando los argumentos del Estado.

En su dictamen, el Procurador General de la Nación afirma que “el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en tratados internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), entre ellos, el art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1 arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos [sic] –Pacto de San José de Costa Rica– e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva”. 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”¹⁹. 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”²⁰.

La sentencia cuenta con dos votos concurrentes que agregan algún énfasis y mayor detalle al dictamen del Procurador. El voto concurrente de los jueces Moliné O’Connor y Boggiano afirma categóricamente que “a partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la salud se encuentra expresamente reconocido con jerarquía constitucional en el art. 75 inc. 22”, enumerando y refiriendo el contenido de los arts. XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (derecho a que la salud de

18 Cfr. “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 de la Nación del 22 de febrero de 1999, decisión de la Corte del 1 de junio de 2000.

19 “Asociación Benghalensis”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. X.

20 “Asociación Benghalensis”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. X.

toda personas sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad), el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios), y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (señalando que, entre las medidas que los estados partes deben adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, figuran “la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, la lucha contra ellas, y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”²¹). En el mismo sentido, sostiene que “la protección del derecho a la salud (...) es una obligación impostergable del Estado Nacional de inversión prioritaria”²².

Por su parte, el voto concurrente del juez Vázquez afirma que “el derecho a la salud [es] contemplado en nuestra Carta Magna en virtud de la incorporación de los tratados internacionales mencionados en el art. 75 inc. 22”, repitiendo la enumeración y alusiones al contenido de las normas de los tratados hecha por los jueces Moliné O’Connor y Boggiano. Vázquez agrega que el virus VIH afecta también la calidad de vida de la población infectada, “dado que la falta de respeto del derecho a la salud (equilibrio físico, psíquico y emocional) acarrea inexorablemente esta consecuencia”²³.

Por último, el dictamen de Procurador General y los votos concurrentes esbozan –aunque argumentado sobre fundamentos legales y no constitucionales o internacionales– el criterio que se concretará más claramente en decisiones posteriores en materia de competencia del Estado federal en relación con las obligaciones emanadas del derecho a la salud: independientemente de la repartición de competencias que haga la ley entre los niveles federal y local, es responsabilidad del Estado federal, en su carácter de autoridad de aplicación

21 Cfr. “Asociación Benghalensis”, *op. cit.*, voto concurrente de los Dres. Boggiano y Moliné O’Connor, considerando 10.

22 *Ibidem*, considerando 11.

23 Cfr. “Asociación Benghalensis”, *op. cit.*, voto concurrente del Dr. Vázquez, considerando 7.

que diseña el plan de distribución de medicamentos, velar por su correcto cumplimiento, asegurando la continuidad y regularidad del tratamiento.²⁴

El mismo día en que decidió “Asociación Benghalensis”, la Corte resolvió el caso “A., C. B.”²⁵, con idéntica remisión al dictamen del Procurador General. A diferencia de “Asociación Benghalensis”, sin embargo, “A., C. B.” es un amparo individual, en el que la peticionaria reclama la entrega de un medicamento para su propio tratamiento relativo a la infección del VIH. El amparo fue acogido en primera y segunda instancia, y el Estado interpuso recurso extraordinario contra la sentencia de Cámara. El Procurador rechaza los argumentos del Estado, remitiéndose a lo dicho en su dictamen de “Asociación Benghalensis”²⁶.

En “Campodónico de Beviacqua”, en el que la Corte confirma la decisión de Cámara de obligar al Estado continuar el suministro de una medicación costosa a un niño, el tribunal dedica varios párrafos a las obligaciones internacionales del Estado en materia de salud. Centralmente, y en relación con los hechos del caso, la Corte afirma aquí:

- 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”²⁷;
- 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”²⁸;

24 Cfr. “Asociación Benghalensis” *op. cit.*, dictamen del Procurador, considerando XI; voto de los jueces Moliné O’Connor y Boggiano, considerandos 16 y 17; voto del juez Vázquez, considerandos 15, 16, 17 y 18. En el considerando 20, el juez Vázquez afirma que el caso obligó a la Corte a esclarecer “la normativa en juego y determinar el papel del Estado Nacional para el logro de fines tales como el afianzamiento de la salubridad en consonancia con los más altos principios fijados en la Carta Magna y los tratados internacionales”, aunque en la resolución concreta de la cuestión de competencia no haya mayor mención a las exigencias de los tratados internacionales.

25 “A., C. B. c/Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986”, dictamen del Procurador General de la Nación del 19 de marzo de 1999; decisión de la Corte del 1º de junio de 2000

26 “A., C. B”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, considerando VIII.

27 Cfr. “Campodónico de Beviacqua”, *op. cit.*, considerando 16.

28 *Idem.*

- que los pactos internacionales protegen específicamente la vida y la salud de los niños²⁹;
- que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “reconoce el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los estados parte de procurar su satisfacción. Entre las medidas que deben ser adoptadas a fin de garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad”³⁰;
- que “los estados partes se han obligado “hasta el máximo de los recursos” de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado”³¹;
- 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”³²;
- que también la Convención Americana sobre Derechos Humanos “impone al gobierno nacional el cumplimiento de todas las obligaciones relaciones con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, y el deber de tomar “de inmediato” las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, para que las autoridades competentes del Estado federal puedan cumplir con las disposiciones de ese tratado”³³;
- que “la Convención sobre los Derechos del Niño incluye, además, la obligación de los estados de alentar y garantizar a los menores con impedimentos físicos o mentales el acceso efectivo a los servicios sanitarios

29 Cfr. “Campodonico de Beviacqua”, *cop. cit.*, considerando 17.

30 *Ibidem*, considerando 18, con referencia explícita al artículo 12 del PIDESC.

31 *Ibidem*, considerando 19, con referencia explícita al art. 2.1 del PIDESC.

32 *Ibidem*, considerando 19, con referencia explícita a la doctrina establecida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus Observaciones finales al Informe estatal suizo de 20 y 23 de noviembre de 1998.

33 *Ibidem*, considerando 20, con referencia explícita a los arts. 28 incs. 1° y 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

y de rehabilitación, de esforzarse para que no sean privados de esos servicios y de lograr cabal realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social, para lo cual se debe tener en cuenta la legislación nacional, los recursos y la situación de cada infante y de las personas responsables de su mantenimiento”³⁴;

- que aunque la ley coloque responsabilidades específicas en cabeza de las obras sociales, “frente al énfasis puesto en los tratados internacionales para preservar la vida de los niños, el Estado no puede desentenderse de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud en entidades que, como en el caso, no han dado siempre adecuada tutela asistencial, conclusión que lleva en el *sub examine* a dar preferente atención a las necesidades derivadas de la minusvalía del menor y revaloriza la labor que debe desarrollar con tal finalidad la autoridad de aplicación”³⁵.

La Corte sintetiza su doctrina del siguiente modo:

- “el Estado Nacional ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes, so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales”³⁶.

Como puede verse, amén de identificar la fuente del derecho a la salud del niño en tratados internacionales, la Corte extrae y hace aplicables contenidos normativos de las distintas cláusulas citadas. Aunque los párrafos precedentes no están dirigidos propiamente a definir el contenido del derecho subjetivo

34 *Ibidem*, considerando 20, con referencia explícita a los arts. 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

35 *Ibidem*, considerando 33.

36 *Ibidem*, considerando 21, con referencia explícita al art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

a la protección de la salud, la Corte sin embargo delinea a partir de las normas internacionales citadas algunas obligaciones que pesan sobre el Estado en la materia. La primera a destacar es el mandato de llevar a cabo acciones positivas para garantizar el derecho, que incluye el acceso a servicios de salud. La segunda es la responsabilidad última del Estado como garante del cumplimiento de las obligaciones en materia de salud, sin perjuicio de la estructura federal o de la participación en el diseño del sistema de salud de actores privados o de otro tipo de entidades. La tercera, mencionada pero no desarrollada por la Corte, es la obligación de comprometer el máximo de los recursos disponibles para lograr la plena efectividad del derecho a la salud.

Adicionalmente, la Corte establece la existencia de algunas obligaciones específicas referidas al derecho a la salud de los niños y, en especial, de los niños con discapacidad, al menos, la garantía de acceso a los servicios sanitarios, a servicios de rehabilitación y al sistema de seguridad social, modulados por la consideración de la situación de los responsables de su mantenimiento.

Establecido el marco constitucional provisto por los tratados internacionales, la Corte continúa su análisis a partir de la consideración de que el marco legal aplicable constituye la especificación legislativa de estas exigencias constitucionales.

Las circunstancias fácticas de “Monteserin” son similares a las de “Campodónico de Beviacqua”: el padre de un niño con discapacidad promovió acción de amparo contra el Estado Nacional, a efectos de afiliarlo a una obra social y obtener así los beneficios sanitarios y de rehabilitación establecidos por la ley. El amparo fue acogido en primera y segunda instancia, y el Estado interpuso recurso extraordinario contra la sentencia que lo condenaba. La Corte rechaza los argumentos de la representación estatal y confirma la sentencia de segunda instancia.

En lo que aquí interesa, el Procurador General de la Nación resume las conclusiones que hizo suyas la Corte en “Campodónico de Beviacqua”:

- “que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales de jerarquía constitucional (...), se ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud (...) y se ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin per-

juicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales”³⁷;

- “que el Estado Nacional asumió compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales”³⁸.

En la misma línea de ideas, la Corte reafirma lo sostenido en “Campodónico de Beviacqua”. Reconoce la vigencia del derecho a la preservación de la salud a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional, y “la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar esos derechos 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”³⁹.

Seguidamente, la Corte efectúa un resumen de lo decidido en “Campodónico de Beviacqua”, recalcando la asunción de “compromisos explícitos tomados por el gobierno ante la comunidad internacional encaminados a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieran los infantes, en especial los que presenten impedimentos físicos o mentales; a esforzarse para que no sean privados de esos servicios y a procurar una cabal realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social”, mencionando expresamente los artículos 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁰.

Por último, la Corte señala que “el Estado Nacional no puede desentenderse de aquellas obligaciones so pretexto de la inactividad de otras entidades –públicas o privadas– pues es el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos

37 Cfr. “Monteserin”, cit., dictamen del Procurador General de la Nación del 30 de marzo de 2001, considerando VII.

38 Cfr. “Monteserin”, *op. cit.*, considerando VII.

39 *Ibidem*, considerando 11

40 *Ibidem*, considerando 12.

constitucionales que amparan la vida y la salud de los niños y de asegurar la continuidad de los tratamientos que necesiten, habida cuenta de la función rectora que también le atribuye la legislación nacional en ese campo y de las facultades que debe ejercer para coordinar e integrar sus acciones con las autoridades provinciales y los diferentes organismos que conforman el sistema sanitario en el país, en miras de lograr la plena realización del derecho a la salud”⁴¹.

Como se ve, se trata de una formulación que consolida las doctrina de “Asociación Benghalensis” y de “Campodónico de Beviacqua”, junto con la de casos anteriores referidos a las obligaciones en materia de salud de obras privadas y empresas de medicina prepaga, que analizaré a continuación. Así, a la fórmula de “Asociación Benghalensis” y “Campodónico de Beviacqua”, referida a las obligaciones del Estado federal sin perjuicio de las de otras jurisdicciones, se agrega la mención a las responsabilidades de obras sociales y de empresas de medicina prepaga en orden a la satisfacción del derecho a la salud. Analizaré esta cuestión en el próximo acápite.

Otro precedente relevante resuelto por la Corte Suprema en materia de obligaciones estatales derivadas del derecho a la salud es, como “Asociación Benghalensis”, un caso de amparo colectivo iniciado ante la justicia federal por una organización no gubernamental, cuyo objeto es la lucha contra la esclerosis múltiple. Se trata del caso “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”⁴², en el que la organización actora impugnó judicialmente una resolución del Ministerio de Salud que modificaba el Programa Médico Obligatorio aplicable a las entidades participantes en el sistema del seguro de salud, reduciendo la cobertura correspondiente a esa enfermedad de baja incidencia y tratamientos de alto costo. La Cámara Federal de Apelaciones de Salta había hecho lugar al amparo, declarando la nulidad de la resolución cuestionada. La representación estatal interpuso entonces recurso extraordinario ante el máximo tribunal.

En lo que importa para la cuestión que estoy tratando⁴³, la Corte confirma la sentencia de segunda instancia, adhiriendo a los fundamentos del

41 *Ibidem*, considerando. 13.

42 “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 4 de agosto de 2003; decisión de la Corte del 18 de diciembre de 2003.

43 El caso involucra también algunos planteos procesales, como la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación y la adhesión de asociaciones de esclerosis múltiple de otras provincias.

dictamen del Procurador General de la Nación. En relación con la invocación de normas internacionales de derechos humanos, el Procurador reitera que el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en tratados internacionales con rango constitucional, citando el art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 6 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y recalcando que el derecho es extensivo no sólo a la salud individual sino también a la colectiva⁴⁴. Sobre la base de estas y otras consideraciones de índole constitucional, se inclina por la procedencia de la vía del amparo para impugnar la resolución bajo escrutinio judicial, citando a la Corte, subraya la “imprescindible necesidad de ejercer esa vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud”⁴⁵.

Más interesante es el alcance que el Procurador asigna al derecho a la salud —que afirma “está resguardad[o] no sólo por normas nacionales sino también de protección internacional⁴⁶ que tienden a una actitud de apoyo progresivo en el tratamiento de estas manifestaciones del aparato neurológico”— para rechazar los argumentos del Estado⁴⁷. El argumento central del Procurador parece ser la del carácter contradictorio de las razones argüidas por el Estado en sustento de la resolución ministerial impugnada: en efecto, la norma excluye la cobertura del tratamiento para personas que sufran de esclerosis múltiple pero no hayan padecido de brotes o exacerbaciones en los últimos dos años, pero la mantiene para los tratamientos en curso, bajo la excusa de protección del derecho a la salud al no autorizarse tratamientos innecesarios. Adicionalmente, el Procurador afirma que la norma establece una desigualdad de trato injustificada entre enfermos de la misma clase.

44 “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, considerando VII.

45 *Ibidem*.

46 Lamentablemente, el Procurador no cita norma ni estándar alguno para ilustrar sus dichos. Al respecto, el art. 2.1 del PIDESC y las Observaciones Generales Nros. 5 y 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hubieran podido aportarle alguna ayuda.

47 “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”, dictamen del Procurador, considerando VIII.

2.2. Las obligaciones de sujetos no estatales participantes del sistema sanitario

Veamos, pues, el juego de los casos referidos al alcance de las obligaciones de sujetos no estatales participantes del sistema sanitario en materia de derecho a la salud.

Un primer caso relevante, anterior a la doctrina de “Asociación Benghalensis”, “Campodónico de Beviacqua” y “Monteserin”, estableció límites a la posibilidad de que el Estado imponga obligaciones positivas a los particulares que forman parte del sistema de salud. En la causa “Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”⁴⁸, la Corte respaldó el reclamo de un hospital privado que impugnaba una decisión del Secretario de Salud de la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires que se negaba a aceptar el traslado de una niña internada en terapia intensiva en el establecimiento privado a un hospital público, bajo el argumento de que la paciente contaba con cobertura privada. La sentencia de segunda instancia acogió el pedido del establecimiento privado, y la representación del Gobierno municipal interpuso recurso extraordinario por considerar que la sentencia era arbitraria. Como puede notarse, se trata de un caso complejo, en el que entran en juego varios intereses: el interés de la niña y de sus padres de mantener la internación en el hospital privado, el interés del establecimiento privado de poner fin a la internación, y el interés del Estado de resistir el traslado. El alcance de la prestación debida por el establecimiento privado a la paciente era a su vez objeto de litigio.

La Corte confirmó la sentencia de segunda instancia y rechazó los argumentos del Gobierno municipal, señalando que la representación estatal no invocó norma alguna que impusiera a los servicios de medicina prepaga mantener a pacientes en terapia intensiva por un período superior al establecido en el contrato de adhesión que liga a paciente y prestadora privada. En lo que hace al tema que aquí interesa, la Corte –amén de citar normas de la Constitución local– funda su decisión en el art. 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño, señalando que “impone a los estados partes la obli-

48 “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 11 de junio de 1998.

gación de reconocer a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social y de adoptar las medidas necesarias para lograr la plena realización de ese derecho⁴⁹. Sobre esa base, la Corte considera que corresponde al Estado asumir la internación y tratamiento de la paciente, como garante del derecho a la salud.

Como puede apreciarse, el sentido del fallo es equívoco. La mención del derecho a la salud y a la seguridad social de la niña internada –cuyo interés no es considerado directamente por la Corte– se utilizan para descargar de responsabilidad a la prestadora privada y para hacer recaer la responsabilidad de la internación en el Estado. Es dudoso que semejante razonamiento haya tenido en consideración el derecho a la salud de la paciente: la interrupción de la internación y su traslado a un establecimiento público no indican una gran preocupación por la salud de la niña. Parece, más bien, que la Corte ha favorecido el interés comercial de la prestadora privada, dirimiendo indirectamente el conflicto de intereses entre paciente y empresa de medicina a favor de esta última y haciendo finalmente responsable al Estado de la internación y tratamiento. En todo caso, cabe señalar que –en sentido similar al de los precedentes ya comentados– la decisión de la Corte impone sobre el Estado obligaciones positivas a efectos cumplir sus obligaciones relativas al derecho a la salud no es clara, sin embargo, la justicia de la solución, en la medida en que para ello minimizó las obligaciones del prestador privado. Como veremos, esta tendencia fue modificada en decisiones posteriores.

Un último argumento –de orden constitucional local– empleado por la Corte se refiere a la posibilidad de que, en caso de determinarse en otro juicio que la prestación era debida por el establecimiento privado, el Estado repita contra aquel los costos de la internación y tratamiento⁵⁰. El argumento, sin embargo, podría revertirse: si en interés de la salud de la paciente hubiera correspondido el mantenimiento de la internación en el hospital privado, y finalmente se hubiese determinado judicialmente que la prolongación de la internación no resultaba cubierta por el plan médico de la paciente, al establecimiento privado le cabía la posibilidad de repetir los costos de la internación al Estado dado que, según la propia Corte, se trata del garante último

49 “Policlínica Privada”, *op. cit.*, considerando 8.

50 *Ibidem*, considerando 9, con cita del art. 20 *in fine* de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

del sistema sanitario. Con esta solución se resguardaban de mejor modo el interés de la paciente, el interés comercial del establecimiento privado, y la responsabilidad última del Estado.

Como he dicho, en decisiones posteriores la Corte ha variado su orientación y ha sido más enérgica en la imposición de obligaciones en materia de prestaciones de salud a prestadoras privadas. En relación con el tema, se perfilan centralmente dos tipos de casos: aquellos en los que la Corte decide dar cobertura constitucional a la imposición legal de obligaciones de prestación a sujetos privados –como obras sociales y empresas de medicina prepaga– y aquellas en las que respalda la demanda de un individuo contra una obra social o una empresa de medicina prepaga referida a su inclusión en un plan médico o a la cobertura de cierto tratamiento.

Un ejemplo notable de la primera orientación es la decisión adoptada en el caso “Hospital Británico”⁵¹. En la especie, un hospital privado impugnó la constitucionalidad de la norma que extendió a las empresas de servicios de medicina prepaga la cobertura de las prestaciones obligatorias dispuesta para las obras sociales en la ley 24.455 respecto de los riesgos derivados de la drogadicción y del contagio del virus VIH (ley 24.754). Se trata de una ley que impone obligatoriamente tratamientos a las empresas de medicina prepaga. La actora alegó violaciones al principio de igualdad, al derecho de propiedad, a la libertad contractual y al principio de razonabilidad.

La sentencia de segunda instancia acogió los argumentos de la empresa y declaró la inconstitucionalidad de la norma en cuestión. Ante esa situación, la representación del Gobierno interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar a la queja examinada por la Corte.

La mayoría de la Corte afirmó que la sentencia de segunda instancia era arbitraria, ya que la impugnante no demostró concretamente el gravamen que la ley le causaría. En consecuencia, revirtió la sentencia y declaró la constitucionalidad de la ley impugnada. En lo que aquí importa, se remitió a los fundamentos del Procurador General de la Nación, cuyo dictamen sostuvo:

51 “Hospital Británico de Buenos Aires c/Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo”, dictamen del Procurador General de la Nación del 29 de febrero de 2000, decisión de la Corte del 13 de marzo de 2001.

[D]ebe señalarse que, superada la etapa de considerar implícitos como garantías constitucionales los derechos a la vida y a la salud, el art. 75, inc. 22, de la Carta Magna —que confirió jerarquía constitucional a numerosos documentos internacionales en materia de derechos humanos— vino a introducir de manera explícita —vía, por ejemplo, el art. 12, punto 2, ítem c, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (v. ley 23.313)- la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias para la “prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas...” (confr., además, los arts. 25, párrafo 1º, de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”; IX de la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” y 10º del “Protocolo de San Salvador”, en especial, su ap. 2, ítems b, c y d⁵²; entre otras disposiciones del derecho internacional en la materia)⁵³.

El Procurador considera, entre otros argumentos, que la imposición de deberes a las empresas de medicina privada en materia de cobertura de tratamientos contra el SIDA se justifica como medida adoptada por el Estado para cumplir con sus obligaciones internacionales en la materia. Es decir, a efectos de cumplir con sus obligaciones positivas en el tema, el Estado puede regular la actividad de las empresas privadas dedicadas a prestar servicios de salud, imponiéndoles cargas específicas de cobertura. De acuerdo con el Procurador, este es el marco en el que hay que interpretar las leyes 24.455 y 24.754. En este sentido, el dictamen afirma que

Las precedentes disposiciones [es decir, las leyes 24.455 y 24.754], así como otras en materia de salud y asistencia sanitaria, entiendo que vienen a constituirse en la expresión legislativa de la asunción por el Estado Nacional de aquellos compromisos, respecto de materias que por su proximidad con los derechos a la vida y a la dignidad personal deben entenderse entre las señeras del ordenamiento, como, por otra parte -insisto- lo dejaron establecido, por medio del art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental, los constituyentes en ocasión de la última reforma⁵⁴.

52 El Procurador General peca aquí de un cierto apresuramiento: su dictamen es del 29 de febrero de 2000 y Argentina recién depositó el instrumento de ratificación del Protocolo de San Salvador el 23 octubre de 2003, es decir, no era parte aún del tratado.

53 Cfr. “Hospital Británico”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, considerando IV.

54 *Íbidem*, considerando IV.

Amén de este argumento, el Procurador opina que las mencionadas leyes pueden ser entendidas como un ejercicio concreto de la facultad del Congreso de establecer medidas de acción positiva para el logro de la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos para las personas con discapacidad, establecidas en el art. 75 inc. 23 de la Constitución nacional, con este argumento se produce una nueva conexión entre el derecho a la salud, reconocido por tratados internacionales, y las medidas adoptadas por el Congreso para garantizarlo⁵⁵.

La mayoría de la Corte y varios de sus miembros en votos particulares adhieren a la opinión del Procurador General. Sin embargo, el juez Vázquez se extiende aquí en mayores consideraciones, algunas de las cuales tienen relevancia para el tema que tratamos. Así, Vázquez dedica algunos párrafos a discutir el argumento de la empresa, de acuerdo con el cual el Estado Nacional es el responsable exclusivo del debido resguardo del derecho a la salud de los habitantes de la nación.

Vázquez recuerda nuevamente que “con motivo de la última reforma constitucional, el Estado Nacional asumió numerosos compromisos en materia de derechos humanos al incorporar un importante grupo de tratados que enumeró en el art. 75 inc. 22”, mencionando las cláusulas respectivas de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y transcribiendo los incisos c) y

55 El Procurador hubiera podido extender el argumento, señalando las obligaciones concretas relacionadas con la adopción de acción destinadas a garantizar el derecho a la salud a las personas con discapacidad y las personas infectadas por el virus VIH.. Cfr., por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nro. 5, “Personas con discapacidad”, párr. 34 y Observación General Nro. 14, “El derecho a la salud”, par. 26; Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General Nro. 3, “El VIH/SIDA y los derechos del niño”, párr. 17, 18, 25 y 36; Observación General Nro. 4, “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”, párr. 25, 26, 31, 35 y 38; y Observación General Nro. 5, “Medidas generales de implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, párr. 43 y 44; Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Comentario General Nro. 15, “Eliminación de la discriminación contra la mujer de las estrategias nacionales para la prevención y control del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)”, puntos b) y d); Comentario General Nro. 18, “Mujeres con discapacidad” y Comentario General Nro.24, “Mujer y salud”, párr. 17, 18, 25 y 31 b).

d) del art. 12 de este tratado (“entre las medidas que los Estados Partes deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental deberían figurar “...la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas” (inc. c) y “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”)⁵⁶.

A continuación, Vázquez efectúa una disquisición bastante dudosa:

Sentado lo anterior, corresponde diferenciar el interés simple del interés legítimo y el derecho subjetivo. Repárese, que para ejercer el derecho subjetivo a la salud es necesario realizar una actividad conducente a fin de completar y coadyuvar a que el Estado brinde las posibilidades reseñadas en las cláusulas expuestas⁵⁷.

Esta distinción no se desprende de ninguno de los tratados mencionados, y es contradictoria con la línea de argumentación sostenida en los casos que he analizado, en los cuales el derecho subjetivo a la protección de la salud – con todas las calificaciones que pudieran imponerse por vía reglamentaria – es un derecho de raigambre constitucional que surge no de “realizar una actividad conducente a fin de coadyuvar” al Estado, sino de la sola condición de ser humano sujeto a la jurisdicción del Estado.

Vázquez concluye con una observación que, sin embargo, no se deriva en absoluto de lo dicho antes:

En la situación planteada en esta causa, se pone en evidencia que la iniciativa personal del particular que se abona a un sistema de medicina prepaga o afilia a una obra social le otorga tal derecho, correspondiéndole al Estado no satisfacer la prestación en forma directa sino vigilar y controlar que las prestatarias cumplan su obligación⁵⁸.

56 Cfr. “Hospital Británico”, *op. cit.*, voto del juez Vázquez, considerando 9.

57 *Ibidem*, considerando 9.

58 *Ibidem*, considerando 9.

Uno puede coincidir con la conclusión –que el Estado, como garante del derecho a la salud, debe controlar la debida prestación del servicio médico en los casos en los que el prestatario sea privado– sin necesidad de aceptar que el derecho a la salud sólo deviene derecho subjetivo cuando uno “realiza una actividad conducente para coadyuvar al Estado”, que no es más que un eufemismo para decir “cuando uno paga el servicio”. Sin embargo, cuando –de acuerdo con su capacidad contributiva– uno hace aportes a la obra social o se abona a un servicio de medicina prepaga, el Estado, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, tiene facultades para regular y supervisar el servicio prestado, asegurándose, por ejemplo, de que las condiciones de contratación y prestación sean equitativas y no discriminatorias.

Vázquez reitera a renglón seguido la doctrina del tribunal en fallos anteriores (“este Tribunal reafirmó en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida– y destacó la obligación impostergable que tiene la autoridad pública 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”⁵⁹). Finalmente, justifica el dictado de las leyes 23.798, 24.455 y 24.754 a la luz de la “necesidad de hacer efectivos los derechos contenidos en los aludidos pactos internacionales (concernientes principalmente a la vida, la salud y la dignidad personal)”⁶⁰.

La Corte ha decidido varios casos que representan la segunda vertiente mencionada –casos en los que respalda la demanda de un individuo contra una obra social o una empresa de medicina prepaga referida a su inclusión en un plan médico o a la cobertura de cierto tratamiento.

En “Etcheverry c/Omint”⁶¹, la mayoría de la Corte hizo lugar al recurso extraordinario del actor, afiliado a una empresa de medicina prepaga como anexo de su remuneración que, ante la pérdida del empleo en relación de dependencia, solicita a esa empresa el mantenimiento del vínculo contractual, ofreciendo hacerse cargo personalmente del abono de la cuota correspondiente. Ante la detección del VIH en el actor, la empresa de medicina pre-

59 *Ibidem*, considerando 10

60 *Ibidem*, considerando 11.

61 “Etcheverry, Roberto E. c/Omint Sociedad Anónima y Servicios”, dictamen del Procurador General de la Nación del 17 de diciembre de 1999, decisión de la Corte del 13 de marzo de 2001.

paga se rehúsa a aceptar la solicitud del mantenimiento de la relación contractual. Tanto el juez de primera instancia como la alzada rechazaron la acción de amparo, bajo el argumento de la libertad contractual de la empresa de medicina prepaga.

La Corte adhiere nuevamente a los argumentos del dictamen del Procurador General de la Nación. Analizando centralmente el caso a partir del reproche de arbitrariedad de la sentencia de rechazo del amparo, el Procurador —en lo que aquí interesa— invoca normas internacionales para encuadrar la relación contractual de las partes. Así, el Procurador afirma que

[N]o debe olvidarse que si bien la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga atañe esa índole [la de un negocio comercial] (arts. 7 y 8, inc. 5° del Cód. de Com), en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas (v. arts. 3, “Declaración Universal de los Derechos Humanos”; 4 y 5 de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, y 42 y 52 inc. 22, de la Ley Fundamental), también 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 (v. art. 1, ley 24.754)⁶².

Dicho de otro modo, el Procurador sugiere una interpretación del régimen de contratación de adhesión típico del negocio de la medicina prepaga conforme a las cláusulas constitucionales e internacionales que establecen el derecho a la salud. Esto importa un reconocimiento de eficacia horizontal del derecho constitucional a la salud en las relaciones entre particulares⁶³ —es decir, la aplicación concreta de la doctrina de la *drittwirkung* al derecho a la

62 Cfr. “Etcheverry c/Omint”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. IV.

63 A diferencia de otros países, en los que la discusión sobre la posibilidad de invocación de derechos constitucionales en relaciones entre privados presenta duras controversias, la Corte Suprema argentina ha aceptado el efecto horizontal de esos derechos desde finales de la década de los cincuenta. Ver “Kot, Samuel S.R.L. s/habeas corpus”, 5 de septiembre de 1958, en el que se discute explícitamente la cuestión —que constituye, a su vez, el motivo de la disidencia de dos jueces en esa sentencia. Sobre la doctrina de la *drittwirkung*, ver nota 68 *infra*. Sobre la posibilidad de invocación de derechos derivados de normas internacionales de derechos humanos entre particulares, ver Christian Courtis, “La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares”, en Homenaje a Julio Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires (en prensa).

salud— que obliga a considerar especialmente el objeto de la relación contractual —en este caso, una prestación privada destinada a satisfacer el derecho a la salud— para establecer el alcance de las respectivas obligaciones de las partes. La noción de “compromiso social con sus usuarios” supone la posibilidad de establecer cargas o modulaciones que tomen en consideración el carácter satisfactorio de un derecho humano que reviste la prestación, independientemente de que sea llevada a cabo por una empresa privada.

Amén de la remisión de la mayoría de la Corte a los fundamentos del dictamen del Procurador —y de las disidencias de los jueces Belluscio, Bossert y Petracchi, que se limitan declarar inadmisibles el recurso extraordinario—, el juez Vázquez emite también aquí un voto particular. Sin embargo, Vázquez no argumenta mayormente sobre la base de tratados internacionales⁶⁴, sino que abunda sobre el alcance de las obligaciones que emanan de los contratos de adhesión en materia de medicina prepagada.

En “N., L. M. y otra c/Swiss Medical Group S.A.”⁶⁵, la Corte, adhiriendo a los fundamentos expuestos en el dictamen del Procurador Fiscal de la Nación, revocó la decisión de segunda instancia que había dejado sin efecto una medida cautelar solicitada por los actores en contra de la empresa de servicios médicos demandada, consistente en asegurar los fondos suficientes para cubrir la totalidad de las prestaciones médicas destinadas a un niño, a partir de lo estipulado en un convenio homologado judicialmente. Dictada la medida cautelar en primera instancia, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil la revocó, por considerar que no se había determinado concretamente el tratamiento que correspondía al paciente. Entre los argumentos invocados por los demandantes se encuentra la violación de tratados internacionales con jerarquía constitucional, tales como el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los arts. 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En lo que aquí resulta materia de análisis, el Procurador Fiscal opina que —pese a que en principio las decisiones relativas a medidas cautelares son aje-

64 Salvo, tal vez, para afirmar la existencia de garantías constitucionales violadas, que sin embargo no se identifican explícitamente. Cfr. “Etcheverry c/Omint”, *op. cit.*, voto del juez Vázquez, consid. 4.

65 “Recurso de hecho deducido por L. M. N. y Virginia M. Catenazzi por sí y en representación de su hijo menor F. M. N. en la causa N., L. M. y otra c/Swiss Medical Group S. A.”, dictamen del Procurador Fiscal de la Nación del 11 de junio de 2003, decisión de la Corte de 21 de agosto de 2003.

nas al recurso extraordinario—, cabe hacer excepción a ese principio cuando lo decidido ocasiona un perjuicio de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior. De acuerdo con el Procurador, esta circunstancia se da en el caso examinado. Para reforzar su argumento, el Procurador señala que

No puede escapar a este examen, que lo decidido —como lo acabo de expresar— compromete el interés superior de un menor, cuya tutela encarece, elevándolo al rango de principio, la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional con arreglo al artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional. Esta Procuración ha recordado (...) que, como lo señalaron los jueces Fayt y Moliné O'Connor en Fallos: 318:1269 —a quienes se sumó el juez López en Fallos: 318:1676— los menores, máxime en circunstancia en que se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo, a más de la especial atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda; siendo que la consideración primordial del interés del niño que la Convención citada impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos —según parecer de Fallos: 322:2701 y 324:122, y voto de los jueces Moliné O'Connor y López en Fallos: 324:975— viene a orientar tanto como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos⁶⁶.

La línea de argumentación del Procurador recuerda la vertiente alemana y española de interpretación de la doctrina de la *drittwirkung*, es decir, el efecto “mediato o indirecto” de la eficacia de derechos fundamentales entre particulares: no se imputa violación de un derecho fundamental a la empresa privada, sino a la sentencia que no lo protege⁶⁷. El resultado, en todo caso, es

66 “N, L. M.”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. III.

67 Para una discusión de la doctrina de la *drittwirkung*, ver Juan María Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; Jesús García Torres y Antonio Jiménez-Blanco, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986; Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000; Tomás de la Quadra-Salcedo, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981 y María Venegas Grau, *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, Madrid, 2004. Sintéticamente, Jose Joaquim Gomes Canotilho y Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 2° ed., Coimbra Editora, Coimbra,

idéntico al de la argumentación adelantada por el Procurador General en “Etcheverry c/Omint”: la empresa privada es condenada a cumplir la medida cautelar.

En la causa “Martín, Sergio Gustavo y otros c/Fuerza Aérea Argentina”⁶⁸, probablemente el precedente de mayor activismo judicial en esa materia, la Corte acoge una demanda de amparo promovida por los padres de una niña con discapacidad afiliada a la obra social de la Fuerza Aérea, destinada a obligar a la entidad a hacerse cargo de su tratamiento integral. La particularidad del caso es que esa obra social no adhirió al Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad (ley 24.901).

La mayoría de la Corte –con el voto de dos conjueces y la disidencia de los jueces Belluscio, Boggiano y Petracchi– se remite nuevamente a los fundamentos del Procurador General de la Nación.

El Procurador recuerda que “ha quedado en claro no sólo el plano constitucional en que [la Corte] sitúa el asunto sino, también, la índole de las obligaciones que conciernen al Estado Nacional en su condición de garante primario del sistema de salud –inclusive en el orden internacional– sin perjuicio de las que corresponden a las jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga”⁶⁹. Aunque considera que la obra social demandada reviste carácter de organismo estatal, acepta que no adhirió al sistema de las leyes 23.660, 23.661 ni 24.901, con lo cual, no existiría base legal para imponer la obligación a la demandada.

Sin embargo, el Procurador funda la decisión de acoger la demanda en deberes de solidaridad que emanarían de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional en materia de asistencia integral a la discapacidad, y del interés superior del niño, consagrado como principio de rango

1993, pp. 144-148, y Jose Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2° ed., Almedina, Coimbra, 1998, pp. 1150-1160; Ingo Wolfgang Sarlet, “Direito Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, en Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *A Constituição concretizada. Construindo pontes como o público e o privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, pp. 107-163.

68 “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 de octubre de 2002, decisión de la Corte de 8 de junio de 2004.

69 Cfr. “Martín”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. III.

constitucional por la inclusión de la Convención sobre los Derechos del Niño en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Repitiendo el párrafo citado en la causa “N., M. L. y otra c/Swiss Medical Group”, el Procurador afirma que, si toda autoridad nacional e incluso los jueces están obligados a velar por el cuidado del interés superior del niño, “no es admisible pueda resultar notoriamente dejada de lado por un ente como la Dirección General de Bienestar para la Fuerza Aérea, situado, finalmente, en órbita del Ministerio de Defensa de la Nación; es decir, del Poder Ejecutivo Nacional”⁷⁰. Reitera así la “impostergable obligación de la autoridad pública de emprender, en este campo, acciones positivas, especialmente en todo lo que atañe a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieran los infantes, con particular énfasis a aquellos que presenten impedimentos físicos o mentales (...), cuyo interés superior debe ser tutelado, por sobre otras consideraciones, por todos los departamentos gubernamentales”⁷¹.

Sobre esa base, el Procurador considera que el comportamiento de la obra social es incompatible con las obligaciones impuestas por el cuidado del interés superior del niño, por no haber adoptado conducta alguna destinada a lograr “la realización plena de los derechos de la menor discapacitada a los beneficios de la seguridad social (...), con el alcance integral que en esta materia estatuye la normativa tutelar a que se hizo varias veces referencia”⁷².

La línea argumental expuesta por el Procurador parece sugerir la ruptura por parte de la obra social de obligaciones fiduciarias hacia la niña con discapacidad afiliada, impuestas por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Finalmente, la solución propuesta por el Procurador se funda en razones de urgencia: se subraya el peligro de frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional si la niña debiera esperar el inicio de un nuevo trámite dirigido a una entidad diferente. Para respaldar esta tesis, el Procurador se refiere a la inadmisibilidad de la suspensión de la satisfacción de los intereses de la niña en juego, con cita indirecta de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷³.

70 Cfr. “Martín”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. VIII.

71 *Ibidem*.

72 *Ibidem*.

73 *Ibidem*.

Cabe señalar que la disidencia de los jueces Belluscio, Boggiano y Petracchi se funda en la ausencia de arbitrariedad de la conducta de la demandada, y en la inexistencia de analogía de la causa examinada con los precedentes que invoca el Procurador, es decir, “Campodónico de Beviacqua” y “Monteserin”.

En autos “V., W. J. c/OSECAC”⁷⁴, la Corte acogió la demanda del actor, destinada a obligar a la obra social de empleados de comercio a obtener cobertura médico-asistencial en condición de adherente voluntario. Los hechos son similares a los ya expuestos en “Etcheverry c/Omint”: un afiliado a la obra social en virtud de su condición de asalariado pierde el empleo, y solicita la continuación de la cobertura en carácter de beneficiario voluntario. Detectado la infección con el VIH, la obra social rechaza el pedido. El actor alega, entre otros argumentos, que la sentencia de segunda instancia que confirma el rechazo de la demanda viola los arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Nuevamente, la Corte se remite a los fundamentos expuestos por el Procurador General de la Nación. El Procurador sostiene, como en casos anteriores, que “si bien la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga presenta rasgos comerciales, en tanto ellas tienden a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, adquieren también un compromiso que excede o trasciende el mero plano comercial (...)”⁷⁵. El Procurador afirma que se encuentran en situación de riesgo los derechos fundamentales a la vida y a la salud del quejoso, que involucran también obligaciones de las obras sociales y de las entidades de medicina prepaga. Señala que la sentencia de segunda instancia no consideró los argumentos relativos a la falta de justificación de la obra social del rechazo de la solicitud de afiliación presentada por el actor⁷⁶, ni los relacionados con los derechos constitucionales a la vida y a la salud del peticionario, y por ende, debe ser considerada arbitraria.

Por último, aunque sin referir argumentos fundados en normas internacionales, señala que el rechazo de la obra social es irrazonable, condena al peticio-

74 “V., W. J. c/Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/sumarísimo”, 2 de diciembre de 2004.

75 “V., W. J.”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. V.

76 *Ibidem*.

nario a una situación de difícil o imposible acceso a otra cobertura sanitaria similar, y vulnera el principio de buena fe en las relaciones contractuales, teniendo en cuenta la relación jurídica preexistente entre el actor y la demandada.

Finalmente, en una interesante causa, “M., S. A.”⁷⁷, en la que hizo enérgico uso de sus facultades para solicitar medidas para mejor proveer y diseñar el remedio procesal adecuado a la cuestión debatida, la Corte invocó nuevamente argumentos fundados en normas internacionales de derechos humanos para revocar por arbitraria una sentencia de segunda instancia y dar curso a una acción de amparo interpuesta por los padres de una niña afectada de atrofia muscular espinal (enfermedad de Werdnig-Hoffman), originariamente destinada a obligar a la obra social –Superintendencia de Bienestar de la Policía Federal Argentina– a cubrir la solicitud de ayuda económica para realizar en el exterior un tratamiento médico.

El amparo, acogido en primera instancia, fue rechazado por la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, bajo argumentos de incongruencia de lo decidido con respecto a lo originalmente peticionado y violación al derecho de defensa. La cuestión central para adoptar esa decisión fue el cambio de destino del tratamiento; originalmente se había solicitado el traslado a una institución rusa, y posteriormente se modificó el destino del pedido, reclamándose la cobertura del tratamiento en Cuba.

La Corte, por unanimidad, consideró arbitraria la sentencia de segunda instancia, pero modificó el alcance de la resolución, por considerar que no estaba demostrada la necesidad de un tratamiento en el exterior, sino la necesidad de un tratamiento continuo que podía realizarse en un hospital local.

En lo que hace a los argumentos fundados en normas internacionales, la Corte reitera la necesidad de respuestas judiciales expeditas y adecuadas, que eviten la frustración de derechos tutelados constitucionalmente, cuando se trata de resguardar el interés superior del menor⁷⁸.

Afirma, entonces:

Que la decisión del a quo ha soslayado dichas pautas. Con un razonamiento ritual, impropio de la materia que se debate, ha hecho hincapié en la extem-

77 “Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de S. A. M. en la causa M., S. A. s/materia: previsual s/recurso de amparo”, del 23 de noviembre de 2004.

78 “M., S. A”, *op. cit.*, considerando 9.

poraneidad del cambio de destino solicitado para el tratamiento, sin atender al propósito sustancial de la acción de amparo, que ha sido, en definitiva, preservar la vida, la salud y la integridad física de la menor ante el grave riesgo en que se hallaba, lo que compromete derechos reconocidos con carácter prioritario en los tratados internacionales que vinculan a nuestro país (fs. 78/86; 300/301 vta. de los autos principales; arts. 3º, 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Fallos: 323:3229; 324:3569 y sus citas)⁷⁹.

La Corte reitera que está en juego la evaluación del interés superior de la niña, encarecido por el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño⁸⁰, y requiere informe al Cuerpo Médico Forense acerca de la existencia de tratamientos para la enfermedad y de instituciones que desarrollen en el ámbito nacional terapias eficaces dirigidas a mejorar la calidad de vida de la niña. En sentido similar, requiere al Hospital Garrahan una evaluación médica completa, con indicación del plan terapéutico sugerido para el alivio de la menor. A partir de esos informes, considera que la menor requiere terapias de rehabilitación continuadas en el tiempo, de intensidad progresiva y seguimiento profesional constante, exigencias que no fueron satisfechas por la obra social, ni podrían ser cubiertas con tratamientos contingentes fuera del país. La Corte afirma a partir de la prueba producida que existen en el país condiciones concretas para prestar la atención sanitaria requerida por la niña, y condena a la obra social a garantizar las prácticas que faciliten una mejor expectativa de vida, de acuerdo con los recursos científicos con que cuenta el país, declarando el derecho de la niña a obtener los cuidados que su estado requiere, en las condiciones indicadas por el Cuerpo Médico Forense y los especialistas del Hospital Garrahan.

Sin embargo, no todas las demandas han sido exitosas. El fallo “Chena”⁸¹ marca un límite negativo a estos casos: en esa actuación judicial, los actores plantearon por vía de amparo que tramitó originariamente ante la Corte un pedido de extensión de la cobertura de la obra social del personal de la sanidad que había cesado por la situación de desempleo del peticionante. La petición se dirige a obtener cobertura gratuita de la atención médica y

79 *Ibidem*, considerando 10.

80 *Ibidem*, considerandoss 12 y 19.

81 “Chena, Patricia Susana y otros c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo”, 13 de noviembre de 2001.

tratamiento terapéutico y asistencial de su hija con discapacidad auditiva. Los actores invocan el respeto del derecho a la salud y el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte evita abordar el planteo relativo al derecho a la salud, y –a partir de la aplicación del art. 10 de la Ley de Obras Sociales (ley. 23.660)– declara que el cese de la cobertura por parte de la obra social no es manifiestamente ilegal o arbitraria, sino ajustada a derecho, dada la extinción del contrato de trabajo y el transcurso de los tres meses de prórroga sin mediar aportes.

Subsidiariamente, los actores solicitan la asistencia del Estado nacional, de la Provincia y de la Municipalidad. La Corte considera que la conducta de los codemandados no canceló el derecho de los peticionantes a obtener asistencia y, en consecuencia, tampoco es manifiestamente ilegal o arbitraria. Por ello, el tribunal rechaza liminarmente el amparo.

El estilo legalista de resolución del caso contrasta con la mayor proclividad de casos posteriores a invocar el interés superior del niño, el respeto de su derecho a la salud y la urgencia de la situación como principios que gobiernan el caso y, en consecuencia, un menor rigor procedimental y formal. La Corte parece reprochar la estrategia procesal elegida: el intento de extensión *praeter legem* de la cobertura de la obra social a quien perdió el beneficio, y la ausencia de agotamiento del trámite de cobertura frente a los poderes públicos.

Contrastar este caso con la línea de casos posteriores en los que se enjuicia a una obra social o a una empresa de medicina prepaga abre un interrogante preocupante: los deberes de “solidaridad social” invocados en “Etcheverry”, “N., L. M.”, “Martín” y “V., W. J.” se limitan a los supuestos en los que el usuario paga el aporte u ofrece pagarlo. Producida la desafiliación –ligada, generalmente, a una situación de desempleo–, poco espacio queda para reclamar “solidaridad social” de la obra social. Queda sólo el recurso de dirigirse a las autoridades públicas. No obstante, cabe señalar que el sentido de los precedentes “Campodónico de Beviacqua”, “Monteserin” y “Alcalá” refuerza la posibilidad de exigir cobertura –al menos la estipulada por vía legislativa– a los poderes públicos.

2.3. Medidas cautelares

La Corte Suprema ha resuelto también un gran número de casos –generalmente acciones de amparo– en los que, ejerciendo su jurisdicción originaria –y aún considerándose incompetente– ha concedido medidas cautelares consistentes en la provisión de medicamentos, sillas de ruedas, elementos ortopédicos, dispositivos de asistencia, la realización de tratamientos médicos y de intervenciones quirúrgicas⁸². Se trata de casos resueltos brevemente, en los cuales la argumentación del tribunal se limita a considerar acreditada la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

Aunque en ninguno de estos casos la Corte abunda en consideraciones referidas al derecho internacional, parece obvio que para efectuar el juicio de verosimilitud de un derecho, el juzgador debe aceptar la existencia del derecho invocado y la correlación entre ese derecho y la medida solicitada. No es arriesgado, entonces –aunque la Corte no lo haga explícito– postular la vinculación entre aquellos precedentes ya comentados en los que el tribunal reconoce la existencia del derecho a la preservación de la salud de acuerdo tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional – que funcionan como la fuente de identificación del derecho que se considera verosímil– y el contenido de las medidas cautelares concedidas.

82 Ver, por ejemplo, entre los casos en los que la Corte se considera competente originariamente: “Alvarez, Oscar Juan c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción de amparo”, 12 de julio de 2001; “Orlando, Susana Beatriz c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo”, 4 de abril de 2002; “Díaz, Brígida c/Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación) s/amparo”, 25 de marzo de 2003; “Benítez, Victoria Lidia y otro c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/acción de amparo”, 24 de abril de 2003; “Mendoza, Aníbal c/Estado Nacional s/amparo”, 8 de septiembre de 2003; “Rogers, Silvia Elena c/Buenos Aires, Provincia de y otros (Estado Nacional) s/acción de amparo”, 8 de septiembre de 2003; “Sánchez, Enzo Gabriel c/Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/acción de amparo”, 18 de diciembre de 2003; “Laudicina, Angela Francisca c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción de amparo”, 9 de marzo de 2004; “Sánchez, Norma Rosa c/Estado Nacional y otro s/acción de amparo”, 11 de mayo de 2004, e intimación y fijación de *astreintes* por incumplimiento de lo ordenado del 8 de junio de 2004. Entre los casos de declaración de incompetencia para entender en el amparo y, sin embargo, concesión de la medida cautelar dado el peligro en la demora, ver: “Diéguez, Verónica Sandra y otro c/Buenos Aires, Provincia de s/acción de amparo”, 27 de diciembre de 2002; “Kastrup Phillips, Marta Nélide c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/acción de amparo”, 11 de noviembre de 2003; “Podestá, Leila Grisel c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción de amparo”, 18 de diciembre de 2003.

2.4. Los límites a la justiciabilidad del derecho a la salud o la impotencia de la Justicia

El caso “Ramos”⁸³ aparece como una anomalía en la profusa línea de precedentes ya reseñados. En una causa correspondiente a su jurisdicción originaria, la Corte –desdiciéndose de gran parte de las afirmaciones normativas realizadas en casos anteriores y reafirmadas en casos posteriores– rechaza *in limine* la acción de amparo en la que la peticionante reclama, entre otros derechos sociales, la tutela del derecho a la salud de sus hijos menores de edad.

Analizaré el caso con algún detenimiento, ya que marca los límites a la justiciabilidad del derecho a la salud –y, por añadidura, de otros derechos sociales– que establece la propia Corte. Comparar este caso con los casos en los que el tribunal ofreció una respuesta favorable a los peticionantes puede arrojar luz al respecto de cuándo es conveniente emplear la vía judicial para reclamar derechos sociales, y cuándo la estrategia judicial se vuelve inviable.

El relato de la actora del caso “Ramos” es dramático, y sin embargo similar al de miles de argentinos, en especial a partir de la brutal crisis exteriorizada en diciembre de 2001. Dice habitar en una vivienda humilde con ocho hijos, varios de ellos enfermos, que está desempleada, que sus hijos en edad escolar no asisten a clase por falta de medios, que una de sus hijas requiere una intervención quirúrgica por padecer de una cardiopatía congénita, que no tiene familiares a quienes reclamar alimentos, que sólo dos de sus hijos fueron reconocidos por sus padres y que ninguno de éstos se encuentra en condiciones económicas de procurarse siquiera su propio sustento. Alega que la situación de pobreza estructural en la que se encuentra y sus carencias educativas le impiden una inserción laboral, lo que seguramente se repetirá con sus hijos, que no podrán completar sus estudios y sufren además de desnutrición. Afirma que no cuenta con bienes materiales que le permitan asegurar la supervivencia de sus hijos, y ni siquiera se encuentra en condiciones de mandarlos a estudiar.

Su demanda está encaminada a que las autoridades nacionales y provinciales respeten sus derechos y los de sus hijos a una alimentación sana, a la salud, a la educación y a una vivienda digna, y que por ende, les suministren de manera concreta, efectiva, continua y mensual una cuota alimentaria que

83 “Ramos, Marta Roxana y otros c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo”, 12 de marzo de 2002.

les permita satisfacer sus necesidades básicas y vivir dignamente; reclama además la cobertura de las prestaciones médicas requeridas por su hija enferma, las condiciones materiales para que sus hijos en edad escolar concurren a un establecimiento educacional, que se declare la invalidez constitucional de toda norma que impida lo anterior, que se declare la inconstitucionalidad del accionar de los demandados por omisión de cumplimiento de lo petitionado, y que se declare la constitucionalidad del derecho que les asiste a que se les suministre una cuota alimentaria.

La demanda invoca normas constitucionales, y los siguientes instrumentos internacionales: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre los Derechos del Niño y Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Puede imaginarse fácilmente la respuesta de la Corte ante semejante caudal de peticiones. Todos los votos —el de la mayoría, los concurrentes y los disidentes— adoptan un tono rígido y tradicional, que desdice gran parte de lo afirmado en los precedentes antes comentados. El tribunal elude completamente el tratamiento de los agravios relativos a violaciones a los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados en la demanda. Veamos entonces —más allá de los posibles defectos de planteamiento de la acción— qué argumentos emplea para desecharla.

En primer término, la Corte repite la fórmula restrictiva referida a la procedencia del amparo, a la que echa mano cuando prefiere eludir el tratamiento de una cuestión incómoda. Así, afirma que “el amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva”⁸⁴.

El argumento genera, claro está, varias observaciones. La primera es obvia: una mujer reclama tutela judicial ante la situación de desnutrición de

84 Cfr. “Ramos”, *op. cit.*, considerando 3.

sus hijos, su ausencia del sistema escolar, y la necesidad de asegurar una intervención quirúrgica de una hija que padece de una cardiopatía. Si estas no son “delicadas y extremas situaciones en las que (...) pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales”, es difícil pensar a qué circunstancias fácticas puede aplicarse esa calificación. Además, el argumento es contradictorio con lo dicho por la propia Corte en un considerable número de precedentes ya comentados: que el derecho a la salud es un derecho fundamental que exige acciones positivas del Estado, que los jueces están obligados a considerar el interés superior del niño, que deben evitar rigorismos formales o cortapisas procesales cuando éste está en juego, y que el amparo es justamente procedente cuando pelagra el derecho a la salud, y cuando está comprometido el interés superior del niño⁸⁵.

Para justificar el rechazo del amparo, la Corte afirma que, de los términos de la demanda y de la documentación acompañada no surge que los accionados “hayan negado en forma directa el acceso a la educación o a las prestaciones médicas requeridas”⁸⁶. Así, afirman que no está acreditado que exista un impedimento para que los hijos de la presentante acudan a un establecimiento educacional, ni que se hubiera denegado a la niña que requiere una intervención quirúrgica ese tratamiento. Esta forma de encuadrar los hechos planteados aparece en tensión con la afirmación de que el Estado debe, en materia de derechos sociales, acciones positivas y no meras abstenciones⁸⁷. Considerar que la conducta del Estado no reviste visos de ilegalidad dada la ausencia de una negativa expresa del Estado para acceder a los servicios educativo y sanitario parece un prisma de lectura poco adecuado para entender la situación que se denuncia: la denunciante y sus hijos no pueden acceder de hecho a esos servicios por carencias estructurales. Las acciones positivas adecuadas, en este caso, son las que permiten a la persona en situación de carencia acceder a los servicios cuando,

85 Cabe confrontar esta afirmación, por ejemplo, con lo dicho en “Campodónico de Beviacqua”, *op. cit.*, considerandos 20 y 21; “Monteserin”, *op. cit.*, considerandos 12 y 13; “N., L. M.”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, considerando III; “Martín”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, considerando VIII; “M., S. A.”, *op. cit.*, considerandos 9, 10, 12 y 19.

86 “Ramos”, *op. cit.*, considerando 4.

87 Cfr., por ejemplo, lo dicho en “Campodónico de Beviacqua”, considerando 16; “Monteserin”, considerando 11; y “Asociación Benghalensis”, dictamen del Procurador, consid. X.

por dificultades fácticas, esto no ocurra. La paradoja de la lectura de la Corte es que, si el Estado ofrece el servicio pero no se preocupa de que quienes más lo requieran accedan a él, el resultado es una asignación regresiva del servicio: acceden a él sólo quienes están en situación material de hacerlo, y quedan excluidos quienes no pueden, que son, justamente, aquellos con mayores necesidades.

El tercer argumento, aplicado a la situación denunciada, es sorprendentemente artificioso, y nuevamente contradictorio con lo dicho por la Corte en otros casos: que la pretensión de recibir del Estado una prestación alimentaria para cubrir necesidades básicas “importa transferir a las autoridades públicas el cumplimiento de una obligación que tiene su origen en las relaciones de parentesco”⁸⁸. Huelga decir que el argumento, aplicado a la situación de la actora, es inconducente: la propia demanda afirma la imposibilidad de la madre de cubrir las necesidades alimentarias, sanitarias y educativas de sus hijos, y la imposibilidad de reclamar esa cobertura a otros parientes. Devolverle la cuestión a la actora es casi como decirle que solucione el problema como pueda. Aplicada a casos como “Campodónico de Beviacqua” o “Monteserin”, esta afirmación hubiera conducido a hacer recaer en los padres y no en el Estado la cobertura del tratamiento médico reclamado⁸⁹.

A continuación, la Corte sostiene que no es a los tribunales donde debería haber acudido la actora, sino a la Administración⁹⁰. Los votos particulares dan un paso más allá, señalando a la actora la posible coincidencia de su situación con los requisitos sustanciales de concesión del beneficio de una pensión alimentaria instituida por la ley 23.746⁹¹. Esta actitud contrasta también con el temperamento adoptado en otros casos, de acuerdo con los cuales dada la situación de urgencia y el compromiso de los derechos fundamentales

88 “Ramos”, *op. cit.*, considerando 5.

89 Ver, por ejemplo, el argumento de la Corte en “Campodónico de Beviacqua”, *op. cit.*, considerando 33: aunque la ley establezca responsabilidades en materia de atención a niños con discapacidad, el Estado no puede desentenderse de ella, en especial cuando las obras sociales han demostrado fallas en la cobertura. No es difícil aplicar el mismo argumento cuando quienes fallan en la cobertura son los parientes obligados a brindar prestaciones alimentarias.

90 Cfr. “Ramos”, *op. cit.*, considerando 6.

91 Ver “Ramos”, *op. cit.*, voto concurrente de los jueces Bossert y Petracchi, consid. 4; voto concurrente del juez Vázquez, considerando 4. Ver también voto en disidencia de los jueces Boggiano y Fayt, consid. 4, aunque señalando que ello no constituye obstáculo para la procedencia de la acción de amparo.

en juego, no puede exigirse de la actora la carga de reconducir la tramitación a otras esferas o reparticiones de gobierno⁹².

El tribunal agrega otras dos consideraciones: que “el desamparo que expone la actora y en el que funda su presentación, si bien revelador de un dramático cuadro social, no puede ser resuelto por la Corte, toda vez que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado (...), ni asignar discrecionalmente los recursos presupuestarios disponibles, pues no es a ella a la que la Constitución le encomienda la satisfacción del bienestar general en los términos del art. 75 incs. 18 y 32”⁹³. Esta tesis se contradice directamente con lo afirmado en “Campodonico de Beviacqua” y fallos concordantes, en los que se dice que, estando en juego el interés superior del niño, corresponde a todos los departamentos del gobierno –incluso a los jueces– velar por ese interés⁹⁴. Si la Corte acepta la existencia de una situación de desamparo y un cuadro social dramático que aqueja a ocho niños, no se entiende por qué en este caso debería dejar de entender en la cuestión, mientras en los demás casos comentados consideró que sí le correspondía entender. Cuesta además entender en qué sentido estaría la demanda requiriendo que el tribunal “valore” o “emita” “juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado”: el reclamo parece encaminado puntualmente a obtener de la Corte una solución a la situación de penuria de la actora, y no a un juicio general de la situación política o socio-económica. El párrafo deja entrever en realidad –como una suerte de acto fallido– los miedos de la Corte de hacerse cargo de este tipo de peticiones.

Finalmente, la Corte reitera otra típica fórmula autorrestrictiva, que evidentemente casa mal con el activismo demostrado en la generalidad de las causas comentadas en este trabajo. El tribunal afirma que “la acción de amparo no tiene por objeto obviar los trámite legales ni alterar las instituciones vigentes

92 Cfr. “Campodonico de Beviacqua”, consids. 31 y 34; “Martín”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, considerando VIII; “M., S. A.”, consid. 10.

93 Cfr. “Ramos”, *op. cit.*, considerando 7.

94 “Campodónico de Beviacqua”, *op. cit.*, considerando 21; “Monteserin”, *op. cit.*, considerandos 12 y 13, “Policlínica Privada”, *op. cit.*, considerando 8, “N., L. M.”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, considerando III; “Martín”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, considerando VIII; “M., S. A.”, *op. cit.*, considerandos. 9, 10, 12 y 19.

(...), ni justifica la extensión de la jurisdicción legal y constitucional de los jueces (...), a quienes no les corresponde el control del acierto con que la administración desempeña las funciones que la ley le encomienda válidamente o la razonabilidad con que ejerce sus atribuciones propias”⁹⁵. Si este hubiese sido el temperamento de la Corte en “Campodónico de Beviacqua”, “Monteserin”, “A., C. B.”, “Asociación Benghalensis” o “Asociación de Esclerosis Múltiple”, el resultado hubiera sido la deferencia judicial frente a la actuación de la Administración, y por ende la convalidación de la actitud asumida por las autoridades sanitarias, exactamente la postura opuesta a la adoptada.

Además de los votos concurrentes –coincidentes en lo fundamental con el voto de la mayoría, con el agregado señalado supra–, los jueces Boggiano y Fayt elaboran una opinión disidente. Este voto, aunque parece guardar cierta prudencia antes de establecer principios generales demasiado contundentes⁹⁶, decide amparar a la actora, señalando que sólo se está reclamando en el caso medidas del gobierno para dar satisfacción a los “derechos más primarios”⁹⁷ de la peticionaria y de sus hijos, y que “debe propenderse a la efectiva operatividad de los derechos humanos constitucionalmente consagrados y no generar situaciones que sólo conducirían, eventualmente, a interpretarlas como extremos fundantes de responsabilidades patrimoniales del Estado”⁹⁸. La disidencia esboza aquí uno de los principios fundamentales en materia de derecho a la atención sanitaria: el remedio de una situación de violación de ese derecho exige primariamente la prestación del servicio, y no la concreción de un daño irreparable que genere un posterior reclamo indemniza-

95 Cfr. “Ramos”, *op. cit.*, considerando 8.

96 Dos ejemplos pueden fungir como muestra de esta afirmación. Por un lado, la coincidencia con la opinión de la mayoría de la Corte, en el sentido de que “[l]a situación de desamparo que expone la actora y en el que funda su presentación –en el que se encuentra una parte importante de la población del país–, revela un dramático cuadro social, que no puede ser resuelto por la Corte toda vez que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado”, “Ramos”, *op. cit.*, voto de los Jueces Boggiano y Fayt, consid. 6. Por otro, la negativa a pronunciarse, por prematuro, sobre “los alcances que en el caso quepa reconocer al derecho a la vida, la salud, la educación y la vivienda digna de los peticionarios y los deberes que en su caso, pesarían en este sentido sobre los estados nacional y provincial”, “Ramos”, *op. cit.*, voto de los Jueces Boggiano y Fayt, consid. 7. En todo caso, y a favor de los jueces disidentes, el considerando remata afirmando: “[p]ero, del mismo modo, no puede sin más negarse su existencia y operatividad”.

97 “Ramos”, *cit.*, voto de los Jueces Boggiano y Fayt, considerando 6.

98 *Íbidem*.

torio. Lo que se pretende aquí es atención sanitaria oportuna, no reparaciones monetarias tardías.

“Ramos” proyecta algunas consecuencias importantes para quienes pretendan litigar en causas ligadas a problemas de pobreza extrema en la Argentina. Es muy probable que la Corte se haya sentido inhibida de dar una solución judicial al cuadro planteado –al menos en términos de emplazar al gobierno a ofrecer una solución temporaria al problema mientras, por ejemplo, se tramitara la concesión de la pensión a la que se refieren los votos concurrentes– por temor a un “efecto cascada”, que dirigiera al tribunal un caudal importante de reclamos motivados en la emergencia social que atraviesa nuestro país. Al parecer, la extensión del cuadro de desesperación presentado por la actora y la multiplicidad de los pedidos efectuados han conspirado contra la posibilidad obtener una solución judicial. Esta auto-inhibición de la Corte contrasta con la respuesta ofrecida en casos en los que el pedido formulado es mucho más concreto y acotado: frente a esas hipótesis, el tribunal ha accedido con mayor facilidad a la petición de los demandantes –aunque ello significara revisar la forma en que la Administración ejerce facultades legales o constitucionales, la imposición de obligaciones positivas, y la flexibilización del rigor procesal o formal ante lo que los magistrados perciben como una situación de urgencia o gravedad apremiante.

2.5. Casos conexos

Por último, quisiera referirme a otros dos casos que, no obstante no tratar directamente el contenido del derecho a la salud, tienen conexiones importantes con el tema que nos atañe, y despliegan algunas consecuencias interesantes aplicables también a temas relativos a la atención sanitaria.

El primero, “Benítez *c*/Policía Federal”⁹⁹, es un caso relacionado con la detección del VIH en un miembro de la Policía Federal. En la causa se plantean centralmente se plantean dos cuestiones: la primera, si la Policía tiene facultades para practicar a sus miembros exámenes de VIH/SIDA en forma secreta y sin requerir el consentimiento de los interesados. La segunda, si la detección del virus es causa justificada de retiro obligatorio de la fuerza.

⁹⁹ “Benítez, Ricardo Ernesto *c*. Policía Federal *s/amparo*”, 17 de diciembre de 1996.

Ambas cuestiones requieren la interpretación de la ley 23.798; el actor plantea además violación del derecho constitucional a la privacidad y a la prohibición de discriminación.

Con respecto a la primera cuestión, con fundamentos dudosos y varias disidencias, la mayoría de la Corte se pronuncia a favor de la justificación de la facultades de realización de exámenes sin consentimiento por parte de la Policía Federal a sus miembros, sobre la base de argumentos relativos a la necesidad de verificación de su “buena salud” (requisito que sería a su vez indicio de su “idoneidad”) y de protección de la salud pública y del derecho a la salud de terceros¹⁰⁰. Para ello, la mayoría de la Corte debe interpretar que la enumeración de excepciones al requerimiento de consentimiento para efectuar exámenes relativos al virus VIH hecha por los artículos 5, 7 y 9 de ley 23.798 –donde no se prevé la hipótesis del caso– es meramente ejemplificativa y no taxativa¹⁰¹. Los miembros de la mayoría del tribunal rematan el razonamiento afirmando que el sometimiento voluntario del actor al régimen de la institución implica sacrificar el derecho a la intimidad¹⁰². La posición de la mayoría de la Corte adopta un tono de argumentación holista, en el que la persecución de la protección de la salud pública fulmina cualquier derecho individual que pueda oponérsele; no me extenderé en la cuestión, pero no es difícil imaginar las consecuencias fatídicas de extender este razonamiento a otros casos de persecución de un fin colectivo, como por ejemplo la seguridad nacional o la seguridad interior.

Sobre la segunda cuestión, la decisión de la Corte va en el sentido opuesto: afirma que el pase a retiro motivado por la detección del virus VIH implicó una violación del derecho al trabajo del actor, por no ponderarse debidamente los efectos reales de la infección sobre la aptitud laboral del agente. En consecuencia, la Corte considera que la conducta de la demandada es discriminatoria y viola los arts. 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰³. Por ende, la Corte confirma la sentencia de segunda instancia que había hecho lugar al amparo del actor.

100 “Benítez”, *op. cit.*, considerandos 9, 10 y 11.

101 Este es, entre otros, el motivo de las disidencias parciales sobre el punto de los jueces Fayt y Petracchi.

102 “Benítez”, *op. cit.*, considerando 12.

103 *Ibidem*, considerando 14.

Pese a no tratarse de un caso de reclamo del derecho a la salud, la decisión de la mayoría Corte es importante porque proyecta consecuencias sobre las posibles justificaciones del empleo de razones sanitarias para restringir derechos individuales. Si bien en el caso de la realización de exámenes compulsivos o sin consentimiento la sentencia sienta un precedente negativo, es destacable que la Corte haya considerado que la invocación de razones sanitarias como motivo automático de separación de un puesto de trabajo es discriminatoria, y que haya invocado para ello la aplicación de normas internacionales de derechos humanos como la Convención Americana.

El segundo caso que traeré a colación ha tenido repercusiones en la opinión pública: se trata de la causa “Aquino”¹⁰⁴, en la que la Corte declaró la inconstitucionalidad de la restricción legal de la posibilidad de reclamar indemnización integral en caso de accidentes o enfermedades de trabajo. Aunque no se trate estrictamente del contenido del derecho a la atención sanitaria, la Corte efectúa importantes consideraciones relativas a las obligaciones internacionales del Estado en materia de protección de la salud laboral, en especial, sobre el contenido de las obligaciones del Estado en materia de legislación que regula las indemnizaciones cuando la salud del trabajador se ve afectada.

La cuestión central planteada en el caso fue la constitucionalidad de la norma del art. 39, párrafo 1° de la ley 24.557 (llamada Ley de Riesgos del Trabajo), que excluye la posibilidad de que el trabajador damnificado por un accidente o enfermedad de trabajo reclame a su empleador una indemnización plena, salvo caso de dolo. Nuevamente, me ceñiré a la invocación de normas internacionales de derechos humanos que hace la mayoría de la Corte y algunos votos concurrentes.

Como complemento de su análisis de base constitucional, centrado en los arts. 19 y 14 bis, la mayoría de la Corte aborda las implicaciones de la concesión de jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos frente al tema bajo análisis. La sentencia sorprende porque, frente a la relativa parquedad de las citas al derecho internacional en otros casos relativos a derechos sociales, la mayoría del tribunal se extiende profusamente, mencionando no sólo el texto de instrumentos internacionales, sino

104 “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688”, 21 de septiembre de 2004.

también sentencias de tribunales internacionales, observaciones generales de comités de supervisión de los pactos internacionales y hasta recomendaciones finales de esos comités frente a informes estatales. Si la tesis de la Corte se mantuviera, el potencial para argumentar sobre esta base en materia de derechos sociales se ampliaría enormemente.

Veamos cuáles son los argumentos empleados por la mayoría de la Corte. En primer lugar, el voto mayoritario subraya que la concesión de jerarquía constitucional vino a reforzar la protección ofrecida por el art. 14 *bis* en materia de derechos sociales:

[L]a manda constitucional del art. 14 *bis*, que tiene ya cumplidos 47 años, a su vez, se ha visto fortalecida y agigantada por la singular protección reconocida a toda persona trabajadora en textos internacionales de derechos humanos que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22)¹⁰⁵.

El voto cita, así, para encuadrar la cuestión debatida, la aplicabilidad de los arts. 7 inc. a.ii, 7 inc. b y 12 inc. 2.b y 12 inc. 2.c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), los arts. 11 inc. 1.f y 11 inc. 2.d de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En particular, las citas del PIDESC están encaminadas a demostrar la correlación entre el derecho a condiciones dignas y equitativas de trabajo, condiciones dignas de existencia para los trabajadores y sus familias, seguridad e higiene en el trabajo, el derecho a la salud y la obligación debida por el Estado, para asegurar ese derecho, del mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo, y de la prevención y tratamiento de las enfermedades profesionales. Con cita de doctrinaria de Matthew Craven, se subraya que el art. 7 inc. b del PIDESC (referido a la seguridad e higiene en el trabajo) “implica que, una vez establecida por los estados la legislación apropiada en materia de seguridad e higiene

105 Cfr. “Aquino”, *op. cit.*, considerando 8. En sentido coincidente, ver votos de los jueces Belluscio y Maqueda, consid. 7, y Highton de Nolasco, consid. 9.

en el trabajo, uno de los más cruciales aspectos sea la reparación a que tengan derecho los dañados”¹⁰⁶.

A continuación, en el mismo considerando, el voto acude a la autoridad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para determinar el alcance de las obligaciones emanadas de las normas citadas del PIDESC¹⁰⁷. Así, se resalta la “gran importancia que el PIDESC reconoce a la protección del trabajador víctima de un accidente laboral”, citándose como respaldo las observaciones críticas del Comité a la ley de accidentes de trabajo neocelandesa que pone en cabeza del trabajador víctima parte del costo del tratamiento médico; se subraya además la preocupación del Comité, incorporada en las Directrices dirigidas a disciplinar la elaboración de los informes nacionales, por obtener información de los Estados parte relativas tanto a las disposiciones normativas como a estadísticas relativas a seguridad e higiene laborales, en especial sobre la incidencia de accidentes y enfermedades; se menciona también las advertencias del Comité referidas al incumplimiento de leyes de seguridad en el trabajo y a la consecuente tasa elevada de accidentes laborales, citándose las Observaciones finales al tercer informe periódico polaco.

Por último, en la misma enumeración, el voto de mayoría recalca las menciones críticas relativas a las condiciones de seguridad e higiene del trabajo incorporadas en las Observaciones finales a dos informes estatales presentados por nuestro país, respectivamente, el de 1994 y el de 1999. En el primer documento, el Comité expresó preocupación por el incumplimiento de las normas de higiene y seguridad del trabajo, e instó al Gobierno a analizar los motivos de la falta de eficacia de sus políticas en la materia y a que hiciera esfuerzos por mejorar todos los aspectos de la higiene y la seguridad medioambiental y laboral. En el segundo documento, el Comité mostró su inquietud por la privatización de las inspecciones laborales y por los resultados insatisfactorios de la aplicación de normas de seguridad e higiene en el

106 Cfr. “Aquino”, *op. cit.*, considerando 8.

107 Sin afirmarlo, parece confirmar la línea de argumentación de “Giroldi” y “Bramajo”, en el sentido de que para asignar sentido a las disposiciones de un tratado internacional debe acudirse como guía hermenéutica ineludible a la interpretación que hagan en sede internacional sus propios órganos de aplicación. La Corte había citado interpretaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el caso “Campodónico de Beviacqua”, *op. cit.*, considerando 19. Ver nota 8, supra.

trabajo, y le encomendó mejorar la eficacia de las medidas en la esfera de la seguridad y la higiene en el trabajo, mejorar todos los aspectos de la higiene y la seguridad ambientales e industriales, y asegurar que la autoridad pública vigile e inspeccione las condiciones de higiene y seguridad industriales.

En tercer lugar, e invocando nuevamente la autoridad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el voto afirma que el art. 14 *bis* coincide con uno de los tipos de obligaciones impuestas por el PIDESC al Estado: “la de “proteger”, por cuanto requiere que este último “adopte medidas para velar que las empresas o los particulares” no priven a las personas de los mentados derechos”¹⁰⁸, con apoyo en las Observaciones Generales Nros. 12, 13, 14 y 15 del Comité. El voto subraya además, con cita de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de su Informe Anual de 2002, las obligaciones positivas de los Estados, que le imponen “el deber de “garantizar el ejercicio y disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder, y también en relación con actuaciones de terceros particulares”¹⁰⁹. En sentido similar, haciendo aplicable a las víctimas de infortunios laborales las elaboraciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales referidas a las obligaciones estatales en materia de derechos de las personas con discapacidad, la mayoría recalca las obligaciones positivas del Estado destinadas a reducir las desventajas estructurales de aquellas y favorecer su plena realización e igualdad, invocando la Observación General Nro. 5.

A partir de estas premisas, la mayoría concluye que las reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados por un infortunio laboral deben conferir a la reparación la mayor amplitud, y evitar la fijación de limitaciones. Ello –afirma el voto– en línea con los postulados de las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos. Para ilustrar esa afirmación, cita la doctrina en materia de indemnización plena estipulada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Bámaca Velásquez”¹¹⁰.

Las referencias al derecho internacional de los derechos humanos no concluyen aquí. En el considerando siguiente, la mayoría de la Corte invoca,

108 Cfr. “Aquino”, *op. cit.*, considerando 8.

109 *Ibidem*, considerando 8.

110 *Ibidem*, considerando 9.

con citas del derecho internacional de los derechos humanos y derecho comparado, la *prohibición de regresividad o prohibición de retroceso social* en materia de derechos económicos, sociales y culturales, para censurar la disminución de la protección del trabajador en materia de indemnización de infortunios laborales operada por la norma impugnada con respecto al régimen anteriormente vigente¹¹¹. En este sentido, la mayoría de la Corte sostiene que:

[E]ste retroceso legislativo en el marco de protección, puesto que así cuadra evaluar a la LRT según lo que ha venido siendo expresado, pone a ésta en grave conflicto con un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del PIDESC en particular. En efecto, este último está plenamente informado por el principio de progresividad, según el cual, todo Estado Parte se “compromete a adoptar medidas [...] para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (art. 2.1). La norma, por lo pronto, “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”. Luego, se siguen del citado art. 2.1 dos consecuencias: por un lado, los estados deben proceder lo “más explícita y eficazmente posible” a fin de alcanzar dicho objetivo; por el otro, y ello es particularmente decisivo en el *sub lite*, “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo¹¹² a este respecto requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente con 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 (Comité de Derechos Económicos, Sociales y

111 Cfr. “Aquino”, *op. cit.*, considerando 10. En el mismo sentido, aunque con una enunciación bastante más matizada, se expide la jueza Highton de Nolasco, con invocación del art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cfr. considerando 15.

112 Aunque la cita literal es correcta, el texto oficial en castellano de la Observación General Nro. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene un error de traducción: donde dice “retroactivo”, debe entenderse “regresivo”. La traducción confundió el término “retrogressive”, que hace referencia al empeoramiento de la situación de goce de un derecho, es decir, alude al resultado de la evaluación del contenido sustantivo de una norma con respecto a una anterior, con el término “retroactivo”, que sólo se refiere al problema de la aplicación intertemporal de una norma, y por ende tiene significado meramente formal. El carácter “deliberadamente retroactivo” de una norma social más protectora no plantearía inconveniente alguno a la luz del principio de progresividad y la prohibición de regresividad. Las traducciones mejoran en Observaciones Generales posteriores.

Culturales, Observación General N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párr. 1 del art. 2 del Pacto, 1990, HRI/GEN/1/Rev.6, pág. 18, párr. 9; asimismo: Observación General N° 15, cit., pág. 122, párr. 19, y específicamente sobre cuestiones laborales: Proyecto de Observación General sobre el derecho al trabajo (art. 6°) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, presentado por Phillipe Texier, miembro del Comité, E/C12.2003/7, pág. 14, párr. 23).

Más todavía, existe una “fuerte presunción” contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el tratado (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14 y N° 15, cit., págs. 103 -párr. 32- y 122 -párr. 19-, respectivamente), sobre todo cuando la orientación del PIDESC no es otra que “la mejora continua de las condiciones de existencia”, según reza, preceptivamente, su art. 11.1.”

El considerando abunda en la recepción de la prohibición de regresividad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26) y en la jurisprudencia constitucional de diversos países, como Bélgica, Portugal y Francia. Recoge también aplicaciones concretas hechas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para censurar medidas legislativas en Observaciones finales dirigidas ante un informe presentado por Alemania. Cita por último las palabras del miembro informante de la Comisión Redactora de la Asamblea Constituyente de 1957, respecto del art. 14 *bis*.

El voto insiste aún sobre la vulneración por parte de la norma impugnada de dos principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos: la *dignidad humana* y la *justicia social*.

Sobre el valor normativo de la dignidad humana, que considera “el fundamento definitivo de los derechos humanos”¹¹³, el voto invoca la Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDESC, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Insiste, además sobre la común calificación de la “dignidad humana” y las “condiciones dignas de trabajo”, citando como autoridad el Proyecto de Observación General sobre el Derecho al Trabajo del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cita. Por último, lo dicho en “Campo-

113 Cfr. “Aquino”, *op. cit.*, considerando 11.

dónico de Beviacqua”, en el sentido de que “la dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional”, y el art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de acuerdo con el cual “toda persona tiene derecho a la satisfacción de los derechos económicos y sociales *indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*”.

Por último, respecto de la justicia social, el voto recuerda que es recogida como principio en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, los Preámbulos de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en el art. 34 de aquella Carta¹¹⁴. Menciona además su reconocimiento en la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1986, en el caso “James” de la Corte Europea de Derechos Humanos, y en el voto concurrente del juez Cançado Trindade, en la decisión sobre medidas provisionales del caso de la “Comunidad de Paz de San José Apartado” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Semejante profusión de citas resulta ciertamente intimidante, aunque la mayoría de la Corte tal vez haya considerado que eran necesarias para justificar la furibunda declaración de inconstitucionalidad de una norma que ya contaba con varios años de vigencia y que había generado jurisprudencia contradictoria. En todo caso, un examen crítico requiere ordenar la multiplicidad de fuentes a las que acude la Corte, y distinguir aquellas que cumplen en la sentencia un papel más bien retórico, de aquellas que pueden sentar las bases para la resolución de casos futuros.

En ese orden de ideas, también es útil recalcar el diferente peso y nivel de concreción que tienen las diversas orientaciones y principios sugeridos por la Corte con apoyo en normas internacionales de derechos humanos. Brevemente, y sin ánimo de exhaustividad, quisiera ofrecer mi punto de vista respecto de aquellos principios contenidos en la sentencia que pueden proyectar consecuencias normativas de cierta fertilidad en la invocación del derecho a la salud y, en general, de derechos sociales y, por en sentido opuesto,

114 Cfr. “Aquino”, *op. cit.*, considerando 12.

señalar cuáles creo tienen pocas probabilidades de prosperar de ser empleadas como base de una acción judicial.

Un primer punto importante a tener en cuenta es el reconocimiento de la Corte de la necesidad de complementar el examen del contenido de derechos y principios constitucionales con el proveniente de normas internacionales de derechos humanos. La jurisprudencia reseñada en este trabajo es buena muestra de la tendencia de la Corte de tomar en consideración los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional para identificar derechos y obligaciones estatales generales, y extraer algunos contenidos normativos más concretos a partir del texto de aquéllos.

La Corte se ha mostrado errática en la concesión de valor normativo claro a decisiones, documentos e instrumentos emanados de órganos internacionales de protección de los derechos humanos establecidos por los tratados de jerarquía constitucional. “Aquino” es el ejemplo extremo de invocación de fuentes de toda índole: la mezcla de fuentes es poco indicativa al respecto del peso que realmente concede la Corte a cada tipo de documento en particular. En todo caso, puede concederse un mayor peso a la cita de Observaciones Generales de los comités, destinadas a especificar el sentido de las disposiciones de los respectivos pactos, la cita de Observaciones Finales de los Comités a los Estados (en especial, al Estado argentino) y la cita de jurisprudencia de órganos tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la medida en que su autoridad está fincada justamente en el texto de los tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional. Frente a ellos, la cita de otros documentos –informes, proyectos de observaciones generales, jurisprudencia extranjera– parece tener un valor meramente ejemplificativo.

Como tercer punto, la Corte parece adoptar claramente la prohibición de regresividad o prohibición de retroceso social como principio operativo en materia de derechos humanos, o al menos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. El reconocimiento explícito del principio es bienvenido: resta saber en qué otros contextos aceptará la Corte su aplicación, y qué estándares empleará para compatibilizarlo con la libertad de configuración de los derechos y políticas del legislador democrático y, en especial, con las situaciones de emergencia económica. De acuerdo con lo que habíamos sugerido en un artículo escrito hace tiempo¹¹⁵, el principio requiere un aná-

lisis específico que implica una comparación temporal entre norma anterior y norma posterior para determinar si existió o no empeoramiento del nivel de goce de un derecho. La Corte parece haber efectuado un análisis de este tipo en “Aquino”¹¹⁶: la llegada de mayor cantidad de casos en los que se plantea el argumento de violación del principio de progresividad a los tribunales dará una pauta de cuán seriamente se asumen las consecuencias normativas de su plena adopción.

Por último, debo manifestar mi escepticismo sobre las posibilidades de invocación de los principios de dignidad humana y de justicia social como pauta normativa que permita decidir a los jueces. No quiero con ello decir que no sea posible señalar casos en los que estos principios resultan vulnerados, pero su gran indeterminación —en especial cuando se los trae a colación en una situación de cierta complejidad normativa— acarrea el serio riesgo de situar la discusión judicial en el campo de la pura especulación idiosincrática. La cita por parte de la Corte de estos dos principios para decidir “Aquino” parece más bien un ornamento retórico colocado *a posteriori* de haber decidido declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada, que una razón para concluir que la norma era inconstitucional. Es dudoso que, sobre esa única base, los jueces se vean movidos a romper la tendencia deferente con los actuación de los poderes políticos.

115 Ver, Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *op. cit.*, pp. 334-350; véase también de los mismos autores, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 92-116; Magdalena Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Amberes, 2003, pp. 323-332. Sobre la aplicación de la prohibición de regresividad en Aquino puede verse Cecilia Suárez Gallo y Andrea García Vior, “La Corte Suprema de Justicia y el principio de progresividad”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2004-IV, Número Especial: “El derecho laboral en la nueva integración de la Corte”, 24/11/2004, pp. 30-37.

116 En casos anteriores, y sin aludir expresamente al principio, la Corte efectúa un análisis de tenor similar. Ver, por ejemplo, la consideración de la conducta previa del Estado en “Campodónico de Beviacqua”, y el razonamiento de Procurador General en “Asociación de Esclerosis Múltiple”, al que la Corte adhiere. Cfr. “Campodónico de Beviacqua”, *op. cit.*, considerandos 28, 29 y 30; “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, considerando VIII.

4. (Breves) conclusiones

Concluiré con algunas reflexiones sucintas sobre el panorama reseñado. De lo dicho, creo que ha quedado claro que:

- la Corte ha reconocido la raigambre constitucional del derecho a la salud a partir del otorgamiento de jerarquía constitucional a instrumentos internacionales de derechos humanos;
- el derecho a la salud genera para el Estado obligaciones positivas, y no meramente obligaciones de abstención;
- la legislación sanitaria sancionada por el Congreso de la Nación constituye una de las formas de llevar a cabo esas obligaciones internacionales. Por ende, la inobservancia por parte de la Administración de esas leyes faculta a los damnificados individual y colectivamente a reclamar judicialmente su cumplimiento;
- el Estado nacional es el garante último del sistema de salud, independientemente de las obligaciones que correspondan a otros actores públicos y privados;
- el Estado está facultado a imponer obligaciones en materia de cobertura de tratamientos de salud a actores no estatales, tales como obras sociales y empresas de medicina prepaga, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales;
- los actores no estatales que forman parte del sistema de salud –como las obras sociales y las empresas de medicina prepaga– tienen con respecto a sus afiliados o potenciales afiliados obligaciones específicas que exceden el carácter meramente mercantil de la relación, dado que su actividad está destinada a resguardar un derecho fundamental;
- todos los actores involucrados –públicos, incluyendo todas las ramas del gobierno, y no públicos, incluyendo obras sociales y empresas de medicina prepaga– tienen obligaciones específicas referidas al resguardo del derecho a la salud de los niños y de las personas con discapacidad.

La jurisprudencia de la Corte ha dejado, sin embargo, varios temas abiertos, que aún requieren de mayor precisión conceptual. Entre ellos me permito apuntar:

- el contenido de las obligaciones constitutivas del derecho a la salud que emanan directamente de las normas internacionales de jerarquía constitucional y, por ende, se imponen y no son susceptibles de alteración o desconocimiento por parte del legislador;
- en el mismo sentido, el alcance de las obligaciones de asistencia médica del Estado –es decir, de parte de sus obligaciones positivas–, en especial para personas en situaciones de carencia extrema que no pueden pagar los servicios;
- el valor normativo de opiniones emanadas del órganos internacionales de derechos humanos, tales como las Observaciones Generales de los Comités previstos por los tratados del sistema universal de derechos humanos.

El derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos

Miguel Carbonell

Introducción. 1. Derecho a la salud y derechos fundamentales. 2. Elementos esenciales. 3. Condiciones específicas para ciertas enfermedades. 4. No discriminación. 5. Obligaciones del Estado. 6. Obligaciones básicas y obligaciones prioritarias. 7. Violaciones al PIDESC. 8. La salud de las mujeres.

Introducción

Una de las regulaciones más completa del derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos es la que está prevista en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuyo texto es el siguiente:

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 en el 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.

El artículo transcrito ha sido objeto de una extensa y muy rigurosa Observación General (la número 14) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, sobre la que vale la pena detenerse en virtud de que es poco conocida y de que nos suministra una multiplicidad de elementos interesantes para comprender las distintas dimensiones normativas del derecho a la salud¹.

En varios aspectos, la OG 14 sigue las pautas metodológicas que el Comité había perfilado en otras Observaciones Generales (como por ejemplo la número 13 en materia de derecho a la educación). Se trata de una metodología que no habían tenido las anteriores observaciones generales del mismo Comité y que demuestra un trabajo más serio y comprometido por parte de sus miembros. Esta nueva actitud viene a corroborar, por otro lado, la pertinencia de que los organismos internacionales se tomen con seriedad y hasta sus últimas consecuencias los textos internacionales de derechos humanos. Pasemos a revisar el contenido de la OG 14.

1. Derecho a la salud y derechos fundamentales

En primer término, el Comité subraya que el derecho a la salud debe ser entendido como un derecho muy amplio, a partir del cual se genera no solamente la posibilidad de contar con atención médica en caso de enfermedad, “sino que abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo se-

1 La OG 14 fue expedida durante el 22 periodo de sesiones del Comité, celebrado en el año 2000; su texto puede ser consultado por ejemplo en Carbonell, Miguel, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos*, 2ª edición, México, Porrúa, CNDH, 2003, tomo I, pp. 594-621.

guras y sanas y un medio ambiente sano” (párrafo 4; en el mismo sentido, ver párrafo 11).

De esta forma, el Comité se aleja de posturas reduccionistas, lo que le permite, entre otras cosas, señalar la vinculación que existe entre el derecho a la salud y los demás derechos fundamentales:

El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar *sano*. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica², y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud (párrafo 8).

El Comité, haciendo un ejercicio de realismo, reconoce que ningún Estado tiene la capacidad para asegurar que toda su población esté sana, puesto que hay una serie de factores que son imposibles de controlar y que influyen en el goce o no de salud (tal es el caso de la propensión individual a sufrir una dolencia, la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados, la falta de prevención, etcétera). En este sentido, “el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud” (párrafo 9).

2. Elementos esenciales

El Comité señala que el derecho a la salud, en todas sus formas y niveles, comprende ciertos elementos esenciales e interrelacionados, que son los siguientes (párrafo 12):

- 2 La salud genésica, se encarga de explicar el Comité en la nota al pie número 12 de su OG, “significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto”.

- a) *Disponibilidad*: cada Estado Parte debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas.
- b) *Accesibilidad*: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado. La accesibilidad comprende cuatro distintas dimensiones: a) no discriminación; b) accesibilidad física, de forma que los establecimientos, bienes y servicios estén al alcance geográfico de todos los sectores de la población, particularmente en el caso de los grupos vulnerables o marginados; c) accesibilidad económica (asequibilidad), lo que implica que los servicios de salud estén económicamente al alcance de todos, para lo cual hay que tener en cuenta las siguientes palabras del Comité: “Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos”; d) acceso a la información, lo que comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud.
- c) *Aceptabilidad*, es decir, que los establecimientos, bienes y servicios sean respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, para lo cual se deberá ser sensible a los requisitos de género y del ciclo de la vida, así como respetar la confidencialidad e intimidad de las personas de que se trate.
- d) *Calidad*, de forma que, además de ser culturalmente aceptables, los servicios médicos sean apropiados desde el punto de vista científico, para lo cual se requiere personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

3. Condiciones específicas para ciertas enfermedades

Luego de señalar las anteriores “condiciones mínimas” que se deben observar como consecuencia del derecho a la salud, el Comité se dedica a aportar consideraciones específicas sobre algunos tipos de enfermedades o sobre ciertos grupos humanos que requieren de atención especial, relacionando cada caso con la correspondiente disposición del artículo 12 del Pacto.

Así por ejemplo, el Comité se refiere a la salud materna, infantil y reproductiva en los siguientes términos:

es preciso adoptar medidas para mejorar la salud infantil y materna, los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia, la atención anterior y posterior al parto, los servicios obstétricos de urgencia y el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información (párrafo 14).

Con respecto a la higiene del trabajo y del medio ambiente el Comité afirma que es necesaria

la adopción de medidas preventivas en lo que respecta a los accidentes laborales y enfermedades profesionales; la necesidad de velar por el suministro adecuado de agua limpia potable y la creación de condiciones sanitarias básicas; la prevención y reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas tales como radiaciones y sustancias químicas nocivas u otros factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente a la salud de los seres humanos. Además, la higiene industrial aspira a reducir al mínimo, en la medida en que ello sea razonablemente viable, las causas de los peligros para la salud resultantes del medio ambiente laboral (párrafo 15).

Un lugar destacado para preservar la salud lo ocupa la prevención de las enfermedades. Para lograr esa prevención el Comité considera que se deben establecer programas educativos, orientados sobre todo a hacer frente a las preocupaciones de salud que guardan relación con el comportamiento; tal es el caso de las enfermedades de transmisión sexual, en particular el VIH/Sida, y las que afectan de forma adversa a la salud sexual y genésica. Los mencionados programas deben promover los factores sociales determi-

nantes de la buena salud, como lo son la seguridad ambiental, la educación, el desarrollo económico y la igualdad de género (párrafo 16).

4. No discriminación

Como en casi todas sus observaciones generales, también en la OG 14 el Comité señala la obligación de los Estados Parte de observar el mandato de no discriminación. Según el Comité

es preciso hacer hincapié en la igualdad de acceso a la atención de la salud y a los servicios de salud. Los Estados tienen la obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes, y, al garantizar la atención de la salud y proporcionar servicios de salud, impedir toda discriminación basada en motivos internacionalmente prohibidos, en especial en lo que respecta a las obligaciones fundamentales del derecho a la salud. Una 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 (párrafo 19).

Una manifestación concreta del fenómeno discriminatorio se produce por el trato desigual que frente a los hombres reciben las mujeres³. La discriminación de género existe también en el ámbito de la salud, por lo cual el Comité ha considerado oportuno hacer una mención especial del tema, sugiriendo a los Estados que apliquen una perspectiva de género al asegurar ese derecho:

El Comité recomienda que los Estados incorporen la perspectiva de género en sus políticas, planificación, programas e investigaciones en materia de salud a fin de promover mejor la salud de la mujer y el hombre. Un enfoque

3 En general sobre este tema, Ferrajoli, Luigi y Carbonell, Miguel, *Igualdad y diferencia de género*, México, CONAPRED, 2005.

basado en la perspectiva de género reconoce que los factores biológicos y socioculturales ejercen una influencia importante en la salud del hombre y la mujer. La desagregación, según el sexo, de los datos socioeconómicos y los datos relativos a la salud es indispensable para determinar y subsanar las desigualdades en lo referente a la salud (párrafo 20).

En consecuencia con lo anterior, “Un objetivo importante deberá consistir en la reducción de los riesgos que afectan a la salud de la mujer, en particular la reducción de las tasas de mortalidad materna y la protección de la mujer contra la violencia en el hogar” (párrafo 21).

También los niños y los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y los pueblos indígenas merecen comentarios particulares del Comité (párrafos 22 a 27).

5. Obligaciones del Estado

Con base en la OG 3 (referida a la índole de las obligaciones de los Estados parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)⁴, el Comité desarrolla en la OG 14 un estudio para delimitar las obligaciones de los Estados Parte en materia de derecho a la salud. Este ejercicio, que ya se había realizado para otros derechos (señaladamente en la OG 13 para el derecho a la educación) es importante porque ofrece respuestas concretas y hasta cierto punto prácticas a la siguiente pregunta: ¿qué deben hacer los Estados para cumplir con las disposiciones del Pacto en materia de derecho a la salud?

El Comité se refiere a las obligaciones generales y a las obligaciones específicas. En el caso de las primeras menciona, entre otras, la prohibición de regresividad en el derecho a la salud⁵. Aunque el Comité no ofrece ejemplos concretos, no cuesta imaginar en qué casos estaríamos frente a una medida

4 Consultable por ejemplo en Carbonell, Miguel, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos, op. cit.*, tomo I, pp. 497-503.

5 Sobre el principio de prohibición de regresividad, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª edición, Madrid, Trotta, 2004, pp. 92 y siguientes.

regresiva; una medida de este tipo podría darse si el Estado decide dejar de suministrar gratuitamente un medicamento a personas que no tienen la capacidad económica para adquirirlo, o si cierra un hospital, o si reduce el número de médicos o de camas en un determinado centro sanitario. En estos casos, el Comité señala, como ya lo había hecho en la OG 3, que la medida solamente será aceptable si el Estado puede acreditar que estudió y desechó la aplicación de todas las medidas alternativas que fueran aplicables y que la medida tomada está justificada en referencia a la totalidad de las disposiciones del Pacto, y particularmente en relación a la obligación de utilizar plenamente el máximo de los recursos disponibles (párrafo 32). Si el Estado no la justifica de esta forma, estaría violando el Pacto.

Para examinar las obligaciones de carácter específico, el Comité se vale de la misma metodología que ha sido detallada desde la OG 3 y se refiere a las obligaciones de respetar, proteger y cumplir el derecho a la salud.

Respecto a la obligación de respetar, el Comité señala que los Estados Parte deberán

abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales, comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos, salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra ellas... los Estados deberán abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y genésica, censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto, así como impedir la participación del pueblo en los asuntos relacionados con la salud (párrafo 34).

Sobre la obligación de proteger el Comité apunta que los Estados deberán

Adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales

de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología. Los Estados también tienen la obligación de velar por que las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten al acceso a la atención anterior y posterior al parto ni a la planificación de la familia; impedir que terceros induzcan a la mujer a someterse a prácticas tradicionales, por ejemplo a la mutilación de los órganos genitales femeninos; y de adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas mayores, teniendo en cuenta los actos de violencia desde la perspectiva de género. Los Estados deben velar asimismo por que terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud (párrafo 35).

Como se sabe, la obligación de cumplir puede ser estudiada en términos generales o en sus dos distintos significados: cumplir en el sentido de facilitar y cumplir en el sentido de promover. En términos generales, el Comité señala que la obligación de cumplir supone lo siguiente:

Los Estados deben garantizar la atención de la salud, en particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, y velar por el acceso igual a todos los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas. La infraestructura de la sanidad pública debe proporcionar servicios de salud sexual y genésica, incluida la maternidad segura, sobre todo en las zonas rurales. Los Estados tienen que velar por la apropiada formación de facultativos y demás personal médico, la existencia de un número suficiente de hospitales, clínicas y otros centros de salud, así como por la promoción y el apoyo a la creación de instituciones que prestan asesoramiento y servicios de salud mental, teniendo debidamente en cuenta la distribución equitativa a lo largo del país. Otras obligaciones incluyen el establecimiento de un sistema de seguro de salud público, privado o mixto que sea asequible a todos, el fomento de las investigaciones médicas y la educación en materia de salud, así como la organización de campañas de información, en particular por lo que se refiere al VIH/Sida, la salud sexual y genésica, las prácticas tradicionales, la violencia en el hogar, y el uso indebido de alcohol, tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas (párrafo 36).

La obligación de cumplir en su aspecto de promover requiere de medidas positivas por parte de los poderes públicos; dichas medidas comprenden, a juicio del Comité, lo siguiente: a) fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro de resultados positivos en materia de salud, por ejemplo la realización de investigaciones y el suministro de información; b) velar por que los servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista cultural y el personal sanitario sea formado de manera que reconozca y responda a las necesidades concretas de los grupos vulnerables o marginados; c) velar por que el Estado cumpla sus obligaciones en lo referente a la difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y la alimentación sanas, así como acerca de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios; y d) apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones por lo que respecta a su salud (párrafo 37).

Como en los demás derechos, también en el derecho a la salud es importante la cooperación internacional; lo es, por ejemplo, porque los Estados deben respetar el disfrute del derecho a la salud en otros Estados, así como impedir que otros Estados conculquen ese derecho. Lo es también porque los Estados, según lo establece el Comité, deben facilitar el acceso a los establecimientos, bienes y recursos de salud esenciales en otros países, siempre que sea posible, y prestar la asistencia técnica que corresponda (párrafo 39). Además, los Estados tienen la obligación individual y solidaria, hasta el máximo de su capacidad, de cooperar en la prestación de ayuda en casos de desastre y de asistencia humanitaria en situaciones de emergencia, incluida la prestación de asistencia a los refugiados y los desplazados dentro del país (párrafo 40).

6. Obligaciones básicas y obligaciones prioritarias

Para ir concretando lo que se acaba de decir sobre las obligaciones de los Estados, el Comité señala que existen obligaciones mínimas que ningún Estado puede dejar de cumplir sin violar el Pacto⁶; también señala que los Estados tienen “obligaciones de prioridad comparable”, que sin bien no forman parte

6 Sobre este tipo de obligaciones, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 89-92.

de las obligaciones básicas, deben ser atendidas con la mayor diligencia y prioridad por los Estados.

Entre las obligaciones básicas (que, repito, conforman el contenido mínimo del derecho a la salud) están las siguientes (párrafo 43):

- a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;
- b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre;
- c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable;
- d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS;
- e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;
- f) Adoptar y aplicar, sobre la base de pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.

Entre las obligaciones de prioridad comparable a las anteriores el Comité señala las siguientes (párrafo 44):

- a) Velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y posnatal) e infantil;
- b) Proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que tienen lugar en la comunidad;

- c) Adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas;
- d) Impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir esas enfermedades;
- e) Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos.

El estudio de las obligaciones que los Estados Parte tienen en materia de derecho a la salud, que se acaba de hacer, puede servir para contestar a la pregunta de ¿qué deben hacer los Estados para cumplir con las disposiciones del Pacto en materia de derecho a la salud? Otra pregunta importante es ¿de qué manera o bajo qué circunstancias los Estados violan el artículo 12 del Pacto? Esta pregunta es relevante porque de que se responda correctamente depende el hecho de que seamos capaces de anudar las obligaciones que acabamos de revisar con situaciones concretas que suceden todavía en los países de América Latina; en otras palabras, el estudio de las obligaciones que emanan del artículo 12 del Pacto solamente adquiere sentido si somos capaces, a través de ellas, de señalar violaciones concretas al mismo. Ese es el tema del que se ocupa el Comité en la última parte de la OG 14.

7. Violaciones al PIDESC

Para empezar el Comité, de nuevo apelando al realismo, señala que es importante distinguir entre la incapacidad de un Estado para cumplir con las obligaciones derivadas del Pacto y la renuencia de ese mismo Estado a cumplir con las mismas (párrafo 47); es decir, el Comité señala que las violaciones se pueden dar por imposibilidad material de atender lo dispuesto en el Pacto o bien por simple y pura negligencia.

Siguiendo la metodología establecida para señalar las obligaciones, el Comité divide el estudio de las violaciones al Pacto en violaciones de las obligaciones de respetar, violaciones de las obligaciones de proteger y violaciones de las obligaciones de cumplir.

Como violaciones de las obligaciones de respetar el Comité señala los siguientes ejemplos:

la denegación de acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud a determinadas personas o grupos de personas como resultado de la discriminación de iure o de facto; la ocultación o tergiversación deliberadas de la información que reviste importancia fundamental para la protección de la salud o para el tratamiento; la suspensión de la legislación o la promulgación de leyes o adopción de políticas que afectan desfavorablemente al disfrute de cualquiera de los componentes del derecho a la salud; y el hecho de que el Estado no tenga en cuenta sus obligaciones legales con respecto al derecho a la salud al concertar acuerdos bilaterales o multilaterales con otros Estados, organizaciones internacionales u otras entidades, como, por ejemplo, las empresas multinacionales (párrafo 50).

Como violaciones de las obligaciones de proteger el Comité señala los siguientes casos:

la no regulación de las actividades de particulares, grupos o empresas con objeto de impedir que esos particulares, grupos o empresas violen el derecho a la salud de los demás; la no protección de los consumidores y los trabajadores contra las prácticas perjudiciales para la salud, como ocurre en el caso de algunos empleadores y fabricantes de medicamentos o alimentos; el no disuadir la producción, la comercialización y el consumo de tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas; el no proteger a las mujeres contra la violencia, y el no procesar a los autores de la misma; el no disuadir la observancia continua de prácticas médicas o culturales tradicionales perjudiciales; y el no promulgar o hacer cumplir las leyes a fin de impedir la contaminación del agua, el aire y el suelo por las industrias extractivas y manufactureras (párrafo 51).

Finalmente, como violaciones a las obligaciones de cumplir el Comité señala las siguientes:

la no adopción o aplicación de una política nacional de salud con miras a garantizar el derecho a la salud de todos; los gastos insuficientes o 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; la no vigilancia del ejercicio del derecho a la salud en el plano nacional, por ejemplo mediante la elaboración y aplicación de indicadores y bases de referencia; el hecho de no adoptar medidas para reducir la distribución no equitativa de los establecimientos, bienes y servicios de salud; la no adopción de un enfoque de la salud basado en la perspectiva de género; y el hecho de no reducir las tasas de mortalidad infantil y materna (párrafo 52).

Antes de terminar su larga y muy ilustrativa OG 14, el Comité aborda algunas cuestiones relacionadas con la puesta en práctica del derecho a la salud, en cierta forma complementarias de lo que hasta aquí se ha dicho. Así por ejemplo, señala que los Estados deben adoptar una legislación marco para dar mayor efectividad a la estrategia nacional que deben dictar para hacer realidad el derecho a la salud (párrafo 56); con ello, el Comité seguramente busca evitar la dispersión normativa (que en esta materia puede ser especialmente perjudicial), así como permitir que el Estado —en sus diferentes niveles de autoridad u organización administrativa— logre un funcionamiento armónico y coordinado a fin de proteger de mejor manera el mencionado derecho.

El Comité también considera importante que el derecho a la salud sea justiciable; esto supone que “Toda persona o todo grupo que sea víctima de una violación del derecho a la salud deberá contar con recursos judiciales efectivos u otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional. Todas las víctimas de esas violaciones deberán tener derecho a una reparación adecuada, que podrá adoptar la forma de restitución, indemnización, satisfacción o garantías de que no se repetirán los hechos” (párrafo 59). Para el Comité, también los juristas tienen un papel importante en la tutela del derecho a la salud: “Los Estados Partes deben alentar a los magistrados y a los demás juriscónsultos a que, en el desempeño de sus funciones, presten mayor atención a la violación al derecho a la salud” (párrafo 61).

8. La salud de las mujeres

Ya hemos visto que uno de los grupos tradicionalmente más discriminados y vulnerables en relación con el derecho a la salud son las mujeres; el Comité ha realizado en la OG 14 varias consideraciones específicas sobre la salud de

las mujeres, lo cual refleja la importancia que el tema tiene. Seguramente como consecuencia de esa importancia, la salud de la mujer ha sido también objeto de una Recomendación General por parte del Comité contra la Discriminación de la Mujer de la ONU; se trata de la RG 24, por medio de la cual se interpreta el artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (la llamada CEDAW)⁷. En América Latina este tema tiene un interés añadido al que pudiera tener en otras regiones del planeta, ya que la discriminación contra la mujer es muy intensa y forma parte, desgraciadamente, de la realidad regional. Por eso es que vale la pena detenerse a estudiar el contenido de la RG 24.

El Comité (recuerde el lector que nos referimos a partir de ahora al Comité contra la Discriminación de la Mujer) considera que hay diferencias biológicas que afectan de forma diferente la salud del hombre y de la mujer, pero que también se producen diferencias como consecuencia de factores sociales, señalando que “debe prestarse especial atención a las necesidades y los derechos en materia de salud de las mujeres pertenecientes a grupos vulnerables y desfavorecidos como los de las emigrantes, las refugiadas y las desplazadas internas, las niñas y las ancianas, las mujeres que trabajan en la prostitución, las mujeres autóctonas y las mujeres con discapacidad física o mental” (párrafo 6).

El Comité aboga por la creación de un sistema médico que atienda específicamente las enfermedades que afectan a la mujer, y que sirva para prevenir la discriminación de género:

Las medidas tendientes a eliminar la discriminación contra la mujer no se considerarán apropiadas cuando un sistema de atención médica carezca de servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de la mujer. La negativa de un Estado parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios (párrafo 11).

7 La RG 24 se puede consultar en Carbonell, Miguel, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos, op. cit.*, tomo I, pp. 689-700.

¿Qué debe hacer el Estado para que pueda considerarse que atiende correctamente la diferencia entre hombres y mujeres en el ámbito de la salud? El Comité señala los siguientes cinco aspectos que se deben tomar en cuenta (párrafo 12):

- a) Factores biológicos que son diferentes para la mujer y el hombre, como la menstruación, la función reproductiva y la menopausia, así como el mayor riesgo de la mujer a resultar expuesta a enfermedades transmitidas por contacto sexual;
- b) Factores socioeconómicos, como por ejemplo el desigual reparto de poder entre hombres y mujeres en el hogar y en el trabajo, lo que puede repercutir en la salud y en la nutrición de la mujer; también es relevante el hecho de que la violencia intrafamiliar afecta mayormente a las mujeres; las niñas y adolescentes con frecuencia están expuestas a abuso sexual por parte de familiares y hombres mayores, lo que conlleva el riesgo de sufrir daños físicos y psicológicos, así como embarazos no deseados; algunas prácticas culturales, como la mutilación genital⁸, también conllevan para la mujer un mayor riesgo de muerte y discapacidad;
- c) La falta de respeto a la confidencialidad de la información médica afecta a hombres y mujeres, pero puede disuadir con mayor fuerza a la mujer de acudir a consulta; esto repercute negativamente en la atención médica que tiene que ver con el tratamiento de enfermedades de los órganos genitales, con la utilización de métodos anticonceptivos o con la atención de abortos incompletos, así como en los casos en que la mujer ha sido víctima de violencia sexual o física.

El Comité termina la RG 24 señalando una serie de medidas que los Estados deberían tomar para respetar el artículo 12 de la CEDAW; esas medidas son las siguientes:

8 Sobre el tema de la mutilación genital puede verse, para una primera aproximación, Facchi, Alessandra, “Mutilaciones femeninas y derecho positivo”, en De Lucas, J. (dir.), *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, CGPJ, 1999. El Comité de Discriminación contra la Mujer se ha ocupado —quizá con demasiada brevedad— del tema en su Recomendación General número 14, de 1990; consultable en Carbonell, Miguel, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos, op. cit.*, tomo I, pp. 648-650.

- a) Situar una perspectiva de género en el centro de todas las políticas y los programas que afecten a la salud de la mujer y hacer participar a ésta en la planificación, la ejecución y la vigilancia de dichas políticas y programas y en la prestación de servicios de salud a la mujer;
- b) Garantizar la eliminación de todas las barreras al acceso de la mujer a los servicios, la educación y la información sobre salud, inclusive en la esfera de la salud sexual y genésica y, en particular, asignar recursos a programas orientados a las adolescentes para la prevención y el tratamiento de enfermedades venéreas, incluido el VIH/Sida;
- c) Dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal. En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos;
- d) Supervisar la prestación de servicios de salud a la mujer por las organizaciones públicas, no gubernamentales y privadas para garantizar la igualdad del acceso y la calidad de la atención;
- e) Exigir que todos los servicios de salud sean compatibles con los derechos humanos de la mujer, inclusive sus derechos a la autonomía, intimidad, confidencialidad, consentimiento y opción con conocimiento de causa; y
- f) Velar por que los programas de estudios para la formación de los trabajadores sanitarios incluyan cursos amplios, obligatorios y que tengan en cuenta los intereses de la mujer sobre su salud y sus derechos humanos, en especial la violencia basada en el género.

Como puede verse, la RG 24 viene a complementar el estudio del derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos, que se había emprendido en profundidad a partir de la OG 14; conviene apuntar que, para efectos interpretativos, el aplicador de las normas relativas deberá estar atento a la interpretación más favorable; en principio, si se trata de aplicar el derecho a la salud a una mujer, se atenderá a la RG, aunque sin dejar de tener en cuenta la OG 14 en todo aquello en que resulte aplicable (en tanto que contiene una interpretación más amplia y general del derecho a la salud) y, particularmente, en todo lo que resulte más beneficioso para la mujer.

Notas sobre la justiciabilidad del derecho a una vivienda adecuada

Christian Courtis

1. Una característica fundamental de la noción de “derecho” es el tener a disposición un recurso capaz de proporcionar una reparación adecuada en caso de violación. Tomarse en serio los derechos humanos requiere la provisión de recursos efectivos, y la posibilidad de que las denuncias de violación sean consideradas por órganos imparciales e independientes –en general, los tribunales de justicia– capaces de declarar la existencia de una violación y, en consecuencia, ordenar su adecuada reparación.
2. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en general, incluyendo el derecho a una vivienda adecuada, ha generado un considerable debate.

Sin embargo, la suposición generalizada de que los derechos económicos, sociales y culturales no son exigibles en tanto categoría general, pareciera ignorar la evidencia de aproximadamente un siglo de trabajo de los tribunales en áreas como el derecho laboral y un creciente cúmulo de jurisprudencia en el campo de la seguridad social, salud, vivienda o educación producida por tribunales del mundo entero.

Los argumentos contra la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), parecieran asumir que el contenido de estos derechos corresponden a un patrón formal único, con una característica definitoria que serviría para identificar a todos esos derechos como pertene-

cientes a una misma categoría. No obstante, una revisión de cualquier enumeración razonable de los derechos económicos, sociales y culturales –por ejemplo, la lista de derechos incluida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o por instrumentos regionales tales como el Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Sociales y Culturales) o la Carta Social Europea revisada– muestra efectivamente lo opuesto: los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al igual que los derechos civiles y políticos, no están limitados a un único patrón formal sino que conllevan una amplia variedad de aspectos: libertades, obligaciones del Estado respecto de otros particulares y obligaciones de adoptar e implementar medidas positivas de variada índole.

La tipología tripartita empleada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que distingue entre obligaciones de respeto, protección y satisfacción refleja –de forma adecuada– el complejo carácter de los derechos humanos. En términos prácticos, esto quiere decir que cada derecho humano ofrece aspectos que pueden ser objeto de litigio y control de los tribunales.

3. Además, la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos supone la existencia de cercanas interconexiones entre los diferentes derechos, sea cual fuera la categoría en las que se los coloque. En consecuencia, los derechos pueden superponerse en parte o estar vinculados de forma tal que los aspectos de algunos derechos sirvan de vehículo para la protección judicial de otros derechos.

4. Todo lo dicho, por supuesto, es aplicable al derecho a una vivienda adecuada. Por un lado, se ha alcanzado un considerable progreso en clarificar el contenido del derecho a la vivienda adecuada. Por ejemplo, más allá de la interpretación de las obligaciones generales aplicables a todo derecho incluido en el PIDESC, dos observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –las Observaciones Generales N°4 y N°7¹– y

1 Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°4, El Derecho a una Vivienda adecuada (6ta. sesión, 1991), U.N. Doc. E/1992/23; Observación General N°7, Los desalojos forzados y el derecho a una vivienda adecuada (16º sesión, 1997), U.N. Doc. E/1998/22.

varios informes producidos por el primer Relator Especial para el Derecho a una Vivienda Adecuada como Componente del Derecho a un Nivel de Vida Adecuada y sobre el Derecho a la No Discriminación, Sr. Miloon Kothari², definen en detalle el alcance y contenido de las obligaciones de los Estados, ofreciendo ejemplos sobre potenciales violaciones del derecho a una vivienda adecuada. Esta comprensión del derecho a una vivienda adecuada incluye varios tipos de obligaciones, algunas de ellas negativas –por ejemplo, la prohibición de desalojos forzosos– y otras positivas –como la adopción de herramientas legislativas y otras medidas para garantizar la seguridad de la tenencia y la accesibilidad a la vivienda o aportar soluciones a las personas sin techo.

Por otro lado, se ha dejado en claro que el derecho a una vivienda adecuada también supone importantes conexiones con otros derechos humanos y principios, como la prohibición de la discriminación, el derecho a un juicio justo y al debido proceso, el derecho a la privacidad y vida familiar, la protección de la propiedad, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a la alimentación, el derecho a la salud y el derecho al agua.³

5. La clarificación del contenido del derecho a una vivienda adecuada ha servido para poner en evidencia que varios aspectos de este derecho pue-

2 Ver, por ejemplo, Informes del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como componente del derecho a un nivel de vida adecuado, Miloon Kothari, E/CN.4/2004/48, 8 de marzo, 2004 (sobre desalojos forzosos); E/CN.4/2005/48, 3 de Marzo 2005 (sobre personas sin hogar); A/HRC/4/18, 5 de febrero 2007, Anexo I, “Principios y directrices básicos sobre desalojos y desplazamientos coasados por obras de desarrollo”.

3 Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°4, El Derecho a una vivienda adecuada (6ta. sesión, 1991), U.N. Doc. E/1992/23, párrafo 7: “el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto.” El Comité también señala en otras Observaciones Generales que el derecho a la vivienda está íntimamente ligado a otros derechos. Ver, por ejemplo, Observación General N°14, El derecho *al disfrute del más alto nivel posible de salud* (22° sesión, 2000) U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000), párrafo 11; Observación General No. 15, El Derecho al Agua (29° sesión, 2003), U.N. Doc. E/C.12/2002/11 (2003), párrafo 3. En este mismo sentido, ver Informe del Relator Especial sobre la Vivienda Adecuada como componente del derecho a un nivel de vida adecuado, Miloon Kothari, E/CN.4/2001/51, 25 de enero de 2001 (que subraya la necesidad de una concepción holística del derecho a la vivienda, y su interdependencia e indivisibilidad con relación a otros derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales).

den ser objeto de protección judicial. La jurisprudencia comparada, a nivel nacional, regional e internacional, ofrece varios casos sobre la exigibilidad del derecho a la vivienda adecuada. A continuación presentaré algunos ejemplos ilustrativos de casos en esta área, sin pretensiones de exhaustividad.

6. La protección contra los desalojos forzosos ha constituido un eje importante del litigio judicial en distintas jurisdicciones. Los tribunales nacionales y las cortes y órganos internacionales han desarrollado un conjunto importante de principios y garantías procesales para impedir los desalojos injustificados. Las Cortes Suprema de la India y de Bangladesh han producido importantes decisiones en este sentido, en las que se subraya la importancia de los deberes procedimentales del Estado, que deben ser cumplidos como requisito indispensable para que un desalojo sea considerado lícito.⁴ Por ejemplo, la Corte Suprema de Bangladesh decidió, en el caso *ASK v. Bangladesh*,⁵ que antes de llevar a cabo el desalojo forzoso masivo de un asentamiento informal, el gobierno tenía la carga de desarrollar un plan para el reasentamiento, llevar a cabo los desalojos de manera gradual, y tomar en consideración las posibilidades de los desalojados de encontrar alojamiento alternativo. El tribunal también decidió que las autoridades están obligadas notificar previa y debidamente antes del desalojo.

Una sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica también puede ilustrar este punto. En el caso *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers*⁶ la Corte rechazó una demanda de desalojo forzoso iniciada por autoridades municipales contra sesenta y ocho personas residentes en un asentamiento irregular sobre terrenos privados. El tribunal consideró la solicitud de desalojo a partir de tres criterios —las circunstancias bajo las cuales ocuparon el terreno y erigieron sus casillas los ocupantes, el período durante el cual residieron en el terreno, y la disponibilidad de terreno alternativo para el reasentamiento—

4 Ver Corte Suprema de la India, *Olga Tellis & Ors v. Bombay Municipal Council* [1985] 2 Supp SCR 51, 10 de julio, 1985; Corte Suprema de Bangladesh, *Ain o Salish Kendra (ASK) v. Government and Bangladesh & Ors* 19 BLD (1999) 488, 29 de julio, 2001.

5 Ver Corte Suprema de Bangladesh, *Ain o Salish Kendra (ASK) v. Government and Bangladesh & Ors* 19 BLD (1999) 488, 29 de julio, 2001.

6 Ver Corte Constitucional de Sudáfrica, *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers*, caso CCT 53/03, 4 de marzo de 2004.

y concluyó que, de acuerdo a las circunstancias del caso, la Municipalidad no había demostrado haber realizado ningún intento significativo de escuchar y considerar la situación de los ocupantes.

El Comité Europeo de Derechos Sociales también ha adoptado una serie de decisiones en las que consideró que la práctica de los desalojos forzosos contra comunidades roma (gitanas) y contra los grupos más pobres de la población constituyen violaciones a distintas disposiciones de la Carta Social Europea.⁷

7. Tribunales nacionales e internacionales han utilizado el principio de igualdad y la prohibición de discriminatoria para proteger el derecho a la vivienda sobre la base de distintos factores prohibidos.

El Comité de Naciones Unidas contra la Discriminación Racial (CEDR) ha tenido la oportunidad de considerar situaciones de violación al derecho a la vivienda adecuada a través de la prohibición de la discriminación por motivos de origen racial. En el caso de la *Sra. L. R. y otros v. Eslovaquia*,⁸ el CEDR debió examinar la decisión de una autoridad municipal eslovaca que derogó una política de vivienda destinada a satisfacer las necesidades habitacionales de la población roma. El Comité determinó que tal derogación afectaba de manera discriminatoria el derecho a la vivienda por motivos de origen étnico. El Comité Europeo de Derechos Sociales también ha determinado la existencia de violaciones, tanto por acción como por omisión, en casos que involucraban el derecho a la vivienda de comunidades roma. En los casos *European Roma Rights Center v. Grecia*; *European Roma Rights Center v. Italia* y *European Roma Rights Center v. Bulgaria*, el Comité decidió, entre otras cosas, que las prácticas de desalojos forzosos y la falta de políticas públicas destinadas a satisfacer las necesidades habitacionales específicas de las comu-

7 Ver Comité Europeo de Derechos Sociales, *European Roma Rights Center v. Grecia*, Queja N° 15/2003, decisión del 8 de diciembre de 2004, párr. 51-51; *European Roma Rights Center v. Italia*, Queja N°27/2005, decisión del 7 de diciembre de 2005, párrs. 41-42; *European Roma Rights Center v. Bulgaria*, Queja N°31/2005, decisión del 18 de octubre de 2006, párr. 51-57; *Movement ATD Fourth World v. Francia*, Queja N°33/2006, decisión del 5 de Diciembre de 2007, párr. 77-83; *European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA) v. Francia*, Queja N°39/2006, decisión del 5 de diciembre de 2007, párr. 87-93.

8 Ver Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Sra. L. R. y otros v. Eslovaquia*, Comunicación N°31/2003, 10 de marzo de 2005.

nunidades roma constituyen violaciones a los derechos a la vivienda y a la protección social, en la relación con la prohibición de discriminación.⁹

La Corte Suprema de los Estados Unidos declaró la inconstitucionalidad de una ordenanza municipal que prohibía el establecimiento de una residencia para personas con discapacidades en un área determinada, considerándolo discriminatorio¹⁰. Los tribunales federales de los Estados Unidos han aplicados en repetidas ocasiones la llamada *Fair Housing Act* (*Ley sobre la Vivienda Justa*), que prohíbe la discriminación en materia de vivienda contra cualquier persona por motivos de raza, color, religión, sexo, discapacidad, estatus familiar u origen.¹¹ Tribunales estatales de los Estados Unidos y la Cámara de los Lores del Reino Unido también han aplicado la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual a la protección de la vivienda.¹²

8. Los tribunales han abordado también la cuestión de la accesibilidad económica de la vivienda, subrayando la especial importancia de garantizar la seguridad de la tenencia de la vivienda, aun en tiempos de inestabilidad económica. La Corte Constitucional de Colombia ofrece un importante ejemplo: en una serie de decisiones respecto a la situación de miles de deudores, declaró que un plan de reajuste del precio de los pagos de hipoteca era abusivo y constituía una violación del derecho constitucional a la vivienda digna.¹³ En el mismo sentido, tribunales brasileños han protegido los derechos de personas que adquirieron sus viviendas a crédito contra tasas de in-

9 Ver Comité Europeo de Derechos Sociales, *European Roma Rights Center v. Grecia*, Queja N°15/2003, decisión del 8 de diciembre de 2004; *European Roma Rights Center v. Italia*, Queja N°27/2005, decisión del 7 de diciembre de 2005; *European Roma Rights Center v. Bulgaria*, Queja N°31/2005, decisión del 18 de octubre de 2006.

10 Ver Corte Suprema de los Estados Unidos, *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985).

11 Ver, por ejemplo, Tribunal Federal para el Distrito de California Oriental, Consent Order entered in *United States v. Claiborne* (No. S-02-1099 DFL DAD) (E.D. Cal.) (2004), en un caso de alegada discriminación sexual en materia de vivienda.

12 Ver Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York, *Braschi v. Stahl Associates Co.* (544 N.Y.S.2d 784) (1989); Cámara de los Lores del Reino Unido, *Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30.

13 Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-383/99, 27 de mayo, 1999; Sentencia C-700/99, 16 de septiembre, 1999; Sentencia C-747-99, 6 de octubre, 1999, y Sentencia C-955/00, 26 de julio, 2000.

terés abusivas o injustificados, a través de la aplicación de disposiciones del Código del Consumidor.¹⁴

9. También la adopción de medidas adecuadas para la realización del derecho a la vivienda ha sido sometida al escrutinio judicial. Por ejemplo, en el famoso caso *Grootboom*, decidido por la *Corte Constitucional de Sudáfrica*, se utilizó el estándar judicial de la “razonabilidad” para analizar la adecuación del plan de vivienda adoptado por la administración. La Corte decidió que el plan de vivienda era irrazonable, y por ende inconstitucional, porque no tomaba en cuenta la situación de los grupos más vulnerables, y permitía los desalojos forzosos sin ninguna prevision de resguardo o realojamiento.¹⁵ Tribunales argentinos han decidido que un albergue público para personas sin techo no reunía las condiciones de habitabilidad necesarias, y ordenó al gobierno municipal a alojar a sus residentes en un lugar adecuado.¹⁶ En los casos *International Movement ATD Fourth World v. Francia* y *European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA) v. Francia*, el Comité Europeo de Derechos Sociales decidió, sobre la base de distintos estándares, que la política del gobierno relative al acceso a la vivienda para los miembros más pobres de la comunidad y las medidas para reducir el número de personas sin techo eran inadecuadas o insuficientes, y por ende violatorias del derecho a la vivienda.¹⁷

10. Otros aspectos relacionados con la seguridad de la tenencia también han sido considerados por diferentes tribunales y órganos cuasi-judiciales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, ordenó en

14 Ver, por ejemplo, Tribunal Superior de Justicia de Brasil, Recurso Especial N° 936.795 - SC (2007/0066022-5), abril 8, 2008, entre varios otros.

15 Ver Corte Constitucional de Sudáfrica, *The Government of the Republic of South Africa and others vs. Irene Grootboom and others*, 2001 (1) SA 46 (CC), 4 de octubre de 2000.

16 Ver Cámara Contenciosoadministrativa y Tributaria de la Ciudad de Buenos Aires, Sala I, *Pérez, Víctor Gustavo y Otros c. GIBA s/Amparo*, 01/26/2001. El edificio estaba inundado, e infestado de ratas.

17 Ver Comité Europeo de Derechos Sociales, *Movement ATD Fourth World v. Francia*, *Queja N°33/2006*, decisión del 5 de diciembre de 2007; *European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA) v. Francia*, *Queja N°39/2006*, decisión del 5 de diciembre de 2007.

serie de casos de casos que el Estado debía proceder a la titulación de las tierras ancestrales de comunidades indígenas.¹⁸ En el mismo sentido, la Suprema Corte de Belice le ordenó al gobierno determinar, demarcar y entregar los títulos correspondientes a los derechos de las comunidades indígenas a sus territorios ancestrales, de acuerdo con derecho y prácticas consuetudinarias.¹⁹

11. Los tribunales también han exigido a los gobiernos tomar medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en casos de desplazamientos forzosos. En una decisión colectiva que involucraba 1150 familias desplazadas, la Corte Constitucional de Colombia declaró que el fracaso generalizado del gobierno para cumplir las metas requeridas por la ley respecto, entre otros, al derecho a una vivienda adecuada constituía un “estado inconstitucional de cosas”, y ordenó la adopción de medidas administrativas y financieras para proveer inmediato resguardo a las familias desplazadas, abstenerse de aplicar medidas coercitivas de retorno o relocalización, y garantizar el retorno seguro a sus lugares de origen cuando las personas desplazadas manifestaran esa voluntad.²⁰

12. La jurisprudencia comparada ha destacado también la conexión del derecho a una vivienda adecuada con otros derechos humanos, como el derecho a la privacidad, al respeto de la vida familiar y del domicilio, el derecho a la propiedad, la libertad de movimiento y residencia, y el derecho a no ser sometido a tortura o a tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Un número importante de casos demuestra que, aún en aquellos sistemas legales en que el derecho a una vivienda adecuada no ha sido reconocido como tal, muchos de sus componentes han recibido protección judicial indirectamente, a través de su conexión con otros derechos. La jurisprudencia

18 Ver, entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, 31 de agosto, 2001, párrafo 173, punto decisorio 4; *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, 17 de junio, 2005, párrafo 242, punto decisorio 6; *Comunidad Indígena Saramaka v. Suriname*, 28 de noviembre, 2007, párrafo 214, punto decisorio 5.

19 Ver Suprema Corte de Belice, *Aurelio Cal in his own behalf and on behalf of the Maya Village of Santa Cruz and others v. the Attorney General of Belize and others*, consolidación de demandas 171 y 172 de 2007), 18 de octubre de 2007, parr. 136, punto c) de la orden de la Corte.

20 Ver Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-025/04*, 22 de enero, 2004.

de los sistemas regionales de derechos humanos puede ilustrar dichas conexiones. Por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que los desalojos forzosos,²¹ los desplazamientos forzosos y la demolición de hogares,²² y la exposición de la vivienda a condiciones medioambientales insalubres²³ pueden equivaler a la violación del derecho a la privacidad, del derecho al respeto de la vida familiar y del domicilio, del derecho a la violación del derecho de propiedad,²⁴ y aún a la violación de la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes.²⁵

De manera, aunque la Convención Americana sobre Derechos Humanos no menciona explícitamente el derecho a una vivienda adecuada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió que los desalojos y desplazamientos forzosos, y la destrucción de hogares, constituyen violaciones del

21 Ver, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, *Connors v. Reino Unido*, 27 de mayo, 2004, párrafos 85-95; *Prokopovich v. Rusia*, 18 de noviembre, 2004, párrafos 35-45.

22 Ver, por ejemplo, *Aakdivar y otros v. Turquía*, 16 de setiembre, 1996, párrafo 88; *Chipre v. Turquía*, 10 de mayo, 2001 (derechos de personas desplazadas, parr. 174-175); *Yöyler v. Turquía*, 10 de mayo, 2001, párrafos 79-80; *Demades v. Turquía*, 31 de octubre, 2003, párrafos 31-37 (artículo 8); *Selçuk y Asker v. Turquía*, 24 de abril, 1998, párrafos 86-87; *Bilgin v. Turquía*, 16 de noviembre, 2000, párrafos 108-109; *Ayder v. Turquía*, 8 de enero, 2004, párrafos 119-121; *Moldovan y otros (2) v. Rumania*, 12 de julio, 2005, párrafos 105, 108-110.

23 Ver, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, *López Ostra v. España*, 9 de diciembre, 1994, párrafos 51, 56-58; *Guerra y otros v. Italia*, 19 de febrero, 1998, párrafos 60; *Hatton y otros v. Reino Unido*, 2 de octubre, 2001, párrafos 99-107; *Taşkin y otros v. Turquía*, 10 de noviembre, 2004, párrafos 115-126; *Moreno v. España*, 16 de noviembre, 2004, párrafos 60-63; *Fadeyeva v. Rusia*, 9 de junio, 2005, párrafos 94-105, 116-134.

24 Ver, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, *Aakdivar y otros v. Turquía*, 16 de setiembre, 1996, párrafo 88; *Chipre v. Turquía*, 10 de Mayo, 2001 (derechos de personas forzosamente desplazadas, párrafos 187-189); *Yöyler v. Turquía*, 10 de mayo, 2001, párrafos 79-80; *Demades v. Turquía*, 31 de octubre, 2003, párrafo 46; *Xenides-Arestis v. Turquía*, 22 de diciembre, 2005, párrafos 27-32; *Selçuk y Asker v. Turquía*, 24 de abril, 1998, párrafos 86-87; *Bilgin v. Turquía*, 16 de noviembre, 2000, párrafos 108-109; *Ayder v. Turquía*, 8 de enero, 2004, párrafos 119-121. En *Oner-yıldız v. Turquía*, 30 de noviembre, 2004, la Corte decidió que el interés pecuniario de los peticionantes sobre las casillas precarias construidas irregularmente era suficiente para considerar que su posesión queda protegida por el Artículo 1 del Protocolo No. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que consagra el derecho a la propiedad.

25 Ver Corte Europea de Derechos Humanos, *Yöyler v. Turquía*, 10 de mayo, 2001, párrafos 74-76; *Selçuk y Asker v. Turquía*, 24 de abril, 1998, párrafos 77-80; *Bilgin v. Turquía*, 16 de noviembre, 2000, párrafos 100-104; *Moldovan y otros (2) v. Rumania*, 12 de julio, 2005, párrafos 111, 113-114.

derecho de propiedad,²⁶ del derecho a la respeto de la vida privada, familiar, del domicilio y de la correspondencia,²⁷ y de la libertad de residencia y movimiento.²⁸

13. Mientras muchas jurisdicciones nacionales y dos sistemas regionales de Derechos Humanos —el africano y el europeo— ofrecen recursos frente a las violaciones del derecho a una vivienda adecuada, la protección del sistema universal de derechos humanos es actualmente incompleta: se limita a la protección indirecta a través de la conexión con otros derechos humanos, y en aquellos casos en los que existe discriminación en materia de vivienda sobre la base de raza, género, condición de migrante o discapacidad. La reciente adopción de un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hará extensiva esta protección a todos los casos de violación del derecho a la vivienda, permitiendo que las víctimas presenten comunicaciones ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La entrada en vigor del Protocolo Facultativo permitirá esclarecer el contenido del derecho a una vivienda adecuada y de las correlativas obligaciones del Estado en situaciones concretas, ofrecerá a las víctimas de violaciones un recurso y la posibilidad de reparación a nivel universal, y permitirá el desarrollo de estándares internacionales de gran visibilidad, que podrán a su vez inspirar decisiones judiciales a nivel nacional.

26 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Moiwana v. Suriname*, 15 de julio, 2005, párrafos 127-135; *Caso de las masacres de Ituango v. Colombia*, 1 de julio, 2006, párrafos 175-188.

27 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las masacres de Ituango v. Colombia*, 1 de julio, 2006, párrafos 189-199.

28 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Moiwana v. Suriname*, 15 de julio, 2005, párrafos 107-121; *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*, 15 de setiembre, 2005, párrafos 168-189; *Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia*, 1 de julio, 2006, párrafos 206-253.

Experiencias nacionales

La justiciabilidad de los derechos sociales en la Argentina: algunas tendencias¹

Víctor Abramovich y Christian Courtis

Introducción. 1. Derechos laborales. 2. Derechos previsionales. 3. Derecho a la salud. 4. Derechos habitacionales. 5. Derechos educativos. 6. Derecho a la alimentación. 7. Derecho al agua. 8. Derechos de los pueblos indígenas

Introducción

Contra lo que pudiera esperarse de una lectura exclusiva de la doctrina tradicional en esta materia, los tribunales argentinos han sido bastante activos en materia de justiciabilidad de los derechos sociales, aunque parte de la doctrina constitucional haya predicado de ellos el carácter meramente programático. Más aún, a partir de la reforma constitucional de 1994, y a raíz de la crisis de representatividad de los partidos políticos y de otros canales tradicionales de representación política, y de la aguda crisis económica y social que vivió nuestro país, los tribunales han acrecentado su papel en la protección de derechos sociales, de modo que se han abierto campos de litigio en materias sobre las cuales existía poca o nula experiencia previa.

1 Este capítulo está basado en el capítulo IV de nuestro libro *El Umbral de la Ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

Con el objeto de documentar esta tesis, el presente ensayo recorre, de manera sumaria, algunas tendencias registradas en la jurisprudencia generada por los tribunales argentinos en materia de derechos sociales². Hemos ordenado el recuento temáticamente, para facilitar la identificación de las líneas de evolución en la interpretación de diferentes derechos.

1. Derechos laborales³

Desde la década del 1940, existe una larga tradición de justiciabilidad tanto de derechos individuales como de derechos colectivos relacionados con el trabajo. 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 patronal⁴. También a mediados de los años 40 se estableció el fuero laboral, y el litigio judicial en este campo lleva alrededor de sesenta años.

El hecho de que los derechos laborales se consideren justiciables, y la existencia de un fuero laboral no significa que no haya problemas de exigibilidad. El fuero laboral está sobrecargado de causas; el procedimiento laboral crea incentivos para que la parte perdedora apele las decisiones desfavorables y convierta el proceso en un trámite lento y dificultoso, forzando al trabajador a llegar a acuerdos extrajudiciales menos favorables, en lugar de esperar una compensación plena pero tardía. El alto índice de desempleo, de subempleo y de trabajo informal generan obstáculos para la efectividad de las decisiones

2 Para un trabajo de seguimiento de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con particular referencia a los derechos sociales, ver Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los Derechos: un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante 2003/2004*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2005; Capítulo VIII. Derechos económicos, sociales y culturales, pp. 335-373, con prólogo de Christian Courtis, “La Corte ante los derechos sociales”, pp. 326-333.

3 Agradecemos a Luis Campos y a Guillermo Gianibelli los comentarios, sugerencias y correcciones sobre este apartado.

4 Ver, en general, Ernesto Isuani, Rubén Lo Vuolo y Emilio Tenti Fanfani, *El Estado Benefactor. Un paradigma en crisis*, Miño y Dávila-CIEPP, Buenos Aires, 1991; Alberto Berbeito y Rubén Lo Vuolo, *La nueva oscuridad de la política social. Del Estado populista al neoconservador*, Miño y Dávila-CIEPP, Buenos Aires, 2a ed., 1998, pp. 24-47.

judiciales. Cabe señalar también las dificultades adicionales creadas por el establecimiento, durante la década de los años 90, de instancias prejudiciales de conciliación obligatoria, que encarecen y alargan el trámite del reclamo judicial en materia laboral.

El litigio judicial en material de derecho laboral se basa fundamentalmente sobre la aplicación de normas de rango legal: los derechos establecidos en la constitución han sido desarrollados por normas legislativas. Sin embargo, también existe cierto espacio para el litigio constitucional. El empleo de instrumentos internacionales es menos frecuente en la materia. Ofrecer un panorama completo de la jurisprudencia laboral argentina requeriría mucho más espacio del que podemos dedicar aquí⁵. Señalaremos, sin embargo, algunos aspectos que pueden resultar relevantes para caracterizar la evolución de la aplicación judicial del derecho laboral en los últimos quince años.

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 trabajador⁶, el abuso del *jus variandi*⁷, el alcance permisible de la protección contra el despido arbitrario —incluyendo la estabilidad en el empleo y la base para establecer el monto de las indemnizaciones laborales—⁸, y el equilibrio entre la introducción de premios o incentivos salariales y el principio de igualdad, la

5 Ver, en general, Mario Eduardo Ackerman (coord.), *Colección de análisis jurisprudencial. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, La Ley, Buenos Aires, 2004.

6 Ver, por ejemplo, Corte Suprema “Padín Capella, Jorge D. c. Litho Formas S. A.”, 12/03/1987; 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 III, “Casteñán, Gustavo A. c. Raña Veloso, Raúl y otros”, 30/08/1985.

7 Ver Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, “Prinetti, Jorge M. c. Bagley, S. A.”, 27/10/1999.

8 Ver Corte Suprema, “De Luca, José E. y otro c. Banco Francés del Río de la Plata”, 25/02/1969, “Figueroa, Oscar F. y otro c. Loma Negra C.I.A.S.A.”, 04/09/1984, “Pelaia, Aurelio P. c. Sadaic”, 30/06/1992, “Vega, Humberto A. c. Consorcio de Propietarios del Edificio Loma Verde y otro s/accidente – ley 9688”, 16/12/1993, “Vega, Leonardo M. y otros c. D’Angiola Arcucci”, 25/06/1996, “Villarreal, Adolfo c. Roemmers”, 10/12/1997, “Mastroiani, Ricardo A. c. Establecimiento Modelo Terrabusi S. A.”, 27/05/1999.

prohibición de discriminación y el respeto de los derechos fundamentales no laborales en el ámbito de la empresa⁹.

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 ley¹⁰, la libertad de formar, afiliarse a sindicatos y negociar colectivamente¹¹, y el derecho de huelga¹².

A comienzos de la década de 1990, durante el gobierno del entonces presidente Menem, el número de miembros de la Corte Suprema de Justicia se amplió de cinco a nueve, y se designó para cubrir esas vacantes a jueces de filiación partidaria o de escasos antecedentes. La Corte Suprema convalidó

- 9 Ver, por ejemplo, Corte Suprema, “Ratto, Sixto y otro c. Productos Stani S. A.”, 08/26/1966, “Segundo, Daniel c. Siemens S. A.”, 26/06/1986, “Fernández, Estrella c. Sanatorio Güemes, S. A.”, 23/08/1988, “Jáuregui, Manuela Yolanda c. Unión Obreros y Empleados del Plástico”, 07/08/1984, “Martinelli, Oscar Héctor Cirilo y otros c. Coplinco Compañía Platense de la Industria y Comercio S. A.”, 12/12/1993; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI, “Armella, Miguel A. c. Aerolíneas Argentinas S.A.”, 26/10/2000, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X, “Stafforini, Marcelo c. Ministerio de Trabajo s/amparo”, 29/06/01, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala VI, “Balaguer, Catalina c. Pepsico de Argentina”, 10/3/2004, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IX, “Greppi, Laura Karina c. Telefónica de Argentina SA s/despido”, 31/05/2005; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, “Fundación Mujeres en Igualdad c. Freddo”, 15/9/2000, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, “Arroyo, Gustavo Adolfo y otros c. Jovis S. R. L. y otros s/daños y perjuicios”, 12/12/2005.
- 10 Corte Suprema, “Romano, Adolfo R. y otros c. Usina Popular y Municipal de Tandil, S. E. M.”, 31/07/1979, “Nordensthol, Gustavo J. C. Subterráneos de Buenos Aires”, 04/02/1985, “Soria, Silverio F. c. D.N.V.”, 02/04/1985, “Bismarck, Almirón y otro c. Cooperativa Eléctrica Ltda. de Pergamino”, 12/02/1987; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, “Garay Benítez c. Agrest S.A.”, 14/6/2004.
- 11 Corte Suprema, “Outon, Carlos J. y otros”, 29/03/1967, “Asociación de Trabajadores del Estado c. Provincia de Corrientes”, 14/07/1999; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala de Feria, “Confederación General de Trabajo de la República Argentina c. Poder Ejecutivo Nacional”, 24/01/1997. Existen algunos precedentes recientes restrictivos de la libertad de formar sindicatos. Ver, por ejemplo, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, “Asociación del Personal Superior del Congreso de la Nación c. Ministerio de Trabajo”, 26/04/05.
- 12 Corte Suprema, “Beneduce, Carmen J. y otras c. Casa Augusto”, 18/12/1967, “Riobo, Alberto c. La Prensa, S. A.”, 16/02/1993; Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, “Leiva, Horacio y otros c. Swift Armour S. A.”, 06/07/1984. Ver, en general, Jorge Eduardo Rizzone, “Acerca del derecho de huelga en la doctrina de la Corte Suprema de la Nación Argentina”, en Revista de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral, Año III – Nro. 9, marzo-abril de 2001, pp. 39-44.

leyes de flexibilización laboral, medidas de desplazamiento o limitación de la aplicación de convenios colectivos de trabajo ante la alegación de emergencia económica¹³, y normas de limitación de la indemnización del trabajador por accidentes y enfermedades laborales¹⁴, bajo la justificación de razonabilidad de las medidas adoptadas por el Congreso¹⁵. La Corte Suprema también adoptó una interpretación restrictiva en relación con la solidaridad de empresas vinculadas o subcontratadas en orden al cumplimiento de obligaciones laborales¹⁶.

Después de la crisis 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 trabajador¹⁷. Hay indicios de una mayor consideración de los instrumentos internacionales de derechos humanos: el caso “Aquino”, decidido en el 2004, es un buen ejemplo de esta tendencia¹⁸.

13 Corte Suprema, “Soengas, Héctor R. y otros c. Ferrocarriles Argentinos”, 07/08/1990, “Cocchia, Jorge D. C. Estado nacional y otro”, 12/02/1993.

14 Corte Suprema, “Gorosito c. Riva S.A. s/ daños y perjuicios”, 01/02/2001.

15 Para un comentario general, ver Guillermo Gianibelli y Oscar Zas, “Estado social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales”, en *Revista Contextos*, Nro. 1, Buenos Aires (1997), pp. 159-231.

16 Corte Suprema, “Rodríguez, Juan R. c. Compañía Embotelladora Argentina S. A. y otro”, 15/04/1993, “Luna, Antonio R. c. Agencia Marítima Rigel S. A. y otros”, 02/07/1993, “Escudero, Segundo R. y otros c. Nueve A S. A. y otro”, 14/09/2000.

17 Ver, por ejemplo, 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.

18 En el mismo sentido, Corte Suprema, “Vizzoti, Carlos Alberto c. Amsa S.A. s/despido”, 14/07/2004 (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”, 26/10/2004 (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—Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre

“Aquino”¹⁹ involucra 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 “Aquino”, 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 no solo fundó la sentencia sobre argumentos constitucionales —el derecho del trabajador a condiciones dignas y equitativas de trabajo, y el carácter integral de la seguridad social—, sino que también 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. Las referencias al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales subrayan la relación entre la indemnización integral por accidentes y enfermedades de trabajo, y el derecho a condiciones justas y equitativas de trabajo. La Corte 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

Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). La Corte Suprema pone énfasis en este caso en la obligación de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2.1 del PIDESC) en relación con la obligación de mejora continua de las condiciones de vida (art. 11.1 del PIDESC).

19 Corte Suprema, “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688”, 21/09/2004.

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.

2. Derechos previsionales²⁰

Tampoco existe mayor debate sobre la posibilidad de hacer justiciables los derechos de la seguridad social a través de los tribunales: hay una práctica establecida de más de cuarenta años en el litigio en materia de la seguridad social.

La base del sistema de seguridad social también siguió los lineamientos de lo que algunos autores han llamado Estado social corporativo o conservador: además de depender en gran medida de los procesos de negociación política entre Estado, sindicatos y patronal, el sistema es fragmentario y mantiene una diferenciación importante de status de acuerdo al tipo de actividad desempeñada, y reproduce la tradicional división sexual del trabajo, el esquema supone en gran medida que los hombres son los que se incorporan al mercado formal de trabajo, mientras que las mujeres se dedican principalmente a las tareas reproductivas²¹.

Aunque los primeros esquemas de seguro social se originaron a principios del siglo XX, la existencia de un diseño institucional que pueda ser llamado propiamente sistema de seguridad social data de la última mitad de los años 40. Los esquemas previos eran fragmentarios, auto-gestionados y cubrían un porcentaje muy pequeño de la población. En 1952 se producen las primeras medidas hacia la unificación y centralización del sistema: se estableció una administración nacional de la seguridad social, y se impuso un sistema de reparto, que reemplazó a los sistemas de capitalización prevaecientes en el

20 Agradecemos a Walter Carnota y a Horacio González los comentarios, sugerencias y correcciones sobre este apartado.

21 Ver Gøsta Esping-Andersen, *Los tres mundos del Estado del Bienestar*, Alfons el Magnànim, Valencia, 1993, Capítulo 1; íd., *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Ariel, Barcelona, 2000, Capítulo 5; Rubén Lo Vuolo y Alberto Barbeito, *La nueva oscuridad de la política social. Del Estado populista al neoconservador*, Miño y Dávila-CIEPP, Buenos Aires, 2a ed., 1998, pp. 24-47.

período previo. El sistema se financió con aportes de los trabajadores y de los empleadores. Los cambios demográficos y económicos –la formación de una fuerza de trabajo industrial, la migración desde el campo a la ciudad, y la llegada de migrantes de Europa y de los países vecinos– permitieron la consolidación del nuevo modelo. La cobertura creció de manera notoria, de 420.000 personas en 1944 a la impactante cifra de 2.300.000 personas en 1949.

En 1957 se otorgó jerarquía constitucional al derecho previsional: el artículo 14 bis incorporó el siguiente párrafo:

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

El litigio judicial en material de seguridad social se generalizó 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 peticionantes. 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 (denominada “principio de favorabilidad”), y el principio *in dubio pro justitia socialis*²².

22 Ver, entre muchos otros Corte Suprema de la Nación, “Magliocca, José Benedicto”, Fallos 234:717 (1956) (el límite a la reducción del monto de jubilaciones o pensiones es la confiscatoriedad); “Casasnegra, Alejandro”, Fallos 235:783 (1956) (el derecho jubilatorio se incorpora al patrimonio desde su otorgamiento, prohibición de confiscatoriedad); “Pérez de Da Gracca, Carmen (Viuda) c/frigo-

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. Dado el volumen de casos, el Congreso creó en 1987 un fuero específico para tratar materias de seguridad social; los casos previsionales tramitaban anteriormente ante la justicia laboral.

rífico Anglo”, 24/03/1958 (interpretación favorable a quienes las leyes provisionales pretenden proteger); “García de Thorndike, María Helena”, Fallos 248:115 (1960) (interpretación favorable a quien las leyes provisionales pretenden proteger); “Ponzo, Alfredo Blas G.”, Fallos 255:306 (1963) (proporcionalidad entre haberes de actividad y pasividad); “López Villanueva, Manuel”, Fallos 256:235 (1963); “Orsi, Pacífico Héctor c/ Nación”, Fallos 258:14 (1964) (prohibición de confiscatoriedad de modificaciones previsionales posteriores al otorgamiento); “Sturiale, Nicolás s/sucesión”, Fallos 261:47 (1965) (después de dictado y firme el acto administrativo que otorga la jubilación esta queda amparada por la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional); “Di Fulvio, Antonio”, 01/12/1965 (proporcionalidad entre haberes de actividad y pasividad); “Barreiro, Eduardo Casimiro”, 31/08/1966; “Cadorini, Roberto Antonio s/jubilación”, 7/10/1966 (interpretación favorable a quienes las leyes provisionales pretenden proteger); “Bonoldi de Viglione, Elvira María s/ rec. de servicios”, 25/11/1966; “Florio, Lucio Juan s/jubilación”, 21/12/1966 (prohibición de confiscatoriedad); “Pobes, Juan s/jubilación”, 26/12/1966 (interpretación favorable a quien las leyes provisionales pretenden proteger); “Del Valle, Jorge Felipe”, 29/03/1967 (proporcionalidad entre haberes de actividad y pasividad); “Romagnoli, Marcelo s/pensión solicitada por Margarita Danesi”, 21/04/1967 (interpretación favorable a quien las leyes provisionales pretenden proteger, carácter alimentario de los beneficios jubilatorios); “Pincerolli, Leopoldo s/jubilación”, 25/04/1969; “Tavella, Esther Lucía Ballester Piterson de s/jubilación”, 31/05/1971; “Lavenir, José Santiago s/jubilación”, 11/10/1972 (después de dictado y firme el acto administrativo que otorga la jubilación esta queda amparada por la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional); “Telepak, Mateo s/jubilación”, 07/03/1974 (interpretación favorable a quien las leyes provisionales pretenden proteger, carácter alimentario de los beneficios jubilatorios); “Fernández Alvarez, Celestino s/jubilación”, 27/05/1974 (carácter alimentario de los beneficios jubilatorios); “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*, 13/09/1974; “Murúa, Herminio s/jubilación por invalidez”, 30/04/1975 (interpretación favorable a quien las leyes provisionales pretenden proteger, carácter alimentario de los beneficios jubilatorios); “López, María Consuelo s/jubilación”, 06/08/1975 (interpretación favorable a quien las leyes provisionales pretenden proteger, carácter sustitutivo de los beneficios jubilatorios); “Amoros, Mario Argentino s/jubilación”, 02/09/1975 (proporcionalidad entre haberes de pasividad y actividad); “Mazza, Próspero s/jubilación”, 02/10/1975; “Marsden, Oscar Raúl s/jubilación”, 30/10/1975 (interpretación favorable a quien las leyes provisionales pretenden proteger, carácter alimentario de los beneficios jubilatorios);

En 1991 comenzaron los cambios administrativos al sistema: se creó el ANSeS (Administración Nacional de la Seguridad Social), que vino a reemplazar a las cajas e institutos previamente existentes. La jerga administrativa literalmente mutó en los manuales de aplicación del sistema: el jubilado pasó a ser “cliente” y el beneficio jubilatorio un “producto”. Todo ello a partir de la neta orientación economicista de la orientación prevaleciente por entonces.

En 1993, un importante cambio legislativo introdujo un sistema previsional paralelo: los trabajadores tenían la opción de mantenerse en el sistema estatal de reparto, o pasar a un sistema de capitalización individual, gestionado por empresas privadas ligadas principalmente al sector bancario y financiero²³. 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 (como la infaustamente denominada “Ley de Solidaridad Previsional”, de 1995) para crear obstáculos, 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

“Helguera de Rivarola, María Teresa s/pensión”, 11/12/1975 (la inamovilidad absoluta de haberes de jubilación y pensión es inconstitucional); “Riveros, Olga Yolanda” 24/2/1976; “Incarnato, Aristides Alejandro s/jubilación”, 31/08/1976); “Verón, Antenor Benedicto”, 15/03/1977, (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), “Macchiavelli, Carlos Jorge c/Nación Argentina”, 13/96/1978; “Zárate Jades y otros c/Provincia de la Pampa”, 13/08/1981 (el Congreso es competente para decidir el mecanismo de movilidad de las pensiones, pero sujeto al control judicial de razonabilidad); “De Simone, Ricardo Luis”, 23/02/1982; “Farina, Teresa Carmen”, 10/05/1983; “Agüero, Medardo”, 14/06/1983; “Arin Boeri, Nydia Noemi”, 26/07/1983; “Lastra Edith Yolanda s/pensión”, 20/11/1984 (proporcionalidad entre haberes de actividad y pasividad); Ibáñez, Angel Bernabé s/jubilación”, 10/12/1985 (proporcionalidad entre haberes de actividad y pasividad, carácter sustitutivo de la jubilación); “Rolón Zappa, Víctor Francisco”, 30/09/1986 (reducción desproporcionada de haber jubilatorios es inconstitucional).

23 Ver Guillermo V. Alonso, *Política y Seguridad Social en la Argentina de los 90*, Miño y Dávila-FLACSO, Buenos Aires, 2000; Christian Courtis, “Social Rights and Privatisation: Lessons from the Argentine Experience”, en Koen De Feyter and Felipe Gómez Isa (eds.), *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*, Intersentia, Amberes-Oxford, 2004, pp. 175-205.

segunda instancia, que permitió al Estado llevar miles previamente perdidos al conocimiento del máximo tribunal, y la “excepción de falta de recursos” para bloquear el pago de los montos a los que fuera condenado. Estos cambios procesales tenían el propósito de desafiar o demorar los pagos ordenados judicialmente. Todo ello, pese a la aprobación de la reforma constitucional de 1994, que otorgó jerarquía constitucional a instrumentos y tratados internacionales de derechos humanos, y reforzó así la raigambre constitucional de los derechos previsionales²⁴.

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 cuestionadas²⁵, aunque algunas de estas decisiones fueron, a su turno, revocadas por la Corte Suprema compuesta por los jueces designados por el entonces presidente Menem²⁶, que abandonó así algunos de los principios

24 Sobre los derechos provisionales en el derecho internacional de los derechos humanos, ver Christian Courtis, “El derecho a la seguridad social en el Derecho Internacional”, en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003, pp. 257-270 y Martin Scheinin, “The Right to Social Security”, en Asbjørn Eide, Catarina Krause y Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 2a, 2001, pp. 211-221.

25 Ver Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, Sala II, “Ciampagna, Rodolfo N. c. ANSeS”, 11/04/1997 (inconstitucionalidad de la “excepción de falta de recursos”), “González, Herminia del Carmen c. ANSeS”, 11/20/1998 (inconstitucionalidad del carácter obligatorio de las decisiones de la Corte Suprema en materia de seguridad social para los tribunales inferiores).

26 Ver Corte Suprema, “Chocobar, Sixto Celestino c. Caja de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos, 27/12/1996 (convalida la aplicación de la ley que prohibía el empleo de índices automáticos de ajuste a las jubilaciones y pensiones, y cita, paradójicamente, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos), “González, Herminia c. ANSeS”, 21/03/2000 (convalida el carácter obligatorio de las sentencias de la Corte Suprema para tribunales inferiores en materia de seguridad social), “Aguiar López, Eduardo c. INPS – Caja Nacional de Previsión para Trabajadores Autónomos”, 17/03/98, “Heit Rupp, Clementina c. ANSeS” (el Congreso tiene libertad de configuración del sistema de movilidad de las pensiones), 16/09/1999, “Adamini, Juan Carlos c. Poder Ejecutivo Nacional s/amparo”, 14/09/2000. Véase, sin embargo, “Barry, María Elena c. ANSES s/ reajustes por movilidad” y “Hussar, Otto c. ANSeS s/ reajustes por movilidad”, 10/10/1996 (las modificaciones procedimentales que obligaban a los reclamantes a reiniciar sus demandas violan el derecho al debido proceso).

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 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”²⁷, 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 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 obligarán a ulteriores precisiones, sea de la propia Corte, sea del fuero especializado en la materia.

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 para hacer efectivos los derechos de las personas de edad– y también sobre instrumentos internacionales de derechos humanos: cita la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 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 c. Perú”, del 28/02/2003).

²⁷ Corte Suprema, “Sánchez, María del Carmen c. ANSeS s/reajustes varios”, 17/05/2005, confirmado el 28/07/2005.

En “Iztcovich”²⁸, la Corte Suprema declara 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 inconstitucional²⁹. 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”³⁰, 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 correspondía definir el sistema de ajuste determinado, ya que esta definición correspondía preferentemente al Congreso de la Nación. El argumento de la Corte no está vinculado sólo con la asignación de esa competencia al órgano legislativo, sino que valora 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 presupuestario³¹. La Corte decide entonces comunicar

28 Corte Suprema, “Iztcovich, Mabel c. ANSeS s/ reajustes varios”, 29/04/2005.

29 Poco tiempo después de la sentencia, el Congreso derogó ese recurso ordinario que la Corte declaró inconstitucional (ley 26.025).

30 Corte Suprema de Justicia, “Badaro, Adolfo Valentín c. ANSES s/ reajustes varios”, 08/08/2007.

31 La Corte establece: “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,

la decisión al Gobierno y al Congreso a fin de que un plazo razonable, adopten las medidas correspondientes para ajustar el sistema de movilidad al mandato constitucional, conforme los estándares fijados en la decisión. La Corte advierte que el reenvío a los órganos políticos del asunto, no le impedirá en el futuro examinar a su vez la adecuación constitucional del sistema que en definitiva se adopte.

Es una decisión reciente, la Corte Suprema acotó el margen de discrecionalidad del Estado para establecer criterios para la asignación de pensiones no contributivas, tema de crucial importancia, dado la dificultad de acceso de los sectores más carenciados de la población a los regímenes contributivos de seguridad social, dados los índices de desempleo, de informalidad y de precariedad laboral. El tribunal, en el caso “Reyes Aguilera”³², consideró por mayoría, aunque con fundamentos diversos, que algunas prestaciones sociales no contributivas también están regidas por las obligaciones constitucionales del Estado en material 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.

En nuestra opinión este es un precedente muy valioso pues confiere un marco de derecho a un campo de la administración de servicios sociales que suele desarrollarse con una lógica asistencial, y organizarse a partir de criterios altamente discrecionales —sino derechamente arbitrarios—, sin que los ciudadanos cuenten con mecanismos de rendición de cuentas adecuados para resguardar sus derechos y en especial el trato igual del Estado.

debido a la complejidad de la gestión del gasto público y las múltiples necesidades que está destinado a satisfacer”.

32 Corte Suprema, “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.

3. Derecho a la salud

Si en material de derecho laboral y provisional ya existía una tradición importante de litigio, la justiciabilidad del derecho a la salud se extendió de manera notable 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 de obras sociales y planes privados de salud, y el acceso a tratamiento y medicación. El sistema de salud argentino está compuesto por tres sub-sectores: un sector privado, que opera principalmente a través de planes de seguros de salud, el denominado “sector social”, que provee cobertura médica a los trabajadores permanentes del sector formal, y que es administrado por las obras sociales, entidades controladas por los sindicatos de la rama, y un sector público, destinado a satisfacer las necesidades médicas de las personas que no tienen otra cobertura. Las regulaciones legales han impuesto gradualmente una cobertura mínima a todos los componentes del sistema de salud. A medida que el litigio judicial comenzó a perfilarse como un medio exitoso para asegurar el derecho a la salud, el volumen y la variedad de casos se amplió notablemente.

La reforma constitucional de 1957, que incorporó derechos laborales y previsionales a la Constitución, no se refiere directamente al derecho a la salud. La reforma constitucional de 1994 incluyó una breve mención a la protección de la salud de los consumidores. El pleno reconocimiento de la raigambre constitucional del derecho a la salud 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 (como veremos, muchos casos judiciales se refieren al derecho de los niños de acceder a tratamiento sanitario), entre otros instrumentos internacionales relevantes.

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 –obras sociales, empresas de medicina prepaga–. Los instrumentos internacionales de derechos humanos han jugado un papel importante en la identificación de un derecho a la salud cons-

titucionalmente protegido; sin embargo, la mayoría de las cosas –con algunas excepciones importantes– han sido decididos sobre bases legales. Para el año 2005, la Corte Suprema y los tribunales inferiores habían acumulado un número importante de casos en esta materia. Sintetizaremos aquí algunas de las tendencias más importantes de esta jurisprudencia, y posteriormente presentaremos brevemente algunos de los casos más importantes³³.

La Corte Suprema y los tribunales inferiores han reconocido la jerarquía constitucional del derecho a la salud desde la concesión de jerarquía constitucional a un número importante de instrumentos internacionales de derechos humanos, en 1994. 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 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.

Los tribunales también han sostenido que, en cumplimiento con las obligaciones emanadas de instrumentos internacionales, el Estado está facultado a imponer obligaciones sobre sujetos privados –como las obras sociales y las empresas de medicina prepaga– en materia de salud. En relación con los prestadores privados que forman parte del sistema de salud, los jueces han decidido que tienen obligaciones especiales de cuidado hacia sus clientes y usuarios, que exceden el carácter de mero trato comercial. La justificación de estas obligaciones especiales proviene del carácter fundamental del derecho a la salud, cuya garantía aquellos sujetos privados han tomado a su cargo.

33 Para un recuento más detallado, ver Christian Courtis, “La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos”, en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. 703-750.

Los tribunales han prestado especial atención a las obligaciones tanto de actores públicos como privados, en relación con la protección de la salud de los niños y de las personas con discapacidad.

De todos modos, aún hay cuestiones cuya determinación permanece abierta. Entre ellas, el problema del contenido esencial del derecho a la salud de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos —es decir, el contenido obligatorio del derecho que no puede ser desconocido, postergado o alterado por el legislador ordinario. Como la mayoría de los casos se han decidido sobre bases legales, poco han dicho los tribunales sobre esta cuestión. También quedan dudas sobre el alcance de las obligaciones positivas del Estado en material de salud, en especial cuando se trata de personas indigentes, que no están en condiciones de pagar servicios de salud. Las menciones a las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han sido erráticas, y no existen criterios claros acerca de cuál es su valor normativo.

Un número considerable de casos dirigidos contra la Administración se refieren al acceso a tratamiento médico y a medicación. Los tribunales han decidido tanto casos individuales como colectivos en esta materia.

Un precedente importante de la Corte Suprema versó sobre un reclamo de cobertura individual para un niño con discapacidad. En el caso “Campodónico de Beviacqua”³⁴, 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”³⁵;

34 Corte Suprema, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, 24/10/2000.

35 Cfr. “Campodónico de Beviacqua”, *op. cit.*, consid. 16.

- 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”³⁶;
- que los pactos internacionales protegen específicamente la vida y la salud de los niños³⁷;
- que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “reconoce el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los estados parte de procurar su satisfacción. Entre las medidas que deben ser adoptadas a fin de garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad”³⁸;
- que “los estados partes se han obligado “hasta el máximo de los recursos” de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado”³⁹;
- 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”⁴⁰;
- que “la Convención sobre los Derechos del Niño incluye, además, la obligación de los estados de alentar y garantizar a los menores con impedimentos físicos o mentales el acceso efectivo a los servicios sanitarios y de rehabilitación, de esforzarse para que no sean privados de esos servicios y de lograr cabal realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social, para lo cual se debe tener en cuenta la legislación nacional,

36 *Ibidem*, consid. 16.

37 *Ibidem*, consid. 17.

38 *Ibidem*, consid. 18, con referencia explícita al artículo 12 del PIDESC.

39 *Ibidem*, consid. 19, con referencia explícita al art. 2.1 del PIDESC.

40 *Ibidem*, consid. 19, con referencia explícita a la doctrina establecida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus Observaciones finales al Informe estatal suizo de 20 y 23 de noviembre de 1998.

los recursos y la situación de cada infante y de las personas responsables de su mantenimiento”⁴¹.

La Corte sintetiza su doctrina del siguiente modo:

-el Estado Nacional ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes, so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales⁴².

En casos similares, la Corte Suprema ha decidido a favor de la cobertura médica de un niño con discapacidad de escasos recursos⁴³, de personas con VIH-SIDA⁴⁴, de reclamos de cobertura médica contra personas privadas (como empresas de medicina pre-paga, obras sociales sindicales y obras sociales estatales)⁴⁵, y ha concedido medidas cautelares para asegurar el acceso a medicación y tratamiento⁴⁶. En sentido similar, también

41 *Ibidem*, consid. 20, con referencia explícita a los arts. 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

42 *Ibidem*, consid. 21, con referencia explícita al art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

43 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”, 16/ 10/2001.

44 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.

45 Corte Suprema, “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; “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; “M., S. A. s/materia: previsional s/recurso de amparo”, 23/11/2004. En el mismo sentido, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, Sala II “R., R. S. c. Ministerio de Salud y Acción Social y otro s/amparo”, 21/10/1997; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, “T., J. M. c. Nubial S.A”, 14/10/1997.

46 Ver, por ejemplo, Corte Suprema “Alvarez, Oscar Juan c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción de amparo”, 12/07/2001; “Orlando, Susana Beatriz c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo”, 04/04/ 2002; “Díaz, Brígida c. Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional - Ministerio de

los tribunales inferiores también han decidido casos a favor de los reclamantes⁴⁷.

Salud y Acción Social de la Nación) *s/amparo*, 25/03/2003; “Benítez, Victoria Lidia y otro c. Buenos Aires, Provincia de y otros *s/acción de amparo*”, 24/04/2003; “Mendoza, Aníbal c. Estado Nacional *s/amparo*”, 08/09/2003; “Rogers, Silvia Elena c. Buenos Aires, Provincia de y otros (Estado Nacional) *s/acción de amparo*”, 08/09/2003; “Sánchez, Enzo Gabriel c. Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) *s/acción de amparo*”, 18/12/2003; “Laudicina, Angela Francisca c. Buenos Aires, Provincia de y otro *s/acción de amparo*”, 09/03/2004; “Sánchez, Norma Rosa c/Estado Nacional y otro *s/acción de amparo*”, 11/05/2004. La Corte concedió medidas cautelares, aunque se declaró incompetente, en “Diéguez, Verónica Sandra y otro c. Buenos Aires, Provincia de *s/acción de amparo*”, 27/12/2002; “Kastrup Phillips, Marta Nélica c. Buenos Aires, Provincia de y otros *s/acción de amparo*”, 11/11/2003; “Podestá, Leila Griselda c. Buenos Aires, Provincia de y otro *s/acción de amparo*”, 18/12/2003.

- 47 Ver, entre muchos otros, 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 (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 otro *s/amparo*”, 15/07/2002 (impone tratamiento a una obra social estatal); Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo 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 Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, “Centro de Educ. Médica e Invest. Clínicas Norberto Quirno c. GCBA *s/ otras causas*”, 22/06/2004 (convalida la imposición legal de obligaciones de cobertura sobre prestadores privados); Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala II, “Trigo, Manuel Alberto c. GCBA y Otros *s/Medida Cautelar*”, 12/05/2002; Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, “Rodríguez Miguel Orlando c. GCBA *s/otros procesos incidentales*”, 22/12/2004; Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires (Denuncia incumplimiento respecto a la afiliada Brenda Nicole Deghi) c. GCBA *s/Otros procesos incidentales*”, 10/02/2005 (confirma cautelar que impone tratamiento a obra social estatal); Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I “Zárate, Raúl Eduardo c. GCBA *s/Daños y Perjuicios*”, 21/08/2002; Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala II, “Villalba de Gómez, Leticia Lilian c. GCBA (Hospital General de Agudos Franciso Santojani) y Otros *s/Daños y Perjuicios*”, 08/04/2003; Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala II, “Echavarría, Adriana Graciela c. GCBA y Otros *s/Daños y Perjuicios*”, 22/04/2003; Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, “B. L. E. y Otros c. OSBA *s/Daños y Perjuicios*”, 27/08/2004 (concede indemnización de daños y perjuicios producidos por denegación o inadecuación del tratamiento médico); Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I “Roccatagliata de Bangueses, Mercedes Lucía c.

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”⁴⁸, una coalición de ONG demandaron al Estado, solicitando el cumplimiento pleno de una ley sancionada por el 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 (cita el artículos 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”⁴⁹. 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”⁵⁰. La sentencia cuenta con dos votos concurrentes que agregan algún énfasis y mayor detalle al dictamen del Procurador.

Otra cuestión recurrente decidida por los tribunales consiste en el problema de la inclusión y exclusión de planes de salud, en especial por parte

OSBA s/Otros Procesos Incidentales”, 10/06/2002; Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, “Urtasun, Teodoro Alberto c. Instituto Municipal de Obra Social s/ Cobro de Pesos”, 22/04/2004 (impone tratamiento a obra social estatal).

48 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 del 22/02/1999, decisión de la Corte del 01/06/2000.

49 “Asociación Benghalensis”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. X.

50 *Ibidem.*

de sujetos privados (empresas de medicina pre-paga 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”⁵¹ la Corte Suprema decidió que la negativa de una empresa de medicina pre-paga 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 pre-paga, a través de un acuerdo realizado a través de su empleador. Cuando quedó desempleado, solicitó el mantenimiento de la cobertura, a cambio del pago del servicio. Al detectársele HIV, la empresa de medicina pre-paga 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 pre-paga “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 pre-paga a mantener la cobertura del plan de salud al actor. El tribunal⁵², y otros tribunales inferiores, han 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”⁵³,

51 Corte Suprema, “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.

52 Corte Suprema, “V., W. J. c. Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/sumarísimo”, 02/12/2004.

53 Corte Suprema, “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.

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. Aunque el Procurador no se refiere expresamente a la prohibición de regresividad, su interpretación del principio de “razonabilidad” se acerca bastante a ella. Es interesante destacar que en este caso, a pesar del tradicional efecto individual de las declaraciones de inconstitucionalidad en la tradición jurídica argentina, el hecho de que una ONG haya llevado el caso en representación de todos los miembros del grupo de personas con esclerosis múltiple en la provincia hizo que todo el colectivo resultara beneficiario de los resultados del caso.

En algunos casos, fueron los prestadores privados de servicios de salud quienes impugnaron la imposición de obligaciones legales en materia de salud, por ejemplo, la cobertura obligatoria del tratamiento de VIH-SIDA. La base de la impugnación fue la violación del derecho de propiedad y de la libertad contractual, y el carácter irrazonable de la reglamentación. En el caso “Hospital Británico”⁵⁴, la Corte Suprema rechazó esos agravios, y estableció que la imposición de obligaciones sobre prestadores privados de servicios de salud constituía una manera válida de cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado relacionadas con el derecho a la salud. En otro caso, “Policlínica Privada”⁵⁵, la Corte decidió que un gobierno local no puede forzar a un hospital privado a mantener la internación de un paciente cuando el período de cobertura ha finalizado, y que el Estado tenía la obligación de recibir al paciente en un establecimiento público de salud.

Los tribunales inferiores también han decidido casos interesantes en materia de derecho a la salud. En el caso “Viceconte”⁵⁶, la Cámara Nacional en

54 Corte Suprema, “Hospital Británico de Buenos Aires c. Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo”, dictamen del Procurador General de la Nación del 29/02/2000, decisión de la Corte del 13/03/2001.

55 Corte Suprema, “Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 11/06/1998.

56 Cámara Nacional en lo Contenciosoadministrativo Federal, Sala IV, “Viceconte, Mariela c. Estado

lo Contencioso administrativo Federal tuvo la oportunidad de considerar un amparo colectivo, 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”⁵⁷, 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 HIV-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 para ello los estándares antidiscriminatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

nacional –Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986”, 02/06/1998.

57 Corte Suprema, “Benítez, Ricardo Ernesto c. Policía Federal s/amparo”, 17/12/1996.

Sin embargo, existen algunos casos-límite en los que la Corte Suprema ha mostrado cierta renuencia a considerar la existencia de violaciones al derecho a la salud. Probablemente, el caso más representativo al respecto sea “Ramos”⁵⁸: en esa causa, una mujer indigente con ocho hijos alega que está desempleada, que sus hijos no pueden concurrir a la escuela por carencia de recursos, que una de sus hijas sufre una cardiopatía y que requiere una intervención médica, y que no tiene a nadie de quien reclamar alimentos. La actora afirma que su situación y la situación de sus hijos importa una violación a los derechos sociales consagrados por la Constitución argentina y los tratados de derechos humanos ratificados por el país, y reclama asistencia de las autoridades federales y provinciales para garantizar su derecho y el de sus hijos a la alimentación, salud, educación y vivienda: solicita, por ende, un subsidio mensual para cubrir sus necesidades básicas. Requiere también cobertura médica para la cardiopatía de su hija, la garantía del derecho de sus hijos a concurrir a clases, y la declaración de inconstitucionalidad y de invalidez de la conducta de las autoridades públicas.

La Corte rechazó el amparo. Sus argumentos principales fueron: a) que la actora no demostró la existencia de una conducta manifiestamente ilegal y arbitraria del Estado, ya que las autoridades públicas no negaron directamente el acceso a la educación o al tratamiento médico a sus hijos, b) que los reclamos no deberían haber sido dirigidos a los tribunales, sino a la Administración. En consideraciones *obiter dicta*, la mayoría de la Corte afirmó que no tiene facultades para evaluar situaciones de carácter general que vayan más allá de su jurisdicción, ni para asignar discrecionalmente recursos presupuestarios.

Esta opinión de la Corte es en gran medida inconsistente con sus propias decisiones previas y posteriores: dos factores podrían explicar esta inconsistencia. Desde el punto de vista técnico, la demanda era excesivamente vaga: no había mención a ninguna cláusula legal concreto; la actora superpuso una serie de reclamos diversos en la misma acción, sin especificarlos adecuadamente; tampoco ofreció a la Corte criterios para detallar el contenido de los diferentes derechos invocados. Desde el punto de vista político, la acción fue interpuesta poco tiempo después del estallido de la devastadora crisis social,

58 Corte Suprema, “Ramos, Marta Roxana y otros c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo”, 12/03/2002.

política y económica de diciembre de 2001 –la peor crisis ocurrida en la historia argentina: los índices de pobreza, que fluctuaban entre el 15 y el 17%, ascendieron al 45-50% de la población–. La Corte probablemente tuvo en miras el potencial “efecto cascada” que una resolución favorable a la actora hubiera generado en un contexto económicos y político tan delicado, tanto por su posible interferencia con los poderes políticos del gobierno, como por la posibilidad de atracción de una carga insoportable de casos.

4. Derechos habitacionales

Aunque la mención original a la vivienda en la reforma constitucional de 1957 es bastante débil (“la ley establecerá... el acceso a una vivienda digna”, art. 14 bis), la concesión de jerarquía constitucional a instrumentos internacionales de derechos humanos ha venido a reforzar el litigio judicial en el área de los derechos habitacionales. Los últimos cinco años fueron testigos de un flujo de casos sin precedente relacionado con el derecho a la vivienda, en particular ante tribunales locales. Los jueces han tenido oportunidad de expedirse tanto en casos en los que se reclamaba el cumplimiento de obligaciones negativas como positivas, y gran parte de las decisiones fueron favorables a los litigantes⁵⁹.

Algunos de los casos se refieren a la relación entre el debido proceso y los desalojos forzosos. En una serie de casos decididos por la justicia local de la ciudad de Buenos Aires, los jueces declararon que una regla del código contencioso-administrativo local que concedía a la Administración el poder de lanzamiento automático contra habitantes de inmuebles del dominio privado del Estado era inconstitucional, por violar el derecho al debido proceso y a la defensa en juicio⁶⁰. Los tribunales subrayaron el nexo entre el derecho

59 Ver, en general Sebastián Tedeschi, “El derecho a la vivienda a diez años de la reforma de la Constitución”, en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década* (1994-2005), Ed. del Puerto, Buenos Aires, en prensa.

60 Superior Tribunal de Justicia de la ciudad de Buenos Aires, “Comisión Municipal de la Vivienda c. Saavedra, Felisa Alicia y Otros s/Desalojo s/Recurso de Inconstitucionalidad Concedido”, 07/10/2002, y “Comisión Municipal de la Vivienda c. Tambo Ricardo s/desalojo”, 16/10/2002.

al debido proceso, el derecho a cuestionar judicialmente órdenes de desalojo y el derecho a la vivienda: en el caso “Saavedra”⁶¹ el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires citan las Observaciones Generales 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Los tribunales inferiores han seguido criterios similares. En el caso “Gianelli”⁶², un juzgado de primera instancia decidió que, cuando entre los inquilinos amenazados por un desalojo oficial hay niños, el Gobierno tiene la obligación de proveerle alojamiento alternativo. El juez se funda explícitamente en el derecho constitucional a la vivienda, y en el derecho de los niños a la protección social.

Los juzgados penales también han decidido declinar en la persecución penal de ocupantes irregulares de terrenos fiscales. En el caso “Bermejo”⁶³, un juzgado penal decidió que no se podía perseguir penalmente por usurpación a sesenta familias indigentes que vivían en terrenos fiscales: la persecución penal hubiera significado la criminalización de la pobreza. El juzgado requirió a la Administración la adopción de medidas para solucionar el problema, invocando el derecho a la vivienda adecuada de acuerdo a lo establecido en tratados internacionales de derechos humanos, y a las constituciones nacional y local.

Algunos casos locales han tratado la cuestión del derecho a ser incluido en planes de vivienda. La Cámara Contencioso-Administrativa y Tributaria de la Ciudad de Buenos Aires confirmó sentencias de primera instancia y medidas cautelares que ordenaban a la Administración a abstenerse de excluir a los actores de un plan de vivienda, y a garantizar el derecho a la vivienda adecuada⁶⁴. Un tribunal de segunda instancia de Neuquén ordenó al go-

61 Superior Tribunal de Justicia de la ciudad de Buenos Aires, “Comisión Municipal de la Vivienda c. Saavedra, Felisa Alicia y Otros s/Desalojo s/Recurso de Inconstitucionalidad Concedido”, 07/10/2002.

62 Juzgado de 1º Instancia en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires N° 3, “Comisión Municipal de la Vivienda c. Gianelli, Alberto Luis y otros s/Desalojo”, 12/09/2002.

63 Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11, “Bermejo”, abril 2004.

64 Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, “Benítez, María Romilda y Otros c. GCBA s/medida cautelar”, 16/11/2001, “Ortiz Celia y otros c. GCBA s/ amparo”, 28/12/2001, “Tarantino, Héctor Osvaldo y otros c. GCBA s/Amparo (artículo 14 CCABA)”, 28/12/2001; Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y

bierno tomar medidas para proveer tratamiento de salud a una niña y de vivienda a su familia, dada su precaria condición de salud y las posibilidades de agravamiento debidas a la carencia de habitabilidad de su vivienda⁶⁵.

Las decisiones de los tribunales han obligado también a la Administración a tomar medidas para enfrentar problemas colectivos de vivienda. En el caso “Agüero”⁶⁶ se planteó un amparo colectivo que involucraba la situación de ochenta y seis familias que vivían en situación irregular en terrenos fiscales. El caso se solucionó a través de un acuerdo, en el que la Administración aceptó la realización de un plan de vivienda para las familias. El incumplimiento de la Administración llevó a una nueva acción de amparo: el juzgado interviniente dictó una medida cautelar que ordenó el congelamiento de fondos suficiente para llevar a cabo el plan prometido. A raíz de ello, se llegó a un nuevo y más detallado acuerdo: los estándares internacionales de derechos humanos jugaron un papel importante en la negociación. La Administración adoptó un plan de tres etapas para construir noventa y un viviendas,

Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala II, “Fernández, Silvia Graciela y otros c. GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA) Incidente de Apelación Medida Cautelar”, 07/09/2001 (medidas cautelares), “Fernández, Silvia Graciela y otros c. GCBA s/Amparo”, 28/12/2001 (sentencia), “Silva, Mora Griselda c. GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA)”, 28/12/2001 (la Administración debe incluir a los actores en un plan de vivienda) y 24/02/2003 (para satisfacer el derecho de acceso a la vivienda digna, el Gobierno debe incluir a la actora y a su familia), “Ramallo, Beatriz c. Ciudad de Buenos Aires”, 12/03/2002 (la cancelación subrepticia de un plan de vivienda es irrazonable, y el Gobierno debe mantener el plan hasta poder probar que la emergencia habitacional que originó el plan ha cesado), “Jasmín José A y otros c. GCBA s/ amparo”, 29/10/2001 (medidas cautelares), “Ríos Alvarez, Gualberto Felipe c. G.C.B.A. s/Amparo (art. 14 CCABA)”, 11/03/2002, “Arrúa, Juana y Otros c. GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA)”, 11/03/2002, “Morón Jorge Luis c. GCBA s/Amparo”, 08/10/2003 (la mayor parte de estos casos cita las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en materia de vivienda, incluyendo la prohibición de regresividad); Juzgado de 1° Instancia en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires N° 9, “Paéz, Hugo y Otros c. GCBA s/Amparo”, 17/05/2004; Juzgado de 1° Instancia en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires N°5, “Rosito Alejandra c. GCBA s/Amparo”, 03/05/2004; Juzgado de 1° Instancia en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires N° 6, “Romero Liliana c. GCBA s/Amparo”, 07/05/2005, entre otros.

65 Cámara Civil de Neuquén, “Defensor de Derechos del Niño y del Adolescente c/ Provincia de Neuquén”, 18/10/2002.

66 Juzgado de 1° Instancia en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires N° 5, “Agüero, Aurelio E. c. GCBA s/Amparo”, acuerdo homologado por el juzgado, 23/12/2003.

y otorgó prioridad en la licitación a las empresas que ofrecieran trabajo a los residentes. También se tuvo en consideración la cuestión de la asequibilidad financiera: la Administración se comprometió a ofrecer a los residentes un crédito especial, cuyos pagos no pueden exceder del 20% del ingreso mensual de las familias.

Otros casos relacionados con derechos habitacionales abordaron la cuestión del control judicial de la implementación de planes habitacionales, incluyendo el problema de las condiciones de habitabilidad de los lugares destinados a ello. En el caso “Pérez”⁶⁷, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires estableció que un albergue público para personas sin hogar no reunía las condiciones de habitabilidad necesarias, y ordenó al gobierno reubicar a sus residentes.

En el caso “Delfino”⁶⁸, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires dictaminó que los hoteles privados subsidiados por el Estado, donde se alojaban beneficiarios de planes de vivienda, no reunían las condiciones de habitabilidad necesarias, y ordenó a la Administración la adopción de medidas para proveerles vivienda adecuada.

Los tribunales también han impuesto multas a los funcionarios públicos que no cumplieron con un acuerdo judicial, que involucraba el aseguramiento de condiciones de vivienda adecuadas a un número de familias incluidas en un plan de emergencia habitacional⁶⁹.

Algunos casos en los que tribunales provinciales aplicaron cláusulas constitucionales y legales locales que establecen la inembargabilidad de la vivienda familiar fueron revocados por la Corte Suprema de Justicia. El Superior Tribunal de Justicia de Córdoba había decidido que una ley local que establecía la inembargabilidad de pleno derecho de la vivienda única familiar se adecuaba a la cláusula correspondiente de la Constitución cordobesa, pero la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que la Constitución local

67 Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, “Pérez, Víctor Gustavo y Otros c. GCBA s/Amparo”, 26/01/2001.

68 Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, “Delfino, Jorge Alberto y Otros c. GCBA s/ Amparo”, 11/06/2004.

69 Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala II, “Ramallo, Beatriz c. Ciudad de Buenos Aires”, 30/09/2004.

invadía facultades del Congreso Federal, al regular materias que corresponden al Código Civil⁷⁰.

5. 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, 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 10 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 5 de la Convención para la Eliminación de Todas

70 Corte Suprema, “Banco del Suquía S.A. c. Juan Carlos Tomassini s/Ejecutivo”, 19/03/2002.

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. En un caso reciente, la Corte tuvo la oportunidad de decidir 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 Educación⁷¹. La Ley tiene el objetivo declarado de asegurar la calidad de la educación, y pretende 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.

El caso “Lifschitz”⁷² 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

71 Corte Suprema, “Ferrer de Leonard, Josefina y otros c. Superior Gobierno de la Pcia. de Tucumán, s/amparo”, 12/08/2003.

72 Corte Suprema, “Lifschitz, Graciela c. Estado Nacional s/sumarísimo”, 06/15/2004.

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.”⁷³ 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 integradote para asegurar su integración plena en el aula. La decisión se fundó en argumentos constitucionales y legales de carácter local.

En el caso “Painefilu”⁷⁴, 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 construir una escuela⁷⁵. 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.

73 Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, Sala I, “R.C.S. y otro c. I.P.S.S.T. y otro s/ amparo”, 25/03/2005.

74 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.

75 Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo 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.

En el caso “Santoro”⁷⁶, 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”⁷⁷, 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 públicos⁷⁸.

6. 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 alimentario⁷⁹, y para que incluyera en un plan alimentario y proveyera de una

76 Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, “Santoro, Francisco Roberto y Otro c. GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA)”, 14/05/2002.

77 Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, “Vanzini Oscar Alberto c. Colegio Liceo N° 1 Figueroa Alcorta s/ Amparo(Art. 14 CCABA)”, 12/05/2004.

78 Ver, por ejemplo, Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, “Raimondo Inés Beatriz c/ GCBA s/ Daños y Perjuicios”, 26/03/2004.

79 Juzgado de 1° Instancia en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires N° 3, “C., M. D. y otros c. GCBA s/amparo”, 11/03/2003.

dieta adecuada a un paciente bajo tratamiento oncológico⁸⁰. Casos similares se registraron en las provincias de Entre Ríos⁸¹ y Tucumán⁸².

En el caso “Defensor del Pueblo”⁸³, 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. Citó a la parte demandante y a ambos gobiernos a una audiencia pública en la sede del tribunal.

Este precedente, si bien adoptado en el marco procesal acotado de una medida cautelar, en la cual la Corte no anticipa opinión sobre la posible vulneración de derechos sociales individuales y colectivos, evidencia un grado avanzado de activismo del tribunal a partir de su nueva composición. Incluso en el remedio escogido, que consiste en la comparecencia de los gobiernos federal y provincial a una audiencia oral y pública, con la obligación previa de responder a un pedido concreto de información indispensable para evaluar la pertinencia de las políticas implementadas. En la audiencia los jueces del máximo tribunal efectúan preguntas sobre aspectos generales y específicos de la implementación de las políticas sociales destinadas a la población afectada y requieren en su caso acciones y planes específicos. Es indudable que la gravedad y urgencia de la situación y la precaria condición de las comunidades indígenas resultaron decisivas para que la Corte avanzara en el asunto,

80 Ver Juzgado de 1º Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires N°4, “González Rayco, Artidoro c. GCBA s/amparo”, 19/05/2005.

81 Juzgado de Menores y Familia N° 2 de Paraná, “Defensor del Superior Tribunal de Justicia c. Estado Provincial-Acción de amparo”, 28/06/2002.

82 Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, Sala I, “Rodríguez, José Angel y otra c. Sistema Provincial de Salud y otro s/amparo s/medida cautelar”, 10/12/2003.

83 Corte Suprema, “Defensor del Pueblo c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”, 18/09/2007.

inclusive involucrando al Estado federal en materias que resultan, en principio, sujetas al ámbito de las políticas públicas provinciales.

La Corte pareció seguir el mismo modelo de remedio judicial en el caso ambiental Mendoza⁸⁴ 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 de Buenos Aires, con competencia ambiental concurrente en el problema. También en este caso la Corte les 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.

7. Derecho al agua

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 patrimoniales⁸⁵; en otros casos, el objeto del litigio ha sido el de exigir

84 Corte Suprema de Justicia, “Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros”, 20/06/2006. Ver Suplemento Revista La Ley, del 11 de julio de 2006, con comentarios de Daniel Sabsay.

85 Ver, por ejemplo, Cámara Primera en lo Civil y Comercial de San Isidro, “Fundación Pro Tigre y Cuenca del Plata c/ Municipalidad de Tigre y otros s/ amparo”, 09/06/1998 (la contaminación de aguas subterráneas es ilegal; el gobierno municipal debe proveer agua potable a los vecinos que sufren la contaminación); Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén, Sala II, “Menores Comunidad Paynemil s/acción de amparo”, 19/05/ 1997 (la contaminación de las napas por una compañía petrolera es ilícita; el gobierno provincial debe proporcionar agua potable a la comunidad indígena afectada); Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, “Defensoría de Menores N°3 c/Poder Ejecutivo Municipal s/acción de amparo”, 02/03/1999 (similar al anterior); 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 (medida cautelar que ordena a la

la provisión de un mínimo obligatorio de agua potable, independientemente de la capacidad de pago del o de los peticionantes⁸⁶. En algunos casos, los tribunales se han referido a un “derecho al agua”, mencionando la Observación General N°15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸⁷.

8. Derechos de los pueblos indígenas

Un creciente número de decisiones judiciales se refiere a los derechos de los pueblos indígenas. La Constitución de 1853/1860 no hacía mención a los derechos de los pueblos indígenas, la única referencia del texto era el anacrónico artículo 67 inciso 15, que establecía la facultad del Congreso de “conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”, hoy derogado. La reforma de 1994 agregó una cláusula específica, otorgando poderes al Congreso para

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).

86 Ver 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 (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”, 27/04/1998 (el corte inmediato de los servicios de agua por falta de pago es abusivo); Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, “Ambientalista del Sur c/Azurix S.A.”, 03/05/ 2000 (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”, 21/08/2002 (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”, 08/04/2002 (aunque 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).

87 Ver, por ejemplo, Juzgado Civil y Comercial de 8 Nominación de Córdoba, “Marchisio, José Bautista y otros s/amparo”, 16/10/2004 (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).

reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones (art. 75 inc. 17).

En julio del 2000, Argentina ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que aunque no tiene jerarquía constitucional, se ubica por encima de la ley federal y de las constituciones y leyes locales.

En el caso “Wichi Hoktek T’Oi”⁸⁸, la Corte Suprema hizo lugar a una acción de amparo a favor de una comunidad indígena que perseguía la anulación de dos decretos provinciales que autorizaban la tala indiscriminada de maderas situadas en sus territorios ancestrales. La provincia de Salta no había llevado a cabo consulta alguna sobre el dictado de los decretos. La Corte de Justicia local había rechazado la acción, por considerar que el caso requería mayor debate y prueba. La Corte Suprema de Justicia revocó la decisión y reenvió el caso a la Corte Provincial, que finalmente decidió –sobre la base de la cláusula constitucional y del Convenio 169 de la OIT– que los decretos eran violatorios del derecho de la comunidad indígena a la propiedad comunal de sus tierras ancestrales, y de su derecho a ser consultada ante la toma de decisiones que la afecte. El Fiscal de Estado provincial impugnó esa sentencia ante la Corte Suprema, que respaldó la decisión del tribunal provincial.

El caso “Lhaka Honhat”⁸⁹ involucraba la demanda de una comunidad indígena contra un plan provincial destinado a subdividir y adjudicar a terceros lotes pertenecientes a su tierra ancestral, que se encontraban en proceso de reconocimiento. El caso generó una petición ante la Comisión Interame-

88 Corte Suprema, “Comunidad Indígena Hoktek T’Oi Pueblo Wichi c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/amparo”, 08/09/2003.

89 Corte Suprema, “Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c. Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta”, 15/06/2004.

ricana de Derechos Humanos: aunque el Estado nacional llegó a una solución amistosa con la comunidad, la provincia continuó adjudicando lotes a terceros. La comunidad presentó una acción de amparo ante la justicia local, que también fue rechazada por considerarse que era necesario mayor debate y prueba. El caso llegó finalmente a la Corte Suprema, que revocó la decisión de la justicia provincial y ordenó al Gobierno provincial detener la adjudicación de lotes a terceros y emitir el título correspondiente a la comunidad.

También han producido un apreciable número de sentencias sobre la materia los tribunales locales, entre los que se incluyen decisiones sobre conflictos relativos a las tierras históricas de comunidades⁹⁰, 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 indígenas⁹¹.

90 Ver, por ejemplo, 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; Cámara Civil y Comercial de Jujuy, Sala I, "Comunidad aborigen de Quera y Aguas Calientes - Pueblo Cochinota c. Provincia de Jujuy", 14/09/2001; Juzgado de 1º Instancia en lo Civil, Comercial y Minería N°5, IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro, "Sede, Alfredo y otros c. Vila, Herminia y otros s/Desalojo", 12/08/2004; Tribunal Superior de Justicia de Río Negro, "CO. DE. C. I. de la Provincia de Río Negro s/acción de amparo", 16/08/2005.

91 Ver, por ejemplo, Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, "Puel, Raúl s/daño", 12/03/1999; Juzgado de Instrucción N°2 de San Carlos de Bariloche, "Fernández, Edgardo R. s/ usurpación, 21/04/2004; Juzgado de Instrucción N°2 de San Carlos de Bariloche, Guarda Fidel psa. Usurpación", 10/11/2004.

Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de Brasil de 1988¹

Ingo Wolfgang Sarlet
Mariana Filchtiner Figueiredo

1. Comentarios introductorios: la constitucionalización del derecho fundamental a la salud y los principales instrumentos legislativos para su regulación. 2. Anotaciones relativas al régimen jurídico-constitucional del derecho a la salud. 2.1. Generalidades. 2.2. El doble fundamento formal y material del derecho a la salud. 2.3. El deber fundamental de protección de la salud. 2.4. Contenido del derecho fundamental a la salud. 2.5. Titulares y destinatarios del derecho fundamental a la salud. 3. El Sistema Único de Salud (SUS). 3.1. El Sistema Único de Salud como garantía institucional fundamental. 3.2. Principios de información del SUS: unidad, descentralización, regionalización y jerarquización; integralidad y participación de la comunidad. 3.3. La asistencia a la salud prestada por la iniciativa privada: la salud suplementaria. 3.4. La relevancia pública de los servicios y acciones de salud. 4. La exigibilidad del derecho fundamental a la salud como derecho subjetivo: límites, posibilidades y la búsqueda de criterios seguros para orientar la intervención judicial. 4.1. Las diferentes posiciones jurídico-subjetivas derivadas del derecho fundamental a la salud y el problema de su realización ante la así denominada “reserva de lo posible”. 4.2. El principio de la igual-

1 Versión publicada originalmente en la Revista de Derecho del Consumidor n. 67, 2008, p. 125-172. Traducido por Maruja Cabrera de Varese, Quito, julio del 2009.

dad y la interpretación de los conceptos de gratuidad, universalidad y atención integral en la concreción del derecho fundamental a la salud. 5. La concretización (eficacia social) del derecho a la salud: algunos datos para discusión y algunas tendencias. 6. Consideraciones finales: algunas tendencias con relación a la efectivización del derecho a la salud en Brasil.

1. **Comentarios introductorios: la constitucionalización del derecho fundamental a la salud y los principales instrumentos legislativos para su regulación**

La consagración constitucional de un derecho fundamental a la salud, juntamente con la positivación de una serie de otros derechos sociales fundamentales, puede ciertamente ser señalada como uno de los principales avances de la Constitución de 1988 de la República Federal del Brasil (en adelante llamada CF), que la liga, en ese punto, al constitucionalismo de cuño democrático-social desarrollado, principalmente, a partir de la Post 2da. Guerra Mundial. Antes de 1988, la protección del derecho a la salud quedaba restringida a algunas normas dispersas, tales como la garantía de “socorros públicos” (Constitución de 1824, Art. 179, XXXI) o la garantía de inviolabilidad del derecho a la subsistencia (Constitución de 1934, Art. 113, caput). En general, aún así, la tutela (constitucional) de la salud se daba de modo indirecto, tanto en el ámbito de las normas de definición de competencias, como entre los entes de la Federación, en términos legislativos y ejecutivos (Constitución de 1934, Art. 5º, XIX, “c”, y Art. 10, II; Constitución de 1937, Art. 16, XXVII, y Art. 18, “c” y “e”; Constitución de 1946, Art. 5º, XV, “b” y Art. 6º; Constitución de 1967, Art. 8º, XIV y XVII, “c”, y Art. 8º, § 2º, transformado después en párrafo único por la Enmienda Constitucional N° 01/1969), en cuanto a las normas sobre la protección a la salud del trabajador y de las disposiciones relativas a la garantía de asistencia social (Constitución de 1934, Art. 121, § 1º, “h”, y Art. 138; Constitución de 1937, Art. 127 y Art. 137, ítem 1; Constitución de 1946, Art. 157, XIV; Constitución de 1967, Art. 165, IX y XV).

La atribución de contornos propios al derecho fundamental a la salud, correlacionado, pero no propiamente integrado ni incluido a la garantía de

asistencia social, fue exactamente uno de los marcos introducidos de manera sistemática en 1988, rompiendo con la tradición anterior, legislativa y constitucional, y atendiendo, de otra parte, a las reivindicaciones del Movimiento de Reforma Sanitaria, que influyeron mucho al constituyente originario, básicamente por el resultado de las discusiones efectuadas durante la VIII Conferencia Nacional de Salud². La explicación constitucional del derecho fundamental a la salud, así como la creación del Sistema Único de Salud (SUS) transcurre, así, de la evolución de dos sistemas de protección antes instituidos en nivel ordinario (del Sistema Nacional de Salud, creado por la Ley N° 6.229/1975 y, ya en 1987, del Sistema Unificado y Descentralizado de Salud – SUDS). Algunas de las principales características del régimen jurídico-constitucional del derecho a la salud son también reflejos de este proceso, tales como: a) la conformación del concepto constitucional de la salud, a la concepción internacional establecida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), siendo la salud comprendida como el estado de completo bienestar físico, mental y social; b) la ampliación del ámbito de la protección constitucional otorgado al derecho a la salud, sobrepasando la noción meramente curativa, para abarcar los aspectos protectivo y promocional de la tutela debida; c) la institucionalización de un sistema único, simultáneamente marcado por la descentralización y regionalización de las acciones y de los servicios de salud; d) la garantía de universalidad de las acciones y de los servicios de salud, ampliando el acceso hasta entonces asegurado solamente a los trabajadores con vínculo formal y respectivos beneficiarios; e) la explícita relevancia pública de las acciones y de los servicios de salud³.

Además de consideraciones más específicas sobre el régimen jurídico-constitucional del derecho a la salud, a ser desarrolladas en los temas subsecuentes, importa aquí resaltar, también, que la concepción amplia del derecho a la salud, en la estela de la consagración de otros derechos sociales

2 Como informa Ana Paula Raeffray, las Conferencias Nacionales de Salud fueron instituidas en 1937, por la Ley N° 378, teniendo por objetivo facilitar el conocimiento, por parte del Gobierno Federal, acerca de las actividades relativas a la salud en el país, así como orientar la ejecución de los servicios locales – lo que quedó muy evidenciado en la VIII Conferencia, en 1986. Cf. RAEFFRAY, A. P. O. de. *Derecho a la Salud de acuerdo con la Constitución Federal*. Sao Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 260-262.

3 *Ídem*, pp. 262 y ss.

fundamentales, ha sido objeto de una constante abertura al Derecho Internacional, cuyas normas pasan, así, a dialogar con el sistema constitucional patrio. En este sentido, y en lo que concierne al derecho a la salud, se destacan algunos dispositivos de protección, entre los cuáles (el listado es, para la evidencia, meramente ejemplificativa): Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (DUDH/ONU), de 1948, Arts. 22 y 25 (derechos a la seguridad social y a un patrón de vida capaz de asegurar la salud y el bienestar de la persona); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de 1966⁴, Art. 12 (derecho al nivel más alto posible de salud); Convención Americana de Derechos Humanos, conocido como “Pacto de San José de Costa Rica”⁵, Arts. 4° y 5° (derechos a la vida y a la integridad física y personal); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el denominado “Protocolo de San Salvador”⁶, Art. 10 (derecho a la salud); Declaración de Alma-Ata, de 1978, ítem I (la realización del más alto nivel posible de salud depende de la actuación de diversos sectores sociales y económicos, más allá del sector de salud propiamente dicho)⁷.

4 El PIDESC fue incluido por el Decreto-legislativo N° 226, del 12 de diciembre de 1991, y promulgado por el Decreto N° 591, del 06 de julio de 1992.

5 El Pacto de San José de Costa Rica fue incluido por el Decreto-legislativo N° 27, del 26 de mayo de 1992, y promulgado por el Decreto N° 678, del 06 de noviembre de 1992.

6 El Protocolo de San Salvador fue incluido por el Decreto-legislativo N° 56, del 19 de abril de 1995, y promulgado por el Decreto N° 3.371, del 31 de diciembre de 1999.

7 VANDERPLAAT, M. “Derechos Humanos: una Perspectiva para la Salud Pública”. En: *Salud y Derechos Humanos*. Año 1, n. 1. Ministerio de Salud. Fundación Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudios en Derechos Humanos y Salud. Brasilia: Ministerio de Salud, 2004, p. 27-33. Disponible en: http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicacoes/saude-e-direitos-humanos/pdf/sdb_2004.pdf, acceso 31-05-2008. La Declaración fue resultado de la Conferencia Internacional sobre Cuidados Primarios de la Salud, realizada en Alma-Ata, en la antigua Unión Soviética (URSS), entre el 06 y 12 de septiembre de 1978.

2. Anotaciones relativas al régimen jurídico-constitucional del derecho a la salud

2.1. Generalidades

La cuestión preliminar, que antecede al análisis del régimen jurídico-constitucional del derecho fundamental a la salud, plantea el reconocimiento de las interconexiones que existen entre la protección de la salud, individual y colectivamente considerada, y una serie de otros derechos e intereses tutelados por el Sistema Constitucional Patrio. En este sentido, asume particular relevancia la comprensión de que la salvaguarda del derecho a la salud también se da por la protección otorgada a otros bienes fundamentales, con los cuales presenta zonas de convergencia así como de superposición (derechos y deberes), hecho que refuerza la tesis de la interdependencia y mutua conformación de todos los derechos humanos y fundamentales⁸. Dentro de esos bienes constitucionales, a título ilustrativo, pueden ser citados: la vida, la dignidad de la persona humana, el ambiente, la vivienda, la privacidad, el trabajo, la propiedad, la seguridad social; además de la protección del consumidor, de la familia, de la niñez y adolescencia, de los ancianos. Tal hecho es reforzado, además, por la noción de “intersectorialidad”, a la que alude la Declaración de Alma-Ata, de 1978, que no significa nada más que la concreción del derecho a la salud no sólo incumbe de modo exclusivo al “sector de la salud” sino, diversamente, en la medida en que es comprendido como la garantía de calidad mínima de vida, depende de la consecución de políticas públicas más amplias, encauzadas a la superación de las desigualdades sociales y al pleno desarrollo de la personalidad, inclusive por el compromiso con las futuras generaciones⁹.

8 CF. LOUREIRO, J. C. “Derecho a la (protección de la) salud”. En: *Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Marcello Caetano*. Coimbra: Coimbra Editora (Edición de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa), 2006, p. 657-692 (especialmente pp. 660 y ss). En dirección semejante, cf.: BLDART CAMPOS, G. J. “Lo explícito y lo implícito en la salud como derecho y como bien jurídico constitucional”, en MACKINSON, G.; FARINATI, A. *Salud, Derecho y Equidad. Principios constitucionales*. Políticas de Salud. Bioética. Alimentos y Desarrollo. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, pp. 21-28; y, en la misma obra colectiva, CAYUSO, S. G. “El derecho a la salud: un derecho de protección y de prestación”, pp. 29-45, en el que destaca, con base en la jurisprudencia argentina, que “la consideración de la salud como valor en sí, conectable pero no subordinable a intereses internos” (p. 37).

9 En este sentido, Ana Cleusa Serra Mesquita recuerda que “la actuación sobre los factores socioeco-

Nótese, además, que el estudio publicado recientemente por la Organización Mundial de la Salud (OMS)¹⁰ demuestra la existencia de radicales di-

nómicos que influyen las desigualdades en los patrones epidemiológicos es más compleja por tratarse de un campo de intersección con otras áreas de la política social (vivienda, saneamiento, educación, etc.). Cf. MESQUITA, A. C. S. “Análisis de la Distribución de la Oferta y de la Utilización de Servicios Públicos de Salud en el Ámbito Nacional”. Brasília, 2008, p. 5. Disponible en: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/estudo_servicos_publicos_saude.pdf, acceso el 24-05-2008. En sentido similar, el documento del Ministerio de Salud afirma que el principio de la equidad en cuanto a las condiciones de salud de la población brasilera aún estaría muy distante de su realización, y resalta que “[la] mayor causa es intersectorial, como la inequidad y desigualdad de oferta de bienes generadores de la calidad de vida, tales como: renta familiar trabajo (urbano y rural), empleo, vivienda, seguridad, saneamiento, seguridad alimentaria, equidad en la calidad de la enseñanza, entretenimiento y otros”. En: BRASIL. Ministerio de Salud. Consejo Nacional de Salud. *El Desarrollo del Sistema Único de Salud: avances, desafíos y reafirmación de sus principios y directrices*. 2da. ed. Actual. Brasília: Ministerio de Salud, 2004, pp. 23-24. Disponible en: http://bvsm.saude.gov.br/bvsm/publicacoes/desenvolvimento_sus_avancos_diretrizes_2ed.pdf, acceso el 24-05-2008. Relacionando las condiciones de salud de los individuos a la calidad de vida y al ambiente, natural y construido, en el sentido de que los beneficios del lugar donde están las personas, inclusive en el sentido de los equipamientos disponibles, son esenciales la garantía de calidad de vida y bienestar, consultar MAGALHÃES, R. “Desigualdades sociales y equidad en salud”. En: *Salud y Derechos Humanos*. Año 1, n. 1. Ministerio de Salud. Fundación Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudios en Derechos Humanos y Salud. Brasília: Ministerio de Salud, 2004, pp. 65-66. Disponible en: http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicaciones/salud-e-direitos-humanos/pdf/sdb_2004.pdf, acceso el 31-05-2008. En el ámbito de derecho internacional, como recuerda Helena Nygren-Krug, el 14° Comentario General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) “interpretó el derecho a la salud como un derecho inclusivo”, tomando en cuenta, más allá de la asistencia a la salud propiamente dicha (cuidados y acceso), “los recursos, la aceptación de prácticas culturales, la calidad de los servicios de salud, destacó también los determinantes sociales de salud correlacionándolos al acceso al agua de buena calidad y potable, al adecuado saneamiento, a la educación y a la información en salud”. En: NYGREN-KRUG, H. “Salud y derechos humanos en la Organización Mundial de la Salud”. En: *Salud y Derechos Humanos*. Año 1, n. 1. Ministerio de Salud. Fundación Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudios en Derechos Humanos y Salud. Brasília: Ministerio de Salud, 2004, p. 15. Disponible en: http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicaciones/saude-e-direitos-humanos/pdf/sdb_2004.pdf, acceso el 31-05-2008. En el campo específico de la asistencia farmacéutica, encaminada al abastecimiento de medicamentos, una de las propuestas presentadas como resultado de la Conferencia Nacional de Medicamentos y Asistencia Farmacéutica, señala claramente la necesidad de un diálogo intersectorial con todos los actores involucrados en la cuestión, a fin de discutir los principios de la universalidad y equidad en el acceso a los medicamentos, los criterios de acceso y la sustentabilidad del propio SUS. Comparar: BRASIL. Ministerio de Salud, Consejo Nacional de Salud. Conferencia Nacional de Medicamentos y Asistencia Farmacéutica: informe final: Efectivizando el acceso, a la calidad y a la humanización en la

ferencias en las condiciones de salud de personas pertenecientes a diferentes grupos poblacionales, inclusive dentro de un mismo (y desarrollado) país, hecho que aparta la consideración de factores meramente biológicos para destacar, como causa principal del problema, los denominados “determinantes sociales de la salud”, o sea, “el ambiente en el cual las personas nacen, viven, crecen, trabajan y envejecen”¹¹.

De ese modo, aunque no hubiese sido explícitamente indicado en el texto constitucional, el derecho a la salud podría ser admitido ciertamente como derecho fundamental implícito, a semejanza de lo que sucede en otros sistemas jurídicos, como es el caso de Alemania¹², por ejemplo. Si no fuera

asistencia farmacéutica, con control social. Brasilia: Ministerio de Salud, 2005, p. 48. En: http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/confer_nacional_de%20medicamentos.pdf, acceso el 25-05-2008. Finalmente, entre los enfoques de la actual política de salud del Ministerio de Salud, para los años 2008-2011, se destaca la intersectorialidad, por la “percepción de que la calidad de vida resulta de la convergencia de un amplio abanico de políticas –yendo del saneamiento, de la vivienda, de la educación y de la cultura hasta las políticas dirigidas para la generación de renta y empleo”. Cf. BRASIL. Ministerio de Salud. Secretaría-Ejecutiva. *Más salud: derecho de todos*: 2008-2011. 2da. ed. Brasilia: Ministerio de Salud, 2008, p. 13. En: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/mais_saude_direito_todos_2ed.pdf, acceso el 25-05-2008.

10 El informe, publicado el 28-08-2008, se intitula “Comblent le fossé en une génération: instaurer l'équité en santé en agissant sur les déterminants sociaux de la santé». Disponible en: http://whqlibdoc.who.int/hq/2008/WHO_IER_CSDH_08.1_fre.pdf, acceso el 04-09-2008.

11 Traducción libre del original francés; cf. “Une Commission de l'OMS constate que les inégalités ‘tuent á grande échelle’”. Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2008/pr29/fr/print.html>, acceso el 04-09-2008. En relación al estudio, comparar, también, RIMBERT, P: “L'injustice sociale tue”, publicado en la versión electrónica de Le Monde Diplomatique. En: <http://www.monde-diplomatique.fr/imprimer/16312/lfc55feb74>.

12 De modo similar, se refiere que, en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos los derechos sociales han sido tutelados por medio de derechos correlacionados, especialmente el derecho a la vida, más allá de la nítida relación con el principio de la dignidad de la persona humana. En este sentido, comparar la sentencia en el caso “Niños de la calle” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Villagrán Morales y otros, sentencia del 19 de noviembre de 1999, voto concurrente de los doctores Antonio Augusto Cançado Trinidad y Alirio Abreu Burrelli), mencionada por ARANGO, R. Estado social de derecho y derechos humanos. Disponible en: <http://www.revistanumero.com/39sepa6.htm>, acceso el 28-03-2005. Además, el propio Rodolfo Arango refiere que, en el derecho colombiano, la protección del derecho a la salud por la Corte Constitucional se inició exactamente por su concepción como “derecho fundamental por similitud” a los derechos a la vida digna y a la integridad personal; en este sentido, cf.: ARANGO, R. “El derecho a la Salud en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana. En: SOUZA NETO, C. P.

eso suficiente, la cláusula de abertura incluida en el § 2° Artículo 5° de la CF permite la extensión del régimen de jusfundamentalidad, especialmente la presunción en favor de la aplicabilidad inmediata y, pues, del mandato de optimización, previstos por el § 1° del mismo dispositivo constitucional, a otras normas relacionadas con el derecho a la salud, aún que externas al catálogo de los Artículos 5° y 6° de la CF. Lo que parece cierto, al fin y al cabo, es que una orden constitucional que protege los derechos a la vida, a la integridad física y corporal y al medio ambiente sano y equilibrado evidentemente debe salvaguardar la salud, bajo pena de pérdida (substancial) de aquellos derechos.

2.2. El doble fundamento formal y material del derecho a la salud

El derecho a la salud comulga, en el orden jurídico-constitucional nuestro, con el doble fundamento formal y material del cual se revisten los derechos y garantías fundamentales en general, especialmente en virtud del régimen jurídico privilegiado que les otorgó la Constitución de 1988¹³. La fundamentación en sentido material se encuentra ligada a la relevancia del bien jurídico tutelado por el orden constitucional, que se evidencia por la importancia de la salud como presupuesto a la manutención de la vida –y vida con dignidad, que implica, vida saludable y con cierta calidad–, por tanto como la garantía de las condiciones necesarias al disfrute de los demás derechos, fundamentales o no, inclusive en el sentido de la viabilización del libre desarrollo de la persona y de su personalidad. Ya la fundamentación formal deviene del derecho constitucional positivo y, al menos en la Constitución Patria, se desdobra en tres elementos: a) los derechos fundamentales (y, por tanto, también el derecho a la salud), como

de; SARMIENTO, D. (coord.) *Derechos Sociales: fundamentos, judicialización y derechos sociales en especie*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2008, especialmente pp. 723-726.

13 En este sentido, cf. SARLET, I. W. “Algunas consideraciones en torno del contenido, eficacia y efectividad del derecho a la salud en la Constitución de 1988”. En: *Revista Interesse Público*. Porto Alegre, v. 12, p. 91-107, 2001; MOLINARO, C. A.; MILHORANZA, M. G. “Alcance Político de la Jurisdicción en el Ámbito del Derecho a la Salud”. En: ASSIS, A. de. (coord.) *Aspectos polémicos y actuales de los límites de la jurisdicción y del derecho a la salud*. Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 220 y ss. También: FIGUEIREDO, M. F. *Derecho Fundamental a la Salud: parámetros para su eficacia y efectividad*. Porto Alegre: Librería del Abogado Editora, 2007.

parte integrante de la Constitución escrita, se sitúan en el vértice de todo el ordenamiento jurídico, cuidándose, pues, de normas de superior jerarquía axiológica; b) en la condición de normas fundamentales grabadas en la Constitución escrita, se encuentran subordinadas a los límites formales (con agravado procedimiento para modificación de preceptos constitucionales) y materiales (“Cláusulas pétreas”) de la reforma constitucional, aunque tal condición encuentre aún resistencia por parte de la doctrina; c) por último, en los términos de lo que dispone el § 1º del Artículo 5º de la CF, son directamente aplicables las normas definitorias de derechos y garantías fundamentales, vinculando de forma inmediata a las entidades estatales y los particulares, dirección que alcanza otros dispositivos de la tutela de la salud, por fuerza de la cláusula inclusiva constante del § 2º del mismo Artículo 5º de la CF. Considerando la evolución en la esfera doctrinaria y jurisprudencial, se verifica, entretanto, que no siempre es reconocido el régimen pleno jurídico de la fundamentalidad, habiendo, de plano, discusión cerrada sobre sus diversos aspectos –lo que será considerado más adelante.

2.3. El deber fundamental de protección de la salud

Más allá de la condición del derecho fundamental, la tutela jusfundamental de la salud se efectiviza también como deber fundamental, conforme el texto del artículo 196 de la CF positiva: “(la) salud es un derecho de todos y deber del Estado (...)”. Se trata, por tanto, de una hipótesis típica del derecho-deber, en que los deberes conexos y correlacionados tienen su origen, y son así reconocidos, a partir de la conformación constitucional del propio derecho fundamental¹⁴. Por esta misma razón, y anticipando ya lo que será expuesto con mayor detalle más adelante, el objeto de los deberes fundamentales derivados del derecho a la salud guarda relación

14 Sobre los deberes fundamentales, cf. I. W. SARLET, *La eficacia de los Derechos Fundamentales*. 9ª ed., rev., actual y Ampl. Porto Alegre: Librería del Abogado, pp. 24 y ss; y NABAIS, J. C. “La FACE oculta de los derechos fundamentales: los deberes y los costos de los derechos”. Disponible en: https://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfacedireitos_o1.pdf; acceso el: 05-04-2002. Acerca de la concepción del deber fundamental, derivado del derecho a la salud, cf. FIGUEIREDO, M. F., *op.cit.*, pp. 86 y ss.

con las formas diferentes por las cuales ese derecho fundamental es realizado, pudiéndose desde luego identificar –sin prejuicio de otras posibles concretizaciones– una dimensión defensiva, en el deber de protección de la salud, que se revela, por ejemplo, en las normas penales de protección a la vida, la integridad física, al medio ambiente, a la salud pública, así como en diversas normas administrativas en el campo de la vigilancia sanitaria, que regulan tanto desde la producción y la comercialización de diversos tipos de insumos y productos hasta el control sanitario de fronteras; es una dimensión prestacional *lato sensu*, del deber de promoción a la salud, concretizada en las normas y políticas públicas de reglamentación y organización del SUS, especialmente en lo que concierne al acceso al sistema, la participación de la sociedad en la toma de decisiones y en el control de las acciones de salud y del incentivo de adhesión a los programas de salud pública. Eso evidencia el carácter peculiar de algunos deberes fundamentales, que además de que se hacen coactivas en el ámbito de las relaciones individuales (y el deber general de respeto a la salud pública y de los demás, es también un deber de protección y promoción de la salud de cada persona consigo misma¹⁵ tal vez constituye el mejor ejemplo de ello), dan origen a deberes de naturaleza política (como los deberes de elaboración e implementación de políticas públicas dirigidas a la realización del derecho a la salud, a la concretización del SUS y a la ubicación de los recursos presupuestarios conforme a los niveles mínimos constitucionalmente establecidos para el área de salud), tanto cuanto deberes económicos, sociales, culturales y ambientales (v. gr., el control del mercado de asistencia a la salud, por la intervención directa del Estado en la esfera de los planes de salud privados y en la reglamentación de los precios de medicamentos; la implementación de programas sociales de salud, especialmente por la asistencia a grupos desfavorecidos, inclusive en función del tipo de enfermedad que los acometa [enfermedades de la “pobreza”,

15 A partir de ahí, se tiene también reconocida la posibilidad de intervención del Estado objetivando la protección de la persona contra sí misma, en homenaje al carácter (o al menos en parte) irrenunciable de la dignidad de la persona humana y de los derechos fundamentales -hipótesis de los casos de internación compulsoria y de coercitiva sumisión del individuo a determinados tratamientos-, aspecto que, a su vez, guarda relación con los conflictos entre los derechos y deberes relativos a la salud y a otros bienes fundamentales.

dolencias rarísimas, epidemias, etc.]; la inserción en los currículos escolares de la salud y las campañas de prevención de cuño [in]formativo; el control de la polución, los permisos ambientales, la fiscalización sobre el uso y ocupación del suelo, urbano y rural, etc.).

En este contexto, se puede observar que los deberes fundamentales relacionados al derecho a la salud, dependiendo de su objeto, pueden imponer obligaciones de carácter originario, como en el caso de las políticas e implementación del SUS, de la aplicación mínima de los recursos en salud y del deber general de respeto a la salud, u obligaciones de tipo derivado, siempre que sean dependientes del sobreseimiento de la legislación infraconstitucional reguladora, cuya hipótesis tal vez más elocuente se encuentre en la obediencia a las más variadas normas en materia sanitaria (en los campos penal, administrativo, ambiental, urbanístico, etc.). Además, si los ejemplos demuestran que el principal destinatario de los deberes fundamentales es ciertamente el Estado, hecho reiterado por las expresiones usadas en el texto constitucional, eso no excluye una eficacia en el ámbito privado, sobre todo en términos de obligaciones derivadas. En este sentido, cabe destacar que la noción de deberes fundamentales se conecta al principio de solidaridad, en el sentido de que también es responsable toda la sociedad por la efectivización y protección del derecho a la salud de todos y de cada uno¹⁶, en el ámbito de aquello que Canotilho denomina como una responsabilidad compartida (shared responsibility)¹⁷, cuyos efectos se proyectan en el presente y sobre las futuras generaciones^{18 19}, como ya es reconocido en el campo del derecho ambiental.

16 En este sentido, cf. CASAUX-LABRUNÉE, L. “Le ‘droit á la santé’”. En CABRILLAC, R.; FRISON-ROCHE, M-A; REVET, T. *Libertés et droits fondamentaux*. 6ta. ed. rev. y aum. Paris: Dalloz, 2000, pp. 631 y ss.

17 Cf. CANOTILHO, J. J. G. “El derecho al ambiente como derecho subjetivo”. En: *Estudios sobre derechos fundamentales*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 178.

18 “En el caso de las políticas de salud es especialmente importante fijarse en el hecho de que muchas veces la buena salud de un individuo depende de la buena salud de los demás. Las implicaciones de la salud de un individuo extrapola ese individuo, generando lo que en economía se denomina externalidades” y determinando un abordaje colectivo de las cuestiones de la salud, es relevante la aplicación de criterios epidemiológicos en la ubicación de los recursos públicos, conforme alecciona Marcelo Medeiros. Cf.: “Principios de Justicia en la Ubicación de Recursos en Salud”. Texto para discusión N° 687, Río de Janeiro, diciembre de 1999 – ISSN 1415-4765. En: BRASIL. Ministerio de Salud. *Curso de Iniciación en Economía de la Salud para los Núcleos Estatales/Regionales*, pp. 52-

De lo que allí parece inferirse es que si los deberes fundamentales no se confunden con los límites y restricciones de los derechos fundamentales, pueden justificarlos en ciertas hipótesis, resguardando el núcleo esencial de los derechos y la parcela de contenido que densifique la dignidad de la persona humana y el mínimo existencial, conformando, entonces, el ámbito de protección del derecho fundamental del que se cuida en la hipótesis concreta.

2.4. Contenido del derecho fundamental a la salud

Una de las cuestiones más intrincadas sobre la interpretación de las normas constitucionales que aseguran el derecho fundamental a la salud se refiere a la determinación del contenido que de allí puede ser desprendido y exigido, dado que el texto de 1988, salvo algunas pistas, no especifica lo que estaría incluido en la garantía de la protección y promoción de la salud²⁰. Ciertamente, sin embargo, esa circunstancia no puede ser legítimamente utilizada como argumento para apartar la posibilidad de intervención judicial, aun-

53, Disponible en: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/apostila_curso_iniciacao_economia_saude.pdf; acceso el 24-05-2008. Entre muchos ejemplos que podrían ser enumerados para ilustrar “externalidades” en el área de la salud, pueden ser recordados algunos más comunes: las vacunas, que al proteger a la persona o al animal vacunado, disminuyen la posibilidad general de contagio, por la reducción de los posibles vectores; los antibióticos, que utilizados por una persona repercuten sobre toda la comunidad en la cual esté inscrito, pues cuanto más complejo el antibiótico usado, más agresivos se tornan los agentes biológicos de la enfermedad para todos los (posibles) alcanzables; el dengue, cuyo control eficiente o precario está esencialmente ligado a las conductas de prevención practicadas por cada miembro de la comunidad.

19 En un interesante estudio, João Arriscado Nunes y Marisa Matias exploran la noción de “salud sustentable”, como “resultado emergente de la intersección de procesos ecológicos, sociales, tecnológicos y políticos”, cuyo alcance (en el espacio y en el tiempo) y complejidad, “requieren el desarrollo de nuevos abordajes para el diseño, la realización y la evaluación de las políticas ambientales y de las tecnologías ‘amigas del ambiente’ y de la forma como las intervenciones en el campo de la salud colectiva y de la oferta de cuidados de salud son guiadas por preocupaciones con la justicia social y ambiental y por la acción precautoria”. Cf. NUNES, J. A.; MATIAS, M. “Rumbo a una Salud Sustentable: salud, ambiente y política”. En: *Salud y Derechos Humanos*. Ministerio de Salud. Fundación Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudios en Derechos Humanos y Salud Helena Besserman. Año 3 (2006), n. 3. Brasília: Ministerio de Salud, 2006, p. 11. Disponible en: http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicacoes/saude-e-direitos-humanos/pdf/sdh_2006.pdf; acceso el 31-05-2008.

20 Sobre el punto, consultar FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, pp. 81 y ss.

que indique, a su vez, la relevancia de una adecuada concretización por parte del legislativo y, en lo que fuera posible, por parte de la Administración Pública. De cualquier modo, y en la estela de lo que ya fue expresado anteriormente, la Constitución de 1988 se alineó a la concepción más abaricable del derecho a la salud, conforme propugna la OMS, que además de una noción eminentemente curativa, comprende las dimensiones preventiva y promocional en la tutela jufundamental. En ese sentido, parece más apropiado hablarse no simplemente en derecho a la salud, si no en el derecho a la protección y a la promoción de la salud²¹, inclusive como “imagen-horizonte”²² a ser perseguida. Siguiendo las directrices del texto del artículo 196 de la CF, se tiene la “recuperación” como referencia a la concepción de la “salud curativa”, o sea, la garantía de acceso, por los individuos, a los medios que les puedan traer la cura de la enfermedad, o por lo menos una sensible mejora en la calidad de vida (lo que, de modo general ocurre en las hipótesis de tratamientos continuos)²³. Ya las expresiones “reducción del riesgo de la enfermedad” y “protección” se reportan a la noción de “salud preventiva”, por la ejecución de las acciones y políticas de la salud que tienen por objetivo evitar el surgimiento de la enfermedad o del daño a la salud (individual o pública), proporcionando la imposición de deberes de protección específicos, derivando, entre otros, la vigencia de los principios de precaución y prevención. El término “promoción”, en fin, se junta a la búsqueda de la calidad de vida, por medio de acciones que objetiven mejorar las condiciones de vida y de la salud de las personas²⁴ –lo

21 Valen aquí las observaciones hechas, en el ámbito del derecho francés, por CASAUX-LABRUNÉE, L., recordando que la salud no es un bien disponible, que pueda ser otorgado a alguien, razón por la cual puede ser apenas resguardado y promovido. Cf. *Op. cit.*, pp. 617-619. También LOUREIRO, J. C. “Derecho a la (protección de la) salud”, *op. cit.*, 2006.

22 SCLLIAR, M. *De lo mágico a lo social: La trayectoria de la salud pública*. Porto Alegre: L&PM, 1987, pp. 32-33.

23 En este sentido, Rodolfo Arango trae a colación un precedente interesante, en el cual la Corte Constitucional de Colombia (sentencia T-001, de 1995) refiere que la noción de cura “no necesariamente implica erradicación total de los sufrimientos, si no que envuelve las posibilidades de mejoría para el paciente, así como los cuidados indispensables para impedir que su salud se deteriore o disminuya de manera ostensible, afectando su calidad de vida”. Cf. ARANGO, R., “El Derecho a la Salud en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana”, *op. cit.*, p. 728.

24 SCHWARTZ, G. A. D. *El derecho a la salud: efectivación en una perspectiva sistémica*. Porto Alegre:

que demuestra la sintonía del texto constitucional con el deber de progresividad en la realización del derecho a la salud, así como con la garantía del “más alto nivel posible de salud”, tal como prescriben, respectivamente, los artículos 2° y 12° del PIDESC²⁵.

Por otro lado, se debe señalar que el derecho fundamental a la salud envuelve una complejidad de diversas posiciones jurídico-subjetivas en cuanto a su objeto, pudiendo reconducir a las nociones de derecho de defensa y de derecho a prestaciones. Como derecho de defensa (o derecho negativo), el derecho a la salud pretende la salvaguarda de la salud individual y de la salud pública contra injerencias indebidas, por parte del Estado o de sujetos privados, individual y colectivamente considerados. En la condición de derecho a prestaciones (derecho positivo), y específicamente como derecho a las prestaciones en sentido amplio, el derecho a la salud impone deberes de protección de la salud personal y pública, así como deberes de cuño organizativo y de procedimientos (v. gr., organización de los servicios de asistencia a la salud, de las formas de acceso al sistema, de la distribución de los recursos financieros y sanitarios, etc.; así como la regulación del ejercicio de los derechos de participación y control social del SUS, especialmente por la vía de los Consejos y de las Conferencias de Salud). A su vez, como derecho a prestaciones en sentido estricto, el derecho a la salud fundamenta las más variadas pretensiones al suministro de prestaciones materiales (como tratamientos, medicamentos, exámenes, internaciones, consultas, etc.). En este contexto, se destaca la tendencia creciente de la doctrina y de la jurisprudencia patrias en el sentido de la afirmación de la exigibilidad judicial de posiciones subjetivas ligadas a la tutela del mínimo existencial, que, a su vez, va más allá de la mera sobrevivencia física, para albergar la garantía de condiciones materiales mínimas para una vida saludable²⁶ (o lo más próximo a ello, de acuerdo

Librería del Abogado, 2001, pp. 27 y p. 98-99. Como señala Germán Bidart Campos, “no es buena una calidad de vida cuando una persona no dispone de cuanto es imprescindible para la atención de la salud” (*op. cit.*, p. 24).

25 Art. 12, 1: “Los Estados Partes del presente Pacto reconocen el derecho de toda persona de disfrutar el más elevado nivel posible de salud física y mental”.

26 Propugnando por la consagración y realización de derechos positivos y resaltando las ventajas, a largo plazo, de los regímenes jurídicos que optan por la concesión de prestaciones materiales, por el Estado, a los necesitados, consultar estudio interesante de POLLACK, M. “El alto costo de no tenerse derechos positivos, una perspectiva de los Estados Unidos”. Traducción de Francisco Küm-

con las condiciones personales del individuo) y, por tanto, para una vida con cierta calidad²⁷.

Por otra parte, cabe refrendar el reconocimiento de una dimensión objetiva relevante del derecho a la salud, que, más allá de otros efectos derivados de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales como un todo, han justificado la imposición de deberes de protección al Estado y a los particulares, directa o indirectamente fundados en el texto constitucional (deberes originarios y deberes derivados, respectivamente), como ya hemos mencionado anteriormente. Además de ello, la dimensión objetiva del derecho a la salud respalda la extensión de la tutela jusfundamental al propio Sistema Único de Salud (SUS), como típica garantía institucional, establecida y regulada originariamente a nivel constitucional²⁸, lo que será objeto de consideraciones más adelante.

2.5. Titulares y destinatarios del derecho fundamental a la salud

Desde un principio la letra explícita del texto constitucional apunta al carácter de universalidad del derecho a la salud (y del propio SUS), como derecho de todos y de cada uno, en la estela de lo dispuesto en el artículo 5º, caput, de la CF. Vigente, pues, al principio de la universalidad, en el sentido de que el derecho a la salud es reconocido a todos por el hecho de ser personas, lo que también no impide que haya diferenciaciones en la aplicación práctica de la norma, especialmente cuando es sopesada con el principio de igualdad, lo que es bastante para demostrar que, aún correlacionados, tales principios no se confunden²⁹. A partir de eso es posible

mel. En SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (org.) *Derechos Fundamentales: presupuesto y "reserva de lo posible"*. Porto Alegre: Librería del Abogado, 2008, pp. 363-389.

27 Trazando algunos parámetros de concretización de lo mínimo existencial relativamente al derecho a la salud, cf. SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. "Reserva de lo posible, mínimo existencial y derecho a la salud: algunas aproximaciones". En: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (org.) *Derechos Fundamentales: presupuesto y "reserva de lo posible"*. Porto Alegre: Librería del Abogado, 2008, pp. 11-53 (especialmente p. 42-49); y FIGUEIREDO, M. F., *op.cit.*, pp. 204 y ss.

28 Sobre las garantías institucionales, consultar SARLET, I. W., *La Eficacia de los derechos Fundamentales*, pp. 165 y 200 y ss. Sobre el SUS, como garantía institucional, cf. FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, pp. 45-46.

29 Para profundizar más, en lo que concierne a la titularidad de los derechos fundamentales en general, comparar I. W. SARLET, *La Eficacia de los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pp. 228 y ss.

sustentarse, en línea de principio, a la titularidad universal del derecho a la salud, respaldada en su estrecha vinculación con los derechos a la vida y a la integridad física y corporal, apartando la tesis que, de forma generalizada y sin excepciones, busca ceñirlo solamente a los brasileros y extranjeros residentes en el país. Destáquese que ni siquiera las políticas vigentes actualmente dan amparo a ese tipo de interpretación restrictiva, en la medida en que presentan carácter nítidamente inclusivo, como son ejemplo algunos programas especiales de asistencia a la salud, porque así sea dirigidos a grupos poblacionales especiales dentro del territorio nacional, como en el caso de los pueblos indígenas³⁰, o sea dirigidos a población extranjera que acude a los servicios públicos en las ciudades de la frontera terrestre del Brasil³¹, demostrando, finalmente, que el camino no es la exclusión. Por otra parte, la caracterización del derecho a la salud como derecho colectivo, o como interés difuso en ciertas hipótesis, no le sirve para apartar la titu-

30 Por medio de la Medida Provisional N° 1.911-08, del 29 de julio de 1999, y de la Ley N° 9.836, del 23 de septiembre de 1999, fue instituido el Subsistema de Atención a la Salud Indígena, de responsabilidad de la Fundación Nacional de Salud (FUNASA), para la atención de una parte de la población brasiler que se estima en más de 400.000 personas, integrantes de 215 pueblos y que hablan por lo menos 180 lenguas. La asistencia se da de modo descentralizada, pero integrada al SUS, por medio de los Distritos Sanitarios Especiales Indígenas (DSEI), considerados “una unidad organizacional del Funasa”, con “una base territorial y poblacional bajo la responsabilidad sanitaria claramente identificada”, principalmente dirigida a las acciones de atención básica, según las peculiaridades del perfil epidemiológico de esas poblaciones. Para profundizar, consultar: <http://www.funasa.gov.br/>.

31 A partir de la constatación de que los servicios de salud nacionales eran utilizados por brasileros y extranjeros residentes en las ciudades vecinas al territorio nacional, fue creado el Sistema Integrado de Salud de las Fronteras (SIS-Fronteras), implementado por la Portería GM N° 1.120, del 06/07/2005 del Ministerio de Salud, con el objetivo de integrar las acciones de asistencia a la salud en las ciudades de la frontera terrestre del país y, así, alcanzar una población de cerca de 3 millones de habitantes, distribuidos en 121 Municipios de los 15.719 Km. de la frontera nacional. Más allá de la organización y del fortalecimiento de los sistemas de salud locales, el programa tiene por meta “estimular la planeación y la implantación de acciones y acuerdos bilaterales o multilaterales entre los países que comparten fronteras entre sí, por intermedio de un diagnóstico homogéneo de la situación de la salud más allá de los límites de la frontera geopolítica brasiler”, como consta en las informaciones recogidas en el “portal de salud” (en: http://portal.saude.gov.br/portalsaudef/Gestor/visualizar_texto.cfm?idtxt=26139). Para profundizar y consulta de los datos actualizados, comparar: http://portal.saude.gov.br/portalsaudef/Gestor/area.cfm?id_area=1228.

laridad individual que presenta, dado que, a pesar de las cuestiones ligadas a la salud pública y colectiva, jamás perderá el cuño individual que lo liga a la protección individual de la vida, de la integridad física y corporal personal, así como de la dignidad de la persona humana individualmente considerada en sus particularidades, incluso en términos de garantía de las condiciones que constituyen el mínimo existencial de cada uno. De esta forma, en que a pesar de ser posible (¡y hasta deseable!) priorizar una tutela procesal colectiva en el campo de la efectivización del derecho a la salud³², esto no significa que el derecho a la salud pueda ser negado a condición del derecho de titularidad individual. No hay que confundir, además, la titularidad universal del derecho fundamental con la universalidad del acceso al SUS, especialmente en lo que concierne a la asistencia pública a la salud, aspecto que podría eventualmente sufrir objeciones ante las circunstancias del caso concreto, sobre todo si tuviesen por objetivo la garantía de equidad del sistema como un todo —o sea, la concretización del principio de la igualdad en su dimensión material, justificando, finalmente, discriminaciones positivas en pro de la disminución de las desigualdades regionales y sociales, o de la justicia social, por ejemplo.

32 En este sentido, comparar estudio del Prof. Luis Roberto Barroso sobre las acciones judiciales pleiteando el abastecimiento de medicamentos por el Estado, en que sustenta la mejor adecuación de las demandas colectivas en la pretensión, excepcional, de inclusión de nuevos medicamentos en las listas y directrices terapéuticas del SUS, reservando en las acciones individuales el pedido de los fármacos ya ofrecidos por el sistema público. BARROSO, L. R. “De la falta de efectividad a la judicialización excesiva: derecho a la salud, suministro gratuito de medicamentos y parámetros para la actuación judicial”. En: *Interés Público*, n. 46, nov-dic./2007, pp. 31-61. En sentido semejante, SOUZA NETO, C. P. de. “La Justiciabilidad de los Derechos Sociales: Críticas y Parámetros”, en SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.) *Derechos Sociales: Fundamentos, Judicialización y Derechos Sociales en Especie*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 515-551; en esa misma obra colectiva, cf., también: SARMENTO, D., “La Protección Judicial de los Derechos Sociales: Algunos Parámetros Ético-Jurídicos”, pp. 553-586; BARCELLOS, A. P. de. “El Derecho a Prestaciones en Salud: Complejidades, Mínimo Existencial y el Valor de los Abordajes Colectivo y Abstracto”, pp. 803-826; y HENRIQUES, F. V. “Derecho Prestacional a la Salud y Actuación Jurisdiccional”, pp. 827-858. Destacando la necesidad de una mayor profundización sobre el tema, dado que el derecho individual de acción refleja una forma concreta de manifestación de la ciudadanía activa e instrumento de participación del individuo en el control social de las acciones estatales, cf. SARLET, I. W. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales*, pp. 374-375.

Con relación a sus destinatarios, el derecho a la salud tiene como sujeto pasivo principal al Estado, como ocurre, además, con la generalidad de los derechos fundamentales sociales. Cabe al Estado principalmente la realización de medidas dirigidas a la protección de la salud de las personas, efectivizando el derecho en su dimensión negativa (especialmente en el sentido de la no-interferencia en la salud de los individuos) y positiva (v. gr., organizando instituciones y procedimientos dirigidos a la tutela individual y colectiva de la salud, tomando providencias para la atención de los deberes de protección, brindando directamente los bienes materiales necesarios a la prestación de la asistencia a la salud). Es bueno enfatizar que ello no excluye, la eficacia del derecho a la salud en la esfera de las relaciones entre particulares³³, lo que se manifiesta tanto de manera indirecta, mediante la previa intervención de los órganos estatales, como de modo directo, donde talvez el ejemplo más conocido sea las normas de protección al trabajador, ya tradicionales en el derecho constitucional patrio.

3. El Sistema Único de Salud (SUS)

3.1. El Sistema Único de Salud como garantía institucional fundamental

La dimensión objetiva del derecho a la salud, además de las consideraciones sobre la función protectora del derecho y de su eficacia entre particulares, se condensa de modo especial y relevante por la institucionalización constitucional del Sistema Único de Salud (SUS), que asume la condición, de autén-

33 Sobre la eficacia del derecho a la salud en el ámbito de las relaciones privadas, cf., por todos, MATEUS, C. G. *Derechos Fundamentales Sociales y Relaciones Privadas: el caso del derecho a la salud en la Constitución brasilera de 1988*. Porto Alegre: Librería del Abogado, 2008, especialmente pp. 137 y ss. Procediendo a un análisis más amplio, sustentado en una eficacia directa *prima facie* de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, cf. SARLET, I. W. “La Influencia de los Derechos Fundamentales en el Derecho Privado. El caso Brasileiro”, en: MONTEIRO, A. P.; NEUNER, J.; SARLET, I. (orgs.) *Derechos Fundamentales y Derechos Privados: Una perspectiva del Derecho Comparado*. Coimbra: Almedina, pp. 111-114.

tica garantía institucional fundamental³⁴, en el orden jurídico-constitucional brasileiro. Habiéndose establecido y reglamentado por la propia Constitución de 1988, que estipuló los principios por los cuales se estructura y los objetivos que debe atender, además de constituirse en el resultado de perfeccionamientos efectuados a partir de experiencias frustradas anteriores y, por otro lado, se constituye en reivindicación realizada por la sociedad civil organizada, sobre todo en el Movimiento de Reforma Sanitaria que precedió a la elaboración del texto constitucional, el SUS puede ser caracterizado, finalmente, como una garantía institucional fundamental. Se sujeta, por consiguiente, a la protección establecida para las demás normas jusfundamentales, inclusive en lo que concierne a su inserción entre los límites materiales a la reforma constitucional³⁵, además de estar resguardado contra medidas de cuño retrospectivo en general. De ese modo, eventuales medidas tendientes a abolirlo o vaciarlo, formal y substancialmente, incluso en cuanto a los principios sobre los cuales se cimienta, deberán ser consideradas inconstitucionales, pues no sólo apenas es protegido el derecho a la salud, sino que el propio SUS, en la condición de institución pública, es salvaguardado por la tutela constitucional protectora. Asimismo, la constitucionalización del SUS como garantía institucional fundamental significa que la efectucción del derecho a la salud se debe conformar en los principios y directrices por los cuales fue constituido, establecidos primordialmente por los Artículos 198 al 200 de la CF³⁶ de los cuales se destacan la unidad, la descentralización, la regionalización, la jerarquización, la integralidad y la participación de la comunidad.

34 A partir del reconocimiento de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, la doctrina alemana de la primera post-guerra, sobre todo por las obras de M. Wolf y C. Schmitt, pasó a sus-
tentar que existen ciertas instituciones (derecho público) o institutos (derecho privado) cuya rele-
vancia justifica la extensión de la protección jusfundamental, sobre todo contra la actuación erosiva
por parte del legislador ordinario y del poder público en general, a fin de resguardar, al menos, el
núcleo esencial de las así designadas garantías institucionales. Para mayor profundización del tema,
cf. SARLET, I. W., *La Eficacia de los Derechos Fundamentales*, p. 165 y pp. 200 y ss. Defendiendo
la naturaleza de garantía institucional del SUS, cf. FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, pp. 45-46.

35 En sentido similar, cf., en el derecho portugués, Acuerdo n. 39/84 (Diario la República, 2ª serie,
del 05-05-1984), y los comentarios de NOVAIS, J. R. Los principios constitucionales estructurantes
de la República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 312-313.

36 Haciendo un análisis general sobre los principios del SUS, cf. FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, p.
96-102.

3.2. Principios de información del SUS: unidad, descentralización, regionalización y jerarquización; integralidad y participación de la comunidad

El principio de la unidad significa que el SUS es un sistema único y unificado, característica mediante la cual la constituyente buscó superar las distorsiones de los modelos anteriores a 1988, en especial en cuanto a la limitación de la asistencia a la salud solamente a los trabajadores con vínculo formal y dependientes respectivos, asegurados en el Instituto Nacional de Previsión Social (INPS)³⁷, situación que dejaba a las demás personas, tomar la “opción” entre la atención a la salud por profesionales particulares o simplemente a la caridad. El Sistema Único, importa, en tanto que los servicios y las acciones de salud, públicos o privados, se deben pautar y desenvolverse bajo las mismas políticas, directrices y comandos. Se trata de un solo sistema, que abarca y comprende a una única dirección y, por tanto, a un solo planeamiento (aunque compartido en los niveles nacional, regional, estatal, municipal), a las acciones y a los servicios de salud.

En cuanto único, el SUS es constituido por una red regionalizada y jerarquizada que, preservada a la dirección única en cada esfera de gobierno, actúa según el principio de la descentralización. La actuación regionalizada permite la adaptación de las acciones y de los servicios de salud al perfil epidemiológico local³⁸, atendiendo no solo a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS), sino a las reivindicaciones del Movimiento de Reforma Sanitaria³⁹ y conformándose, en cierta medida, en la reconocida

37 Cf. CARVALHO, M. S. de. “La Salud como derecho social fundamental en la Constitución Federal de 1988”. *Revista de Derecho Sanitario*, v. 4, n. 2, p. 26, jul. 2003; y BRASIL. Consejo Nacional de Secretarios de Salud. *Para entender la gestión del SUS*. Brasilia: CONASS, 2003, p. 14.

38 Los criterios epidemiológicos poseerían un alto grado de orientación a la “colectividad”, como enseña Marcelo Medeiros, partiendo del grado de necesidades de los individuos, en determinada situación de espacio y tiempo, como criterio de ubicación y distribución de los recursos de salud. Para mayor profundización, consultar MEDEIROS, M., *op. cit.*, p. 67.

39 La VIII Conferencia Nacional de Salud ya sugería que el nuevo sistema de salud, después configurado en el SUS, debería “ser organizado con base epidemiológica y tener prioridades claramente definidas en función de las necesidades locales y regionales”, más allá de “estructurarse con base en los conceptos de descentralización regionalización y jerarquización –centralizar sólo lo que realmente no fuera posible descentralizar”, conforme referencia de RAEFFRAY, A. P. O., *op. cit.*, p. 285.

tradición municipalista brasilera. En este sentido, es posible verificar una evidente conexión entre la estructura constitucional del SUS y el principio federal, que en Brasil tiene peculiaridad y un tercer nivel de poder formado por los Municipios. Por eso, la municipalización es la principal forma por la cual se concentran las directrices de descentralización y regionalización del SUS, no obstante que siempre sean necesarios⁴⁰ ajustes y perfeccionamientos, especialmente en función de la garantía de equilibrio en la distribución de los recursos de salud, donde destacan los principios de la subsidiariedad y de la equidad en el acceso a la asistencia así prestada. Los principios de descentralización, regionalización y subsidiariedad cimientan las reglas constitucionales de distribución de competencias en el ámbito del SUS, tanto como su regulación normativa a nivel infraconstitucional (leyes, decretos, ordenanzas), por medio de las cuales la responsabilidad en las acciones y en los servicios de salud, incorporado aquí el suministro de bienes materiales, que principalmente compete a los Municipios y a los Estados, en detrimento de la Unión, que actúa con carácter supletorio y subsidiario. Eso no excluye, por cierto, la actuación directa del ente central en algunas situaciones, lo que precisamente sucede en función de la armonización práctica entre los principios constitucionales de la eficiencia, de la subsidiariedad y de la integralidad de la atención, como por ejemplo demuestran, la asistencia de alta complejidad (a cargo de la Unión y de los Estados, en la forma de la NOAS N° 01/2002 –que, en este aspecto, reiteró lo que ya disponía la NOAS N° 01/2001)⁴¹, en la regulación del sector privado (por el disciplinamiento de las relaciones entre los SUS y los prestadores privados, por el establecimiento de criterios y valores para la remuneración de los servicios, por la fijación de los parámetros de la cobertura ofrecida)⁴² y la responsabilidad por la compra

40 En este sentido, las normas acordadas en la NOB N° 01/96 fueron sustituidas por las normas NOAS N° 01/2001 y posteriormente, por la NOAS N° 01/2002, siempre dirigidas al perfeccionamiento del proceso de descentralización del SUS, sin perder de vista la necesidad de ampliación del acceso y la equidad en la distribución de los recursos de salud (no sólo en sentido financiero).

41 Cf. PIRES, M. C. de C.; OLIVEIRA NETO, J. C. da C. “Indicador municipal de salud: un análisis de los sistemas municipales de salud brasileiros”. Instituto de Investigación Económica Aplicada (IPEA). Brasilia, 2006. Texto para discusión N° 1.216 ISSN 1415-4765, p. 11. Disponible en: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/indic_mun_ipea.pdf; acceso el 24-05-2008.

42 SOUZA, R. R. de. *El Sistema Público de Salud Brasileiro*. Seminario Internacional: Tendencias y Desafíos de los Sistemas de Salud en las Américas. Sao Paulo, Brasil. 11 a 14 de agosto de 2002. Disponible

y distribución del así designado “componente estratégico de la asistencia farmacéutica” (esto es, los medicamentos y tratamientos de las acciones de asistencia farmacéutica de los programas de salud estratégicos, concernientes al control de endemias, al suministro de anti-retrovirales [DST/AIDS], a la sangre y hemoderivados y a los inmunobiológicos, en los términos de la Portería GM N° 204, del 27 de enero del 2007, del Ministerio de Salud)⁴³.

La jerarquización, a su vez, es un término técnico del sector sanitario, que indica la ejecución de la asistencia a la salud en niveles crecientes de complejidad⁴⁴, señalando que el acceso a los servicios de salud deben darse a partir de los más simples en dirección a los niveles más altos de complejidad, de acuerdo con el caso concreto y exceptuadas las situaciones de urgencia. Por medio de la jerarquización, los servicios de salud son organizados y distribuidos, partiéndose de las acciones de atención básica, comunes a todos los Municipios, pasando por la asistencia de media y alta complejidad, centralizadas ya en los Municipios de mayor tamaño, para luego alcanzar los servicios de especialización mayor, solamente disponibles en algunos grandes centros del país. También en este aspecto, el SUS se armoniza a los principios de subsidiariedad y de eficiencia, dado que las acciones y los servicios de salud deben ser ejecutados por quien posea las condiciones para efectivizar más y mejor el derecho a la salud, lo que podrá justificar el ejercicio excepcional de alguna competencia de la asistencia a la salud por el Estado, o también por la Unión, ante las circunstancias específicas de la realidad.

El principio de la integralidad de atención determina que la cobertura ofrecida por el SUS debe ser lo más amplia posible, lo que evidentemente no aparta la existencia de ciertos límites, sobre todo técnicos, como se verá más adelante. Lo que en este momento cabe señalar es la incidencia directa, en este campo, de los principios de la precaución y de la prevención⁴⁵, a su

en: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_saude.pdf, acceso el 25-05-2008, p. 39.

43 VIEIRA, F. S.; MENDES, A. C. R. “Evolución de los Gastos del Ministerio de Salud con los Medicamentos”. En: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/estudo_gasto_medicamentos.pdf, acceso el 24-05-2008, pp. 06-08.

44 SCHWARTZ, G. A. D., *op. cit.*, p. 108.

45 Oportuna, aquí, la sintética distinción propuesta por CASAUX-LABRUNÉE, L. con relación a los dos principios: en cuanto a la precaución con miras a limitar los riesgos aún hipotéticos o potenciales, el principio de la prevención se junta al del control de los riesgos ya verificados, siendo principios, por tanto, complementarios.

vez ligados umbilicalmente a las nociones de eficacia y seguridad, determinando la prioridad de las actividades preventivas, tanto en el sentido más restringido de las acciones de medicina preventiva, como, en un sentido más amplio, respaldando las acciones de vigilancia y policía sanitaria, así como las medidas dirigidas a la prestación del saneamiento básico y la garantía de un ambiente sano y equilibrado. De modo similar, también refuerzan los principios de la razonabilidad y de la eficiencia (pero, no, bajo una óptica economicista y utilitarista) pues un tratamiento cuya eficiencia no sea comprobada, o que acarree serios riesgos a la salud de la colectividad, no se puede considerar razonable, por ejemplo. Por otro lado, la integralidad de la atención refleja la idea de que las acciones y los servicios de salud deben ser tomados como un todo, armónico y continuo, de modo que sean simultáneamente articulados e integrados en todos los aspectos (individual y colectivo; preventivo, curativo y promocional; local, regional y nacional) y niveles de complejidad del SUS⁴⁶, característica vinculada a la unidad del sistema, especialmente en cuanto al planeamiento.

Además de ello, el SUS se caracteriza por la participación directa e indirecta de la comunidad, tanto en lo que respecta a la definición, cuanto en lo relativo al control social de las acciones y políticas de la salud. Esas participaciones se viabilizan por medio de dos representantes de la sociedad civil en las sucesivas Conferencias de Salud, que tienen competencia para hacer propuestas a las políticas de salud en cada uno de los niveles de la federación (cuyo modelo más relevante viene siendo la VIII Conferencia Nacional de Salud, aún antes de 1988); ante los Consejos de Salud, que actúan en la planeación y control del SUS, incluido el financiamiento del sistema, así como en la viabilización de un canal para la participación popular, con el análisis de propuestas y denuncias; y, aún, en el ámbito de las agencias reguladoras (Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria –ANVISA, Cámara de Salud Suplementaria de la Agencia Nacional de Salud Suplementaria– ANS, Consejo Nacional del Medio Ambiente –CONAMA, etc.). Se trata de la densificación de una dimensión especial de los derechos fundamentales, que, en el contexto de los derechos a prestaciones en sentido amplio, actúan como de-

46 En este sentido, cf. SCHWARTZ, G. A. D., *op. cit.*, p. 108; y PAULIT, L. T. S.; ARTUS, S. C.; BALBINOT, R. A. "La Perspectiva del Proceso Salud/Enfermedad en la Promoción de la Salud de la Población". En: *Revista de Derecho Sanitario*, v. 4, n. 3, p. 32, nov. 2003.

rechos de participación en la organización y en el procedimiento, evidenciando la faceta democrático-participativa, *in casu*, del derecho a la salud, a retomar la idea de un *status activus processualis*, defendida tal cual, desde hace mucho, por Peter Häberle⁴⁷. Por medio de la participación directa (aunque admitidas limitaciones eventuales de orden concreto), la Constitución asegura que los propios individuos interactúan en el proceso de definición de las políticas públicas de salud, interviniendo sobre lo que será la efectución de ese derecho fundamental, más allá de ejercer posteriormente el control social sobre esas mismas acciones.

3.3. La asistencia a la salud prestada por la iniciativa privada: la salud suplementaria

Además de la asistencia a la salud prestada por los agentes públicos, la Constitución prevé la posibilidad y define los principios mediante los cuales se da la participación de la iniciativa privada en la asistencia a la salud. Básicamente hay dos formas de prestación privada de los servicios y acciones de salud: la participación complementaria, mediante convenio o contrato de derecho público firmado con el SUS, siendo privilegiadas las entidades filantrópicas y aquellas sin fines de lucro; y la así designada “salud suplementaria”, en que la asistencia es directamente prestada por las operadoras de planes y seguros de salud, a partir de la contratación por parte del interesado en la obtención de los servicios, regulada por la Ley N° 9.656/98 y en conformidad a las directrices (y fiscalización) de la Agencia Nacional de Salud Suplementaria (ANS)⁴⁸. Se constata desde luego que la primera hipótesis implica una actividad delegada a la iniciativa privada (salvo la participación de empresas o capitales extranjeros), que actúa en lugar de la Administración

47 Sobre los derechos de participación en la organización y procedimiento, v. SARLER, I. W., *La eficacia de los Derechos Fundamentales*, p. 211 y ss.

48 Vinculada a la ANS, funciona la Cámara de Salud Suplementaria, órgano de carácter consultivo, del cual participan representantes del poder público, de las operadoras de salud y de la sociedad civil, como entidades de clase, asociaciones, sindicatos, etc. (Ley N° 9.961/2000, art. 5°, párrafo único, y art. 13). Para informaciones sobre su actual composición, acceder: http://www.ans.gov.br/portall/sitel/instanciaparticpacao/composicao_css.asp. En términos dogmáticos, se trata del derecho a la salud en su dimensión de derecho a la participación en las organizaciones públicas, creado precisamente para posibilitar que sea adecuadamente efectuado y protegido.

Pública, pero sujeta a los límites y directrices establecidos en el convenio o contrato administrativo (estando prohibido, aun así, el destinarse recursos para auxilios o subvenciones a instituciones privadas con fines de lucro), y sometida, por tanto, a los principios corrientes del derecho administrativo, inclusive en lo que se refiere a la eventual responsabilización en la forma del Artículo 37, § 6º, de la CF⁴⁹. De distinta manera, la asistencia a la salud establecida en consecuencia de contrato privado, firmado entre la persona (individual o colectivamente⁵⁰) y la operadora de plan o seguro de salud, no se somete al mismo reglamento sin restricciones —lo que no significa que el tema no merezca mayor profundización, sobre todo en función de la protección a los derechos a la vida y a la salud⁵¹—, ya que inciden principios como la autonomía de las partes, inclusive para justificar, *contrario sensu*, el reconocimiento de una libertad (fundamental) de no-contratación, en el sentido de que nadie pueda ser obligado a afiliarse al sistema de salud suplementaria. Además de ello, queda la asistencia prestada directamente por los profesionales de la salud, mediante consulta o examen pago por el propio interesado, sujeta al reglamento común de los prestadores de servicios, especialmente al Código de Defensa del Consumidor (Ley N° 8.078/90), y las exigencias de la vigilancia sanitaria.

En el ámbito de la participación de la iniciativa privada, es en la salud suplementaria donde ciertamente se encuentran las mayores controversias, inclusive en términos jurisprudenciales, destacándose el papel del Estado

49 En este sentido, cf. GREGORI, M. S. Planes de Salud: la óptica de la protección del consumidor. Sao Paulo: Revista de los Tribunales, 2007, pp. 28 y 32-33.

50 *Ibidem*, pp. 145 e ss.

51 Como recuerda Roberto Augusto Pfeiffer, la asistencia prestada por las operadoras de planes y seguros de salud no pierde el carácter de “servicio de relevancia pública”, determinado por el artículo 197 de la CF (PFEIFFER, R. A. C. “Cláusulas Relativas a la Cobertura de Enfermedades, Tratamientos de Urgencia y Emergencia y Carencias”. En: MARQUES, C. L.; LOPES, J. R. de L.; PFEIFFER, R. A. C. [orgs.] *Salud y Responsabilidad: seguros y planes de asistencia privada a la salud*. Sao Paulo: Revista de los Tribunales, 1999, p. 73). Se encuentra ejemplo de restricción en los artículos 30 y 31 de la Ley N° 9.656/98, que crean reglas sobre la manutención de los planes o seguros de salud colectivos, no dejando en el desamparo a los empleados despedidos sin justa causa y a los jubilados. Para mayor profundización, cf. PASQUALOTO, A. “La Reglamentación de los Planes y Seguros de Asistencia a la salud: una interpretación constructiva”. En: MARQUES, C. L.; LOPES, J. R. de L.; PFEIFFER, R. A. C. (orgs.) *Salud y Responsabilidad: seguros y planes de asistencia privada en Salud*. Sao Paulo: Revista de los Tribunales, 1999, pp. 55 y ss.

en el cumplimiento de los deberes de protección derivados de las normas constitucionales, tanto en el sentido de un deber genérico de tutela de la persona y de la sociedad, cuanto en la concreción de imperativos de tutela más específicos, como en el caso de la protección del consumidor (CF, Art. 5° XXXII) y de la protección de la salud (CF, Art. 196). Eso porque la salud suplementaria se caracteriza, entre otros, por una asimilación del usuario del plan o seguro de salud al consumidor y, con ello, por la transposición de la tutela protectora⁵², asegurada por la intervención directa del Estado en el mercado de la asistencia a la salud⁵³ (dirigismo contractual⁵⁴), cuya necesidad se agrava por la naturaleza indisponible del bien que constituye la finalidad del propio contrato⁵⁵, que es, asegurar todo el trata-

52 Cf. GREGORI, M. S., *op. cit.*, pp. 99 y ss. Otrosí, como refiere Cláudia Lima Marques, los Artículos 3° y 35°, § 2° (antigua redacción) de la Ley N° 9.656/98 determinan la aplicación conjunta del Código de Defensa del Consumidor (Ley N° 8.078/90) para la disciplina jurídica de los llamados “nuevos contratos; en cuanto a los contratos “antiguos”, esto es, firmados antes de la Ley N° 9.656/98, la jurisprudencia es unisona en reiterar que solamente es aplicable el Código de Defensa del Consumidor, sustentando la noble jurista, con todo, que esa aplicación se debe dar a partir de una interpretación teleológica y renovada, en que los principios protectivos de la Ley N° 9656/98 iluminen la interpretación de los principios generales de protección establecidos por la Ley N° 8.078/90, en un verdadero “diálogo de las fuentes” (expresión de Eric Jayme): “[e]n verdad, es apenas una luz nueva para rellenar la norma antes existente y evitar el conflicto, con la opción constitucional por el valor más alto en conflicto en esta antinomia. Nunca está demás recordar que el Código de Defensa del Consumidor tiene origen constitucional y que, en caso de antinomia, la opción debe valorarlo jerárquicamente, pues es derecho fundamental del brasilero la protección de sus derechos como consumidor.” Cf. MARQUES, C. L. “Conflicto de Leyes en el Tiempo y Derecho Adquirido de los Consumidores de Planes y Seguros de Salud”. En : MARQUES, C. L.; LOPES, J. R. de L.; PFEIFFER, R. A. C. (orgs.) *Salud y Responsabilidad: seguros y planes de asistencia privada a la salud*. Sao Paulo: Revista de los Tribunales, 1999, pp. 117-119.

53 Como recuerda María Stella Gregori, “[la] regulación [...] es un trabajo continuo [...] principalmente cuando está en juego un intrincado conflicto de valores antagónicos, en que, de un lado, está la operación económica, cuyo equilibrio debe ser preservado como medio de asegurar la utilidad de la prestación a la asistencia a la salud contractualmente prometida y, de otro, está el interés material del consumidor en la preservación de su salud”, *op. cit.*, pp. 16.

54 La expresión es apuntada corrientemente por la doctrina, citándose, por todos, PASQUALOTO, A. A., *op. cit.*, pp. 46 y ss.

55 En este sentido, Andrea Lazzarini y Flavia Lefèbre son categóricas: “[n]o hay como negar que los contratos de asistencia médica representan intereses sociales, pues regulan las relaciones entre la iniciativa privada y la sociedad, disponiendo sobre derechos protegidos por la Constitución Federal en los dispositivos que tienen por objetivo garantizar valores sociales fundamentales, y, por eso, exi-

miento posible, con miras a la mantención o recuperación de la salud del individuo, que busca el plan o seguro de salud, en la hipótesis de ocurrencia del evento⁵⁶. Con razón esclarece la doctrina que la base de esos contratos está en la necesidad de prestación (si fuera necesaria o no), y no en la forma como se da el cumplimiento de la obligación de la asistencia asumida (calidad, seguridad y adecuación del tratamiento). No se trata así, de medio de obligación, sino de obligación de resultado: brindar asistencia adecuada y la protección y/o recuperación de la salud del usuario del plan o servicio de salud⁵⁷.

La interpretación de las cláusulas contractuales sigue, en términos generales, las normas de la legislación consumista, debiéndose citar que la vulnerabilidad del usuario, en este caso, envuelve por lo menos dos aspectos: a) la situación personal e individual del beneficiario ya que la salud constituye condición para el ejercicio pleno de la autonomía individual y para el disfrute de los demás derechos, además de incluirse en un patrón mínimo (mínimo existencial) de una vida digna y con cierta calidad; b) la vulnerabilidad derivada de la posición ocupada por el individuo en los contratos de planes y seguros de salud: contratos cautivos de larga duración, en la medida en que se desarrollan por un período muy largo en el tiempo, generando expectativas y dependencia por parte del usuario y sometiéndose, en no raras veces, a sucesivos reglamentos legales, en la precisa lección de Clau-

gen una intervención efectiva del Estado para que la consagración de la Ley mayor ocurra.” Cf. LAZZARINI, A.; LEFÈVRE, F. “Análisis sobre la Posibilidad de Alteraciones Unilaterales del Contrato y Desacreditación de Instituciones y Profesionales de la Red Convenida”. En: MARQUES, C. L.; LOPES, J. R. de L.; PFEIFFER, R. A. C. (orgs.) *Salud y Responsabilidad: seguros y planes de asistencia privada en salud*. Sao Paulo: Revista de los Tribunales, 1999, p. 105. En sentido similar, Rodolfo Arango afirma que “el contrato de salud no es un simple contrato privado, en el cual la autonomía de la voluntad privada sea el factor determinante, si no que tiene además un carácter público debido a su objeto, razón por la cual el Estado se ve llamado a intervenir en la libertad de un ámbito tradicionalmente privado. [...] La salud [...] es un derecho constitucional y un objetivo público que trasciende los límites del contrato privado entre beneficiario y entidad aseguradora”. En: “El derecho a la Salud en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana”, *op. cit.*, pp. 736 y 753.

56 Adalberto Pascualoto resume la cuestión: “[el] proveedor debe asegurar la efectividad de la asistencia, independientemente del éxito del tratamiento. Para el asegurado, el crédito debe ser cierto, desde que ocurre el hecho aleatorio.” *Op. cit.*, pp. 48.

57 En este sentido, cf. PASCUALOTO, A., *Ibidem*; y MARQUES, C. L., *op. cit.*, p. 125.

dia Lima Marques⁵⁸. Por estas razones, importa reconocer la incidencia de un sistema de tutela reforzada del usuario-consumidor-paciente, derivadas de la convergencia de los deberes específicos jusfundamentales de protección del consumidor (C, Art. 5° XXXII) y de protección de la salud (CF, Art. 196), al determinar la aplicación conjunta del derecho a la salud y de la protección del consumidor. Recuérdesse que los servicios de salud, aun los prestados por la iniciativa privada y aún bajo formas de contratos, no pierden el carácter de “relevancia pública” que les atribuyó la constituyente (CF, Art. 197), sin ninguna duda de que la interpretación de las cláusulas contractuales, así como el examen acerca de la responsabilidad por la ejecución adecuada de los servicios de salud deben someterse, por tanto, a la doble incidencia de la protección fundamental del consumidor y del titular del derecho a la salud.

Además de ello, aquí inciden las normas de tutela que aseguran el derecho (y deber) de información, la inversión de la carga de la prueba, la protección contra las cláusulas abusivas, la vigencia de la objetiva buena fe como *standard* de conducta de las partes, la protección contra la enorme lesión y contra la alteración de la base del negocio jurídico, inclusive por la aplicación de la cláusula *rebus sic standibus*, cuando fuera necesaria⁵⁹. El carácter doblemente indisponible del derecho en causa, consumidor y salud, aún se basa en la actuación del Ministerio Público, de las asociaciones de clase y de entidades de la sociedad civil en la defensa de una dimensión colectiva y difusa del derecho a la salud y del propio derecho del consumidor, a partir de ahí configurada. En términos jurisprudenciales, es visible la tendencia de mitigación de la autonomía contractual a favor de la tutela del usuario-consumidor, imponiéndose operadoras de planes y seguros de salud en una serie de deberes destinados a la plena asistencia a la salud de los asegurados, como cuestiones relacionadas a la extensión de la cobertura de los contratos, a los períodos de carencia, a la mantención del equilibrio económico-financiero (especialmente en cuanto al reajuste de las mensualidades), entre otros, inclusive con la anulación judicial, por abuso (Ley N° 8.078/90, Art. 51), de cláusulas contractuales⁶⁰.

58 Cf. MARQUES, C. L., *op. cit.*, especialmente pp. 117-118.

59 En sentido similar, v. GREGORI, M. S., *op. cit.*, pp. 97 y ss.

60 En el ámbito del Tribunal Superior de Justicia, la Sumilla N° 302 enuncia: “[es] abusiva la cláusula contractual del plan de salud que limita el tiempo de la internación hospitalaria del asegurado”. A

3.4. La relevancia pública de los servicios y acciones de salud

La explicación constitucional de que las acciones y los servicios de salud son de “relevancia pública” es resultado, como muchas de las demás normas constitucionales sobre el SUS, de las reivindicaciones del Movimiento de Reforma Sanitaria, que buscaban la superación de un modelo considerado “desestatizante, curativo y centralizador”⁶¹. El texto constitucional acentúa el carácter indisponible del objeto de la tutela constitucional, efectuada en términos de derecho subjetivo, individual y colectivo, es, en una dimensión objetiva, en la condición de la garantía institucional consubstanciada en sí misma en el SUS, sin perjuicio de otros desdoblamientos. Más allá de ello, la relevancia pública de los servicios y acciones de salud autoriza la interpretación extensiva que viene dando la jurisprudencia, en el sentido de la afirmación de la legitimidad del Ministerio Público para la intervención en la defensa del derecho a la salud, inclusive en cuanto a medidas juzgadas en pro de un único beneficiario.

Por otra parte, la relevancia pública de las acciones y de los servicios de salud, derivadas del carácter indisponible del derecho fundamental y de los valores que velan por proteger (vida, dignidad, integridad física y psíquica adecuadas condiciones de vida y de desarrollo de la persona, medio ambiente saludable y equilibrado, entre otros) incide como parámetro de modelado y (re)adecuación de las relaciones privadas, como de aquellas concernientes a

título ilustrativo, compárese los siguientes precedentes: REsp N° 469.911/SP, DJ 10-03-2008 (abuso de la cláusula que limitaba el tiempo de internación en UTI); AgRgAg n° 973.265/SP, DJ 17-03-2008 (ilícitud en la restricción de la cobertura a enfermedad preexistente, en miras a la buena fe de la consumidora y a la no exigencia, por parte de la aseguradora, de realización de examen previo); AgRgAg n° 704.614, DJ 19-11-2007 (juzgada abusiva la cláusula contractual que excluía de la cobertura la realización de trasplante para el consumidor que declaró previamente sufrir de enfisema pulmonar); REsp N° 993.876/DF, DJ 18-12-2007 (es causa de indemnización por daños morales la negativa indebida a la cobertura médica, “ya que agrava la situación de aflicción psicológica y de angustia” del asegurado); REsp N° 466.667/SP, DJ 17-12-2007 (considerada abusiva la aplicación de cláusula de carencia ante la situación de urgencia, por la ocurrencia de enfermedad sorprendente y grave).

61 Cf. Barjas Negri, con referencias a la doctrina. En: BRASIL, Ministerio de Salud. “La Política de Salud en Brasil en los años 90_ avances y límites”. Brasília: Ministerio de Salud, 2002, p. 07. Disponible en: <http://dtr2001.saude.gov.br/editora/produtos/livros/genero/livros.htm>, acceso el 25-05-2008.

la explotación de recursos naturales y a la producción de bienes (con destaque en el permiso ambiental y urbano, en conjunto con las normas del derecho ambiental), así como de las actividades propiamente establecidas en el sector de la salud, en especial en lo que concierne a los planes y seguros privados, fundamentando el aislamiento de cláusulas contractuales abusivas (oportunidad en que dialoga con el derecho del consumidor) y dando respuesta al intrincado problema de la solución de continuidad de los servicios de salud, ya que, aunque la asistencia sea prestada por particular, no pierde el carácter público que le es inherente, justificando la imposición de obligaciones típicas del régimen de derecho público.

Finalmente, en lo que respecta a la reglamentación, la fiscalización y el control de las acciones y de los servicios de salud, explicita el dispositivo constitucional que se trata de una actividad a ser ejercida por el Estado, como medida de policía sanitaria y, por ello, función típica estatal. En verdad, se trata de la amplia gama de actividades desarrolladas por el Sistema Nacional de Vigilancia Sanitaria (SNVS)⁶², que abarca, entre otros, la fiscalización de fronteras, el control y registro de sustancias diversas (medicamentos, drogas, insumos farmacéuticos y derivados, cosméticos, colorantes, remedios, etc.) y hasta medidas de cuño protector más directo, como la intervención sobre la regulación de precios en el mercado de medicamentos⁶³. En una apretada síntesis, se puede decir que tales actividades concretizan diferentes dimensiones del deber fundamental de la protección y promoción de la salud, impuesto al Estado en la condición de imperativo de tutela y, también por eso, sujeto a los controles de proporcionalidad, especialmente operando como prohibición del exceso y de insuficiencia, más allá de los deberes vinculantes de eficiencia (CF, Art. 37, *caput*), también por parte del Poder Judicial.

62 Creado por la Ley N° 9.782, del 26 de enero de 1999.

63 En este sentido, merece referencia la Ley N° 10.742, del 06 de octubre de 2003, que creó la Cámara de Regulación del Mercado de Medicamentos (CEMED); así como la Ley N° 9.787, del 10 de febrero de 1999, que además de ser instituido el uso de la Denominación Común Brasileira (DCB) y de la Denominación Común Internacional (DCI), o sea, la identificación de los fármacos o de los principios farmacológicamente activos aprobada por la vigilancia sanitaria o recomendada por la OMS, respectivamente, estableció los conceptos de medicamento similar, medicamento genérico y medicamento de referencia y, de otra parte, de bioequivalencia y biodisponibilidad, necesarios estos últimos para la aprobación y el registro de nuevos medicamentos.

4. La exigibilidad del derecho fundamental a la salud como derecho subjetivo: límites, posibilidades y la búsqueda de criterios seguros para orientar la intervención judicial

En los 20 años transcurridos desde la promulgación de la Constitución Federal de 1988 la discusión no dejó de ser polémica en torno de los límites y de las posibilidades de exigibilidad⁶⁴ del derecho a la salud, a nivel administrativo o judicial, especialmente en la condición de derecho subjetivo⁶⁵ oponible, individual y colectivamente, al Estado y a los particulares. Tal hecho deviene de muchas circunstancias. El carácter abierto, y, de cierta manera, programático, de los Artículos 6° y 196 de la CF, permite la abertura y permanente actualización del contenido y, por tanto, de la tutela ofrecida por las normas constitucionales y legales, genera también conflictos en ese proceso de integración práctica y tónica, especialmente en lo que concierne a la definición concreta del objeto que estaría albergado por la protección o por el deber de prestación jusfundamental.

Además de ello, el reconocimiento de la existencia de una dimensión económicamente relevante de los derechos fundamentales, que más fuertemente se evidencia en los derechos sociales y se intensifica aún más cuando son pleiteados bajo la forma de derechos a prestaciones materiales, impone la discusión (de los criterios) de las decisiones sobre el destino de los recursos públicos, sea porque son diversos los derechos, intereses y bienes a ser tutelados, sea porque de ello resulta la ponderación entre diferentes principios constitucionales, explícitos e implícitos, especialmente aquellos a partir de los cuales se estructura el SUS, no es raro el resultar en la discusión de los límites y restricciones del derecho a la salud considerado concretamente. Al mismo tiempo, aun esa misma relevancia económica justifica, de un lado, el cumplimiento de los deberes de información y transparencia, a modo de

64 Cf. SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*; y FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, donde son analizados algunos de los parámetros mínimos de garantía del derecho a la salud en oposición a las objeciones pasibles de incidencia en la cuestión de la exigibilidad judicial de ese mismo derecho.

65 Sustentando la insuficiencia del modelo jurídico del derecho subjetivo como instrumento para la tutela del derecho a la salud, cf. LIMA, R. S. de F. "Derecho a la salud y criterios de aplicación". En: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (org.) *Derechos Fundamentales: presupuesto y "reserva de lo posible"*. Porto Alegre: Librería del Abogado, 2008, pp. 11-53 (especialmente pp. 42-49).

evaluar la distribución y la adecuada aplicación de los recursos públicos, en atención a las directrices específicas del SUS y a los objetivos fundamentales de la República, por el control político y social sobre el presupuesto y la eficiencia de las políticas públicas, según criterios de racionalidad y proporcionalidad, en el doble sentido de la prohibición del exceso y de la insuficiencia; y, por otra parte, es contrastada con la garantía fundamental de protección del mínimo existencial, en el sentido de salvaguarda de las condiciones materiales mínimas a la vida con dignidad y cierta calidad, que permita el desarrollo personal y el disfrute de los demás derechos fundamentales, sociales o no.

En este sentido, el Poder Judicial ha sido llamado cada vez más para arbitrar la solución de los innumerables conflictos concretos sobre el derecho a la salud y, no ha podido responder con el *non liquet*, amplió sus hipótesis de intervención directa al control, inclusive sobre las políticas públicas, pudiéndose, incluso hablar, en hipótesis más extremas, de una hipertrofia jurisdiccional en este campo, lo que hoy ha sido substituido por la búsqueda de criterios prácticos y objetivos para la comparación de las pretensiones formuladas, en un claro rescate del sentido de la noción de *jurisprudencia*, con destaque en el diálogo interdisciplinario (principios de la Bioética, “medicina de evidencias”, criterios para el uso racional de medicamentos).

4.1. Las diferentes posiciones jurídico-subjetivas derivadas del derecho fundamental a la salud y el problema de su realización ante la así denominada “reserva de lo posible”

Como ya se ha referido, el derecho a la (protección y promoción de la) salud engloba una gama de posiciones jurídico-subjetivas de diversa naturaleza (derechos de defensa, derechos a la protección, derechos a la organización y procedimiento, derechos a las prestaciones materiales, cuyas peculiaridades repercuten sobre la efectividad que se les puede reconocer. En este contexto, vale recordar la distinción entre derechos originarios y derechos derivados a las prestaciones, centrada en la posibilidad de exigibilidad del objeto asegurado por la norma del derecho fundamental a partir de la aplicación directa de la norma constitucional (derechos originarios), o mediada por la legislación ordinaria y/o por un sistema de políticas públicas ya implementado,

como derecho de (igual) acceso a las prestaciones ya disponibles, quiere decir, a prestaciones cuyo proveedor ya está previsto en la esfera infraconstitucional (derechos derivados)⁶⁶. En el caso del derecho a la salud, está presente el cuadro predominante en la doctrina y en la jurisprudencia patrias, no se constata mayores problemas en cuanto al reconocimiento de su eficacia y efectividad como derecho de defensa, al cohibir interferencias indebidas en la salud de las personas, individual y colectivamente consideradas, y, paralelamente, en el ámbito de la dimensión protectora, sea por la imposición de un deber general de respeto a la salud personal y pública, por parte del Estado y de los particulares, como pauta de conducta (estándar) a ser observada, sea por la imposición de un deber de mínima aplicación razonable de los recursos presupuestarios, como está prescrito en el texto constitucional. Ya la efectucción de la dimensión prestacional *lato sensu* del derecho a la salud, en lo que respecta a la garantía de la organización de las instituciones y procedimientos, parece dependiente de los actos normativos conformadores, y, por tanto, primordialmente ocurre de modo derivado, remitiendo la discusión en torno a los instrumentos de control de las omisiones inconstitucionales, en términos de inexistencia o de manifiesta insuficiencia de las medidas de concretización del derecho a la salud, con destaque del papel del Supremo Tribunal Federal en esta materia (acción directa de inconstitucionalidad por omisión y mandato de no forzar). En función de ello, se torna mucho más difícil hablar de un típico derecho subjetivo originario a las prestaciones de cuño normativo, con la excepción, tal vez, apenas de los deberes de organización procedimiento necesarios a la operacionalización del propio SUS, una vez protegido como garantía institucional fundamental, que se impone como imperativos de tutela al Estado.

Es ciertamente en la condición del derecho a las prestaciones materiales, por tanto, que el derecho a la salud suscita las mayores controversias. Retomando lo ya expuesto, hay un problema en la definición más precisa del contenido de las prestaciones, siendo insuficientes las referencias constitucionales a las nociones de cura, prevención o promoción (Art. 196), así como a un imperativo genérico de “integralidad” (Art. 198, II). Las dificultades que de

66 Para mayor profundización, cf. SARLET, I. W., *La Eficacia de los Derechos Fundamentales*, pp. 318 y ss. Específicamente en cuanto al derecho a la salud, cf. FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, pp. 87 y ss.

ello resultan se evidencian en la práctica, principalmente en los casos-límite relacionados al derecho a la salud, de tal suerte que la solución judicial de esas cuestiones, así sean alcanzadas, no deja de presentar un cuestionable efecto y hasta perverso, en el sentido de asegurar el derecho apenas a aquellos que posean los medios de acceso al Poder Judicial⁶⁷, hecho que, a su vez, revela la relevancia de la concretización de la dimensión organizativa y de procedimientos de los derechos fundamentales⁶⁸ y, de manera especial, del derecho a la salud. En función de ello, ya hay autores⁶⁹ sustentando una prevalencia necesaria de las acciones de carácter colectivo, muchas veces bajo la acepción de “políticas públicas”, en detrimento de los procesos judiciales

67 Resaltando el carácter no igualitario de las decisiones judiciales que conceden derechos sociales, cf. LOPES, J. R. de L. En torno de la “reserva de lo posible”. En SARLET, I. W.; TIMM, L. B., *op. cit.*, p. 173-193 (especialmente pp. 186 y ss). En la misma obra colectiva, comparar: LUPION, R. “El derecho fundamental a la salud y el principio de la impersonalidad”, pp. 352-353; y, abordando el tema a partir del prisma “micro-justicia x macro-justicia”, para sobresaltar que ésta no existe sin aquella, BARCELLOS, A. P. de. “Constitucionalización de las políticas públicas en materia de derechos fundamentales: el control político-social y el control jurídico en el espacio democrático”, pp. 111-147, más especialmente p. 139. Comparar, también, SARLET, I. W. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pp. 374-375, con algunas ponderaciones sobre la cuestión del acceso a la justicia.

68 Sobre el tema, cf. FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, p. 91, con remisión a Canotilho.

69 A título ilustrativo, compárese algunos de los ensayos publicados en SARLET, I. W.; TIMM, L. B., *op. cit.*, sobretodo: TIMM, L. B.. “¿Cuál es la más eficiente manera de proveer derechos fundamentales: una perspectiva de derecho y economía?”, pp. 55-68; SCAFF, F. F. “Sentencias aditivas, derechos sociales y reserva de lo posible”, pp. 149-172 (el autor contrapone la efectucción individual del derecho a la salud a las políticas públicas); LOPES, J. R. de L. “En torno de la reserva de lo posible”, pp. 173-193 (en especial pp. 191 y ss., en que el autor contrasta la efectucción individual del derecho a la salud con el principio de la igualdad); e LIMA, R. S. de F. “Derecho a la salud y criterios de aplicación”, *op. cit.*, pp. 265-283 (ver pp. 275-279, defendiendo la insuficiencia del modelo teórico del derecho subjetivo para la efectucción del derecho a la salud como “relación de justicia social”). En sentido similar, y conforme a lo ya referido anteriormente: BARROSO, L. R. “De la falta de efectividad a la judicialización excesiva: derecho a la salud, suministro gratuito de medicamentos y parámetros para la actuación judicial”, *op. cit.*, pp. 31-61. También: SOUZA NETO, C. P. de., *op. cit.*, pp. 515-551; SARMENTO, D., p. 553-586; BARCELLOS, A. P. de. “El Derecho a las Prestaciones en Salud: Complejidades, Mínimo Existencial y el Valor de los Abordajes Colectivo y Abstracto”, *op. cit.*, pp. 803-826; y HENRIQUES, F. V. *op. cit.*, pp. 827-858. En el mismo sentido, pero a partir del análisis de datos estadísticos recogidos de la realidad de pacientes de la ciudad de Sao Paulo, consultar SILVA, V. A.; TERRAZAS, F. V. “Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded”, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1133620>, consulta el 19-06-2008.

de cuño individual, con el argumento de que estos últimos no consistirían del medio adecuado a la postulación de prestaciones materiales relacionadas al derecho a la salud, pues inviabilizan decisiones de “macro-justicia”. Con todo el respeto a la fundamentación en que se basa tal posicionamiento, no se puede dejar de recordar que el derecho a la salud es ante todo (y también), un derecho de cada persona, en vista que está íntimamente ligado a la protección de la vida, de la integridad física y corporal y de la propia dignidad inherente a cada ser humano considerado como tal. Eso significa que, a pesar de la dimensión colectiva y difusa de que se pueda revestir, el derecho a la salud, inclusive cuando es exigido como derecho a prestaciones materiales, jamás podrá dejar de considerar la tutela personal e individual que le es inherente e inapartable. Por otro lado, tales concepciones dejan de ponderar que el acceso a la jurisdicción, allí comprendida como jurisdicción eficiente y plena, es también asegurado como garantía constitucional fundamental (Art. 5º, XXXV), motivo por lo cual no se puede concordar con la tesis que refuta, en términos absolutos, la judicialización de las demandas por prestaciones materiales de carácter individual en el ámbito de la concreción del derecho a la salud⁷⁰. Una vez más, se refuerza la necesidad de investigación y análisis más profundo de las dimensiones organizativas y de procedimientos del derecho a la salud, en la búsqueda de mejores soluciones para las dificultades de operacionalización práctica de ese derecho, sobre todo como derecho a prestaciones materiales.

Por otra parte, se tiene el problema de la limitación de los recursos públicos (y privados) para asegurar el derecho fundamental a la salud, que envuelve la cuestión de la llamada “reserva de lo posible”⁷¹ y el debate sobre las decisiones acerca del destino de los recursos públicos. Cabe destacar que el argumento de reserva de lo posible se desdobra por lo menos en dos aspectos: primero, de contornos eminentemente fácticos, y otro, de cuño prevalente-

70 Enfocando la problemática del derecho subjetivo, cf. MELLO, C. A. “Los derechos fundamentales sociales y el concepto del derecho subjetivo”. En: MELLO, C. A. (coord.) *Los Desafíos de los Derechos Sociales*. Porto Alegre: Librería del Abogado, pp. 105-138. En la misma obra colectiva, consultar también: BARZOTTO, L. F. “Los derechos humanos como derechos subjetivos: de la dogmática jurídica a la ética”, pp. 47-88, presentando propuesta aún más restrictiva y adversa, en términos generales, a la titularidad individual.

71 Sobre la reserva de lo posible y el derecho a la salud, cf. SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, pp. 11-53; y FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, pp. 131-177.

mente jurídico. El aspecto fáctico presenta carácter económico y se reporta la noción de limitación de los recursos disponibles, reflejando la indagación sobre la existencia, la disponibilidad y el destino de los recursos públicos, no sólo en un sentido financiero-presupuestario, si no de los propios recursos de salud. No se trata, por tanto, solo de las restricciones presupuestales, sino del cuestionamiento acerca de la limitación de los recursos sanitarios, restrictos a la existencia y a la disponibilidad, v. gr., de profesionales especializados, de camas en Centros y Unidades de Tratamiento Intensivo (CTI's/UTI's), de su infraestructura en equipos para tratamientos y exámenes, así como, en el límite, de la efectiva ausencia de reservas financieras⁷².

El aspecto jurídico ya habla respecto a la capacidad (o al poder) de disposición sobre tales recursos y sobrepasa la interpretación de las normas constitucionales de reparto de competencias, presuponiendo la ponderación entre varios principios constitucionales de igual jerarquía axiológica. De modo sucinto, se confrontan los argumentos de la inviabilidad de proceder al control judicial de las políticas públicas, en especial en lo que concierne a la decisión sobre la ubicación de los recursos públicos (con especial énfasis para el principio constitucional de la separación de los Poderes, previsto en el Art. 2°), y la garantía fundamental de no alejamiento de la jurisdicción (Art. 5°, XXXV), que impide al magistrado de responder con el *non liquet* y, por lo menos en lo que toca a la garantía del mínimo existencial, viene respaldando reiteradamente decisiones judiciales de garantía de tutela originaria del derecho la salud. En lo que cabe al principio federativo (Arts. 1° y 18), la reserva de lo posible se relaciona esencialmente a las nociones de descentralización, regionalización y jerarquización de las acciones y de los servicios de salud (Art. 198), que se densifican por la distribución constitucional de competencias legislativas y ejecutivas (Art. 11 y sigs.) y enfatizan, al final, la preferencia por soluciones consensuadas con los principios de la subsidiariedad, de la eficiencia y de la proporcionalidad, ante las características del caso concreto y teniendo por objetivo, al final, atribuir la responsabilidad al ente que detenta las mejores condiciones de realizar el derecho a la salud.

72 Resaltando el problema de la escasez de los recursos de salud, cf. AMARAL, G.; MELO, D. “¿Hay derechos por encima de los presupuestos?” En: SARLET, I. W.; TIMM, L. B., *op. cit.*, pp. 98.

Dentro de este cuadro, cabe referir que se nota una fuerte tendencia jurisprudencial y doctrinaria en el sentido de reconocimiento de posiciones subjetivas, inclusive originarias, derivadas del derecho a la salud en la condición de derecho a prestaciones materiales, sea en las hipótesis de inminente riesgo para la vida humana —como, también, ampliamente reconocido en el derecho extranjero⁷³—, sea en aquellas en que la prestación pueda ser reconducida a la noción de mínimo existencial⁷⁴, esto es, la garantía de condiciones mínimas a la vida con dignidad y cierta calidad. En este sentido, cabe mencionar el significado precedente firmado por el Supremo Tribunal Federal en el juzgamiento del RE-AgR N° 271.286/RS (DJ del 24-11-2000, a partir del cual, decisiones aisladas anteriores protegidas, la jurisprudencia no solo de los Tribunales Superiores, sino también en las instancias ordinarias, vienen buscando la oportunidad y la posibilidad del reconocimiento de posiciones subjetivas originarias a las más diversas prestaciones materiales, con el objetivo de efectuación del derecho a la salud. En cuanto a la relación entre el derecho a la salud y la garantía del mínimo existencial, no se puede dejar de destacar el precedente establecido por el mismo Pretorio Excelso en el juzgamiento de la ADPF-MC N° 45 (DJ 04-05-2004), que, a pesar de la extinción de la acción por sobreseimiento, aseveró que la efectuación del derecho a la salud se liga a la garantía de protección al mínimo existencial, debiéndose interpretar “con reservas” la alegación, por parte del Estado, de violación a la reserva de lo posible.

73 Se citan, a manera de ejemplo: en el derecho colombiano: ARANGO, R.; LAMAÏTRE, J. (dir.). *Jurisprudencia constitucional sobre el mínimo vital*. Caracas: Ediciones Uniandes, 2002; en derecho argentino: ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002; en el derecho francés: MATHIEU, B. “La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. A propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne N° 185 du 20 mai 1998 ». En : Cahiers du Conseil Constitutionnel, n. 6, 1998. Disponible en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc6/mathieu.htm>, consulta el 18-04-2005 ; en el derecho portugués: CANOTILHO, J. J. G. *Derecho Constitucional y Teoría de la Constitución*. 7ª. Ed. (reimp.) Coimbra: Almedina, 2003; y NOVAIS, J. R. *Los Principios Constitucionales Estructurantes de la República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

74 Sobre el derecho al mínimo existencia, ver, por último y por todos, TORRES, R. L., *El Derecho al Mínimo Existencial*, Río de Janeiro: Renovar, 2008.

4.2. El principio de la igualdad y la interpretación de los conceptos de gratuidad, universalidad y atención integral en la concreción del derecho fundamental a la salud

La garantía de “acceso universal e igualitario” (CF, Art. 196) las acciones y los servicios de salud se concilian, principalmente en el contexto de países con marcada desigualdad social como el Brasil, con la exigencia del cotejo entre la necesidad de la postulada prestación y las posibilidades reales del interesado y de la sociedad en ofrecerla, lo que justifica el cuestionamiento de la equiparación entre las nociones de universalidad y gratuidad de atención y tratamiento⁷⁵. En términos de derechos sociales (y, en este caso, existenciales) básicos, se puede sustentar que la efectiva necesidad habrá de consistir en un parámetro a ser sopesado en la evaluación de la discutida gratuidad de atención y tratamiento en el ámbito del SUS, incidiendo en esa ponderación, entre otros, los principios de solidaridad, de subsidiariedad y de proporcionalidad. Parece razonable afirmar, en verdad, que el acceso universal e igualitario a las acciones y a los servicios de salud debe ser conectado con una perspectiva substancial del principio de isonomía (que impone el tratamiento desigual entre los desiguales y no significa derecho a idénticas prestaciones para todas las personas irrestrictamente⁷⁶) asimilada a la noción más corriente de equidad⁷⁷ (en el acceso y en la distribución de los recursos de salud), así

75 En este sentido, cf. SARLET, I. W.; *La eficacia de los derechos fundamentales*, pp. 346 y ss.; FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, pp. 170 y ss.; y también, SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M., *op. cit.*, pp. 44-45.

76 Cf. NOVAIS, J. R., *op. cit.*, pp. 109.

77 En el ámbito del derecho sanitario, el principio de igualdad es normalmente comprendido en el sentido de isonomía formal dejándose para el principio de la equidad aquello que, en Teoría del Derecho, correspondería a la noción de igualdad en sentido material o substancial. En este sentido, y a título meramente ejemplificativo, el texto preparado por el Ministerio de Salud esclarece: “[el] principio de la equidad reconoce que los individuos son diferentes entre sí y, por tanto, merecen tratamiento diferenciado, de modo a eliminar/reducir las desigualdades existentes” (cf. BRASIL. Ministerio de Salud. Secretaría de Ciencia, Tecnología e Insumos Estratégicos. Departamento de Economía de la Salud. Sistema de Informaciones sobre Presupuestos Públicos en Salud – SIOPS. “La Ubicación Equitativa Inter-regional de Recursos Públicos Federales del SUS: El ingreso Propio del Municipio como Variable Moderador”. Informe de Consultoría –Proyecto 1.04.21. Brasilia, 20 de septiembre de 2004. En: http://siops.datasus.gov.br/Documentacao/Aloc_Equitativa_SIOPS.pdf, acceso el 24-05-2008, p. 09).

como el principio de la proporcionalidad (de modo de permitir la ponderación concreta de los intereses en juego).

En síntesis, tales circunstancias revelan que el tema de la gratuidad del acceso y de la asistencia a la salud —que no es necesariamente la regla en el derecho comparado— deben ser investigados mejor, sobre todo para efecto de una distribución más equitativa de las responsabilidades y encargos, sea por la maximización del acceso en términos de número de personas alcanzadas por el sistema público de salud, sea por la mejor distribución de los propios recursos de salud, con el consecuente incremento en la calidad de asistencia prestada, lo que reconduce a los objetivos fundamentales de la República, previstos por el artículo 3° del texto constitucional. Al contrario de lo que defiende parte de la doctrina⁷⁸, a la universalidad de los servicios de salud no trae, como corolario inexorable, la gratuidad de las prestaciones materiales para toda y cualquier persona, así como la integralidad de la atención no significa que cualquier pretensión tenga que ser satisfecha en términos ideales. La concepción de la igualdad substancial (inclusive en lo que se refiere con la observancia de las diferencias) puede llevar a restricción de la gratuidad (por lo menos para comprenderla como una gratuidad tendencial, como pasó a establecer la Constitución Portuguesa luego de una revisión en cuanto a este punto⁷⁹) del acceso y de las prestaciones ofrecidas en el ámbito del SUS, como ya se ha verificado en algunas políticas públicas⁸⁰, así como

78 Con más profunda fundamentación, compárese la posición defendida por WEICHERT, M. A. *Salud y Federación en la Constitución Brasileira*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2004, especialmente pp. 158-162, sobre los principios de la universalidad e igualdad; pp. 169-171, en cuanto a la atención integral.

79 El artículo 64° del texto constitucional portugués, que preveía inicialmente el acceso universal, igualitario y gratuito a los servicios de salud, pasó a establecer que “[el] derecho a la protección de la salud es realizado: a) A través de un servicio nacional de salud universal y general y, teniendo en cuenta las condiciones económicas y sociales de los ciudadanos, tendencialmente gratuito. [...]”. Esa alteración ya fue anticipada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lusitano, que, en el Acuerdo N° 330/89 —por lo tanto, antes, de la alteración formal de la Constitución— admitía la fijación de “tasas moderadoras” para el acceso a los cuidados públicos de la salud.

80 Con carácter ilustrativo, se refiere que la legislación estadual gaucha ya prevé la necesidad de previa comprobación de la carencia de recursos económicos por parte del ciudadano-requeriente, como presupuesto a la prestación estatal de medicamentos excepcionales, en los términos de la Ley N° 9.908, del 16-06.1993. En el ámbito nacional del Sistema Único de Salud, el artículo 43 de la Ley N° 8.080/90 preserva la gratuidad sólo en lo que se refiere a acciones y servicios públicos ya con-

lo sustentado en la doctrina y jurisprudencia⁸¹.

En cuanto a la integralidad de la atención, más allá de otras cuestiones tratadas, importa recordar la existencia de límites de orden técnico y científico en la aprobación de ciertas prestaciones materiales, calcados de criterios de seguridad y eficiencia del tratamiento dispensado que, en sentido más amplio, se reportan también en las nociones de economicidad⁸². En este contexto, algunas directrices se pueden sugerir: a) dado el carácter eminentemente técnico y público que presentan, se debe reconocer una presunción a favor de la adecuación de las directrices terapéuticas y de los protocolos clínicos establecidos por las autoridades sanitarias competentes, lo que incluye los medicamentos y tratamientos previstos en las listas oficiales de abastecimiento por el SUS, pero no excluye, a su vez, el deber de permanente actualización de esos mismos instrumentos normativos, de forma de acompañar los avances de la ciencia; b) en consecuencia de la aplicación conjunta de los principios de precaución, de prevención y de la eficiencia, aliados al principio de la dignidad de la persona humana, inclusive en el sentido de protección del individuo contra sí mismo, se puede sustentar una presunción de prohibición a los tratamientos y medicamentos experimentales (lo que incluye las hipótesis de inexistencia de registro junto a la ANVISA, así como de registro con otra finalidad de aquella pretendida por el interesado⁸³), cos-

tratados, al indicar que la gratuidad no es una regla general del SUS (Art. 43: “La gratuidad de las acciones y servicios de salud queda preservada en los servicios públicos contratados, exceptuándose las cláusulas de los contratos o convenios establecidos con las entidades privadas”).

81 Cf., entre otros, SARLET, I. W. *La eficacia de los Derechos Fundamentales*, especialmente pp. 346 y ss; AZEM, G. B. N. “Derecho a la Salud y Comprobación de la Hiposuficiencia”. En: ASSIS, A. de (coord.). *Aspectos Polémicos y Actuales de los Límites de la Jurisdicción y del Derecho a la Salud*, pp. 13-25; y FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, pp. 170 y ss.

82 Defendiendo tesis semejante, cf. HENRIQUES, F. V., *op. cit.*, especialmente pp. 834 y ss.

83 Trayendo diversos datos sobre el proceso de investigación y registro de medicamentos junto al *Food and Drug Administration (FDA)*, con un abordaje crítico al respecto de diferentes estrategias de investigación y mercadeo utilizadas por los laboratorios farmacéuticos, cf. ANGELL, M. *La Verdad sobre los Laboratorios Farmacéuticos*. Traducción de Waldéa Barcellos. Río de Janeiro: Record, 2007. Entre las diversas informaciones que merecerían destaque y reflexión, vale citar la siguiente referencia: “[el] periódico *USA Today* examinó los registros de reuniones de la FDA relativas al 2000 y descubrió que ‘en 92% de las reuniones, por lo menos un miembro tenía conflicto de interés financiero’ y ‘en el 55% de las reuniones, la mitad o más de los consejeros de la FDA tenía conflicto de intereses” (p. 224), hecho que indica, en el contexto brasileiro, por lo menos la necesidad de mayor cautela

teados por el SUS, lo que no impide, por tanto, la participación de los interesados en el desarrollo de investigaciones, de conformidad a las normas éticas, bajo el control tanto de los órganos competentes como mediante la responsabilidad de las entidades interesadas en los resultados a ser obtenidos⁸⁴; c) el establecimiento de una preferencia por el uso de la Denominación Común Brasileira (DCB) o, cuando ello no fuera posible, por la Denominación Común Internacional (DCI)⁸⁵, más allá de la evidente prevalencia por el uso de los “medicamentos genéricos” en las imposiciones de tratamientos en el ámbito del SUS, o de alguna forma costeados con recursos públicos. En suma, no se puede estirar de modo desproporcional los riesgos impuestos al Estado y a la sociedad sin ninguna limitación, principalmente en homenaje a los principios de prevención y de precaución y a los imperativos de tutela derivados de la protección a la salud, individual y colectiva.

Por otra parte, merece destacar la duda, cada vez más frecuente en la doctrina, acerca de la real efectividad de las decisiones judiciales que aseguren prestaciones materiales relacionadas al derecho a la salud, preguntándose hasta qué punto son éstas aptas a la realización de la “justicia distributiva”, más aún cuando se cuida de demandas individuales⁸⁶. Uno de los argumentos centrales de la tesis –no sin respaldo en datos concretos– subraya el hecho

en la aprobación de órdenes judiciales de uso de medicamentos no aprobados por las autoridades sanitarias brasileras bajo el argumento de que, ya contando con el aval de la FDA norteamericana, ese requisito quedaría suplido.

84 Algunas situaciones son comunes a la jurisprudencia extranjera. En el derecho colombiano, la Corte Constitucional convalidó la negativa de suministro de tratamiento cuya eficiencia no estaba comprobada por las instancias administrativas competentes (T-076, de 1999), conforme ARANGO, R., “El derecho a la salud en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana”, *op. cit.*, pp. 734. En el derecho argentino, la Corte Superior de Justicia de la Nación, en decisión de 1987, ya entendía que “es razonable afirmar que es condición inexcusable del ejercicio legítimo de ese derecho [el derecho a la salud], que el tratamiento reclamado tenga eficiencia para el fin que lo motiva”, prohibiendo la sumisión del hijo de la autora de la acción a una experiencia farmacológica: comparar: CAYUSO, S. G., *op. cit.*, pp. 43.

85 Cf. Artículo 3° de la Ley N° 6.360/75, en la redacción de la Ley N° 9.787/99.

86 Destacando el carácter no-igualitario de las decisiones judiciales que conceden derechos sociales, cf. LOPES, J. R. de L. “En torno de la ‘reserva de lo posible’”. En SARLET, I. W.; TIMM, L. B., *op. cit.*, pp. 173-193 (especialmente pp. 186 y ss.). También en la misma obra colectiva, y conforme lo ya citado, comparar: LUPION, R., pp. 352-353; y, abordando el tema a partir del prisma “micro-justicia x macro-justicia” para destacar que esta no existe sin aquella, BARCELLOS, A. P. de, pp. 111-147 (más especialmente p. 139). También: SARMENTO, D., *op. cit.*, pp. 553-586.

de que las decisiones judiciales tutelan solamente a quienes tienen acceso a la justicia, y que esta es una minoría de la población, y una minoría que no refleja exactamente el concepto de “necesitado”⁸⁷. Si el derecho a la salud es un derecho social, y si los derechos sociales tienen por objetivo la reducción de las desigualdades fácticas, de forma de promover la emancipación de las personas menos favorecidas de la población —en el Brasil el número de personas que (sobre)viven en condiciones de pobreza o hasta de miseria absoluta es enorme—, la prestación sanitaria asegurada judicialmente, sobre todo por medio de acciones individuales, no siempre se muestra en sintonía con el principio constitucional de la igualdad substancial, ni parece atender a los objetivos fundamentales de la República, presentados en el artículo 3° de la CF. Por otro lado, ya se observó que, aunque se pueda apostar a una preferencia por las tutelas preventivas (v. gr., control previo del presupuesto⁸⁸) y acciones colectivas, no se puede dejar de considerar la necesaria observancia de la dimensión individual del derecho a la salud. Impedir el acceso a la justicia a quien fue excluido, por el Estado, de las prestaciones de salud ciertamente tampoco es la mejor forma de realizar las exigencias de la igualdad substancial⁸⁹. Es cierto que la discusión aún permanece abierta, más se debe llamar ya la atención al drama personal de aquellos cuyo mínimo existencial

87 SILVA, V. A.; TERRAZAS, F. V., *op. cit.* En la Investigación de campo desarrollada, los autores encontraron “coincidencias” relativas al enjuiciamiento de demandas por un tipo específico de medicamento, también para el tratamiento de una misma enfermedad, todas ellas patrocinadas por una misma organización no-gubernamental. Llamando la atención en esta materia sobre el papel de los laboratorios farmacéuticos, inclusive mediante patrocinio de grupos de defensa de pacientes, cf. ANGELL, M., *op. cit.*, pp. 167-168. Analizando la cuestión a partir de una investigación sobre las acciones judiciales propuestas para obtención de medicamentos en el estado de Sao Paulo, v., por último, SILVA, V. A. de. “El Poder Judicial y las políticas públicas: entre Transformación Social y Obstáculo a la Realización de los Derechos Sociales”, en: SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. (coord.), *op. cit.*, pp. 587 y ss.

88 Entre muchos otros textos que podrían ser sugeridos, compárese el reciente artículo de Eduardo Mendonça intitulado “De la Facultad de Gastar al Deber de Actuar: el Vacío Contramayoritario de Políticas Públicas”, en que sustenta la posibilidad, mayor o más restricta, de vinculación del Ejecutivo a las ubicaciones definidas en el presupuesto público. En: SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. (coord.), *op. cit.*, pp. 231-278.

89 Haciendo el contrapunto a la crítica de la desigualdad de acceso a la justicia, que predominantemente beneficiaría a la clase media, Claudio Pereira de Souza Neto propugna como solución “aumentar el acceso a la justicia del pobre”; cf., *op. cit.*, pp. 533-534.

está mucho más lejos de ser implementado, entre otros, por la absoluta insuficiencia de medios de acceso a la justicia, a veces “distribuida” a verdaderos free riders. Todo esto destaca, asimismo, la relevancia de la ya mencionada dimensión organizativa y de procedimientos del derecho a la salud y del propio SUS, así como la necesidad de repensar los mecanismos de tutela, invirtiendo en la consideración, por parte de los operadores del Derecho, de las consecuencias de las decisiones y apostando en aquello que se viene llamando “Diálogos institucionales”⁹⁰.

5. La concretización (eficacia social) del derecho a la salud: algunos datos para discusión y algunas tendencias

Aunque no se pueda conmemorar el pleno éxito de las políticas y acciones de concreción del derecho a la salud en estos 20 años transcurridos desde la promulgación de la Constitución de 1988, es cierto que hoy la realidad encontrada se muestra bastante más promisoría y “garantista” cuando se le compara al cuadro pre-constitucional. Esto puede ser estimado a partir de diversos prismas, no exclusivamente vinculados a la dimensión de la justiciabilidad.

Hasta la creación del Sistema Único de Salud (SUS), el acceso a la asistencia médico-hospitalaria era limitada a los trabajadores con vínculo formal, los asegurados en la Previsión Social, en cuanto a la competencia para la implementación de acciones y servicios de salud estaba dividida: al Ministerio de Salud correspondían las “acciones de alcance colectivo”, con carácter sanitario y preventivo, asociadas a la idea de salud pública; mientras tanto las “acciones individuales”, de objetivo curativo, quedaban a cargo del Ministerio de la Previsión y Asistencia Social⁹¹, que las realizaba por medio del Instituto Nacional de Asistencia Médica de la Previsión Social (INAMPS). Aunque

90 *Ídem*, p. 529 y 546. En el mismo sentido, véase, entre otros, BINENBOJM, G.; CYRINO, A. R. “El derecho a la vivienda y el embargamiento del bien único del fiador en contratos de alquiler: límites a la revisión judicial de diagnósticos y pronósticos legislativos”, en: SOUZA NETO, C. P. de; SARMIENTO, D. (coord.), *op. cit.*, pp. 997 y ss., versando también sobre las ventajas de la inserción de elementos de análisis económico del derecho en la apreciación por el Poder Judicial de demandas que involucran la intervención en la esfera del pronóstico legislativo.

91 Cf. BRASIL. Ministerio de Salud. Consejo Nacional de Salud. *El Desarrollo del Sistema Único de Salud: avances, desafíos y reafirmación de sus principios y directrices*, *op. cit.* pp. 13.

promulgado ya el texto constitucional, ese modelo de salud persistió aún de cierto modo vigente, como una especie de “fantasma”, por lo menos hasta mediados de 1993, cuando el INAMPS fue finalmente extinto por la Ley N° 8.689, del 27 de julio de aquel año. Nótese que, en esa época la legislación infraconstitucional reguladora del SUS ya había sido editada, con las Leyes N°s 8.080 y 8.142, ambas de 1990. Como observa Renilson de Souza, “[a] preservarse el INAMPS, se preservó también su lógica de financiamiento y de ubicación de recursos financieros”⁹², así como un *modus operandi* junto a directrices diversas de aquellas explicitadas por el texto constitucional, lo que apareció, en este primer momento, en una concentración de la responsabilidad por la ejecución de los servicios de salud en el Ministerio de Salud (léase: Unión), casi sin participación de los entes subnacionales.

En términos judiciales, se puede trazar un paralelo y verificar que esos primeros años correspondieron a una posición de mayor timidez por parte de la jurisprudencia, que de cierta forma también se enganchaba al paradigma constitucional anterior, con menor efectividad de los derechos fundamentales, muchas veces interpretados “a partir” de la legislación, y no a la inversa. En ese período inicial, y pese a la explicitación constitucional de la aplicabilidad inmediata de las normas de derechos y garantías fundamentales (Art. 5°, § 1°), preveía una interpretación aún restrictiva, que por atribuir carácter meramente programático a las normas de derechos fundamentales, y, de modo especial, a los derechos sociales (como el derecho a la salud), sea por colocar en duda la fundamentalidad de estos últimos, o por lo menos refutar las consecuencias jurídicas derivadas de la afirmación más amplia de la tutela jusfundamental protectora.

En verdad, la jurisprudencia todavía interpretaba el derecho a la salud con “ojos” de un pasado reciente, en que la salud no constaba en el elenco de los derechos fundamentales explícitos, sin fijarse en las posibilidades del nuevo régimen constitucional instaurado y, al mismo tiempo, limitada por la ausencia de implementación del propio SUS, carente de normas que diesen cumplimiento a las directrices constitucionales de descentralización, regio-

92 SOUZA, R. R. de. *El Sistema Público de Salud Brasileiro*. Seminario Internacional: Tendencias y Desafíos de los Sistemas de Salud en las Américas. Sao Paolo, Brasil, 11 a 14 de agosto de 2002. Disponible en: http://bvsm.sau.de.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_saude.pdf, acceso el 25-05-2008, p. 14-15.

nalización, integralidad, control social y universalidad, pues la asistencia de la salud se concentraba en los servicios prestados por el INAMPS. En este contexto, la falta de una definición más precisa y pormenorizada acerca de la responsabilidad en la ejecución de las diferentes acciones comprendidas en la asistencia a la salud, esto es, a quién cabría la realización de cuáles acciones y la prestación de cuáles servicios en el ámbito del SUS, guarda cierta relación con la frágil afirmación jurisprudencial del derecho a la salud, principalmente en la dimensión del derecho a prestaciones materiales directamente exigible, con fundamento exclusivo en el texto constitucional.

Tal situación comenzaría a ser alterada en 1993, con la elaboración de la Norma Operacional Básica (NOB) N° 01/93 por parte de los representantes de las tres esferas federales, donde se establecieron las primeras normas con miras a la descentralización de las acciones y de los servicios de salud. Se debe registrar, también, que la descentralización del SUS ocurriría de forma realmente efectiva solamente con la llegada/superveniencia de la NOB N° 01/96⁹³, por la cual se definió la responsabilidad de los Municipios en la atención a la salud, organizada en regionalizada y jerarquizada red, según grados diferentes de complejidad de la atención ofrecida –donde la conveniencia en el establecimiento de asociaciones intermunicipales– además de haberse estipulado las formas por las cuales esa responsabilidad sería asumida, o por la gestión plena de la atención básica⁹⁴, o por la gestión plena del sistema municipal, más abarable que el anterior.

Además de ello, se instituyó el Piso Asistencial Básico (PAB) y, por medio de él, se alteró la forma de repase de los recursos federales, que se

93 Aunque ya la NOB N° 01793 buscara incentivar la descentralización de la asistencia a la salud, el gran cambio de paradigma, en términos realmente concretos y contrastables, resultó de la implementación de la NOB N° 01/96, cuando hubo un “significativo incremento de los países del Ministerio de Salud para la esfera municipal, que salta[r]on de R\$ 3,9 billones en 1996 a R\$ 14,4 billones en el 2001”, como explican RIBEIRO, J. A.; PIOLA, S. F.; SERVO, L. M. “Financiamiento y gasto de las políticas sociales: el caso del Ministerio de Salud, 1995 a 2005”. En: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/financ_gasto_polit_sociais.pdf, acceso el 24-05-2008, p. 299.

94 Cf. PIRES, M. C. de C.; OLIVEIRA NETO, J. C. da C., *op. cit.*, pp. 08-09. Los autores todavía refieren que la atención básica fue definida por la Portería GM N° 3.925, del 13-11-1998, del Ministerio de Salud, como el “conjunto de acciones de carácter individual o colectivo, situado en los primeros niveles de atención de los sistemas de salud, dirigido hacia la promoción de la salud, prevención de agravios, tratamiento y rehabilitación”. *Ídem*, p. 09.

tornaron automáticos (“fondo-a-fondo”), pasando del Fondo Nacional de Salud para ingresar directamente a los Fondos Municipales de Salud, en un valor mínimo de R\$ 10,00 per capita, aplicados en salud⁹⁵. La rigidez en cuanto al valor del piso y al conjunto de procedimientos alcanzados determinaría el perfeccionamiento de ese sistema poco tiempo después, cuando el PAB pasó a designar el Piso de Atención Básica, siendo compuesto por una parte fija (PAB-variable), por medio del cual se volvieron posibles modulaciones, conformando los recursos a las necesidades locales, así como la inversión en programas prioritarios bajo el punto de vista nacional –v. gr., Programa de Salud de la Familia, parte de la Asistencia Farmacéutica y del Programa de Control de las Carencias Nutritivas. La descentralización instaurada con la NOB N° 01/96 y la fijación del PAB trajeron cambios importantes, entre los cuales: a) el repase directo de los recursos de la Unión a los Municipios, que cubrían solamente 144 localidades en 1996, pasó a comprender 5.539 Municipios en 2002; b) los Consejos Municipales de Salud se organizaron en casi la totalidad de los Municipios, aunque funcionasen apenas formalmente en algunos de ellos; c) mejoraron el control y la gerencia sobre el presupuesto municipal y, por consecuencia, sobre los servicios de salud prestados, ya que los presupuestos comenzaron a ser repasados de modo anticipado y automático; d) las remesas “fondo-a-fondo” y los mecanismos de control firmados en la Comisión Intergestores Tripartitos (CIT) posibilitaron combatir el clientelismo y las desigualdades regionales, hasta entonces establecidas, muchas veces, por el favoritismo político; e) finalmente, la descentralización y la transparencia en cuanto a los repases de los recursos públicos acabaron por actuar a favor de la aprobación de la Enmienda Constitucional N° 29/2000, por la cual fue definida la co-responsabilidad del Estado y Municipios por el financiamiento de la salud⁹⁶. Como destaca Barjas Negri, la adhesión al sistema de la NOB N° 01/96 fue bastante significativa: de los 1.343 Municipios habilitados al PAB en 1998, lo que significa un alcance de 31,2 millones de personas y recursos en el orden de R\$ 333 millones anuales, la cobertura, en 2001, llegó a 5.534 Municipios, correspondiendo a 172,1 millones de personas, o sea, cerca del

95 BRASIL, Ministerio de Salud. “La Política de Salud en Brasil en los años 90: avances y límites”, *op. cit.*, pp. 09-10.

96 *Ídem*, pp. 10-11.

99% de la población brasileira⁹⁷. De ese total de Municipios, 89% se habilitaron a la Gestión Plena de la Atención Básica y 10,1% a la Gestión Plena del Sistema Municipal, debiendo destacar que la mayor parte de esas habilitaciones ocurrió en 1998⁹⁸, o sea, en el primer año de implantación de la NOB N° 01/96, habiendo ya transcurridos diez años de la promulgación del texto constitucional. En términos de transferencias directas de recursos federales para los Municipios, los repases de fondo-a-fondo saldrían de un nivel de 9,2% en 1995, a cerca de 60% del total en el año 2000⁹⁹.

A pesar de los avances, aún persistían dificultades, tanto en el trato de las cuestiones intermunicipales, especialmente en cuanto a la integración y la jerarquía de los servicios, o sea en la fijación de los patrones semejantes de oferta y calidad¹⁰⁰, sea, todavía, en la manutención del influjo continuo y estable de financiamiento. Los problemas de costeo, agravados por las dificultades de control sobre el repase y la aplicación de los recursos¹⁰¹, así como por los altos índices de inflación de aquella época, llevaron a reducir a chatarra la infraestructura de los servicios de salud y a la reducción de la calidad de la atención prestada, generando un flujo de demanda para el sector privado, con la transferencia de la asistencia para los planes de seguros privados de salud, contratados junto al sector de la “salud suplementaria”¹⁰². La solución para el acompañamiento de la gestión de los recursos públicos co-

97 *Ibidem*, p. 12-13.

98 SOUZA, R. R. de, *op. cit.* p. 25.

99 BRASIL, Ministerio de Salud. Secretaría Ejecutiva. *La Salud en Brasil: estadísticas esenciales 1990-2000*. Brasilia: Ministerio de Salud, 2002, p. 52. Disponible en: http://bvmsms.saude.gov.br/bvms/publicacoes/estatisticas_992000.pdf; acceso el 25-05-2008, p. 11.

100 BRASIL, Ministerio de Salud. “La Política de Salud en Brasil en los años 90: avances y límites”, *op. cit.*, pp. 15.

101 En este sentido, con mayor detalle, ver MENDES, A.; MARQUES, R. M. “Sobre la Economía de la Salud: campos de avance y su contribución para la gestión de la salud pública en Brasil”. En: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/sobre_econ_saude.pdf; acceso el 24-05-2008.

102 BRASIL, Ministerio de Salud. “La Política de Salud en Brasil en los años 90: avances y límites”, *op. cit.*, pp. 20. Se registra, además, que la regulación de ese sector apenas vendría al final de la década, con la edición de la Ley n° 9656, del 3 de junio de 1998 (alterada por la Medida Provisoria N° 2.177-44, del 24 de agosto de 2001), en cuanto a la disciplina de los planes y seguros privados de salud; y de la Ley N° 9.961, del 28 de enero de 2000, con la creación de la Agencia Nacional de Salud Suplementaria (ANS), para la normatización y el control de las actividades de asistencia suplementaria a la salud.

menzaría a ser esbozada (ya que el problema, infelizmente, aún persiste) apenas en 1999, con la estructuración del Sistema de Informaciones sobre Presupuestos Públicos en Salud (SIOPS), “destinado a la colecta, almacenamiento, procesamiento y difusión de datos sobre el ingreso y gasto en salud de los tres niveles de gobierno”¹⁰³. En lo que concierne a las fuentes de financiamiento propiamente dichas, la creación de la Contribución Provisoria sobre Movimientos Financieros (CPMF), en 1999 (ADCT, Arts. 74 y 75), trajo cierto “alivio”, pero momentáneo, ya que el destino de los valores recogidos fue posteriormente ampliado, para alcanzar el costo de beneficios de la previsión social. La garantía de la estabilización del financiamiento, con el aumento de los recursos invertidos, inclusive por el comprometimiento presupuestal estatal y municipal, sería viabilizada solamente con la Enmienda Constitucional N° 29¹⁰⁴, del 13 de septiembre del 2000, más cuya reglamentación aún hoy se encuentra pendiente de definitiva elaboración legislativa. Esa realidad aparece en los gastos del Ministerio de Salud, que se mostraron irregulares entre 1995-2005, “con caída en 1996, y recuperación en 1997 –año de inicio de la CPMF–, tuvo una nueva caída en 1998, manteniéndose estables en ese nivel hasta 2001”; hubo nuevas caídas en 2002 y 2003, y significativa recuperación en 2004 y 2005¹⁰⁵.

Las dificultades de efectivización del derecho a la salud, por medio de la plena disponibilidad de los servicios necesarios para el buen funcionamiento del SUS y de la garantía de oferta de las diversas prestaciones en el área de salud se reflejan en el incremento de las acciones judiciales en esta materia, cuyo principal objeto se centró en la exigencia al suministro de medicamentos. Se destaca, que en esta época, las medicinas anti-HIV/AIDS llegaron al mercado, y los enfermos, apremiados por la necesidad de acceso a los nuevos (y costosos) fármacos¹⁰⁶, buscaron en el Poder Judicial la garantía

103 Cf. BRASIL. *La Implantación de la EC 29: presentación de los datos del SIOPS, 2000 a 2003*. Ministerio de Salud. Equipo SIOPS/DES/SCTIE/Ministerio de Salud. Brasilia, julio de 2005. En: http://siops.datasus.gov.br/Documentacao/Implantacao_EC_29_dados_SIOPS.PDF acceso el 24-05-2008, p. 02. En sentido similar: MENDES, A.; MARQUES, R. M., *op. cit.*, pp. 12-18

104 Comparar, entre otros, BRASIL. *La Implantación de la EC 29: presentación de los datos del SIOPS, 2000 a 2003*, *op. cit.*, pp. 01.

105 RIBEIRO, J. A.; PIOLA, S. F.; SERVO, L. M., *op. cit.*, pp. 300.

del tratamiento debido. Instado a manifestarse al respecto, el Supremo Tribunal estableció lo que se tornaría en el *leading case* sobre la materia: en el juzgamiento del Agravio Regimental en el Recurso Extraordinario N° 271.286/RS (DJ del 24-11-2000), reconoció el deber del Estado en ofrecer el tratamiento a pacientes eidéticos, tal como lo ya previsto por la Ley N° 9.313/96¹⁰⁷. El acuerdo afirmó el carácter fundamental y subjetivo del derecho a la salud, en la condición de “prerrogativa jurídica indisponible asegurada a la generalidad de las personas por la propia Constitución de la República”, representando consecuencia constitucional indisoluble del derecho a la vida. Con ello, se fortaleció la posición que ya venía siendo adoptada por las instancias iniciales, en el sentido de la admisión de la aplicabilidad inmediata y directa de las normas constitucionales que positivaban el derecho a la salud (Arts. 6° y 196) en una opción de cuño “garantista”, fuertemente comprometida con la concretización del deber de protección a la salud atribuido al Estado, y, por tanto, también al “Estado-juez”.

En el ámbito de la organización de la asistencia a la salud, la edición de la Norma Operacional de Asistencia a la Salud (NOAS) N° 01/2001¹⁰⁸, teniendo “la regionalización como macro-estrategia fundamental para el perfeccionamiento del proceso de descentralización”¹⁰⁹, trajo nuevas conquistas. Se previó la elaboración del Plan Director de la Regionalización, con la divi-

106 El uso de estrategias de publicidad también elevó la presión sobre el sistema: como ejemplificó Karina Grau, (en conferencia pronunciada en el seminario “Derecho a la Salud”, promovida por la Escuela de la Magistratura del Tribunal Regional Federal de la 4ª Región, en asociación con la Escuela de Salud Pública del Estado de Río Grande de Sul, el último mes de julio, en la ciudad de Curitiba/PR), la empresa farmacéutica Abbott hizo uso de lo que se denomina “suministro expandido” para difusión del anti-retroviral Kaletra a partir de diciembre de 1999, subsidiando el tratamiento para diversos pacientes en el mundo y obteniendo con eso, de forma indirecta, la difusión del nuevo producto y, por consecuencia, la presión para que fuese incluido en las listas oficiales de tratamiento. Sobre las estrategias de publicidad, ver también ANGELL, M., *op. cit.*, especialmente pp. 151 y ss.

107 En este sentido, insistió bien la eminente Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler, en conferencia en el mismo evento antes citado, que la decisión, en verdad, aseguró el cumplimiento del deber de suministro de medicamentos para el combate al AIDS, como previsto ya anteriormente por la legislación infraconstitucional reguladora que era, la referida Ley N° 9.313/96, cuyo Artículo 1° aseguraba a los portadores de HIV y enfermos del AIDS la percepción gratuita de “toda la medicación necesaria a su tratamiento”.

108 Portería GM N° 95, del 26 de enero de 2001, del Ministerio de Salud.

109 SOUZA, R. R. de, *op. cit.*, pp. 29.

sión del territorio estatal en regiones o micro-regiones de salud y, paralelamente, la constitución de “módulos asistenciales resolutivos”, formados por uno o más Municipios, para asegurar la atención en el primer nivel de complejidad media; también fue prevista la elaboración de un Plan Director de Inversiones, de acuerdo con las prioridades de intervención¹¹⁰. Al año siguiente, sería sustituida esa norma por la NOAS N° 01/2002¹¹¹ que, reiterando las directrices de su antecedente, instituyó el PAB-ampliado, con mayor diversidad en los procedimientos ofrecidos, estipuló las características de las regiones de salud estatales y estableció mecanismos de financiamiento para los procedimientos de mayor complejidad y costo¹¹². El impacto de esas medidas en los gastos del Ministerio de Salud fue visible: “[la]s transferencias para los municipios crecen rápidamente a partir de 1997 –bajo el efecto de la NOB 01/96–, en cuanto las transferencias hacia los Estados y DF crecen a partir del 2001, con la NOAS 01/2000. Juntas, las transferencias a los gobiernos subnacionales alcanzan el 58,4% de los gastos del MS en 2005¹¹³. En el período siguiente, entre 2002 y 2006, los gastos del Ministerio de Salud aumentaron 9,6%, siendo significativo el incremento de 123,9% de los gastos en medicamentos en ese mismo período¹¹⁴. Ese incremento se juntó, sobre todo, al costo de los medicamentos para asistencia de complejidad media: en tanto el repase federal para la adquisición de medicamentos para la atención básica, por los Municipios, fue de R\$ 176,6 millones en 2003, en 2006 ese monto ya correspondía, en valores actualizados por el IGP-DI, a R\$ 285,6 millones; ya con los gastos con la compra de medicamentos excepcionales, que eran de R\$ 516 millones en 2003, saltaron para R\$ 1,3 billones en 2006, en un aumento real de 158% de los recursos¹¹⁵.

Este aumento de los gastos en salud acompañó una tendencia mundial, que, a su vez, jamás diferenció a los países según el grado de desarrollo o ri-

110 *Ibidem*, p. 30.

111 Portería GM/MS N° 373, del 27 de febrero de 2002, del Ministerio de Salud.

112 BRASIL, Ministerio de Salud. “La Política de Salud en Brasil en los años 90: avances y límites”, *op. cit.*, p. 15.

113 RIBEIRO, J. A.; PIOLA, S.F.; SERVO, L. M., *op. cit.*, pp. 300.

114 VIEIRA, F.S.; MENDES, A.C.R., *op. cit.*, p. 03.

115 *Idem*, pp. 09-10. Es importante informar que la Portería N° 531, del 30 de abril de 1999, del Ministerio de Salud, instituyó el Fondo de acciones Estratégicas y Compensación (FAEC), estableciendo la responsabilidad de la Unión por fraccionamiento del pago de procedimientos de alta

queza: en relación al PIB, países desarrollados gastaban entre 2,4% (España) y 5,5% (Canadá), en la década de 1960, pasando para un mínimo de 6,1% (Reino Unido) y un máximo de 12,7% (Estados Unidos de América), en los años de 1990, cuando se llegó, en números absolutos, a US\$ 1,7 trillones –lo equivalente a casi el 8% de la renta global, de los cuales más del 5%, o cerca de US\$ 900 billones, fueron gastos estatales¹¹⁶. En Brasil, la efectivización del derecho a la salud, según las directrices establecidas constitucionalmente, trajo un incremento en torno del 136% en los gastos en salud, pasando de R\$ 3,3 hacia RS\$ 4,5 billones solamente en el período entre 1987 y 1995¹¹⁷. Confrontados con el PIB, los gastos en salud salieron de montos en torno del 1,5% (1992) a 2,55% (1989)¹¹⁸, hacia valores que, en la estimación de la Organización Mundial de la Salud (OMS), llegaron a 7,6% del PIB en 2004, de los cuales una porción de 35% sería de los gastos efectuados directamente para las familias¹¹⁹. Entre otras causas señaladas por la doctrina especializada, el crecimiento de los gastos en salud provendría de una prevalencia de las enfermedades crónicas y degenerativas (inclusive por el envejecimiento de la población), de la consagración de la salud como derecho fundamental, del incremento salarial derivado de la especialización de los profesionales del área de salud y de los intereses de la industria farmacéutica y de la electromedicina¹²⁰. En términos concretos, tales inversiones presentaron resultados positivos: la tasa de mortalidad infantil por mil nacidos vivos se redujo, en Brasil, de 49,4 a 27,43 en el período de 1990 al 2001¹²¹, con un decrecimiento del

complejidad y acciones consideradas estratégicas, lo que, a su vez, impidió la competencia por recursos entre los procedimientos de alto costo y aquellos de atención básica, hasta por los ya definidos en el PAB, como antes se verificaba. Sobre eso, ver BRASIL, Ministerio de Salud. “La Política de Salud en Brasil en los años 90: avances y límites”, *op. cit.*, pp. 23.

116 Los datos están referidos por SILVA, M. G. C. Economía de la Salud: de la Epidemiología a la Toma de Decisión. En ROUQUAYROL, M. Z.; Almeida Filho, N. Epidemiología y Salud. 6ª de. Río de Janeiro; MEDSI, 2003. p 728, Cap. 18, pp. 533/565, en texto adaptado por MOTA, D. M. En: BRASIL: Ministerio de Salud. *Curso de Iniciación en Economía de la Salud para los Núcleos Estatales/Regionales*. En: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/apostila_curso_iniciacao_economia_saude.pdf. acceso el 24-05-2008, p. 37.

117 *Ídem*, p. 46-47.

118 *Ídem*.

119 En este sentido, comparar RIBEIRO, J. A.; PIOLA, S. F.; SERVO, L. M., *op. cit.*, p. 290.

120 SILVA, M. G. C. en texto adaptado por MOTA, D. M., *op. cit.*, pp. 37-38.

121 BRASIL. Ministerio de Salud. La Ubicación Equitativa Inter-regional de Recursos Públicos Fe-

38,6%, o sea, fueron evitadas más de 400 mil muertes de niños menores de un año, con una importante reducción de muertes por diarreas, neumonías y desnutrición (71%, 48% y 61% respectivamente)¹²², como destaca Barjas Negri, esto es, causadas por las “enfermedades de la pobreza”.

En la esfera jurisprudencial, ese período corresponde a la extensión de precedentes firmados por el Supremo Tribunal Federal en el mencionado RE-AgR N° 271.286/RS para toda una amplia gama de hipótesis de suministro de las más diversas prestaciones en el área de la salud, estuviesen, o no, ya previstas en políticas públicas estatales o en la cobertura de los planes y seguros privados de salud. Se estableció no solo la tutela judicial originaria del derecho a la salud, sino que se ampliaron los medios de coerción impuestos al Estado con el objetivo de obligarlo al cumplimiento inmediato de las obligaciones definidas judicialmente, aceptándose la conminación de multa diaria (*astreintes*)¹²³ y el bloqueo de recursos públicos¹²⁴, entre otros instrumentos. Se aseguró también la legitimidad activa *ad causam* del Ministerio Público en lo que concierne a la defensa judicial del derecho a la salud, tanto en beneficio de un individuo único, dado el carácter indisponible del derecho fundamental en causa y a la relevancia pública de los servicios y acciones que busquen concretizarlo¹²⁵. Esa orientación de la jurisprudencia también se extendió a los prestadores de servicios de salud suplementaria, con la anula-

derales del SUS: “El ingreso Propio del Municipio como Variable Moderador”, *op. cit.*, pp. 05

122 BRASIL, Ministerio de Salud. “La Política de Salud en Brasil en los años 90: avances y límites”, *op. cit.*, pp. 30.

123 Entre otros, se refieren a los precedentes dictados por el Tribunal Superior de Justicia en el juzgamiento del AgRgREsp N° 855.787/RS (DJ del 27-11-2006) y del REsp 775.233/RS (DJ del 01-08-2006).

124 A título ilustrativo, compárense las decisiones pronunciadas por el Tribunal Federal Supremo en el juzgamiento del AI N° 622.703 y AI N° 635.766/RS (DJ del 16-03-2007 y DJ del 13-03-2007, respectivamente), en el que es autorizado el bloqueo del presupuesto público como medio de asegurar el suministro de medicamentos. En el Tribunal Superior de Justicia, el REsp 851.760/RS (DJ del 11-09-2006) se reitera esa orientación.

125 Ver, por ejemplo, el juzgamiento del RE N° 507.927/RS (DJ del 06-03-2007) por el Tribunal Federal Supremo, confirmando la legitimidad activa *ad causam* del Ministerio Público para juzgar acciones en defensa del derecho a la salud, por tratarse del derecho indisponible, con fundamento, entre otros, en los artículos 127, caput, y 129, inciso II, de la Constitución Federal. En el Tribunal Superior de Justicia, comparar los juzgamientos pronunciados en el REsp N° 23.184/RS (DJ del 19-03-2007) y EREsp N° 715.266/RS (DJ del 12-02-2007), en sentido similar.

ción de cláusulas contractuales por caracterizado abuso, sobretodo en las hipótesis de restricción de la cobertura¹²⁶.

Recientemente, tal ampliación de la intervención judicial, de forma marcada en lo que se relaciona con las condenas al suministro de prestaciones cuya eficacia y seguridad sanitaria no se encuentran definitivamente comprobadas, o cuya sustitución por lo similar nacional y/o genérico es posible, sin perjuicio para el paciente, parece haber comenzado a ser revisada por la posición más cautelosa de nuevas decisiones judiciales, sobre todo en las instancias ordinarias. Se nota una clara preocupación en establecer un punto de equilibrio entre los principios de la precaución y de la protección a la salud y a los presupuestos de seguridad, eficacia y calidad de los tratamientos asegurados, más allá de la propia asistencia a la salud como un todo, en el sentido del no-comprometimiento del SUS. En esta dirección, si no hay dudas en cuanto a la obligación estatal del suministro de medicamentos, por ejemplo, lo mismo no se puede decir en cuanto se trate de “liminar genérica”, en que la obligación es atribuida sin límites definidos¹²⁷; o cuando se trate de tratamiento prescrito fuera del sistema, como en las hipótesis de médico no-acreditado al SUS o de inexistencia de pedido administrativo de la prestación¹²⁸ y aún, cuando el tratamiento pudiera ser caracterizado como experimental, sea por la ausencia del registro del medicamento, sea porque el registro ya existente tiene por objeto otro tipo de tratamiento, y no aquél postulado en el juicio¹²⁹. En esta perspectiva, algunas decisiones vienen bus-

126 En el REsp N° 668.216 (DJ del 02-04-2007), el Tribunal Superior de Justicia juzgó abusiva la cláusula que restringía la cobertura del plan de salud a sólo algunos tipos de tratamientos, porque equivaldría, en la práctica, a la propia ausencia de cobertura, afirmando que el plan de salud debe alcanzar el tratamiento de la enfermedad, y no aisladas medidas terapéuticas. En el REsp N° 729.891/SP (DJ del 14-05-2007), fue considerada abusiva la cláusula de contrato del seguro-salud que excluía de la cobertura el tratamiento de enfermedades infectocontagiosas.

127 En este sentido, el acuerdo de la Corte Especial del Tribunal Superior de Justicia en el AgRgSTA N° 59/SC (DJ del 28-02-2005), prohibió la aprobación de “liminares genéricas” (esto es, la orden judicial de suministro gratuito, aleatorio y eventual de medicación no especificada), bajo pena de inviabilización del sistema de adquisición y distribución de medicamentos a la población carente y del propio sistema de salud pública.

128 También en el Tribunal Superior de Justicia, comparar el acuerdo pronunciado en el RMS N° 23.839 (DJ del 31-08-2007), en el cual se destaca la necesidad de requerimiento previo administrativo de la prestación (in casu, suministro del medicamento) a la autoridad pública competente.

129 En la SS 3073 (STF, DJ 14-02-2007), se aplazó la suspensión de liminar en mandato de seguridad

cando trazar parámetros generales (pautas objetivas) que permitan una mejor y más precisa evaluación de las pretensiones al suministro de prestaciones materiales relacionadas a la efectuación del derecho a la salud, lo que, en una comprensión amplia, densificaría los deberes generales de efectuación y de protección de los derechos fundamentales como un todo, y del derecho a la salud en especial^{130 131}.

porque el medicamento postulado, más allá de no encontrarse en la lista oficial del Programa de Dispensación de Medicamentos en Carácter Excepcional del Ministerio de Salud, aún estaría en fase de estudios e investigaciones, constituyendo un *plus* al tratamiento que ya venía siendo prestado por el Poder Público. En el MS N° 8.895/DF (DJ del 07-06-2004), el Tribunal Superior de Justicia negó el derecho del individuo al costeo de determinado tratamiento médico en el exterior, por ser desaconsejado por las autoridades técnicas y científicas, ante la inexistencia de prueba de éxito de los resultados.

130 A título ilustrativo se refieren los acuerdos en el ámbito del Tribunal Regional Federal de la 4ª Región, en el juzgamiento de los Agravios de Instrumento N° 2007.04.00.002438-2/SC y N° 2007.04.00.039148-2/RS. La primera decisión (3er. Grupo, Relator Juez Federal convocado Roger Raupp Rios, DJE 05-09-2007), partiendo de la afirmación de la eficacia y aplicabilidad inmediatas del derecho a la salud, protege la necesidad de ponderación concreta del derecho, de acuerdo con el principio de concordancia práctica, debiéndose fijar en que la tutela judicial no acabe perjudicando la salud del propio interesado, ni cause daños o prejuicios relevantes para el funcionamiento del SUS, ni haga prevalecer desproporcionalmente el derecho a la salud sobre la competencia presupuestaria del legislador, a reserva de lo posible y a la eficiencia de la actividad administrativa. Más allá de ello, destaca la necesidad de realización de la pericia judicial que considere la existencia de protocolos clínicos y terapéuticos, así como que tome por referencia las directrices nacionales e internacionales de uso racional de medicamentos, emitiendo sus conclusiones con fundamento en la "medicina de evidencias" y luego de firmado término de ausencia de conflicto de intereses, en clara aplicación de principios de la Bioética. Ya el segundo acuerdo (3er. Grupo, Relatora Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Liria, DJE 12-06-2008), después de rechazar la noción de que el derecho a la salud habría sido positivado en norma constitucional programática despojada de efectos jurídicos, reafirma el fuerte cuño prestacional de ese derecho fundamental, que impone al Estado la efectuación de políticas públicas para realizarlo. Reconoce, con todo, la existencia de una multiplicidad de derechos y principios a ser sopesados (reserva de lo posible, competencia presupuestaria del legislador, eficiencia administrativa, preservación del derecho a la vida y del propio derecho a la salud) y también sugiere, al final, que la decisión judicial no deba causar prejuicios ni daños relevantes al funcionamiento del SUS (lo que acabaría perjudicando el derecho a la salud de los demás ciudadanos), que no haya una prevalencia irrestricta *in abstracto* del derecho a la salud de quien pide la tutela judicial sobre derechos de otras personas, igualmente protegidas por la orden constitucional y por políticas públicas de carácter social, y, finalmente, que la efectivización del derecho a la salud no se resume al suministro de medicamentos, sino a acciones implicadas más alcanzables, de carácter preventivo y promocional. A partir de tales parámetros, sugiere la preferencia

Ya encaminando hacia el final, vale traer a colación algunos datos obtenidos y consolidados por el Instituto Brasileiro de Geografía y Estadística (IBGE) en la Investigación Nacional por la Muestra de Domicilios (PNAD), del 2003¹³², y en la Investigación de Asistencia Médico-Sanitaria (AMS), de 2005¹³³. Una primera información interesante y que, estimada, entonces, la población brasilera en 176 millones de habitantes, 78,6% de los individuos entrevistados por la PNAD 2003 autoevaluaron el propio estado de salud como “muy bueno y bueno”, en tanto apenas el 3,4 respondieron “mal o muy mal”, aunque el 29,9% se haya referido a sí mismos como portadores de por lo menos una enfermedad crónica. Según la misma PNAD 2003, la cobertura de los planes de salud alcanzaría 24,6% de la población, lo que significan 43,2 millones de personas, mayoritariamente residentes en las áreas urbanas (28%) que en las rurales (6%), de los cuales 79,2% (34,2 millones de personas) poseían plan privado, individual o colectivo, y los restantes 20,8% (9 millones e personas) tendrían vínculo a planes de asistencia al servidor público, en los tres niveles federativos. La investigación aun demostró que la cobertura por planes de salud aumenta a medida en que crece el rendimiento familiar: sería del 2,9% la cobertura en las familias con rendimien-

por los medicamentos genéricos, a la observancia a la Denominación Común Brasileira (DCB) y a la Denominación Común Internacional (DCI), a la atención a los protocolos clínicos y a las directrices terapéuticas establecidas por las autoridades administrativas competentes, la consideración de la “medicina de evidencia”, inclusive en cuanto a la necesidad de prueba de ausencia de conflicto de intereses, y, en último análisis, destaca el respeto a los principios de la seguridad y de la eficiencia, inherentes a la actividad de vigilancia sanitaria, en el otorgamiento de medicamentos.

131 En doctrina, consultar, entre otros: BARROSO, L. R., *op. cit.*, pp. 31-61; SOUZA NETO, C. P. de., *op. cit.*, pp. 515-551; SARMENTO, D., *op. cit.*, pp. 553-586; BARCELLOS, A. P. de. “El Derecho a Prestaciones en Salud: Complejidades, Mínimo Existencial y el Valor de los Abordajes Colectivo y Abstracto”, *op. cit.*, pp. 803-826; HENRIQUES, F. V., *op. cit.*, pp. 827-858; más allá de nuestro SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F., *op. cit.*, pp. 11-53.

132 Los datos citados fueron tomados del documento “Acceso y Utilización de Servicios de Salud – 2003”, editado por el Ministerio de Salud, por el Instituto Brasileiro de Geografía y Estadísticas (IBGE) y por el Ministerio de Planeamiento, Presupuesto y Gestión. Río de Janeiro, 2005. Disponible en: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2003/saude/saude2003.pdf>, acceso el 31-05-2008.

133 Las informaciones fueron tomadas de <http://www.sidra.ibge.gov.br>, y del documento: *Estadísticas de Salud: asistencia médico-sanitaria 2005*. IBGE, Departamento de Población e Indicadores Sociales. Río de Janeiro: IBGE, 2006, p. 162. Disponible en: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoidevidalams/2005/ams2005.pdf>, acceso el 31-05-2008.

tos inferiores a un salario mínimo, en tanto alcanzaría 83,8% de las familias con renta de veinte salarios mínimos o más.

Todo esto demuestra que, aunque aún la asistencia a la salud esté llegando a la mayor parte de la población del país, el paciente “típico” del SUS todavía es proveniente de las clases menos favorecidas de la población, prácticamente sin acceso a los planes privados de salud, hecho que, juntamente con las conclusiones acerca de los problemas de acceso a la justicia precisamente por esas clases menos favorecidas, respalda la tesis aquí sustentada en el sentido de que la gratuidad de los servicios de salud debe adecuarse a la demostración, por el interesado, de que efectivamente no posee condiciones financieras para hacer frente a los costos de la atención o tratamiento, así sea parcialmente. Esa conclusión es corroborada por los datos concernientes al acceso y a la utilización de los servicios de salud cogidos por la PNAD 2003, una vez que de los 79,3% de la población brasilera (139,5 millones de personas) que declararon poseer un servicio de salud de uso regular, la preferencia por los puestos o centros de salud llegó al 52,4% de los casos. La vulnerabilidad medida no fue sólo financiera: las fajas etarias extremas presentaron mayor necesidad de cuidados de salud, con 77,7% de los menores de 5 años y 79,5% de los mayores de 65 años realizando consultas médicas en los doce meses anteriores a la investigación. Un dato bastante positivo y que pone en duda las noticias generalmente divulgadas por los medios de comunicación masiva indica que, de los 25,2 millones de personas que buscaron la atención (incluyéndose los servicios públicos a la salud suplementaria y a los particulares) en los 15 días antecedentes a la entrevista, 98% de ellas fueron atendidas en la primera o última demanda, siendo que el 86% relataron las atenciones como “muy buena y buena”.

Ya la Investigación de Asistencia Médico-Sanitaria (AMS) 2005, que busca “revelar el perfil de la capacidad instalada y de la oferta de los servicios de salud en Brasil”, computó un total de 77.004 establecimientos de salud en actividad, aunque parcial, tuvo un aumento relativo de 17,8% con relación a los datos obtenidos por la AMS 2002. Contrapuestos esos datos a aquellos relatados en 1988, año de la promulgación de la CF, se ve un aumento de más del 100% del número de establecimientos de salud, que eran de 33.632 en aquel año. Dentro de los establecimientos evaluados por la AMS 2005, se observó un crecimiento de la participación del sector público

en las regiones Norte (2,7% al año), Nordeste (7% al año) y Sudeste (5,8% al año) al ritmo que en las regiones del Sur (5% al año) y Centro-Oeste (15,2% al año) fue mayor a la ampliación de la red privada. Ya en relación al número de camas disponibles, la AMS 2005 señala una reducción, si se le compara con los datos de 1988; eso, pues, no significa necesariamente un retroceso, una vez que creció la oferta de establecimientos sin internación, así como viene disminuyendo la necesidad propia de esta, especialmente por la inserción de procedimientos menos invasivos y de más rápida recuperación en las prestaciones ofrecidas por el SUS¹³⁴ (caso de los procedimientos por video laparoscopia, por ejemplo).

6. Consideraciones finales: algunas tendencias con relación a la efectivización del derecho a la salud en Brasil

Si la afirmación categórica de perspectivas y tendencias puede mostrarse hasta temeraria, el análisis de los datos que fueron aquí reseñados, sea en términos doctrinarios y jurisprudenciales, sea de los datos estadísticos e institucionales (más estrechamente vinculados a las políticas públicas de efectivización del derecho a la salud), permiten, con todo, la identificación de algunas cuestiones importantes, cuyo debate, evidentemente, no se termina en el presente texto.

Dentro de estos, un punto aún neurálgico es la garantía de la efectiva protección del derecho fundamental a la salud que se encuentra ciertamente en el financiamiento y, de modo especial, en la implantación de instrumentos que aseguren un continuo flujo de caja entre los entes federativos. En este paso, las contradicciones entre una realidad de centralización de recursos y un ideal de federalismo cooperativo abren todo un nuevo capítulo a discusión (inviabile, aún, en los límites de este trabajo), así como, por lo menos, la garantía de aplicación de los porcentajes mínimos establecidos por el texto constitucional para las acciones y los servicios de salud. Las dificultades de real efectuación de la Enmienda Constitucional N° 29/2000, sumadas a la

134 Para mayor profundización, consultar el documento *Estadísticas de salud: asistencia médico-sanitaria 2005*. IBGE, Departamento de Población e Indicadores Sociales. Río de Janeiro: IBGE, 2006, p. 162. Disponible en: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/ams/2005/ams2005.pdf>; acceso el 31-05-2008.

problemática de la Desvinculación de los Ingresos de la Unión (DRU), rondan las políticas públicas de salud como verdaderas amenazas, imponiendo un recelo fundado a respecto del éxito de los programas de salud. La carencia de infraestructura en los diferentes niveles de complejidad del sistema, por su parte, aunque atenuada por diversas acciones estatales que vienen siendo realizadas, aún es una realidad enfrentada por muchos brasileros, y, peor, por los más carentes, que no tienen la opción por los servicios privados de los planes y seguros de salud, menos aún el acceso a los consultorios y clínicas particulares.

En términos jurisprudenciales, la especialización de los magistrados, tanto por la creación de Jurisdicciones Especializadas en las cuestiones de salud, cuanto por el perfeccionamiento específico a nivel técnico-formativo, puede ser un camino a ser seguido, en la búsqueda de una comprensión más amplia y, al mismo tiempo, profunda sobre el tema, así como de una mejor preparación, especialmente si es incentivado el ejercicio de un papel más activo por parte del juez de causa. La necesidad de profesionales especializados y que no presenten conflicto de intereses con la materia discutida en la demanda en juicio abre espacio no solamente para la formación de nuevos experts, sino para la colaboración de las entidades de clase, especialmente de los profesionales de la salud –resaltando, también aquí, otra faceta de los principios constitucionales de la subsidiariedad, de la eficiencia, de la solidaridad y de la cooperación, por la búsqueda de informaciones de quien las pueda disponer y prestar con mayor propiedad e imparcialidad.

Al mismo tiempo, la discusión de los criterios acerca de la ubicación de los recursos públicos, financieros y sanitarios, en programas de salud y en otras políticas públicas, traen a la luz el cuestionamiento sobre los límites y las posibilidades de control judicial en esta materia. Ciertamente la solución no se encuentra en los extremos, esto es, ni en el activismo judicial exacerbado, ni tampoco en la omisión judicial al respecto, pero requerirá un esfuerzo de los operadores del Derecho en el sentido de crear los mecanismos y foros adecuados para la discusión, revitalización y sentido del principio de la separación de los Poderes como armonización y colaboración mutua, especialmente delante de los objetivos mayores fijados por el Artículo 3° del texto constitucional. La tendencia de elaboración de pautas objetivas (estándar) que puedan auxiliar al magistrado en la decisión del caso concreto merece todo el aplauso

y reconocimiento, indicando una directriz más segura a ser perseguida, tanto en las acciones individuales, cuanto en la tutela colectiva de la salud dado que –¡este punto ha de ser destacado!– no resulten en desconsideración de la individualidad de los casos y acarreen la funcionalización del derecho fundamental y de la dignidad de cada persona en pro de un absoluto interés colectivo. Más allá de eso, hay que enfatizar la discusión propuesta por diversos doctrinarios acerca de las acciones colectivas sobre el derecho a la salud, especialmente si a ellas se pudieran aportar nuevos instrumentos, como es el caso de la intervención del *amicus curiae*, agregando elementos fácticos importantes a la comprensión de la materia y, pues, al deslinde de la propia causa, así como el incentivo a nuevas formas de acuerdos pre-judiciales o, cuando eso no fuera posible, en el desarrollo de competencias normativas semejantes a aquellas ya vigentes en el (también social) derecho del trabajo.

Al fin y al cabo, las perplejidades y contradicciones que enfrentamos se deben a las propias carencias del sistema de protección de los derechos sociales como un todo, agravadas por las dificultades de un país marcado por tamañas desigualdades sociales y regionales como el Brasil. Si el camino del desarrollo humano pasa por la construcción de instrumentos de tutela y de implementación de todos los derechos fundamentales, con especial énfasis sobre los derechos sociales, el igual respeto a la dignidad de todo brasilero y la certeza de que tendrá condiciones adecuadas de desenvolverse como persona y ciudadano presuponen esa reflexión, en el ámbito del derecho fundamental a la salud y, más ampliamente, de los demás derechos sociales. Por último, se espera que con este ensayo, a pesar de lo incompleto, haya sido posible por lo menos para contribuir al balance necesario de la evolución de la protección y promoción de la salud en el marco jurídico-constitucional brasilero.

La jurisdicción social de la tutela

Rodolfo Arango

Introducción. 1. Características de la jurisdicción social de la tutela. 1.1. Jurisdicción de mínimos y no de máximos. 1.2. Jurisdicción constitucional y no legal. 1.3. Jurisdicción objetiva y no *ad hoc*. 1.4. Jurisdicción de precedente y no de derecho legislado. 1.5. Jurisdicción difusa y no centralizada. 1.6. Jurisdicción en equidad y no de legalidad 1.7. Jurisdicción gradualista y no de absolutos. 2. Contribución de la jurisdicción social de la tutela a la realización del Estado social de derecho. 2.1. Vida e integridad personal. 2.2. Educación. 2.3. Salud. 2.4. Trabajo. 2.5. Vivienda. 2.6. Seguridad social. 2.7. Indigentes. 3. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

Uno de los avances más importantes del constitucionalismo colombiano lo constituye la creación de la Corte Constitucional y la adopción de amplios mecanismos para la protección de los derechos constitucionales como son las acciones de tutela, populares y de cumplimiento. La Corte Constitucional, órgano de cierre del ordenamiento jurídico y supremo guardián de la Constitución, ha contribuido a que la Constitución de 1991 no se quede en el papel, sino que se convierta en factor de transformación de la realidad social de conformidad con los principios, derechos y deberes constitucionales. Por

su parte, la acción de tutela ha significado, pese a algunos abusos en su ejercicio, el más formidable instrumento para que la población pueda defenderse de la arbitrariedad oficial, de la arrogancia y del abuso del poder tanto de funcionarios públicos como de los particulares. Pero por sobre todo, la conjunción de justicia constitucional y tutela, en lo que podemos denominar “la jurisdicción social de la tutela”, ha contribuido decisivamente a iniciar la construcción de un Estado social de derecho en Colombia, así las condiciones materiales no estén dadas aún para su consolidación.

La jurisdicción social de la tutela es un primer y legítimo desarrollo para la realización del Estado Social de Derecho. Tal es la tesis que deseo defender en esta ocasión. El objetivo de mi conferencia será entonces mostrar cómo las decisiones de tutela en materia social, proferidas principal pero no exclusivamente por la Corte Constitucional en la última década, han ido edificando nuestro Estado Social de Derecho sobre una base argumentativa jurídica y filosófica sólida, aun cuando todavía falte mucho por hacer. Ello, lejos de ser negativo, es un importante avance para que algún día tengamos en Colombia un orden político, social y económico justo. Para comprender cómo se ha ido construyendo el Estado social de derecho es importante superar una comprensión preconstitucional del derecho ajena a la sociología, a la ética, a la filosofía y a la política, y evaluar los avances y retrocesos de dicho proyecto con un espíritu crítico. Tal es la perspectiva asumida en estas páginas.

En el desarrollo de mi tesis describiré primero lo que considero son siete características básicas de la jurisdicción social de la tutela, aunque algunas de ellas son predicables de la jurisdicción de tutela en general; en un segundo aparte mencionaré algunas de las contribuciones de la jurisdicción social de la tutela a la realización del Estado social de derecho. Terminaré con algunas breves conclusiones.

1. Características de la jurisdicción social de la tutela

Entre las características distintivas de la jurisdicción social de la tutela pueden resaltarse siete: se trata de una jurisdicción 1) de mínimos y no de máximos; 2) constitucional y no legal; 3) objetiva y no *ad hoc*; 4) de precedente y no de derecho legislado; 5) difusa y no centralizada; 6) de equidad y no de legalidad; 7) gradualista y no de absolutos.

1.1. Jurisdicción de mínimos y no de máximos

Cuando las personas acuden a los jueces de tutela para que se garantice el pago debido del salario¹ o de la pensión ya reconocida de forma que se asegure su única fuente de subsistencia, la jurisprudencia ha reconocido y protegido su derecho fundamental al mínimo vital², no obstante la existencia de las acciones laborales ordinarias. La razón es obvia: al trabajador o al pensionado no les es exigible, moral ni constitucionalmente, tener que acudir a un juicio ordinario de prolongada duración cuando el cumplimiento del derecho fundamental puede garantizarse inmediatamente en aras de preservar valores más altos. También en casos de desplazamiento, de indigencia y de desamparo, la justicia constitucional protege el derecho al mínimo vital. Este derecho cumple la función de asegurar a toda persona los medios necesarios para una existencia digna. Con ello la jurisdicción social de la tutela no se convierte en la lámpara de Aladino. El derecho fundamental al mínimo vital sólo es reconocido en casos de urgencia en los que la subsistencia de la persona o de su familia se ve comprometida. La jurisdicción social de la tutela no es una de máximos, donde se garantiza la justicia plena, sino una de mínimos, que impide que la persona caiga por debajo del nivel de vida que le permite reconocerse y ser reconocida como una persona digna de igual consideración y respeto por los demás³.

- 1 Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, “las hipótesis fácticas mínimas que deben cumplirse para que puedan tutelarse el derecho fundamental al mínimo vital mediante la orden de pago oportuno del salario debido son las siguientes: (1) Que exista un incumplimiento salarial (2) que afecte el mínimo vital del trabajador, lo cual (3) se presume si el incumplimiento es prolongado o indefinido, salvo que (4) no se haya extendido por más de dos meses excepción hecha de la remuneración equivalente a un salario mínimo, o (5) el demandado o el juez demuestren que la persona posee otros ingresos o recursos con los cuales puede atender sus necesidades primarias vitales y las de su familia, (6) sin que argumentos económicos, presupuestales o financieros puedan justificar el incumplimiento salarial.” (Sentencia T-148 de 2002)
- 2 Arango, Rodolfo, Lemaitre, Julieta, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital, Estudios Ocasionales*, Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (CIJUS), Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, 2002.
- 3 Considero así que las críticas elevadas contra el concepto de urgencia, que he defendido en otros lugares (ver *infra* notas 9 y 10), como criterio para establecer la vulneración de los derechos sociales fundamentales, carecen de fundamento. Dichas críticas ven en la jurisdicción social de mínimos

1.2. Jurisdicción constitucional y no legal

La jurisdicción social de la tutela es de origen constitucional, no legal. Ello ha quedado claro desde un principio en los fallos T-002, 401, 406 y 426 de 1992 de la Corte Constitucional, en los que se acogió la tesis de que la determinación de la fundamentalidad de un derecho se gana por vía interpretativa a partir de las circunstancias concretas del caso. Por ejemplo, si bien la salud en principio no es reconocida como un derecho fundamental en el texto constitucional, adquiere este carácter y es tutelable cuando, por conexidad, su no reconocimiento puede afectar otros derechos fundamentales como la vida y la integridad personal. La doctrina de la conexidad expresa lo que en el terreno de la filosofía política y moral se conoce como el criterio de urgencia⁴, el cual tiene la virtud de colocar sobre una base objetiva lo que, en principio, sería asunto de preferencias subjetivas, no susceptibles de generalización ni de reconocimiento por vía de una doctrina de la razonable. De esta forma, los jueces de tutela han venido aplicando directamente la Constitución para proteger los derechos fundamentales frente acciones u omisiones de las autoridades y de los particulares sin que la falta de desarrollo legal sea impedimento para ello.

1.3. Jurisdicción objetiva y no *ad hoc*

Una de las grandes preocupaciones entre legos del derecho ha sido, no sin razón, el riesgo de politización de la justicia constitucional por la vía de fallos

un equivalente del concepto de “focalización” en el manejo y destinación de recursos públicos a personas en situaciones de pobreza, lo cual equivaldría a una concepción miserabilista de los derechos económicos, sociales y culturales (José Luciano Sanín Vásquez, Los derechos económicos, sociales y culturales en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, manuscrito). A mi juicio, la exigibilidad jurídica de los derechos sociales no debe confundirse con la demanda política que busca la realización plena de los derechos humanos sociales. Estimo que la demanda política puede y debe ser maximalista, en aras de asegurar el mayor compromiso posible de los Estados en el cumplimiento de tales derechos. Pero en lo jurídico estimo que la exigibilidad judicial debe limitarse a garantizarle a toda persona en situaciones límite el derecho fundamental al mínimo vital, de forma que el reconocimiento judicial de los derechos sociales no termine por eliminar la autonomía individual mediante alguna forma indeseable de perfeccionismo moral (cita) o de totalitarismo de estado.

⁴ Arango, Rodolfo, “La protección nacional e internacional de los derechos humanos sociales”, en: Alonso, M.A./Giraldo Ramírez (eds.), *Ciudadanía y Derechos Humanos Sociales*, Ediciones Escuela Nacional Sindical, Bogotá, 2001, pp. 145 y ss.

contextuales, dependientes de las circunstancias concretas del caso. Este temor se justificaba en una primera etapa del desarrollo del derecho constitucional de los derechos fundamentales, donde los jueces de tutela carecían de los instrumentos conceptuales y técnicos para cumplir con la delicada función a ellos encomendada. Pero una década de jurisprudencia constitucional ha permitido reducir, aunque no eliminar, el peligro de los fallos *ad hoc*, sinónimos de favoritismo y ejercicio amañado del derecho. Gracias a la fuerza centrípeta de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en especial del derecho fundamental al mínimo vital, y la creciente importancia del precedente en nuestro sistema constitucional, es posible observar una convergencia de criterios objetivos para la determinación de vulneraciones a los derechos sociales fundamentales⁵. En este desarrollo ha sido especialmente significativo, dadas las dimensiones del problema, la doctrina de los estados de cosas inconstitucionales, que busca atacar el fenómeno de incumplimiento sistemático y generalizado de las autoridades en ámbitos como la situación de las comunidades desplazadas, la situación carcelaria (T-153 de 1998) o la situación pensional en el Municipio de Montería (T-606 de 1999). Esta doctrina representa un aporte original y de enorme trascendencia para “el derecho constitucional de la pobreza” en países del tercer mundo –como bien lo bautizara su autor y actual Defensor del Pueblo, Eduardo Cifuentes Muñoz – ya que no sólo propicia la colaboración armónica entre ramas y entidades del estado y refleja el funcionamiento del sistema de pesos y contrapesos, sino que obliga a las autoridades públicas a mantener presente su vinculación a los fines esenciales del Estado.

1.4. Jurisdicción de precedente y no de derecho legislado

La jurisdicción social de la tutela se ha consolidado como una jurisdicción de precedente y no de derecho legislado. Un buen ejemplo de ello es la evolución de la doctrina del derecho fundamental al mínimo vital. Este derecho de creación jurisprudencial (T-426 de 1992) ha tenido un importante desarrollo. En un primer momento las demandas de tutela por incumplimiento salarial o pensional se veían como un asunto ordinario cuya resolución no

5 Arango, Rodolfo, “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”, Revista de Derecho Público No. 12, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, 2001.

correspondía a la jurisdicción de tutela; pero luego se admitió como razonable que si el salario o la pensión son la única fuente de ingreso para el trabajador o su familia y el incumplimiento es prolongado (T-597 de 1998), entonces la tutela es la vía adecuada para proteger los derechos fundamentales afectados; más tarde, en materia probatoria, la Corte avanzó en dicha protección al acoger la doctrina según la cual se presume la vulneración del mínimo vital en casos de incumplimiento prolongado en el pago de salarios y pensiones constitutivos de la única fuente de ingreso de la persona (SU-995 de 1999). Tal evolución jurisprudencial se ha convertido en doctrina constitucional ampliamente seguida en la jurisprudencia de ratificación, mecanismo empleado por la Corte para unificar las decisiones constitucionales de jueces y tribunales del país de conformidad con la doctrina constitucional vigente.

Una importante advertencia cabe hacer respecto de carácter del precedente de las jurisprudencias de tutela, particularmente de las sentencias de unificación proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional. Su desconocimiento puede conllevar incluso la sanción de nulidad de las sentencias de revisión dictadas por las salas de la propia Corte Constitucional. Con ello se muestra que la jurisdicción de la tutela en general, y la jurisdicción social de la tutela en particular, constituye una jurisdicción evolutiva, flexible a los cambios y contraria a la defensa de investiduras o de los argumentos de autoridad. No sólo los jueces y tribunales constitucionales del país, sino también las propias Salas de Revisión de la Corte Constitucional, en virtud del respeto al precedente y al principio de igualdad que le subyace, están vinculados a los precedentes constitucionales y deben respetarlos, salvo que puedan presentar argumentos de tal peso que justifiquen un cambio de jurisprudencia en la materia.

1.5. Jurisdicción difusa y no centralizada

Una de las mayores ventajas de la jurisdicción constitucional de tutela en Colombia radica en que ella, a diferencia del sistema concentrado existente en Europa y en otros países que han adoptado el control constitucional, está compuesta por la totalidad de los jueces de la república. Se trata de una jurisdicción difusa que maximiza el principio de inmediación y, con ello, el acceso a la justicia para la protección de los derechos fundamentales. En el caso

de la jurisdicción social de la tutela, de no ser por su carácter descentralizado, hace tiempo la protección judicial de los derechos sociales habría fracasado dado el altísimo grado de incumplimiento de sus deberes y obligaciones por parte de las autoridades públicas y los particulares. Por fortuna, la inmediatez e informalidad de la acción de tutela han permitido que la realidad sea otra, y que las acciones de tutela por violación de los derechos a la vida, a la salud y al trabajo hayan pasado de representar el 15% del total de acciones de tutela en 1995 a 33% en 1999⁶. Esta respuesta de la jurisdicción social de la tutela, aunque muestra la preocupante recesión económica en el país y obsolescencia de la justicia laboral ordinaria,⁷ ha evitado que miles y miles de colombianos sean empujados a la desesperación absoluta por la desprotección estatal frente al incumplimiento legal y contractual.

Ahora bien, no deja de ser un enorme problema que requiere la atención de los jueces y tribunales constitucionales, y en particular de la Sala Plena de la Corte Constitucional, la existencia de multiplicidad de criterios y doctrinas, muchas veces contradictorias entre sí, lo cual va en desmedro de la racionalidad y la coherencia de la jurisprudencia de derechos fundamentales y del respeto debido al principio de igualdad. Es por ello que en el balance del trabajo de una década de justicia constitucional la unificación jurisprudencial, oportuna y permanente, parece ser una de las tareas prioritarias para la Corte Constitucional y la doctrina, ya que es la Academia la principal llamada a controlar al supremo guardián de la Constitución.

1.6. Jurisdicción en equidad y no de legalidad

La denominación de la jurisdicción de tutela como una jurisdicción en equidad se le debe al actual magistrado de la Corte Constitucional, Manuel José Cepeda Espinosa. La jurisdicción de tutela va más allá de la ley, la corrige y evita resultados contrarios al ordenamiento jurídico. A diferencia del ejercicio de la jurisdicción ordinaria, en la jurisdicción constitucional los jueces, lejos de ocuparse exclusivamente por la sujeción a la ley, deben inspirarse en los

6 Rama Judicial del Poder Público, *Estadísticas sobre la acción de tutela*, Bogotá 1999, pp. 47-49.

7 Ver al respecto la rigurosa investigación de César Rodríguez, "La Justicia Laboral", en: Santos, Boaventura de Sousa, García Villegas, Mauricio, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Colciencias *et al.*, Bogotá, 2001, pp. 615 y ss.

principios constitucionales y maximizar la protección de los derechos fundamentales. Estos, entendidos como derechos humanos positivizados en la constitución, son el mínimo de justicia al que debe condicionarse la actuación de las autoridades públicas, en particular de los jueces al momento de establecer su vulneración y de adoptar las medidas necesarias para su protección efectiva, incluso yendo más allá de lo pedido por las partes cuando ello sea indispensable para brindar plena protección a los derechos fundamentales. La jurisdicción social de la tutela rememora el derecho pretoriano romano que en aras de asegurar una decisión justa corrige el sentido de la ley al momento de su aplicación.

1.7. Jurisdicción gradualista y no de absolutos

La construcción del Estado social de derecho es una tarea de grandes proporciones. Por ello, los progresos en esa dirección sólo pueden ser graduales. Varias son las etapas previas a su realización efectiva: su desarrollo legal, la reglamentación de las funciones y los procedimientos de las instituciones llamadas a realizarlo, la asignación de presupuesto para asegurar su funcionamiento, y la ejecución de la prestación. En cada uno de estos niveles pueden presentarse fallas. La jurisdicción social de la tutela cumple la función de asegurar el respeto de los derechos sociales fundamentales en cada uno de tales niveles. En esto la acción de tutela es complementaria a las acciones de inconstitucionalidad, de cumplimiento y populares. Ella sirve para corregir el rumbo en la ejecución de las políticas públicas de forma que el individuo no acabe siendo sacrificado en la persecución de objetivos colectivos dentro de una lógica utilitarista. El gradualismo en la defensa de los derechos sociales fundamentales no debe ser interpretado, por otra parte, como una menor garantía de los mismos. La exigibilidad de los mínimos sociales no es susceptible de aplazamiento o transacción. Esta conclusión salta a la vista en la jurisprudencia constitucional que reconoce y protege el derecho fundamental al mínimo vital.

2. Contribución de la jurisdicción social de la tutela a la realización del Estado social de derecho

La primera y más importante contribución de la jurisdicción social de la tutela es el cambio de mentalidad respecto a la importancia de los derechos fundamentales en una sociedad democrática. Los fallos de tutela sobre derechos sociales fundamentales son una muestra de la transformación de la cultura jurídica y su sensibilización respecto de las necesidades básicas y la prioridad política de tomarse en serio el reconocimiento efectivo de los derechos de las personas. Por otra parte, la jurisprudencia constitucional ha venido diseñando y poniendo en práctica una concepción moderna del Estado en la que el cumplimiento de los deberes sociales del Estado ocupa un lugar central. Si bien es cierto que los deberes sociales y la forma de hacerlos exigibles no han tenido un desarrollo equivalente al de los derechos fundamentales, la jurisdicción social de la tutela viene abordando cada vez con mayor frecuencia e intensidad el tema de los deberes sociales del Estado y los particulares. Es así como algunos fallos de tutela aplican (T-1330 de 2001, T-149 de 2002) un control de la responsabilidad constitucional por incumplimiento de los deberes sociales, que en no pocos casos entraña el amparo de un derecho vulnerado por acción u omisión. En los casos que a continuación se presentan como ejemplos de la contribución de las decisiones de tutela a la construcción del Estado social de derecho se refleja cómo y en qué magnitud los jueces han tenido que enfrentarse a la arbitrariedad, a la desidia, a la ignorancia, al desgüeño, a la falta de planeación y a la irresponsabilidad de las autoridades públicas y en ocasiones de los mismos particulares. La función pedagógica, ética y crítica de la jurisprudencia de tutela apunta a construir un Estado social de derecho en el cual el disfrute de los derechos y el cumplimiento de los deberes sociales sean una realidad basada en criterios objetivos y razonables. Aunque se reconoce que tal finalidad depende de múltiples factores, algunos de ellos cuyo control no está en manos de los jueces, lo cierto es que el derecho también debe evolucionar hacia un derecho social, que a partir del desarrollo jurisprudencial se convierta en uno de los fundamentos de la reconstrucción del país.

Veamos entonces si las características de la jurisdicción social de tutela han contribuido a la construcción de un Estado social de derecho

que promueve la igualdad real, protege a las personas en condiciones de debilidad manifiesta, y propicia la inclusión y la participación de personas o grupos marginados o discriminados en los asuntos y las decisiones que los afectan.

2.1. Vida e integridad personal

Con relación a los derechos a la vida y a la integridad personal, la jurisprudencia sobre protección de personas en estado de pobreza y abandono (T-401 de 1992, T-533 de 1992, T-1330 de 2001, T-149 de 2002), pese a no ser tan numerosa como la jurisprudencia sobre salud, salarios y pensiones, ha sentado las bases para exigir prestaciones positivas del Estado en forma inmediata. Más adelante me referiré específicamente al caso de los indigentes y la actitud del Estado frente a este grupo de la población. Por otra parte, ante la situación de violencia generalizada, los fallos que ordenan la protección a desplazados y los que reconocen el traslado o reubicación laboral de una persona que ha sido víctima de amenazas (T-981 de 2001), son ejemplos de la respuesta de la jurisdicción social de tutela ante las omisiones de las autoridades públicas que vulneran derechos a la vida y a la integridad personal. Los jueces de tutela dan así primacía a los derechos a la vida y a la integridad personal sobre el ejercicio de la facultad discrecional de la administración para organizar su planta de personal según las necesidades del servicio.

2.2. Educación

En materia de educación, la jurisdicción constitucional ha impedido, entre otras, la suspensión del servicio educativo –incluso de preescolar– como consecuencia de la demora de los acudientes en el pago de las mesadas a entidades de educación particulares (T-356 de 2001). Esta decisión se funda en el carácter de servicio público de la educación, pero también en razones de equidad: si el estudiante es separado del plantel educativo por el incumplimiento de los padres pese a que resulta muy difícil obtener cupo en otro establecimiento educativo cuando ya se encuentra iniciado el año lectivo, se lesiona su derecho fundamental a la educación, ya que se crea un vacío en el desarrollo del proceso educativo del estudiante. Lo anterior sin desmedro de

la facultad de los particulares de perseguir el cobro de lo debido por concepto del servicio educativo prestado⁸.

Ahora bien, con respecto a la imperiosa necesidad de protección a víctimas del desplazamiento forzado, la Corte en reciente decisión ha ordenado dar prioridad en la asignación de cupos educativos a familias víctimas de la violencia (Decreto 2231 de 1989), con exoneración total del pago de matrícula y pensión para niños que ingresen a la educación preescolar, de primaria y de secundaria, hasta el grado 9 y los 15 años de edad. Se trataba en este caso de brindarle protección a miles de familias hacinadas en el coliseo cubierto de Quibdó, luego de que en 1997 tuvieran que abandonar sus hogares ante la presión de los grupos paramilitares en los municipios de Turbo, Bojayá y Carmen de Atrato, entre otros.

2.3. Salud

La Constitución reconoce el derecho a la salud y difiere al legislador su regulación de conformidad con los principios de eficacia, universalidad y solidaridad. Pero también permite la prestación de este servicio público por particulares, sujetos a la vigilancia del Estado. Aunque buena parte de la prestación de salud se dejó por Constitución al sistema de libre mercado, la jurisprudencia constitucional ha reconocido el carácter fundamental al derecho a la salud en casos en que su no reconocimiento lesione o amenace lesionar otros derechos fundamentales. La jurisdicción social de la tutela ha extendido, por razones constitucionales y de equidad, el cubrimiento del servicio público de salud a personas que, en principio desde la perspectiva legal, no tendrían una protección garantizada en el libre mercado. Esto es el caso de una mujer afectada por una enfermedad mental que, al haber dado a luz un hijo (SU-1167 de 2001), fue excluida del servicio de salud al presumirse por

8 El siguiente es el precedente sentado por la Corte Constitucional para el caso objeto de revisión en la sentencia T-356 de 2001: “cuando durante el transcurso del período lectivo una institución privada suspende de manera abrupta a un menor que se encuentra cursando preescolar, impidiéndole así seguir asistiendo a clase, por el hecho de que sus padres o responsables no han pagado la pensión, se incurre en una violación al derecho fundamental a la educación. La institución educativa dispone de otros medios legítimos para exigir el pago de la pensión y para reducir los costos en que incurre por prestarle el servicio al menor”.

la empresa que había conformado un nuevo núcleo familiar y no estaba, en consecuencia, cobijada ya más por el seguro médico de su padre en calidad de empleado. La Corte estableció que tal presunción era errónea, ya que la joven por su enfermedad mental no podía autodeterminarse y desconocía quién era el padre de su hijo, sin que en ningún momento hubiera constituido un núcleo familiar diferente al de su procedencia. En otras ocasiones, la Corte ha abordado el tema del titular de la obligación –la persona, su familia, la comunidad o el Estado– y ha establecido un orden de precedencia de las personas o entidades a quienes les son exigibles las obligaciones correlativas al derecho fundamental a la salud. Ha sostenido la Corte que “en principio, la atención y protección de los enfermos son responsabilidades que emanan del principio de autoconservación y se atribuyen en primer término al propio afectado. Si esto no acontece, se esperaría que por su naturaleza estos deberes surgieran de manera espontánea en el seno del núcleo familiar, respaldados siempre en los lazos de afecto que unen a sus miembros. Pero de no ser así, y con el propósito de guardar la integridad del ordenamiento jurídico y social, es posible recurrir al poder estatal” (T-209 de 1999). A juicio de la Corte “la defensa de los valores supremos del ordenamiento obliga al Estado a intervenir –dentro del marco institucional–, para proteger a las personas en su dignidad humana y exigir la solidaridad social cuando ella sea indispensable para garantizar derechos fundamentales como la vida y la salud” (T-505 de 1992). Por su parte, los jueces de tutela han brindado protección a los enfermos del Sida frente a la discriminación en su contra dados los altos costos del tratamiento y el riesgo de contagio (T-849 de 2001), extendiendo la cobertura del servicio de salud. Ahora bien, el gradualismo y el carácter de jurisdicción de mínimos y no de máximos se observa, por ejemplo, en la sentencia T-889 de 2001 de la Corte Constitucional, la cual establece las hipótesis fácticas mínimas para evaluar la razonabilidad del plazo que se toma una entidad prestadora de salud para brindar el servicio. El precedente constitucional a este respecto establece que “para la prestación oportuna de un servicio médico, no es razonable el plazo que es indeterminado o cuya determinación es librada a decisiones eventuales dentro de un rango temporal muy amplio cuando (i.) la gravedad de la enfermedad requiere un tratamiento urgente, (ii.) el tipo de procedimiento ordenado por los médicos, al diferirse en el tiempo, pierde efectividad para aliviar el dolor o evitar la

progresión fatal de la enfermedad, y (iii.) la entidad podría disponer de recursos para fijar en un lapso menor las características y la frecuencia del tratamiento requerido. Estos son los elementos fácticos mínimos cuya comprobación conduce a la concesión de la tutela que presente, (...) quien necesita y reclama una atención médica oportuna”.

2.4. Trabajo

La protección del derecho al trabajo por vía de la acción de tutela ha tenido múltiples manifestaciones, dentro de las que pueden mencionarse las siguientes: 1) La protección de la posesión y del aporte económico de la mujer que ha contribuido con su trabajo a la sociedad conyugal de hecho (T-494 de 1992); 2) La orden dirigida por la Corte constitucional al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para que en un plazo máximo de seis meses diseñe, adopte y ejecute un programa que garantice los derechos de los trabajadores temporales y establezca los correctivos necesarios que eviten que las empresas de servicios temporales y sus empresas usuarias incurran en graves irregularidades para beneficiarse de las ventajas que ofrecen este tipo de contratos; 3) La protección especial del derecho a la estabilidad laboral a trabajadores disminuidos físicamente (T-1040 de 2001); 4) La orden impartida por la Corte a una entidad pública de pagar el salario de los trabajadores de una empresa particular acreedora de la administración pública, que no había podido cumplir con sus obligaciones laborales por el incumplimiento del Estado; 5) La protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas frente al ejercicio del despido unilateral por parte del patrono (T-255 A de 2001). Todos estos casos constituyen decisiones de la jurisdicción social de la tutela que, basadas en la equidad, en razones objetivas y constitucionales y en precedentes, muestran cómo los jueces de tutela también contribuyen a la protección y realización del derecho social al trabajo, así sea en poca medida vistos los índices de desempleo.

2.5. Vivienda

El derecho a la vivienda digna es la oveja negra de los derechos sociales. Salvo las sentencias de inconstitucionalidad del sistema UPAC (C-700 de 1999 y

C-747 de 1999), los jueces de tutela en contadas ocasiones han protegido este derecho constitucional, aunque no en forma directa sino mediante el reconocimiento de derechos conexos, como el derecho a la igualdad en el acceso al crédito para adquirir vivienda. Es así como, una pareja portadora del VIH recibió protección de sus derechos a la igualdad y al acceso a la vivienda ante la negativa de una aseguradora de expedir una póliza de vida exigida como requisito para acceder a un programa de adjudicación de vivienda de interés social (T-1165 de 2001). Sorprende, por otra parte, observar el entendimiento del derecho a la vivienda como “derecho a la propiedad de una vivienda”. Bien podría el Estado fomentar la realización del derecho a la vivienda mediante políticas de subsidio a arrendatarios o arrendadores, de forma que toda persona tenga un techo digno –así sea arrendado– bajo el cual vivir, sin que tenga que interpretarse que el derecho a la vivienda implica el derecho a la vivienda propia.

2.6. Seguridad social

En contraste con el derecho a la vivienda, el derecho fundamental a la seguridad social ha tenido gran significación para proteger a personas de la tercera edad a quienes se adeudan mesadas pensionales que son su única fuente de ingreso. La doctrina del derecho fundamental al mínimo vital ha servido para garantizar a los pensionados su derecho a la pensión (T-426 de 1992, SU-995 de 1999), sin que el argumento de la crisis económica esgrimido por las entidades públicas sea de recibo para justificar el no pago oportuno de la misma (T-606 de 1999). Por otra parte, la jurisdicción social de la tutela ha exigido a las entidades obligadas a emitir, expedir y pagar el bono pensional a una persona que procedan a hacerlo sin dilaciones injustificadas, ya que la tardanza vulnera el derecho fundamental a la seguridad social (T-1044 de 2001). En otras ocasiones, los jueces de tutela, con fundamento en los principios de dignidad humana, solidaridad y de equidad, han concedido protección transitoria a personas de la tercera edad a quienes, luego de trabajar durante décadas en el servicio doméstico de una familia, se les niega el derecho a la pensión de jubilación, y han ordenado el pago de un salario mínimo mensual por concepto de pensión para cubrir las necesidades básicas de la persona mientras se adelanta el proceso laboral ordinario respectivo (SU-062

de 1999, T-092 de 2000 y T-1055 de 2001). Se trata de un avance significativo en el establecimiento de un índice de justicia entre particulares y la protección del trabajo doméstico⁹. El derecho al mínimo vital cumple así la función de impedir la crasa injusticia en las relaciones privadas, de forma que los derechos fundamentales también tengan efectos horizontales respecto de los particulares.

2.7. Indigentes

Quizás el caso paradigmático en lo que respecta a la construcción de un Estado Social de derecho en Colombia lo representa el tema de los indigentes, ya que su condición los priva de todos los derechos sociales fundamentales. Si bien en este terreno se han proferido varios fallos de tutela¹⁰, lo cierto es que tienen razón quienes critican a la Corte Constitucional por conservadora cuando observan su timidez a la hora de ordenar la protección de las personas excluidas de la sociedad y carentes de los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas. En una primera etapa, la Corte Constitucional fue decidida a la hora de ordenar al Estado hacerse cargo del cuidado y la protección de inimputables en estado de abandono (T-401 de 1992) o de una persona pobre, sola y anciana que requería una operación de los ojos para no quedar ciega (T-533 de 1992). Pero con el desarrollo legal del derecho a la seguridad social en salud y luego de la intensa crítica de los economistas respecto de los altos costos de los fallos de tutela, la jurisdicción social de tutela se ha vuelto restrictiva a la hora de dictar ordenes que impliquen decretar gasto público, consecuencia ésta que debería ser ponderada con mayor atención cuando lo que está en juego es la vida, la dignidad y la integridad de una persona. Es el caso, por ejemplo, de un grupo de ancianos indigentes en el Municipio de Chaparral que acudieron a la tutela para solicitar que el Alcalde los incluyera en el programa de protección al mayor adulto en situación de indigencia regulado en los artículos 257 y 258 de la Ley 100 de 1993, pero que la Corte rechazó con el simple argumento de que los jueces no pue-

9 Arango, Rodolfo, “El mínimo vital como índice de justicia entre particulares”, Revista Tutela, Acciones Populares y de Cumplimiento, No. 5, Legis, mayo 2000.

10 Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional T-401 de 1992; T-533 de 1992; T-046 de 1997; T-177 de 1999; T-029 de 2001; T-1330 de 2001; T-149 de 2002 y T-258 de 2002.

den sustituir a la administración en el ejercicio de sus competencias, dejando abierta la posibilidad de interponer las acciones de cumplimiento o popular. En esta ocasión la Corte no fue sensible a la real situación de los indigentes implicados, con lo que se echa de menos una más decidida actividad probatoria promovida por la propia Corte (T-029 de 2001).

Pero no todo es negativo a la hora de analizar la función de la jurisdicción social de la tutela en lo relativo a indigentes. Los desarrollos legales en materia de seguridad social en salud o de protección de desplazados son un marco jurídico cuya observancia concierne a los jueces de tutela. Es así como la Corte Constitucional cumple la importante función de controlar la razonabilidad de diseños institucionales y la ejecución de políticas públicas en el campo social, de forma que no baste al Estado pretextar que la ley o la administración son los encargados de asegurar los derechos sociales, económicos y culturales. En sentencia T-1330 de 2001 ordenó la Corte, como en fallos anteriores¹¹, la reclasificación de una persona en el SISBEN, ya que los criterios empleados no fueron coherentes ni suficientemente sensibles a la situación de abandono de un anciano discapacitado e indigente. Con relación al diseño institucional para la prestación del servicio de seguridad social en salud, la Corte sostuvo lo siguiente: “Ni la estratificación socioeconómica ni la focalización individual –que da cuenta del empleo, el ingreso y las características de la vivienda–, fueron construidas para permitir detectar a quienes están más expuestos a sufrir una u otra enfermedad, a quienes la padecen sin diagnóstico, o a quienes saben que requieren tratamiento y no lo pueden costear; (...) la estratificación socioeconómica y la focalización individual son instrumentos de medida que sólo sirven para mensurar aquello que se tuvo en cuenta al diseñarlos, y en la regulación del SISBEN caben entes pobres abstractos, y no personas en situación. (...). Tal nivel de ineficacia difícilmente puede aceptarse como razonablemente compatible con el orden político, económico y social justo al que se alude en el Preámbulo de la Carta Política” (T-177 de 1999).

La tarea de los jueces constitucionales en el desarrollo del Estado social de derecho no se queda en el control de razonabilidad del diseño institucional

11 Corte Constitucional, sentencias T-307 de 1999, T-177 de 1999, T-185 de 2000, T-1083 de 2000 y T-1063 de 2001.

de forma que no se excluyan personas dignas de protección especial. Ella se extiende a la ejecución de dichas políticas. Por ejemplo, en sentencia T-149 de 2002 la Corte encontró que se vulneraba el derecho a acceder en igualdad de oportunidades a un subsidio para personas mayores en situación de indigencia cuando la administración no suministra la información adecuada necesaria para hacerse acreedor al subsidio. En esta oportunidad la Corte sentó el precedente según el cual “la administración pública debe asegurarse de que en la asignación de beneficios, auxilios, subsidios o ayudas estatales se respete el debido proceso administrativo (art. 29 C.P.), el cual incluye no sólo la prohibición de privar de la prestación al actual beneficiario, sin sujeción al proceso debido establecido en las normas legales vigentes, sino también la exigencia de suministrar información clara, oportuna y completa al potencial beneficiario para que éste tenga la oportunidad efectiva de acceder a tales prestaciones”.

3. Conclusiones

Una evaluación global de la realización actual de los derechos sociales fundamentales a partir de los fallos proferidos por la jurisdicción social de la tutela muestra que salvo el derecho fundamental a la salud, los derechos a la alimentación, al techo, a la seguridad social, a la educación y al trabajo no son garantizados por vía judicial a las personas excluidas de los beneficios del progreso, que son la gran mayoría de la población colombiana. Esta conclusión se ve reflejada en las sentencias relativas a desplazados e indigentes. Los jueces constitucionales se han limitado a controlar la razonabilidad de las actuaciones de las autoridades públicas en el diseño y la ejecución de las medidas para atender a amplios sectores afectados por la violencia y la pobreza, ordenando dar prioridad a los desplazados en la asignación de cupos educativos y de vivienda, pero negando por razones competenciales la protección a indigentes sin acceso a programas gubernamentales. Estos resultados del análisis refutan la tesis según la cual los jueces de tutela usurpan las competencias legislativas y administrativas en materia de derechos sociales; por el contrario, muestran lo conservadores que han sido los fallos de tutela en materia de derechos sociales. El derecho fundamental al mínimo vital,

expresión de los derechos sociales fundamentales mínimos, ha servido más que todo para proteger a trabajadores y pensionados del masivo incumplimiento contractual y legal de los obligados. En el caso de la salud los jueces de tutela han ido algo más lejos, y han protegido a niños, ancianos, discapacitados y enfermos crónicos o terminales con fundamento en la Constitución y no sólo en la ley. No obstante, otros sectores de la población permanecen excluidos de la protección del Estado, por lo que bien se puede afirmar que el Estado social de derecho sigue siendo una aspiración.

La anterior no significa que la jurisdicción social de la tutela no cumpla una importante tarea en la realización del Estado social de derecho. La equívocación al momento de juzgar la efectividad de una Constitución está en atribuirle finalidades que ella sola no puede cumplir. Que el Estado social de derecho no exista aún en Colombia sólo nos dice que debemos hacer mayores esfuerzos intelectuales y materiales para alcanzarlo. Precisamente las características de la jurisdicción social de la tutela —que sea una justicia social de mínimos pero para todos, constitucional, objetiva, de precedente, de equidad, descentralizada y gradual— permiten ir construyendo paso a paso, pero con vocación de permanencia, las condiciones jurídicas y fácticas necesarias para garantizar los derechos sociales fundamentales a todos los colombianos. Prueba de esto son los progresos de la jurisprudencia de tutela en materia de sensibilidad frente a situaciones concretas particulares, la destinación prioritaria de recursos a sectores discriminados o marginados, la primacía de la continuidad académica sobre el factor de lucro, las acciones afirmativas a favor de desplazados, la extensión de las prestaciones de salud más allá de los límites contractuales y legales cuando ello es necesario para preservar la dignidad de la persona, la protección de la mujer, de las trabajadoras temporales, de los discapacitados, de los pensionados y de las personas en situaciones de desventaja en el ámbito laboral. La jurisprudencia social de la tutela cumple una misión más sutil que la de resolver milagrosamente todos los problemas sociales del país. Su función crítica, pedagógica y ética señala los derroteros para construir una sociedad más justa, sin exclusión, discriminación e insensibilidad frente a la marginación social de amplios sectores de la población.

Necesitamos construir dogmáticamente un derecho social que nos permita asegurar las condiciones jurídicas y materiales necesarias para avanzar en un verdadero pacto de paz. El subdesarrollo no sólo se sufre en términos

económicos sino también en términos conceptuales. Por eso en los análisis y estudios constitucionales debiera primar una visión de futuro, esperanzada, constructiva y crítica, y no una visión de pasado, vetusta, amiga de las investiduras, de los manejos de poder y defensora de los privilegios. En ello radica el reto de las nuevas generaciones de juristas: en construir un Estado social de derecho que respetando el Estado de derecho realice los derechos sociales fundamentales para todos, sin exclusiones.

Bibliografía

- Arango, Rodolfo, “El mínimo vital como índice de justicia entre particulares”, *Revista Tutela, Acciones Populares y de Cumplimiento*, No. 5, Legis, mayo 2000.
- “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”, *Revista de Derecho Público* No. 12, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, 2001.
- “La protección nacional e internacional de los derechos humanos sociales”, en: Alonso, M.A./Giraldo Ramírez (eds.), *Ciudadanía y Derechos Humanos Sociales*, Ediciones Escuela Nacional Sindical, Bogotá, 2001.
- Lemaitre, Julieta, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, Estudios Ocasionales, Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (CIJUS), Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, 2002.
- Rama Judicial del Poder Público, *Estadísticas sobre la acción de tutela*, Bogotá, 1999.
- Rodríguez, César, “La Justicia Laboral”, en: Santos, Boaventura de Sousa/García Villegas, Mauricio, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Colciencias *et al.*, Bogotá, 2001.
- Sanín Vásquez, José Luciano, *Los derechos económicos, sociales y culturales en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*, manuscrito.

Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia¹

César Rodríguez Garavito
Diana Rodríguez Franco

Introducción. 1. Un giro en el debate constitucional: hacia los estudios de impacto judicial y diseño institucional. 1.1. El punto ciego en el debate sobre la justiciabilidad de los derechos: la implementación de los fallos. 1.2. El derecho constitucional como imaginación institucional: el punto ciego en los debates sobre litigio estructural y activismo judicial. 1.3. El bloqueo institucional y la justificación del activismo judicial en las “democracias realmente existentes”. 1.4. La implementación de los fallos por medio de la jurisprudencia dialógica: la promoción de la democracia deliberativa y experimental. 1.5. La tipología de efectos y la sentencia T-025. 2. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

El 22 de enero de 2004, la Corte Constitucional colombiana dictó el fallo más ambicioso de sus casi dos décadas de existencia: la sentencia T-025 de 2004 (Corte Constitucional, 2004). En ella, declaró que la dramática situación de los más de tres millones de personas desplazadas por la violencia en

1 Este texto reproduce parcialmente dos trabajos anteriores. El marco teórico proviene de Rodríguez Garavito (2010). El estudio de caso de la jurisprudencia colombiana sobre desplazamiento tiene su origen en Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2009). La presente versión fue preparada originalmente para publicación en Arcidiácono, Espejo y Rodríguez Garavito (2009).

Colombia —la segunda cifra más alta en el mundo, después de Sudán (ACNUR 2009)— constituye un “estado de cosas inconstitucional”. Al aplicar esta figura jurisprudencial, estableció que existe una violación masiva y reiterada de los derechos humanos de la población desplazada, y que las fallas estructurales de las políticas del Estado colombiano son un factor central que contribuye a ella.

En este capítulo ofrecemos una síntesis un estudio de caso detallado sobre esta sentencia fundamental². Para los propósitos de este libro —esto es, indagar, en perspectiva comparada, temas centrales de la discusión sobre los derechos sociales, económicos y culturales (DESC)—, hemos escogido un foco y un objeto de estudio que, creemos, obligan a expandir los límites convencionales de esa discusión.

En cuanto al foco del análisis, a diferencia de la gran mayoría de la bibliografía, nos concentramos en los *efectos* de la sentencia. Como explicamos más adelante, los trabajos existentes se han centrado en la fase de *producción* de los fallos —ya sea para debatir su fundamento teórico o sus detalles técnicos jurídicos. Con ello, han tendido a pasar de largo una cuestión igualmente importante para la protección eficaz de los derechos: la *implementación* de las sentencias, fase en la que se juegan sus efectos prácticos. Con el fin de llenar este vacío, esbozamos una perspectiva analítica y metodológica para examinar la implementación de fallos constitucionales y la aplicamos al estudio de la sentencia T-025 de 2004 (en adelante, T-025).

En cuanto al objeto del estudio, la T-025 presenta cuatro características que la hacen particularmente útil para la discusión latinoamericana y global sobre la aplicación judicial de los DESC. Primero, el alcance del fallo es particularmente amplio. Se trata de una verdadera “macro sentencia” por (1) el tamaño de la población beneficiaria, (2) la gravedad de las violaciones de derechos que pretende resolver, (3) los numerosos actores estatales y sociales que involucra, y (4) la ambición y duración del proceso de implementación de las órdenes del fallo, que ha durado seis años y sigue abierto. La envergadura del caso amplía, como por un efecto de lupa, los retos y las oportunidades para la garantía de los derechos sociales en las condiciones de países latinoamericanos (y de otras partes del mundo) en los que se combinan la

2 La versión completa del estudio de caso se encuentra en Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2009).

presencia de cortes activistas, el litigio y la movilización social a favor de los DESC, y la existencia de estados fragmentados y burocracias con capacidad (y voluntad) limitadas para aplicar esos derechos.

En segundo lugar, la T-025 es tal vez el intento judicial latinoamericano más explícito y sistemático por asegurar la implementación de una macro-sentencia. Como se verá, la Corte Constitucional ha mantenido jurisdicción sobre el caso para impulsar el cumplimiento de sus órdenes, por medio de 80 decisiones de seguimiento (autos) y 12 audiencias públicas de discusión, que han hecho balances del trabajo del Gobierno y dictado nuevas órdenes para impulsar la protección de los derechos de la población desplazada.

Una tercera particularidad relevante es el tipo de órdenes dictadas por la Corte. En lugar de fijar los detalles de las medidas que las autoridades públicas deben tomar para atender a los desplazados –como lo había hecho en otras sentencias que habían sido criticadas por numerosos economistas y juristas³–, el Tribunal Constitucional expidió órdenes de procedimiento que involucran al Estado y la sociedad civil en la elaboración y aplicación de programas para enfrentar la crisis humanitaria del desplazamiento. Al requerir el diseño de políticas y convocar audiencias públicas periódicas para discutir las, la Corte estableció un procedimiento participativo y gradual de implementación del fallo. Como se verá, la combinación de este tipo de órdenes con mecanismos de seguimiento públicos creó espacios de deliberación que ofrecen alternativas novedosas y potencialmente democratizadoras para la aplicación judicial de los DESC.

Por último, la T-025 resulta especialmente sugestiva para la discusión internacional propuesta en este libro porque hace parte de una jurisprudencia –la de la Corte Constitucional colombiana– que se ha ganado un lugar prominente en el constitucionalismo comparado. En un giro paradójico de la historia social y jurídica, precisamente uno de los países con violaciones más graves de los derechos humanos ha pasado a ser exportador neto de jurisper-

3 El caso más conocido, y también más criticado, fue la sentencia C-700/99, en la que la Corte declaró inconstitucional el sistema de financiación de vivienda (UPAC) y ordenó reemplazarlo por uno nuevo cuyos parámetros detallados ella misma fijó. Para evaluaciones críticas del activismo detallado de estas sentencias, desde visiones muy distintas, véase Clavijo (2001), Kalmanovitz (2001), Uprimny (2000). Para un análisis del impacto de esta jurisprudencia, véase Rodríguez Garavito (2010).

dencia constitucional y de innovaciones institucionales para asegurar el cumplimiento de decisiones ambiciosas sobre DESC. Hoy en día, en efecto, la jurisprudencia de la Corte es citada con entusiasmo por tribunales latinoamericanos y de otras partes del mundo, y suele ser incluida en los estudios comparados sobre jurisprudencia constitucional (Comisión Internacional de Juristas, 2008; Coomans, 2006; Gargarella, Domingo y Roux, 2006; Langford, 2008).

La colombiana, por supuesto, no es la única corte constitucional que ha avanzado en esta dirección. La T-025 y la jurisprudencia colombiana se inscribe en una tendencia internacional hacia el protagonismo de los jueces constitucionales en la realización de los derechos. En las últimas décadas se han multiplicado los ejemplos de este “neoconstitucionalismo progresista” (Rodríguez Garavito, 2009a). Entre los más conocidos está la jurisprudencia de la Corte Suprema de India, que ha abordado temas sociales estructurales como el hambre y el analfabetismo, y ha sido acompañada de la creación de comisiones judiciales de consulta que le hacen seguimiento a la implementación de los fallos (Muralidhar, 2008; Shankar y Mehta, 2008). Asimismo, la Corte Constitucional surafricana se ha convertido en un espacio institucional fundamental para la promoción de derechos tales como la vivienda y la salud, y para obligar al Estado a tomar acciones en contra del legado económico y social del apartheid (Berger, 2008; Liebenberg, 2008). Y algunas cortes argentinas han venido desarrollando una jurisprudencia protectora de derechos tales como la seguridad social en salud y pensiones (Comisión Internacional de Juristas, 2008), al mismo tiempo han experimentado con mecanismos públicos de seguimiento a la implementación de sentencias activistas en temas tales como los derechos de las personas detenidas y la protección del medio ambiente (Abramovich y Pautassi, 2009; Bergallo, 2005; Courtis, 2009; Filippini, 2005; Puga, 2008).

La selección de la T-025 para el estudio implica una opción deliberada por el análisis de un tipo específico de casos, al que denominamos “litigio estructural” o “casos estructurales” (Rodríguez Garavito, 2010). Se trata de casos caracterizados por (1) afectar un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos, ya sea directamente o por medio de organizaciones que litigan su causa; (2) involucrar varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas e

(3) implicar órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada (no solamente los demandantes del caso concreto). En este sentido, cuando hablamos de activismo judicial, nos referimos principalmente a la intervención de los jueces en este tipo de casos⁴.

Con este foco analítico y este objeto de estudio en mente, en este capítulo desarrollamos tres argumentos centrales: uno relacionado con la *justificación* de la intervención de los jueces en asuntos estructurales de políticas públicas (como aquéllos en los que se juega la protección de los DESC), otro relativo al *procedimiento* adecuado para dicha intervención, y otro sobre los *efectos* de esa intervención.

En cuanto a lo primero, frente a las críticas según las cuales el activismo judicial invade las competencias de los funcionarios del ejecutivo y el legislativo que son elegidos popularmente —y, por tanto, resulta injustificado en una democracia—, señalamos casos frecuentes en los que las burocracias y los sistemas políticos de las democracias contemporáneas entran en situaciones de estancamiento estructural que frustran la realización de los DESC. En esas circunstancias de “bloqueo” institucional —que derivan en profundas deficiencias o, incluso, en la inexistencia de políticas públicas para atender problemas sociales urgentes—, afirmamos que las cortes son la instancia adecuada para desestancar el funcionamiento del Estado y promover la protección de los derechos. Desde una concepción de la democracia que enfatiza la importancia de la deliberación pública y el control horizontal entre los órganos del poder público, sostenemos, además, que ese tipo de intervenciones judiciales

4 Esta denominación y caracterización del litigio estructural está inspirada en la literatura sobre el activismo judicial a través de sentencias de ejecución compleja (*complex enforcement*) que ordenan “re-medios estructurales” a casos de este tipo (ver Chayes, 1976). En América Latina, este tipo de litigio ha tomado fuerza en las últimas décadas de la mano del “litigio estratégico”, (Abramovich y Pautassi 2009; CELS 2008), los “casos colectivos” (Maurino, Nino y Sigal, 2005), o el “derecho de interés público” (González, 2004). Por supuesto, al concentrarnos en estos macrocasos, no sugerimos que sean los únicos o los más importantes para garantizar los DESC. De hecho, como varios lo han mostrado, la suerte de los DESC depende igualmente de una multitud de casos individuales y cotidianos (que pueden no llegar nunca a las cortes), desde el pago de una pensión adeudada a un jubilado hasta la provisión de un servicio público sin discriminación de género, raza, origen nacional u otros motivos (ver Abramovich, 2005; Comisión Internacional de Juristas, 2008).

profundiza la democracia, en lugar de erosionarla. Ilustramos este argumento con evidencia del caso T-025, que muestra cómo la sentencia fue dictada justamente para romper el estancamiento burocrático que impedía prestar atención básica a la población desplazada, y cómo la intervención de la Corte complementó, en lugar de reemplazar, el papel del Gobierno y el Congreso colombianos.

En relación con el procedimiento adecuado para cumplir este rol, acogemos las críticas hechas contra algunas decisiones judiciales activistas, que cuestionan la legitimidad democrática y la utilidad práctica de sentencias que contienen órdenes muy detalladas que dejan poco margen de maniobra a los hacedores de políticas públicas y que, frecuentemente, no van acompañadas de mecanismos de seguimiento del cumplimiento del fallo. Con base en los hallazgos del estudio de la T-025, argumentamos a favor de órdenes y procedimientos que abran espacios participativos y deliberativos de implementación de los fallos estructurales que involucren a todos los afectados y que, al mismo tiempo, establezcan incentivos y plazos para avanzar en la protección de los derechos vulnerados.

En cuanto a los efectos de los fallos estructurales, defendemos una aproximación teórica y metodológica amplia que captura no sólo sus efectos materiales inmediatos, sino también sus consecuencias indirectas y sus efectos simbólicos (Rodríguez Garavito, 2010). Desde esta perspectiva, sostenemos que el tipo de intervención judicial que defendemos tiene múltiples efectos, que van desde el impacto material directo (en nuestro caso, cambios en la política pública y la situación de los desplazados) hasta efectos simbólicos indirectos (p. ej., la transformación de la opinión pública sobre el desplazamiento). A partir de la evidencia del fallo sobre desplazamiento en Colombia, resaltamos un efecto poco discutido del activismo judicial, que es particularmente importante para la concepción deliberativa de la democracia que defendemos: la promoción de un debate público sobre las violaciones de los DESC y las alternativas de solución a ellas.

Para sustentar estos argumentos, organizamos el resto de este capítulo en tres secciones. En la primera, delineamos el marco analítico y la metodología del estudio de caso que le sirve de base. En la segunda, desarrollamos los argumentos sobre la justificación del activismo judicial en circunstancias de estancamiento institucional, a la luz de la evidencia de cerca de seis años

de implementación de la T-025. En la tercera parte, esbozamos los efectos de esta sentencia —y del activismo estructural en general—. Al hacerlo, por razones de espacio y de afinidad con los temas de este libro, seleccionamos para un tratamiento más detenido dos efectos que tienen conexión directa con los temas de la justificación, legitimidad y capacidad de las cortes para intervenir en casos estructurales sobre DESC: de un lado, el efecto potencial de los fallos judiciales para “desbloquear” burocracias estatales impermeables a las exigencias de los derechos sociales y, del otro, la posibilidad de que dichos fallos impulsen procesos participativos que profundicen la deliberación democrática y promuevan políticas públicas que garanticen los DESC⁵. Finalmente, en la última sección, extraemos algunas conclusiones del estudio.

1. Un giro en el debate constitucional: hacia los estudios de impacto judicial y diseño institucional

En términos teóricos y analíticos, el giro propuesto está construido en diálogo con dos líneas de investigación que han recibido escasa atención en la literatura latinoamericana y revelan dos de sus puntos ciegos. De un lado, existe una fructífera tradición internacional de estudios sociojurídicos que indaga empíricamente el impacto político, económico y social de las sentencias judiciales. De otro lado, una de las áreas más dinámicas del derecho constitucional comparado ha sido construida alrededor del debate sobre la legitimidad, la utilidad y el funcionamiento del activismo de las cortes en relación con problemas sociales estructurales, a la luz del creciente protagonismo de los jueces en la protección de los derechos en diferentes partes del mundo en las últimas dos décadas.

En esta sección ofrecemos una discusión crítica de estas dos líneas de trabajo, como telón de fondo para la presentación, en las secciones posteriores, de los argumentos y la evidencia sobre las intervenciones judiciales en casos estructurales.

5 Para un análisis detallado de los demás efectos del caso, véase Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2009).

1.1. El punto ciego en el debate sobre la justiciabilidad de los derechos: la implementación de los fallos

La copiosa bibliografía sobre la aplicación judicial de los DESC en América Latina y otras regiones del mundo ha estado dominada por dos ángulos de análisis. De un lado, algunos aportes esenciales al debate se han concentrado en el problema teórico de cómo fundamentar la justiciabilidad de estos derechos, a la luz de la teoría democrática y de la realidad de contextos sociales atravesados por profundas desigualdades económicas y políticas (Arango, 2005; Bilchitz, 2007; Gargarella, 2007; Fredman, 2008). De otro lado, un buen número de trabajos ha intervenido en la discusión desde la dogmática de los derechos humanos, con el fin de dar mayor precisión a los estándares judiciales de aplicación de los derechos sociales e impulsar su utilización por parte de los órganos judiciales y de monitoreo, tanto en la escala nacional como en la escala internacional (Abramovich y Courtis, 2004; Abramovich, Añón y Courtis, 2003; COHRE, 2003; Coomans 2006; Langford, 2008).

Las perspectivas teóricas y dogmáticas dominantes han avanzado considerablemente en la elucidación conceptual y el impulso práctico de la justiciabilidad de los DESC. Su énfasis casi exclusivo en la fase de producción de sentencias, sin embargo, ha creado un punto ciego, tanto analítico como práctico: la etapa de implementación de los fallos. Por esta razón, no contamos con estudios sistemáticos sobre la suerte que corren las decisiones activistas una vez quedan impresas en papel oficial. ¿Qué pasa con las órdenes contenidas en esos fallos? ¿En qué medida las autoridades públicas y los ciudadanos adoptan la conducta requerida por los tribunales para proteger un derecho social? ¿Qué impacto tienen los fallos sobre el Estado, las organizaciones de la sociedad civil, los movimientos sociales y la opinión pública? ¿Sirven, en últimas, para proteger los derechos sociales en la práctica?

1.1.1. El debate sobre los tipos de efectos de los fallos

Con base en un trabajo más amplio (Rodríguez Garavito, 2010), en este capítulo giramos el lente analítico hacia estas preguntas. Para ello, recurrimos a herramientas de los estudios sociojurídicos internacionales, que han indagado el impacto de grandes fallos del activismo judicial en asuntos tan variados

como la desigualdad de género en el mercado laboral (McCann, 1994), la discriminación racial (Rosenberg, 1991; Klarman, 2007) y las condiciones de hacinamiento en las prisiones (Feeley y Rubin, 1998). Desde diferentes perspectivas, estos estudios han teorizado y evaluado empíricamente los efectos de la “revolución de los derechos” (Epp, 1998) provocada por la intervención creciente de los jueces en el manejo de problemas sociales estructurales.

La pregunta más recurrente (y controvertida) de esta bibliografía es: ¿cómo evaluar el impacto de una decisión judicial? En términos más amplios, ¿cómo determinar los efectos de la judicialización de problemas sociales? ¿Cómo medir el impacto de la transformación de una controversia política, económica o moral en un litigio?

Las respuestas a estos interrogantes pueden ser clasificadas en dos grupos, de acuerdo con el tipo de efectos que privilegian. De un lado, algunos autores centran su atención en los efectos directos y palpables de los fallos judiciales. Desde una perspectiva neorrealista que ve el derecho como un conjunto de normas que moldea la conducta humana, aplican un “test” estricto de causalidad para medir el impacto de una intervención judicial: una sentencia es eficaz si ha generado un cambio constatable en la conducta de sus destinatarios inmediatos, es decir, los individuos, los grupos o las instituciones que los litigantes y los jueces buscan influir con sus estrategias y decisiones. Por ejemplo, la pregunta sobre los efectos de la sentencia T-025 sería resuelta con un análisis de su impacto sobre la conducta de los funcionarios públicos y las instituciones encargadas de las políticas públicas sobre el tema y, en últimas, con una evaluación de sus consecuencias sobre la situación de la población desplazada.

El trabajo seminal de esta corriente es el de Gerald Rosenberg (1991), sobre los efectos del conocido fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Brown* de 1954, que inició una ola de intervenciones judiciales para desmontar la segregación racial en escuelas, establecimientos públicos y otros espacios. Contra la opinión dominante sobre *Brown* –según la cual el fallo revolucionó las relaciones raciales en ese país y contribuyó al surgimiento del movimiento de derechos civiles de las década de los sesenta–, el estudio empírico de Rosenberg concluyó que la sentencia había tenido escasos efectos y que la fe en las cortes como motores de cambio social era una “esperanza vacía”. Según Rosenberg, las autoridades públicas de los estados

del sur de Estados Unidos se resistieron a cumplir el fallo, de tal forma que fue la movilización política de los años sesenta y la legislación antidiscriminación que resultó de ella (y no la sentencia), las que lograron la desegregación racial. El autor llega a la misma conclusión al estudiar el impacto el impacto del litigio para despenalizar el aborto en Estados Unidos a comienzos de los setenta (en el caso *Roe v. Wade*) y, recientemente, en su análisis de los efectos de los casos y los fallos a favor de los derechos de las parejas del mismo sexo (Rosenberg, 2008).

De otro lado, autores inspirados en una visión constructivista de la relación entre derecho y sociedad han criticado a Rosenberg y los neorrealistas por centrarse sólo en los efectos instrumentales y directos de los fallos y el litigio de derechos humanos. De acuerdo con la crítica, el derecho y las decisiones judiciales generan transformaciones sociales no sólo cuando inducen cambios en la conducta de individuos y grupos directamente involucrados en el caso, sino también cuando provocan transformaciones indirectas en las relaciones sociales, o cuando modifican las percepciones de los actores sociales y legitiman las visiones del mundo que promueven los activistas y litigantes que acuden a las cortes (véase Bourdieu, 2000). Para volver al caso de la sentencia T-025, más allá de sus efectos instrumentales directos (esto es, el cumplimiento efectivo de sus órdenes), es posible que ella haya generado efectos indirectos o efectos simbólicos igualmente importantes. Por ejemplo, puede haber contribuido a cambiar la percepción pública sobre la urgencia y gravedad del desplazamiento en Colombia, o puede haber legitimado las denuncias y reforzado el poder de negociación de las ONG de derechos humanos y las entidades internacionales que venían presionando al gobierno colombiano para hacer más por la población desplazada.

El aporte fundamental a esta aproximación constructivista es el estudio de Michael McCann (1994) sobre los efectos de las estrategias jurídicas del movimiento feminista por la equidad salarial en Estados Unidos. Contra Rosenberg, McCann sostiene que los efectos indirectos del litigio y el activismo judicial son, a menudo, más importantes que los efectos directos en los que se concentran los neorrealistas. En este sentido, “aunque, con frecuencia, las victorias judiciales no se traducen automáticamente en el cambio social deseado, pueden ayudar a redefinir los términos de las disputas entre grupos

sociales, tanto en el corto como en el largo plazo” (McCann, 1994:283). Y pueden tener profundos efectos simbólicos, al modificar la percepción del problema y de las alternativas de solución que tienen distintos actores sociales (los funcionarios públicos, las víctimas de la violación de derechos de que se trate, la opinión pública, etc.). Todo esto implica que, incluso cuando los jueces fallan en contra de las pretensiones de quienes promueven un cambio social, el proceso judicial puede generar efectos transformadores al darle visibilidad al problema en los medios de comunicación o crear lazos perdurables entre organizaciones activistas que pueden sobrevivir al fallo y derivar en acciones políticas colectivas a favor de la misma causa en escenarios distintos de las cortes (p. ej. el Congreso, las calles, o las instancias internacionales de derechos humanos).

Para aclarar y marcar el contraste entre estas dos visiones, resulta útil construir una tipología de los tipos de efectos que consideran (Tabla 1).

Tabla 1
Tipos y ejemplos de efectos de las decisiones judiciales

	Directos	Indirectos
Instrumentales	Diseño de política pública ordenada por sentencia	Formación de coaliciones activistas para incluir en el tema sentencia
Simbólicos	Definición y percepción del problema como violación de derechos	Transformación de la opinión pública sobre la urgencia y gravedad del problema

Fuente: Rodríguez Garavito (2010)

De un lado, como se muestra en el eje horizontal de la tabla, las sentencias pueden tener efectos directos o indirectos. Los directos consisten en las conductas ordenadas por el fallo y afectan a los actores del caso, ya sean los litigantes, los beneficiarios o los destinatarios de las órdenes. En el caso de la T-025, por ejemplo, algunos efectos directos han sido la formulación e implementación de nuevas normas y políticas públicas por parte de las autori-

dades a las que están dirigidas las órdenes del fallo, la inclusión de las ONG litigantes en las audiencias y el proceso de seguimiento, y la mejoría en la financiación y prestación de algunos servicios a los desplazados, que son los beneficiarios últimos de la decisión.

Los efectos indirectos son toda clase de consecuencias que, sin estar estipuladas en las órdenes judiciales, se derivan de la sentencia y afectan no sólo a los actores del caso, sino a cualquier otro actor social. Como se verá más adelante, en la T-025 algunos efectos de este tipo han sido el surgimiento de coaliciones de organizaciones de la sociedad civil para participar en el proceso de seguimiento de la sentencia, y la transformación de la manera como los medios de comunicación informan sobre el tema.

De otro lado, como se representa en el eje vertical de la tabla, las decisiones judiciales pueden generar efectos instrumentales o simbólicos (García Villegas, 1993). Los instrumentales implican cambios materiales en la conducta de individuos o grupos. En nuestro caso, algunos efectos de este tipo han consistido en la creación de programas de atención a la población desplazada, la actuación de entidades internacionales como financiadoras o supervisoras del proceso de seguimiento y la formación de organizaciones de desplazados para intervenir en ese proceso.

Los efectos simbólicos consisten en cambios en las ideas, percepciones e imaginarios sociales sobre el tema objeto del litigio. En términos sociológicos, implican cambios culturales o ideológicos en relación con el problema del caso⁶. Como se verá, entre los efectos de este tipo provocados por la T-025 están la transformación de la percepción pública del desplazamiento (que ahora tiende a ser visto como un problema de violación de derechos humanos, antes que una consecuencia del conflicto armado), así como la “juridización” del discurso de las organizaciones de desplazados a medida que se apropiaron de lenguaje de derechos utilizado por la Corte Constitucional (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2009).

Como se aprecia en la tabla, el cruce de las dos clasificaciones da lugar a cuatro tipos tipos: (I) efectos instrumentales directos (p. ej. la expedición de una norma, el diseño de política o la ejecución de una obra pública ordenada por el juez); (II) efectos instrumentales indirectos (p. ej., la entrada al debate

6 Para los conceptos y la distinción entre cultura e ideología, véase Swidler (1986).

de nuevos actores sociales –ONG, financiadores, entidades públicas– atraídos por las oportunidades de incidencia abiertas por la sentencia); (III) efectos simbólicos directos (p. ej., la modificación de la percepción pública del problema, cuando pasa a ser concebido en el lenguaje de derechos humanos utilizado por las cortes); y (IV) efectos simbólicos indirectos (p. ej., la legitimación de la visión del problema social propuesta por los litigantes o la transformación de la opinión pública sobre la gravedad o urgencia del problema).

Con esta tipología en mente, volvamos al contraste entre los enfoques neorrealistas y constructivista. Mientras que los neorrealistas como Rosenberg se centran en los efectos instrumentales (principalmente los directos), los constructivistas cuentan entre los impactos de los fallos los cuatro tipos de efectos. Esto explica que una misma sentencia pueda ser ineficaz para los neorrealistas y eficaz para los constructivistas, en la medida en que lo que cuenta como impacto para estos es un conjunto de efectos más amplio.

Esta diferencia en la evaluación de los efectos surge de divergencias teóricas más profundas entre las dos aproximaciones. Como se señaló, la perspectiva neorrealista parte de una concepción positivista del derecho (como conjunto de normas coercitivas cuyo cumplimiento modifica la conducta humana) y de las ciencias sociales (como conocimiento sobre el comportamiento externo observable). Sus críticos, entre tanto, se basan en una concepción constructivista del derecho (como conjunto de normas y símbolos que modifican y son modificados por las relaciones sociales) y una visión interpretativa de las ciencias sociales (como conocimiento sobre la conducta humana y los marcos culturales que le dan sentido) (McCann, 1994: 290).

Otra diferencia teórica –que ha pasado prácticamente desapercibida en el debate entre las dos aproximaciones– tiene que ver con el concepto de poder que subyace a cada una. En términos de la tipología clásica de las tres caras del poder de Lukes (2007), los realistas tienden a adoptar una visión unidimensional: un actor social (en este caso, las cortes) tiene poder si logra que otro actor social (en nuestro caso, las autoridades públicas obligadas por la sentencia) cumplan lo que aquél ordena, incluso contra el querer de éste (ver Weber, 1944). Como se ve, se trata del poder evidente en los efectos instrumentales directos de los fallos.

Los constructivistas, en cambio, adoptan la crítica de Lukes y utilizan un concepto tridimensional del poder, que añade dos tipos: (1) el que se

ejerce mediante la inacción –p. ej., el que ejercen las cortes cuando deciden no abordar un caso y, así, mantienen las relaciones de poder existentes–, y (2) el poder estructural de los actores sociales cuyos intereses son protegidos por las reglas jurídicas, las instituciones sociales y la ideología dominantes, que delimitan los temas que están abiertos a discusión y la forma de discutirlos –p. ej., las reglas de procedimiento jurídico que exigen la presentación de demandas individuales y limitan las reclamaciones colectivas ante las cortes⁷. Como se puede advertir, estas dos dimensiones adicionales del poder capturan los efectos simbólicos e indirectos de las decisiones judiciales y del derecho en general.

Nuestro estudio de caso de la T-025 tomó como punto de partida la crítica constructivista a la teoría neorrealista del derecho y la sociedad, y sus resultados ofrecen razones empíricas y metodológicas que la respaldan. Desde el punto de vista empírico, las entrevistas con los actores del caso, los documentos analizados y la observación del proceso de implementación del fallo muestran que, como lo sugiere McCann, los efectos indirectos y los efectos simbólicos tienen consecuencias jurídicas y sociales tan profundas como los efectos instrumentales directos. De hecho, la situación de la población desplazada no ha cambiado sustancialmente desde 2004, y las autoridades han hecho a medias las tareas ordenadas por la Corte (véase Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2009). En este sentido, un neorrealista como Rosenberg podría concluir que la esperanza que activistas y desplazados han puesto en la Corte ha sido vana.

Esta conclusión, sin embargo, deja por fuera importantes consecuencias del fallo que son invocadas recurrentemente por los entrevistados: la aparición del problema del desplazamiento en la agenda pública, la movilización social a favor de los derechos de los desplazados, el cambio de la percepción de la urgencia y gravedad del desplazamiento en la opinión pública, y la transformación gradual del aparato estatal que atiende a la población desplazada, entre otros.

7 El tratamiento más explícito y agudo de estas diferentes concepciones del poder y sus consecuencias para los estudios sociojurídicos se encuentra en McCann (2007).

1.1.2. El debate sobre la evaluación de los efectos: la metodología del estudio de caso de la T-025

Desde un punto de vista metodológico, la epistemología positivista de los neorrealistas implica un énfasis casi exclusivo en técnicas de investigación cuantitativas que permitan medir los efectos instrumentales directos privilegiados por esa visión. Ello es evidente en los estudios de impacto inspirados en el análisis económico del derecho, cuyas conclusiones tienden a ser tan estrechas y pesimistas como las de Rosenberg. Así ha ocurrido con los análisis económicos sobre el activismo judicial colombiano, que, de hecho, han sido la fuente de algunas de las críticas más persistentes contra la Corte Constitucional⁸.

Contra esta metodología unidimensional, el enfoque constructivista que adoptamos en este trabajo abre el abanico investigativo para incluir, a la par con técnicas cuantitativas (p. ej., análisis de indicadores sociales de la población desplazada, medición del cubrimiento de prensa del tema antes y después de la sentencia, etc.), técnicas cualitativas que capturen los efectos indirectos y simbólicos del fallo (p. ej., entrevistas a profundidad con funcionarios públicos, activistas y personas desplazadas para indagar el impacto del fallo en su percepción del desplazamiento y sus estrategias frente a él).

Ello explica la combinación de métodos utilizados en nuestro estudio de caso. Primero, el análisis está basado en 40 entrevistas semiestructuradas, de una duración promedio de una hora, con actores clave del caso, incluyendo (1) funcionarios estatales a cargo de la política de desplazamiento en entidades como el Departamento Nacional de Planeación, la Alta Consejería para Acción Social y la Cooperación Internacional, los ministerios del Interior y de Hacienda y la Defensoría del Pueblo; (2) representantes de organizaciones internacionales involucradas en el seguimiento a la sentencia, como la oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR); (3) miembros de ONG que han sido activas en el impulso del caso, como la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (Codhes); (4) líderes de organizaciones de desplazados o de organizaciones de base que trabajan en el tema, como la Asociación de Afrocolombianos Desplazados

8 Entre las críticas de los economistas a la Corte, véase Clavijo (2001) y Kalmanovitz (2001). Para un análisis del enfrentamiento entre economistas y constitucionalistas alrededor del activismo judicial en Colombia, véase Rodríguez Garavito (2009a).

(Afrodes) y la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) y la Mesa de Mujeres, y (5) magistrados y funcionarios de la Corte Constitucional involucrados en el caso.

Segundo, el trabajo de campo incluyó observación participativa en diversos espacios de seguimiento de la sentencia, desde las audiencias públicas celebradas en la sede de la Corte Constitucional hasta comisiones de expertos conformados para producir información técnica para la Corte, pasando por reuniones de la coalición de organizaciones de la sociedad civil que acompañan el caso (la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado).

Tercero, el estudio implicó un análisis sistemático de la copiosa documentación producida por la Corte en el seguimiento del caso, así como los numerosos informes y publicaciones elaborados por las entidades públicas y por las organizaciones de la sociedad civil en respuesta a peticiones de información de la Corte a lo largo de los seis años de seguimiento de la sentencia.

Cuarto, analizamos las cifras e indicadores producidos por los diferentes actores del caso para medir la evolución de la situación de la población desplazada, a la luz de los parámetros establecidos por la Corte en la T-025 y los autos posteriores. Para este componente cuantitativo, fueron especialmente útiles los datos de las encuestas nacionales de verificación del nivel de goce efectivo de derechos de la población desplazada, hechas en 2007 y 2008 por la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado y la Universidad Nacional (Comisión de Seguimiento, 2008, 2009)

Finalmente, dado nuestro interés en examinar los efectos simbólicos e indirectos a la par con los instrumentales y directos, el estudio incluyó un conteo y un análisis de contenido sistemáticos de las notas de prensa sobre el desplazamiento publicadas en el período comprendido entre los años 2000 y 2008, en los dos medios escritos de mayor difusión nacional (el diario *El Tiempo* y la revista *Semana*)⁹. El lapso de observación fue escogido para que el momento de expedición de la sentencia estuviese ubicado hacia la mitad

9 Como se explica más adelante, el análisis de prensa comprendió tanto las noticias como las columnas de opinión. Además del criterio de difusión e impacto, los dos medios fueron escogidos por ser los únicos que cuentan con bases de datos sistemáticas y accesibles durante para todos los años del período escogido. Reconocemos agradecidos el excelente trabajo de Magnolia Prada en este componente de la investigación.

del período, de tal forma que fuera posible comparar el volumen y el contenido del cubrimiento de prensa antes y después del fallo y, así, evaluar el posible impacto de éste sobre la forma como los medios y los formadores de opinión tratan el tema del desplazamiento.

En suma, al aplicar esta aproximación teórica y metodológica al análisis de la sentencia T-025, nos proponemos expandir la discusión sobre el activismo judicial y la aplicación de los derechos de dos formas distintas. Por un lado, buscamos ampliar la literatura internacional sobre la judicialización de la política y el uso del derecho por parte de los movimientos sociales, bibliografía que —como lo muestra el rápido panorama dibujado en esta sección— se concentra en la realidad legal y social estadounidense (y, en menor medida, europea)¹⁰. Como se muestra en otro lugar (Rodríguez Garavito, 2010), la discusión de la bibliografía del Norte global a la luz los contextos sociojurídicos del Sur abre nuevas posibilidades analíticas en los dos contextos y revela tanto el potencial como las limitaciones de la literatura existente¹¹.

Por otro lado, este enfoque busca impulsar los estudios sobre el impacto del activismo judicial y sobre la implementación de las sentencias en países de América Latina y otras partes del mundo en los que los tribunales han adquirido un lugar protagónico en la protección de los DESC. En este sentido, se une a una bibliografía aún muy escasa sobre el tema (ver García Villegas y Uprimny, 2004). El aporte más sistemático a esta línea de investigación es el trabajo coordinado por Gauri y Brinks (2008a) sobre la ejecución de fallos sobre DESC en Brasil, India, Sudáfrica, Nigeria e Indonesia. Aunque nuestro trabajo discute y toma algunos elementos de este valioso aporte, va más allá de él al examinar un conjunto más amplio de efectos (incluyendo los simbólicos, que reciben poca atención en los casos compilados por Gauri y Brinks) y complementar su estrategia analítica —basada en estudios nacionales panorámicos de la jurisprudencia sobre DESC— con una estrategia de estudio detenido de un caso, que permite sacar a la luz detalles empíricos y elementos analíticos que escapan a los sondeos nacionales.

10 Un balance sistemático de esta bibliografía, que confirma ese énfasis geográfico, se encuentra en McCann (2006). Una excepción notable a esta tendencia es el trabajo de García Villegas y Uprimny (2004).

11 Para una propuesta más amplia de diálogo internacional de los estudios sobre derecho y cambio social, véase Santos y Rodríguez Garavito (2007).

Sin embargo, como se mencionó, la propuesta de examinar la implementación de los fallos no se limita a ampliar el debate de la sociología jurídica sobre los efectos del activismo judicial. El énfasis que proponemos implica también un giro analítico más amplio en un debate central en el derecho constitucional comparado y la teoría política: la discusión sobre la naturaleza, la legitimidad y la utilidad de la intervención de los jueces en la solución de problemas sociales estructurales, como los que están en juego en los casos sobre derechos sociales. Dedicamos el resto de este capítulo a esbozar esta controversia más general y fijar la posición y los argumentos que surgen del análisis del caso T-025. Para ilustrar la discusión y los argumentos, presentamos a lo largo de la sección los hechos centrales del caso.

1.2. El derecho constitucional como imaginación institucional: el punto ciego en los debates sobre litigio estructural y activismo judicial

1.2.1. El problema del esencialismo de los derechos

No es casual la omisión del tema de la ejecución y el impacto de las sentencias en la bibliografía sobre los DESC. Por el contrario, tiene raíces profundas en la visión del papel del derecho y la decisión judicial que predomina en la teoría jurídica y la teoría constitucional (incluso en sus versiones más garantistas y progresistas).

En esa visión, como lo sostiene Levinson (1999), la tarea del jurista consiste en establecer si el derecho y los derechos han sido violados en una circunstancia específica. Tanto los abogados como los jueces cumplen esta tarea. La diferencia entre ellos es que mientras los primeros defienden una posición y, desde ella, argumentan que la ley ha sido vulnerada o no, los segundos deciden con autoridad si ha existido la violación. Por tanto, según lo enseñan los manuales jurídicos de todas las tendencias ideológicas, el momento jurídico por excelencia es el de la *declaración* de la existencia o ausencia de una violación del derecho y los derechos. De hecho, toda la doctrina jurídica y los métodos de interpretación legales están encaminados a esclarecer si, en un caso concreto, se ha vulnerado un derecho, y a establecer si alguien es responsable por esa vulneración.

El problema con este “esencialismo de los derechos” (Levinson 1999) es que subordina o relega al olvido la otra función central del derecho: la fijación de los *remedios* para la violación de la ley y los derechos. Dado que la visión dominante considera que se trata de una tarea extrajudicial que compete a otros (la administración pública, las autoridades de policía, etc.), los abogados y los jueces no son entrenados para diseñar medidas eficaces que garanticen el cumplimiento de las decisiones judiciales. Como lo argumenta Unger (1996) en su crítica certera a esta visión, el resultado es que la teoría y la práctica del derecho (tanto en las versiones formalistas como en las antiformalistas) han abandonado la tarea de pensar las medidas apropiadas para restablecer el derecho, tanto en el corto como en el largo plazo. En términos más generales, la consecuencia ha sido que el derecho ha dejado de servir como fuente de “imaginación institucional”, de la que surjan propuestas de arreglos institucionales que sean más promisorios que las existentes para hacer realidad la promesa transformadora que albergan el derecho y los derechos (Unger, 1996).

Un grupo creciente de trabajos sobre el litigio de derechos humanos y el activismo judicial han formulado críticas al esencialismo de los derechos y tomado el giro hacia la reflexión sobre los remedios y los diseños institucionales. En América Latina, los estudios de este tipo han reflexionado sobre casos estructurales prominentes como *Verbitsky y Riachuelo* en Argentina (Abramovich y Pautassi, 2009; Bergallo, 2005; CELS, 2008; Courtis, 2009; Filippini, 2005) y los casos de la Corte Constitucional colombiana sobre “estados de cosas inconstitucional” (Rodríguez Garavito, 2009c, 2010) y, en general, los casos sobre DESC que involucran a los jueces en problemas estructurales de políticas públicas. En Estados Unidos, una tendencia similar ha dado lugar a propuestas para recuperar el papel del derecho y los jueces en la transformación de las instituciones y prácticas sociales, que han reevaluado la tradición del litigio de interés público, los remedios estructurales y la intervención de las cortes en las políticas públicas (Balkin y Siegel, 2009; Sabel y Simon, 2004; Unger, 1996).

El ímpetu para el resurgimiento de este tipo de estudios ha provenido, en buena parte, de las innovaciones del constitucionalismo del Sur global. La movilización social y la jurisprudencia sobre DESC en países como Sudáfrica e India han sido especialmente influyentes, como lo muestran el interés por el estudio y el trasplante de esas innovaciones al constitucionalismo

y la teoría constitucional estadounidenses y europeas (Michaelman, 2009, Sunstein, 2004; Dixon, 2007; Fredman, 2008).

Este artículo se inserta en este diálogo transnacional y aporta a él los elementos empíricos y analíticos que resultan del estudio de caso de la T-025. En esta sección emprendemos esta tarea en dos pasos. Primero, señalamos las críticas tradicionales al activismo judicial sobre DESC y otros derechos. Enseguida, exponemos las respuestas que han dado a ellas los defensores del nuevo litigio estructural y de la revitalización y revisión del activismo judicial. Al hacerlo, resaltamos la conexión entre esas respuestas y los argumentos que resultan del estudio de caso.

1.2.2. Las críticas contra las intervenciones judiciales estructurales y el surgimiento del nuevo activismo judicial

Los recientes esfuerzos por reivindicar el rol de los jueces en las políticas públicas han surgido, en buena parte, como respuesta a las críticas que influyentes sectores jurídicos y políticos han formulado contra el activismo judicial favorable a los DESC. Las críticas han surgido en círculos académicos y políticos muy diversos. Algunas han provenido de académicos progresistas y favorables a la realización de los derechos constitucionales, pero preocupados por sus posibles efectos antidemocráticos (Tushnet, 2008; Waldron, 2001). Otras han venido de juristas y economistas que defienden una visión restrictiva del derecho y los derechos y que han dirigido sus argumentos críticos contra la idea misma de los DESC y del cambio social por vía judicial, como lo muestra la historia del movimiento jurídico conservador estadounidense de las últimas dos décadas (Teles, 2008), o las mencionadas críticas de abogados y economistas al activismo de la Corte Constitucional en Colombia.

Para los efectos de este capítulo, interesa resaltar dos señalamientos que son recurrentes en las críticas de estas diferentes tendencias: el argumento del carácter antidemocrático del activismo judicial y el argumento de la incapacidad de las cortes para impulsar transformaciones sociales como las exigidas por la realización de los DESC¹².

12 Dado el propósito específico de esta sección, no exploramos sistemáticamente estos argumentos ni la diversidad de posturas académicas y políticas desde las cuales son formulados. Para síntesis recientes de la bibliografía inmensa sobre este tema, véase Tushnet (2008) y Fredman (2008). Espe-

Aunque usualmente es tratado como si fuese uno sólo, el primer argumento comprende, en realidad, dos críticas distintas. De un lado, la objeción tradicional al activismo judicial se concentra en el *origen* no democrático de los jueces. De acuerdo con ella, los jueces, al no ser elegidos popularmente e interferir en asuntos de políticas públicas que competen órganos que sí lo son (p. ej., el Congreso o la Presidencia), erosionan los dos pilares de la democracia: la legitimidad basada en elecciones y la separación de poderes que está edificada sobre ella. La crítica ha sido complementada con un argumento de rendición de cuentas (*accountability*): dado que la gestión de los jueces no está sometida al control ciudadano mediante nuevas elecciones que premien o castiguen con el voto su desempeño, los jueces activistas estarían asumiendo un poder considerable sin tener que rendir cuentas sobre cómo lo ejercen.

De otro lado, algunos críticos se centran en los posibles *efectos* antidemocráticos del activismo judicial. La versión convencional de este argumento es la que señala que la intervención de los jueces puede terminar sustituyendo el debate público y la movilización social como canales de solución de controversias y toma de decisiones democráticas (Rosenberg, 1991). Una variación reciente e influyente de este argumento, basada en estudios empíricos del activismo judicial en el Norte global, sostiene que la “juristocracia” es, en realidad, una estrategia de un sector de la élite para hacerse con nichos de poder (los tribunales constitucionales, las facultades de derecho, etc.) que están protegidos de la competencia electoral (Hirschl, 2004).

El segundo argumento central contra el activismo judicial sostiene que, incluso si tuviesen legitimidad democrática, “las cortes no cuentan con las herramientas para desarrollar políticas públicas apropiadas e implementar las sentencias que ordenen reformas sociales significativas” (Rosenberg, 1991:21). Por diseño institucional, las cortes se ocupan generalmente de casos individuales, tienen conocimientos limitados sobre asuntos de política pública y dependen de las otras ramas del poder estatal para hacer cumplir sus fallos. Por tanto, según esta crítica, carecen de la visión de conjunto, la planeación a largo plazo, la información técnica y el poder coercitivo para resolver problemas colectivos.

cíficamente en relación con los DESC, véase Abramovich y Courtis (2002) y Courtis (2009).

El blanco favorito de estas críticas fueron los fallos altamente activistas de jueces constitucionales de diferentes partes del mundo que acometieron reformas detalladas de instituciones complejas y que tuvieron resultados fueron ambiguos. En Colombia, por ejemplo, los casos estructurales que corrieron esta suerte incluyen el intento de la Corte Constitucional por impulsar la reforma el sistema carcelario¹³, así como su decisión de declarar inconstitucional el sistema de financiación de vivienda y su orden de sustituirlo por uno nuevo, cuyos parámetros ella misma definió¹⁴. En Estados Unidos, fallos igualmente ambiciosos y polémicos ordenaron reformas estructurales en el sistema educativo, de vivienda y de prisiones, entre otros (Feeley y Rubin, 1999). En ambos contextos, aunque los fallos provocaron una reacción airada de los críticos de las cortes, estudios empíricos de impacto han mostrado que sus efectos fueron limitados debido al intento contradictorio de las cortes de dictar órdenes muy detalladas y rígidas, por un lado, sin establecer mecanismos viables y eficaces de seguimiento de sus fallos, por el otro (Feeley y Rubin, 1999; Rodríguez Garavito, 2010).

A pesar de que las consecuencias de los fallos fueron menos profundas de lo que se pensaba, las críticas han hecho mella y han puesto a la defensiva a los jueces activistas y a los litigantes de derechos humanos. El balance de esa primera ola de activismo detallado y directo ha sido insatisfactorio, entonces, tanto para sus defensores como para sus detractores.

Contra el telón de fondo de este cuestionamiento del activismo judicial (y de la evidencia empírica de los estudios sociojurídicos de impacto reseñados en la sección anterior), han surgido los recientes intentos por repensar la justificación, el procedimiento y los efectos de los fallos estructurales. En las siguientes tres secciones nos ocupamos de estos temas, respectivamente, a la luz de las lecciones del caso T-025.

13 Sentencia T-153 de 1998. Este fue uno de los primeros casos en los que la Corte aplicó la figura del “estado de cosas inconstitucional” y dictó órdenes complejas para solucionarlo. Sin embargo, la falta de un mecanismo de seguimiento como el utilizado en el caso T-025 hizo que, en últimas, el fallo tuviera sólo efectos temporales y limitados.

14 Sentencia C-700 de 1999.

1.3. El bloqueo institucional y la justificación del activismo judicial en las “democracias realmente existentes”

Los defensores contemporáneos del activismo judicial tienden a aceptar la crítica del riesgo antidemocrático de la intervención de los jueces en asuntos de políticas públicas (ver Gargarella, 2007). Su respuesta no ha sido, sin embargo, el abandono de la concepción del derecho como catalizador del cambio social, sino una reformulación de la justificación y los mecanismos intervenciones judiciales que pretenden profundizar, antes que erosionar, la democracia.

Frente a la crítica del origen no democrático de los jueces, el nuevo activismo judicial responde, a su vez, con una crítica a la concepción idealizada y limitada de la democracia que subyace a aquélla. En efecto, los defensores del pasivismo de los jueces asumen que, al contrario del poder judicial, las otras ramas del poder público gozan de legitimidad democrática y están sujetas a mecanismos democráticos de rendición de cuentas (*accountability*).

La práctica política e institucional, sin embargo, pone en tela de juicio este presupuesto. Basta repasar las noticias sobre los escándalos de tráfico de influencias (legales e ilegales) en los parlamentos o de los intentos presidenciales por manipular las reglas constitucionales en beneficio propio (p. ej., con el fin de perpetuarse en el poder o emprender aventuras bélicas), para desvirtuar la visión idealizada de los órganos de elección popular que tienden a abrazar los críticos del activismo judicial¹⁵. La legitimidad de la “democracia realmente existente” –por parafrasear un concepto de la Guerra Fría– es mucho más compleja y problemática de lo que sugieren los críticos.

A las dificultades prácticas se suman problemas de diseño institucional. Como lo ha mostrado O’Donnell (2008), los canales tradicionales de rendi-

15 Para limitarnos al país de nuestro estudio de caso, un informe reciente sobre el Congreso colombiano muestra que el 40% de los parlamentarios han sido investigados, se encuentran en juicio o han perdido sus curules por acusaciones de vínculos con grupos paramilitares (Semana, 2009). Por su lado, el Presidente de la República –como lo han hecho en las últimas décadas otros gobernantes latinoamericanos–, impulsó una reforma constitucional exitosa para hacerse reelegir. La situación de Colombia dista de ser excepcional en el contexto regional y, de hecho, los datos sobre juicios a congresistas reflejan la relativa solidez e independencia de su poder judicial. Y, por supuesto, la injerencia de dineros privados en la política mediante el *lobby* y múltiples canales de corrupción no es un mal exclusivo de América Latina o del Sur global.

ción de cuentas —el mecanismo “vertical” del voto, mediante el cual los electores controlan a los funcionarios elegidos— son demasiado esporádicos y manipulables como para garantizar, por sí mismos, la vigencia del orden democrático y los derechos constitucionales. Para el mantenimiento de la democracia y el Estado de derecho, son igualmente importantes los mecanismos “horizontales” de rendición de cuentas, que suponen “la existencia de agencias estatales que tienen la autoridad legal y están dispuestas y capacitadas para emprender acciones que van desde el control rutinario hasta sanciones legales e *impeachment*, en relación con actuaciones u omisiones de otros funcionarios o instituciones del Estado que pueden... ser calificados como ilícitos” (O’Donnell, 2008:38)¹⁶. Se trata, entonces, del control *entre* entidades estatales, como el que ejercen las cortes frente al ejecutivo y el legislativo.

Esta dimensión de la democracia exige de las cortes precisamente el tipo de actuación que los críticos condenan, incluyendo la intervención judicial para hacer valer los DESC y otros derechos, frente a las acciones u omisiones de la administración pública o el legislativo. Especialmente en burocracias complejas como las del Estado democrático contemporáneo, la transparencia y la responsabilidad de los poderes públicos frente a los ciudadanos no pueden ser garantizadas sólo mediante el mecanismo de las elecciones. Como lo sostienen Sabel y Simon en una de las defensas más influyentes del nuevo activismo judicial, “el litigio de derecho público rechaza la idea de que la rendición de cuentas puede darse por descontada por el sólo hecho de que una entidad estatal está inserta en una estructura administrativa más amplia que está formalmente encabezada por un funcionario elegido popularmente. Se mejante supuesto convertiría la doctrina de separación de poderes en una formalidad vacía” (Sabel y Simon, 2004:1094).

El nuevo activismo judicial, por tanto, parte de la constatación de situaciones recurrentes de bloqueo institucional o político que impiden la realización de los derechos. En estos casos, frecuentes en las democracias contemporáneas, la judicatura, aunque no sea la instancia ideal o esté dotada de todas las herramientas para la cumplir la tarea, aparece como el único ór-

16 O’Donnell agrega un tercer tipo de rendición de cuentas o *accountability*: la societal, que consiste en el control de la gestión de los poderes públicos mediante la movilización colectiva de sectores sociales.

gano del Estado con la independencia y el poder para sacudir semejante estancamiento. En suma, si el activismo judicial opera en las circunstancias y mediante los mecanismos adecuados, sus efectos, en lugar de ser antidemocráticos, son dinamizadores y promotores de la democracia.

¿Cuáles son esas circunstancias y esos mecanismos? Veamos unos y otros a la luz de la evidencia de la sentencia T-025.

1.3.1. Los bloqueos democráticos y los derechos desestabilizadores: las condiciones del litigio estructural y su función de desbloqueo institucional

Es llamativo que la Corte Constitucional colombiana, al determinar las situaciones que justifican su intervención por medio de fallos estructurales, haya llegado a una definición del “estado de cosas inconstitucional” (ECI) muy similar a la definición de casos estructurales utilizada por los proponentes del nuevo activismo judicial en el derecho constitucional comparado. En efecto, al tiempo que la Corte dictaba la sentencia que sistematizaba la doctrina del ECI (la T-025 de 2004), autores como Sabel y Simon (2004) desencadenaban la ola actual de estudios sobre el litigio estructural en el derecho comparado. La convergencia entre estos dos procesos es particularmente impactante si se tiene en cuenta que, como lo comentaron en nuestras entrevistas los miembros del despacho que elaboró la ponencia de la T-025¹⁷, la Corte no estaba al tanto de ese debate internacional y, de hecho, ha continuado impulsando su jurisprudencia estructural sin referencia a él.

Tanto en la doctrina del ECI como en la discusión comparada, los casos estructurales están marcados por (1) una situación de fracaso generalizado de las políticas públicas y de violación reiterada y masiva de derechos, y (2) un bloqueo del proceso político o institucional que parece inmune a los mecanismos de ajuste y corrección convencionales de las políticas públicas (Corte Constitucional, 2004; Sabel y Simon, 2004:1062). Mientras que el primer rasgo tiene que ver con la ausencia de *resultados* mínimamente aceptables de las políticas públicas, el segundo atañe a fallas sistemáticas en el

17 Entrevista con Manuel José Cepeda, Bogotá, junio de 2008; entrevista con Clara Elena Reales, Bogotá, diciembre de 2008; entrevista con Aquiles Arrieta, Bogotá, julio de 2009.

proceso de políticas públicas que contribuye a esos resultados. Veamos cada factor y su presencia en el litigio constitucional de la T-025.

1.3.1.1. El fracaso de la política pública y la violación masiva y reiterada de derechos

Uno de los hallazgos más impactantes de los estudios sobre casos estructurales es que, con frecuencia, la violación masiva de derechos se debe no tanto a la insuficiencia de las políticas públicas, sino a la realidad, aún más grave, de la *ausencia* total de políticas públicas que merezcan ese nombre. Como lo anotan Sabel y Simon:

es impresionante constatar que muy rara vez las prácticas denunciadas por los litigantes [de casos estructurales] resultan, en absoluto, de la acción de alguna autoridad. Lo más común es que la situación sea consecuencia de la renuencia o de intentos fracasados de crear una política pública. El componente más característico de los fallos estructurales es la exigencia a los demandados para que simplemente promulguen *alguna* política, a menudo con condiciones mínimas o incontrovertibles sobre qué tipo de política debe ser (Sabel y Simon, 2004:1092; cursivas dentro del texto)

Esa era la situación de la atención a la población desplazada antes de la sentencia T-025. Aunque, sobre el papel, existían un marco jurídico y unos documentos preliminares de política que regulaban el tema, en la práctica, como concluyó un estudio del Brookings Institute (2008), había una profunda brecha profunda “entre enunciaciones de política que sonaban maravillosas y la realidad”.

En efecto, siete años antes de la T-025, la Ley 387 de 1997 había contemplado medidas para la prevención, atención, protección, consolidación y estabilización económica de la población desplazada. Con base en ella, el Gobierno –por medio del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes)– había expedido un documento (el Conpes 3057 de 1999) con un “plan de acción para la prevención y atención del desplazamiento forzado”¹⁸. Además, el Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada

18 El Conpes había dictado otros tres documentos de política sobre el tema, relacionados con aspectos específicos del desplazamiento: el 2804 de 1995, el 2924 de 1997 y el 3115 de 2001.

(SNAIPD), establecido por la mencionada Ley 387, existía sobre el papel como un conjunto de entidades públicas y privadas destinadas a atender a la población desplazada. Y los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de la ONU, más conocidos como los Principios Deng, habían sido reconocidos como obligatorios por la Corte Constitucional, como parte del bloque de constitucionalidad¹⁹.

Sin embargo, tanto funcionarios públicos como miembros de ONG que han litigado el caso reconocen que el grado de ineficacia de estos documentos era tal que no equivalían, en la práctica, a una política pública. Así lo dice, por ejemplo, el Director de Codhes, una de las primeras ONG que se involucraron en el tema del desplazamiento en Colombia:

Los procesos de política pública preexistentes a la sentencia T-025 eran absolutamente precarios. Nunca existió una política. Había documentos... Hasta ese momento había documentos Conpes, y cosas así muy genéricas, [pero] no había una política pública. (...)Digamos que... buena parte de las políticas que hoy existen son gracias a esa sentencia. La ley 387 fue la base... para reconocer el desplazamiento por parte de Estado, pero evidentemente el salto cualitativo más importante que se ha dado en la política pública es la sentencia... Casi no hay un programa importante hoy que no sea producto de la sentencia T-025, por el hecho que antes de la sentencia T-025 solo había una atención parcial de ayuda humanitaria²⁰.

De forma similar, la funcionaria del Departamento Nacional de Planeación que por más de diez años ha estado encargada del tema, anotó:

Cuando llega la sentencia T-025 aquí a Planeación Nacional en febrero de 2004, para ser sincera, el tema de desplazamiento era un tema que no tenía mucha trascendencia; era un tema más de Planeación Nacional. Unos tres o cuatro [documentos Conpes de política pública] ya se habían formulado, [pero eran] documentos que no eran vinculantes... Para ser sincera, el Consejo [de Atención Integral a la Población Desplazada²¹] ni se reunía²².

19 Véase, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional SU-1150 de 2000 y T-1635 de 2000.

20 Entrevista con Marco Romero, Director de Codhes, 19 de diciembre de 2008.

21 El Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada (CNAIPD) está integrado por la Presidencia de la República; la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación In-

Los efectos de este vacío de políticas públicas fueron constatados por la Corte en el fallo, a partir de la información remitida por las propias entidades estatales encargadas de hacer cumplir las normas de atención a la población desplazada. Aunque los datos eran fragmentarios —precisamente por la falta de mecanismos serios de seguimiento a los programas sobre desplazamiento—, mostraban que los resultados habían sido pobrísimos. Un pasaje de la T-025 permite hacerse una idea de la situación:

[L]os estudios de la propia Red de Solidaridad Social [reconocen que]... el 61% de la población desplazada no recibió ayuda del gobierno en el período comprendido entre enero de 2000 y junio de 2001. Igualmente, sólo el 30% de las personas que se desplazaron individualmente o en grupos pequeños recibieron asistencia gubernamental en los primeros once meses del gobierno actual. Los niveles de cobertura de todos los componentes de la política son insuficientes. La atención humanitaria de emergencia... entre 1998 y 2002 tuvo una cobertura del 43% de hogares desplazados registrados por la Red de Solidaridad Social.

(...) Al analizar únicamente los casos de desplazamiento individual, se observa que los datos son peores. En este caso, la cobertura es del 33% de los desplazados registrados por la Red de Solidaridad Social, y del 15.32% de los reconocidos por CODHES.

Los resultados de los proyectos de generación de ingresos por cuenta propia son aún más bajos. Frente a la población desplazada registrada por la Red de Solidaridad Social la cobertura es del 19.5%.

(...) En el resto de los componentes, los resultados son inferiores. Por ejemplo, la Unidad Técnica Conjunta estima que en el período 1998-2002, los programas en materia de vivienda han cumplido solamente el 11.4% de las metas planteadas y se ha satisfecho el 3.7% de la demanda. Sentencia T-025 de 2004:50)

ternacional; el Ministerio del Interior y de Justicia; el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; el Ministerio de Defensa Nacional; el Ministerio de Protección Social; el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural; el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; el Ministerio de Educación Nacional; el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; el Departamento Nacional de Planeación; la Defensoría del Pueblo; el Alto Comisionado para la Paz; y la Vicepresidencia de la República.

22 Entrevista con María Angélica Alvarado, Departamento Nacional de Planeación, 9 de enero de 2009.

En últimas, un punto de vista constitucional, un vacío de política pública de este tipo es relevante en la medida en que contribuya a perpetuar (o, incluso, profundizar) violaciones graves y reiteradas de derechos humanos. Desde la T-025, la Corte colombiana enmarcó en estos términos –de vulneración masiva de derechos– la existencia de un estado de cosas inconstitucional en relación con las personas desplazadas por la violencia. De nuevo echando mano de la escasa información que existía sobre el tema en ese entonces, la Corte ilustró el panorama de los DESC y otros derechos de los desplazados:

El 92% de la población desplazada presenta necesidades básicas insatisfechas (NBI), y el 80% se encuentra en situación de indigencia. Igualmente, el 63.5% de la población desplazada tiene una vivienda inadecuada, y el 49% no cuenta con servicios idóneos.

En cuanto a la situación alimentaria de la población desplazada, se concluye que la “brecha en calorías” de los hogares desplazados es del 57%, es decir, que sólo consumen el 43% de los niveles recomendados por el Programa Mundial de Alimentos. Igualmente se encontró que el 23% de los niños y niñas menores de seis años [que han sido] desplazados están por debajo del estándar alimenticio mínimo.

(...) En relación con el grado de acceso a la educación de la población escolar desplazada, se observa que el 25% de los niños y niñas entre 6 y 9 años no asiste a un establecimiento escolar, mientras que esta proporción para las personas entre 10 y 25 años es de 54%. Por último, en relación con la salud de las víctimas del desplazamiento forzado, la tasa de mortalidad para la generalidad de la población desplazada es 6 veces superior al promedio nacional (Sentencia T-025 de 2004: 45; notas de pie omitidas).

Este “enfoque de derechos” (según lo llamó la misma Corte) vendría a informar todo el proceso de seguimiento de la sentencia y se convertiría en la *lingua franca* de los actores públicos y privados que han participado en dicho proceso. Desde un comienzo, los indicadores sobre DESC y otros derechos fueron el parámetro para determinar la existencia de la primera condición (de resultado) un caso estructural, y la consecuente declaratoria de la existencia de un ECI. Veamos ahora la segunda condición, relacionada con el proceso de políticas públicas.

1.3.1.2. Las fallas sistémicas de políticas públicas y el bloqueo institucional

1.3.1.2.1. La situación antes de la T-025

En la sentencia, la Corte muestra que esta situación de violación de derechos estaba acompañada (y agravada) por fallas estructurales en la actuación del Estado. Entre las falencias a las que la Corte dedica mayor atención se encuentran (i) las prolongadas omisiones de las autoridades competentes en la implementación de las leyes y documentos de política sobre el tema, (ii) las prácticas estatales inconstitucionales, como la política de restringir la atención a los desplazados a la ayuda humanitaria de emergencia, (iii) la falta de medidas administrativas, legislativas o presupuestales requeridas para atender el problema, tales como la apropiación de fondos suficientes para proteger los derechos de la población desplazada, y (iv) la falta de intervención y coordinación de las múltiples entidades relevantes, desde las del orden nacional agrupadas en el Sistema Nacional de Atención a la Población Desplazada (SNAIPD) hasta las entidades territoriales de los niveles departamental y municipal.

Pero la Corte fue más allá. De hecho, hizo una larga lista de fallas estatales que se convirtió en la vara con la cual midió posteriormente el avance del Estado en la atención a los desplazados. Para ello, combinó el aparato conceptual de los derechos humanos con el de las políticas públicas, como lo muestra el hecho de haber clasificado las fallas bajo las categorías clásicas del ciclo de políticas públicas, esto es, diseño, implementación y evaluación. A estas categorías agrega una igualmente importante –la asignación de recursos para cumplir con las metas de política pública– que había preocupado a la Corte desde las primeras sentencias sobre ECI²³. La Tabla 2 presenta una síntesis de las fallas detectadas por la Corte con base en estas categorías.

²³ Véase, por ejemplo, el fallo SU-090 de 2000.

Tabla 2
Fallas de proceso en las políticas públicas sobre la población desplazada

<p>Fallas en etapas del ciclo de políticas públicas</p>	<p>Diseño y desarrollo de la política pública</p>	<p>No existe plan de acción actualizado sobre el funcionamiento del SNAIPD, que permita una mirada integral a la política.</p>
		<p>No se han fijado metas e indicadores que permitan detectar si los fines de las políticas se han cumplido.</p>
		<p>La asignación de funciones y responsabilidades es difusa.</p>
		<p>Algunos elementos fundamentales de las políticas son inexistentes o insuficientes: (i) no existen plazos para el cumplimiento de los objetivos, (ii) no se señala un nivel necesario de apropiaciones, (iii) no se prevé el equipo humano necesario para la implementación de las políticas, y (iv) no se disponen los recursos administrativos idóneos para la ejecución de políticas.</p>
		<p>Varias de las políticas de atención no han sido suficientemente desarrolladas, particularmente en relación con (i) la participación de la población desplazada (PD) el diseño y la ejecución de las políticas, (ii) la información oportuna y completa para la PD sobre sus derechos, las instituciones responsables de prestarlos y los mecanismos para exigirlos, (iii) el manejo ordenado de recursos provenientes de la cooperación internacional, (iv) las políticas tendientes a buscar mayor conciencia y compromiso de la población civil no desplazada, (v) programas de preparación para los funcionarios, y (vi) reglamentación sobre acceso a la oferta institucional de la PD más vulnerable.</p>
		<p>Los tiempos previstos para la atención humanitaria de emergencia son demasiado rígidos.</p>
		<p>No es clara la asignación de funciones en los proyectos productivos urbanos y en la adjudicación de tierras.</p>

Tabla 2 (continuación)
Fallas de proceso en las políticas públicas sobre la población desplazada

Fallas en etapas del ciclo de políticas públicas		Son insuficientes las acciones por parte de las entidades a las cuales se han asignado funciones (p. ej. algunas entidades del SNAIPD no han creado programas especiales para la PD, otros no asignan los recursos financieros o humanos necesarios).
		Los medios utilizados para alcanzar los fines de las políticas no son idóneos (p. ej. para acceder algunos programas ofrecidos de estabilización socioeconómica la PD debía probar ser propietaria de vivienda o tierra en la cual desarrollaría el proyecto productivo).
		Existen demoras prolongadas y recurrentes en la prestación de servicios a la PD.
	Implementación de la política pública	Los trámites para la implementación de la política son excesivamente rígidos (p. ej. los trámites de contratación).
		Algunos trámites y mecanismos de implementación han sido contraproducentes (p. ej. en salud, la Circular 042 de 2002, que buscaba evitar duplicidad de pagos generó una barrera en el acceso a la salud).
		Existen fallas en los sistemas de información, en particular: (i) persiste el subregistro de la PD, (ii) el Sistema Único de Registro (SUR) no incluye datos sobre ayudas que no son entregadas por Acción Social, (iii) no se recogen datos sobre variables de género, edad, raza, etnia, etc.), (iv) no existen datos sobre tierras abandonadas por la PD, y (v) faltan datos sobre las posibilidades de generación autónoma de ingresos de la PD.
No existen sistemas de evaluación de la política.		
Seguimiento y evaluación política pública		

Tabla 2 (continuación)
Fallas de proceso en las políticas públicas sobre la población desplazada

<p>Fallas en la asignación de recursos</p>		<p>Los montos asignados son insuficientes para: (a) satisfacer la demanda de la PD, (b) proteger los derechos de la PD, y (c) desarrollar las políticas establecidas en la Ley y en los documentos Conpes.</p>
---	--	--

Fuente: Rodríguez Garavito (2009c), a partir del fallo T-025 de 2004 (sección 6.3.1.)

Además de las múltiples fallas en estos cuatro componentes centrales de las políticas públicas, la Corte advirtió un vacío estructural común a todos ellos: la falta de *coordinación* entre un sinnúmero de entidades estatales que tenían roles y programas que se sobreponían y que difuminaban la responsabilidad y la eficiencia de las políticas públicas sobre el tema. Por un lado, la Corte estableció vacíos en la asignación de funciones y responsabilidades de las distintas instituciones que hacen parte del Sistema Nacional de Atención a la Población Desplazada (SNAIPD). Por otro lado, constató la duplicación de funciones entre las entidades nacionales y las entidades locales.

Las entrevistas con actores del caso ilustran esta situación de descoordinación estructural. En este sentido, es representativa la observación de un funcionario del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial:

Antes [de la sentencia y el proceso de seguimiento], por la tradición administrativa que se tenía en el Estado, por la independencia de cada uno [de los ministerios]..., se manejaba el tema del desplazamiento muy desarticuladamente. Entonces, difícilmente se encontraba que para responder a una población objetivo con una dificultad se metieran todos los productos de la oferta institucional en una bolsa. Cada uno lo ofertaba por su lado, se atendía separadamente²⁴.

Este diagnóstico llevó a la Corte a asumir un rol activo en la promoción y coordinación de las políticas sobre el desplazamiento. Como lo mencionó un fun-

²⁴ Entrevista con Luis Domingo Gómez, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo, 13 de enero de 2009.

cionario de ACNUR que ha participado y seguido de cerca el proceso, “cuando se mete la Corte, dice ‘no señor acá tenemos que tener unas metas de corto, mediano y largo plazo usted tiene que definirlas, tiene que definir sus políticas, tiene que saber para donde va’. Entonces eso cambia necesariamente la visión que pueda tener un diseñador y un implementador de política”²⁵.

La situación diagnosticada por la Corte ilustra los patrones de bloqueo institucional comunes a los casos estructurales. El bloqueo puede tener varios orígenes (Sabel y Simon, 2004:1064-65). Puede surgir de una situación de “dilema de prisionero”, como la evidente en la actuación del Estado colombiano antes de la T-025, en la que las entidades encargadas estaban enfrascadas en una maraña burocrática que no era óptima para ninguna de ellas y que podía ser resuelta sólo mediante un esfuerzo explícito de coordinación general que ninguna de ellas podía emprender. El bloqueo también puede surgir cuando alguna entidad estatal o grupo social poderoso tiene “capturado” el proceso político o las políticas públicas sobre un tema, en detrimento de los intereses y derechos de grupos menos poderosos.

La T-025 ilustra un tercer factor de bloqueo institucional que es común en los casos estructurales en el Sur global, pero que permanece invisible en los estudios sobre el tema que se centran en la práctica jurídica e institucional de Europa o Estados Unidos (Sabel y Simon, 2004; McCann, 1994; Rosenberg, 1991). Mientras que estos se centran en fallas de coordinación o receptividad (*accountability*) de las instituciones, los problemas que derivan en litigios estructurales surgen, con frecuencia, de la falta de *capacidad* de las entidades estatales. En otras palabras, los estudios existentes dan por descontado que las instituciones tienen la infraestructura básica, los recursos y la capacidad técnica para atender el problema y, por tanto, ven las intervenciones judiciales como formas de afinar su funcionamiento y articulación con otras instituciones que también cuentan con esa capacidad. Pero un denominador común de los casos recientes de litigio estructural en América Latina y otras partes del Sur global (y también del Norte) es que surgen de falta de capacidades básicas de las instituciones encargadas de la política pública sobre el tema. En términos de sociología del Estado (Mann 1993:60), se trata, entonces, de ausencia de “poder infraestructural” de las instituciones

25 Entrevista con Andres Celis, oficial de ACNUR, 17 de enero de 2008.

para implementar eficazmente una política pública y llegar a todo el territorio nacional.

Como lo muestran tanto la T-025 como otros fallos prominentes de la ola reciente de litigio estructural (como los mencionados casos *Verbitsky y Riachuelo* en Argentina), las cortes han tenido que comenzar por promover procesos de fortalecimiento de la capacidad o poder infraestructural de las instituciones relevantes. Contra los escépticos de la capacidad de las cortes, hay que recordar, entonces, que en las “democracias realmente existentes” los problemas de capacidad institucional pueden ser endémicos también en la administración pública.

De ahí que, como veremos enseguida, parte del efecto de desbloqueo institucional generado por la sentencia haya consistido en incentivar la construcción de capacidades institucionales básicas, como el levantamiento de información, la apropiación de recursos y la articulación entre el Estado central y los gobiernos provinciales y locales. Todo esto dentro del contexto de un Estado que se caracteriza por una combinación singular de, por un lado, nichos de excelencia en algunos sectores de la burocracia nacional y, por otro lado, una marcada debilidad y captura institucional en otros sectores de esa burocracia y, sobre todo, de las administraciones provinciales y municipales.

1.3.1.2.2. El efecto desbloqueador

Llegamos, entonces, al primer efecto de la intervención judicial en casos estructurales: sacudir el aparato estatal que se encuentra enfrascado en alguna de las situaciones de estancamiento mencionadas. Se trata de una función desestabilizadora del derecho y los derechos: lo que se busca desestabilizar es precisamente el equilibrio institucional perverso que bloquea el funcionamiento de la democracia y el cumplimiento de los derechos. Estos “derechos desestabilizadores” (Unger 1987) justifican el activismo judicial estructural en la medida en que pretenden “estremecer y abrir las instituciones públicas que han tenido fallas crónicas en el cumplimiento de sus obligaciones y que se muestran impermeables a los mecanismos usuales de responsabilidad política (*accountability*)” (Sabel y Simon, 2004:1020).

El efecto desbloqueador opera mediante varios mecanismos²⁶. Por ejemplo, la sola sentencia, al darle la razón a los demandantes y responsabilizar públicamente a las entidades estatales por violaciones graves de derechos, altera el balance de poder entre demandantes y demandados. En este nuevo terreno político, es probable que se abran nuevas posibilidades de negociación, colaboración y discusión entre los actores del caso, que deriven en soluciones que habrían sido inviables bajo las condiciones del balance de poder previo al fallo. Por ejemplo, la Corte Constitucional –al condenar al Estado colombiano con la declaración del ECI y darle legitimidad a las ONG y organizaciones de desplazados como parte del proceso de seguimiento a la T-025– alteró el terreno político de la discusión sobre el desplazamiento y, al hacerlo, desencadenó procesos impensables antes de la sentencia (p. ej., la construcción conjunta, entre el Estado y las ONG, de indicadores de goce de derechos de la población desplazada para evaluar la evolución de las políticas públicas).

Los mecanismos de desbloqueo son tan variados como las fallas estructurales de las políticas públicas. En general, las reacciones inmediatas del Estado a la T-025 muestran que la sentencia remeció, por lo menos parcialmente, la inercia institucional en temas como el presupuesto dedicado a la atención a los desplazados, la reactivación del inoperante sistema de coordinación interinstitucional y la expedición de algunos programas de emergencia.

Este efecto despertador de la durmiente burocracia estatal fue descrito por varios de los entrevistados. Una de las magistradas auxiliares del despacho de la Corte que hizo la ponencia de la T-025 comentó, por ejemplo, que inicialmente las entidades estatales intentaron mantener la inercia y prolongar el plazo para cumplir órdenes elementales de la sentencia, como la de calcular el monto que sería necesario para atender adecuadamente a la población desplazada. En un comienzo, entonces, la respuesta del Gobierno a la Corte fue “vamos a hacer un esfuerzo presupuestal pero necesitamos dos años para ver cuánto necesitamos. Entonces [en la Corte] dijimos no. No necesitan dos años, necesitan un mes... Y efectivamente en un mes salió [el cálculo de la cifra], de cinco billones [de pesos]”²⁷. Un comentario del funcionario de la Defensoría del Pueblo encargado del tema ilustra el mismo efecto sobre la burocracia estatal: “en reu-

26 Para un análisis detallado de este efecto, véase Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2009).

27 Para ser precisos, el presupuesto que el Gobierno calculó que sería necesario para cumplir con el fallo de la Corte y proteger los derechos de la población desplazada, fue 4,7 billones de pesos.

niones preparatorias de las sesiones de seguimiento al cumplimiento de la sentencia, uno escucha funcionarios del orden nacional como de orden territorial que dicen que se tienen que apurar porque tienen sesión con la Corte, o porque se les va a vencer el plazo que la Corte expidió”²⁸.

En síntesis, como lo reconoció el editorial de un diario nacional en 2007, la sentencia “fue clave para dinamizar la actitud estatal. Autos periódicos del alto tribunal, que llegó a pedir a un juez abrir proceso por desacato contra funcionarios del Gobierno –y críticos informes de la Procuraduría, la Contraloría y la Defensoría sobre las falencias en la atención–, que han mantenido la presión para que el Estado cumpla sus obligaciones” (El Tiempo, 2007).

La inercia institucional y el efecto desbloqueador analizados en esta sección responden la pregunta sobre la *justificación* del activismo judicial estructural. En otras palabras, aportan argumentos para determinar cuándo procede este tipo de intervención de los jueces. Sin embargo, dejan en pie un interrogante igualmente importante, sobre el procedimiento mediante el cual debe ser hecha la intervención para que sea a la vez eficaz y legítima en una democracia. A esta cuestión sobre el *cómo* de los fallos estructurales está dedicada la siguiente sección.

1.4. La implementación de los fallos por medio de la jurisprudencia dialógica: la promoción de la democracia deliberativa y experimental

1.4.1. Capacidad, legitimidad y deliberación

Como se vio, las dos críticas clásicas contra el activismo judicial cuestionan la capacidad institucional y la legitimidad política de las cortes para involucrarse en proyectos de transformación social. El estudio de la implementación de fallos estructurales contemporáneos, como el T-025, apunta a respuestas novedosas a dichas objeciones.

En relación con la pregunta por la capacidad, nuestro estudio de caso lleva a replantear sus términos: ¿capacidad para qué? Como se explica en otro lugar (Rodríguez Garavito, 2010), detrás del argumento de autores como

28 Entrevista con Hernando Toro, coordinador de la Oficina de Atención al Desplazamiento de la Defensoría del Pueblo, 22 de enero de 2009.

Rosenberg sobre la incapacidad de las cortes, es posible advertir dos supuestos controvertibles. Primero, Rosenberg y los críticos tienen en mente el tipo de activismo judicial que marcó la jurisprudencia estadounidense entre los años cincuenta y ochenta del siglo pasado, caracterizado por fallos que ordenaban reformas muy detalladas de las políticas y las instituciones públicas. En este sentido, la capacidad a la que se refieren tiene que ver con la realización de este tipo de reformas desde las mismas cortes. En efecto, como lo muestran las muchas intervenciones judiciales que buscaron reformar el disfuncional sistema carcelario estadounidense, los jueces no sólo declararon que existía una violación estructural de los derechos de los detenidos, sino que intentaron enfrentarla mediante órdenes directas y minuciosas sobre asuntos tan específicos como el número de guardias que debían ser contratados o los detalles del diseño de las instalaciones carcelarias (Feeley y Rubin, 1998). Se trata del mismo tipo de activismo judicial reflejado en algunas sentencias de la Corte Constitucional colombiana de la década de los noventa, como el mencionado fallo C-700 de 1999, que no sólo declaró inconstitucional el sistema de financiación de vivienda sino que estableció los parámetros de la nueva legislación que, de acuerdo con las órdenes de la Corte, debía ser expedida por el Congreso para reemplazar el sistema existente.

Segundo, cuando señalan la incapacidad de los jueces para hacer cumplir sus decisiones, los críticos dan por descontado que el proceso de ejecución de los fallos es el predominante en ese tipo de activismo judicial, en el que las cortes suelen enfrentarse, solitarias, a burocracias impermeables y resistentes al cambio. Se trata de un proceso antagónico cuyos participantes usualmente son sólo las cortes y las instituciones estatales relevantes. En esas condiciones, no sorprende que la capacidad de los jueces haya sido insuficiente para, por sí solos, hacer cumplir sus fallos. Sin embargo, es esa capacidad heroica la que autores como Rosenberg parecen echar de menos al criticar el activismo judicial.

Los escépticos de esta variante del activismo judicial no fueron los únicos en objetarlo. A pesar de su contribución al derecho constitucional y a la garantía de los DESC y otros derechos, ese tipo de intervención se topó con problemas de eficacia y legitimidad que lo hicieron blanco de críticas provenientes de defensores de un rol proactivo de los jueces en las democracias. En la práctica, las órdenes minuciosas y verticales generaron transformaciones

mucho menos ambiciosas que las contempladas por las cortes, en buena medida por la resistencia y la inercia de las burocracias disfuncionales que eran las destinatarias de las órdenes.

Pero la opción de los jueces activistas por órdenes muy detalladas fue, en parte, responsable de la ineficacia de los fallos. Al definir desde la sentencia misma las reformas a implementar, las cortes se expusieron a acusaciones de usurpación de funciones de los otros poderes públicos y cerraron el paso a procesos públicos de deliberación que incluyeran al Estado y la sociedad civil –procesos que, además de tener un obvio beneficio democrático, tienen claras ventajas prácticas para la búsqueda de soluciones eficaces a problemas complejos de políticas públicas que las cortes (ni ningún otro poder público) tienen capacidad para encontrar por sí mismas.

En parte por estas razones –y en parte por la oscilación del péndulo ideológico hacia el conservadurismo jurídico y político (en los ochenta en Estados Unidos y parte de América Latina, y a finales de los noventa en Colombia)–, el activismo vertical y minucioso de los jueces disminuyó en los países donde había tomado vuelo. Y no despegó nunca en aquellos países, como la mayor parte de los latinoamericanos, donde el formalismo jurídico había impedido su avance.

Estos motivos han convergido para alentar un nuevo tipo de activismo judicial, frente al cual las objeciones de Rosenberg y los críticos clásicos parecen mucho menos plausibles. Se trata de un “activismo dialógico”, que intenta responder dichas objeciones con mecanismos institucionales que se diferencian de los preferidos por el activismo que le precedió (Abramovich, 2005; Bergallo, 2005; Dixon, 2007; Gauri y Brinks, 2008b; Gargarella, 2007; Sabel y Simon, 2004).

Los fallos representativos del activismo dialógico comparten tres rasgos. Primero, las sentencias dialógicas tienden a dictar órdenes más abiertas que las del activismo clásico. En términos de los criterios de Tushnet (2008) para distinguir los remedios judiciales “fuertes” de los “débiles” –esto es, la amplitud, la obligatoriedad y la perentoriedad de las órdenes del fallo–, sus remedios tienen a ser más débiles. Las sentencias de la jurisprudencia dialógica tienden a abrir un proceso de seguimiento que alienta la discusión de alternativas de políticas públicas para solucionar el problema estructural detectado en el fallo. Los detalles de las políticas, por tanto, tienden a surgir en el trans-

curso del proceso de seguimiento, no en la sentencia misma. Con frecuencia, además, las órdenes de los fallos no implican obligaciones de resultado muy precisas, sino el deber de las autoridades públicas de diseñar e implementar políticas que avancen en la protección de los derechos vulnerados.

Segundo, la implementación de los fallos tiene lugar mediante mecanismos de seguimiento periódicos y públicos. Al mantener su competencia sobre el caso después de la sentencia, las cortes dialógicas suelen dictar nuevas decisiones a la luz de los avances y retrocesos del proceso, y alentar la discusión entre los actores del caso en audiencias públicas y deliberativas.

Tercero, por esa razón, los fallos dialógicos tienden a involucrar un espectro más amplio de actores sociales en ese proceso de seguimiento. Además de la misma corte y las entidades públicas destinatarias de las órdenes, la implementación involucra a todos aquéllos que, directa o indirectamente, son afectados o tienen interés legítimo en el resultado del caso estructural. Esto incluye a las víctimas cuyos derechos han sido violados, las organizaciones de la sociedad civil relevantes, los organismos internacionales de derechos humanos y otros actores cuya participación resulte útil para la protección de los derechos objeto del caso, desde organizaciones de base hasta centros académicos.

Por supuesto, no todos los fallos del activismo contemporáneo, ni siquiera los explícitamente dialógicos, se ajustan a estas condiciones. Además, las decisiones de las cortes activistas varían mucho en la fortaleza o debilidad de los remedios que establecen. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Sudáfrica ha rehusado fijar plazos y condiciones estrictas para el cumplimiento de sus órdenes en casos icónicos como *Grootboom*²⁹ y *Treatment Action Campaign*³⁰. Por el contrario, la Corte colombiana de la T-025, aunque ha tendido a dejar la definición de los detalles de las políticas al proceso de seguimiento, ha dictado decisiones y fijado plazos mucho más estrictos. En el medio se encuentran otros tribunales, como la Corte Suprema argentina en el mencionado caso *Verbistky*.

29 *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* 2000 (11) BCLR 1169 (CC) [declara la violación del derecho a la vivienda de habitantes de asentamientos informales en Ciudad del Cabo].

30 *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others*, 2002 (10) BCLR 1033 (CC) [declara la violación del derecho a la salud por obstáculos para el acceso de pacientes con VIH/Sida a un medicamento antirretroviral].

Estas variaciones prácticas no desvirtúan la utilidad del concepto de activismo dialógico, que postulamos como tipo ideal weberiano para analizar las tendencias evidentes en fallos estructurales contemporáneos, caracterizados por los tres rasgos que señalamos. Además de su utilidad descriptiva, el concepto de activismo dialógico ha ido acumulando defensores por razones prescriptivas de teoría política y constitucional. A medio camino entre el activismo clásico y sus críticos, los defensores del activismo dialógico abogan por fallos judiciales que intervengan para declarar la violación de derechos, pero les dejen a los poderes democráticamente elegidos la responsabilidad de decidir cómo corregir la situación (Dixon, 2007; Gargarella, 2007). De esta forma, se lograría un punto medio entre el deber de proteger los derechos, de un lado, y el imperativo democrático de la separación de poderes y la deliberación sobre asuntos complejos de políticas públicas, del otro (Nino, 1996).

En este sentido, el modelo preferido por la mayoría de los defensores del activismo dialógico parece acercarse a la solución intermedia de la Corte Constitucional de Sudáfrica, con su combinación de “derechos fuertes” reconocidos por sus sentencias y “remedios débiles” que dejan la realización de esos derechos, en la práctica, al arbitrio del Gobierno y la legislatura (Dixon, 2007; Tushnet, 2008). En este modelo, el parlamento y, en menor medida, la administración pública parecerían ser los únicos espacios verdaderamente deliberativos en las democracias contemporáneas. En él, el activismo dialógico, se limitaría a mantener las reglas de deliberación democrática (por ejemplo, invalidando leyes que no fueron objeto de deliberación juiciosa en el parlamento) y, en casos estructurales de violaciones de derechos, se limitaría a declarar la existencia de la violación y la responsabilidad estatal, y a remitir su solución a los poderes elegidos.

Nuestra posición es parcialmente distinta. El estudio de caso de la T-025 sugiere que esta posición se queda corta frente al potencial del activismo dialógico para promover la democracia deliberativa. En efecto, mientras que la literatura existente tiende a defender el pasivismo judicial en la etapa de implementación de los fallos, nuestro análisis sugiere que las cortes mismas pueden propiciar escenarios de deliberación eficaces que complementan, en lugar de reemplazar, los atrofiados espacios de los parlamentos de las “democracias realmente existentes”. A una conclusión similar han llegado los

escasos estudios empíricos comparados sobre el impacto de la aplicación judicial de los derechos sociales, que muestran que los tribunales han ofrecido instancias adicionales de discusión sobre las políticas sociales cuestionadas en los fallos (Brinks y Gauri, 2008b: 343).

1.4.2. El efecto deliberativo

Estas observaciones nos llevan a postular una segunda consecuencia del activismo estructural de tipo dialógico: el efecto deliberativo. Más allá de la evidencia detallada sobre el contenido de este efecto (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2009), para los propósitos específicos de este capítulo, nos limitamos a ilustrar la presencia de los tres rasgos señalados en la sentencia sobre desplazamiento forzado.

En primer lugar, en cuanto al grado de fortaleza de los remedios judiciales, la T-025 sigue el patrón del activismo dialógico al establecer obligaciones más generales y procedimentales que las de muchas sentencias activistas previas de la Corte Constitucional. Sin embargo, a diferencia de otros tribunales, el colombiano fijó plazos perentorios e identificó con precisión las entidades y los funcionarios responsables por el cumplimiento de esas obligaciones.

La Corte dictó tres órdenes centrales:

- (1) *La creación de un plan de acción* para superar el estado de cosas inconstitucional, ante la ausencia de políticas públicas sobre el desplazamiento. El plan debía incluir la recolección y sistematización de información básica sobre la situación de la población desplazada; el cálculo del presupuesto que sería necesario para superar la situación crítica; la identificación de las fuentes potenciales de ese presupuesto; y la distribución del esfuerzo presupuestal entre el Estado central, los departamentos, los municipios y las entidades de cooperación internacional. Estas órdenes fueron dirigidas tanto a las entidades públicas nacionales encargadas de la política sobre desplazamiento, como a los gobiernos locales, y para su cumplimiento la Corte fijó un exigente plazo de dos meses.
- (2) *La realización de todos los esfuerzos posibles para conseguir el presupuesto* requerido para atender a los desplazados, según el cálculo exigido al mismo Gobierno. Para el cumplimiento de esta orden se fijó un plazo de un año.
- (3) *La garantía del goce efectivo del contenido esencial de los derechos básicos de*

la población desplazada. Con base en las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado colombiano, la Corte estableció que esos derechos son el derecho a la vida; el derecho a la dignidad y a la integridad personal; el derecho a la familia y la unidad familiar; el derecho a la subsistencia; el derecho a la salud básica; el derecho a la no discriminación; el derecho de los niños a la educación básica; el derecho a la asesoría para la estabilización socioeconómica; y el derecho a decidir libremente sobre el retorno al lugar de origen o la permanencia en el lugar de desplazamiento. Para el cumplimiento de estas obligaciones, fijó un plazo de seis meses.

Como se ve, la Corte siguió un camino intermedio al definir la severidad de los remedios. Por un lado, la mayoría de sus órdenes fueron de medios, antes que de resultado: en lugar de fijar los detalles de las reformas, exigió al Gobierno diseñar un plan de acción para llevarlas a cabo. Por otro lado, estableció plazos perentorios y dictó un remedio fuerte, de resultado: la garantía eficaz de los derechos mínimos de las personas desplazadas.

A lo largo del proceso de seguimiento, la Corte ha intentado sostener este difícil balance. Ha insistido en mantener el poder de decisión sobre las políticas en cabeza del Gobierno nacional, pero, a medida que ha transcurrido el tiempo y ha aumentado la urgencia de la situación de los desplazados (especialmente de grupos vulnerables como los indígenas, los afrocolombianos, los menores de edad y las mujeres víctimas de violencia sexual), ha venido dictando un buen número de decisiones que fijan remedios fuertes, con obligaciones de resultado detalladas. Y los indicadores de goce efectivo de derechos surgidos del mismo proceso de seguimiento, han sido utilizados por la Corte para hacer mediciones cada vez más estrictas de los resultados de la gestión del Gobierno.

En segundo lugar, la T-025 es una clara ilustración de los mecanismos que caracterizan el activismo dialógico. En efecto, entre febrero de 2004 y julio de 2009, la Corte dictó 80 decisiones (autos) para darle continuidad a las órdenes impartidas en la sentencia, solicitar informes y acciones concretas, hacer seguimientos puntuales y establecer indicadores de evaluación del grado de realización de los derechos de los desplazados. Los autos han sido acompañados de 12 audiencias abiertas en las que se han discutido aspectos centrales de la política sobre el tema y se han rendido cuentas públicas del desempeño de las entidades estatales destinatarias de las órdenes de la Corte.

Por medio de ellos, por ejemplo, se construyeron los mencionados indicadores de goce efectivo de derechos que resultaron de propuestas del Gobierno y la sociedad civil, y que se convirtieron en el parámetro consensual con el que se miden los avances y retrocesos en la situación de los desplazados. Estas audiencias son la ilustración más clara del efecto deliberativo del activismo dialógico en *sede judicial*, que ha escapado a la mayor parte de los defensores de este tipo de intervención de las cortes que están inspirados en la democracia deliberativa.

Finalmente, la T-025 amplió el abanico de actores, públicos y privados, que participan en el proceso de discusión de políticas públicas sobre el desplazamiento. En efecto, sostenemos que uno de los resultados indirectos de las audiencias y el proceso de seguimiento ha sido la conformación de un verdadero campo sociojurídico (Bourdieu, 2000) —que llamamos el “campo del desplazamiento”—, en el que actores muy diversos —desde las organizaciones de desplazados y ONG hasta decenas de entidades estatales y organismos como ACNUR— interactúan, colaboran y chocan a diario para definir las normas, las políticas y los programas sobre el desplazamiento en Colombia (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2009).

Mediante este proceso deliberativo, como lo sostuvo ACNUR en un reciente informe, la Corte ha sido fijado una “hoja de ruta” para el aparato estatal (ACNUR, 2007: 121). Esta conclusión es compartida por la subdirectora de atención a la población desplazada de Acción Social, la entidad gubernamental encargada de coordinar la política sobre desplazamiento:

Lo que ha sido el punto realmente de esta sentencia ha sido el seguimiento porque la Corte en ese [proceso] ha empezado a delinear una ruta y ha acompañado al Gobierno en la delimitación de esa ruta. Ese ha sido el aporte. No ha sido sólo “cumpla” y que el Gobierno verá qué hace, sino que también ha sido “cumpla pero creo que usted debería mirar estos parámetros para cumplir”. Eso no lo tiene ninguna sentencia³¹.

31 Entrevista con Viviana Ferro, subdirectora de atención a la población desplazada de Acción Social, 8 de enero de 2009. En el mismo sentido, la revista *Semana* sintetizó los cuatro primeros años de la sentencia: “en el año 2004 la Corte tomó una serie de decisiones que desde entonces tienen contra las cuerdas al gobierno nacional —sentencia T-025—, las cuales han sido objeto de seguimiento de-

En síntesis, el efecto desbloqueador y el efecto deliberativo de la sentencia responden las objeciones clásicas contra el activismo judicial y ayudan a caracterizar el nuevo activismo dialógico. En conjunto, abren las puertas a un proceso más o menos deliberativo de experimentación democrática alentado por las cortes, en el que un espectro expandido de actores sociales interactúan y establecen relaciones —a veces colaborativas, otras veces antagónicas— mediante las cuales pueden surgir propuestas de solución a problemas sociales complejos.

Este tipo de intervención judicial no garantiza la solución³². Pero, comparada con las alternativas ofrecidas por las democracias realmente existentes, ofrece un canal propicio para promover la deliberación sobre posibilidades de solución que muy probablemente no habrían surgido del bloqueo institucional que caracteriza los casos estructurales.

Dados los propósitos específicos de este capítulo, nos hemos concentrado en los efectos de desbloqueo y deliberativo. Pero estos no son las únicas consecuencias de la T-025 y de este tipo de intervención judicial. Antes de concluir, entonces, mencionamos brevemente los otros efectos que documentamos en la versión extensa de este estudio de caso (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2009) y los ubicamos en la tipología propuesta anteriormente.

1.5. La tipología de efectos y la sentencia T-025

Volviendo a la clasificación propuesta, la Tabla 3 ubica los efectos de la T-025 en ese mapa conceptual.

tallado por la propia Corte por medio de audiencias y autos posteriores. Esta novedosa manera judicial de operar es valiosa en muchos sentidos y le ha permitido a los organismos de control de la actividad estatal y a las propias organizaciones sociales, articular importantes esfuerzos para apoyar las decisiones de la Corte y tratar de hacerlas efectivas (Semana, 2008).

32 De hecho, las cifras muestran que los avances en la garantía de los derechos de los desplazados son aún muy limitados (Comisión de Seguimiento, 2008).

Tabla 3
Efectos de la sentencia T-025

	Directos	Indirectos
Instrumentales	Efecto de desbloqueo	Efecto coordinador Efecto de políticas públicas Efecto deliberativo
Simbólicos	Efecto social	Efecto creador

Comenzando con los tipos de impacto en los que nos hemos centrado, la tabla muestra que el *efecto de desbloqueo* es una consecuencia instrumental directa del fallo, en la medida en que afecta la estructura del aparato estatal que la Corte intenta desestancar con sus órdenes. En cuanto al *efecto deliberativo*, sostenemos que se trata de una repercusión directa del fallo –en cuanto surge del mecanismo de seguimiento diseñado explícitamente por la Corte para provocar este tipo de impacto–, que tiene dimensiones instrumentales y simbólicas. Instrumentales en la medida en que ha resultado en mecanismos concretos de políticas públicas (p.ej., los indicadores de goce efectivo de derechos que han surgido de la deliberación alrededor de las audiencias y los autos). Simbólicos en cuanto ha alterado la comprensión del problema y las percepciones sobre el proceso de políticas públicas, tanto de los actores involucrados como de terceros (ver Tabla 2).

El estudio de caso muestra, además, que la Corte “creó” el problema del desplazamiento forzado, como un asunto público y urgente de derechos humanos. Mediante este *efecto creador*, sostenemos, la Corte contribuyó a enmarcar la situación de los desplazados –que antes había sido vista como un efecto colateral del conflicto armado– como un problema de violación de derechos humanos que requería una reacción inmediata. Se trata de una consecuencia indirecta del fallo, en la medida en que afecta a un conjunto de actores mucho más amplio que los afectados por sus órdenes, desde organismos internacionales de derechos humanos hasta los medios de comunicación y la opinión pública. Al contribuir a transformar la percepción pública del problema y crear el campo sociojurídico del desplazamiento, este efecto

incluye dimensiones simbólicas e instrumentales por igual, como se muestra en la Tabla 2.

El estudio del proceso documenta el *efecto coordinador* que ha tenido el fallo sobre la burocracia pública. Como se vio, las fallas estructurales de las políticas tienen que ver no sólo con las deficiencias de las instituciones relevantes, sino con la falta de coordinación entre ellas. Mostramos, entonces, que la Corte ha terminado jugando un rol racionalizador de la política pública al promover este tipo de coordinación, tanto entre las entidades directamente involucradas por el fallo como entre las entidades indirectamente relacionadas con el caso. De ahí que, en la tabla, este efecto se encuentre a medio camino entre los impactos directos e indirectos.

El análisis de impacto de cualquier sentencia sobre DESC debe incluir la pregunta básica sobre el impacto sobre la población beneficiaria. En últimas, ¿qué cambios ha habido en las políticas públicas y en la situación de los desplazados después de la sentencia? Tras advertir la dificultad de trazar nexos causales nítidos entre el fallo y estos efectos directos e indirectos, nuestro estudio intenta responder las dos partes de esta pregunta. Por un lado, mediante el *efecto de políticas públicas*, documenta el considerable impacto de la sentencia en el diseño, la implementación y el seguimiento de planes de acción sobre el desplazamiento emprendidos tanto por las entidades directamente involucradas en el caso como por aquéllas que han recibido el impacto mediato de las mismas. De otro lado, examinamos el limitado *efecto social* del fallo, en términos de la evolución de la situación de los derechos de los desplazados. Este último efecto tiene también una connotación simbólica, por cuanto afecta la percepción de las propias víctimas del desplazamiento sobre su situación.

2. Conclusiones

En este artículo, hemos propuesto un giro de los estudios sobre derechos sociales hacia un tema que ha recibido escasa atención: la implementación y el impacto de los fallos. Para ello, nos hemos concentrado en sentencias que encaran problemas sociales estructurales, a partir de un estudio del caso más complejo, prolongado y ambicioso de la Corte Constitucional colombiana:

la sentencia T-025 de 2004. En esta decisión, la Corte declaró la existencia de una violación masiva de los derechos de la población desplazada y abrió un proceso de seguimiento y construcción de políticas públicas que ha durado seis años y continúa en curso.

Con base en los hallazgos del estudio de caso, y de un marco teórico que combina elementos de derecho constitucional comparado y sociología jurídica, el artículo ha intentado sustentar tres argumentos sobre sendos temas centrales de la discusión sobre los DESC. Primero, en relación con la justificación del activismo judicial sobre los DESC, nuestro estudio parte de un análisis realista del rol de los jueces en las “democracias realmente existentes”. En ese contexto, el estudio mostró que las cortes pueden ser una instancia adecuada para desbloquear los procesos de políticas públicas de los que depende la realización de los derechos sociales. Segundo, en cuanto al procedimiento de intervención judicial en estos casos, el análisis revela que los procesos de seguimiento e implementación de fallos que incluyen oportunidades de participación y de deliberación pública para todos los actores pertinentes, tienen el potencial de profundizar la democracia y generar soluciones eficaces a problemas estructurales de política pública. Finalmente, en relación con el impacto del activismo judicial sobre DESC, nuestro estudio abre el campo de visión analítico para incluir no sólo los efectos instrumentales y directos de los fallos, sino también los efectos indirectos y los efectos simbólicos.

Más allá de los detalles del estudio de caso, nuestro trabajo busca contribuir a una línea naciente de análisis de implementación e impacto sobre DESC en América Latina y otras partes del mundo. Una línea que intenta recuperar la pregunta básica que motiva a los litigantes y estudiosos preocupados por hacer realidad la promesa de los derechos sociales: en últimas, ¿para qué sirven los fallos judiciales?

Bibliografía

ACNUR, 2009. *2008 Global Trends: Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons*. Disponible en: <http://www.unhcr.org/4a375c426.html>

- Abramovich, Víctor, 2005. “Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: Herramientas y aliados”. En *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos* 2 2: 195-232.
- Abramovich, Víctor y Christian Courtis. 2002. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Abramovich, Víctor y Laura Pautassi, eds. 2009. *La revisión judicial de las políticas sociales: estudios de caso*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Arcidiácono, Pilar, Nicolás Espejo y César Rodríguez Garavito, eds. 2009. *Derechos sociales: Justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá, Buenos Aires y Santiago: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, CELS y Universidad Diego Portales.
- Balkin, Jack y Reva Siegel (eds.). 2009. *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press.
- Bergallo, Paola .2005. “Justicia y Experimentalismo: La Función Remedial del Poder Judicial en el Litigio de Derecho Público en Argentina,” trabajo presentado en el Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional, Rio de Janeiro, 2005. Disponible en: <http://islandia.law.yale.edu/lsela/sela2005.htm>
- Berger, Jonathan. 2008. “Litigation for Social Justice in Post-Apartheid South Africa: A Focus on Health and Education”. En *Courting social justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, editado por Varun Gauri y Daniel Brinks, 38-99. Nueva York: Cambridge University Press.
- Bourdieu, Pierre. 2000. “La fuerza del derecho: elementos para una sociología del campo jurídico”. En Pierre Bourdieu y Gunther Teubner. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Uniandes y Siglo del Hombre Editores.
- Brinks, Daniel y Varun Gauri (eds.). 2008a. *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing world*, editado por Varun Gauri y Daniel Brinks, 303-352. Nueva York: Cambridge University Press.
- _____. 2008b. “A New Policy Landscape: Legalizing Social and Economic Rights in the Developing World”. En *Courting social justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, editado por Varun Gauri y Daniel Brinks, 303-352. Nueva York: Cambridge University Press.

- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). 2008. *La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.
- Chayes, Abram. 1976. "The Role of the Judge in Public Law Litigation". En *Harvard Law Review* 89 7: 1281-1302.
- Clavijo, Sergio. 2001. *Fallos y fallas de la Corte Constitucional*. Bogotá: Alfa-omega.
- Comisión Internacional de Juristas. 2008. *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*. Ginebra: CIJ.
- Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado. 2009. *El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado. Garantizar la observancia de los derechos de la población desplazada*. Vol. 2. Bogotá: Comisión de Seguimiento.
- _____. 2008. *Verificando el cumplimiento de los derechos. Primer informe de verificación presentado a la Corte Constitucional*. Bogotá: Comisión de Seguimiento.
- Coomans, Fons, ed. 2006. *Justiciability of Economic Rights*. Oxford: Intersentia.
- Courtis, Christian. 2009. *Ecos cercanos: escritos sobre derechos humanos y justicia*. Bogotá: Siglo del Hombre y Universidad de los Andes.
- Dixon, Rosalind. 2007. "Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited". *International Journal of Constitutional Law* 5 3: 391-418.
- El Tiempo. 2007. "El año de los desplazados", abril 8.
- Epp, Charles. 1998. *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and the Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago: Chicago University Press.
- Feeley, Malcolm y Edward Rubin. 1998. *Judicial Policymaking and the Modern State: How Courts Reformed America's Prisons*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Filippini, Leonardo. 2005. "Superpoblación carcelaria y *habeas corpus* colectivo", en Revista Lexis-Nexis, No. 2.
- Fiss, Owen. 2003. *The Law as It Could Be*. Nueva York: NYU Press.
- Fredman, Sandra. 2008. *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*. Oxford: Oxford University Press.
- García Villegas, Mauricio. 1993. *La eficacia simbólica del derecho*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

- Gargarella, Roberto. 2006. “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”. En *Perfiles Latinoamericanos* 28: 9-32.
- Gargarella, Roberto. 2007. “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”. En *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, editado por Rodolfo Arango, 377-407. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Centro de Estudios Socioculturales e Internacionales.
- Gargarella, Roberto, Pilar Domingo y Theunis Roux, eds. *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* Aldershot: Ashgate.
- Gauri, Varun y Daniel Brinks (eds). 2008. *Courting social justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Nueva York: Cambridge University Press.
- _____. “Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights”. En *Courting social justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, editado por Varun Gauri y Daniel Brinks, 1-37. Nueva York: Cambridge University Press.
- González, Felipe. 2004. *El trabajo clínico en materia de derechos humanos e interés público en América Latina*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Hirschl, Ran. 2004. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press.
- Klarman, Michael. 2007. *Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement*. Oxford: Oxford University Press.
- Kalmanovitz, Salomón (2001). *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. Bogotá: Norma.
- Langford, Malcom (ed.). 2008. *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Levinson, Daryl. 1999. “Rights Essentialism and Remedial Equilibration”. En *Columbia Law Review* 99 4: 857-940.
- Liebenberg, Sandra. 2008. “South Africa”. En *Social rights jurisprudence. Emerging trends in international and comparative law*, editado por Malcom Langford, 75-101. Cambridge: Cambridge University Press.

- Lukes, Steven. 2005. *Power. A Radical View*. New York: Palgrave MacMillan.
- Mann, Michael. 1993. *The Sources of Social Power. The Rise of Classes and Nation-states, 1760-1914*. Vol II. Cambridge: Cambridge University Press.
- Maurino, Gustavo, Ezequiel Nino y Martín Sigal. 2005. *Las acciones colectivas. Análisis conceptual, constitucional y comparado*. Buenos Aires: Lexis-Nexis.
- McCann, Michael. 2007. “Dr. Strangelove: Or How I Learned to Stop Worrying and Love Methodology”, en *Studies in Law, Politics, and Society*, _____2006. “Law and Social Movements: Contemporary Perspectives”, en *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 2: 17-38.
- _____. 1994. *Rights at Work. Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Michaelman, Frank. 2009. “Economic Power and the Constitution”. En Jack Balkin y Reva Siegel (eds.). 2009. *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University Press.
- Muralidhar, S. 2008. “India”. En *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, editado por Malcom Langford, 102-124. Cambridge: Cambridge University Press.
- O’Donnell, Guillermo. 2008. “Hacia un Estado de y para la democracia”, en *Democracia/Estado/Ciudadanía. Hacia un estado de y para la democracia en América Latina*, editado por PNUD, Lima: Mirza Editores e Impresores.
- Puga, Mariela. 2007. “La realización de derechos en casos estructurales. Las causas ‘Verbitsky’ y ‘Mendoza’”. Trabajo realizado en el marco de la Beca-estimulo para docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Argentina.
- Rodríguez Garavito. 2010. *Un país inconstitucional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- _____. 2009a. *La globalización del Estado de derecho*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- _____. 2009b (ed.). *Más allá del desplazamiento: la Corte, la política pública y la superación del desplazamiento forzado*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- _____. 2009c. “Más allá del desplazamiento, o cómo se supera un estado de cosas inconstitucional”. En César Rodríguez Garavito, ed. *Más allá del desplazamiento: la Corte, la política pública y la superación del desplazamiento forzado*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

- Rodríguez Garavito, César y Diana Rodríguez Franco. 2009. *Corte de cuentas: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.
- Rosenberg, Gerald. 1991. *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: The University of Chicago Press.
- Sabel, Charles y William Simon. 2004. "Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds". En *Harvard Law Review* 117: 1016-1101.
- Santos, Boaventura de Sousa y César Rodríguez Garavito, eds. 2007. *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita subalterna*. Barcelona: Anthropos.
- Semana. 2009. "La Corte contraataca", septiembre 7.
- _____. 2008. "El viaje de la Corte", febrero 9.
- Shankar, Shylashri y Pratap Bhanu Mehta. 2008. "Courts and Socioeconomic Rights in Brazil". En *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, editado por Varun Gauri y Daniel Brinks, 146-182. Nueva York: Cambridge University Press.
- Swidler, Ann. 1986. "Culture in Action: Symbols and Strategies" En *American Sociological Review*, Vol. 51, No. 2.
- Sunstein, Cass. 2004. *The Second Bill of Rights*. Nueva York: Basic Books.
- Teles, Steven. 2008. *The Rise of the Conservative Legal Movement. The Battle for Control of the Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Tushnet, Mark. 2008. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Unger, Roberto. 1987. *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*. Londres: Verso.
- _____. 1996. *What Should Legal Analysis Become?* Londres: Verso.
- Uprimny, Rodrigo y Mauricio García Villegas. 2004. "Corte Constitucional y emancipación social en Colombia" en *Emancipación social y violencia en Colombia*, editado por Boaventura Santos y Mauricio García, eds., 463-514. Bogotá: Editorial Norma.
- Waldron, Jeremy. 2001. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press.
- Weber, Max. 1987. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.

El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina

Diego López Medina

1. La salud como “sistema” y como “derecho”: bases de una micronegociación constitucional: 1.1. El desarrollo del derecho a la salud en Colombia; 1.2. El problema de los costos del sistema de salud; 1.3. El encuentro del “sistema” con el “derecho”: la labor incomprendida de los jueces constitucionales. 2. El desarrollo jurisprudencial: 2.1. Primera etapa jurisprudencial: la fundamentación del derecho a la salud (1992-1993); 2.2. Segunda etapa de la jurisprudencia: la implementación de la Ley 100 de 1993; 2.3. La tercera etapa jurisprudencial: ¿Quién controla a la Corte? Dos esfuerzos fallidos por desmontar el POS jurisprudencial; 2.4. La cuarta etapa de la jurisprudencia constitucional: la explosión del litigio en salud; 2.5. La desjudicialización de la salud en la legislación y jurisprudencia recientes. 3. Conclusiones. Bibliografía.

1. La salud como “sistema” y como “derecho”: bases de una micronegociación constitucional

La historia del sistema de salud colombiano sufre una transformación radical en el periodo 1985-1993, básicamente en el mismo periodo de reforma constitucional que culminaría con la vigente Constitución Política de 1991. Du-

rante estos años nace, madura, se desarrolla y, finalmente, triunfa un movimiento de origen predominantemente tecnocrático¹ que busca una reforma de fondo del sistema de salud hasta entonces imperante en Colombia. Desde finales de la década de los ochenta se llegó a aceptar de manera mayoritaria que el sistema de salud imperante era profundamente inequitativo, segmentado e ineficaz (Londoño, 1987). En ello concordaba la opinión pública no organizada (que sufría directamente las consecuencias del sistema), así como la literatura técnica que sobre el punto se estaba produciendo. Como consecuencia de lo anterior el “sistema de salud” colombiano, debía cambiar organizativa y financieramente, lo cual finalmente se logró de manera secuencial con la expedición, primero, de la Ley 10 de 1990 y, luego, con el Libro II de la Ley 100 de 1993² en la cual, finalmente, se consagraron las líneas centrales del llamado modelo de “pluralismo estructurado” en salud que el Banco Interamericano de Desarrollo había impulsado en toda la región como alternativa técnica y política a los sistemas hasta entonces existentes. Debe anotarse, además, que en la mitad de este proceso técnico y político, Colombia también modificó su Constitución Política. En ella se dinamiza de forma muy importante la concepción de los “derechos fundamentales” que la ciudadanía debía disfrutar, así como los mecanismos para su defensa. Al momento de su expedición, no era claro, sin embargo, el impacto que los derechos tendrían en subsistema como la salud y si, por ejemplo, los derechos sociales habrían de ser considerados fundamentales para su protección judicial directa. La reforma a la salud y el cambio constitucional están interrelacionados de alguna manera, pero, debe insistirse en la relativa autonomía en que ambos procesos se desa-

1 Por oposición a los procesos de creación o reforma normativa que tienen origen en movimientos sociales amplios. En materia de salud, las dinámicas sociales que contribuyen a la materialización de derechos de la población se han quedado rezagadas. Ha surgido, en cambio, un escenario institucional para facilitar la interacción entre los usuarios del servicio de salud, el Estado, y las entidades públicas y privadas a cargo de la prestación de los servicios. La Ley 10 de 1990 estableció la necesidad de crear “formas de participación comunitaria en la prestación de servicios de salud, que aseguren la vigencia de los principios de participación ciudadana y participación comunitaria” (art. 1º). Con todo, la distancia entre el discurso y la realidad todavía es apreciable, pues la participación ciudadana corre el riesgo de convertirse en un requisito formal que las administraciones municipales deben cumplir sin contar con los recursos técnicos y la voluntad política para poner en marcha dicho componente del sistema.

2 Artículos 152 y ss.

rollaron. La “micronegociación” del sistema de salud, pues, no dependía de forma automática de la “transacción fundante” del 91, aunque era evidente que la salud era una de las principales preocupaciones que los derechos fundamentales y las políticas del bienestar tenían que encarar.

La salud, pues, se desarrolla en dos vertientes interrelacionadas pero relativamente autónomas: de un lado, la salud es una política pública del Estado que se expresa en un “sistema de salud”, es decir, es un conjunto de instituciones, reglas y recursos en los que se articula de manera explícita el circuito financiación-prestación de la salud para los miembros de una comunidad. Desde el punto de vista del sistema a la salud, prevalece el análisis de la interrelación entre sus actores y la sostenibilidad futura del sistema. Desde otro punto de vista, sin embargo, se empezó a hablar crecientemente del “derecho a la salud” como el conjunto de reclamos que podían hacer válidamente los ciudadanos individuales frente a su sistema de salud, a partir de la propia Constitución y del desarrollo que este mismo derecho ha tenido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Y observado desde la temática del “derecho a la salud”, prevalece una visión más individual de la cuestión, enfocada en el disfrute personal de derechos para el caso concreto y en la resolución autoritativa de conflictos al interior del sistema.

Se aspira, por supuesto, a que el “sistema de salud” vuelva realidad de la forma más completa posible las exigencias que, desde el plano jurídico, moral y político, hace el “derecho a la salud”. Pero este deseable isomorfismo entre “sistema” y “derecho” no es siempre completo: pueden darse, como en efecto se han dado, tensiones importantes entre el “sistema de salud” (tal y como quedó diseñado en la Ley 100 de 1993) y el “derecho a la salud” (tal y como ha sido interpretado por los jueces constitucionales a partir de la Constitución y de los documentos internacionales). Estos isomorfismos incompletos entre Constitución y ley, entre derechos fundamentales y subsistemas sociales son, en mi opinión, estructuralmente similares a todo lo largo del derecho constitucional colombiano. Es por eso que, con el estudio de uno de ellos, en este caso la salud, podremos obtener una visión analítica muy amplia para entender el resto de “micronegociaciones” que la Constitución de 1991 ha generado en su todavía corto tiempo de existencia.

Así, pues, en su calidad de política pública, la salud ha tendido a caer dentro de la órbita de experticio de economistas, salubristas, politólogos y,

por supuesto, de políticos; como derecho fundamental, de otro lado, el tema ha tendido a desarrollarse dentro del marco de la ciencia jurídica. Entendido este como una política pública, se prefiere hablar del “sistema de salud”; desde la perspectiva jurídica, en cambio, prevalece la denominación “derecho a la salud”. Se empieza a tejer así una trama en la que derecho y economía tienen cosas que decir, pues la protección de quienes presentan un reclamo ante la judicatura (algo que les interesa a los abogados), depende de la existencia de formas de financiación que garanticen la prestación eficiente y sostenida de los servicios requeridos (asunto que preocupa a los economistas, administradores y médicos). Entre nosotros, sin embargo, esta discusión ha creado una aparente brecha disciplinar en la que los argumentos esgrimidos por los juristas y los jueces, suelen contraponerse a las consideraciones formuladas por los economistas y los diseñadores de políticas públicas.

1.1. El desarrollo del derecho a la salud en Colombia

La reforma al sistema de salud en Colombia no nació estrictamente ni con la Asamblea Constituyente, ni con el texto consagrado a la culminación de sus sesiones en el artículo 49. El actual sistema de salud no es una deducción inexorable de ese texto. La reforma al sistema de salud, de hecho, ya se había iniciado con anterioridad, como lo prueba la expedición de la Ley 10 de 1990. En los debates de la Asamblea Constituyente se tomó nota de la marcada tendencia incorporada en la Ley 10, pero se adoptó una cierta (y por demás saludable) indiferencia con relación al modelo concreto de “sistema de salud” que el país debía adoptar³. En el tema de la salud, pues, el constituyente adoptó algunos principios y reglas generales pero no quiso constitu-

3 Las discusiones sobre el derecho a la salud, desarrolladas en la Asamblea Constituyente y, finalmente, plasmadas en el texto del artículo 49 C.P., se estructuraron a partir del análisis de los subsectores en los que se dividía la prestación de servicios de salud, el costo de dichos servicios y su nivel de cobertura. No hay registro de posturas específicas que aconsejaran un modelo de organización específico público, privado o mixto. Antes bien, en esta materia se quiso establecer una serie de principios generales y amplios que se sustentaban en una impresión común: “los inconvenientes para la transformación y ampliación del sistema de salud no son tanto de orden financiero, como de voluntad política para el cambio y de administración racional, eficiente y honesta” (Gaceta Constitucional 85, p. 3). Sobre el desarrollo del artículo 49 C.P. en la Asamblea Constituyente pueden consultarse las gacetas 56, 51, 53, 85, 109, 113, 127 y 142.

cionalizar de forma definitiva ningún modelo en particular⁴. Los sistemas de salud se mueven en rangos muy amplios que van desde el monopolio total del Estado hasta sistemas de auto-suministro de salud completamente privados y optativos⁵. El artículo 49 no constitucionalizó el “pluralismo estructurado”, pero sí dejó consagradas algunas reglas que eran fundamentales para su implementación, como aquella que permitía la participación del sector privado en la configuración del sistema. Esta participación era fundamental para la implementación del “pluralismo estructurado”, ya que este busca, explícitamente, la articulación de las mejores características de sistemas altamente estatalizados y de sistemas altamente flexibles de mercado (Londoño, 1987: 17). Por estas razones, el modelo de “pluralismo estructurado” ha sido calificado como “centrista” (desde el punto de vista político), frente la discusión, que se juzga anticuada, en la que se oponen ideológicamente el “estado” versus el “mercado” (Londoño, 1987: 23). A pesar de ello, algunos sectores sociales y comentaristas constitucionales (y, con ellos, parte de la opinión pública) continuaron idealizando la prestación monopólica de la salud por parte del Estado, como ocurre, por ejemplo, en Cuba o en el Reino Unido (González, 2005). Desde este punto de vista, juzgan que la consagración de derechos en la Constitución de 1991 fue *falsamente* progresista, ya que mediante (i) la autorización de participación del sector privado, y (ii) la calificación de los mecanismos de prestación de derechos como “servicios públicos”⁶ se abrió espacio para la “privatización” de la salud en Colombia⁷. Según este punto de vista, la única manera de asegurar el derecho a la salud

4 Véase, Horst Ehmke, *Economía y Constitución*. En: http://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/13_horstehmke.htm#93

5 Estos modelos son tipos ideales porque ningún país tiene un modelo puro, así tengan tendencias muy marcadas: en el derecho comparado puede verse la descripción de modelos diversos de seguridad social en salud, discutidos por Carrasquilla (2008) y por Londoño y Frenk (Londoño, 1987) en este punto.

6 Y no como “función pública”, con lo que se hubiese hecho obligatoria, según ellos, el monopolio estatal dentro del sistema de salud. Ver al respecto los argumentos de Víctor Manuel Moncayo (Moncayo, 2004) y Adriana González (González, 2005).

7 Argumentos idénticos han hecho los críticos para denunciar la privatización de funciones que deberían ser, en su opinión, exclusivas del Estado, como la provisión del derecho a la seguridad social o la labor de impartición de justicia. En tales casos, según se argumenta, la Constitución volvió “servicio público” lo que debió seguir considerando como “función pública”.

de manera equitativa y eficiente es mediante el suministro estatal único, en el que se centraliza toda la operación del sistema de salud. Esta opinión, sin embargo, contrasta notoriamente con la evaluación técnica y política que sobre dichos esquemas tenía la comunidad de salubristas y economistas durante la década de los noventa⁸. La Corte Constitucional, de otro lado, ha avalado en repetidas ocasiones la coparticipación privada y pública en el Sistema Nacional de Salud⁹.

1.2. El problema de los costos del sistema de salud

El propósito fundamental del sistema de la Ley 100 de 1993 fue el de hacer frente a una creciente demanda en salud debido a nuevas “presiones epidemiológicas” que ya se estaban manifestando en el país y, de manera más amplia, en la región (Londoño, 1987: 4). Mientras que tales desafíos epidemiológicos aumentaban, también se constataba la enorme inequidad (todavía existente) en la prestación del servicio. Según los diagnósticos previos a la reforma de la Ley 100, el sistema colombiano estaba profundamente segmentado por clases sociales: los ricos, de un lado, tenían recursos para cubrir sus propias necesidades. De otro lado, las clases medias asalariadas disfrutaban de una cobertura por medio de los múltiples esquemas de seguridad social vinculados al trabajo, de los cuales el Instituto de los Seguros Sociales, ISS, era tan solo el mayor proveedor dentro de una marea corporativista y asociacionista de cajas y fondos de previsión social. Finalmente estaban las clases bajas, no vinculadas al trabajo formal y sin capacidad de ahorro para la cobertura autónoma de sus propios riesgos en salud. De esta manera, el sistema resultaba segmentado, inequitativo, ineficiente y de bajísimos niveles de cobertura poblacional.

Desde el punto de vista del “sistema de salud”, la propuesta del “pluralismo estructurado” buscaba dos objetivos fundamentales: en primer lugar,

8 Londoño, Juan Luis y Frenk, Julio. «Pluralismo estructurado: hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina.» Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de trabajo 253, 1987.

9 Ver, por ejemplo, las sentencias SU-480 de 1997, SU-819 de 1999 y todas las demás que entran dentro de sus sombras decisionales. Al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, “ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público (...). Así está diseñado el sistema” (SU-480 de 1997).

el alcance de la cobertura universal en salud, entendida como una necesidad de la democracia política contemporánea¹⁰. Para ello, sin embargo, era necesario articular de una manera mucho más eficiente a los diferentes prestadores de salud: de la profunda segmentación, con múltiples regímenes legales dispersos de atención en salud, se pasó a un esquema unificado de cobertura en el que podían participar muchos actores sociales, pero básicamente sobre el mismo esquema de financiación y con el mismo paquete de prestación del servicio. El sistema, pues, continúa siendo complejo, pero las reglas para todos los actores son unificadas y articuladas en el mismo circuito de financiación-prestación.

Del otro lado, sin embargo, la cobertura universal no se puede lograr sin la contención de costos al interior del sistema. Un sistema de salud no es pagable, ni siquiera en las sociedades más ricas, bajo el modelo de “todo para todos”. Las demandas individuales y subjetivas de salud son particularmente intensas y posiblemente irracionales: frente a la enfermedad (y especialmente si es grave) todo el mundo quisiera que se agotaran todos los mecanismos de recuperación de la salud, incluyendo, por supuesto, los que son experimentales, hipotéticos y, además, sin que operen restricciones significativas de costos para el proceso de toma de decisiones. De manera que, la primera y la más importante de las estrategias de “contención de costos” es el hecho de que el paquete básico universal asegurado a todo el mundo sea finito, esto es, establecido en una lista bajo la técnica de *numerus clausus*. Con ello se busca frenar las fuerzas que llevan a médicos y pacientes (pero particularmente a los últimos) a asumir gastos innecesarios e irracionales con el propósito de recobrar la salud.

El método central de contención de costos es la definición limitada del paquete de servicios que se ofrece a todas las personas vinculadas al sistema. Con estos recursos, se le permite a las empresas promotoras de salud (EPS) que funcionen como articuladores entre la demanda y la oferta de servicios

10 “Otra presión emergente para la población es la expansión de la democracia en todo el continente, misma que probablemente conducirá a crecientes presiones políticas por mejores y más diversificados servicios en la medida en que las sociedades incorporen la atención a la salud como parte de sus derechos básicos de ciudadanos” (Londoño, 1987). Para corroborar este punto, véase al respecto el estudio de derecho comparado con relación al derecho a la salud en las Américas de la OPS (Fuenzalida, 1989).

de salud. Por cada afiliado a las EPS, y de manera independiente al monto de los descuentos efectivos de nómina que se le hayan hecho a los afiliados, las EPS reclaman al articulador financiero del sistema¹¹ un pago que se denomina “unidad de pago por capitación” (UPC) y con el cual se obligan a prestar, a ese afiliado, los servicios de salud contenidos en el POS. Las EPS están obligadas, como prestadoras del servicio, a lograr una adecuada contención de los costos. El sistema de incentivos de la Ley 100 les asigna conscientemente ese papel. ¿Cómo opera el incentivo? De la siguiente manera: a una EPS se le paga lo mismo por cada persona que atiende, independientemente del nivel de servicio que exija o demande su condición de salud. El pago que reciben las EPS está basado en estudios epidemiológicos que predicen los porcentajes de prevalencia de patologías dentro de una determinada población. Estas entidades, por tanto, tienen el deber de distribuir los recursos entre las diferentes necesidades de los individuos particulares, dando más recursos para las personas que así lo requieren. Para lograr esta distribución, el sistema incentiva a las EPS para que sean compradores cautos de servicios a nombre de los consumidores o, de otra manera, para que moderen la ansiedad individual de los pacientes de ser “sobre-tratados” ante la presencia de la enfermedad. En otros sistemas de salud donde la distribución de recursos se hace por el número efectivo de prestaciones otorgadas, el incentivo económico, obviamente, impulsa a que se ordenen el mayor número de tratamientos, exámenes diagnósticos, medicamentos y terapias. En este tipo de sistemas, el ingreso del prestador de servicios de salud está directamente ligado al nivel de facturación de su práctica. Esta estructura de incentivos, por supuesto, termina generando con el tiempo la explosión de costos, el aumento de los precios de entrada para los ciudadanos y, finalmente, la desafiación escalonada (empezando por los más pobres) del sistema de salud¹². Estas razones han bastado, en general, para desacreditar la eficiencia de este tipo de sistemas.

Ahora bien: ¿cuál debe ser el tamaño del paquete básico de servicios de salud que el sistema debe suministrar a todos sus vinculados? Esta es una pregunta técnica, si se quiere, pero el comienzo de su respuesta arranca con

11 Que en el caso colombiano se denomina Fosyga.

12 Este es el diagnóstico que se hace del sistema de salud de los Estados Unidos en este momento (Hyman, 2006).

algunas consideraciones básicas de filosofía política y de teoría de la justicia que se debatieron explícitamente en el proceso de estructuración del sistema. En primer lugar, está la cuestión de la equidad social: el sistema está dominado por una ideología altamente igualitarista que muestra, quizá sorprendentemente, una profunda socialización de la salud. En él opera el principio “lo mismo para todos”¹³, según el cual la cobertura básica de salud debe ser adecuada e idéntica para todos, con independencia de las fuentes de ingreso y de la capacidad individual de gasto de los individuos. En ese sentido, el “derecho a la salud” que el sistema distribuye debe ser idéntico para todos, ricos o pobres. Esta máxima igualitaria, sin embargo, podría ser entendida (como en efecto lo ha sido) como una estrategia de redistribución de la “misericordia” por vía de un plan obligatorio de salud (POS) de muy bajos estándares (González, 2005).

Ahora bien, “lo mismo para todos” debe tener, al mismo tiempo, un buen nivel técnico y profesional de cobertura de salud. Traducido a principios e ideas de justicia, el POS debía lograr “la formulación de un paquete de intervenciones esenciales como un instrumento de política central. La palabra ‘esenciales’ es clave, y debe diferenciarse en forma tajante de los adjetivos ‘mínimas’ o ‘básicas’. El paquete esencial no se basa en el principio de ‘lo indispensable para los pobres’, sino *más bien en el de ‘lo mejor para todos’*. De hecho, este paquete está integrado por aquellas intervenciones que los análisis de costo-efectividad han destacado como la mejor inversión para la salud. Por lo tanto, constituyen el núcleo de la universalidad, es decir, el conjunto de intervenciones a las que toda persona debe tener acceso, independientemente de su capacidad financiera o situación laboral. Este nuevo tipo de universalidad, orientada por análisis explícitos de costo-efectividad y aceptabilidad social, evita las trampas de la universalidad clásica, *cuya promesa de ‘todo para todos’* ha dado pruebas de ser insostenible incluso en los países más ricos. En este sentido, el análisis de costo-efectividad es mucho más que una herramienta tecnocrática, ya que

13 Este principio es cierto, aunque las inequidades todavía permanecen: para personas sin capacidad de ahorro, la oferta de servicios del sistema es un techo insuperable y, por tanto, la calidad del mismo repercute directamente en su salud. Para personas con capacidad de ahorro, de otro lado, las prestaciones básicas del sistema son “superables” mediante el pago privado de servicios adicionales. La socialización es incompleta, pero en todo caso hay progresividad: la gente paga precios diferentes (un porcentaje de sus sueldos) para acceder al mismo paquete. El impacto redistributivo de este diseño es evidente.

representa un medio, científicamente fundamentado, éticamente sólido y socialmente aceptado, de lograr la asignación óptima de los recursos para la salud. Por lo tanto, un paquete esencial promueve la equidad tanto como la eficiencia de asignación de recursos” (Londoño, 1987).

1.3. El encuentro del “sistema” con el “derecho”: la labor incomprendida de los jueces constitucionales

Esta larga digresión por el “sistema de salud” es fundamental para entender, con algún nivel de precisión, el significado contemporáneo de la Constitución colombiana. Los abogados afirmamos que la Constitución adquirió poder normativo directo para la adjudicación de casos: en ese sentido, las áreas del derecho recibieron el marcado impacto de un proceso de constitucionalización. En el análisis que sigue, trataremos de ver, en concreto, cómo se ha dado esa constitucionalización en el derecho a la salud.

El primer punto que hay que anotar es el siguiente: la labor de la jurisprudencia constitucional arranca en Colombia con *anterioridad al establecimiento y pleno funcionamiento del sistema de salud de la Ley 100 de 1993*. La Corte crea una serie de precedentes en los años de 1992 y 1993 que luego serán fundamentales en su evaluación sobre el sistema de la Ley 100. El segundo punto central se trata acerca de que esta jurisprudencia anterior a la Ley 100 resultó luego fundamental para definir el papel que los jueces terminarían jugando en la “modulación”¹⁴ general del sistema de salud. Aunque los jueces no fueron explícitamente contemplados en la Ley 100 como integrantes de la función de modulación del sistema, era apenas natural que lo terminaran siendo. Los conflictos de interés en salud resultaron ser fácilmente

14 Para Londoño (1997) “todo sistema de salud tiene que desempeñar una serie de funciones cruciales que pueden agruparse bajo el término “modulación”. Este es un concepto más amplio que el de regulación. Implica establecer, implantar y monitorear las reglas del juego para el sistema de salud, así como imprimir en este una dirección estratégica. El establecimiento de las reglas del juego es un proceso delicado en el que es necesario equilibrar los intereses de los diversos actores. Con demasiada frecuencia, esta función se ha descuidado, particularmente en aquellos sistemas de salud en los que el Ministerio de Salud dedica la mayor parte de sus recursos humanos, financieros y políticos a la prestación directa de servicios”.

judicializables¹⁵ y justiciables¹⁶. Los organismos explícitamente comisionados para la modulación de tales conflictos no mostraron la capacidad técnica y operativa para resolverlos¹⁷. Por estas razones, los jueces pasaron a jugar el rol de modulación que la Ley 100 concedía al Estado, en general, sin llegar a pensar que, en realidad, la terminarían desempeñando los jueces constitucionales. Las razones de este fenómeno son varias: en primer lugar, fue evidente que la Superintendencia Nacional de Salud no contó con la capacidad técnica para cumplir como conciliador o adjudicador de las disputas al interior del sistema. Su preocupación fundamental se focalizó en cumplir con las funciones tradicionales de vigilancia y control en las entidades reguladas, pero nunca pudo asumir seriamente la resolución de conflictos entre usuarios y prestadores. La dualidad de funciones y su completa inexperiencia institucional como adjudicador contaron, pues, como factores. Finalmente, la Supersalud también exhibió una baja capacidad de gestión local: el sistema de salud ciertamente se piensa en Bogotá, pero la prestación de sus servicios es necesariamente local y desconcentrada. El sistema es uno, pero el nivel de conflictos que genera es masivo y local. Muchos de los conflictos originados tienen una estructura típicamente dual, donde un usuario se enfrenta a la EPS por discrepancias en la prestación del servicio, en su calidad, en su oportunidad, etc., etc. Por consiguiente, un organismo de supervisión como la Superintendencia, no estaba preparado para lidiar con este tipo de conflictos. Por las características estructurales de los conflictos dentro del sistema de salud, era relativamente razonable que los jueces se convirtieran en árbitros de éstos¹⁸.

15 La “judiciabilidad” de un conflicto consiste en la facilidad con la cual las partes interesadas pueden traerlo ante conocimiento de un juez para que lo dirima.

16 La “justiciabilidad” de un conflicto radica en los poderes y habilidades que tiene la rama judicial para dictar sentencia sobre un conflicto de manera que dicha intervención es considerada como técnicamente competente y políticamente legítima dentro de un determinado subsistema social.

17 En la exposición de motivos del proyecto de Ley 2ª de 2006 (Cámara) (Gaceta del Congreso 249/2006) el Ministerio de la Protección Social reconoció que se hacía “[...] necesario fortalecer el componente de inspección, vigilancia y control del sistema con énfasis en funciones de control, la introducción de sistemas orales o abreviados de procesamiento sin perjuicio de garantizar el derecho al debido proceso”.

18 Esta incapacidad adjudicativa no es exclusiva de la Superintendencia Nacional de Salud. Es claro, por ejemplo, que también la padece la Superintendencia Financiera que tampoco cumple adecuadamente con sus funciones de protección al consumidor. Cuando ello ocurre así, la demanda de

2. El desarrollo jurisprudencial

2.1. Primera etapa jurisprudencial: la fundamentalización del derecho a la salud (1992-1993)

En Europa, de otro lado, los derechos sociales llevaron a la implementación de amplias estructuras administrativas y financieras de Estado-Bienestar que cumplieron, con relativo éxito, la función de aseguramiento social que la visión constitucional exigía de ellas. Los derechos se tradujeron rápidamente en sistemas administrativos autónomos. En América Latina, por otra parte, se establecieron desde los años cuarenta sistemas de pensiones y salud similares a los existentes en el estado de bienestar europeo, pero estos terminaron ofreciendo una cobertura muy baja y segmentada, con enormes problemas de equidad social. Estos sistemas todavía estaban en vigencia cuando la Constitución de 1991 empezó a funcionar. La Corte Constitucional entendió, por tanto, que el nuevo Estado social de derecho exigía mucho más que las prestaciones del precario Estado de bienestar colombiano que se había construido en el periodo 1948-1990. Bajo esta idea general, empieza a activarse el concepto según el cual los derechos sociales son fundamentales y, por tanto, los sistemas legales de prestación de salud y seguridad social pueden ser evaluados en sede judicial por violación de derechos de sus usuarios. La “fundamentalización” de los derechos sociales permitió la judicialización y arbitraje de controversias dentro de los sistemas de prestación de servicios de salud y otras formas de seguridad social.

En consecuencia y desde el comienzo de su actividad adjudicativa en 1992, la Corte opta por sostener una posición amplia de la noción de “derechos fundamentales”. Frente a la posición más cauta que sostenía que la Constitución, como texto pre-interpretado, sólo ofrecía justiciabilidad a los derechos liberales contenidos en los artículos 11 a 41¹⁹, la Corte, desde su se-

servicios de solución de controversias se encamina hacia los jueces que han encontrado en la doctrina constitucional una manera de asumir la solución de estos casos.

19 Es decir, aquellos los estrictamente denominados “derecho fundamentales” incluidos en el capítulo 1º del título segundo de la Constitución Política. Para una discusión y crítica sumaria de esta tesis restrictiva (pre-interpretativa y literalista) y sus fuentes, véase Tulio E. Chinchilla, ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?, Temis, 1999, pp. 92-4. Uno de sus contradictores ha dicho: “El

gunda sentencia (T-02/92, M.P. Martínez), está dispuesta a sostener la fundamentalidad (y por lo tanto la aplicabilidad directa y la justiciabilidad en sede judicial) de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, DESC, tales como la educación, la salud o el trabajo. En la T-402 de 1992, la Corte asume que el derecho a la educación es, tanto como los derechos civiles y políticos más tradicionales, un título o reclamo inherente a la naturaleza y dignidad humanas y que, por tanto, su restricción sobre argumentos literalistas (basados en los arts. 85 y 86 C.P.) no es de recibo. Esta sentencia, sin embargo, no expresa una visión especialmente radical del asunto porque, primero, declara la fundamentalidad de la educación (un DESC no particularmente polémico) y; segundo, lo hace en un caso donde se respalda el derecho a continuar la educación mediante la financiación privada del propio demandante²⁰.

La Corte, pues, construye la plataforma que le permitirá cumplir con funciones de arbitraje al interior de los sistemas que prestan derechos sociales. En los años 1992 y 1993 (y por tanto, antes de la expedición de la Ley 100), la Corte empieza a hablar del derecho a la salud como derecho fundamental. La precariedad y debilidad del sistema de salud existente en ese entonces le suministran suficientes casos para justificar esta intervención jurídica. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-406 de 1992 (M.P. Angarita) se insiste ahora que los derechos al saneamiento público y a la salud pueden ser fundamentales por su conexidad con intereses como la vida, la integridad personal o la dignidad humana. En esta sentencia, la Corte estira la protección de los DESC a la aceptación de un reclamo colectivo costoso (la terminación de un alcan-

Estado social de derecho significa cualquier cosa, según el impulso y la intensidad emocional del intérprete de turno. Basta leer la profusa literatura que apareció en Colombia a raíz de la Constitución de 1991, para darse cuenta de la falta absoluta de contenido de esa expresión y de la ausencia total de rigor científico con que se la trata. Pero lo que hay en últimas de toda esa palabrería hueca, es la tesis de que el Estado es un ser espectacular, imbatible y todo poderoso que tiene la obligación de cuidar a todos y resolver los problemas de la gente "desde la cuna hasta el sepulcro", como lo dijeron alguna vez con tanto orgullo los socialistas suecos". Véase Fernando Londoño Hoyos, "La economía en la Constitución de 1991", 137 Revista Javeriana (2001).

20 Un derecho como la educación puede ser considerado, al mismo tiempo, como una libertad clásica o como una prestación social. Es en el primer sentido en que la T-02/92 declara fundamental el derecho a la educación interpretado éste como un derecho liberal clásico de autonomía a autofinanciarse una educación. Mucho más controversial hubiera sido declarar fundamental un derecho específico prestacional a obtener educación más allá de las posibilidades económicas personales.

tarillado como condición de la protección de la salud de barrios de Cartagena), y a la identificación directa del Estado como deudor de la prestación. La Corte trabaja aquí con la idea implícita que una cobertura universal de acueducto y alcantarillado son obligaciones constitucionales directas²¹. Así mientras en la T-402 de 1992 la Corte rompe con la posible interpretación literalista del capítulo 1 del título II de la Constitución, en la T-406 de 1992 la Corte muestra su voluntad por fundamentalizar verdaderos reclamos de bienestar social que implican el arbitramento, por parte del estado, de cuantiosos recursos y, todo ello, sin que sea necesaria mediación administrativa o legislativa. Esta sentencia, evidentemente, le da jurisdicción a la Corte para que arbitre el derecho social a la salud con consecuencias económicas directas.

Abierta esta brecha, la Corte inicia un proceso de “fundamentización” de prestaciones más específicas de salud individual, por contraste a reclamos colectivos de saneamiento público. Así, por ejemplo, se obtiene el reconocimiento de fundamentalidad del derecho a la salud²² por su conexión con valores como la vida, la integridad personal y la dignidad humana en sentencias como la T-522 de 1992, la T-571 de 1992, la T-484 de 1992, la 499 de 1992, la T-505 de 1992 y en la T-548 de 1992. En todas estas sentencias se observa mediante procesos judiciales, algunos de los problemas fundamentales del sistema de salud previo a la reforma de 1993. En estas sentencias, el condenado casi siempre es el Estado, bien sea el Instituto de los Seguros Sociales o algunos de los fondos de previsión existentes para aquel entonces. Los problemas señalados en las sentencias son evidentes: en uno de ellos, por

21 Hay que anotar que, al día de hoy, esta visión ha sido también adoptada por las ramas ejecutiva y legislativa. La política de cobertura integral en saneamiento básico es oficial en el Estado colombiano, aunque a la altura del año 1991 era vista con enorme cautela y recelo. Véase al respecto el lanzamiento del “Programa Agua Transparente”. Un informe del Ministerio del Medio Ambiente “muestra que entre 1996 y 2003 se desperdiciaron \$ 11,7 billones de pesos que la Nación giró a entidades territoriales para frenar problemas de saneamiento. Según esta cartera, si los recursos se hubieran invertido adecuadamente, 16 millones de personas, habitantes de 838 municipios, que hoy en día no tienen agua potable, la estarían recibiendo. Además, el 95 por ciento de las poblaciones tendrían alcantarillado, una obra que solo está disponible para el 65 por ciento de ellas” (Periódico El Tiempo).

22 El derecho a la salud ha sido el derecho específico en que la Corte Constitucional ha debatido, desde un punto de vista más estructural, el problema de la fundamentalidad de los DESC. Por esta razón, resulta privilegiado en la reconstrucción que realizó sobre este tema.

ejemplo, la Corte condena al sistema por su incapacidad de ofrecer tratamiento a una persona enferma de sida, incapacidad además que, para la época, estaba fuertemente contaminada de incompreensión y de discriminación contra los pacientes. En otras sentencias, de otro lado, se denuncia la incapacidad de respuesta del sistema (excesiva mora en la programación de cirugías, por ejemplo) frente a enfermedades graves de las personas que afectaban su calidad de vida y su capacidad de trabajo. Finalmente en otras, la Corte denuncia la desprotección en la que se encuentran grupos sociales específicos tales como niños y ancianos.

La regla de “fundamentalidad” del derecho a la salud, como consecuencia práctica, abre la oportunidad para que los jueces empiecen a intervenir como árbitros moduladores del sistema en el que, hasta el momento, no participaban de manera significativa organizaciones privadas. Esta posibilidad de arbitraje judicial es muy amplia, porque como lo demuestra el estudio de A. Deaton (2007), los sistemas de salud generan una gran cantidad de insatisfacción y reclamos por parte de quienes acuden a él. Esta apreciación es comprobada para el caso colombiano mediante los estudios de satisfacción de usuarios que ha adelantado la Defensoría del Pueblo (2005). Los complejos procesos gerenciales y administrativos, unidos al natural estrés que produce la enfermedad, forman una receta perfecta para configurar a un consumidor alarmado, insatisfecho y dispuesto a la defensa de sus intereses vitales más fundamentales. El sistema de salud, por tanto, requiere de mecanismos adecuados y eficientes de resolución de conflictos. La Ley 100 no los contempló de forma adecuada y el resultado actual en el que la jurisdicción constitucional ha encarado ese desafío responde, en parte, a esta falta de previsión legal. Este déficit de capacidad adjudicativa y conciliatoria en la resolución de conflictos dentro de la salud no es exclusivo del caso colombiano (Kinney, 2000): su presencia ha sido frecuentemente anotada en el derecho comparado²³ cuando el sistema involucra una alta participación del sector privado

23 La lucha entre pacientes y EPS es universal y no debería sorprender. Legislaturas más populistas, como las de los Estados federados de la Unión Americana, han intervenido con frecuencia en el sistema para ofrecer protección a los consumidores (Rich, 2005). Estas intervenciones han generado una verdadera batalla constitucional entre Estados y gobierno federal por regular la “industria de la salud”. El legislador colombiano ha sido mucho más parco, en general, ya que hasta la expedición de la Ley 1122 de 2007 se abstuvo de regular las relaciones consumidor-prestador del servicio de

y no existen jurisdicciones especializadas de seguridad social para el trámite del conflicto entre el usuario y el prestador de salud (Arango, 2008).

2.2. Segunda etapa de la jurisprudencia: la implementación de la Ley 100 de 1993

La Ley 100, expedida el 23 de diciembre de 1993, contiene las características generales de contención de costos que se examinaron más arriba en este texto. Con la promulgación de esta ley, se establece el sistema general de seguridad social en salud (SGSSS). Este sistema recoge las líneas principales del “pluralismo estructurado” que discutimos más arriba. Como pieza central de los incentivos de contención de costos, se establece el plan obligatorio de salud (POS) como paquete esencial de servicios de salud que se ofrece a todos los afiliados al sistema. La definición del POS se hizo en el Acuerdo 8 del 6 de julio de 1994 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) donde se afirmó, en su artículo 6º, que se adoptaba “como principio guía de orientación del plan obligatorio de salud, la inclusión de servicios que conduzcan a la solución de los problemas de mayor relevancia en cuanto a morbilidad, número de años perdidos por discapacidades o muerte temprana y costo-efectividad”. En su artículo 7º, de igual forma, se autorizaba a “[a]probar las exclusiones y limitaciones del plan obligatorio de salud que no contribuyan al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos, suntuario y aquellos que expresamente defina el consejo en el futuro, más los que se describen a continuación (...)”²⁴.

salud. Su intervención ha sido más activa, por ejemplo, en protección del consumidor-pensionado. La labor de interpretar y ajustar las cargas del complejo sistema ha recaído en la jurisprudencia constitucional. Es posible que esta tarea exigiera de una jurisdicción especializada, como se ha propuesto ya en varias ocasiones. Lo cierto es que, mientras ello ocurra, la regulación judicial sigue siendo fundamental para resolver conflictos insalvables o ineludibles dentro del sistema. En mi opinión, el juez constitucional ha cumplido con una función de intermediación y resolución de conflictos insalvable, y no con una intervención en esferas económicas vedadas. El sistema de salud sería mucho menos estable y gobernable, hoy en día, sin intervención judicial que buscara mantener el diálogo abierto entre los diversos miembros del sistema.

24 El Acuerdo 8 de 1994 fue reglamentado por el Decreto 1938 de 1994 “por el cual se reglamenta el plan de beneficios en el sistema nacional de seguridad social en salud, de acuerdo con las recomen-

Estas normas, buscaban volver realidad la necesidad de contener costos mediante la definición precisa de los tratamientos y medicamentos que debían ser considerados esenciales (el principio de “lo mejor para todos” al que se refería Juan Luis Londoño). Este listado fue consolidado de manera muy rígida mediante la Resolución 5261 de 1994, ya que en ella se afirmó en su artículo 13 que “[l]a receta deberá ceñirse a los medicamentos autorizados en el manual de medicamentos y terapéutica, *sin que por ningún motivo se admitan excepciones [...]*” De igual forma, en su artículo 49 se afirmó que “Los medicamentos y soluciones que se prescriban para el tratamiento del paciente, sea de uso hospitalario o ambulatorio, *deberán ceñirse estrictamente a lo definido en el manual de medicamentos y terapéutica establecido por el plan obligatorio de salud*”.

Y aquí, en estas definiciones reglamentarias, es donde empiezan los choques entre el “sistema de salud” (como mecanismos de circulación de recursos de sus fuentes a los usuarios) y el “derecho a la salud” (como conjunto optimizante de prestaciones a las cuales los usuarios deben tener acceso inmediato). Los casos que llegaron a las Cortes empezaron a mostrar, sin embargo, una tendencia preocupante en la interpretación del POS; en primer lugar, empezaron a aparecer reclamos según los cuales la definición del POS implicaba renunciar a tratar los casos de enfermedades incurables porque, según se esgrimía, su tratamiento no era costo-eficiente y, por tanto, debía ser excluido del paquete general. De otro lado, la excesiva rigidez del POS empezó a chocar con la libertad profesional y científica de los médicos quienes veían en el sistema un celo excesivo en homogenizar el tratamiento de enfermedades, según los protocolos de la medicina basada en la eficiencia. La definición del POS, pues, generó estos dos reparos serios que se empezaron a expresar en demandas de aumento de la calidad del paquete básico: en primer lugar, resultaba realmente preocupante que un sistema de salud abandonara a los

daciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, contenidas en el Acuerdo 8 de 1994”. Luego este decreto fue derogado por el Decreto 806 de 1998 “por el cual se reglamenta la afiliación al régimen de seguridad social en salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional”. El Decreto 806 fue modificado posteriormente por el Decreto 1703 de 2002 “por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el sistema general de seguridad social en salud”.

más enfermos por argumentos de costo-eficiencia; y en segundo lugar, resultaba difícil lograr el apoyo de los médicos en la contención de costos cuando esta era interpretada como una planilla demasiado rígida de conductas profesionales a adoptar²⁵. La jurisprudencia estaba respondiendo así a una discusión muy amplia sobre quiénes son los médicos y cómo practican la medicina. De un lado, está la idea del practicante individual que tienen, a partir de experiencia clínica y creatividad, la capacidad individual de aplicar medicina a sus pacientes con resultados excelentes dentro del contexto del caso individual. De otro lado, está la idea del médico como aplicador rutinario de protocolos completamente estudiados con resultados pre-definidos que establecen preferencias casi ineludibles de tratamiento por un análisis costo-beneficio. La llamada “medicina basada en la evidencia” parece sugerir el segundo tipo de aproximación. Este tipo de práctica médica, sin embargo, “presiona a los proveedores de servicios médicos a tomar decisiones casi exclusivamente sobre evidencia estadística [...] esta doctrina (de la medicina basada en la evidencia) afirma que lo que es bueno para un grupo, es bueno para cada individuo, a pesar del hecho de que esto con frecuencia no es así. La medicina basada en la evidencia puede ayudar al médico a evitar la subjetividad y a tomar una visión más escéptica de qué resulta médicamente útil y qué médicamente fútil (en el esfuerzo de recuperar la salud). Con ello, la medicina basada en la evidencia se concentra más en la enfermedad y menos en el paciente” (Rieff, 2008).

El POS, era la pieza esencial de la estrategia de contención de costos, pero empezó a chocar contra la percepción, desde el punto de vista de la demanda, que algunas de estas exclusiones no eran aceptables dentro de un sistema bien concebido²⁶. Un sistema que excluyera estas formas de enfermedad parecía insensible, defectuoso y, por tanto, violatorio del “derecho a la salud”. Las primeras sentencias de este período muestran esta tendencia decisional hasta culminar finalmente en la SU-043 de 1995 cuando la Corte hace esta afirmación:

25 Véase, por ejemplo, la Sentencia SU-43 de 1995 y las otras sentencias de su progenie.

26 El diseño legal y reglamentario del POS, igualmente, prohíbe la incorporación de algunas técnicas de contención de costos que serían muy eficientes, pero que desvirtuarían su función política y social. Así, por ejemplo, en el mundo de la medicina socializada del POS no pueden funcionar las “preexistencias”. Véase al respecto el artículo 164 de la Ley 100 de 1993 y la Sentencia C-112 de 1998.

Las entidades, públicas o privadas, encargadas de llevar al afiliado y a su familia los beneficios del plan obligatorio de salud *no pueden ya esgrimir el diagnóstico de que la enfermedad es incurable como razón válida para negar todo tipo de atención al paciente*. Subsiste en favor de aquellos (niños beneficiarios) el derecho constitucional fundamental a recibir atención acorde con la enfermedad en hospitales locales, regionales, universitarios, puestos y centros de salud y a cargo del Estado.

De manera implícita, pues, la Corte ha aceptado que el sistema depende de su capacidad de contener costos; pero, de igual manera, ha buscado ponerle límites a las estrategias de contención de costos. El punto de conflicto que requiere arbitraje vinculante radica en el nivel óptimo de contención de costos que no implique una rebaja del paquete esencial de derechos que reciben los vinculados al sistema. Este equilibrio entre costos y servicios no es estático, sino dinámico: corresponde a una discusión social extendida en el tiempo y, en ese sentido, los jueces han ofrecido un foro esencial de discusión y legitimación del sistema que no se hubiera dado al interior de las otras ramas del poder público.

2.3. La tercera etapa jurisprudencial: ¿Quién controla a la Corte? Dos esfuerzos fallidos por desmontar el POS jurisprudencial

La tercera etapa de la jurisprudencia constitucional sobre salud se desarrolla en los años 1997 a 2000. En este período se empieza a sentir con particular fuerza la presión del “sistema” frente a lo que consideró en su momento como la excesiva y anti-económica extensión del “derecho”. Este proceso de moderación y racionalización de la línea jurisprudencial se inicia con la Sentencia SU-111 de 1997 (M.P. Cifuentes). Con esta sentencia, la Corte en pleno parece abandonar lo que ahora considera la indisciplinada e impredecible jurisprudencia de equidad que había promulgado hasta ese entonces y opta ahora por tecnificar la línea jurisprudencial, ocasionando así una sustancial restricción a la interferencia que el “derecho a la salud” puede ocasionar en el “sistema”. La jurisprudencia de la equidad se había basado sobre una lectura amplia de la conexidad de la salud con la vida, la integridad personal y la vida humana. Bajo esta lectura, el criterio de conexidad ofrecía un amplio (y potencialmente

indiscriminado) puente para la fundamentalización de reclamos de salud. En la SU-111, este criterio de conexidad es visto como demasiado amplio y, además, anti-técnico. Las premisas de la nueva posición jurisprudencial son claras: la salud es ciertamente un derecho fundamental por conexidad, pero no con las nociones abiertas e imprecisas de vida, integridad personal o dignidad humana, sino con el criterio, más exigente, de “mínimo vital”. El nuevo criterio²⁷ es una forma de cerrar la fundamentalización indiscriminada de costosos reclamos de salud y reducirla a casos donde la pretensión es absolutamente imprescindible para la conservación de la vida. Pero eso no es todo. Adicionalmente, la Corte anuncia que la concesión del derecho a la salud no puede hacerse por fuera de los marcos legales y contractuales establecidos para las EPS. Por ello, entonces, las pretensiones de salud deben ser estudiadas con referencia a las normas sub-constitucionales que regulan la materia. Así, una persona usualmente debe mostrar algún incumplimiento grave de un derecho legal o contractual ya existente a la salud para que la Corte le tutele ese derecho. El mínimo vital - salud se convierte así en la protección constitucional de pretensiones urgentes de salud cuando es posible demostrar, de alguna manera, el incumplimiento parcial o total de al menos la apariencia de un derecho subjetivo nacido bajo la reglamentación sub-constitucional (legal o contractual). La declaración judicial del derecho, sin consideración de los mandatos de la ley, del reglamento o del contrato es una intrusión indebida en un derecho constitucional político dependiente en su implementación de la mediación legal y contractual. En la Sentencia SU-111 de 1997 ganó, por primera y quizás única vez en su historia, una posición jurídica donde el equilibrio financiero del sistema dependía de la intangibilidad de los paquetes esenciales de servicios definidos para el sistema de salud colombiano.

La Sentencia SU-111 de 1997 tenía, pues, el potencial de haber cambiado de manera radical la relación entre derecho y sistema. Sin embargo, la dirección

27 La noción de “mínimo vital” ya había sido utilizada desde mucho antes en Colombia. Véase T-426 de 1992, M.P. Cifuentes, en la que se empieza a desarrollar el concepto en relación con la fundamentalidad del salario para la subsistencia. En la SU-111, sin embargo, el concepto es utilizado para redefinir restrictivamente el criterio de conexidad entre salud y vida. Contra Rodolfo Arango, *La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales*, mimeo. Para Arango la noción de mínimo vital liga, de manera todavía vigorosa, la idea de subsistencia (por debilidades de salud o de dinero) con la noción de fundamentalidad tutelable.

sugerida por la Corte en la SU-111 de 1997 probó ser inestable al interior de la Corte porque al muy poco tiempo de su expedición se siguió insistiendo en la protección judicial del derecho a la salud y cómo este no quedaba estrictamente subsumido en los paquetes mínimos expedidos por ley o reglamento. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-251 de 1997, la Corte declara la constitucionalidad del Protocolo de San Salvador y en ella manifiesta con gran entusiasmo la posibilidad de que los DESC sean derechos fundamentales y, por tanto, directamente justiciables. A pesar de la Sentencia SU-111, la rigidez reglamentaria del paquete esencial de servicios siguió naufragando en los mismos escollos constitucionales de siempre: así, por ejemplo, la Corte criticó la insuficiente protección de salud a niños y adolescentes (T-640/97) y la inadecuada protección (¡una vez más!) a pacientes con sida (SU-480/97)²⁸.

Ahora bien, ¿por qué mantiene la Corte su polémica doctrina del POS jurisprudencial cuando la misma era ya objeto de oposición muy intensa al interior del sistema? Un breve análisis politológico podría ayudar a entender este punto, en apariencia paradójico. Es claro que a la altura de 1997 la Corte ya ha tomado atenta nota del equilibrio financiero que el sistema debe guardar. En la Sentencia SU-111 de 1997, de hecho, parece abandonar su extensión jurisprudencial del POS a favor de una visión más estricta de sus contenidos. Sin embargo, la doctrina del POS jurisprudencial extendido terminó siendo defendida por un grupo cada vez mayor y heterogéneo de intereses: pacientes y médicos, como es evidente, formaban el núcleo de esta defensa; pero más allá, resulta interesante ver cómo las autoridades moduladoras del sistema y, en particular, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud empezaron a tener una concepción más abierta del POS hasta el punto de adoptar el Acuerdo 83 de 1997 en el que se recogía la noción jurisprudencial de POS abierto. Así, en su artículo 8º se reconoció expresamente que para “garantizar el derecho a la vida y a la salud a las personas, podrán formularse medicamentos no in-

28 Lo mismo ocurre en la Sentencia T-366 de 1999, en donde la Corte califica la demora de una EPS en practicar una resonancia magnética como un atentado al derecho a la seguridad social “ligado a la salud y a la vida de los afiliados al sistema”. Argumentos de esta naturaleza, en donde el criterio de conexidad entre la salud y la integridad personal, la vida y la dignidad humana siguen siendo el punto de apoyo para la decisión de la Corte, se encuentran en otros fallos, por ejemplo en las sentencias T-283 de 1998, T-328 de 1998, y, T-329 de 1998.

cluidos en el manual de que trata el presente acuerdo”. Para conservar el equilibrio del sistema, además, se adoptó en el reglamento la provisión jurisprudencial de financiación permitiendo el recobro al Fosyga o a los reaseguros en caso de enfermedades de alto costo. Estas decisiones administrativas al interior del sistema, en algún sentido, recogieron la jurisprudencia constitucional.

El déficit en la capacidad de resolución de conflictos con el personal médico también se hizo cada vez más notorio. Para resolver este problema, se crearon los llamados comités técnico-científicos (CTC)²⁹, con los cuales se buscaba el arbitraje profesional de la opinión médica frente a las opciones costo-eficientes preferidas por el POS dentro de su manual de terapéutica. Así, pues, los CTC son concebidos dentro de las EPS para establecer “las condiciones y el procedimiento para la prescripción de medicamentos no incluidos en el listado, con criterios de costo-efectividad. En estos comités se tendrá en cuenta la participación de un representante de los usuarios”. De tal manera que el CSSSS, bajo la influencia del ejecutivo, abrió, de forma muy controlada, el POS y permitió un mecanismo de solución de controversias técnicas sobre su contenido en los CTC.

La Corte Constitucional y el CNSSS parecían ahora estar de acuerdo en un POS moderadamente abierto que le diera suficiente flexibilidad a los jueces de tutela y a los CTC para hacer incorporaciones de medicamentos en casos particulares. Sin embargo, en el año 2000 se dio el último intento fuerte por regresar a una concepción cerrada del POS. De hecho, la Ley 100 originalmente solo incluía una noción dinámica y abstracta del POS en el parágrafo 2º de su artículo 162:

Los servicios de salud incluidos en el plan obligatorio de salud serán actualizados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema.

29 La Resolución 5061 de 1997 se encargó de reglamentar los “comités técnico científicos” dentro de las entidades promotoras de salud, administradoras del régimen subsidiado e instituciones prestadoras de servicios de salud”. Dicha resolución fue modificada por la Resolución 2312 de 1998, posteriormente derogada por la Resolución 2948 de 2003.

Esta norma original fue modificada mediante el artículo 98 del Decreto 266 de 2000 para decir ahora que

[c]on el objeto de evitar la desviación de recursos de la seguridad social y conductas de fraude, para efecto del trámite de reclamación de las prestaciones de plan obligatorio de salud de los afiliados, se establece que éstas se prestarán en el territorio nacional ‘conforme a la tecnología apropiada disponible en el país’ [...] y teniendo en cuenta el principio previsto en virtud del cual *la esencia de un derecho prestacional limita su acción en la razonable capacidad de los poderes público y ocasionalmente de los particulares. Las EPS deben prestar el plan obligatorio de salud dentro de los parámetros que el mismo Estado ha fijado.*

En situaciones excepcionales, cuando esté de por medio el derecho a la vida, se autorizará mediante trámite especial que definirá el Consejo Nacional de Seguridad Social, conforme su competencia, la prestación del servicio de salud por fuera del POS definido por ese organismo y obligatorio para todas las entidades promotoras de salud [...].

El afiliado que requiera o adelante trámite para tratamientos, procedimientos o medicamentos por fuera del POS deberá demostrar que ha cumplido en forma plena y oportuna con sus obligaciones, conforme se dispone en las normas legales y reglamentarias. Es deber de las autoridades judiciales y administrativas velar porque esta disposición se cumpla como requisito para el ejercicio de los derechos, disponiendo las medidas que garanticen por parte del usuario el pago de las sumas que le corresponda cancelar”³⁰.

La norma, como es evidente, buscaba recortar la competencia jurisdiccional de los jueces de tutela. Se aceptaba la necesidad de una cierta apertura del POS para lidiar con situaciones donde “estuviera de por medio el derecho a la vida”, pero las mismas debían tramitarse como incidentes administrativos estrictamente al interior del sistema de salud y no ante las jueces. A pesar de su mal disimulada animosidad contra la jurisprudencia constitucional, la norma revela en todo caso un principio jurídico y moral que ya parece estar suficientemente consolidado en todos los actores del POS: una definición demasiado estricta del POS no es sostenible si con ella se pretende que personas con enfermedades o condiciones muy graves pueden ser simplemente abandonadas a su suerte. Este principio no significa que el sistema puede reconocer “todo para todos”. Pero, por otro lado, el POS rígido no

30 Énfasis añadido.

puede responder a los casos graves en los cuales el tratamiento no resulta costo-eficiente para todo el sistema. Este abandono consciente de los más enfermos viola, como lo había dicho la Corte desde el año 1992, el derecho a la salud de los colombianos. Con todo, la Corte Constitucional declaró inexecutable la norma del Decreto 266 de 2000 mediante Sentencia C-1316 de ese mismo año.

2.4. La cuarta etapa de la jurisprudencia constitucional: la explosión del litigio en salud

Después de los esfuerzos fallidos de reconfiguración del derecho a la salud en la SU-111 de 1997 y en el Decreto 266 de 2000 es claro que la Corte mantiene un POS jurisprudencial abierto. A partir de 1999 se da “un aumento vertiginoso de las acciones de tutela y en especial en materia de salud. En 1999 de las 86.324 tutelas interpuestas en todo el país, el 24.6% (21.313) fueron de salud. En el año 2000, el número de tutela aumentó a 131.765 y el 18.9% (24.913) fueron de salud. En el año 2001, el número de tutelas aumentó muy poco, 133.273, pero el porcentaje de tutelas en salud sí aumentó, pues pasó a ser el 25.6% (34.226). En el año 2002, la tendencia continuó, incrementando levemente. Para el 1º de diciembre de 2002 se habían presentado 140.095 tutelas de las cuales tan solo el 25.03% (35.072) eran de salud”. Datos más recientes de la Defensoría del Pueblo, muestran que esta tendencia al aumento se ha mantenido para el período 2003-2006 hasta el punto en que las tutelas en salud llegaron a ser, para el último año del período, superiores a 75.000.

El impacto de estos datos muestra una nueva situación, que podría describirse de la siguiente manera: finalizada, de alguna manera, la “guerra ideológica” en torno a la jurisprudencia POS que se libró entre los años de 1997 a 2000, la interpretación jurisprudencial terminó por estabilizarse, operacionalizarse y, finalmente, masificarse. Según Arrieta, “[s]alvo que se trate de un caso con aspectos novedosos, tan solo se requiere aplicar la regla, reiterarla.” La mayor parte de los fallos de tutela en salud son “sentencia de reiteración” en la que de manera muy breve la Corte reitera las condiciones en las que el POS se flexibiliza para proteger el derecho a la salud. En una *ratio decidendi* que ha llegado a ser canónica, la Corte afirma que las prestaciones

del POS del régimen contributivo, por ejemplo, actualmente pueden ser extendidas en los siguientes tipos de caso:

La jurisprudencia constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que las entidades promotoras de salud (EPS) tienen la obligación de suministrar a sus afiliados medicamentos excluidos del plan obligatorio de salud (POS) cuando: (i) la falta del medicamento excluido amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física; (ii) el medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el plan obligatorio de salud, o que, pudiendo serlo, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; (iii) el paciente no pueda sufragar el porcentaje que la EPS está legalmente autorizada para cobrar y no pueda acceder a él por otro plan de salud; y (iv) que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio (Arrieta, 2001).

Ahora bien, decir que la guerra ideológica entorno a la jurisprudencia en materia de salud había terminado no es completamente correcto. En el año 2002, se volvería a desafiar su estabilidad, pero esta vez de manera masiva, cuando el Ministerio del Interior propuso una reforma constitucional que buscaba eliminar el papel que los jueces constitucionales había construido como adjudicadores del sistema de salud. El ataque, sin embargo, no estaba redactado en términos específicos al sistema de salud sino que proponía, en general, la eliminación por vía constitucional de la “fundamentalización” de los derechos económicos, sociales y culturales.

Así, en efecto, el Proyecto de Acto Legislativo 10 de 2002 ordenaba explícitamente que los jueces solo podían tutelar los derechos del capítulo I del título II de la Constitución, excluyendo así los DESC que están consagrados en el capítulo II. La norma propuesta, además, impedía que los jueces pudieran expedir sentencias que impusieran obligaciones “que supongan alterar las leyes”. En la estocada final, el proyecto limitaba considerablemente la posibilidad de interponer tutela contra particulares, doctrina que, como es evidente, ha sido esencial en el tema de la salud donde muchas de las EPS ostentan precisamente esa condición. En la exposición de motivos del proyecto, el Gobierno afirmó expresamente que “[d]e la mayor importancia resulta limitar el ejercicio de la tutela a los derechos fundamentales, como fue

la intención inequívoca del constituyente de 1991. Su extensión, por la vía doctrinaria de la conexidad de los derechos fundamentales con otros a los que el constituyente no les dio ese carácter, ha significado, ni más ni menos, que los jueces asuman facultades administrativas, de la mayor significación. En muchos lugares del país han terminado los jueces suplantando los alcaldes, comprometiendo la tarea de los gobernadores y no pocas veces la competencia del Presidente de la República y del Gobierno Nacional. Mediante tutelas se han impartido órdenes que comprometen la estructura presupuestal de las entidades administrativas y muchas que obligan a lo imposible, contra preceptos elementales de derecho. Tolerar que sean los jueces los que dispongan la construcción de hospitales, o de cárceles o de vías, o de alcantarillados o de acueductos, es trastocar todo el sistema constitucional y convertirlos, de administradores de justicia, en partes esenciales del poder ejecutivo. Por eso yendo a la doctrina y la legislación universales en la materia, el derecho de tutela, llamado de amparo en otras naciones, debe limitarse a la protección de los derechos de contenido absoluto, es decir, de los que se ejercen erga omnes, y no de los derechos de segunda o tercera generación, imponiéndole al Estado cargas y gravámenes que no está en condiciones de atender”.

El proyecto de reforma constitucional fue finalmente archivado, pero revela de nuevo la resistencia política e ideológica que la justiciabilidad de los DESC seguía teniendo en el país. Frente a esa resistencia, es muy llamativo cómo la doctrina ha tenido la tenacidad suficiente para mantenerse a pesar de los intentos constitucionales, legales y jurisprudenciales por cambiarla. Podría decirse hoy en día que la doctrina goza de un período de relativa estabilidad gracias a la interacción de tres factores poderosos: en primer lugar, y en estricto derecho, la doctrina está en sincronía muy clara con las tendencias de fortalecimiento de la justiciabilidad de los DESC en la interpretación que se hace de documentos constitucionales e internacionales³¹. Podría decirse que en derecho, hoy en día, la justiciabilidad de los DESC es una frontera muy dinámica y enérgica que constituye una tendencia innegable. Su fuerza se ha hecho sentir en la jurisprudencia colombiana que, además, tiene un liderazgo internacional indudable en el tema. Este liderazgo

31 Ver al respecto el trabajo de Abramovich y Courtis (2002).

genera un cierto compromiso con la comunidad interna e internacional en el sentido de que la Corte sabrá mantener la justiciabilidad de los DESC a pesar de los enormes conflictos, resistencias y costos que la doctrina puede generar en los distintos campos que toca.

En segundo lugar, y en plano más politológico, la doctrina tiene un importante nivel de legitimidad social que se fundamenta en los diversos tipos de alianzas políticas y sociales que la respaldan en los diversos derechos específicos cuya judicialización permite. En materia de salud, en particular, hemos visto que hacen parte de esa alianza el Estado (tanto la jurisdicción constitucional como algunas dependencias de la rama ejecutiva, fundamentalmente el Ministerio de la Protección Social); los pacientes y los médicos; y, finalmente, las compañías farmacéuticas que ven en el POS ampliado una manera de expandir su mercado. Esta alianza, a su vez, no tiene los enemigos poderosos que en otros campos han detenido la expansión de doctrinas constitucionales: en el tema de la salud, en particular, la jurisdicción ordinaria en cabeza de la Corte Suprema y del Consejo de Estado no han presentado resistencia a la jurisdicción constitucional. De hecho, la tendencia marcada parece mostrar una armonización de la doctrina entre las jurisdicciones.

Finalmente, la doctrina ha cumplido una serie de funciones importantes e innegables en el sistema de salud: en ese sentido su impacto ha sido benéfico incluso para aquellos que se oponen a su actual definición porque, más allá de la distribución de recursos que hace entre “ganadores” y “perdedores”³², la justiciabilidad de la salud en sede constitucional ha permitido la resolución de conflictos al interior del sistema que ninguna de las otras institucionales moduladores podía haber estado en capacidad de asumir. La doctrina, en fin, ha tenido una función jurisdiccional en la que casi todos los actores han resultado “ganadores”.

2.5. La desjudicialización de la salud en la legislación y jurisprudencia recientes

La enorme y creciente demanda de justicia en materia de salud ha generado recientemente una reforma legislativa y una revisión integral de la jurisprudencia.

32 Ver al respecto los trabajos de Sage (2008) y Gallanter (1974).

dencia que merecen ser destacadas. Podríamos hablar, incluso, de un quinto período en el desarrollo jurídico del sistema de salud y de su relación con el derecho a la salud. El sentido general de las preocupaciones de este nuevo período es el siguiente: en primer lugar, hay una enorme preocupación, como hemos visto, con el aumento desmesurado de la utilización de la tutela para resolver reclamos de salud. Aunque la percepción de la Corte es que estas demandas son legítimas y deben ser adecuadamente atendidas, es imposible de negar el enorme impacto que han tenido sobre la congestión judicial. ¿Cómo lograr entonces que las EPS concedan el POS jurisprudencial sin necesidad de acudir ante los jueces o ante la acción de tutela? La solución ahora, tanto del legislador como de la Corte, ha sido la de buscar la desjudicialización de la salud sin que ello implique, de ninguna manera, un abandono de las actuales reglas de POS jurisprudencial. El legislador quiso entonces “des-tutelizar” la salud mediante dos reglas fundamentales (que constituyen el núcleo de la Ley 1122): 1) obligando a que las EPS concedan las prestaciones de medicamentos no-POS de forma directa y sin necesidad de la judicialización del reclamo; y 2) si la controversia en salud llegase a persistir, la ley busca administrativizar su solución ampliando las competencias de judiciales y de conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud. Este esfuerzo de desjudicialización le gustó a la Corte siempre y cuando las nuevas competencias no fueran utilizadas para erosionar la sustancia de su jurisprudencia sobre derecho a la salud. Podría decirse que la jurisprudencia de los últimos dos años de la Corte ha estado enfocado en apoyar la desjudicialización al tiempo que impone límites fuertes a las EPS's y a la Superintendencia para que respeten su jurisprudencia, en particular la concesión de medicamentos y tratamientos extra-POS, en las condiciones ampliamente desarrolladas desde tiempo atrás.

Para poder desjudicializar la salud es fundamental lograr, primero, fortalecer la capacidad de resolución de conflictos al interior del sistema de salud y, segundo, lograr que el sistema cumpla tanto con el POS legal como con su extensión jurisprudencial sin que la acción de tutela sea un requisito burocrático adicional. Para lograr estos objetivos el legislador y la Corte han terminado coincidiendo en una serie de medidas que, en términos generales, han buscado aumentar las competencias de la Superintendencia Nacional de Salud, de un lado, y las de los Comités Técnicos Científicos de las EPS del

otro. En primer lugar, el legislador, en un cambio importante de política frente al sistema de salud, expidió la Ley 1122 de 2007. Al contrario de otras intervenciones que hemos revisado en estas páginas, en la Ley 1122 el Legislador decidió, quizá por primera vez, cooperar con la Corte Constitucional en vez de impedir su intervención en temas de salud. En esta Ley, por tanto, no hay ningún esfuerzo por reducir o eliminar el POS jurisprudencial que, como habíamos visto, había sido un tema más o menos recurrente en algunos intentos anteriores del Legislador. La Ley, así, busca desjudicializar la salud siempre y cuando se mantengan los actuales niveles de protección de los ciudadanos colombianos. Para ello se buscó fortalecer la capacidad de la Superintendencia de Salud para que interviniese, como conciliador o como juez, en las relaciones entre consumidores y prestadores del servicio³³. De igual forma se intentó darle mayores competencias a los CTC para que ellos arbitraran las diferencias entre los médicos tratantes y el POS, permitiendo así un recobro más expedito al Fosyga.

Los CTC, en términos generales, tienen la obligación de revisar los casos presentados por el paciente y por el médico tratante. El derecho de acceso a los medicamentos y tratamientos que se consideren “necesarios” parece ser hoy un derecho fundamental sin que la vida de los pacientes tenga que estar necesariamente en peligro. La Corte, por tanto, ha desvinculado el derecho de la salud de su conexidad con otros derechos fundamentales (en particular la vida y la integridad personal): hoy en día se habla de su fundamentalidad autónoma e independiente. Ello significa que, al día de hoy, el test de la jurisprudencia no-POS se ha convertido en un test, también muy estricto, de las situaciones muy excepcionales en la que un CTC podría negarse a respaldar la opinión bien fundada del médico tratante sobre cuáles son los procedimientos o medicamentos “necesario” para el paciente. La “necesidad” de la que habla la Corte en su jurisprudencia más reciente ya no hace sólo refe-

33 El artículo 41 de la ley da competencias muy amplias a la Supersalud en precisamente el tipo de controversias que ha venido atendiendo la jurisdicción constitucional. Es importante notar cómo la definición legal ya muestra una mayor sensibilidad a clasificar los tipos de conflictos que el sistema ha venido generando. Según el artículo 41 la superintendencia tendría que resolver conflictos sobre cobertura del POS, reembolsos a los pacientes por costos cubiertos que hubiesen tenido que hacer (especialmente en servicio de urgencia), conflictos de multifiliación y conflictos relacionados con la libre elección de EPS por parte de los usuarios.

rencia al mantenimiento de la vida (casi siempre presente en suministros y tratamientos para la “enfermedad catastrófica”); sigue existiendo un cierto umbral de gravedad en la intervención requerida pero esta justificación no depende exclusivamente de amenazas a la vida. La permanencia de un cierto “umbral de gravedad” implica, en mi opinión, todavía algún examen de conexidad con la integridad personal o con la dignidad básica de las personas o, como hemos visto, con la libertad profesional y técnica del médico tratante. En plata blanca, el POS jurisprudencial de hoy en día le da preferencia al médico tratante sobre las exigencias, demasiado estandarizadas, de la medicina basada en la evidencia y del POS como régimen de tratamiento de general de personas que son siempre casos individuales. Esta tensión entre atención estandarizada y atención individualizada es fundamental para entender el “derecho a la salud” en Colombia. La solución que la Corte ha tratado de construir es esta: el POS es una herramienta necesaria y adecuada para el cálculo general del valor de la salud pero la prestación del servicio exige, de manera excepciones, excursiones más allá de la medicina basada en la evidencia para el procuramiento de la salud en individuos determinados. La ampliación de la jurisprudencia POS no ha sido excepcional, sin embargo. El ejercicio de este derecho a la salud, así concebido, exige que los derechohabientes peleen por este nivel particular de salud que sus tratantes, si son profesionalmente concienzudos e independientes, solicitan; si no lo hacen, su tratamiento dependerá de recetas más uniformes (que la medicina basada en la eficiencia describe como perfectamente válidas y adecuadas) o, en el peor de los casos, de medidas contraproducentes y facilistas de contención de costos (en manos de personal menos hábil y comprometido). Este sigue siendo el núcleo de conflictividad sobre el llamado “pos jurisprudencial”.

La ley 1122 de 2007 fue declarada exequible y constitucionalmente respaldada por la Corte en las Sentencia C-117 y C-316, ambas del año 2008. El ámbito de aplicación de la Ley fue incluso expandido en un aspecto crucial por la Corte en la sentencia C-463 de 2008. Finalmente la Corte expidió la sentencia T-760 de 2008 en la que se pretendió hacer una compilación de toda la problemática actual de la salud en Colombia. En más de 400 páginas la Corte busca hacer un mapeo general de los actuales problemas del sistema de salud que, en cierto sentido, podría decirse que está en un momento inestable y de crisis. En la sentencia la Corte sigue apostándole a la desjudiciali-

zación pero trata de anclar el respeto hacia su jurisprudencia por parte de todos los actores del sistema sin que sea estrictamente necesaria la participación de los jueces mediante acciones de tutela. La sentencia, en ese sentido, ha sido bien recibida por parte de estos actores: en la sentencia hay una marcada sensibilidad a los reclamos y argumentos de todos que ven, así sea parcialmente, sus posiciones y quejas vindicadas. La Corte, pues, dibuja un diseño de cumplimiento total de obligaciones dentro del sistema que podría mejorar significativamente el estado actual de cosas. Todo ello lo hace sin abandonar el POS jurisprudencial que ha defendido durante tanto tiempo y que ha sido, en cierta medida, la piedra de toque de su intervención en la salud. Intervención desestabilizadora y perturbadora, desde el punto de vista de algunos; necesaria y progresista, desde el de otros. Con esta sentencia T-760 de 2008 la Corte ha entrado a las grandes sentencias de panorámica donde busca agregar información sobre el impacto de su jurisprudencia sobre un subsector social o económico. Estas sentencias, como ha ocurrido con el tema de desplazamiento, aumentan la participación de la Corte en las políticas públicas del sector. Su participación como regulador del sistema de salud crece, a la par que busca hacer más consciente en su análisis la relación entre sistema y derecho.

Después de un año de expedición de la sentencia, aún no se han decantado sus efectos con total claridad pues la complejidad de las órdenes impartidas por el alto tribunal en la decisión judicial sigue generando grandes cuestionamientos acerca de su alcance. Es por ello que la Corte ha promulgado varios autos para aclarar el contenido de las órdenes impartidas en el fallo a los distintos actores del sistema³⁴.

Estas aclaraciones han sido dirigidas a solventar las dudas de los diferentes protagonistas del sistema. De un lado, se aclaró al Ministerio de Protección Social que la autoridad administrativa tiene la facultad de hacer uso de la figura de excepción de inconstitucionalidad cuando una norma legal o un reglamento administrativo establezca obstáculos infranqueables a la garantía del derecho a la salud, y de forma específica, a la materialización de las ordenes proferidas por la sentencia T-760 de 2008.

³⁴ Ver al respecto, Auto 035 de 2008, Auto 238 de 2008, Auto 239 de 2008, Auto 240 de 2008, Auto 241 de 2008, Auto 382 de 2008 y el más reciente proferido el 13 de julio de 2009.

De de otro lado, la multiplicidad, extensión y heterogeneidad de cuestiones abordadas por la sentencia en cuanto a las problemáticas que deben ser superadas por el sistema provocaron que también las EPS solicitaran aclaración de los contenidos del fallo. Estas aclaraciones en la mayoría de los casos han tenido que ver con dificultades en la comprensión de las condiciones para efectuar el recobro de los servicios prestados por las EPS ante el articulador financiero del sistema –Fosyga–, y también se relacionan con los casos de POS ampliado, cuando se niega la prestación de los servicios por parte del Comité Técnico Científico de las distintas EPS, por no encontrarse incluidos en el POS.

Esta complejidad ha sido de tal amplitud que incluso las EPS han solicitado aclaración a diversas cuestiones que ni siquiera fueron objeto de consideración o resolución en la sentencia y por ello, el alto tribunal, se ha visto obligado a precisar el alcance de la decisión estableciendo con claridad los límites de las órdenes impartidas, declarando la imposibilidad de resolver muchas de las inquietudes surgidas por no haber sido ellas objeto del pronunciamiento judicial.

De todas formas, la Corte no sólo se ha limitado a aclarar el contenido de la decisión sino que ha empezado a efectuar el control al seguimiento de la sentencia para evitar que esta se diluya en el tiempo una vez pasada la eferescencia generada tras su expedición. Es por ello, que en reciente pronunciamiento del 13 de julio de 2009, en auto sustanciado por el Magistrado Jorge Iván Palacio, quien reemplazó al ponente del fallo de 2008, se solicitó al Ministerio de Protección Social la realización de estudios encaminados a efectuar el seguimiento del fallo y a determinar el impacto real de la sentencia en las modificaciones al sistema, en especial a los problemas originados por la utilización de la tutela como mecanismo de solución de las dificultades detectadas.

Este auto se considera de suma importancia pues refleja que a pesar del cambio de magistrados, la nueva Corte³⁵ piensa tomarse en serio el cumplimiento de las disposiciones y contenidos del fallo por parte de todos los actores concernidos. Lo anterior, siguiendo los precedentes originados en otros

35 Durante 2009 hubo una importante transición en la Corte Constitucional, pues 6 de los 9 magistrados que la componen fueron relevados a partir del mes de marzo.

casos de impacto, en los cuales, tras declarar la existencia de un estado de cosas inconstitucional, la Corte Constitucional ha realizado un seguimiento profundo y reiterado de las acciones ejecutadas por la administración para mejorar la situación y proteger los derechos fundamentales que se pretende reestablecer.

Una cuestión que ha llamado la atención de la comunidad académica del país acerca de la sentencia T-760 de 2008 ha sido precisamente la timidez de la Corte al no haber declarado que la problemática de la salud en el país era tan grave que requería una declaración del estado de cosas inconstitucional. En ese sentido se ha señalado: “Por último, y con esto concluimos, es interesante notar que la Corte no declaró un estado de cosas inconstitucional aún cuando se dieron las condiciones que, en otras ocasiones (como en la sentencia T-025 de 2004 sobre desplazamiento forzado), la llevaron a usar dicha figura. No consideramos que esto sea una limitación o un desacierto de la sentencia pero sí sorprende que la Corte no recurriera a dicha figura pues pareciera concebirlo implícitamente en tanto que profirió órdenes destinadas a un conjunto de instituciones, con el ánimo de corregir el desconocimiento sistemático del derecho a la salud de un grupo amplio de personas”³⁶.

Sin embargo, el auto mencionado pareciera dar la impresión de que el tratamiento que la Corte piensa darle al fallo es similar al que se la ha dado a casos en donde si se ha explicitado esta declaratoria y que por ende, va tener los ojos puestos en las actuaciones que se desplieguen por parte del Estado colombiano para cumplir con las órdenes impartidas por la decisión en los plazos señalados por ella.

A pesar de lo anterior, resulta necesario señalar que el estado de euforia y expectativa que se generó en el país tras la promulgación de la sentencia T-760 de 2008 por el impacto que iba a producir en la corrección de las deficiencias e inequidades originadas en el sistema ha ido variando. Una visión más escéptica acerca del alcance real de la decisión empieza a manifestarse.

Lo anterior por cuanto, la desregulación de ámbito laboral no ha presentado mayores modificaciones y más bien continúa agudizando la preca-

36 Uprimny, Yepes Rodrigo y Diana Rodríguez. Aciertos e insuficiencias de la sentencia T-760 de 2008: Las implicaciones para el derecho a la salud en Colombia. En: <http://www.sindess.org/inicio/inicio.php?ver=noticias&op=vermas&id=273>

riedad de la situación del empleo en el país. En efecto, cada vez se plantea con mayor preocupación la imposibilidad de sostener el régimen contributivo por el aumento de la informalidad en las relaciones de trabajo de ciudadanos que, aunque laboralmente activos, no se incorporan al sistema en calidad de aportantes. Esta situación a su vez origina una fuerte presión en la sostenibilidad del régimen subsidiado que depende directamente del correcto funcionamiento del régimen contributivo.

Por esta razón, desde distintos enfoques se ha comenzado a criticar la posibilidad de efectivizar el contenido de la sentencia, en especial, en lo que tiene que ver, con la limitación de los recursos disponibles para la corrección de las dificultades del modelo. Sobre el particular se ha señalado: “La sentencia se quedó corta en un tercer aspecto, íntimamente ligado al sistema de salud, que es el tema de la restricción de recursos. ¿Hasta dónde puede mantenerse la idea de que todo tratamiento ligado con la vida digna debe ser tutelado sin mirar las restricciones de recursos? Esta es una pregunta que la Corte debió responder y cuya respuesta tendrá efectos no sólo sobre el derecho a la salud sino sobre el número de tutelas que permanente llegan a la Corte exigiendo la protección a dicho derecho. Uno de los autores del presente artículo se pronunció extensamente sobre este tema en la aclaración de voto de la Sentencia T-654 de 2004 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), argumentando en esencia, que tomarse en serio el derecho a la salud implica necesariamente tomarse en serio la existencia de recursos limitados. Sin embargo, es importante no confundir el carácter limitado de los recursos con los recursos presupuestales disponibles en un determinado momento porque si bien es posible demostrar que hay más recursos, inevitablemente se llega a un máximo de recursos con una demanda potencialmente infinita”³⁷.

A estas críticas de carácter macroeconómico se suman voces que desde perspectivas políticas de centro y de centro izquierda empiezan a esbozar con más frecuencia la necesidad de cambiar el modelo de pluralismo estructurado creado por la Ley 100 de 1993. Estas propuestas de reforman buscan retornar a esquemas donde sea el Estado el único proveedor de los servicios de salud, por la importancia de este derecho para la existencia de las personas³⁸.

37 *Ibid.*

38 Ejemplo de lo anterior se muestra en la propuesta del Candidato Presidencial por el Polo Demo-

En otras palabras, la sentencia T-760 de 2008 ha producido un efecto crítico que inclusive ha ocasionado el que se abran espacios de discusión que reflexionen acerca de la conveniencia de una reestructuración radical del sistema de salud en Colombia. Del control y seguimiento que las entidades del Estado realicen de la sentencia T-760 de 2008 con el fin de cambios importantes para enrumbar la solución de las problemáticas estructurales del sistema y por ende, de la efectiva realización de estos cambios depende el futuro del derecho a la salud en Colombia.

3. Conclusiones

La Constitución colombiana de 1991 y la jurisdicción constitucional terminó sirviendo para abrir espacios de discusión social en subsistemas sociales específicos. Así, por ejemplo, el principio de “Estado social de derecho” fue fundamental para establecer un acuerdo político entre izquierda y derecha, entre mercado y Estado, que posibilitó la cohesión social de colombianos de diferentes tendencias. Dentro del programa del Estado social de derecho también se reclamaba un fortalecimiento de los derechos sociales de todos los ciudadanos, en particular la salud y la educación que, por tanto, se establecieron como derechos sociales. Más allá de estos acuerdos, sin embargo, quedaba por definir, en concreto, el diseño de los sistemas de salud y educación que debían garantizar la prestación de los derechos, así como el papel que los diferentes actores institucionales tendrían en ese proceso. La fórmula de Estado social de derecho, pues, abrió espacio de maniobra para establecer un sistema de prestación de salud que es altamente socializado en sus ingresos y prestaciones, pero que, al mismo tiempo, cuenta con la participación del sector público y privado con típicas garantías de autonomía de propiedad,

crático doctor Carlos Gaviria, quien en su programa político plantea que: “La salud se ha convertido en un negocio lucrativo e inhumano en el país. Es esencial anteponer el bienestar y la salud de todos a los intereses mercantiles. Daremos vigencia a la salud como un derecho fundamental del ser humano. Por tanto, propondremos la derogación de la Ley 100 de 1993 y el establecimiento de un *Sistema Universal de Seguridad Social Integral* de carácter público, con cobertura de calidad e igualdad de oportunidades, sin que la calidad y el acceso dependa de la capacidad de pago del usuario. El sistema estará a cargo del Estado como garante del derecho a la salud. Se financiará con parte de los impuestos generales y progresivos mediante un Fondo Público Único”.

recursos y administración. El Estado social de derecho, pues, no estableció el sistema de salud del estado welfarista europeo. El sistema busca una cobertura universal y de calidad para todos los ciudadanos, pero depende, en su concepción, del ahorro y del empleo privados. Al establecerse la Constitución del 91 no era claro, de todas maneras, el papel que el “derecho a la salud” tendría en el sistema. Podría haber sido apenas un papel general y más bien retórico-político en el que el derecho animaba los procesos de diseño e implementación del sistema de salud. En lugar de ello, sin embargo, los jueces colombianos tendieron a “fundamentalizar” el derecho social, con lo que, básicamente, abrieron la posibilidad de que los usuarios del sistema tuvieran una acción constitucional para debatir la multitud de conflictos que el sistema, debido a su complejidad y sensibilidad, puede generar. Al abrir esta vía de acción, los jueces quedaron en la situación de expedir sentencias directamente basadas en el texto constitucional que podían tener el efecto de inaplicar o criticar características del sistema tal y como había sido concretamente diseñado en la ley. El sistema de salud, se “constitucionalizó” de la mano de la “fundamentalización” del derecho a la salud.

La judicialización ha sido un fenómeno interesante, pero no exento de problemas: ha dado voz a pacientes y sus familiares, a médicos y personal asistencial, para discutir la naturaleza y técnicas de la contención de costos originalmente establecida en el sistema de salud. Desde esta perspectiva de movilización social, la tutela en salud permitió discutir las técnicas de contención de costos frente a enfermedades catastróficas, frente al sida y frente a las alternativas terapéuticas y de medicamentos que el listado POS había establecido a partir de concepciones basadas en la medicina fundamentada en la evidencia. Este esquema, tan sencillo, sin embargo, presenta potenciales de conflicto enormes entre pacientes y EPS, entre médicos y EPS y entre pacientes y médicos. Institucionalmente, de otro lado, el sistema de salud fue claro en determinar las responsabilidades asistenciales al interior del sistema, pero fue débil en establecer las instituciones y los procesos de resolución de conflictos. La jurisdicción constitucional ha servido, claramente, para llenar esta función al tiempo que ha destapado las principales avenidas de conflicto que el sistema genera. Su jurisprudencia, en primer lugar, buscó una apertura del listado del POS cerrado. Tal apertura era necesaria para crear algún espacio de maniobra donde los conflictos pudieran ser considerados y resueltos. La solución legal,

de estricto cierre del POS, hubiese formado con el tiempo una olla de presión que habría de reventar necesariamente. La apertura del POS ha permitido algún tipo de conciliación entre los principios constitucionales, por un lado, y las evidentes restricciones financieras que el sistema necesariamente impone por el otro. Su importancia ha sido tal que, luego, la rama ejecutiva la ha adoptado como mecanismo de interacción con los consumidores y con las EPS. En este diálogo institucional concreto, de hecho, el Congreso se ha mostrado particularmente débil, ya que le es difícil seguir los detalles técnicos de la jurisprudencia o de la regulación. De hecho, la intervención del Congreso en estos temas ha mostrado una mayor apertura a la cooptación por parte de intereses (una de sus potenciales debilidades), y una menor capacidad de intervenir en los diálogos sociales para solidificar las “buenas ideas” o los “buenos desarrollos” en textos legales (la cual debería ser su función básica de representación y de mediación de intereses sociales). En este campo se muestra, de nuevo, que el Congreso colombiano tiene enormes debilidades institucionales y técnicas en sus funciones de representación social y conciliación de intereses.

Estas debilidades se muestran como inexcusables ante el panorama actual del sistema de salud pues a pesar de las innegables contribuciones que la judicialización ha producido, los problemas enfrentados por el sistema se muestran cada vez más irresolubles, en especial a causa de las limitaciones económicas producidas por la desregulación del ámbito laboral en Colombia que dificultan el que se corrijan las disfunciones del sistema de salud detectadas por la jurisdicción constitucional.

De otro lado, jueces y administradores también han exhibido defectos institucionales propios: los jueces, en primer lugar, no tienen una conciencia clara (ni siquiera al día de hoy) acerca de qué impacto tiene sobre el sistema y sus usuarios la tutela en salud. Los jueces, en ese sentido, están muy abiertos a problemas reales (al recibir las demandas de la ciudadanía empoderada), pero tienen poca capacidad de sistematización y abstracción de sus decisiones individuales. Esta función puede ser realizada, alternativamente, por el Congreso, por la doctrina o, incluso, por las sentencias de formación de jurisprudencia de la Corte Constitucional. En este esfuerzo, el derecho constitucional colombiano todavía tiene deudas notorias. La jurisprudencia todavía es, para nosotros, una masa de casos. Las líneas jurisprudenciales muestran las tendencias en las decisiones, pero este nivel de análisis es todavía

inadecuado: hay que entender, finalmente, cuál es el impacto que las líneas jurisprudenciales tienen sobre los subsistemas sociales en donde actúan. Esta labor requiere de un derecho constitucional más activo en la investigación interdisciplinaria de los problemas que enfrenta. Este texto busca dar algunas ideas (muy preliminares aún) sobre cómo proceder al respecto.

Así, pues, la constitucionalización de la vida implica la posibilidad que los jueces, utilizando de manera directa los derechos, intervengan en subsistemas sociales específicos como agentes de toma de decisiones frente a conflictos y, subsidiariamente, como reguladores del sistema. Esta posición que han adoptado los jueces proviene de una de las características de la macro-negociación del 91: más derechos para la gente y menos excusas para su implementación real y efectiva. El acuerdo del 91 funciona si los derechos no son simplemente “acuerdos dilatorios” que, en realidad, pospongan la satisfacción de necesidades primarias de toda la población.

La fundamentalización de los derechos sociales, la constitucionalización y judicialización de la vida son el resultado de procesos de empoderamiento social potencialmente benéficos. Pero debe tenerse en cuenta que sus beneficios no son eternos ni permanentes. Constantemente hay que estar evaluando la función que los derechos tienen en el tejido social y económico, a quién empoderan y cómo afectan la redistribución entre los colombianos. La redistribución, en ese sentido, no es simplemente una opción: es parte de la decisión constituyente fundamental que le ha dado credibilidad a la Constitución de 1991 como nuevo pacto social de cohesión de colombianos de diversas vertientes ideológicas y políticas. Esta redistribución, al mismo tiempo, se debe lograr, no mediante la dictadura económica y/o política, sino mediante esquemas sensatos y sostenibles en el tiempo que, igualmente, puedan ser rigurosamente evaluados en sus resultados. Esa es la visión que la Constitución trae y que justifica, al menos en parte, la función simbólica y política que su texto debería cumplir entre nosotros.

4. Bibliografía

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

- ACEMI. *Aspectos relevantes en materia de salud como derecho fundamental y su impacto en las aseguradoras privadas*. Bogotá: En el archivo del autor, 2008.
- Ackerman, Bruce «*We the People: Transformations*». Belknap, Cambridge, 1991.
- Arango, Rodolfo. «El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional.» En *Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión*, de Julio Alexei. Bogotá: Universidad Externado, 2008.
- Arrieta, Aquiles. «Comentarios a la creación de jurisprudencia constitucional: el caso del servicio público de salud». *Revista Tutela* No.45, 2003.
- Bravo Gala, Pedro (editor), «*Socialismo Premarxista*. » Tecnos, Madrid, 1998.
- Carrasquilla, Alberto. «El régimen contributivo en el sistema de salud de Colombia: situación actual, perspectivas y desafíos». Informe preparado para ACEMI, Bogotá, 2008.
- Chinchilla, Tulio E., «¿*Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*». Temis, 1999,
- CNSSS. «Informe anual del Consejo Nacional de Seguridad Social al Congreso.» Bogotá, 2007.
- Deaton, A. *Income, Aging, Health, and Well-being Around the World: Evidence from the Gallup World Poll*. Working Paper No. 13317, National Bureau of Economic Research, 2007.
- Defensoría del Pueblo. *Evaluación de los servicios de salud que brindan las Empresas Promotoras de Salud-2005*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2005.
- Donabedian, Avedis. *An Introduction to Quality Assurance in Health Care*. New York: Oxford University Press, 2003.
- Engle, Eric. «Universal Human Rights: A Generational History». *12 Annual Survey of International and Comparative Law* 219, 2006.
- Fuenzalida, H. y Scholle, S. *The Right to Health in the Americas: A Comparative Constitutional Study*. Washinton: Organización Panamericana de la Salud, 1989.
- Gallanter, Marc. «Why the ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculation on the Limits of Legal Change». *Law and Society*, 1974.
- González, Adriana. «La salud en Colombia, un derecho aparentemente fundamental». Memorando de derecho público- Universidad Libre de Pereira, 2005.

- Helfer, Laurence. «Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash Against Human Rights Regimes». *102 Columbia L. Rev.* 1832, 2002.
- Hyman, David. «Fixing the Distributive Injustices of American Health Care». *69 Law & Contemporary Problems* 265, 2006.
- Kinney, Eleanor. «Tapping and Resolving Concerns About Health Care». *26 American Journal of Law and Medicina*, 2000.
- Langer, Robert. «Regulation by Litigation». *33 Connecticut Law Review* 1141, 2001.
- León, Duguit. *Las transformaciones del derecho público y privado*, Francisco Beltrán, Madrid, 1902.
- Londoño Hoyos, Fernando. *La economía en la constitución de 1991*. 137 Revista Javeriana (2001).
- Londoño, Juan Luis y Frenk, Julio. *Pluralismo estructurado: hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina*. Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de trabajo 253, 1987.
- López Medina, Diego. «El constitucionalismo social: genealogía y desarrollo local de los derechos sociales a partir de la Constitución colombiana de 1991». En *Corte Constitucional: 10 años. Balances y perspectivas*, de Carlos Molina. Bogotá: Universidad del Rosario, 2003.
- . *La defensa de la libertad: análisis de las relaciones entre ley, derechos humanos y derechos fundamentales*. Bogotá: Imprenta Nacional, 2008.
- Maceira, Daniel. «Actores y reformas en salud en América Latina». Nota técnica de saúde No. 1/2007. Banco Interamericano de Desarrollo, 2007.
- Moncayo, Víctor. *El leviatán derrotado: reflexiones sobre teoría del estado y el caso colombiano*. Bogotá: Norma, 2004.
- Monereo, José Luis. *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Trotta, Madrid, 1999.
- Nelson, William. *Marbury v. Madison: The Origin and Legacy of Judicial Review*. Lawrence: University of Kansas Press, 2000.
- Orozco, Iván, y Juan Gabriel Gómez. *Los peligros del constitucionalismo en materia criminal*. Bogotá: Editorial Temis/IEPRI, 1999.
- Rich, Robert Erb, Christopher Gale, Louis. «Judicial Interpretation of Managed Care Policy.» *13 Elder Law Journal* 85, 2005.

- Rieff, David. «Miracle Workers?» *The New York Time Magazine*, February 17, 2008.
- Rosen, Jeffrey. «Supreme Court Inc.» *The New York Times Magazine*, March 17, 2008.
- Sage, William. «Relational Duties, Regulatory Duties, and the Widening Gap Between Individual Health Law and Collective Health Policy.» 96 *Georgetown Law Journal* 497, 2008.
- Sarkin, Jeremy, Ives Haeck, y Johan Vande. *Resolving the Tension between Crime and Human Rights*. Antwerpen: Maklu Uitgevers, 2001.
- Uprimny, Rodrigo. *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*. Bogotá: Dejusticia, 2006.
- Uprimny, Yepes Rodrigo y Diana Rodríguez. Aciertos e insuficiencias de la sentencia T-760 de 2008: Las implicaciones para el derecho a la salud en Colombia. En: http://www.sindess.org/inicio/inicio.php?ver=noticias&op=ver_mas&id=273

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Costa Rica

Carlos Rafael Urquilla Bonilla

1. Sistema constitucional costarricense y su contexto en materia de derechos humanos. 2. Los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisdicción constitucional costarricense: 2.1. Por qué la jurisdicción constitucional. 2.2. Principales desarrollos: 2.2.1. Derecho al trabajo y derechos sindicales; 2.2.2. Derecho a la seguridad social; 2.2.3. Derecho a la salud; 2.2.4. Derecho al medio ambiente sano; 2.2.5. Derecho a la alimentación; 2.2.6. Derecho a la educación; 2.2.7. Derecho a la constitución y protección de la familia; 2.2.8. Derecho de la niñez; 2.2.9. Protección a los ancianos y de los minusválidos; 2.2.10. Derecho al agua y a los servicios públicos relacionados; 2.2.11. Derecho a la vivienda. 3. Conclusiones.

1. Sistema constitucional costarricense y su contexto en materia de derechos humanos

El sistema judicial costarricense no es muy diferente al que existe en los modelos de justicia de Estados únicos no federales. En este tipo de estructuras, el territorio nacional sufre divisiones para la determinación de la competencia de los tribunales, y éstos, en sí, igualmente se dividen en términos de la materia que tratan o abordan. La jurisdicción constitucional, por tanto, es una estructura concentrada y única a nivel nacional, con prerrogativa excluyente

en la medida en que ese contenido de la competencia *ratione materiae* no puede ser ejercido por ninguna otra autoridad nacional.

Aunque su Constitución fue promulgada a mediados del siglo XX, su contenido funde en sí tanto el humanismo liberal de finales del siglo XVIII y las consideraciones básicas de construcción del Estado Social de Derecho. Sobre lo primero, es claro que la *Déclarations des Droits de l'Homme et du Citoyen*, cuyo artículo 16 establecía *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*, señalando en consecuencia que una Constitución debía establecer al menos dos contenidos esenciales, p. ej., los derechos fundamentales de la persona y la separación de poderes (la más clara fusión del humanismo ilustrado y el racionalismo). Con posterioridad las influencias del modelo de Bismarck en el constitucionalismo occidental permitieron ampliar las nociones de derechos fundamentales de la persona hacia ciertos contenidos tradicionalmente excluidos que atañen claramente a la protección de la persona humana en su dimensión social y cultural, esto es como agente de los procesos económicos, pero también en su interrelaciones con la sociedad y dentro de un ambiente cultural específico¹.

En ese sentido, la experiencia constitucional costarricense, en la actualidad, puede perfectamente ser referida como de un modelo tendente a la consolidación de un Estado Social de Derecho, que se caracteriza porque el Estado asume directamente la responsabilidad de brindar cierto tipo de prestaciones y garantías de protección social, incluyendo seguridad social, mediante la creación de organismos generadores y/o administradores de fondos propios que les permiten su implementación, y al mismo tiempo su avance progresivo en la cobertura. Contemporáneamente a ello, el poder ejecutivo se encuentra fortalecido con una importantísima capacidad de decisión y de poderes normativos, para la implementación directa de las obligaciones constitucionales.

Con relación a la protección de los derechos humanos vale destacar que mediante una reforma realizada en 1989 a la Constitución, fue creada dentro de la Corte Suprema de Justicia una “Sala especializada” –denominada pos-

1 Sin embargo no puede obviarse que la fallida Constitución francesa de la I República ya establecía algunos derechos que hoy podrían ser estimados como las bases o los cimientos de los derechos a la salud y a la educación.

teriormente como “Sala Constitucional” aunque popularmente conocida como “Sala IV” – a la que se le atribuyó como competencias *inter alia* la de conocer tanto de los recursos de *hábeas corpus* como de amparo, el primero para garantizar la libertad e integridad personales y el segundo “para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”.

Es muy interesante destacar la interpretación que ha tenido dicha norma –artículo 48– de la Constitución de Costa Rica. De conformidad con el texto de esta reforma, Costa Rica se adelantó a solucionar el tema de la operatividad de los derechos humanos reconocidos por medio del derecho internacional, permitiendo que por la vía de la jurisprudencia constitucional al tratar de los recursos de *hábeas corpus* y de amparo, la jurisdicción constitucional se oriente a la protección de los derechos que establecen la Constitución y “los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, es decir, que no cerró las posibilidades únicamente en el ámbito de los tratados, como sucede con algunos otros textos constitucionales. Esta fórmula es la que ha permitido que Costa Rica tenga, hoy por hoy, la postura pionera en el ámbito de aplicación del derecho de los derechos humanos. El mérito de esta reforma descansa en que eliminó la dicotomía –en no pocas ocasiones facilitadora de posturas maniqueístas– entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno de los derechos humanos.

Sin embargo, es imposterizable reconocer que la Constitución es, como se expresa en el argot jurídico estadounidense, a *living constitution*². Y precisamente el ejercicio de la jurisdicción constitucional tiene un poder inmenso para mantener respirando a la Constitución o dejarla morir por envejecimiento.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica demuestra que el ejercicio de la jurisdicción constitucional

2 Es interesante retomar el discurso del ex candidato presidencial demócrata, Al Gore, antes de la elección del “Super Martes” acontecida en el año 2000, ante una pregunta sobre el tipo de Magistrados que el propondría para la Suprema Corte de Justicia, precisamente porque aclara –y nada más que por esa razón– los alcances del concepto *living Constitution*: “I would look for justices of the Supreme Court who understand that our Constitution is a living and breathing document, that it was intended by our Founders to be interpreted in the light of the constantly evolving experience of the American people.”

es capaz de lograr ese ideal de operatividad del derecho de los derechos humanos. En una de sus primeras sentencias, la Sala Constitucional de Costa Rica se vio llamada a resolver una acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que tenía un efecto limitador en las pensiones de empleados judiciales, e indicó que los derechos humanos tienen un valor que los equipara con el de la Constitución³. En apariencia esa jurisprudencia no indica nada nuevo respecto del artículo 48 de la Constitución de Costa Rica, sin embargo, sirvió para utilizar las normas del derecho internacional de los derechos humanos como parámetro de constitucionalidad para el control en abstracto —y no sólo para el *habeas corpus* y/o el amparo— y efectivamente, en esa oportunidad, no sólo se declaró la inconstitucionalidad de la norma impugnada por violación a un precepto constitucional, sino también por la violación que significaba a varias disposiciones de instrumentos internacionales⁴.

Con posterioridad la jurisprudencia de la Sala Constitucional costarricense dio un paso más dejando la postura de equiparación del derecho internacional de los derechos humanos con la Constitución, y llegó a determinar que mientras su contenido sea más amplio, prevalecerán sobre la Constitución⁵. Recientemente, la Sala Constitucional de Costa Rica anuló

- 3 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica; *sentencia de acción de inconstitucionalidad 01147-90*, 21 de septiembre de 1990, Considerando III. Señala: “[los derechos humanos] tienen, no sólo un rango superior a la ley ordinaria... sino también un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental”.
- 4 Ídem., Considerando XV. Textualmente dice: “La Sala considera, pues, que la norma impugnada del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es inconstitucional, por violación de los derechos del servidor judicial a su jubilación, a la igualdad ante la ley, a la irretroactividad de la aplicación de ésta en su perjuicio, a la inviolabilidad de su patrimonio y a la proscripción de la pena de confiscación, así como al del debido proceso y el principio de especialidad penal, consagrados en los artículos 33, 34, 39, 40, 41, 45 y 73 de la Constitución Política, así como en las normas invocadas de los artículos 25, 28, 29 y 30 del Convenio No. 102 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado por Ley No. 4736 de 29 de marzo de 1971.”
- 5 En igual sentido: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica; *sentencia de amparo 02313-95*, 9 de mayo de 1995, Considerando VI. Contundentemente afirma: “los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”. La misma Sala Constitucional refiere a una sentencia

incluso una reforma constitucional realizada el 11 de julio de 1969, que impedía la reelección presidencial; en la demanda se argumentaron tanto aspectos materiales como formales, sin embargo, en lo que atañe a este documento, interesa resaltar que se estimó que tal reforma implicaba una limitación más amplia en el ejercicio de los derechos políticos que la contenida en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que tal reforma constitucional fue desechada⁶. Finalmente hay que advertir que la Sala Constitucional costarricense al evacuar la consulta de constitucionalidad respecto de la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, reafirmó la necesidad de extrañar una visión reducida al entender el derecho internacional de los derechos humanos⁷.

previa en la que habría tenido ese mismo principio como base para el fundamento del fallo, en la que atendía una demanda de amparo planteada por un extranjero casado con mujer costarricense que solicitó el reconocimiento de su calidad de costarricense por naturalización, lo que le fue negado porque el texto del artículo 14.5 de la Constitución –aplicable en ese momento– sólo preveía la posibilidad de hacer tal reconocimiento a la mujer extranjera casada con costarricense, pero no a la inversa. La sentencia de marras estableció que ello era una discriminación realizada desde la propia Constitución, indicando que tal discriminación debe ceder frente a valores superiores como la igualdad y la no discriminación. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica; *sentencia de amparo 03435-92*, 11 de noviembre de 1992, Considerando I.) Con posterioridad y con relación a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño –en un caso relativo con el derecho de acceso a la educación– indicó que esta poseía un rango superior a la Constitución (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica; *sentencia de amparo 01919-99*, 12 de marzo de 1999, Considerando III).

- 6 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica; *sentencia de acción de inconstitucionalidad 2003-02771*, 4 de abril de 2003, Considerando VI.C. Textualmente señala: “La Constitución de 1949 –vigente actualmente en Costa Rica–, reformada por Ley No. 7128 del 18 de agosto de 1989, en el artículo 48 incorporó el derecho internacional de los derechos humanos al parámetro de constitucionalidad. Incluso, en casos en que la norma internacional reconozca derechos fundamentales en forma más favorable que la propia Constitución, debe ser aplicada la norma internacional y no la interna”.
- 7 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica; *sentencia de consulta preceptiva de constitucionalidad sobre el proyecto de ley de aprobación del “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” 2000-09685*, 1 de noviembre de 2000, Considerando V. En dicha sentencia, con agrado, se lee: “En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los “instrumentos internacionales”, significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento de tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no hay sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país.

Como puede observarse, es la jurisprudencia constitucional la que puede hacer un cambio sensible en el tratamiento del derecho internacional de los derechos humanos. Puede alegarse que Costa Rica logra hacer eso mediante una reforma constitucional en su artículo 48. Sin embargo, la lectura de la reforma constitucional se refiere únicamente a los recursos de *habeas corpus* y amparo, por una parte, y a los “instrumentos internacionales de derechos humanos”, por la otra. Ha sido la jurisprudencia la que ha ampliado el alcance de la norma y ha permitido su uso como parámetro de decisión en acciones de inconstitucionalidad; ha sido la jurisprudencia la que ha aclarado que la referencia a tales instrumentos no puede limitarse a los tratados o convenios, siendo inclusiva de normas internacional del mundo del *soft law*; la jurisprudencia constitucional, además, es la que ha dado operatividad a la fusión de ambos derechos a partir de reconocer que primará el que ofrezca mayor protección a los derechos humanos, sin resabios de proteccionismo constitucional o sin excentricidades de esnobismo internacionalista.

En adición a lo anterior cabe destacar que Costa Rica es un Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que en su artículo 68 alude directamente a la efectividad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un sentido que claramente trasciende el cumplimiento *bona fide*, para corresponder dicha obligatoriedad a una norma jurídica internacional, de incuestionable eficacia. Así el artículo mencionado además de establecer el deber de cada Estado Parte, en los casos en los que se encuentren involucrados como sujetos procesales activos o pasivos, de cumplir la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece igualmente que la parte de la decisión que establezca una indemnización compensatoria se podrá ejecutar directamente siguiendo los mecanismos de ejecución de las sentencias contra el Estado.

Complementariamente a ello, Costa Rica, al ser sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, suscribió con ésta un Convenio mediante el cual se establecen dicha sede así como los beneficios e inmunidades que recibirá la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sus jueces, secretarios y su personal técnico y administrativo, y en el que cuyo artículo 27 alude igualmente a la efectividad de las decisiones de ésta, estableciendo por su medio que las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en su caso las del Presidente, una vez comunicadas a las autoridades

correspondientes, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses. Esta norma debe ser objeto de un análisis básico que desentrañe sus alcances.

Por una parte está determinando, a diferencia de lo hecho mediante el artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la efectividad no sólo de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos en los que Costa Rica sea parte –es decir en los casos contenciosos– sino también que la extiende genéricamente a las decisiones de la Corte Interamericana, lo que implica que esto es igualmente abarcativo respecto de las decisiones sobre medidas provisionales y sobre opiniones consultivas. Asimismo reconoce igual fuerza de implementación a las decisiones del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con lo cual además de incluir a las decisiones de sutanciación procesal, se está refiriendo a las medidas urgentes que en el marco de una solicitud de medidas provisionales, dicta éste mientras llega el período de sesiones de la Corte en pleno.

A ello es necesario agregar que la propia Sala Constitucional ha establecido que un Estado que solicita una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se encuentra obligado a darle cumplimiento a lo pronunciado por ésta⁸. De aquí puede estimarse, desde un razonamiento *a fortiori* que igual estimación reforzada debe hacer cuando el Estado se encuentra siendo parte de un caso contencioso.

Lo expuesto anteriormente respecto del sistema interamericano es relevante en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Para algunos juristas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos es básicamente un tratado en materia de derechos civiles y políticos⁹, no obstante su artículo 26, permite entender que dicha norma, aunque con una referencia de técnica legislativa bastante discutible, es una norma que incide directamente en la definición de los alcances de la competencia *ratione materiae* de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos (además de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos

8 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 02313-1995, Considerando Jurídico VII.

9 Cecilia Medina, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, diciembre 2003, pp. 36-37.

Humanos, siguiendo el antiguo modelo dual del sistema europeo de derechos humanos).¹⁰ En realidad este argumento se construye sobre la base de la indivisibilidad de los derechos humanos y los efectos del principio *pro homine* parcialmente recogido en los artículos 29.b y 29.d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹.

En realidad, dicha tesis interpretativa de estimar que la competencia *ratione materiae* de los órganos del sistema interamericano incluye a los derechos económicos, sociales y culturales, fue puesta inicialmente a prueba, en la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la demanda del caso *5 Pensionistas*¹². En dicha oportunidad la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en ejercicio de la acción procesal internacional, estimó que el referido artículo establecía una prohibición de regresividad injustificada respecto del nivel alcanzado en cuanto al contenido y reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales¹³. Lo que resulta particularmente relevante en este punto es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no rechazó el fundamento implícito de la pretensión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –que era la consideración de que el citado contenido del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos moldeaba los límites de la competencia *ratione materiae* de los órganos del sistema interamericano– sino que estimó que tales derechos debían ser analizados bajo circunstancias no concurrentes en el caso, desestimando el pronunciamiento sobre la violación o no del misma¹⁴.

El empleo de dicha norma sobre derechos económicos, sociales y culturales volvió a tener espacio en el curso del caso *Instituto de Reeducación del Menor*. En esta oportunidad la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no presentó argumentos sobre la violación de derechos económicos, sociales y culturales de los niños y niñas víctimas del caso¹⁵, pero la repre-

10 Carlos Rafael Urquilla, “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Contexto de la Reforma al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en Revista IIDH 30-31, pp. 259-281

11 Ídem., pgs. 262-268.

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cinco Pensionistas*, Serie C No 98, párr. 2.

13 Ídem, párr. 142.

14 Ídem, párr. 145-148.

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Instituto de Reeducación del Menor*, Serie C No 112, párr. 2 y 252.

sentación de ellos –en ejercicio de las potestades conferidas por su *locus standi in iudicio*– hizo alegaciones concretas respecto del derecho a la salud, a la educación, al descanso y a la vida cultural y artística¹⁶. La Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió no hacer un pronunciamiento sobre la existencia de violación o no a dicho artículo, porque anteriormente ya se había pronunciado sobre las condiciones de vida digna, salud, educación y recreación en el Instituto concernido, a partir de una lectura en clave social de los derechos a la vida e integridad personal –artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos–¹⁷.

La jurisprudencia del sistema interamericano también da cuenta que en el caso *Yakye Axa* la temática de los derechos económicos, sociales y culturales nuevamente apareció en el escenario de la competencia *ratione materiae* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como en el caso anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos planteó una consideración sobre las condiciones de vida de la Comunidad Yakye Axa¹⁸, y los representantes de las víctimas hicieron lo propio¹⁹. En esa oportunidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –interesantemente– vinculó en el análisis el artículo 4 –derecho a la vida– con el referido artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todo con la obligación del Estado de proteger y garantizar tales derechos concernidos, de manera que utilizando el contenido social del artículo 26 referido, interpretaría nuevos alcances del derecho a la vida²⁰. En los aspectos concretos la corte refirió al derecho a la alimentación –en su componente de debida nutrición– así como a las deficiencias educativas y de salud observada en los miembros de la Comunidad²¹. Adicionalmente aludió al derecho de acceso al agua potable²², a la situación de las personas en edad avanzada²³, e indirectamente al derecho a la cultura, puesto que la transmisión de los valores culturales está a cargo

16 *Ídem*, párr. 253.

17 *Ídem*, párr. 255.

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Yakye Axa*, Serie C No 125, pr. 157.

19 *Ídem*, párr. 158.

20 *Ídem*, párr. 163.

21 *Ídem*, párr. 165.

22 *Ídem*, párr. 167.

23 *Ídem*, párr. 175.

de los ancianos.²⁴ Aunque en las partes resolutivas la Corte Interamericana de Derechos Humanos no estableció la violación al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –y declaró, no obstante la violación al derecho a la vida, en su dimensión de vida digna– es evidente que esa lectura en clave social sólo ha sido posible luego de reconocer el impacto de aquel artículo en la competencia *ratione materiæ* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁵.

Mucho más recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de referir al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como una violación autónoma que da lugar a la reclamación de los derechos económicos, sociales y culturales. Se trata del caso *Trabajadores Cesados del Congreso*, en el que los representantes de las víctimas –y no la Comisión Interamericana de Derechos Humanos– hicieron alegación de dicha violación²⁶, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al analizar la alegación referida estimó que la misma presentaba un error en la configuración del sustrato fáctico de la pretensión, puesto que la afectación a derechos económicos, sociales y culturales la hicieron descansar en la naturaleza arbitraria e irrepuesta de los actos que dieron origen al caso, siendo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no llegó a estimar que tales actos tuvieran esa naturaleza²⁷.

Las anteriores consideraciones guardan relevancia porque, como indica Cecilia Medina²⁸:

Puede concluirse que la Corte [Interamericana de Derechos Humanos] parece estar dispuesta a pronunciarse sobre la posible violación del artículo 26 en un caso que ella considere más apropiado. Hubiera sido útil que la sentencia dijera algo respecto a la posibilidad de examinar esa disposición en el procedimiento de comunicaciones individuales, particularmente porque existe un Protocolo de San Salvador que en su artículo 19.6 concede a este órgano una posibilidad muy limitada de ejercer jurisdicción.

24 *Ídem*.

25 *Ídem*, punto resolutivo 3.

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Trabajadores Cesados del Congreso*, Serie C No 158, párr. 133-134.

27 *Ídem*, párr. 136.

28 Cecilia Medina, *op. cit.*, pp. 39.

En el fondo, la jurista chilena, actual Vicepresidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no niega que eventualmente en un futuro dicho tribunal internacional se pronuncie directamente sobre una violación o no del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que necesariamente tiene que tener un efecto directo en la jurisprudencia constitucional costarricense, toda vez que ésta, como se observa, se ha mostrado abierta a la recepción de los instrumentos internacionales de derechos humanos, en los que no sólo cabe la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también la interpretación y estándar de aplicación que de ella haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. Los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisdicción constitucional costarricense

2.1. Por qué la jurisdicción constitucional

El comportamiento jurisprudencial costarricense no se ha planteado dudas sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Una explicación de ello se encuentra, inevitablemente, en el proceso constituyente de esa nación centroamericana.

Luego de una guerra civil, el proceso político costarricense decantó en 1948 con la instauración de una Asamblea Constituyente que, en el contexto político e histórico de ese momento, consagró como valores centrales de la Constitución su apego a los lineamientos y definiciones de la justicia social, que se tradujo en el establecimiento de cláusulas constitucionales reconocedoras de derechos humanos de ese contenido, especialmente en el ámbito familiar, educativo, de salud y seguridad social, y en el contexto laboral. En ese sentido, tales normas constitucionales, lejos de ser un update en el texto constitucional se convirtieron en símbolos de una nueva etapa en el desarrollo político de la sociedad costarricense en su relación con el Estado.

La solución del conflicto civil interno, por tanto, implicó un reconocimiento de derechos de índole económica, social y cultural. De ahí que las dudas sobre su justiciabilidad no se han presentado. El problema de su reconocimiento ha sido que la jurisdicción constitucional, como tal, apa-

rece recientemente hasta el año 1989 con la reforma constitucional que le dio carta de ciudadanía. Anteriormente a dicha reforma constitucional las reclamaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales eran reclamaciones que alcanzaban los estrados judiciales por la vía de impugnación de actos administrativos, que rechazaban su reconocimiento en casos específicos, o que los reconocían con estándares menores frente a la expectativa que tenían sus peticionarios. En el fondo se trataban de problemas de legalidad.

Precisamente por el impulso jurídico que ha implicado y significado la presencia de la Sala Constitucional se ha estimado pertinente circunscribir el análisis de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisdicción constitucional. Finalmente, a ella pueden, por vías indirectas, ser reconducidos todos los casos de la jurisdicción ordinaria.

2.2. Principales desarrollos

A continuación se muestran los principales desarrollos de la jurisdicción constitucional en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Los mismos se han ordenado siguiendo la numeración de artículos del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”). Cuando no se ha encontrado alguna referencia específica en la jurisprudencia se ha obviado la titulación del artículo, y en casos relevantes se han agregado acápites al final.

2.2.1. Derecho al trabajo y derechos sindicales

El estándar que ha desarrollado la jurisprudencia costarricense con relación al derecho al trabajo presenta los siguientes elementos:

- i) El desarrollo de funciones extraordinarias, a la manera de recargo en las funciones, no forma parte del derecho al trabajo, de manera que aunque por varios años un trabajador haya realizado constante y permanentemente las funciones para las que ha sido contratado y funciones extraordinarias por la vía de recargo, no implica que éstas formen parte de su

- derecho al trabajo, de manera que el empleador puede removerlas en el momento que lo considere oportuno sin que el trabajador pueda considerarse como ilícitamente invadido en su derecho al trabajo²⁹.
- ii) El derecho al trabajo se encuentra ligado con la libertad empresarial, puesto que la libertad de cada persona para dedicarse a una actividad en el sistema económico-productivo de un país guarda relación con el derecho que tiene esa misma persona de elegir la actividad que más se ajuste a sus posibilidades y que le permita satisfacer sus necesidades y las de su familia³⁰.
 - iii) En el ámbito del servicio público, los trabajadores que se encuentran en situación de interinato, es decir, prestando sus servicios al Estado, pero sin que se les haya asignado una plaza específica en propiedad, tienen derecho a la estabilidad laboral y sólo pueden ser removidos de sus puestos cuando concurren ciertas circunstancias especiales como lo serían: cuando sustituye a otra persona por un determinado plazo y éste se cumple, cuando el titular de la plaza que ocupa el funcionario interino regresa a ella, cuando el servidor ascendido interinamente no supera con éxito el período de prueba establecido por la ley, cuando la plaza ocupada por el interino está vacante y es sacada a concurso, y en casos calificados como aquellos donde se está frente a un proceso de reestructuración que implica la eliminación de plazas, con el respectivo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para hacerlo³¹.
 - iv) Siempre en el ámbito de las relaciones laborales con el sector público, se ha insistido ampliamente que cuando el Estado, por la vía de la Administración Pública, dispone la reestructuración de las diversas dependencias que la componen, con el fin de alcanzar su mejor desempeño y organización, para lo cual podrá ordenar no sólo la eliminación y recalificación de plazas, sino el traslado de funcionarios a cargos diversos, observando el debido proceso, sin que de tales traslados pueda derivarse reducción salarial o modificación sustancial de los términos de prestación de servicios, no violenta el derecho al trabajo ni a la estabilidad laboral³².

29 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 012240-2006, Considerando Jurídico V.A

30 *Ibidem*, Voto 11095-2006, Considerando Jurídico IV.

31 *Ibidem*, Voto 10550-2006, Considerando Jurídico IV.

32 *Ibidem*, Voto 17013-2005, Considerando Jurídico IV.

- v) En ese mismo ámbito, la Sala Constitucional ha rechazado el derecho al debido proceso como antecedente para la destitución de un empleado público cuando ésta sea una sanción por una conducta del empleado y haya “un elemento objetivo cuya constatación es fácilmente verificable por parte de la autoridad recurrida, por lo que el hecho de que no se le haya concedido audiencia de previo a imponer la sanción que se impugna, no tiene el efecto de modificar el resultado obtenido de una simple constatación en el Registro de Asistencia, en razón de que ese medio probatorio se basta a sí mismo para demostrar lo que interesa...”³³
- vi) El salario ha sido estimado como un elemento del derecho al trabajo el recibir un salario por la prestación de un servicio y que, tratándose de personas contratadas por la Administración Pública, la ineffectividad de ésta en sus procedimientos administrativos no debe trasladarse en retrasos injustificados que perjudiquen al empleado a recibir su retribución salarial, debiendo ésta, en consecuencia, iniciar el pago de salarios en un plazo razonable³⁴.
- vii) En el ámbito laboral, igualmente, la Sala Constitucional ha destacado la existencia del derecho a una debida remuneración, entendiendo por ella la remuneración debida al trabajador en virtud de un contrato de trabajo como contraprestación por la labor que haya efectuado o deba efectuar o por los servicios que haya prestado o deba de prestar.
- viii) Recientemente una polémica decisión de la Sala Constitucional restringió ampliamente la capacidad de contratación colectiva de los sindicatos del sector público, especialmente sobre el contenido de los resultados de la negociación. Especialmente respecto de un contrato colectivo suscrito por un sindicato de una empresa pública (y no de una mera dependencia de la gestión burocrática de la Administración Pública), la Sala de lo Constitucional encontró competencia para analizar su contenido. Así respecto de la Convención Colectiva del Instituto Nacional de Seguros, cuyo artículo 26 establecía el derecho a gozar de licencias, con o sin goce de salario, sin límite de duración, indicó que para que dicho artículo no fuera inconstitucional por razones de irrazonabilidad las licencias sólo puedan ser otorgadas cuando su concesión se justifique debidamente, lo

33 *Ibidem*, Voto 11725-2005, Considerando Jurídico II.

34 *Ibidem*, Voto 08794-2005, Considerando Jurídico III.

- cual implica que necesariamente los permisos que se otorguen deben estar directamente relacionados con fines de la Institución y con estrictos parámetros de control a cargo de los órganos correspondientes³⁵.
- ix) El mismo fallo, por su parte, analizó el caso de las licencias con goce de sueldo que de manera extraordinaria se podían conceder a los trabajadores, en función de sus años de servicio, desde los 10 hasta los 30 años de servicio en intervalos mínimos de 5 años, fue declarado inconstitucional porque a juicio de la Sala Constitucional, “la disposición, sin duda resulta irrazonable, en el tanto las licencias que allí se establecen no son otra cosa que una especie de vacaciones adicionales a las que por ley les corresponden a los servidores cada cincuenta semanas, por el hecho de cumplir con uno de los deberes inherentes de la relación, como lo es prestar el servicio eficientemente. En esos términos constituye un privilegio irrazonable, lo que da base para acordar su inconstitucionalidad”³⁶.
- x) Asimismo, el artículo 44 de dicha Convención disponía que en casos especiales y cuando padres y hermanos dependieran económicamente de un empleado becado a estudiar en el exterior, la institución podría conceder dentro de la beca una subvención para ellos. Al respecto la Sala Constitucional estimó que a su criterio, dicha norma es una extralimitación de los fines que busca la norma y del interés público, pues no existe razonabilidad ni proporcionalidad en la medida³⁷. Paradójicamente la misma Sala, luego de tratar con el análisis de incentivos salariales conferidos a ciertos profesionales y empleados afirmó que “los incentivos salariales deben ser vistos dentro del marco de las convenciones colectivas, como instrumentos para incentivar la mayor calidad, permanencia, eficiencia en el servicio, lealtad e idoneidad. Igualmente lo son las normas y procedimientos relativos a la selección de personal, ascensos, obligaciones y prohibiciones, de tal forma que debe tomarse en cuenta si el incentivo o sobresueldo cumple con estas especificaciones en relación con el tipo de función o actividad desempeñada, y naturalmente si es razonable y proporcionado”³⁸.

35 *Ibidem*, Voto 07261-2006, Considerando Jurídico IX.

36 *Ibidem*, Voto 07261-2006, Considerando Jurídico X.

37 *Ibidem*, Voto 07261-2006, Considerando Jurídico XI.

38 *Ibidem*, Voto 07261-2006, Considerando Jurídico XII.

- xi) Continuando con el análisis de los límites constitucionales a las facultades de negociación colectiva, respecto de empresas públicas (y no meras entidades de la administración pública), la Sala Constitucional de manera general ha establecido que “no cuestiona que la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, o cualquier otro ente de la Administración Pública, pueda reconocer determinados incentivos o beneficios a sus trabajadores. Lo anterior puede constituir una medida idónea para remunerar una exigencia especial del puesto de trabajo, que implique determinadas calificaciones profesionales o habilidades a quienes lo desempeñen, o bien para compensar un riesgo particular que caracteriza el desempeño de tales funciones, sea un riesgo material (por ejemplo, labores físicamente peligrosas) o uno de carácter legal (por ejemplo, trabajo susceptible de generar responsabilidad civil). Un beneficio, en cambio, se convierte en privilegio cuando no encuentra una justificación que razonablemente lo ampare. El principio de igualdad jurídica determina un tratamiento igual para quienes se encuentren en situaciones semejantes y un tratamiento desigual para quienes estén en situaciones diferentes. La diferencia de situación puede ser real, o bien, determinada por la ley, en cuyo caso tal determinación está sujeta al principio de razonabilidad para ser válida: la diferencia debe ser razonable. Caso contrario, se puede incurrir en una discriminación odiosa por irrazonable, y como tal creadora de una situación que no se conforma con el principio establecido en el artículo 33 constitucional”³⁹. De esta manera parece adelantarse a indicar que cualquier privilegio –lo que la Sala entiende por privilegio– violentaría el principio de igualdad, por carecer de fundamento razonable, y por ello devendría en inconstitucional. De esta forma, igualmente ha sostenido que “En el ámbito de la relación de servicio, podría considerarse válido que el Estado o la Administración reconocieran a sus trabajadores en forma excepcional e individual, desde un punto de vista económico los denominados pluses como forma de incentivo, pero ello en el tanto se trate de un reconocimiento por una conducta personal que supere el debido cumplimiento de la prestación de trabajo. Cuando ese reconocimiento es general, y no tiene relación alguna con la mayor o mejor pres-

39 *Ibidem*, Voto 06728-2006, Considerando Jurídico VI.

tación del servicio, se podría estar en presencia de un privilegio, que como tal no puede encontrar sustento constitucional⁴⁰. Con tal fundamento declaró inconstitucional una norma del Convenio Colectivo de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, mediante la cual sus empleados jefes de familia recibirían un descuento del 50% de su facturación mensual de dicho servicio público.

2.2.2. Derecho a la seguridad social

- i) La jurisprudencia se ha referido, igualmente, a la temática de las acciones o medidas regresivas en materia de derechos económicos, sociales y culturales. En 1947 se había emitido un instrumento reglamentario del régimen de seguridad social por invalidez, vejez o muerte, que posteriormente fue modificado en 1960, y que excluyó de los beneficios de tal régimen a las personas cuyo patrón no los había inscrito en el sistema de seguridad social para el mes de julio de 1947. Al acercarse a la discusión de fondo del asunto, la Sala Constitucional indicó que el derecho a la jubilación, en general o en los regímenes especiales aludidos, no puede ser normalmente condicionado a la conducta de su titular, ya sea ésta anterior o posterior a su consolidación como derecho adquirido. En realidad, no se ignora que el de jubilación, como cualquier otro derecho, está sujeto a condiciones y limitaciones, pero unas y otras solamente en cuanto se encuentren previstas por las normas que las reconocen y garantizan y resulten, además, razonablemente necesarias para el ejercicio del derecho mismo, de acuerdo con su naturaleza y fin⁴¹.
- ii) De esta manera, la jurisdicción constitucional costarricense no duda en reconocer que la jubilación es un derecho fundamental, que en el caso específico de Costa Rica fue reconocido a partir de 1947, mediante una fuente reglamentaria. En tal oportunidad dijo la Sala Constitucional que desde su creación, todos los trabajadores habían adquirido un derecho a la jubilación, que debía ser aplicado por la Caja Costarricense de Seguro Social, de manera que la reforma de 1960 sólo podía considerarse de

40 *Ibidem*.

41 *Ibidem*, Voto 0184-97, Considerando Jurídico VII.

- aplicación *ex nunc*, es decir, para las relaciones laborales que se iniciaran con posterioridad a su vigencia, y sin afectar a las ya iniciadas⁴².
- iii) En el marco de los derechos jubilatorios, la Sala Constitucional ha destacado que si bien una persona no puede recibir más de una pensión del Estado, conforme a la legislación doméstica, la dilucidación de un conflicto de esa naturaleza no podría, en ningún caso, traducirse en la privación de la pensión por vejez, que tiene el carácter de un derecho humano fundamental⁴³. Igualmente ha destacado que una vez que la Administración Pública declara el derecho de una persona a obtener una jubilación, no puede la misma Administración revocar ese derecho, por tratarse de un derecho fundamental, lo que correspondería a ser realizado únicamente por el poder judicial⁴⁴.
- iv) El derecho a la seguridad social, piedra angular de las relaciones sociales costarricenses ha sido interpretado por la Sala Constitucional, diciendo que tal derecho supone que los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos de manera que garantice la asistencia y brinde las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad para preservar la salud y la vida. El ámbito subjetivo de aplicación del derecho de la seguridad social incorpora el principio de universalidad, pues se extiende a todos los ciudadanos, con carácter de obligatoriedad. El ámbito objetivo parte del principio de generalidad, en tanto protege situaciones de necesidad, no en la medida en que éstas hayan sido previstas y aseguradas con anterioridad, sino en tanto se produzcan efectivamente. Además, incorpora los principios de suficiencia de la protección, según módulos cuantitativos y cualitativos y de automaticidad protectora, lo que se traduce en la adecuada e inmediata protección en materia de enfermedad, invalidez, vejez y muerte⁴⁵.

42 *Ibidem*, Considerando Jurídico VII.

43 *Ibidem*, Voto 15640-2005, Considerando Jurídico V.

44 *Ibidem*, Voto 16878-2005, Considerando Jurídico II.

45 *Ibidem*, Voto 02980-2006, Considerando Jurídico IV.

2.2.3. Derecho a la salud

- i) El derecho a la salud no se ha escapado de las posibilidades de actuación de la Sala Constitucional, la que ha destacado que la salud es de obligada tutela para el Estado, según el derecho constitucional y el internacional en materia de derechos humanos, de manera que la omisión de la administración pública en brindar con prontitud el tratamiento requerido – radioterapia mediante acelerador lineal, para el tratamiento de cáncer de seno– es una grosera violación al derecho a la salud⁴⁶. En tal vía interpretativa ha destacado que los problemas institucionales de compra de equipo y falta de coordinación con el resto de hospitales que integran la red nacional no son excusas válidas para retrasar exámenes necesarios para determinar el tratamiento a seguir de un paciente⁴⁷.
- ii) En las relaciones que atañen al derecho a la salud, entre la Administración Pública y los particulares, el estándar de protección del mismo, en la jurisprudencia constitucional costarricense ha destacado que el derecho a la salud implica dar una preponderancia a las instrucciones y prescripciones del médico tratante, por encima de las limitaciones que indefectiblemente ofrecen los listados oficiales de medicación, siendo que la negativa de entrega por parte de la Administración Pública de los fármacos prescritos no contenidos en el listado oficial es una violación al derecho a la salud⁴⁸.
- iii) Igualmente ha destacado que cualquier retardo de los hospitales, clínicas y demás unidades de atención sanitaria de la Caja Costarricense del Seguro Social puede repercutir negativamente en la preservación de la salud y la vida de sus usuarios, sobre todo cuando éstos sufren de padecimientos o presentan un cuadro clínico que demandan prestaciones positivas y efectivas de forma inmediata. Evidentemente, tratándose de una paciente habitual de los servicios de la salud pública, cualquier retraso en la aplicación de exámenes recomendados por su médico tratante puede, eventualmente, comprometer seriamente su salud y su vida al ponerlas en serio riesgo y peligro. Pacientes de esta índole, no pueden

46 *Ibidem*, Voto 04684-2005, Considerando Jurídico IV.

47 *Ibidem*, Voto 13436-2005, Considerando Jurídico V.

48 *Ibidem*, Voto 13216-2005, Considerando Jurídico IV.

sometidos a ningún trámite burocrático previo o lapso de espera, puesto que, por la naturaleza de su dolencia deben ser objeto de una atención inmediata y celeridad que les aumente y refuerce sus probabilidades y expectativas de vida.⁴⁹

- iv) Con relación al tratamiento de basura en los camiones recolectores, el derecho a la salud –conforme dispone la Sala Constitucional– implica adoptar medidas para evitar el derramamiento de vertidos líquidos y/o exudados generados por la basura sólida, principalmente cuando tales camiones transitan por las vías públicas⁵⁰.

2.2.4. Derecho al medio ambiente sano

- i) El derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional como un parámetro de la calidad de vida, en cuya protección concurren necesariamente todas las personas y el Estado, teniendo éste una responsabilidad no sólo de evitar que los particulares lo afecten, sino de crear y promover condiciones para su goce y ejercicio⁵¹.
- ii) Siempre con relación a la protección ambiental, la falta de atención a las denuncias por contaminación, y en particular, la omisión de la Administración Pública de realizar mediciones sónicas ante denuncias de contaminación sónica, se ha configurado como una violación a este derecho⁵².
- iii) Con relación a la protección ambiental, igualmente, la Sala Constitucional ha determinado la existencia –en términos jurisprudenciales– del principio precautorio, según el cual el Estado tiene que disponer todo lo que sea necesario, dentro del marco legal, para evitar los daños irreversibles en el ambiente⁵³.
- iv) Se ha estimado que la falta de plantas de tratamiento de aguas negras, en proyectos habitacionales, produce una afectación al medio ambiente⁵⁴.

49 *Ibidem*, Voto 02980-2006, Considerando Jurídico IV.

50 *Ibidem*, Voto 07953-2006, Considerando Jurídico V.

51 *Ibidem*, Voto 16516-2005, Considerando Jurídico IV.

52 *Ibidem*, Voto 16621-2005, Considerando Jurídico V - VII.

53 *Ibidem*, Voto 16777-2005, Considerando Jurídico IV.

54 *Ibidem*, Voto 06335-2006, Considerando Jurídico VI.

- v) La jurisprudencia constitucional igualmente ha identificado obligaciones preventivas del Estado, diciendo al respecto que el Estado costarricense se encuentra en la obligación de actuar preventivamente evitando, mediante una fiscalización e intervención directa, la realización de actos que lesionen el medio ambiente, la cual está, inevitablemente, correlacionada con la obligación del Estado de velar por la preservación de la salud de sus habitantes⁵⁵.
- vi) La Sala Constitucional ha definido el contenido esencial del derecho al medio ambiente sano, como un derecho que le permite al ser humano hacer uso de los recursos y el ambiente para su propio desarrollo, lo que implica el correlativo deber de proteger y conservar dicho medio, mediante un ejercicio racional y de disfrute útil del mismo⁵⁶.
- vii) Bajo ese criterio, la Sala Constitucional ha determinado que la omisión estatal de conferir limpieza y tratamiento a las cañerías para las aguas sucias y contaminadas, tanto por desechos humanos como industriales, genera una afectación al derecho aludido⁵⁷.
- viii) Por tratarse de un derecho fundamental, el Estado ha sido declarado y tenido como responsable para ejercer una función tutelar y rectora en asuntos ambientales, además de estar evidentemente obligado a que en su propio hacer se abstenga de afectar el medio ambiente⁵⁸.
- ix) La falta de investigación adecuada y oportuna de denuncias, v. gr., de talas de árboles, por parte de las instituciones legalmente competentes para ello, tanto en el nivel municipal como nacional, implica una violación al derecho al medio ambiente sano⁵⁹.
- x) En su jurisprudencia, la Sala Constitucional no ha dudado en destacar que “el objetivo primordial del uso y protección del ambiente es que a través de la producción y uso de la tecnología, se obtengan no solo ganancias económicas (libertad de empresa) sino un desarrollo y evolución favorable del ambiente y los recursos naturales con el ser humano, esto es, sin que se cause daño o perjuicio”⁶⁰. Igualmente ha indicado que “el

55 *Ibidem*, Voto 07562-2006, Considerando Jurídico III.

56 *Ibidem*, Voto 12156-2006, Considerando Jurídico IV.

57 *Ibidem*, Considerando Jurídico V.

58 *Ibidem*, Voto 11880-2006, Considerando Jurídico IV.

59 *Ibidem*, Voto 10646-2006, Considerando Jurídico IV.

60 *Ibidem*, Voto 15059-2005, Considerando Jurídico II.B.

ambiente, debe ser entendido como un potencial de desarrollo para utilizarlo adecuadamente, debiendo actuarse de modo integrado en sus relaciones naturales, socioculturales, tecnológicas y de orden político, ya que, en caso contrario, se degrada su productividad para el presente y el futuro y podría ponerse en riesgo el patrimonio de las generaciones venideras.”

2.2.5. Derecho a la alimentación

Aunque no hay un pronunciamiento específico sobre el derecho a la alimentación, aludiendo directamente a tal derecho, han existido algunas referencias

Asimismo cabe destacar lo pronunciado en el voto 11992-2006 mediante el que el Director de un Centro Escolar Público se ampara contra la División de Alimentación y Nutrición Escolar y del Adolescente del Ministerio de Educación Pública, la que había eliminado la asignación económica que por la vía de subsidio entregaba anualmente a dicha –y otras– entidades escolares, y que se empleaba directamente para proveer alimentación a los niños y niñas escolares, en cumplimiento de una norma legal que dispone ese uso específico de fondos tributarios. Al respecto la decisión fundamentalmente destacó que “no se puede supeditar a la existencia de contenido presupuestario la entrega de un beneficio que ha sido creado por el legislador ordinario a través de un destino tributario específico... la omisión en el giro de montos por concepto de impuestos específicos, cuando estos tienen por objeto el desarrollo de las normas programáticas contenidas dentro de la Constitución Política cuyo fin es tutelar los derechos fundamentales, puede perfectamente entrañar el menoscabo de una garantía constitucional de las personas...”⁶¹

2.2.6. Derecho a la educación

- i) El ingreso o acceso a la educación ha sido igualmente objeto de la jurisprudencia constitucional costarricense. Ha sido el criterio de la Sala Constitucional que el ingreso a la educación preescolar, tiene relación

⁶¹ *Ibidem*, Voto 11992-2006, Considerando Jurídico V.

con el derecho a la educación de los niños y las niñas. Y es innegable que existen niños y niñas que por sus condiciones individuales, pueden desempeñarse adecuadamente en el sistema educativo, aun sin contar con la edad mínima para tal ingreso, de manera que denegarles, sin más, el acceso a un centro educativo, sólo porque no ha alcanzado la persona la edad exigida para ese ingreso, constituye una infracción al acceso a la educación⁶².

- ii) Igualmente ha estimado que violenta el derecho a la educación que una entidad educativa tenga para un nivel lectivo específico, una cantidad determinada de estudiantes a quienes no les asegure el cupo para el nivel siguiente, si cumplen con los requisitos⁶³.
- iii) Del mismo modo la exclusión, así sea por agentes privados, de centros educativos por ocasión del estado de gravidez ha sido declarado como una violación al derecho a la educación, aunque tal violación no se ha estimado cuando los padres de la excluida se han negado a que a ésta se le apliquen las adecuaciones curriculares pertinentes⁶⁴.
- iv) Asimismo ha sido parte del estándar de interpretación de tal derecho la determinación tajante que en ningún caso el centro docente podrá retener información relativa al avance escolar del estudiante o documentos de acreditación, como medio para obtener el pago de las obligaciones económicas de los padres de familia con la institución⁶⁵. Dentro de las obligaciones estatales derivadas del derecho a la educación, además, la jurisprudencia constitucional ha destacado ampliamente la necesidad de las adecuaciones curriculares, incluso para el desarrollo de exámenes finales⁶⁶.
- v) Un muy importante caso que ilustra a la perfección lo antes dicho es el que trata de la acción de inconstitucionalidad dirigida contra varios Decretos Ejecutivos en el ramo de Educación Pública que buscaban la regulación de varias actividades de educación impulsadas por entidades privadas, en concreto que conceptualizaban la educación pri-

62 *Ibidem*, Voto 01471-2005, Considerando Jurídico III.

63 *Ibidem*, Voto 05004-2005, Considerando Jurídico IV.

64 *Ibidem*, Voto 12611-2005, Considerando Jurídico IV y V.

65 *Ibidem*, Voto 10940-2005, Considerando Jurídico III.

66 *Ibidem*, Voto 07627-2006, Considerando Jurídico III y IV.

vada como un servicio público, lo que se estimaba contrario inter alia con el principio constitucional de libertad de educación y con el derecho de los padres a disponer de la educación que hayan de recibir sus hijos, como derechos reconocidos mediante la Constitución Política de Costa Rica, así como por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

- vi) La Sala Constitucional comienza por reconocer que la libertad de enseñar es un derecho fundamental, porque la Constitución lo determina directamente así, y por ser incorporadas al ordenamiento jurídico costarricense mediante tratados pertenecientes al derecho internacional de los derechos humanos⁶⁷. Al respecto deduce que la libertad de enseñanza, como un contenido de «libertad», se bifurca en dos contenidos o sentidos que son correlativos, a saber: el derecho de aprender y la libertad de los particulares de de fundar, organizar, administrar y dirigir centros privados de enseñanza⁶⁸. De esta manera advierte que el “derecho de aprender” implica que el Estado no puede ejercer sobre la educación privada un control tal que implique identificarla o uniformarla, de hecho o de derecho, con las instituciones de enseñanza estatal⁶⁹. Ahí se enlaza con la necesidad para que los particulares gocen de libertad en el establecimiento y conducción de centros de enseñanza⁷⁰.
- vii) Destaca la Sala Constitucional que por ser un derecho fundamental no se requiere de una concesión estatal y que por tanto tampoco requiere de un permiso del poder público, de manera que la actuación de éste, frente a su ejercicio sólo inspeccionarlo, es decir, vigilar su ejercicio para garantizar, precisa y únicamente, el equilibrio armónico entre la libertad de educación del que la ofrece –educador– y la libertad de educación del que la recibe –educando–, así como fiscalizar su cumplimiento y eventualmente sancionar su incumplimiento⁷¹. Pero en la búsqueda de tal equilibrio se obliga el Estado, dentro de rigurosos lí-

67 *Ibidem*, Voto 3550-92, Considerando Jurídico V.

68 *Ibidem*, Considerando Jurídico VI.

69 *Ibidem*, Considerando Jurídico VII.

70 *Ibidem*, Considerando Jurídico VIII.

71 *Ibidem*, Considerando Jurídico X.b.

mites de razonabilidad y proporcionalidad, a exigir a los establecimientos privados de enseñanza requisitos y garantías mínimos de currículum y excelencia académica, de ponderación y estabilidad en sus matrículas y cobros a los estudiantes, de una normal permanencia de éstos en los cursos y a lo largo de su carrera estudiantil, del respeto debido a sus derechos fundamentales, en general, y de otras condiciones igualmente necesarias para que el derecho a educarse no se vea truncado o gravemente amenazado⁷².

- viii) De manera muy sustantiva la Sala Constitucional ha considerado y definido el núcleo esencial del derecho a la educación como sigue: “El Derecho a la Educación o libertad de enseñanza consagrado en el numeral 79 de la Constitución Política comprende, en su contenido esencial, un haz de facultades que atañen a cada uno de los sujetos que intervienen en el proceso educativo integral a que se refiere el ordinal 77 del mismo texto, esto es, los educadores, los educandos y sus padres de familia. Los educadores tiene el derecho de enseñar el cual se ostenta cuando el ordenamiento jurídico autoriza a un sujeto, después de haber cumplido una serie de recaudos de carácter sustancial y formal fijados por éste, para transmitir o facilitarle a otros sus conocimientos, experiencia, creencias y opiniones. Este derecho incluye, desde luego, la posibilidad de fundar, organizar y poner en funcionamiento centros de enseñanza privada. Desde el perfil de los educandos y de los padres de familia cuando los primeros son menores de edad, tienen el derecho de elegir a sus maestros de acuerdo con sus preferencias y expectativas, el que se traduce, preponderantemente, en la opción que poseen de elegir entre la educación estatal y la privada –y dentro de la última sus múltiples opciones–. Por último, los estudiantes poseen el derecho de aprender que radica en la posibilidad de adquirir los conocimientos, la experiencia, los valores y las convicciones necesarias para el pleno y digno desarrollo de su personalidad, con el único límite razonable derivado de la propia y personal capacidad intelectual y psíquica de cada educando. En nuestro ordenamiento constitucional, el derecho de aprender, por lo menos hasta cierto estadio, se configura, como un poder-deber, dado que, tal y como lo

72 *Ibidem*, Considerando Jurídico X.c.

prescribe el artículo 78, párrafo 1º, de nuestra Carta Magna “La educación preescolar y la general básica son obligatorias...”⁷³.

- ix) Igualmente ha señalado, desde la dimensión del servicio público, que es “como una prestación positiva que brindan a los habitantes de la república las administraciones públicas –el Estado a través del Ministerio de Educación Pública y la Universidades Públicas- con lo cual es un servicio público propio o los particulares a través de organizaciones colectivas del derecho privado –v. gr. fundaciones, asociaciones o sociedades– en el caso de las escuelas, colegios y universidades privadas, siendo en este caso un servicio público impropio. En este último supuesto hablamos de un servicio público impropio toda vez que los particulares –personas físicas o jurídicas- lo hacen sometidos a un intenso y prolijo régimen de derecho público en cuanto a la creación, funcionamiento y fiscalización de esos centros privados. Los servicios públicos, en cuanto brindan prestaciones efectivas vitales para la vida en sociedad deben sujetarse a una serie de principios tales como los de continuidad, regularidad, eficiencia, eficacia, igualdad y universalidad, los cuales, entratándose de los servicios públicos impropios se ven atenuados o matizados, sobre todo en cuanto el usuario opta por utilizarlos. Consecuentemente, el servicio público de educación, propio o impropio, no puede ser interrumpido o suspendido si no obedece a razones o justificaciones objetivas y graves, como podría ser, eventualmente, tratándose de la educación, la trasgresión por el educando del régimen disciplinario del centro de enseñanza”⁷⁴.
- x) A partir de esos elementos la Sala Constitucional ha determinado que la remoción o traslado de un profesor, sin la oportuna y adecuada sustitución es un incumplimiento de la debida continuidad que tiene que tener la educación, y por ello, violenta el derecho aludido⁷⁵.

2.2.7. Derecho a la constitución y protección de la familia

- i) En pocas ocasiones la Sala Constitucional costarricense ha tratado directamente la temática del derecho social a la constitución y protección de

73 *Ibidem*, Voto 11457-2005, Considerando Jurídico IV.

74 *Ibidem*, Considerando Jurídico V.

75 *Ibidem*, Voto 11524-2005, Considerando Jurídico V.

la familia. No obstante existen algunos muy interesantes pronunciamientos que redundan en la consideración de la exigibilidad, por vía judicial, de los derechos económicos, sociales y culturales.

- ii) En tal respecto, no obstante es necesario establecer que la relación entre políticas públicas migratorias y el derecho concernido, sí ha sido objeto de algunos pronunciamientos de la jurisdicción constitucional. La situación plantea el caso de un extranjero que goza de un permiso laboral temporal, el cual permanentemente le ha sido renovado, pero que luego de un cambio de administración y de políticas en el sector migratorio, la renovación de dicho permiso es negada, no obstante que las razones por las que se le entregó originalmente el permiso no habían cambiado. El extranjero posee una hija costarricense que depende de él. Al analizar la situación, la Sala Constitucional establece que la Constitución prodiga un deber especial del Estado por dar protección a la familia, y al mismo tiempo que tiene un deber de atención del interés superior del niño, y que eso lo debe obligar a evitar, hasta el máximo posible, la desintegración familiar y al mismo tiempo debe promover las condiciones necesarias para que gocen de la presencia permanente de la autoridad parental. Es por tal razón que en esa oportunidad sugirió que las políticas migratorias encontrarían un límite en el deber de protección familiar, señalando: “con una interpretación diversa a la literalidad de la norma y sin valorar la condición de padre de familia del amparado, que ha venido laborando merced a un permiso legítimamente expedido por el Estado costarricense, un cambio de “política pública” en materia de permisos de trabajo, le coloca en una situación de imposibilidad jurídica para llevar sustento a su familia y, desde luego, a su hija nacida en Costa Rica. El deber de protección del Estado a la familia y a la niñez, no puede ceder ante una torcida interpretación administrativa de una norma de inferior rango como el Reglamento a la Ley de Migración y Extranjería”⁷⁶.
- iii) Una posición similar observó la Sala Constitucional con relación a las medidas de deportación de extranjeros que se encuentran en situación migratoria irregular, y que poseen hijos costarricenses, destacando que en tales circunstancias prevalece el derecho de los hijos de mantener

76 *Ibidem*, Voto 02061-2003, Considerando Jurídico IV.

la presencia de sus padres y que la familia goce de protección, por encima de la atribución de la Administración Pública de ordenar tales deportaciones⁷⁷.

- iv) En una oportunidad, además, una extranjera casada con costarricense, cuya deportación había sido ordenada, luego de haber sido notificada de esa orden, presentó su solicitud de residencia por vínculo en primer grado con costarricense, la que fue declarada improcedente por la autoridad migratoria con base en la orden de deportación previamente emitida. En el razonamiento de la Sala Constitucional existe prevalencia del derecho a la unificación familiar por encima de las facultades de la Administración Pública, ordenando en tal oportunidad que se procesara su solicitud de residencia “con el fin de regularizar su situación migratoria al haberse constatado por esta Sala su vínculo matrimonial con un nacional”⁷⁸.

2.2.8. Derecho de la niñez

- i) En un caso de agresión sufrida por dos niños, por parte de su maestra titular, la Sala ha estimado que el Patronato Nacional de la Infancia debe siempre ser notificado del procedimiento administrativo o judicial que se sigue, para que actúen en defensa del interés superior del niño, con independencia de lo que oportunamente puedan realizar sus padres⁷⁹.
- ii) Considerando la necesidad de proveer protección adecuada a los niños y niñas adoptables, se ha estimado que no riñe con la prohibición de discriminación, el establecimiento de una edad mínima para adoptar, que sea mayor que la edad de adquisición de la capacidad para el ejercicio de derechos civiles y políticos⁸⁰.
- iii) La separación de un niño respecto de su familia, si éste se encuentra en condiciones de abandono, ha sido estimado como una forma de proteger y garantizar su interés superior, tomando en consideración información objetiva sobre el riesgo social en el que se encuentran los menores, lo que

77 *Ibidem*, Voto 11514-2002, Considerando Jurídico I.

78 *Ibidem*, Voto 11259-2002, Considerando Jurídico IV y Punto Resolutivo.

79 *Ibidem*, Voto 11224-2002, Considerando Jurídico VI.

80 *Ibidem*, Voto 12994-2001, Considerando Jurídico IX. En idéntico sentido: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 00478-2002, Considerando Jurídico I.

debe tramitarse y probarse en sede judicial para que la separación sea procedente⁸¹.

- iv) La Sala Constitucional ha dispuesto que el Patronato Nacional de la Infancia funciona como una garantía institucional para el cumplimiento del deber estatal de protección especial que tiene éste frente a los niños y las niñas. Es así como estimó que el incumplimiento en la asignación de los recursos para dicha entidad lesiona las posibilidades de hacer efectivo el derecho constitucional del que gozan todos los niños y las niñas en situación de riesgo o desamparo⁸².
- v) Igualmente la Sala Constitucional ha llegado a estimar que el retiro de la patria potestad de una persona que ha renunciado a su derecho de reconocer a sus hijos, hasta el grado que ha sido necesario una acreditación administrativa de dicha paternidad, en su ausencia, en función de su negativa, no violenta la Constitución, pues se trata de un resultado y un tratamiento diferenciado, justificado en la persistencia de dicha negativa.

2.2.9. Protección a los ancianos y de los minusválidos

- i) La Sala Constitucional ha reconocido que las personas adultas mayores son titulares de un derecho fundamental a gozar de igualdad de oportunidades, lo que es válido igualmente para las personas con necesidad especiales⁸³.
- ii) En el mismo sentido ha reconocido que la Declaración de Cartagena de Indias sobre Políticas Integrales para las Personas con Discapacidad en el Área Iberoamericana son igualmente aplicables a las personas adultas mayores⁸⁴.

2.2.10. Derecho al agua y a los servicios públicos relacionados

- i) La Sala Constitucional costarricense, además, ha dado reconocimiento a derechos que en el derecho internacional comienzan apenas a abrirse

81 *Ibidem*, Voto 05526-2001, Considerando Jurídico III. En idéntico sentido: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 05661-2001, Considerando Jurídico I.

82 *Ibidem*, Voto 02075-2001, Considerando Jurídico II.

83 *Ibidem*, Voto 02268-2006, Considerando Jurídico IV.

84 *Ibidem*.

camino, como el caso del derecho al agua potable.⁸⁵ Y en general respecto de los servicios públicos ha indicado la existencia de un derecho a los servicios públicos, interpretando que ese derecho fundamental a los servicios públicos no tenga exigibilidad concreta; por el contrario, cuando razonablemente el Estado deba brindarlos, los titulares del derecho pueden exigirlos y no pueden las administraciones públicas o, en su caso, los particulares que los presten en su lugar, escudarse en presuntas carencias de recursos, que ha sido la secular excusa pública para justificar el incumplimiento de sus cometidos⁸⁶.

- ii) Ha destacado igualmente la jurisprudencia que aunque la construcción de viviendas se haya realizado con incumplimiento de las normas y permisos de construcción, eso no justifica que la autoridad correspondiente (del orden municipal) niegue el acceso al agua potable⁸⁷.
- iii) En ese mismo orden de ideas ha determinado que la desconexión del servicio público esencial al agua potable no puede realizarse si previamente la autoridad pública no ha establecido una fuente pública de abastecimiento para que las personas que serán afectadas puedan proveerse de ese líquido, sin ocasionar daños a la salud pública⁸⁸.
- iv) En la prestación de tal servicio, igualmente, el agua contaminada cuando se destina para el consumo humano es una violación al derecho a la salud⁸⁹.
- v) En general, tratándose del acceso al agua potable y a los servicios públicos, la jurisprudencia costarricense ha determinado que no se puede solicitar la prestación de servicios en cualquier ocasión o lugar, sino que ello debe estar mediatizado conforme a la posibilidad material de su prestación por parte del Estado⁹⁰.

85 *Ibidem*, Voto 12263-2004, Considerando Jurídico II.

86 *Ibidem*, Voto 04654-2003, Considerando Jurídico II.

87 *Ibidem*, Voto 02268-2006, Considerando Jurídico III. En este mismo caso se consideró, además, que los impetrantes del recurso al ser adultos mayores, debían recibir una protección especial del Estado que incluía el acceso al agua potable.

88 *Ibidem*, Voto 04654-2006, Considerando Jurídico IV.

89 *Ibidem*, Voto 04798-2006, Considerando Jurídico III.

90 *Ibidem*, Voto 05107-2006, Considerando Jurídico II.

2.2.11. Derecho a la vivienda

Con relación al derecho a la vivienda, la Sala Constitucional no ha configurado su contenido constitucional, sin embargo, ha podido establecer que sí existe un derecho a gozar de tranquilidad en la casa de habitación, lo que se encontraba violentado por la realización de una feria semanal en la que agricultores de distintas regiones de Costa Rica se presentaban a la misma, generando importantes desechos e incomodidades a los vecinos⁹¹.

3. Conclusiones

La jurisdicción constitucional de Costa Rica no se encuentra imbuida de cierta tendencia a reconocer diferencias entre los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos, en términos de su justiciabilidad o reclamación por vía judicial. Si bien el presente documento no implica un análisis exhaustivo del universo de la jurisprudencia constitucional sobre la materia – absolutamente imposible de realizar por su abultada cantidad– representa, no obstante, un estudio bastante detallado sobre las tendencias en este ámbito.

Sin duda alguna el reconocimiento anterior de la justiciabilidad de tales derechos, es el hallazgo más importante que se puede resaltar. Uno de los aspectos más curiosos al respecto es que en la enorme mayoría de los casos se trató de demandas de amparo individualmente presentadas por personas que se llegan a asentar afectadas por acciones u omisiones concretas, y esa forma de reclamación individual, no obstante, jamás fue empleada por la jurisdicción constitucional para limitar el acceso a la justicia respecto de derechos económicos, sociales y culturales. Esto sirve para abonar en la tesis de los derechos aludidos no son derechos cuya titularidad corresponda a una colectividad, sino que la titularidad de los mismos es individual, como también sucede con los derechos civiles y políticos.

Otro de los aspectos que se debe destacar con relación a la jurisprudencia constitucional en materia de derechos económicos, sociales y culturales es que prácticamente todos los ámbitos de los derechos concernidos han sido

91 *Ibidem*, Voto 01963-2006, Considerando Jurídico II.

abordados, es decir, que si tales derechos han impuesto al Estado obligaciones positivas o negativas, ello no ha sido óbice para impactar negativamente en términos del acceso a la justicia en la tutela de tales derechos. En este sentido, cuando la Sala Constitucional ha tenido que ordenar medidas específicas, incluyendo de entrega de fondos públicos a instituciones estatales destinadas a realizar acciones concretas con relación a alguno de los derechos económicos, sociales y culturales, lo ha ordenado de esa manera, sin sentirse limitada a hacerlo en función de argumentos inhibitorios de dicha competencia.

La experiencia costarricense pone de manifiesto que la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es algo que no debe ponerse en discusión. La Sala Constitucional de Costa Rica no ha hecho discernimiento alguno para excluir a estos derechos, o a una parte de ellos, de las posibilidades de ser llevadas a la justicia constitucional, cuando el conflicto de intereses que subyace en él es planteado adecuadamente desde la perspectiva de un conflicto de pretensiones constitucionalmente relevantes. Esto es un ejemplo que evidencia que cualquier diferencia entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, en términos de su justiciabilidad, es esencialmente artificial, y no depende de la naturaleza de los derechos.

Esto último es igualmente extensible hacia el comportamiento del sistema interamericano. Tomando en consideración el carácter subsidiario de la protección internacional de derechos humanos, frente a la protección doméstica, resultaría un contrasentido pretender que la subsidiaria ejerza un estándar menor que la protección directa, en especial cuando esta relación de subsidiariedad se analiza a partir de la perspectiva del principio *pro homine*. El principio *pro homine* es un principio que se encarga de gobernar *inter alia* las relaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, en función del cual debe prevalecer, en caso de conflicto, aquella que tenga el mayor ámbito o rango de protección. En tal sentido, una consideración teleológica del sistema interamericano, que persigue la protección de los derechos humanos en el defecto de los Estados, obliga necesariamente a que el sistema interamericano se abra hacia los estándares nacionales si ellos son más amplios que los establecidos internacionalmente —no otro sentido puede atribuirse, v. gr., al artículo 29.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que obliga a interpretar dicha Con-

vención sin perjuicio de los derechos reconocidos en un Estado Parte de la misma, mediante otras fuentes internacionales o nacionales de Derecho; debe entenderse que la enumeración de dichas fuentes en ese artículo es *numerus apertus* con propósitos meramente ilustrativos y no exhaustivos—.

Lo anterior debe conducir a concluir, igualmente, que cualquier *self-restraint* que exceda los límites de la formulación lingüística de las normas sobre competencia del sistema interamericano es una afectación al estándar de protección. Si los derechos económicos, sociales y culturales no se encuentran expresamente excluidos de las normas sobre competencia *ratione materiae* de los órganos del sistema interamericano, la interpretación y la práctica de los mismos no deberían excluir las obligaciones de esta materia de su conocimiento como violaciones autónomas, como hasta el momento, bajo diferentes argumentos ha sucedido.

Los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos

Ramiro Ávila Santamaría

Introducción. 1. Los derechos sociales en los Estados Unidos. 2. La Corte Warren y el movimiento de derechos civiles. 3. El caso *Brown v. Board of Education* y el derecho a la educación. 4. Los avatares de los derechos sociales por medio de la cláusula “igual protección de la ley”: 4.1. Expansión de derechos. 4.2. Restricción de derechos. 5. La lucha por los significados y el legado de la Corte Warren. Bibliografía.

Introducción

La Corte Suprema de los Estados Unidos, desde el caso *Marbury contra Madison*, en 1803, asumió la competencia de controlar constitucionalmente los actos del poder público. Desde ahí se tiene una imagen de una Corte poderosa, ejemplar, progresista, sabia, respetable, única, digna de ser emulada. También, después de la expedición de uno de los más famosos precedentes, considerado como el más importante caso en la historia de la Corte¹, el caso *Brown versus Board of Education*, se tiene la idea de que los derechos sociales han tenido cabida en las decisiones de la Corte. Finalmente, se cree que por

1 Melvin Urofsky, “Racial discrimination and preference” en David Bearinger, *The bill of Rights, the courts and the law*, third edition, 1999, pp. 182.

el mentado *american dream*, en los Estados Unidos, país sin duda de los más ricos del mundo, se tienen todos los derechos sociales satisfechos. La verdad es que, si uno se acerca un poco a la realidad de la Corte y de los Estados Unidos, hay más mitos que verdades.

En primer lugar, la Corte a lo largo de la historia ha sido –como la denominó Jefferson²– la rama más débil comparándola con la ejecutiva y la legislativa, por no tener el control sobre la fuerza ni disponer directamente recursos del estado³. En segundo lugar, los derechos sociales en los Estados Unidos no tienen reconocimiento legislativo ni tampoco han merecido la atención sostenida y coherente de las Cortes; los casos sobre derechos sociales, exigidos por medio de lo que se denomina como enfoque indirecto (utilización de normas procesales para proteger los derechos sociales⁴), han invocado la famosa enmienda catorce denominada *Equal protection of law*, y han sido extraordinarios. La excepción que confirma la regla, y que es la que crea el mito, se llama Corte Warren. Finalmente, según se desprende de los informes de Naciones Unidas, en Estados Unidos existen datos sobre violaciones a los derechos sociales que se manifiestan, por ejemplo, en la extrema pobreza de un gran sector de la población y en la falta de acceso de éstos a servicios públicos básicos.

En este ensayo apreciaremos, en el acápite primero sobre los derechos sociales en los Estados Unidos, el panorama general de los derechos sociales y sobre las posibilidades de exigibilidad por medio de la Constitución norteamericana; constataremos, con datos que podrían considerarse suficientes aunque no exhaustivos, que los sistemas de salud, educación, seguro social, vivienda y de otros derechos sociales, no son los más adecuados y que, más bien, arrojan cifras de lo que se podría denominar, desde la perspectiva de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, violaciones a los derechos sociales. En la segunda parte, como una luz en medio de la sombra, destacaremos a la Corte denominada como Warren –por ser el Juez que la encabezaría en su etapa más progresista y sin duda única en la historia de los

2 Hamilton, Alexander, Madison, James and Jay John, *The Federalist*, Barnes & Noble Classics, 2006, N.78, p. 427.

3 Lucas A. Powe Jr, *The Warren Court and american politics*, Belknap Harvard, 2000, p. xi.

4 Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Quito, 2003, p. 216.

Estados Unidos— para judicializar lo que podríamos denominar justicia social. En este acápite hablaremos algo sobre su conformación, su jurisprudencia más relevante y el legado histórico a la jurisprudencia norteamericana. Actualmente podríamos afirmar que lo conseguido por la Corte Warren ha sido práctica y progresivamente dismantelado por las Cortes que le sucedieron. En tercer lugar, analizaremos el caso más importante de la jurisprudencia norteamericana, que ha influido en las políticas públicas y hasta en la vida cotidiana de los Estados Unidos, que es el caso *Brown*. Relataremos los antecedentes, las vinculaciones con los movimientos sociales, los presupuestos de hechos, la sentencia y su impacto político y social. En un cuarto acápite, como para demostrar que la Constitución está íntimamente vinculada, al igual que el Derecho, a la ideología, describiremos los avatares de la interpretación de la cláusula catorce, que en un momento expandió derechos y, en otro, los restringió. Finalmente, como conclusión, resaltaremos los factores que hicieron a la Constitución como un campo de disputa de significados a favor de los derechos sociales.

Lo que pretendemos demostrar en este ensayo es que cuando los jueces asumen un compromiso con los derechos del “buen vivir” y la justicia social, existen los mecanismos y la posibilidad de hacerlo. La Corte Warren sin duda es un ejemplo de corte activista comprometida con los sectores más vulnerables de los Estados Unidos. Su legado jurídico y político no sólo que debe inspirar a los jueces de los Estados Unidos, sino a los jueces de la región y, en particular, a los del Ecuador.

Este ensayo tiene algunas limitaciones, que conviene advertirlas para evitar falsas expectativas. La primera es que, dado que el sistema jurídico norteamericano es complejo, sólo trataremos la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y no la jurisprudencia de las máximas cortes estatales⁵; tampoco se aborda el tema de los desarrollos legislativos a nivel estadual. La segunda, que también tiene que ver con la abundante jurisprudencia y doctrina sobre la corte producida en los Estados Unidos, es que hemos analizado la jurisprudencia que algunos autores destacan como la más importante y que tiene que ver con la Corte Warren; esto último porque en

5 El sistema judicial norteamericano es, como todo el sistema político, federal. Existen dos sistemas judiciales, uno estatal y otro federal. Cada estado tiene su corte suprema, y los Estados Unidos tiene, a nivel federal y por todo el país, una Corte Suprema.

los años setenta y por obra de las cortes post-warren se cerró la posibilidad de la intervención judicial en políticas públicas bajo interpretaciones conservadoras de la Constitución por parte de la Corte Suprema. Finalmente, analizar y valorar a un país, una Corte y su jurisprudencia, siempre es una labor bastante audaz y riesgosa, en particular cuando se la hace desde fuera de los Estados Unidos y sin ser un especialista sobre el tema; puede, por tanto, existir errores y hasta superficialidades. Pese a ello no quiero desmotivar al lector o lectora. Lo que he investigado y plasmo en este ensayo pretende ser una breve introducción a un sistema que siempre le hemos visto desde lejos, dar luces sobre posibles investigaciones y, sobre todo, demostrar que exigir derechos sociales en circunstancias tan adversas como en los Estados Unidos es posible.

1. Los derechos sociales en los Estados Unidos

Estados Unidos, a propósito de una propuesta de presidente Obama para reformar el sistema de salud⁶, se encuentra debatiendo sobre el problema de la salud pública. Obama afirma que 47 millones de personas que viven en los Estados Unidos no tienen cobertura alguna en salud, que 14 000 personas, por lo elevado de los costos de cobertura de salud privada, dejan de tener protección diariamente, que los seguros privados, cuando la enfermedad es grave y costosa, no cubren los gastos necesarios, como tampoco cubren los gastos de salud preventiva⁷. El Presidente norteamericano sostiene, además, que este problema, junto con los problemas de vivienda, con la poca cantidad —comparando con otros países— de personas graduadas en el sistema de edu-

6 New York Times, “Obama fifth news conference” (transcript), 22 de julio 2009, Internet, http://www.nytimes.com/2009/07/22/us/politics/22obama.transcript.html?_r=1, Acceso: 23 julio 2009. Obama sostiene que de los impuestos pagados, las dos terceras partes se van en cubrir los gastos de la salud privada y que esto hace que la salud sea la más cara y no necesariamente la mejor en comparación con muchos países, que con menos dinero tienen más calidad. Los impuestos, en suma, no están rindiendo de forma adecuada.

7 El problema de salud, desde otra perspectiva, ha sido analizado por Michael Moore, en su documental *Sicko*, que concuerda con el diagnóstico realizado por el Presidente. Sobre más testimonios con relación a lo denunciado por Moore en cuanto a las deficiencias del sistema de salud, véase <http://www.michaelmoore.com/sicko/blog/>, Acceso: 23 julio 2009.

cación, la falta de trabajo y los déficit de cobertura en los seguros de desempleo, está afectando a la economía del país, y que, simplemente, los Estados Unidos no están listos para ser un país competitivo en el siglo XXI y que una reforma en el sistema de salud es central en su gobierno.

No quiero abundar con datos, que siempre son aburridos, particularmente para juristas no habituados a los números, pero sólo quiero mencionar algunos para demostrar que en derechos humanos un gran grupo de gente no vive su “sueño americano”. Usaré, por considerar que tienen autoridad e imparcialidad, algunos datos producidos en sede de Naciones Unidas sobre los Estados Unidos⁸. Argun Sengupta, experto independiente sobre extrema pobreza, en su informe remitido a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁹, afirma que los índices de pobreza y extrema pobreza son altos comparados con otros estados ricos; por señalar un par de cifras: aproximadamente el 30% de la población afroamericana vive en barrios en los que están excluidos de gozar condiciones adecuadas de vivienda, educación, salud, trabajo y transporte; 38,2 millones de personas viven en condiciones de inseguridad alimentaria; se estima que existen 3,5 millones de personas que no tienen casa ni familia (*homeless*)... las cifras podrían continuar, pero me detengo con una historia de vida, recogida por el mismo experto, que sintetiza la vida y las dificultades por las que atraviesan muchas personas en los Estados Unidos:

Soy Jean Rice, un ciudadano americano, nacido en 1939 en Carolina del Norte... soy una de las millones de personas residentes en Estados Unidos que estamos en lo más bajo desde hace 25 años... estamos en un estado de sitio que es como vivir un terrorismo doméstico. Para sobrevivir, recojo latas, pero sólo para sobrevivir, que es mi ingreso actual, todavía con ese ingreso no puedo alcanzar a satisfacer el costo de mis necesidades básicas, como tener una vivienda... Ser un homeless significa que uno está forzado a llevar una vida de sobrevivencia como dormir

8 Todos los informes producidos por diferentes agencias relacionados a los derechos humanos en los Estados Unidos se los encuentra en <http://www.ohchr.org/SP/Countries/ENACARegion/Pages/USIndex.aspx>.

9 Sengupta, Argun, experto independiente sobre Derechos Humanos y pobreza, “Reporte sobre la misión a los Estados Unidos entre el 24 de octubre y 4 de noviembre del 2005”, presentado el 26 de marzo del 2006, Internet, <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/122/70/PDF/G0612270.pdf?OpenElement>, Acceso: 23 julio 2009.

en espacios públicos y usar los baños públicos. Algunos actos, que quienes no son homeless lo hacen con impunidad, como beber en espacios públicos, es un factor de criminalización... Usualmente recojo latas y gané 12 dólares al día... busco alimentos en la basura y duermo entre cartones. El peor escenario es cuando soy victimizado por la policía que, arbitrariamente, confisca mis latas, mi trabajo y me arresta... entonces estoy excluido de vivienda, trabajo y de votar.

Una de las situaciones que más me han llamado la atención de los Estados Unidos, en el verano, era ver personas que “vivían” en las bancas de los parques. Resultaba chocante estudiar en una de las universidades con mayores recursos económicos, en medio de tanta pobreza¹⁰. Podría continuar con los datos y seguir mencionando las terribles circunstancias de vida de los inmigrantes, de las cárceles, de los barrios marginales y hasta de las películas que esto reflejan. Por estas razones, se podría afirmar que “la democracia constitucional es realmente imposible aquí, como en cualquier otro lugar, sin que se pongan límites a la privación de derechos sociales y económicos... los básicos preceptos constitucionales son un engaño cuando permite tales inequidades salvajes como en los Estados Unidos”¹¹.

Ahora bien, dicho lo anterior que pretendía desmitificar el *american dream*, volvamos con el derecho. Las violaciones a los derechos humanos, como las descritas, se enfrentan desde dos perspectivas: la una estatal, mediante (1) la adopción de normas jurídicas, (2) definición y aplicación de políticas públicas, y (3) la justiciabilidad judicial; la otra social, por medio de los movimientos de derechos humanos, que contribuyen directamente a satisfacer derechos o promover un rol efectivo de parte del estado. Veamos la perspectiva estatal.

10 Columbia University está localizada en un barrio llamado Morningside Highs, que algún día fue Harlem; de hecho limita con Harlem y ahí uno puede ver, sólo cruzando calles, los grandes contrastes entre riqueza y pobreza, ninguna diferencia a lo que estamos acostumbrados a ver en nuestras ciudades latinoamericanas. Los *homeless* estaban en todas las bancas del East River Park. De igual modo, y quizá más dramático, chocaba ver *homeless* durmiendo en los puentes de la ciudad de Austin.

11 Forbath, William E., “Social and economic rights in the american grain”, en Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009, p. 56 (traducción libre).

(1) En cuanto a las normas jurídicas adoptadas por los Estados Unidos, a nivel federal, la Constitución de dicho país no reconoce los derechos sociales explícitamente en ninguna de sus enmiendas. Se sostiene que los “padres fundadores” de los Estados Unidos –al igual que todos los revolucionarios liberales del siglo XVIII– sólo se preocuparon de los derechos que tenían relación con sus necesidades para su sobrevivencia y que estaban relacionados con la libertad de contratación y con la propiedad¹². Este régimen liberal se reeditó a principios del siglo XX, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió que la propiedad y la libertad de contrato eran tan importantes que cualquier ley social (ley que protegía salud de panaderos) lo cual era una interferencia irracional, innecesaria y arbitraria en la libertad de comercio (*Lochner era*)¹³.

Las necesidades de sociedades urbanas e industrializadas hacían necesario una actualización en las enmiendas. El presidente Truman, en 1954, intentó hacer una enmienda –que jamás se ha realizado– para introducir los derechos sociales, en particular el derecho a una atención en salud y a una protección adecuada de las personas adultas, enfermas, desempleadas, que se denominó “*Economic bill of rights*”, y que no tuvo éxito alguno. Sin embargo, se aprobaron importantes leyes, como el *Social Security Act*.

Si nos referimos a los compromisos internacionales, Estados Unidos es famoso por no comprometerse internacionalmente mediante la ratificación de tratados internacionales¹⁴ y mucho peor de la aceptación de la competencia de organismos internacionales para la supervisión de compromisos. Como es fácil deducir, Estados Unidos no ha ratificado el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales (DESC)¹⁵.

(2) Con relación a las políticas públicas para promover los DESC, nos podemos remontar a los años 30, cuando el presidente Franklin D. Roosevelt promovió políticas económicas –que se le denominó el “*New Deal*”–

12 *Ibidem*, p. 55.

13 *Lochner v. New York*, 198 US (1905).

14 Sobre el estado de las ratificaciones de los Estados Unidos a las convenciones de derechos humanos, ver <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/newbustatusbycountry?OpenView&Start=1&Count=250&Expand=187#187>, Acceso: 23 julio 2009.

15 Estados Unidos suscribió el Pacto el 5 de octubre de 1977.

que se caracterizaron por una intervención notable del estado en la economía para superar la crisis de 1929; y a las políticas implementadas por el presidente Lyndon Johnson, que declaró la guerra contra la pobreza, afirmando que ésta es un síntoma que se produce por la falta de educación, formación, atención médica, vivienda, de comunidades decentes en donde vivir y criar a los niños y niñas. Actualmente existen numerosos programas y políticas para garantizar los DESC¹⁶, que se caracterizan por no tener una cobertura universal y por ser subsidiarios a la cobertura dada por el sector privado. En palabras de un tratadista, el sistema de seguridad social es miserable, racializado y diseñado para asistir a pobres¹⁷.

(3) Finalmente –y es la intervención estatal que nos interesa en este libro y este ensayo– la judiciabilidad de los DESC. Mencionamos que existen dificultades reales para que esto suceda en los Estados Unidos porque no existen derechos sociales formal y positivamente reconocidos. Esta dificultad se superaría por la estrategia de litigación que se denomina indirecta, que requiere de juezas y jueces creativas, activistas y comprometidas. Nos detendremos un instante en esta litigación indirecta. Esto quiere decir que, cuando no existen derechos reconocidos o cuando, estando reconocidos, no son aceptados por las juezas y jueces como justiciables, se tiene que hacer un esfuerzo por integrar el contenido de los derechos sociales en los derechos civiles; por ejemplo, en lugar de invocar directamente el derecho a la salud, recurrir al derecho a la vida, o el debido proceso en lugar de la educación, o la prohibición de no discriminación por la seguridad social. Esto es precisamente lo que sucedió una época en los Estados Unidos y que, lamentablemente, ha

16 Argun Sengupta, experto independiente sobre Derechos Humanos y pobreza, Reporte sobre la misión a los Estados Unidos, E/CN.4/2006/43/Add.1, pp. 7 y ss. Existen, según el informe del experto, 80 programas oficiales, a los que se puede acceder si se cumplen determinados requisitos de admisión. Entre los programas se puede mencionar: asistencia para familias necesitadas, programas de crédito, suplemento de ingresos para seguridad, programas de alimentación, suplementos de nutrición para mujeres y niños, ayuda médica federal y estatal, aseguramiento de salud para niños y niñas, programa habitacional para personas muy pobres. Entre los múltiples programas existentes, con coberturas no universales, resulta difícil comprender y aplicar para uno de éstos, según observa el experto de ONU (párrafo 21).

17 Forbath, William E., “Social and economic rights in the american grain”, en Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009, p. 58.

dejado de acontecer desde los años setenta hasta nuestros días. En los Estados Unidos se logró, al menos en un período destacable de su historia judicial, exigir derechos sociales mediante la enmienda catorce, que trata sobre la protección de la igualdad, conocida como *equal protection of law*. En lo que sigue, para demostrar la posibilidad de jueces activistas en contextos adversos, trataremos sobre la Corte Warren en primer término y, luego, el caso considerado como el más importante e incontrovertible de la Corte Suprema: el caso *Brown*.

2. La Corte Warren y el movimiento de derechos civiles

La Corte Warren, que ha sido reconocida como aquella que inició “un único y revolucionario capítulo en la historia constitucional americana (...) y que transformó la doctrina americana constitucional y, además, afectó profundamente a la sociedad americana”¹⁸, tuvo dieciséis años de influencia, entre 1953 y 1969, y toma este nombre por su presidente, Earl Warren. Para nosotros esta corte representa el ejemplo de lo que podría ser una corte activista, en el sentido de impulsar la exigibilidad de derechos sociales.

Se puede afirmar que los jueces no son seres ajenos a la sociedad ni a la historia. Hay jueces que tienen la sensibilidad y la sabiduría para adaptarse a los contextos históricos y a las luchas sociales. La Corte Warren fue de aquellas que pudo sintonizar con el movimiento de derechos civiles.

Se considera, por otro lado, que el movimiento de derechos civiles comienza públicamente cuando en 1955 Rosa Parks se rehusó a ubicarse en la sección de negros en un bus de transporte público en Montgomery, Alabama. El movimiento liderado por Martin Luther King logra conquistas significativas, como la concentración masiva en Washington cuando pronunció su famoso discurso denominado “I have a dream” y la expedición, en 1964, de la ley sobre derechos civiles; en 1965, la ley sobre el derecho al voto, y en 1968, la ley sobre vivienda justa. Las tácticas del movimiento iban desde tomas pacíficas de espacios públicos hasta movilizaciones en masa, promoviendo el respeto a la Constitución pero la desobediencia a las leyes injustas.

18 Horwitz, Morton J., *The Warren Court and the pursuit of justice*, Hill and Wang, 1999, p. 3.

Además, sin ser menos importante, comenzaron a realizar lo que ahora llamaríamos litigios estratégicos ante las Cortes. En este punto es donde converge el movimiento de derechos civiles con la Corte Warren.

El primer caso paradigmático resuelto por la Corte y promovido por el movimiento, como se explica en el siguiente acápite, fue el caso *Brown* (1954), por medio del cual se asestó un duro golpe contra la segregación racial. Le siguieron varios casos.

La *National association for the advancement of colored people* (NAACP), una de las organizaciones más importantes en la lucha por los derechos civiles, estaba siendo perseguida por agentes gubernamentales, que tenían listas de sus miembros. En el caso *NAACP v. Alabama* (1958), la Corte Suprema garantizó el libre ejercicio del derecho de asociación de la NAACP y determinó que las listas que mantenían agencias de policía eran ilegales. De igual modo en el caso *Shelton v. Tucker* (1960) estableció que los profesores de instituciones públicas no debían declarar a qué organizaciones pertenecían. En el caso *NAACP v. Button* (1963) se estableció que no era ilegal la motivación que hacía la organización para encontrar gente que quisiese demandar contra el estado.

Uno de los casos más importantes, por ser un precedente sobre la libertad de expresión no sólo en Estados Unidos sino en el mundo entero, tenía que ver también con el movimiento de derechos civiles: el caso *New York Times v. Sullivan* (1964) por el que la policía de Montgomery enjuició al New York Times por publicar un comunicado en el que se sostenía que Martín Luther King era víctima de abusos por parte de la policía. La Corte sostuvo que la libertad de expresión, en un sistema democrático, es un derecho que se puede ejercer aún contra la honra de funcionarios públicos, salvo que exista real malicia en la difusión de la expresión¹⁹. Este caso es considerado como uno de esos raros casos de la lucha por los derechos en los que la Corte Suprema simpatizó con la crítica contra el gobierno²⁰.

En el caso *Bell v. Maryland* (1964) la Corte consideró que las condenas penales por entrar en propiedad privada no fueron constitucionales en el contexto de manifestaciones públicas pacíficas. Esta resolución dividió a la

19 *New York Times v. Sullivan* 376 US 254 (1964), en David Bearinger, *The bill of Rights, the courts and the law*, third edition, 1999, p. 52.

20 Horwits, Morton J., *op. cit.*, p. 37.

Corte liberal (el juez Black, demócrata, votó junto con los magistrados republicanos). De igual modo, en el caso *Brown v. Louisiana* la Corte decidió que una protesta contra la segregación en los servicios de una biblioteca pública era constitucional.

El apoyo público y social a la Corte poco a poco fue decreciendo, debido a que en los años sesenta la atención pública y el movimiento de derechos civiles se dirigió hacia la guerra de Vietnam. Por eso se explica que en casos como *Adderley v. Florida* (1966) la Corte confirme la condena de 32 estudiantes que protestaban pacíficamente fuera de una universidad por la segregación racial, cuando la policía arrestó a otros estudiantes afroamericanos.

Sin embargo, la Corte siguió promoviendo fallos en los que se combatió la segregación y la injusticia. Por ejemplo, el famoso caso *Miranda v. Arizona* (1966) en el que se limitó el poder de la policía y se establecieron los derechos que ahora se conocen como debido proceso en la privación de libertad (*Miranda's rights*)²¹ y el caso *Loving v. Virginia* (1967), en el que se declaró inconstitucional las leyes que prohibían en Virginia el matrimonio interracial.

Este período histórico, y hasta ahora no repetido en los Estados Unidos, demuestra que un movimiento de derechos civiles es imprescindible en la lucha y conquista judicial de derechos, y que una Corte progresista requiere, para legitimar su actuación, de un movimiento social organizado; por ello no es exagerado cuando se afirma que “el movimiento de derechos civiles se tomó las calles para cuestionar las prácticas sociales —después del Caso Brown—... y estos individuos eran los soldados de pie de la Corte”²².

3. El caso *Brown v. Board of Education* y el derecho a la educación²³

El caso Brown hay que entenderlo en su contexto histórico y normativo.

Hay que recordar que las enmiendas del siglo XIX surgen después de la Guerra Civil y que fueron diseñadas para abolir la esclavitud y proteger a todas las personas que se consideraron como libres. Sin embargo, la

21 *Miranda v. Arizona* 384 US 436 (1966), en David Bearinger, *The bill of Rights, the courts and the law*, third edition, 1999, p. 137.

22 Owen, Fiss, *The law as it could be*, New York University Press, 2003, p. 244 (traducción libre).

23 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 US 294 (1954).

Corte Suprema dio el alcance más restringido posible a estas normas, particularmente en el caso conocido como *Slaughterhouse Cases* (1873), que eliminó prácticamente la protección constitucional para quienes fueron esclavos, y el caso *Plessy c. Ferguson* (1896)²⁴ que interpretó la enmienda catorce en el sentido de permitir la segregación racial bajo el principio de “*equal but separate*”.

El caso *Plessy* merece cierto detalle. En junio de 1892, Homer A. Plessy compró un pasaje de tren para viajar de New Orleans a Covington, Louisiana, se sentó en el vagón que correspondía sólo a blancos. Las autoridades le pidieron que se traslade al vagón de afroamericanos, por considerar que no era blanco, y Plessy se negó. Plessy fue detenido y trasladado a la cárcel de New Orleans. En el juicio se determinó que Plessy tenía un octavo de sangre negra y que la detención fue legal. Plessy argumentó, ante la Corte Suprema, que se violó la enmienda catorce y que se le trató como una persona inferior al separarlo del vagón de blancos. El fiscal general sostuvo que separar a blancos y negros no significaba tratar como inferior a los segundos sino que simplemente se estaba cumpliendo la ley y el principio que determina que siendo iguales hay que tratarlos diferente. La Corte determinó que el trato distinto no destruye el principio de igualdad. La Corte confirmó la sentencia contra Plessy (25 dólares de multa y 20 días de cárcel), reafirmando así, en términos obligatorios, la doctrina del “*equal but separate*”. Hubo una opinión disidente, la del juez John Marshall, que predijo –como todo buen voto salvado– la doctrina opuesta: la Constitución no tiene color y no tolera ni distingue entre ciudadanos, la decisión es perniciosa, estimulará la violencia entre grupos y la creencia de que es posible, incluso a través de actos del estado, anular los beneficios de los derechos establecidos en la Constitución²⁵.

La Corte Suprema avaló entonces, con sus interpretaciones, el sistema de vida del sur de los Estados Unidos, que se basó en la discriminación (“*Southern way of life*”). Esto en la práctica significó ser tolerante con la distinción y en la segregación entre blancos y afroamericanos en las universidades, las escuelas, hoteles, los lugares públicos y hasta con formas violentas de

²⁴ *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896).

²⁵ Knappman, Edward W. (editor), *Great American Trials*, Visible Ink, Detroit, 1994, pp. 218 y ss.

relacionamiento como los linchamientos contra personas negras²⁶. En suma, la Corte formalizó, en términos constitucionales, una forma de organización social.

En los años cincuenta, además de que los afroamericanos demostraron heroísmo en la Segunda Guerra Mundial y se destacaron en los deportes, la situación de la población afroamericana se visibilizó por medio del movimiento de derechos civiles liderado por Martin Luther King y por el NAACP.

El objetivo del NAACP era revocar *Plessy*. Dos precedentes motivaron al movimiento a intentar con el caso *Brown*. Uno era *Sweatt v. Painter* (1950), en el que la Corte comparó el prestigio de los graduados de la universidad de Texas y una universidad creada reciente y exclusivamente para afroamericanos, y ordenó la admisión de un estudiante afroamericano en la universidad para blancos. El otro caso era el *Maclaurin v. Oklahoma Board of Regents*, que analizó, en una misma universidad, los efectos de la segregación en el rendimiento en la vida académica de los estudiantes (por ejemplo, el comer en mesas y estudiar en escritorios separados).

Las distinciones perjudiciales para la población afroamericana se iban haciendo cada vez más evidentes, y de esto lo atestigua el famoso pie de página N. 11 del caso *Brown*, donde se enumeraron varios estudios serios sobre las diferencias entre los sistemas educativos para blancos y para negros (sociológicos y psicológicos): dinero invertido, calificación y salarios de los profesores, número de estudiantes por profesor, antigüedad y mantenimiento de las escuelas, número de libros en las bibliotecas. Las escuelas para afros estaban en desventaja a tal punto que estaban violando sus derechos.

Thurgood Marshall, abogado del NAACP que se convertiría años más tarde en juez de la Corte Suprema, estableció una estrategia para litigar un caso paradigmático (y así evitar tener tantos casos cuantas instituciones que segregaban existían, lo cual hubiese consumido la energía del movimiento) y bajarse para siempre el precedente establecido en *Plessy*; objetivo que, visto desde la perspectiva histórica de la Corte, era utópico. La estrategia jurídica de Marshall estaba estrechamente vinculada a una victoria legal que significaba el fortalecimiento del movimiento social por los derechos civiles.

26 El 73% de los linchamientos sucedía en el sur y era —en una proporción parecida— contra afroamericanos. Véase Horwits, Morton J., *op. cit.*, p. 18.

El señor Oliver Brown, un afroamericano, vivía en Topeka, Kansas, trabaja en la estación de tren del lugar y tenía su casa cerca de su lugar de trabajo. No sólo que debían escuchar los trenes de día y de noche, sino que además sus hijos tenían que atravesar las rieles de tren para dirigirse a su escuela para personas afroamericanas que quedaba a una milla de distancia. En 1950, por cuestiones de seguridad y por cercanía, el señor Brown intenta matricular a su hija Linda en una escuela sólo para personas blancas. El director de la Escuela le niega la matrícula por ser afroamericana²⁷.

El señor Brown, que no tenía un pasado de activista por los derechos civiles, acude a uno de los locales del NAACP y éstos, siendo el caso perfecto que estaban esperando para revertir *Plessy*, presentaron una demanda ante la Corte distrital de Kansas pidiendo que termine la segregación racial en las escuelas públicas.

La parte demandada, la Dirección de Educación de Topeka (*Board of education of Topeka*), esgrimió tres argumentos: (1) la segregación racial en las escuelas preparaban a los niños y niñas afroamericanos para asumir la realidad como personas negras cuando llegaren a ser adultas; (2) no era competencia de la Corte Suprema pronunciarse sobre la legalidad de la segregación escolar sino que era exclusivamente del Congreso; y (3) no existe evidencia de que la segregación tenga efectos negativos en los estudiantes afroamericanos.

En 1951 la Corte local, sosteniendo que el caso se gobernaba por el precedente *Plessy* y que este no ha sido seriamente cuestionado por la Corte Suprema, negó la demanda.

En 1952 el Caso Brown fue argumentado ante la Corte Suprema. En 1953, de forma unánime, revertió el precedente *Plessy*.

En la Corte se utilizaron dos métodos para interpretar el alcance de la enmienda catorce relacionada con la igual protección ante la ley (*equal protection of law*). El primero relacionado con el espíritu de la ley y la intención de quienes enmendaron la Constitución; el otro con el contexto histórico. La primera interpretación fue esgrimida por la Dirección de Educación de Topeka y, en general, por quienes defendían el sistema de segregación racial. Se dijo que al momento de la expedición de la enmienda existía el régimen

²⁷ Knappman, Edward W. (editor), *op. cit.*, pp. 466 y ss.

de segregación y que no fue prohibido expresamente; además que el aspecto educativo no era un aspecto de preocupación legal y que, incluso, se toleraba la prohibición de la educación de personas afroamericanas. La Corte sostuvo que no podía determinarse con certeza cuál era espíritu de la ley de los congresistas de la época y que, por tanto, no se podía sacar conclusiones claras en relación con la educación y la enmienda catorce.

Los demandantes y la Corte acogieron el segundo método de interpretación, el contextual, cuando afirmaron que existen factores tangibles de diferencias entre la educación de personas blancas y de afroamericanas, y que el caso tiene que analizarse a la luz del desarrollo de la educación pública en la actualidad, no se puede dar marcha atrás el reloj a 1896, tiempo en el que se resolvió el caso *Plessy*:

Actualmente, la educación es tal vez la más importante función del estado y de los gobiernos locales. La obligación de la educación primaria y los grandes gastos para la educación demuestran el reconocimiento de la importancia de la educación en nuestra sociedad democrática. La educación es un requisito para el ejercicio de cualquier responsabilidad social y pública, incluso en el servicio militar. Es la base para una buena ciudadanía. Actualmente es el principal instrumento para el despertar del niño a los valores culturales, para prepararle para la posterior formación profesional y para ayudar a las personas a adaptarse con normalidad a su medio. En estos días, no es posible que un niño pueda razonablemente triunfar en la vida si se le ha negado la oportunidad de una educación. Esta oportunidad, que el estado tiene la obligación de ofrecer, es un derecho que tiene que ser accesible a todas las personas en condiciones de igualdad²⁸.

La Corte, además, sostuvo que la política y la práctica de segregación tenían un impacto negativo tanto en la vida de los niños y niñas, al producir un sentimiento de inferioridad, en la percepción que tienen unos frente a los otros, que afecta los corazones y las mentes de forma inadecuada, como en la vida de los grupos humanos, cuestiones que se superarían con la integración racial.

28 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 US 294 (1954), en David Bearinger, *The bill of Rights, the courts and the law*, third edition, 1999, p. 186 (traducción libre).

Por todas estas razones, la Corte concluyó que la doctrina *equal but separate* no tiene cabida en el sistema educativo y que este sistema viola la enmienda catorce sobre la igual protección ante la ley.

Como se puede desprender de este breve resumen, el caso no se agota en la litigación de la discriminación, sino en el acceso, en el contenido y en los efectos del derecho a la educación pública. De hecho, el acceso, el contenido y los efectos son los argumentos que utiliza la Corte para considerar que hubo discriminación. Es decir, la sentencia de la Corte abordó el derecho a la educación desde una perspectiva sustancial o material.

La ejecución de la sentencia no fue fácil. Un tiempo más tarde, en lo que se conoce como *Brown II*, la Corte determinó que el proceso de desagregación tenía que ser aplicado por las Cortes federales con deliberada velocidad. En algunos casos la implementación política y hasta la aplicación judicial tardó en cumplirse varias décadas. Conviene mencionarse que el caso generó resistencias. Por ejemplo, todos los senadores de los estados del Sur, dos años después del fallo, firmaron un manifiesto en que proclamaron que el Caso Brown era contrario a la Constitución.

Judicialmente se discutió sobre la resistencia al caso Brown en el conocido como *Cooper v. Aaron* (1958). El gobernador de Arkansas prohibió la entrada a nueve estudiantes afroamericanos a una escuela de Little Rock, en franca desobediencia a lo prescrito en el caso Brown. La Corte argumentó sobre su autoridad para determinar el alcance de la Constitución y ordenó el acceso de los estudiantes a la Escuela. El presidente Eisenhower ordenó que elementos de la fuerza pública ejecutaran la sentencia de la Corte. Aunque las resistencias continuaron, poco a poco los estados del Sur aceptaron el precedente establecido en el Caso Brown²⁹.

Sin duda, si la Corte Warren sólo hubiese escrito el caso Brown, sería recordada aun como una corte excepcional.

29 Horwitz, Morton J., *op. cit.*, p. 31.

4. Los avatares de los derechos sociales por medio de la cláusula “igual protección de la ley”

Los derechos sociales no pueden ser exigidos directamente ante las Cortes Federales por no estar reconocidos en la Constitución, como ha quedado dicho. Este gran obstáculo obliga a que la tutela de derechos sociales, en los Estados Unidos, se haga a través de otros medios³⁰. El más utilizado en los Estados Unidos por el movimiento de derechos, después del caso *Brown*, es el principio de igualdad y no discriminación, que correspondería a la enmienda catorce.

¿Tienen la enmienda catorce y el principio de igualdad relevancia para exigir derechos sociales? La respuesta a esta pregunta, como sugiere Robin West, depende de cómo interprete la Corte Suprema la enmienda³¹. En la historia de la jurisprudencia de la Corte Suprema encontramos dos posibilidades. Por un lado, la enmienda puede ayudar a transformar la situación social y económica de afroamericanos, mujeres y otros grupos marginados por medio de la expansión de su interpretación; por otro lado, la misma enmienda puede ser usada por judiciales conservadores para mantener el *statu quo*³².

4.1. Expansión de derechos

Mencionaremos algunos casos que demuestran la potencialidad de la enmienda catorce, cuando se interpreta a favor de las personas y de la expansión de sus derechos.

30 Abromovich y Courtis sugieren el principio de igualdad y no discriminación, el debido proceso, la protección de derechos económicos, sociales y culturales por medio de derechos civiles y políticos, la protección de derechos sociales por otros derechos sociales, los límites a los derechos civiles y políticos justificados por derechos sociales y la información como vía de exigibilidad de derechos sociales. Véase Víctor Abromovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, 2002, pp. 117-248.

31 West, Robin, “The missing jurisprudence of the legislated Constitution”, en Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009, p. 79.

32 Balkin, Jack M. and Siegel Reva B., “Remembering how to do equality”, en Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009, p. 93.

(1) *Serrano v. Priest* (1971)³³: los padres de familia de niños y niñas que estudian en el condado de Los Ángeles demandan a las autoridades que manejan el sistema público de educación del lugar que reparen los daños ocasionados por violar la enmienda catorce, por considerar que el sistema de financiamiento de las escuelas públicas, basado en los impuestos locales, genera discriminaciones entre las escuelas donde los padres son ricos y contribuyen con más impuestos y las escuelas donde los padres son pobres y no pueden contribuir; las primeras tienen mejores condiciones que las otras.

La Corte Suprema de California confirmó que el sistema de financiamiento generaba diferencias; así, por ejemplo, en la escuela a la que pertenecían los demandantes cada niño recibía un promedio de 577 dólares por año, mientras que la escuela de Beverly Hill recibía 1 231 dólares por niño. La Corte concluyó que la forma de financiamiento aumentaba la brecha social entre ricos y pobres. Entre los argumentos usados por la Corte, para determinar la violación de la cláusula de igual protección ante la ley, están: (1) la consideración de la riqueza como una categoría sospechosa que puede provocar actos discriminatorios; (2) la calidad de la educación no puede depender de la buena o mala fortuna de quienes habitan en un barrio; (3) la educación es de interés primordial para el estado, y es fundamental para que los individuos tengan oportunidades, se desarrollen como ciudadanos y aseguren la participación de los niños y niñas en la vida política y cultural de la sociedad; el estado tiene la obligación de garantizar el acceso y la mejor calidad de educación posible a los niños y niñas; (4) la educación es un derecho que representa más que el mero acceso a una aula: es esencial para ejercer las libertades en democracia, tiene que ser universal (para todas las personas), debe durar un largo período en la vida (entre 10 y 13 años), debe ser obligatoria.

(2) *Plyler v. Doe* (1982)³⁴: el demandante sostiene que el negar el acceso de un niño o niña indocumentado al sistema de educación pública en Texas, que está disponible para niños y niñas nacionales de los Estados Uni-

33 5 Cal.3d 584 (1971), en Fellmeth, Roberth C., *Child rights & remedies, How the U.S. Legal system affects children*, Clarity Press Inc, 2002, p. 190.

34 *Plyler v. Doe*, 457 US 202 (1982), en Fellmeth, Roberth C., *Child rights & remedies, How the U.S. Legal system affects children*, Clarity Press Inc, 2002, p. 200.

dos o extranjeros que tienen su situación migratoria legalizada, viola la enmienda catorce.

La Corte Suprema reconoce que en Estados Unidos siempre ha habido control migratorio y restricciones a los inmigrantes ilegales, que va desde la criminalización hasta la deportación, y admite además que los parlamentos de los estados tienen la potestad para establecer medidas de control migratorio. Sin embargo, el problema a resolver no tiene que ver tanto con el control migratorio sino más bien con los recursos económicos destinados al sistema educativo. A mayor cantidad de migrantes, menos recursos, y afirman los demandados que el sistema de educación está saturado de migrantes ilegales mexicanos.

La Corte sostuvo que un inmigrante antes de tener el estatus de legal o ilegal es una persona. En casos anteriores la Corte reconoció que las personas con estatus ilegal tienen derecho al debido proceso establecido en la enmienda quinta y catorce. En el presente caso la Corte manifestó que la población inmigrante ilegal puede constituir una “población sombra” por la cantidad de personas, y que éstas están expuestas a condiciones de vida deplorables, como recibir salarios bajos y no disfrutar de los beneficios que tienen las personas ciudadanas. La existencia de este grupo marginal presenta un grave problema jurídico puesto que se atenta con el principio de igualdad ante la ley. Las niñas y los niños demandantes pertenecen a este grupo de personas. A pesar de que en ciertas circunstancias se puede admitir que nadie puede beneficiarse de su propia conducta ilegal, este principio del derecho no se aplica con las niñas y los niños. Si bien sus padres asumieron el riesgo y las consecuencias de haber entrado ilegalmente a los Estados Unidos, la situación de los niños y las niñas no puede compararse ni ser asimilada a su conducta. El estatus migratorio de los padres y su conducta no debe afectar a la situación de sus hijos o hijas. Actuar contra los padres a través de los niños y niñas, incluso si hay actos legislativos, no puede considerarse adecuado a la justicia.

La Corte Suprema reconoció que el derecho a la educación no está reconocido en las enmiendas a la Constitución, pero esto no significa que no se considere como un servicio público importante, tal como los servicios de seguridad social. El servicio de educación pública es una institución básica y su funcionamiento tiene impacto –y puede marcar distinciones– en la vida

de los niños y niñas. Las escuelas públicas son las instituciones cívicas más importantes para la preservación del sistema democrático de gobierno. La educación juega un rol fundamental en el mantenimiento de la sociedad. En consecuencia, negar la educación a un grupo de niños y niñas es una afrenta contra la cláusula de igual protección ante la ley. Al privar a un grupo de niños y niñas –en este caso los inmigrantes ilegales– de la educación, se afecta a su posibilidad de integrarse al grupo mayoritario. La Corte sostuvo que mientras los niños y niñas estén presentes en el país, aun suponiendo que podrían estar sujetos a deportación –lo cual no es un hecho cierto para todos los inmigrantes ilegales–, deben tener acceso a la educación.

La Corte Suprema, finalmente, reflexionó sobre los costos de la educación y sostuvo que el método utilizado por el estado de Texas no es el más adecuado. Por un lado, no hay prueba convincente de que los niños y niñas sean realmente una carga fiscal que afecte en la calidad de la educación; al contrario, existe evidencia de que los inmigrantes ilegales tienden a no utilizar servicios públicos. Los inmigrantes ilegales, por otro lado, entran en los Estados Unidos para trabajar y aportar en la economía, mas no a saturar el servicio de educación pública. Por tanto, el costo de privar de la educación a estos niños y niñas es mucho mayor que el que el estado de Texas se ahorraría por no atenderles.

En este caso, y como sería usual hasta tener mayoría con la “Corte Rehnquist”, los jueces republicanos disintieron bajo el clásico argumento de que la Corte no puede interferir en asuntos propios de los parlamentos y que, como en otros casos, se ha abusado de la enmienda catorce al considerarla una norma omnipotente y omnipresente. Los jueces sostuvieron categóricamente que la educación no es un derecho y que, como cualquier potestad que depende de los parlamentos, como las leyes de seguridad, pueden ser reguladas según convenga a éstos. No conviene, por otro lado, dar atención particular a la educación, porque esto significaría que también hay que considerar como fundamental servicio público a la alimentación, la vivienda o la atención médica. Finalmente –sostienen– que las personas ilegales no tienen derecho a estar en el país y que el estado, en consecuencia, no tiene responsabilidad constitucional para darles servicios a expensas de personas que legalmente pertenecen y habitan en el estado. Por tanto, la opción elegida por el estado de Texas no siendo la más adecuada tampoco es inconstitucional.

Este voto salvado constituye un buen puente para el segundo uso e interpretación de la enmienda catorce.

4.2. Restricción de derechos

La enmienda catorce que dispone que todas las personas tienen igual protección de la ley no autoriza a los estados a intervenir y peor a dar contenido a derechos no contemplados en la Constitución. Lo único que dispone la enmienda es la limitación a los parlamentos para expedir normas que sean discriminatorias contra ciertos grupos por motivos irracionales. La enmienda debe ser interpretada de forma restrictiva y no puede ampliarse su espectro para evitar males o peligros, tales como la violencia doméstica, las catástrofes, la guerra, la pobreza, o cualquier otra interferencia en los sistemas de seguridad delineados por los estados³⁵. En suma, la cláusula está destinada sólo a la racionalidad legislativa y no tiene pretensión alguna para procurar la igualdad entre las personas y los grupos.

Robin West sostiene que parecería que el “*equal protection of law*” se interpretó como “*equal protection against law*”. En el primer sentido, que sería el literal, la enmienda permite interpretar que el “of” hace referencia no sólo al derecho sino al estado y hasta al legislador. En cambio, el segundo sentido lo restringe a la protección contra una mala ley³⁶. De este modo, quien siempre ha tenido privilegios se protege de un mal legislador que pueda privarle de ellos. Esta interpretación formal por supuesto que perjudica a las personas menos favorecidas económicamente porque, simplemente, no están protegidas. Las personas podrían estar en las peores condiciones de vida que sólo tendrán derecho a reclamar cuando hay ley, y esa ley les discrimina de forma evidente. Si no hay ley, su condición social no podrá cambiar jamás por la vía judicial, y la Corte no tendría competencias para pronunciarse.

35 *United States v. Morrison*, 529 US 598 (2000): la enmienda catorce no determina proteger contra la violencia; *Washington v. Davis*, 426 US 229 (1976): la enmienda catorce no determina eliminar las diferencias raciales; *San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez*, 411 US 1 (1973): la enmienda catorce no determina la obligación de tener educación pública, al respecto véase Robin West, “The missing jurisprudence of the legislated Constitution”, en Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009, p. 90.

36 West, Robin, “The missing jurisprudence of the legislated Constitution”, en Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009, p. 81.

Varias explicaciones pueden hacerse con relación a la opción de la Corte Suprema por la interpretación formal y restrictiva de la enmienda catorce. Una explicación es la institucional: la Corte ha escogido exigir las normas y los derechos que efectivamente pueden ser cumplidas. La justiciabilidad de derechos sociales por medio de la enmienda catorce simplemente, en última instancia, depende de la voluntad de los gobiernos. Robin West sugiere otra explicación, que la llama jurisprudencial. La Corte interpreta la enmienda de la misma manera que el parlamento lo hace; es decir, las leyes las hacen los parlamentos y no los jueces; los legisladores tienen la libertad para leyes y, cuando lo hacen, para determinar el contenido de las leyes; la Corte no tiene esa libertad. De este modo, se respeta al máximo la división de poderes y la Corte precisa su competencia de revisión constitucional. La enmienda catorce exclusivamente protege la igualdad formal ante la ley expedida por el parlamento³⁷. La realidad de injusticia o violación a condiciones de vida digna no importan, sólo las leyes; el contenido de las leyes tampoco importa siempre que no sea discriminatorio; de igual modo, no tiene relevancia para control judicial, la omisión de legislar ante la exclusión o la pobreza. En este sentido, la enmienda catorce no sólo que no es un vehículo para desarrollar derechos sociales, sino que es un obstáculo. Se puede invocar la enmienda para retroceder en derechos sociales.

Se suele pensar erróneamente que sólo las Cortes que promueven los derechos sociales, como la Corte Warren, son activistas y éstas son vistas de forma sospechosa por los juristas y políticos conservadores. Sin embargo, esto suele esconder un activismo reaccionario de las Cortes bajo el argumento de la interpretación original de la Constitución.

El profesor C. Sunstein sostiene que existe un error en afirmar que la Corte Warren fue la única activista en la historia de los Estados Unidos, y afirma que la Corte Rehnquist, corte evidentemente republicana y conservadora, ha sido mucho más activista que la criticada Corte Warren. Sunstein demuestra que la Corte Rehnquist ha declarado inconstitucional casi todos los programas federales que establecen acciones afirmativas, que ha invalidado casi todas las leyes que han restringido las actividades financieras y han establecido control gubernamental sobre las actividades comerciales, que ha

37 *Ibidem*, p. 84.

considerado que las leyes que establecen control ambiental y protección de especies son sospechosas por violar la Constitución y la cláusula de comercio, que ha restringido los poderes del Congreso para legislar sobre la enmienda catorce, y que hasta ha sostenido que el Congreso carece del poder para determinar si los contribuyentes pueden decidir hacia dónde se dirigen sus impuestos³⁸.

Parecería, entonces, que la afirmación de que la Corte es la instancia interpretativa última y única para saber el contenido de la Constitución es también un mito (*Marbury v. Madison*).

5. La lucha por los significados y el legado de la Corte Warren

En Estados Unidos, como en cualquier otra parte del mundo, el derecho es un campo de disputa por los significados. Atrás de los significados hay intereses, ideologías, tendencias movimientos. Lo que hemos descrito demuestra cómo una norma constitucional puede servir tanto para proteger como para restringir derechos, lo mismo puede suceder incluso con la invocación directa de los derechos cuando estos son utilizados en el litigio. A veces sucede que para evitar aplicar las normas sustantivas cuando son explícitas, se utilizan normas procesales como aquellas de la legitimidad procesal o del incumplimiento de plazos.

No es casual que en Estados Unidos la composición de la Corte sea una cuestión política evidente. El nombramiento de la magistrada Sonia Sotomayor abre la puerta para que en dicho país la Corte recupere el legado de la Corte Warren.

El significado que restauraría el sentido –según Balkin y Siegel– de la enmienda catorce implica algunos cambios de perspectiva: (1) Históricamente la enmienda fue creada para hacer justicia frente a la omisión de los “padres fundadores” por haber permitido el esclavismo y, en términos contemporáneos, frente a la omisión del parlamento; (2) La interpretación actual

38 Sunstein, Cass R., “The minimalist Constitution, en Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009, pp. 39-40.

de la Corte Suprema protege la libertad de unos privilegiados en desmedro de la mayoría; la interpretación debe orientarse hacia la protección de las personas en términos universales; (3) La Corte no puede ser indiferente a la inequidad existente en los Estados Unidos; (4) El estándar de estricto escrutinio —que se convirtió en una camisa de fuerza para la Corte— para determinar si hay violación a la enmienda debe ser flexibilizado porque fortalece las clasificaciones de personas, favorece a los grupos dominantes, inhibe a los jueces a considerar otros grupos desaventajados distintos a los tradicionales (raza, sexo, religión), desalienta las posibilidades de diálogo intergrupar; (5) Finalmente, evitar la utilización de la enmienda catorce para declarar la inconstitucionalidad de programas de acción afirmativa³⁹.

La época de la Corte Warren nos dejó algunas enseñanzas, que conviene no olvidar, que son aplicables para exigir derechos tanto en Estados Unidos como en cualquier parte del mundo, y que nos habla sobre el triunfo de uno de los significados de un principio constitucional:

1. Todos los órganos del estado tienen la obligación de cumplir y expandir los contenidos de derechos establecidos en la Constitución. En la época de la Corte Warren, el legislativo expidió leyes que promovieron la igualdad en el voto, la vivienda, los derechos y la educación; el ejecutivo las implementó y la Corte Suprema estableció estándares que fueron observados por las otras funciones. De hecho, el Congreso desarrolló legislativamente los precedentes de la Corte en las leyes mencionadas. Se puede afirmar, en estas circunstancias, que lo que existe no es precisamente una separación de poderes sino una coordinación entre ellos. La Corte, en la época Warren, prácticamente invitó a los otros poderes a participar en la “reconstrucción” de la Constitución. La Corte comprendió que casos difíciles de implementar, como el caso *Brown*, sólo se podía lograr si los otros poderes se alineaban a su precedente⁴⁰.
2. La igualdad sustancial se puede promover por medio de la libertad y del principio de igualdad formal. Los derechos están íntimamente relacio-

39 Balkin, Jack M. and Siegel Reva B., “Remembering how to do equality”, en Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, *op. cit.*, p. 99.

40 Owen, Fiss, *The law as it could be*, New York University Press, 2003, p. 246.

nados entre sí; de hecho, en los casos de educación, no sólo se discutió el acceso sino la calidad, la finalidad y el desarrollo del contenido del derecho a la educación.

3. Las Cortes pueden optar por proteger a los más vulnerables. La Corte Warren demostró que puede extender el ámbito de la protección judicial a los afroamericanos, a los procesados, a los inmigrantes, a las mujeres, a los niños y niñas, a los pobres.
4. Los movimientos sociales contribuyen a hacer visibles los casos, a demandar creativamente y hasta a dar seguridad cuando las Cortes resuelven cuestiones sensibles a los intereses políticos o económicos.
5. El derecho, la Constitución y las leyes son instrumentos importantes para alterar la realidad de exclusión y pobreza. No son y no pueden ser los únicos instrumentos, aunque sin duda son instrumentos cruciales. Todas las luchas terminan o comienzan con el derecho. El derecho tiene que empatarse con discursos, juezas o jueces comprometidos, movimientos sociales. Sin uno de estos elementos puede suceder que la transformación no suceda. La relación entre derecho, cultura y política ha sido desarrollada por Alda Facio⁴¹ y, con claridad, sostiene que los elementos se interrelacionan entre sí. No hay uno que sea determinante en los otros ni tampoco que uno sea innecesario.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Courtis Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, 2002.
- Balkin, Jack M. y Siegel Reva B., “Remembering how to do equality”, en Balkin Jack M. y Siegel Reva B., *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009.

41 Facio, Alda, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, ILANUD, en *Género y Derecho*, Facio Alda y Fries Lorena (editoras), American University y La Morada, pp. 99-136.

- Facio, Alda, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, ILANUD, en *Género y Derecho*, Facio Alda y Fries Lorena (editoras), American University y La Morada, 1992.
- Fellmeth, Roberth C., *Child rights & remedies, How the U.S. Legal system affects children*, Clarity Press Inc, 2002.
- Forbath, William E., “Social and economic rights in the american grain”, en Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009.
- Hamilton, Alexander, Madison James and Jay John, *The Federalist*, Barnes & Noble Classics, 2006, N.78.
- Horwitz, Morton J., *The Warren Court and the pursuit of justice*, Hill and Wang, 1999.
- Knappman, Edward W. (editor), *Great American Trials*, Visible Ink, Detroit, 1994.
- Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Center for International Human Rights y CIDES, SERGRAFIC, Quito, 2003.
- Moore, Michael, Internet: <http://www.michaelmoore.com/sicko/blog/>, Acceso: 23 julio 2009.
- Owen, Fiss, *The law as it could be*, New York University Press, 2003.
- Powe, Lucas A. Jr, *The Warren Court and american politics*, Belknap Harvard, 2000.
- Sengupta, Argun, Reporte sobre la misión a los Estados Unidos entre el 24 de octubre y 4 de noviembre del 2005, Internet: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/122/70/PDF/G0612270.pdf?OpenElement>, Acceso: 23 julio 2009.
- Sunstein, Cass R., “The minimalist Constitution”, en Balkin Jack M. y Siegel Reva B., *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009.
- Urofsky, Melvin, “Racial discrimination and preference” en David Bearinger, *The bill of Rights, the courts and the law*, Distributed for Virginia Foundation for the Humanities and Public Policy, third edition, 1999.
- West, Robin, “The missing jurisprudence of the legislated Constitution”, en Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009.

Casos de análisis

- Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 US 294 (1954), en David Bearinger, *The bill of Rights, the courts and the law*, Distributed for Virginia Foundation for the Humanities and Public Policy, third edition, 1999.
- Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966), en David Bearinger, *The bill of Rights, the courts and the law*, Distributed for Virginia Foundation for the Humanities and Public Policy, third edition, 1999.
- New York Times v. Sullivan*, 376 US 254 (1964), en David Bearinger, *The bill of Rights, the courts and the law*, Distributed for Virginia Foundation for the Humanities and Public Policy, third edition, 1999.

Internet

New York Times, "Obama fifth news conference" (transcript), 22 julio 2009, Internet: http://www.nytimes.com/2009/07/22/us/politics/22obama.transcript.html?_r=1, Acceso: 23 julio 2009.

Sobre el estado de las ratificaciones de los Estados Unidos a las convenciones de derechos humanos, Internet: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/newhvs-tatusbycountry?OpenView&Start=1&Count=250&Expand=187#187>, Acceso: 23 julio 2009.

Todos los informes producidos por diferentes agencias relacionados a los derechos humanos en los Estados Unidos se los encuentra en <http://www.ohchr.org/SP/Countries/ENACARRegion/Pages/USIndex.aspx>.

El experimento de Sudáfrica con los derechos socioeconómicos justiciables. ¿Cómo se está desarrollando?¹

Danie Brand

Introducción. 1. Los derechos socioeconómicos justiciables en Sudáfrica, una breve descripción. 1.1. El marco constitucional. 1.2. Los casos. 1.2.1. La obligación de respetar los derechos socioeconómicos. 1.2.2. El deber de proteger los derechos socioeconómicos. 1.2.3. El deber de cumplir con los derechos socioeconómicos. 2. Evaluando la experiencia sudafricana. 2.1. Separación de poderes. 2.2. Legitimidad constitucional. 2.3. Políticas progresistas. 3. Conclusión.

Introducción

La Constitución de Sudáfrica de 1996, a menudo despierta el interés internacional porque ésta contiene en su declaración de derechos una gama de derechos socioeconómicos –derecho a la tierra, vivienda, atención en salud, alimentación, agua, asistencia social y educación– junto a la tradicional lista de derechos civiles y políticos². Esto, en sí mismo, no es lo significativo. Mu-

1 Traducción María Verónica Arteaga Molina.

2 Las referencias a “la Constitución” son de la Constitución de la República de Sudáfrica, 1996. Esta constitución fue precedida por la Constitución de la República de Sudáfrica, Ley 200 de 1993, en los términos de la cual se manejó la transición del *apartheid* y sobre los cuales se redactó la Constitución de 1996.

chas otras constituciones hacen lo mismo³. La combinación de tres factores adicionales hace de la Constitución sudafricana un ejemplo interesante.

Primero, los derechos socioeconómicos contenidos en ella son justiciables: pueden fundamentar una demanda que se presente ante las cortes; las cortes pueden juzgar un conflicto sobre su base y pueden dictar órdenes para hacerlos cumplir. Esto distingue el ejemplo sudafricano de otras constituciones en las cuales los derechos socioeconómicos se incluyen solamente como directrices interpretativas o directrices para generar políticas⁴. Segundo, los derechos socioeconómicos en la Constitución sudafricana imponen, explícitamente al Estado, obligaciones afirmativas a fin de que éste tome las medidas necesarias para asegurar que las viviendas sean proporcionadas a quienes no tienen vivienda, los alimentos sean provistos a los hambrientos y las tierras sean entregadas a quienes no las poseen. Esto los distingue de muchas otras jurisdicciones en las cuales los derechos socioeconómicos funcionan solamente como garantías procesales negativas, protegiendo el acceso existente a los recursos básicos⁵. Tercero, las cortes sudafricanas han sido notablemente activas en su interpretación y aplicación de los derechos socioeconómicos desde el inicio de la Constitución. Esto ha significado el desarrollo en Sudáfrica de un cuerpo de jurisprudencia en materia de derechos socioeconómicos que es probablemente más extenso y más variado que en cualquier otro lugar del mundo⁶.

3 Véase, en general, F. Coomans (editor), *Justiciability of economic and social rights* (Justiciabilidad de los derechos económicos y sociales), 2006. Para ejemplos de constituciones subnacionales con estos derechos, véase H. Herskoff "Positive rights and state constitutions: The limits of federal rationality review" (Los derechos positivos y las constituciones estatales: Los límites de la revisión de la racionalidad federal), 1999, 112 *Harvard Law Review* (Revista Harvard Law Review) 1132.

4 Véase por ejemplo, E. De Wet "Can the social state principle in Germany guide state action in South Africa in the field of social and economic rights?" (¿Puede el principal estado social en el Alemania guiar la acción estatal en Sudáfrica en el campo de los derechos sociales y económicos?), 1995, 11 *South African Journal on Human Rights* (Periódico de Sudáfrica sobre Derechos Humanos) 30.

5 Véase, con respecto al ejemplo de Estados Unidos, L. A. Williams, 'Welfare and legal entitlements: The social roots of poverty' (Estado de bienestar y prerrogativas legales: Las raíces sociales de la pobreza), en D. Kairys (editor) *The politics of law: A progressive critique* (Las políticas del derecho: Una crítica progresista), 1998, tercera edición, p. 569.

6 Otra jurisdicción donde las cortes han sido también activas, es Colombia. Para discusión véase R. Uprimny Yepes, 'Should courts enforce social rights? The experience of the Colombian Constitu-

En el presente artículo describo (en la sección 1) y evalúo (en la sección 2) este experimento sudafricano relativo a los derechos socioeconómicos constitucionales justiciables y explícitamente afirmativos. Con este propósito, retomo el debate que existió durante la elaboración de la constitución sudafricana, que al mismo tiempo se discutía internacionalmente, en relación al acierto de incluir en una Constitución dichos derechos socioeconómicos justiciables y afirmativos⁷. Recojo los principales argumentos que se han planteado en oposición a la idea: argumentos que cuestionan la capacidad institucional y la legitimidad democrática de las cortes para decidir los asuntos policéntricos de la política social y económica, de demandas basadas en estos derechos afirmativos, que inevitablemente aumentarán⁸; argumentos que cuestionan la capacidad de las cortes para hacer realidad las promesas de acceso a los recursos que los derechos socioeconómicos justiciables presentarían⁹; y progresivamente argumentos democráticos que advierten que dar a

tional Court' (¿Deben las cortes hacer cumplir los derechos sociales? La experiencia de la Corte Constitucional Colombiana), en F. Coomans (editor), *Justiciability of economic and social rights. Experiences from domestic systems* (Justiciabilidad de los derechos económicos y sociales. Experiencias de los sistemas nacionales), 2006, p. 355. Con respecto al ejemplo de Argentina, véase C. Courtis, 'Socio-economic rights before the courts in Argentina' (Los derechos socioeconómicos frente a las cortes en Argentina), en el mismo volumen, p. 309.

- 7 Para tener una idea de los términos de este debate tal como fue planteado en Sudáfrica, véase las múltiples contribuciones de la edición especial del *South African Journal on Human Rights* (Periódico de Sudáfrica de Derechos Humanos) sobre derechos socioeconómicos justiciables, 1992, p. 8. Para una recapitulación reciente de las diferentes posiciones en el debate internacional, véase las múltiples contribuciones contenidas en Y. Ghai & J. Cottrell (editores), *Economic, social and cultural rights in practice. The role of judges in implementing economic, social and cultural rights* (Los derechos económicos, sociales y culturales en la práctica. El rol de los jueces en la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales), en particular A. An-Na'im 'To affirm the full human rights standing of economic, social and cultural rights' (Afirmar la completa categoría de los derechos económicos, sociales y culturales, como derechos humanos), pp. 7-16. También Y. Ghai & J. Cottrell, 'The role of courts in the protection of economic, social and cultural rights' (El rol de las cortes en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales), p. 58.
- 8 F. I. Michelman, 'The constitution, social rights, and liberal political justification' (La constitución, los derechos sociales y la justificación política liberal), 2003, 1 *International Journal of Constitutional Law* (Periódico Internacional de Derecho Constitucional), pp. 13, 15.
- 9 Dennis Davis, 'The case against the inclusion of socio-economic demands in a bill of rights except as directive principles' (El caso contra la inclusión de las demandas de derechos socioeconómicos en la carta de derechos excepto como principios directivos), 1992, 8 *South African Journal on Human Rights* (Periódico de Sudáfrica de Derechos Humanos), pp. 475, 484-485.

las cortes la facultad de decidir sobre casos relacionados con derechos socioeconómicos, podría frenar la acción social, empobreciendo la vida política y, en última instancia, causando estragos en las luchas por la justicia social¹⁰, y pongo a prueba el progreso realizado en Sudáfrica frente a cada uno de estos argumentos.

1. Los derechos socioeconómicos justiciables en Sudáfrica, una breve descripción

1.1. El marco constitucional

La Constitución de Sudáfrica contiene los siguientes derechos socioeconómicos:

- La sección 25(5) requiere que el Estado permita a los ciudadanos tener acceso equitativo a la tierra.
- La sección 26 establece para todas las personas, el derecho a tener acceso a una vivienda adecuada y prohíbe los desalojos arbitrarios.
- La sección 27 garantiza el derecho de todas las personas a tener acceso a servicios de atención en salud, alimentos y agua suficiente y seguridad social y asistencia, y prohíbe la denegación de tratamiento médico de emergencia.
- Las secciones 28 (1)(b) y (c) afianzan los derechos de las niñas y niños a la familia, el cuidado parental o alternativo, el derecho a alojamiento y a nutrición básica, servicios sociales y servicios de atención en salud.
- La sección 29 establece el derecho de todas las personas a la educación básica y a la segunda enseñanza.
- Por último, las secciones 35(2)(e) y (f) garantizan el derecho de toda persona detenida a contar con nutrición adecuada, alojamiento, atención médica y material de lectura a cargo del Estado, y a ser visitada por alguien que practique la medicina, a su elección.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 488-490. Un cuarto grupo de argumentos también formó parte del debate, al cual no me referiré en este artículo. La idea de que los derechos socioeconómicos no poseen estándares legales justiciables, de acuerdo con los cuales las Cortes puedan hacer las clases de evaluaciones que ellas debieran hacer en casos relacionados con derechos socioeconómicos.

Más interesante que la mera presencia de estos derechos en la Constitución es la forma en la que éstos han sido incluidos. Tres factores se combinan para aumentar el potencial de controversias justiciables, basadas en derechos socioeconómicos, para llegar a las cortes y a ser resueltas en su jurisdicción, es decir, para mejorar la justiciabilidad de los derechos socioeconómicos en la Constitución de Sudáfrica. Primero, como se señala en la introducción, todos estos derechos imponen obligaciones positivas y negativas al Estado. Es decir, permiten a los titulares del derecho ser protegidos contra la interferencia del Estado y de personas particulares, en su eficaz acceso a la vivienda, a la atención en salud, a la alimentación, al agua o a cualquier otro recurso fundamental que esté en juego; y, les permiten ser provistos con el acceso a tales recursos en donde actualmente las personas no gozan de los mismos. Esto se evidencia en la sección 7(2) de la Constitución, que sostiene que el Estado debe *'respetar, proteger, promover y cumplir'* todos los derechos contenidos en la declaración de derechos, lo cual también se muestra de forma clara en la formulación de la mayoría de los derechos socioeconómicos en sí mismos. Por ejemplo, la sección 26(1), derecho a tener acceso a una vivienda adecuada, impone en la sección 27(2) al Estado la obligación de tomar *'medidas razonables, legislativas y de otro tipo, dentro de sus recursos disponibles'*, para lograr su *'realización progresiva'*, como lo hacen los derechos de toda persona a tener acceso a servicios de atención en salud, a alimentación y agua suficiente y a asistencia social, el derecho de los ciudadanos a tener acceso equitativo a la tierra y el derecho de toda persona a la segunda enseñanza. En términos prácticos, esto significa que una gama relativamente amplia de problemas socioeconómicos o conflictos, puede ser convertida en controversias legales capaces de ser resueltas judicialmente, por ejemplo, los pobres no sólo pueden recurrir a las cortes para su protección cuando el Estado trata de expropiar sus tierras, sino también cuando personas particulares lo intentan; ellos, no sólo pueden utilizar los derechos socioeconómicos para prevenir que sus viviendas les sean arrebatadas, también pueden hacer uso de estos derechos ante las cortes para obligar al Estado a proveerles de vivienda cuando no la tienen.

En segundo lugar, la Constitución de Sudáfrica confiere a las cortes poderes amplios y variados para hacer frente a posibles conflictos sobre la base de los derechos socioeconómicos. Evidentemente, la Constitución faculta a

las cortes a otorgar decisiones basadas en los derechos socioeconómicos, por medio del canal ordinario de la revisión constitucional directa. La Constitución faculta a las cortes para evaluar las normas de la *ley* –ya sea del derecho común o estatutario– frente a derechos socioeconómicos constitucionales. Si una Corte considera que una norma estatutaria es incompatible con algún derecho constitucional socioeconómico, aquella podrá invalidarla, y entonces se podrá dejar al legislativo la tarea de remediar la inconstitucionalidad o de interpretar el estatuto con el mismo fin. Si una Corte considera que una norma de derecho común es incompatible con un derecho constitucional socioeconómico, esta empleará su poder inherente para desarrollar el derecho común para cambiar esa norma o desarrollar nuevas normas a fin de que la posición del derecho común sea consistente con el derecho constitucional en cuestión.

Las cortes podrán también evaluar la *conducta* del Estado –al menos en principio– o la *conducta* de los particulares, que vaya contra los derechos socioeconómicos constitucionales. Si una Corte considera que la conducta del Estado es incompatible con algún derecho socioeconómico constitucional, dicha conducta será simplemente considerada nula y la corte deberá encontrar un recurso constitucional para reivindicar el derecho en cuestión. En el caso de la conducta de particulares, la corte tratará de encontrar un recurso legal, en el derecho común existente o en la ley estatutaria, que pueda ser adaptado para reivindicar el derecho en cuestión, y en ausencia de tal recurso, se desarrollará el derecho común a fin de proporcionarlo.

Pero las cortes también están autorizadas a aplicar los derechos socioeconómicos indirectamente cuando emplean, desarrollan o interpretan el derecho vigente. Las cortes sudafricanas están obligadas por la Constitución a hacerlo, cuando realizan la interpretación o aplicación de las normas del derecho común o leyes estatutarias existentes, en el curso de procesos ordinarios y litigios no constitucionales, de manera que se aplique el ‘espíritu, propósito y objetivos’ de la declaración de derechos; esto significa que también deben interpretar, aplicar y desarrollar la legislación vigente de un modo acorde con los valores, reforzando y dando impulso a los derechos socioeconómicos constitucionales. Los derechos socioeconómicos pueden, en otras palabras, no sólo ser utilizados directamente como la base jurídica para llevar una controversia a las cortes. También pueden ser invocados en el desarrollo de pro-

cesos ordinarios, en el esquema tradicional del litigio –digamos, como una disputa contractual o una denuncia penal–, en el desarrollo de procesos ordinarios de impugnación, en el esquema tradicional de creación de normas legales que operan en contra del espíritu, propósitos y objetivos de los derechos socioeconómicos. Si esto sucede, las cortes están obligadas a interpretar las normas (si son normas estatutarias) o a desarrollar las normas (si son normas de derecho común), para concordarlas con los derechos socioeconómicos y, posteriormente, están obligadas a resolver las controversias fundamentales sobre la base de las normas recientemente conceptualizadas.

Por último, las cortes pueden, por supuesto, no sólo hacer cumplir los derechos socioeconómicos a nivel constitucional, sino también en un segundo nivel ya que estos derechos han sido definidos por el poder legislativo o el ejecutivo y la administración estatal. Diferentes legislaturas de Sudáfrica, han promulgado una amplia gama de leyes que, de diferentes maneras, dan efecto a los derechos socioeconómicos. Además de crear instituciones y procesos para la aplicación de los *derechos socioeconómicos*, estas leyes establecen derechos socioeconómicos estatutarios, ejecutables por medio de las cortes. Ejemplos evidentes de esto, son las prerrogativas legales subjetivas de determinadas personas sobre determinadas cosas, como las prerrogativas estatutarias para definir los beneficios de la asistencia social que se pueden ejecutar contra el Estado¹¹ o los derechos a la tenencia de tierras, oponible a particulares¹². Los actos del Ejecutivo y la administración pueden, de la misma manera como en la legislación, convertir a los derechos constitucionales socioeconómicos en prerrogativas de segundo nivel jurídicamente exigibles, mediante la descripción de su contenido en las políticas o en las decisiones administrativas¹³.

11 Véase C. 2 de la Ley de Asistencia Social 59 de 1992, la cual crea para personas elegibles, prerrogativas para asistencia en pensión alimenticia para menores de edad, cuidado dependiente, crianza para menores de edad, discapacidad, veteranos de guerra, adultos mayores, ayuda médica y social en desastres.

12 Véase, por ejemplo, secciones 8(1) & 11(1), (2) & (3) de la Ley de Extensión de Tenencia de Tierras de 1997 (ESTA).

13 Para una descripción de este proceso, véase D. Brand 'Introduction to socio-economic rights in the South African constitution' (Introducción a los derechos socioeconómicos en la Constitución de Sudáfrica), en D. Brand & C. H. Heyns *Socio-economic rights in South Africa* (Derechos socioeconómicos en Sudáfrica), 2005, pp. 1, 16-17.

En términos prácticos, la amplia gama de poderes a disposición de las cortes, que se relaciona con los derechos socioeconómicos, evidentemente, aumentan su justiciabilidad. Para una Corte de comportamiento adverso resulta más difícil, de lo que en otros momentos debió ser el indicar ‘no es judicial’¹⁴, el alegar la incapacidad para tratar un conflicto socioeconómico que se ha presentado ante sí. Para una Corte más creativa y progresista, significa que hay una variedad de mecanismos a su disposición con que hacer frente a las disputas socioeconómicas que de otro modo podrían no aparecer como justiciables de forma evidente.

Un tercer aspecto de la Constitución, que refuerza la justiciabilidad de los derechos socioeconómicos, es su relativamente liberal acercamiento al sistema judicial y el acceso a las cortes. La Constitución permite que uno lleve conflictos constitucionales a las cortes, presentando asuntos en interés propio, en interés de otras personas incapaces de actuar en su propio nombre, en interés de un grupo o clase de personas, o, más ampliamente, en interés público¹⁵. Visto desde el antecedente de un sector de litigio de interés público bien desarrollado y activo en Sudáfrica, significa que hay gran potencial para que conflictos constitucionales litigables—incluyendo aquellos que implican derechos socioeconómicos— se presenten ante las cortes.

No es de extrañar que a la luz de estos tres factores, una variedad algo desconcertante de casos relacionados con derechos socioeconómicos hayan sido resueltos en las cortes sudafricanas. La forma más sencilla en la cual dar sentido a esta diversidad de jurisprudencia, es la adopción de la categorización propuesta por la sección 7(2) de la Constitución y mirar de forma separada los casos en los que las obligaciones de respetar, proteger o promover y cumplir, respectivamente, estuvieron en disputa. Yo lo hago en la revisión de la jurisprudencia que sigue. Por supuesto, esta clasificación no es en modo alguno absoluta pues hay un alto grado de superposición entre los diferentes tipos de casos, como de hecho existe entre las distintas obligaciones sobre la base de la cual se haya realizado la categorización¹⁶.

14 R. Cover, *Justice Accused: Anti-Slavery and the Judiciary Process* (Justicia Acusada: La Antiesclavitud y el Proceso Judicial), 1975, pp. 119-120.

15 Sección 38(1).

16 La distinción entre obligaciones positivas y negativas y entre las obligaciones de respetar, proteger y cumplir, ha demostrado no tener una base empírica ni una base de principios. Primero, casi la

1.2. Los casos

1.2.1. La obligación de respetar los derechos socioeconómicos

Las cortes sudafricanas han decidido, en primer lugar, un número de casos en los cuales la obligación de respetar los derechos socioeconómicos estuvo en disputa. La obligación de respetar los derechos socioeconómicos tiene tres elementos distintos: primero, requiere que el Estado y otros se abstengan de interferir en el ejercicio efectivo de los derechos de las personas. Segundo, cuando dicha interferencia es ineludible, se requiere la adopción de medidas para mitigar su impacto; y, tercero, se requiere que el Estado se abstenga de limitar el acceso a los derechos socioeconómicos. Abstención de interferir en el ejercicio efectivo de los derechos de las personas. Las cortes sudafricanas han actuado para prevenir la interferencia en el acceso efectivo de las personas a los recursos básicos en un gran número de casos. En primer lugar, para hacerlo, las cortes se han basado directamente en derechos socioeconómicos constitucionales, en un gran número de instancias.

En el caso *Despatch Municipality v Sunridge Estate and Development Corporation*¹⁷, la Corte Superior declaró que, a la luz de la sección 26(3) de la Constitución, sección la 3B de la Ley de Prevención de Ocupación Ilegal¹⁸, que permitía la demolición y remoción, incluso por parte del Estado, de albergues ilegales levantados en la tierra sin una orden judicial,

misma conducta del Estado puede ser descrita tanto como una infracción a una obligación positiva de cumplir un derecho como a una obligación negativa de respetarlo. De igual manera, un elemento de la obligación supuestamente negativa de respetar derechos –la obligación de mitigar la interferencia en el ejercicio de un derecho en donde dicha interferencia es inevitable– claramente requiere que el Estado actúe, en lugar de dejar de actuar. Segundo, la distinción en consecuencia sobre la base de la cual se ha dicho que es menos problemático para las cortes hacer cumplir las obligaciones negativas que las positivas, tampoco se sostiene. El hacer cumplir una obligación negativa contra el Estado, genera tantos gastos de recursos como el hacer cumplir una obligación positiva. El hacer cumplir una obligación negativa, también potencialmente requiere que una corte interfiera tan profundamente en los poderes del quehacer político del ejecutivo y el legislativo, así como lo hace el hacer cumplir una obligación negativa.

17 1997 4 SA 596 (SE).

18 Ley 52 de 1951.

era ‘no estaba más en vigencia’, invalidando efectivamente dicha provisión¹⁹. En casos más recientes, *Jaftha v Schoeman*; *Van Rooyen v Stoltz*²⁰, la Corte Constitucional encontró que las provisiones de la Ley de Cortes de Magistrados²¹, que permitían sin una supervisión adecuada, la venta en ejecución de la vivienda de una persona para satisfacer una deuda judicial, violó, sin justificación²², la obligación negativa de respetar el derecho de cada uno a tener acceso a vivienda adecuada. La Corte procedió a interpretar el estatuto para hacer provisiones para una supervisión judicial apropiada²³. Finalmente, en el caso *Ross v South Peninsula Municipality*²⁴, un ejemplo de un caso en el que la conducta del Estado fue interpelada como una violación de la obligación de respetar un derecho socioeconómico, la Corte Superior de El Cabo se sustentó de forma directa en la sección 26(3) de la Constitución, para denegar a una autoridad local una orden de desalojo, ya que el otorgamiento de dicha orden no habría sido justo ni equitativo en todas las circunstancias²⁵.

Sin embargo, más frecuente que contar con los derechos constitucionales socioeconómicos directamente, para prevenir la interferencia en el acceso a los recursos básicos, las cortes han hecho cumplir este elemento de la obligación de respetar los derechos socioeconómicos, en la forma en que ha sido concebido por el legislador. La legislatura sudafricana en la última década ha promulgado una serie de leyes destinadas, fundamentalmente, a proteger el acceso existente de las personas a los recursos básicos: se piensa aquí en las leyes de tenencia de tierras como la Prevención de Desalojo Ilegal y la Ley

19 *Despatch* (Despacho) (n 17 precedente) 611B-C/D. La Ley de Prevención de la Ocupación Ilegal ha sido rechazada en su totalidad. Véase sección 11(1) con relación al Anexo I de la Ley de Prevención del Desalojo Ilegal y la Ley de Ocupación Ilegal de Tierras, 19 de 1998.

20 (2005) 1 BCLR 78 (CC).

21 Sección 66(1)(a) de la Ley de Cortes de Magistrados, 32 de 1944.

22 La posible justificación de esta violación, fue considerada por la Corte en términos de la sección 36(1) del test de proporcionalidad; *Jaftha* (n 20 precedente) párr. 34. Véase al respecto la sección 3.3.2 en el texto.

23 *Jaftha* (n 20 precedente) párr. 61-64.

24 (2000) 1 SA 589 (K).

25 *Ross* fue vencido por la Corte Suprema de Apelación en *Brisley v Drotosky* (2002) 4 SA 1 (SCA). Sin embargo, se mantiene como un ejemplo en el cual la interferencia de la conducta del Estado en el ejercicio actual de un derecho socioeconómico, fue puesta a prueba y encontrada sospechosa.

de Ocupación Ilegal de Tierras²⁶ y la Ley de Servicios de Agua²⁷, que regula las circunstancias bajo las cuales y la manera en la cual el abastecimiento de agua del hogar puede ser desconectado, también por el Estado. Las cortes se han mostrado particularmente activas en la aplicación de las disposiciones antidesecho de la legislación de tenencia de tierras contra el Estado²⁸, pero también han existido algunos litigios exitosos basados en la protección otorgada por la Ley de Servicios de Agua²⁹.

- Mitigación de los efectos de las interferencias en el ejercicio de los derechos socioeconómicos

La obligación de respetar los derechos socioeconómicos, por supuesto, no prohíbe en absoluto al Estado interferir en el ejercicio eficaz de tales derechos; existen muchas instancias en las que simplemente es inevitable para el Estado hacerlo, a menudo para promover el interés público, en alguna medida, o para proteger los derechos de los demás. En tales casos, la obligación de respetar exige que se haga un esfuerzo para mitigar el efecto de la interferencia en el ejercicio del derecho en cuestión, mediante la provisión de alguna forma alternativa de acceso al mismo. Este elemento de la obligación de respetar los derechos socioeconómicos es potencialmente oneroso y a menudo requiere el gasto de recursos importantes y significativos ajustes en la política. Sin embargo, nuestras cortes han demostrado estar dispuestas a hacer cumplir esta obligación de forma estricta.

Una vez más, las cortes lo han hecho, primero, en muchos casos, basándose directamente en los derechos constitucionales socioeconómicos. En *Modderfontein Squatters v Modderklip Boerdery (Pty) Ltd.*³⁰, la Corte Suprema de Apelación tuvo que hacer frente a una demanda presentada por un titular de una tierra, en la cual el Estado fue obligado constitucionalmente, a fin de proteger de manera efectiva el derecho constitucional a la propiedad, a hacer

26 n 18 precedente.

27 Ley 108 de 1997.

28 Para una reciente revisión, véase P. De Vos, 'The right to housing' (El derecho a la vivienda), en Brand & Heyns, (n 13 precedente) 85.

29 *Residents of Bon Vista Mansions v Southern Metropolitan Council* 2002 6 BCLR 625 (W).
30 (2004) 6 SA 40 (SCA).

cumplir y llevar a cabo una orden de desalojo que él había obtenido en términos de la sección 4 de PIE en contra de un gran grupo de invasores que ocupaban ilegalmente sus tierras. La Corte sostuvo que el Estado estaba obligado, de hecho, a proteger el derecho a la propiedad del actor en contra de la invasión de ocupantes ilegales³¹. Sin embargo, al mismo tiempo, el Estado estaba obligado a proteger el derecho de los ocupantes ilegales a tener acceso a una vivienda adecuada³². En cuanto a los hechos del caso particular, la Corte sostuvo que esto significaba que el Estado, al ejecutar la orden de desalojo contra los ocupantes ilegales, tendría que actuar ‘humanamente’. Esto significaba, entre otras cosas, que el Estado no podía desalojar a los ocupantes ilegales a menos que ‘proveyera de una tierra [alternativa]’³³. Esta conclusión llevó a la Corte a ordenar eventualmente al Estado a pagar daños y perjuicios a Modderklip, para reparar la infracción de su derecho a la propiedad y su falta de protección contra esta violación³⁴, y *para permitir a los ocupantes ilegales permanecer en la tierra de Modderklip hasta que el Estado ponga una tierra alternativa a disposición de ellos*³⁵. En efecto, la orden requirió que el Estado adquiriera la tierra a fin de que los ocupantes puedan permanecer allí, sin continuar infringiendo los derechos de propiedad de *Modderklip Boerdery*³⁶.

Las cortes también han aplicado este elemento de la obligación de respetar los derechos socioeconómicos, con el mismo efecto que le ha dado la legislatura. Las leyes de tenencia tierras referidas anteriormente, nuevamente proveen un buen ejemplo de cómo esta obligación constitucional se ha traducido en una especie de derecho. Estas leyes, en algunas instancias, exigen a las cortes considerar qué extensión de tierra alternativa habitable está disponible para los desalojados antes de conceder una orden de desalojo, y una orden de desalojo puede ser denegada si esta opción alternativa está ausente³⁷.

31 *Ibidem*, párr. 21.

32 *Ibidem*, párr. 22.

33 *Ibidem*, párr. 26.

34 *Ibidem*, párr. 43 y 52. El monto de daños y perjuicios debe ser determinado por cuerda separada (párr. 44).

35 *Ibidem*.

36 Aunque expresamente se indica que no será apropiado para el efecto ordenar al Estado expropiar la tierra en cuestión (*idem* párr. 41), la Corte lo pone de manifiesto que, a la luz de su orden, la expropiación de la tierra, podría ser un asunto sensible de realizar para el Estado (párr. 43).

37 Respecto de ESTA (n 12 precedente), véanse secciones 9(3)(a), 10(2) & (3) & 11(3); con respecto de PIE (n 19 precedente), véase sección 6(3)(b).

Un reciente caso resuelto en términos de PIE, ilustra el alcance y la naturaleza de este aspecto de la obligación de respetar los derechos socioeconómicos, en el contexto de la protección legal de esos derechos. En *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers*³⁸, el Estado había aplicado por una orden para desalojar a los ocupantes ilegales de tierras de propiedad privada, en términos de la sección 6 del PIE. La sección 6 permite a una Corte conceder esa orden, pero sólo si es justo y equitativo el hacerlo, teniendo en cuenta diversos factores, tales como 'la disponibilidad para el ocupante ilegal de un alojamiento alternativo adecuado o de tierra'³⁹. La Corte Constitucional confirmó la decisión de la Corte Suprema de Apelación, denegando la orden de desalojo⁴⁰. La Corte sostuvo que la sección 26 (3) de la Constitución, por intermedio de la sección 6 del PIE, requirió del Estado, cuando se trata de desalojos, proporcionar alojamiento alternativo adecuado a los desalojados. Esta obligación no se aplicaría en todos los casos de desalojo patrocinados por el Estado⁴¹. La Corte tendrá que decidir si hacer cumplir o no esta obligación, considerando 'la dinámica propia de cada caso, sus propios elementos irresolubles (al menos por el momento), y sus propias posibilidades creativas, que han de ser exploradas en la medida en que sea razonablemente posible'⁴². Para decidir si se aplica o no tal obligación, la Corte examinó en términos generales la posición y la conducta de los ocupantes, la conducta de la municipalidad en la gestión del problema y la conducta de los propietarios de las tierras en cuestión. El hecho de que los ocupantes en este caso habían vivido en el terreno en cuestión durante un largo tiempo⁴³; que se verían gravemente afectadas por cualquier desalojo⁴⁴; que habían ocupado la tierra, no

38 2004 (12) BCLR 1268 (CC).

39 PIE (19 precedente), sección 6(3)(c).

40 La decisión de la Corte Suprema de Apelación se reportada como *Baartman v Port Elizabeth Municipality*, 2004 (1) SA 560 (SCA).

41 *PE Municipality* (n 38 precedente), párr. 58: 'La disponibilidad de adecuado alojamiento alternativo es una de las consideraciones cuando se determina si es justo y equitativo desalojar a los ocupantes ilegales, mas no es el elemento determinante'. Véase además párr. 28: 'No existe, por lo tanto, una obligación no calificada en las autoridades locales, para asegurar que en ninguna circunstancia, un hogar deba ser destruido a menos que se ponga a disposición alojamiento o tierra alternativa'.

42 *Ibidem*, párr. 31.

43 *Ibidem*, párr. 27, 28, 49 y 59.

44 *Ibidem*, párr. 30 y 59.

para obligar a la municipalidad a proporcionarles, con preferencia a otros, tierras alternativas cuando sean eventualmente desalojados, sino porque habían sido expulsados de otros lugares y no tenían otro lugar a donde ir⁴⁵; que no había ‘ninguna prueba de que la municipalidad o los propietarios de la tierra necesitaran desalojar a los ocupantes, a fin de disponer la tierra para otros usos productivos’⁴⁶ y que la municipalidad no ha hecho ningún esfuerzo serio para llegar a una solución amigable del asunto, sino que se ha apresurado a solicitar una orden de desalojo y ha actuado de manera unilateral⁴⁷, condujo a la Corte a la conclusión de que una orden de desalojo no puede ser concedida a menos de que se provea de un terreno alternativo o alojamiento adecuados. La municipalidad había ofrecido permitir a los ocupantes trasladarse a dos posibles sitios alternativos. Sin embargo, la Corte determinó que ninguno de esos sitios era adecuado, principalmente porque la municipalidad no podía garantizar a los desalojados la tenencia de tierras si eran trasladados allí⁴⁸. Como resultado, se les permitió a los ocupantes permanecer en el terreno en cuestión⁴⁹.

- *Abstenerse de limitar el acceso a los derechos socioeconómicos*

La obligación de respetar el derecho a la alimentación también es violada, si el Estado pone obstáculos en el camino a que las personas tengan acceso a los recursos básicos, o en el camino de las personas para mejorar su nivel actual de acceso a tales recursos. La manera más evidente en que el Estado puede fallar en esta obligación, es si de forma arbitraria se niega a proveer el acceso a un recurso básico que tiene la capacidad de proporcionar. En, por ejemplo, *Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal*⁵⁰, el actor, que sufría de insuficiencia renal y una variedad de otras enfermedades que amenazaban su vida, alegó que el Estado estaba obligado constitucionalmente a proporcionarle el tratamiento regular de diálisis. La Corte Constitucional

45 *Ibidem*, párr. 49 y 55.

46 *Ibidem*, párr. 59.

47 *Ibidem*, párr. 45, 55-57 y 59.

48 *Ibidem*, párr. 58.

49 *Ibidem*, párr. 59.

50 1998 (1) SA 765 (CC).

invocó la sección 27 (3) de la Constitución, el derecho a que no se niegue el tratamiento médico de emergencia, para imponer una obligación al Estado de no denegar de forma arbitraria el acceso al mencionado tratamiento, en los lugares en donde existe. Sin embargo, en los hechos del caso particular, consideró que el Estado era incapaz de proporcionar el tratamiento a todas las personas que lo necesitaran, y que no había negado el acceso al tratamiento al actor de forma arbitraria sino de acuerdo con un conjunto de criterios racionales, aplicados honestamente⁵¹.

Tal vez una manera menos evidente en que este elemento de la obligación de respetar puede ser violado por el Estado, se da cuando el Estado limita el acceso a los recursos básicos en razón de su ineficiencia administrativa. En *Mashava v The President of the Republic of South Africa*⁵², la Corte Constitucional confirmó una orden de la Corte Suprema en la que, una proclamación presidencial⁵³ que trasladaba la administración de la Ley de Asistencia Social⁵⁴ a los gobiernos provinciales, no era válida. Aunque la validez de la proclamación fue impugnada bajo el argumento de que el Presidente no era competente para hacer la transferencia⁵⁵, en términos de las disposiciones transitorias de la Constitución y el traslado de los poderes legislativo y ejecutivo entre las provincias y el gobierno nacional, el caso fue motivado por el hecho de que el traslado dio como resultado la afectación del derecho de acceso a la asistencia social de personas elegibles para la asistencia social. El demandante era una persona indigente discapacitada que había solicitado y había obtenido una subvención de discapacidad, pero que, por un período de más de un año después de su aplicación exitosa, no recibió la subvención del Departamento de Salud y Bienestar de Limpopo⁵⁶. Es evidente que la falta de pago al demandante, de la subvención a la que tenía derecho, fue causada por la incapacidad administrativa del Departamento de Salud y Bienestar Social Provincial y por el hecho de que la administración del sistema

51 *Ibidem*, párr. 24-29.

52 2004 (12) BCLR 1243 (CC).

53 Proclamación R7 de 1996, *Government Gazette* (Gaceta Gubernamental) 16992 GN R7, 23 febrero 1996. La asignación fue hecha en términos de la sección 235 de la Constitución interina.

54 n 11 precedente.

55 *Mashava* (n 52 precedente), párr. 1.

56 *Ibidem*, párr. 9.

de bienestar social en la provincia estaba lamentablemente baja de recursos, debido a las ‘demandas de reasignación de los fondos de asistencia social a otros propósitos [provinciales]’⁵⁷. El demandante alegó que la Ley de Asistencia Social (y el pago de su subvención por discapacidad) podía ser administrada, de manera más eficiente y sobre una base más equitativa, por el gobierno nacional antes que por las provincias. Como resultado de ello, la transferencia de la administración de la Ley de Asistencia Social a las provincias constituye una alteración negativa del derecho a tener acceso a la asistencia social. En efecto, por lo tanto, la decisión de la Corte Constitucional que invalida la transferencia, es una decisión a la que el Estado debe dar cumplimiento en virtud de la obligación de respetar el derecho a tener acceso a la asistencia social, mediante la eliminación de un impedimento para su ejercicio efectivo.

1.2.2. El deber de proteger los derechos socioeconómicos

El deber de proteger los derechos socioeconómicos requiere del Estado la protección del ejercicio de esos derechos, y la capacidad de las personas para mejorar el ejercicio de esos derechos o para tener acceso al disfrute de esos derechos, contra la injerencia de terceros. La mayoría de las cortes hacen cumplir esta obligación de forma más obvia, cuando interpretan y aplican la legislación y los actos ejecutivos/administrativos, que busca proteger el acceso a los recursos básicos: regulación dirigida a permitir el acceso a estos recursos –la regulación actual del Estado en cuanto a la vivienda de alquiler⁵⁸ y desarrollo de la tierra⁵⁹ vienen a la mente como ejemplos–; regulación destinada a establecer estándares en materia de seguridad y calidad en la prestación de servicios y productos, o la regulación de los casos en que los particulares pueden interferir en el ejercicio de los derechos socioeconómicos (aquí podemos poner como ejemplo, las leyes que protegen la tenencia de tierra en contra del desalojo privado).

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 10.

⁵⁸ Véase Ley de Vivienda de Alquiler, 50 de 1999.

⁵⁹ Véase por ejemplo, la Ley de Facilitación del Desarrollo, 67 de 1995, la cual, entre otras cosas, pretende simplificar y de esta forma acelerar el desarrollo de la tierra para propósitos de provisión de vivienda de bajo costo.

Pero las cortes pueden, en una serie de aspectos importantes, también actuar por iniciativa propia a fin de proteger los derechos socioeconómicos. En primer lugar, las cortes pueden proteger los derechos socioeconómicos decidiendo sobre impugnaciones constitucionales y de otro tipo, para establecer medidas que se destinan a promover esos derechos⁶⁰. Esta función protectora de las cortes se ha ilustrado en el caso *Minister of Public Works v Kyalami Ridge Environmental Association*⁶¹. En este caso, una decisión del Estado para albergar temporalmente, a las víctimas indigentes de las inundaciones, en las tierras (de propiedad estatal) de una prisión a las afueras de Johannesburgo, fue impugnada por los propietarios de inmuebles de los alrededores, invocando una violación de sus derechos de justicia administrativa. La impugnación estuvo, en parte, basada en el argumento de que la decisión era ilegal, ya que el Ministro de Obras Públicas no tenía autoridad legal para tomar tal decisión. La Corte rechazó este argumento, en primer lugar porque consideró que el Ministro tenía la potestad necesaria para adoptar la decisión, en virtud del derecho del Estado como dueño de la propiedad, manifestado en el derecho común⁶², y luego, porque la decisión se adoptó en cumplimiento del deber constitucional de proporcionar vivienda a aquellos en necesidades extremas⁶³. Del mismo modo, en *City of Cape Town v Rudolph*⁶⁴, la Corte Suprema de El Cabo rechazó la impugnación constitucional basada en el derecho a la propiedad, de la ley de tenencia de tierras, PIE⁶⁵. La Corte sostuvo que PIE no autorizaba, ni la privación arbitraria⁶⁶ ni la expropiación de los bienes⁶⁷, y, como tal, no infringió los derechos de propiedad. La decisión se basa en parte en la conclusión de que el Estado no sólo fue autorizado, sino probablemente obligado por la Constitución a pro-

60 Véase, en general, C. H. Heyns, 'Extended medical training and the Constitution: Balancing civil and political rights and socio-economic rights' (El entrenamiento médico ampliado y la Constitución: Nivelando los derechos civiles y políticos y los derechos socioeconómicos), 1997, 30 *De Jure* 1.

61 2001 (3) SA 1151 (CC).

62 *Ibidem*, párr. 40.

63 *Ibidem*, párr. 37-40.

64 2004 (5) SA 39 (C).

65 n 19 precedente.

66 *Rudolph* (n 64 precedente) 72J & 74G.

67 *Ibidem*, 73F.

mulgar leyes como la PIE, a fin de hacer efectivo el derecho a tener acceso a una vivienda adecuada y la prohibición de desalojos arbitrarios⁶⁸.

Las cortes también pueden proteger los derechos socioeconómicos por medio del ejercicio de sus poderes legislativos, al interpretar las leyes y al desarrollar las normas del derecho común. Como se ha señalado anteriormente, las cortes están constitucionalmente obligadas a interpretar la legislación y elaborar normas de derecho común de tal manera que el 'espíritu, propósito y objetivos' de la carta de derechos se promuevan⁶⁹. Las cortes, en otras palabras, son necesarias para incorporar a la legislación y al derecho común el sistema de valores que subyace en la Constitución; para leer los derechos en la Carta de Derechos y los valores subyacentes en la legislación vigente. Esta facultad de las cortes de hacer cumplir constitucionalmente la ley existente (común y estatutaria) es potencialmente una forma muy importante en la cual, los derechos socioeconómicos pueden ser desarrollados. En una economía de propiedad privada, los antecedentes normativos, estatutarios y de derecho común, sobre la propiedad y las transacciones determinaron centralmente el acceso y la distribución de los recursos básicos⁷⁰. A pesar que el desarrollo de los derechos socioeconómicos constitucionales, concebido como la forma para establecer nuevas y exclusivas garantías con soporte constitucional, es un importante esfuerzo en sí mismo, también es crucial explorar todo el potencial transformador de los derechos socioeconómicos, que contiene un compromiso crítico, también con estos antecedentes normativos de derecho común. En Sudáfrica, algunos de estos antecedentes normativos de derecho común, han sido, por supuesto, adaptados significativamente por medio de la legislación: el impacto de las diferentes leyes de tenencia de tierras en los derechos de propiedad privada es un ejemplo de ello⁷¹. Sin embargo,

68 *Ibidem*, 74H-75J.

69 Véase sección 39(1) de la Constitución.

70 Williams, (n 8 precedente) pp. 575-577. Véase al respecto también A. Sen *Poverty and famines. An essay on entitlement and deprivation* (Pobreza y hambre. Un ensayo sobre derechos y privaciones), 1981, p. 166; quien escribe que el acceso al alimento (y yo puedo agregar otros recursos básicos) está más importantemente determinado por 'un sistema de relaciones legales (derechos de propiedad, obligaciones contractuales, intercambios legales, etc.)', y que estas relaciones legales, o la ley por sí misma, casi literalmente 'están entre' dichos recursos y aquellos que necesitan desesperadamente de ellos.

71 A. J. Van der Walt, 'Exclusivity of ownership, security of tenure, and eviction orders: A model to evaluate South African land reform legislation' (Exclusividad de la propiedad, seguridad de tenencia

las cortes mantienen una responsabilidad importante para ampliar la protección que ofrecen los derechos socioeconómicos en las leyes ‘ordinarias’, mediante sus facultades de interpretación de la legislación y el desarrollo del derecho común.

Las cortes han participado decididamente junto con la legislación en los intentos de ampliar la protección de los derechos socioeconómicos. Así, por ejemplo, la Ley de Reforma Agraria (Aparcería Agrícola)⁷² y la Ley de ESTA⁷³, ambas destinadas a proteger los derechos informales a la tierra contra la interferencia de particulares, en varios aspectos han sido interpretadas por las cortes para que su protección se extienda también a otros derechos, tales como el derecho a la alimentación⁷⁴. Además, la decisión de la Corte Constitucional en *Jaftha v Schoeman*⁷⁵ ofrece un ejemplo interesante de cómo las cortes pueden, cuando se trata de la legislación, promover el deber de proteger los derechos socioeconómicos. En *Jaftha*, la Corte consideró las disposiciones de la Ley de Cortes de Magistrados⁷⁶ que autorizaba, en determinadas circunstancias, sin el debido control judicial, la venta en ejecución de la casa de un deudor para cumplir una sentencia por deudas. Sobre la base de la sección 26 (1) –derecho de toda persona a tener acceso a una vivienda adecuada–, la Corte,

de tierras y órdenes de desalojo: Un modelo para evaluar la reforma legislativa de tierras en Sudáfrica, 2002, *Journal for South African Law* (Periódico de Leyes de Sudáfrica) 254.

72 Ley 3 de 1996.

73 n 12 precedente.

74 La Corte de Demandas de Tierra, en un número de casos que tienen que ver con ESTA (n 12 precedente) o con la Ley de Reforma Agraria (n 72 precedente), por ejemplo, ha interpretado el término ‘desalojo’ ampliamente de tal suerte que el mismo abarca no sólo la interferencia con la ocupación de tierras para propósitos de asilo, sino también con la interferencia con actividades en la tierra mediante las cuales la gente se gana el acceso a la alimentación (por ejemplo, derechos de pastoreo y riego). Véase, por ejemplo a este respecto, sobre ESTA, *Ntshangase v The Trustees of the Terblanché Gesin Familie Trust* [2003] JOL 10996 (LCC) párr. 4; y, sobre la Ley de Reforma Agraria, *Van der Walt v Lang* 1999 1 SA 189 (LCC) párr. 13 and *Zulu v Van Rensburg*, 1996 4 SA 1236 (LCC) 1259. Véase también *In re Kranspoort Community*, 2000 2 SA 124 (LCC) (La Corte de Demandas de Tierra interpreta el término ‘derechos sobre la tierra’ en la Ley de Restitución de Derechos Sobre la Tierra, 22 de 1994 para incluir también ‘ocupación benéfica’, de tal suerte que el uso de la tierra a largo plazo para propósitos de pastoreo y cultivo, también constituye un derecho sobre la tierra que puede ser reclamado).

75 n 20 precedente.

76 n 21 precedente. Véase sección 66(1)(a).

mediante una combinación de interpretación y lectura textual de la ley, adaptó la Ley a fin de que la casa de un deudor que se encuentre en litigio, sólo pueda ser vendida en ejecución, si una corte así lo ha ordenado de forma específica después de considerar todas las circunstancias relevantes⁷⁷. *Jaftha* fue discutido y decidido sobre la base de la obligación negativa de respetar el derecho a tener acceso a una vivienda adecuada⁷⁸. Sin embargo, en efecto, la orden de la Corte asciende a una instancia de interpretación de la legislación, por medio de la cual la Corte introduce dentro de la ley de Cortes de Magistrados una medida de *protección* para el derecho a la vivienda: la Corte dio cumplimiento a su deber de proteger ese derecho.

Las cortes han sido mucho menos activas en su participación en el derecho común, para mejorar la protección de los derechos socioeconómicos, de lo que lo han sido con respecto a la legislación. En los pocos casos en que se ha solicitado a las cortes que desarrollen el derecho común, a fin de mejorarlo para dar efecto a los derechos socioeconómicos, ellas han declinado. En *Afrox Healthcare BPK v Strydom*⁷⁹, la Corte Suprema de Apelación fue invitada a desarrollar el derecho común de contratos, de modo que las renunciaciones en los contratos de admisión en un hospital, que les permitía a los hospitales evadir su obligación de indemnizar a los usuarios en caso de demandas de daños y perjuicios basadas en la negligencia de su personal, son consideradas como cláusulas que se encuentran en conflicto con el interés público y, por tanto, inaplicables. El argumento era que dichas renunciaciones tenían como efecto, dejar a los pacientes sin protección adecuada contra las conductas no profesionales en dichos hospitales, y que tal situación constituye un menoscabo del derecho de acceso a servicios de atención en salud⁸⁰. Este argumento fue rechazado, y la posición del derecho común permaneció intacta⁸¹. Igualmente, en *Brisley*

77 *Jaftha* (n 20 precedente) párr. 61-64 y 67. Los factores que la Corte listó, a ser considerados, son: 'las circunstancias en las cuales se incurrió en la deuda; (...) intentos hechos por el deudor para pagar la deuda; la situación financiera de las partes; el monto de la deuda; si el deudor estaba empleado o tenía una fuente de ingresos para pagar la deuda y cualquier otro factor relevante para los (...) hechos del caso'; párr. 60. (El subrayado es mío.).

78 *Ibidem*, párr.. 17, 31-34 y 52.

79 2002 (6) SA 21 (SCA).

80 *Ibidem*, párr. 21.

81 Para críticas sobre el aspecto de esta sentencia, véase D. Brand, 'Disclaimers in hospital admission contracts and constitutional health rights' (Renunciaciones en los contratos de admisiones hospitalarias)

*v Drotsky*⁸², la Corte se negó a desarrollar el derecho común de desalojo, de acuerdo con la sección 26 (3) de la Constitución. Un ejemplo de que las cortes estuvieron dispuestas a desarrollar el derecho común a fin de proteger los derechos socioeconómicos, es el caso del *Permanent Secretary, Department of Welfare, Eastern Cape v Ngxuzza. Ngxuzza*⁸³ se trató de una demanda de acción de clase, presentada en virtud de la sección 38 de la Constitución por un número de beneficiarios de asistencia social para el reintegro de las subvenciones otorgadas por discapacidad, que fueron ilegalmente terminadas por la provincia del Cabo del Este. La Corte a quo otorgó licencia a los demandados en el caso para proceder con dicha demanda de acción de clase. La provincia apeló contra dicha licencia ante la Corte Suprema de Apelación. La Corte Suprema de Apelación, en ausencia de una forma legislativa que haya sido otorgada a la disposición de la sección 38 para las acciones de clase, procedió a desarrollar el derecho común, con relación a la capacidad para adoptar disposiciones respecto de esas demandas. Aunque sin duda la decisión abre la puerta a demandas de acción de clase, cuando cualquier derecho constitucional esté en juego, dicha decisión es de fundamental importancia para la protección especial de los derechos socioeconómicos. Como el Juez de apelación Cameron (cargo que ejercía entonces), afirma de la sentencia dictada por la Corte: “La ley es un recurso escaso en Sudáfrica. Este caso demuestra que la justicia es aún más difícil de encontrar. Se trata de la forma en la que a los más pobres de los pobres se les ha de permitir el acceso a ambas”⁸⁴.

y derechos constitucionales de la salud), 2002, 3:2 *ESR Review* (Revista ESR)17-18; PA Carstens & JA Kok ‘An assessment of the use of disclaimers against medical negligence by South African hospitals in view of constitutional demands, foreign law and medico-legal considerations’ (Una evaluación del uso de las renunciaciones contra negligencias médicas por hospitales Sudafricanos desde el punto de vista de las demandas constitucionales, derecho internacional y consideraciones médico-legales), 2003, 18 *SA Public Law* (Derecho Público de SA) 430; D Tladi ‘One step forward, two steps back for constitutionalising the common law: *Afrox Health Care v Strydom*’ (Un paso adelante, dos pasos atrás para la constitucionalización del derecho común: *Afrox Health Care v Strydom*), 2002, 17 *SA Public Law* (Derecho Público de SA) 473.

82 2002 (4) SA 1 (SCA).

83 2001 (4) SA 1184 (SCA).

84 *Ibidem*, párr. 1.

1.2.3. El deber de cumplir con los derechos socioeconómicos⁸⁵

El deber de cumplir con los derechos socioeconómicos requiere del Estado “adoptar las medidas apropiadas: legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, de promoción y otras”⁸⁶, para que el acceso a los recursos básicos sea ampliado y mejorado; en suma, debe actuar positivamente para la realización de los derechos. El Estado viola el deber de cumplir, no cuando invade el eficaz ejercicio de los derechos socioeconómicos, sino cuando no hace lo suficiente o no hace todas las cosas apropiadas para realizar plenamente estos derechos. Para que las cortes puedan hacer cumplir la obligación de cumplir, se requiere directamente de ellas evaluar la política estatal y su práctica, para decidir si son o no las medidas adecuadas para la realización de los derechos socioeconómicos en cuestión. Como tales, este tipo de casos sobre derechos socioeconómicos, son los más difíciles de decidir por las cortes.

Sin embargo, la Corte Constitucional de Sudáfrica ha decidido hasta la fecha cuatro de aquellos prominentes ‘casos de deber de cumplir’. El primero, *Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal*⁸⁷, fue también la primera decisión de la Corte relacionada con derechos socioeconómicos. En este caso, un hombre indigente que sufría de insuficiencia renal aguda y una variedad de otras enfermedades graves, solicitó una orden para que el hospital del estado, a su costo, fuera obligado a proveerle del tratamiento de diálisis renal que él regularmente necesitaba para mantenerse vivo. El hospital en cuestión se había negado a hacerlo, ya que sólo tenía una capacidad limitada para proporcionar el tratamiento de diálisis renal, ante una demanda ilimitada que obligaba a racionar el acceso. Desde este punto de vista, el hospital ofrecía el tratamiento sólo a aquellos pacientes que tuvieran cura: en efecto aquellos pacientes que eran candidatos a trasplante de riñón. El señor Soobramoney no era uno de estos candidatos. Su demanda fue rechazada por la Corte Su-

85 Yo discuto que las obligaciones de promover y cumplir son una sola obligación, aunque varias interpretaciones de que la obligación de promover es distinta a la obligación de cumplir han sido propuestas.

86 Comentario General No. 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*El derecho al más alto estándar de salud posible (art. 12 del Convenio)* UN Doc E/C 12/2000/4), párr. 33.

87 n 50 precedente.

perior. En la apelación la Corte Constitucional determinó que la negativa del hospital a proporcionar el tratamiento (y, por extensión, su decisión política de no proporcionar el tratamiento a pacientes con insuficiencia renal incurable en un sentido más amplio), no violaba la sección 27 (3), derecho de toda persona a que no se le niegue el tratamiento médico de emergencia, ni la sección 27 (1), derecho de toda persona a tener acceso a los servicios de salud, y también rechazó la demanda. La Corte razonó que la capacidad de diálisis del hospital era en efecto limitada y que los criterios que había elegido, para escoger cómo racionar el acceso al tratamiento fueron racionalmente concebidos, en sentido general, y fueron aplicados de buena fe al señor Sobramoney, de manera en particular⁸⁸.

En el siguiente caso de ‘deber de cumplir’ –*Government of the Republic of South Africa v Grootboom*⁸⁹–, un grupo de personas sin hogar que recientemente había sido desalojado por una autoridad local de sus chozas, se acercó a la Alta Corte para que se dicte una orden que señale que el Estado estaba obligado a proporcionarles refugio temporal hasta el momento en que fueran capaces de encontrar una vivienda más permanente. La Alta Corte concedió la orden, argumentando que los niños del grupo tenían, en términos de la sección 28 (1) (c), derecho a la vivienda, derecho a ser provistos de vivienda a costo del Estado y que sus padres debían ser provistos de vivienda junto con ellos, toda vez que separarlos de sus padres no iría en favor de su interés superior, al contrario de lo dispuesto en la sección 28, que establece que el interés superior del niño debe ser primordial en todas las decisiones que afectan a los niños⁹⁰. En la apelación ante la Corte Constitucional, la difícil situación del grupo de los reclamantes fue resuelta, teniendo en cuenta que el Estado había llegado a un acuerdo con ellos en términos de que se les proporcionó refugio temporal de un nivel aceptable. Como consecuencia, sólo la cuestión constitucional subyacente –en términos generales, si el Estado estaba o no obligado a proporcionar a las personas sin hogar vivienda temporal– seguía estando ante la Corte.

Basándose en la sección 26 (1), derecho de toda persona a tener acceso

88 *Ibidem*, párr. 22-29.

89 2001 (1) SA 46 (CC).

90 *Grootboom v Oostenberg Municipality* 2000 3 BCLR 277 (C).

a una vivienda adecuada, la Corte declaró que el Estado tenía un deber legal, de al menos, tener un plan en términos de cómo hacer frente a la difícil situación de las ‘personas absolutamente desposeídas’, como la comunidad de Grootboom. Un examen de la política de vivienda del Estado reveló en aquel momento, que ésta estaba concentrada en proveer vivienda de largo plazo, plenamente adecuada, de bajo costo y, de hecho, no tuvo en cuenta las necesidades básicas de las personas sin hogar necesitadas de refugio temporal. La Corte declaró inconstitucional la política de vivienda del Estado en la medida en la que ésta no previó la necesidad de las personas sin hogar.

*Minister of Health v Treatment Action Campaign*⁹¹ trataba de la adecuación de los esfuerzos del Estado para prevenir la propagación del VIH, en particular la transmisión del VIH de madres a sus recién nacidos en el momento del nacimiento. Los estudios realizados por la Organización Mundial de la Salud y, de hecho, por el propio Consejo de Control de Medicamentos de Sudáfrica, demostraron que la administración de una dosis única del medicamento antirretroviral Nevirapina, a la madre y el niño en el momento del nacimiento, previene de forma segura la transmisión de madre a hijo del VIH, en la gran mayoría de los casos. Sin embargo, el Estado se negó a proporcionar la medicina para este fin en las instalaciones de salud pública, eligiendo en su lugar, disponer su uso en un pequeño número de centros piloto para un período no divulgado, antes de decidir si se ponía o no a disposición general. La Campaña de Acción pro Tratamiento, un organismo que cubría un colectivo de ONG y movimientos sociales que abogan por una mejor prevención y opciones de tratamiento para el VIH/SIDA, después de un período de prolongadas negociaciones y actividades de promoción, se acercó a la Alta Corte con el fin de obtener una orden para que el Estado disponga de Nevirapina en todos los centros públicos de salud donde mujeres embarazadas daban a luz, a fin de evitar la transmisión del VIH de madre a hijo, y para que se elabore un plan general para prevenir la transmisión madre a hijo de VIH. La Alta Corte concedió la orden. En la apelación ante la Corte Constitucional, esta orden fue confirmada en lo esencial. La Corte sostuvo que la negativa del Estado, para que la Nevirapina esté disponible ampliamente y el hecho de que no tuviera un plan para hacer frente a la transmisión

91 2002 (5) SA 721.

madre a hijo del VIH, violó el artículo 27 (1), derecho a que las madres indigentes y sus recién nacidos bebés tengan acceso a servicios de atención médica. A la luz de la aprobación de la OMS de Nevirapina, para impedir la transmisión del VIH de madre al hijo y a la certificación dicho medicamento, para tal efecto, del Consejo de Control de Medicamentos de Sudáfrica, la Corte rechazó la preocupación del Estado sobre la seguridad y la eficacia de la Nevirapina. La Corte también aceptó las pruebas que revelaban que había una importante capacidad latente en el servicio público de salud para administrar el medicamento de manera efectiva y para controlar su uso y efectos. Como resultado de ello, la Corte ordenó al Estado a poner la Nevirapina a disponibilidad de las personas en todos los servicios de salud pública en donde su uso, en opinión del médico tratante y del supervisor de la institución, fuera prescrito; y para elaborar y aplicar un plan integral para prevenir la transmisión del VIH de madre a hijo.

En el más reciente caso de ‘deber de cumplir’ –*Khosa v Minister of Social Development*⁹²– un grupo de indigentes nacionales de Mozambique, con estatus de residentes permanentes en Sudáfrica, impugnaron la disposición de la Ley de Asistencia Social que restringía el acceso a las prestaciones de asistencia social para ciudadanos sudafricanos (en este caso la pensión otorgada por el Estado para ancianos y la pensión alimenticia para niños y niñas). La Corte Constitucional rechazó los argumentos del Estado, que afirmaban que la exclusión de los residentes permanentes no ciudadanos estaba justificada, en cuanto a que incluirlos en el sistema de asistencia social podría atraer una avalancha de inmigrantes a Sudáfrica, quienes vendrían con el único propósito de obtener acceso a los beneficios de la asistencia social y que su inclusión supondría una insostenible carga financiera adicional sobre el presupuesto de asistencia social. Llegó a la conclusión de que la exclusión de los residentes permanentes discriminados injustamente, era una violación de la sección 9 (3) de la Constitución y violación de su sección 27 (1), derecho a tener acceso a la asistencia social. En consecuencia, declaró inconstitucionales las disposiciones ofensivas de la Ley de asistencia social y procedió a interpretar las disposiciones para que los residentes permanentes también sean elegibles para el acceso.

92 2004 (6) SA 505 (CC).

2. Evaluando la experiencia sudafricana

La inclusión de los derechos socioeconómicos justiciables en la Constitución Sudafricana de 1996 no fue poco controvertida. En el momento en el que la Constitución se redactaba tuvo lugar un profundo debate sobre las ventajas y desventajas de este movimiento en Sudáfrica, que más o menos refleja el debate internacional sobre esta materia, mismo que a la época había venido desarrollándose por casi una década⁹³. En este debate, la oposición a la idea de los derechos socioeconómicos justiciables se centró en torno a tres series de argumentos, los cuales surgieron a partir de la hipótesis de que los derechos socioeconómicos únicamente confieren derecho a la acción afirmativa del Estado y, en consecuencia, requieren la utilización de recursos para ser realizados. El primer grupo de argumentos se centro en la relación institucional de las cortes con los otros dos poderes del Estado: se refiere a la separación de poderes, para abreviar.

Se expresó la preocupación, en primer lugar, de que las cortes, frente a los poderes legislativo, ejecutivo y la administración del Estado, serían institucionalmente incapaces de participar en el tipo de análisis de política técnica que se les exige cuando tienen que evaluar las políticas de Estado en materia de vivienda, sanidad, o educación frente a los derechos constitucionales socioeconómicos. Se alegó además que las cortes, como instituciones no responsables democráticamente, no debían ser colocadas en una posición en la que podrían cuestionar las elecciones de la política social y económica de un poder, legislativo o ejecutivo, democráticamente responsable. Por último, las preocupaciones emergieron acerca de la integridad institucional de las cortes; aquí se advirtió que las decisiones de las cortes en los casos de derechos socioeconómicos inevitablemente las coloca en curso de colisión con el ejecutivo y el legislativo, algo que las cortes, en particular en una incipiente democracia constitucional como la sudafricana, donde se sigue luchando para establecer su posición institucional en el esquema constitucional de las cosas, no puede permitirse⁹⁴.

93 Véanse las fuentes referidas en el pie de página n 7 precedente.

94 Para una revisión reciente de la naturaleza de estos argumentos y su valor en el debate sobre los derechos socioeconómicos en Sudáfrica actualmente, véase M. Pieterse 'Coming to terms with the ju-

La segunda serie de argumentos planteaban la preocupación por el impacto que los derechos socioeconómicos judiciales podrían tener sobre la legitimidad del proyecto constitucional en su conjunto. Aquí se señaló que las cortes, independientemente de sus buenas intenciones, no tienen las competencias prácticas necesarias para que las órdenes que dictan en casos relacionados con derechos socioeconómicos sean cumplidas. Que las cortes participen en la judicialización de demandas sobre derechos socioeconómicos, los argumentos prosiguen, podría erosionar la legitimidad del poder judicial y la idea de los derechos humanos en sí mismos, si en virtud de las realidades económicas, los servicios básicos que se requieren sean provistos por el Estado no se puede entregar, con independencia de lo que las cortes tengan que decir⁹⁵.

El tercer grupo de argumentos fue motivado por una preocupación por las políticas progresistas. Aquí se argumentó que la judicialización de asuntos relacionados con políticas socioeconómicas, por medio del afianzamiento de los derechos socioeconómicos judiciales, podría sofocar la acción social, empobreciendo la vida política y, en última instancia, deteriorando las luchas por la justicia social (como Davis ha dicho, los derechos socioeconómicos judiciales podrían ‘minar la posibilidad de una participación pública significativa en la configuración del bien social’)⁹⁶. Esto podría ocurrir de varias maneras diferentes. Así por ejemplo, se ha señalado que la judicialización de las demandas relacionadas con derechos socioeconómicos podrían funcionar para ‘pasar por alto’ y ‘pacificar’ el conflicto político y la disputa, promoviendo ‘una falsa expectativa en las personas y grupos en desventaja, de que la búsqueda de los derechos legales por medio

dicial enforcement of socio-economic rights’ (Adentrándonos a la implementación judicial de los derechos socioeconómicos), 2004, 20 *SAJHR* 383. Para un análisis respecto de los argumentos sobre las fortalezas y debilidades de la separación de poderes en el contexto de la judicialización de los derechos socioeconómicos, véase Courtis, en el pie de página n 6 precedente, pp. 345-347.

95 Davis n 9 precedente 488-490.

96 *Ibidem*. Véase también J. Bakan, ‘What’s wrong with social rights’ (¿Qué está mal con los derechos sociales?), en J. Bakan & D. Schneiderman (editores), *Social justice and the Constitution: Perspectives on a social union for Canada* (La justicia social y la Constitución: Perspectivas de una unión social para Canadá), 1992, 85; Y. Ghai & J. Cottrell, ‘The role of courts in implementing economic, social and cultural rights’ (El rol de las cortes en la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales), en Ghai & Cottrell, n 7 precedente 58 88.

de las cortes puede efectuar un cambio social duradero’, mientras que ‘los derechos... operan en lugar de ... canalizar potencialmente demandas radicales para transformarse en demandas legales que, por definición, no serán perturbadores del *statu quo* social y económico’⁹⁷. El trabajo de las cortes en el proceso de interpretación y aplicación de los derechos socioeconómicos puede ejercer un efecto silencioso en la acción política radical y crítica, en primer lugar, destruyendo o subvirtiendo las diversas formas de organización social de las que tal acción depende; estos derechos y las prerrogativas individuales que emanan de ellos pueden ‘tomar [...] el lugar del soporte comunal espontáneo en la familia, así como en la vida de la comunidad local’, a fin de que la organización colectiva y la acción política colectiva se vean afectadas, reemplazadas por la acción de búsqueda de su propio interés⁹⁸. Por último, se ha argumentado que las cortes pueden actuar para limitar la capacidad y el espacio de los pobres para participar en la acción política progresista para hacer frente a su difícil situación, autorizando, confirmando y legitimando una variedad de estrategias discursivas que emplean los participantes en el debate político en torno a los temas socioeconómicos, para despolitizar los temas en cuestión⁹⁹.

97 M. Jackman, ‘Constitutional Rhetoric and Social Justice: Reflections on the Justiciability Debate’ (Retórica Constitucional y Justicia Social: Reflexiones sobre el Debate de la Justiciabilidad) en J. Bakan & D. Schneiderman (editores), *Social Justice and the Constitution: Perspectives on a Social Union for Canada* (La justicia social y la Constitución: Perspectivas de una unión social para Canadá), 1992, 17-22. Véase al respecto S. Wilson, ‘Taming the Constitution: Rights and Reform in the South African Education System’ (Cronometrando la Constitución: Derechos y Reforma en el Sistema Educativo de Sudáfrica), 2004, 20 SAJHR 418-423-424, quien pone de manifiesto cómo el Departamento de Educación ha cooptado efectivamente el discurso de derechos para ‘proveer de un escaparate ideológico a las prácticas y políticas cuyos aspectos presentan límites significativos en los derechos en los que supuestamente más se debería avanzar’, (424).

98 JWG van der Walt, *The Twilight of Legal Subjectivity: Towards a Deconstructive Republican Theory of Law* (El Crepúsculo de la Subjetividad Legal: Hacia una Deconstrucción de la Teoría Republicana de la Ley), 1995, disertación LLD no publicada, Universidad Rand Afrikaans 324. Véase también AAG Peters, ‘Law as Critical Discussion’ (El Derecho Como una Discusión Crítica), en G. Teubner (editor), *Dilemmas of law in the welfare state* (Dilemas de la ley en el estado de bienestar), 1986, pp. 250, 276-277.

99 D. Brand, ‘The “politics of need interpretation” and the adjudication of socio-economic rights claims in South Africa’ (Las “políticas de interpretación de las necesidades” y la decisión en las demandas sobre derechos socioeconómicos en Sudáfrica), en AJ van der Walt (ed), *Theories of social and economic justice* (Teorías de la justicia social y económica), 2005, p. 17.

En lo que sigue, a fin de evaluar el progreso que se ha hecho con la justiciabilidad de los derechos socioeconómicos en Sudáfrica, evaluaré el cuerpo de jurisprudencia descrito en la sección 2.2. del presente documento frente a cada una de estas tres series de argumentos.

2.1. Separación de poderes

De los tres conjuntos de argumentos en oposición a los derechos socioeconómicos justiciables previstos anteriormente, los argumentos de la ‘separación de poderes’ institucional han sido por mucho, los de mayor uso corriente en la materialización de la jurisprudencia sudafricana relativa a los derechos socioeconómicos¹⁰⁰. Sin embargo, en lo principal, los argumentos de la separación de poderes han demostrado ser los menos problemáticos y los más fáciles de tratar en el desarrollo de esta jurisprudencia.

Esto ha sido así, en primer lugar, porque en una proporción significativa de los casos sobre derechos socioeconómicos en los que las cortes sudafricanas han sido llamadas a decidir, concernientes a la capacidad y la legitimidad del poder judicial en relación con el poder legislativo y ejecutivo, y a las relaciones del poder judicial con estos otros sectores, simplemente no se plantean, o, al menos, podría argumentarse que no se plantean. Como se señaló anteriormente, la Constitución de Sudáfrica exige al Estado ‘respetar, proteger, promover y cumplir’ los derechos socioeconómicos y tomar ‘razonables medidas legislativas y otras para lograr [su] realización progresiva’¹⁰¹. Esto ha significado que, en gran medida, el primer orden de los derechos constitucionales socioeconómicos ha sido traducido por el poder legislativo, el ejecutivo y la administración estatal, en un segundo orden legal o prerrogativas administrativas, por ejemplo los derechos a las prestaciones de asistencia social específicos, en términos de la legislación de asistencia social, o la protección contra el desalojo, en términos de la legislación tenencia de tierras, o de los subsidios de vivienda de bajo costo, en términos de políticas de redistribución de la tierra¹⁰². Cuando las cortes deciden estos tipos de casos sobre

100 Véase, en general, Pieterse, n 94 precedente.

101 Secciones 26(2) y 27(2) de la Constitución.

102 Para una revisión de la dimensión de este proceso, véase D. Brand, en n 13 precedente 12-17.

derechos socioeconómicos de ‘segundo orden’, no están directamente confrontados con la separación de poderes, como ocurre en los casos en los que las cortes deben interpretar y aplicar derechos socioeconómicos constitucionales directamente, por tres razones. En primer lugar, los derechos y deberes en este tipo de casos han sido definidos para las cortes por el poder legislativo o ejecutivo, despojándolas de la responsabilidad de dar contenido, en detalle, a los estándares legales formulados en términos generales, en los que no tienen la capacidad técnica para hacerlo, como sería el caso de la interpretación constitucional de los derechos socioeconómicos. En segundo lugar, en los casos de derechos socioeconómicos de segundo orden, las soluciones se han definido por el poder legislativo o ejecutivo, por lo que la ejecución de un fallo contra el Estado se hace mucho menos problemático en un sentido práctico. En tercer lugar, cuando las cortes fallan a favor de un demandante en un caso sobre derechos socioeconómicos de segundo orden y éste se enfrenta a tener que hacer cumplir lo que podría ser una onerosa obligación legal contra el Estado, esto sería la aplicación de un deber legal en contra del legislativo o el ejecutivo; y en vista de que estos dos poderes lo han definido ellos mismos, se diluye significativamente el potencial de confrontación institucional y conflicto en el proceso¹⁰³. Por supuesto, el proceso de transformación de los derechos socioeconómicos constitucionales en derechos de segundo orden, prerrogativas definidas estatutaria o ejecutivamente más fácilmente exigibles, va a continuar, de manera que los casos más problemáticos en los que las cortes serían llamadas a decidir sobre disputas directamente basadas en derechos socioeconómicos constitucionales, están aparentemente destinadas a disminuir.

Lo concerniente a la separación de poderes tampoco se produce, o se puede decir no va a surgir, en determinados tipos de casos sobre derechos socioeconómicos, aún cuando estos casos se deciden directamente sobre la base de un derecho socioeconómico constitucional, en lugar de sobre la base de un derecho legal. Las cortes sudafricanas se han mostrado más dispuestas a actuar con firmeza contra el Estado, en aquellos casos en los que está en juego la supuesta obligación negativa de respetar un derecho socioeconómico.

103 Para una discusión de las fortalezas de la aplicación de los derechos socioeconómicos mediante prerrogativas de segundo orden, véase D. Brand, en n 13 precedente 12-17. Véase también Courtis, en n 6 precedente, pp. 341 y 353, con referencia al contexto argentino.

mico, que en los casos en los que está en juego la supuesta obligación positiva de proteger y de cumplir. En tales casos, es a menudo cierto que, para que una Corte falle en contra del Estado en un caso de derechos socioeconómicos, no deben haber consecuencias –o existirán muy pocas– en el gasto de recursos y, además, no se deberá requerir a la corte inmiscuirse en las medidas de política, al menos que deba hacerlo en un pequeño grado únicamente. En otras palabras, en estos casos se solicita a las cortes no hacer otra cosa que aquello que se debe hacer en cualquier caso ordinario de revisión constitucional. Un ejemplo es el caso *Jafitha* descrito anteriormente, en el que la Corte Constitucional anuló, como una violación negativa del deber de respetar el derecho a tener acceso a una vivienda adecuada, las disposiciones de la Ley de Cortes de Magistrados que permitían la venta en ejecución de la casa de un deudor, sin supervisión judicial, para fijar una sentencia de deuda y, a continuación, interpretaron la ley para subsanar el defecto¹⁰⁴. Esta decisión dio lugar a un cambio en la ley solamente, sin ningún efecto sobre el erario público y sin que la Corte tenga que cuestionar, en cualquier forma real, una posición de política socioeconómica o una decisión del Estado. Por supuesto, no todas las decisiones relacionadas con el deber de respetar un derecho socioeconómico son tan fáciles: un caso de desalojo como *Modderklip o Port Elizabeth Municipality*¹⁰⁵, a pesar de que presenta un ejemplo de una Corte haciendo cumplir la obligación negativa de respetar el derecho a la vivienda, potencialmente tiene importantes consecuencias para el erario público y requiere que la Corte directamente se inmiscuya en una serie de importantes cuestiones de política. En tales casos, que una Corte niegue una orden de desalojo significa que el Estado tiene que adquirir los terrenos sobre los que se establecieron para regularizar su ocupación, o si se trata de tierras estatales que habían sido destinadas a otro uso público (tal como el establecimiento de viviendas de bajo costo para otro grupo de personas), otras tierras tendrían que encontrarse para ese fin. Pero el punto es que esto no es siempre el caso.

La separación de poderes ha demostrado ser menos problemática de lo previsto también en los casos más difíciles, cuando las cortes no pueden evitar tener que tomar decisiones políticas y expedir órdenes con consecuencias

104 *Jafitha*, n 20 precedente.

105 *Modderklip* n 30 precedente; *PE Municipality* n 38 precedente.

para el presupuesto del Estado. Esto es probablemente debido a que la separación de poderes se realiza en una jurisdicción particular como Sudáfrica, donde el papel de las cortes en la aplicación del derecho público está conceptualizado en términos anglo-americanos más que en términos continentales, que son más familiares para las cortes que se encuentran también en otros contextos de su decisión sobre las demandas de derechos socioeconómicos y tienen a su disposición una variedad de estrategias e intuiciones por ahora bien utilizadas. En los casos más difíciles sobre derechos socioeconómicos, los casos del deber de cumplir como *Soobramoney*, *Grootboom*, *Treatment Action Campaign* y *Khosa*, las cortes han tratado de negociar las dificultades sobre la separación de poderes en dos formas.

En primer lugar, las cortes han sido capaces de permitir al Estado el equivalente a un margen de apreciación, con respecto al cumplimiento de sus deberes constitucionales en términos de los derechos socioeconómicos, o al menos para mantener la impresión de que es posible hacerlo. En los casos del deber de cumplir, las cortes han adoptado un estándar especial de revisión de razonabilidad. La Corte ha presentado su test de razonabilidad como medio y fin del test de efectividad: en *Grootboom*, por ejemplo, la Corte indicó que las medidas del Estado se evalúan para determinar si son 'capaces de facilitar la realización del derecho'¹⁰⁶. Para determinar si las medidas en cuestión tienen o no esa capacidad, la Corte Constitucional ha indicado que analiza los siguientes factores: la extensión en que la medida en cuestión es integral, en el sentido de que prevé la totalidad de los elementos importantes para la realización de un determinado derecho; la extensión en que los recursos financieros y humanos se han asignado para garantizar el éxito de la implementación de la medida, la extensión en que la medida está, en efecto, siendo implementada con éxito; la extensión en que una medida tiene en cuenta las particularidades de las necesidades de las personas más carentes de acceso a un derecho y, por último, la extensión en que el proceso, en los términos en los cuales una medida fue diseñada e implementada, es transparente y accesible a aquellos para cuyo beneficio se realiza. Lo que es más importante, la Corte se ha tomado en sus sentencias, en la aplicación de este test de razonabilidad, todas las molestias para

106 *Grootboom*, n 89 precedente, párr. 41.

enfatar que no se prueba la eficacia relativa, que ‘no demostrará si otras medidas más deseables o favorables se han adoptado, o si el dinero público podría haber sido mejor gastado’, pero dejará los ‘contornos precisos y el contenido de las medidas a ser adoptadas [para hacer un programa razonable] [a] los poderes legislativo y ejecutivo¹⁰⁷. La Corte evidentemente adopta esta distinción entre probar la eficacia y probar la eficacia relativa para mediar su interés con su capacidad institucional y legitimidad, y para manejar su relación con el ejecutivo y el legislativo. Por supuesto, la distinción es, en muchos casos, una ficción. En *Grootboom*, la Corte fue claramente capaz de mantenerla. El asunto político en cuestión (la mejor manera de satisfacer las necesidades de los ‘absolutamente desposeídos’) permitió una amplia variedad de posibles soluciones, a fin de que la Corte pueda simplemente declarar que el programa de viviendas era incompatible con la Constitución, en la medida en que no contenía previsiones para los ‘absolutamente desposeídos’, y dejaba al Estado la elección de la solución concreta a la situación. Por el contrario, en *Treatment Action Campaign*¹⁰⁸, y particularmente en *Khosa*¹⁰⁹, la especificidad de la cuestión política que la Corte evaluó era tal, que no permitía este campo. La Corte encontró en *Treatment Action Campaign*, que la restricción estatal del suministro de Nevirapina a los centros piloto designados violó la sección 27 (1), y condujo inevitablemente al Estado a la obligación de proveer Nevirapina en otros lugares, a pesar de su falta de voluntad para hacerlo¹¹⁰. Por la misma razón, en *Khosa* la Corte, debido a la falta de razonabilidad existente, no tuvo otra opción que permitir a los residentes permanentes ser incluidos en el esquema de asistencia social. De hecho, la propia Corte interpretó a tal efecto la Ley de Asistencia Social¹¹¹. Sin embargo, esta ficción es útil ya que permite a la Corte hacer valer los derechos, sin tener que admitir el

107 *Ibidem*.

108 n 91 precedente.

109 n 92 precedente.

110 Como se explicará más adelante (en el texto que consta en el pie de página n 116), la Corte se las arregló para suavizar el límite prescriptivo de su fallo y orden, disponiendo que la Nevirapine sea provista solamente donde el médico tratante y el superintendente de la institución en cuestión, hubieren opinado que era lo indicado; *Treatment Action Campaign* (n 91 precedente), párr. 135, párr. 3(b) de la orden.

111 *Khosa* n 92 precedente, párr. 98.

ordenar directamente al Estado. Como tal, ayuda a la Corte a evitar la confrontación directa con los poderes políticos¹¹².

La Corte también ha tenido cuidado para ampliar este ‘margen de apreciación’ a su enfoque de reparación en los casos de derechos socioeconómicos. A pesar de tener el poder formal de hacerlo, la Corte ha evitado asiduamente la emisión de decisiones judiciales contra la estructura del Estado, que requieran prescribirle las minucias de diseño e implementación de políticas necesarias para corregir un defecto constitucional. En lo principal, la Corte ha preferido, cuando se constata una inconstitucionalidad, simplemente declarar tal constatación, dejando que el Estado mismo determine los detalles de la reparación. En los dos casos en los que tal decisión de supervisión tal vez podría haber jugado un papel, la Corte Constitucional ha optado por no hacer uso de ella. En *Grootboom*, la Corte emitió una simple orden declarativa, dejando la reparación del defecto Constitucional del programa de vivienda totalmente al Estado¹¹³. En la *Treatment Action Campaign*, la Corte igualmente emitió una sentencia declarativa, junto con una orden mandatoria, requiriendo al Estado remediar el defecto constitucional en su programa para la prevención de la transmisión del VIH de madre a hijo¹¹⁴. Sin embargo, a pesar de confirmar que efectivamente tiene el poder para hacerlo, la Corte nuevamente ha declinado en su derecho de emitir un interdicto de supervisión, sosteniendo que no había ninguna indicación de que el Estado no implementaría su orden apropiadamente¹¹⁵. Además, aunque la Corte, en *Treatment Action Campaign*, redactó su orden mandatoria en términos muy específicos, incluyó una medida de deferencia al juzgamiento de la capacidad técnica y política superior de las ramas ejecutivas y administrativas del gobierno. En lugar de limitarse a dirigir al Estado a poner Nevirapina a disposición de todos los servicios de salud pública donde madres seropositivas dan a luz, la Corte ordenó que la Nevirapina esté disponible sólo cuando ‘a

112 Véase, con respecto a una ficción similar que opera en el contexto de la decisión de la Corte en temas de recursos para alojamiento, T. Roux, ‘Legitimizing transformation: Political resource allocation in the South African Constitutional Court’ (Transformación de la Legitimación: Recurso político sobre alojamiento en la Corte Constitucional Sudafricana) (2003) 10 *Democratisation* (Democratización) 92.

113 *Grootboom* n 89 precedente, párr. 99.

114 *Treatment Action Campaign*, n 91 precedente, párr. 135.

115 *Ibidem*, párr. 129.

criterio del médico tratante en consulta con el superintendente de la instalación en cuestión lo prescriban¹¹⁶.

La segunda manera en que las cortes han tratado de negociar las dificultades que plantea la separación de poderes en los casos en que se debe decidir el deber de cumplir, ha sido la construcción de una medida de flexibilidad, dentro de sus dos estándares de control y su acercamiento de reparación, que les permite intervenir directamente sólo en la esfera de poder de las otras ramas del gobierno tanto como las circunstancias particulares del caso lo permiten, dada su percibida incapacidad técnica e ilegitimidad democrática, y lo requieren, dado el grado de privación en el asunto. Esto es, sin duda, más evidente con respecto al estándar de revisión de la Corte. Como se recordará, la Corte aplica un test de razonabilidad para revisar el cumplimiento de las medidas del Estado en relación con los derechos socioeconómicos. Este *test* de razonabilidad ha sido aplicado pensando en una escala móvil, con la Corte, en particular, variando el grado en el que por la implicación se prescribe directamente al Estado lo que debe hacer. En *Soobramoney*, el estándar fue uno de simple racionalidad. La Corte simplemente preguntó si la política era racionalmente concebida y aplicada de buena fe¹¹⁷. Su investigación se limitó a si la política, en sí misma, fue racionalmente vinculada al objetivo de facilitar el acceso a los servicios de salud, en el sentido de que, dentro de los límites de la lógica, se podía lograr su objetivo.

La norma aplicada en *Grootboom* fue claramente mucho más sustancial. La Corte indicó que su estándar de razonabilidad exige que las políticas y programas del Estado, destinadas a aplicar los derechos socioeconómicos, sean comprensivas y coherentes, coordinadas, flexibles, que incluyan todos los sectores significativos de riesgo de la sociedad, sensibles a los distintos grados de privación y razonablemente implementadas y concebidas. En conjunto, estos factores indican que la Corte en *Grootboom* necesitó un vínculo más fuerte, entre la política en cuestión y su objetivo mandatorio constitucional, que en *Soobramoney*. La Corte reduce significativamente la gama de opciones de política que sería legítimo para el gobierno escoger y piensa en la eficiencia relativa de las diferentes opciones de políticas; ahora el asunto parece haberse convertido en si la política en cuestión estuvo *tendiente* a lograr su objetivo.

116 *Ibidem*, párr. 135, párr. 3(b) de la orden.

117 *Soobramoney* n 50 precedente, párr. 25 y 29.

En *Treatment Action Campaign*, el control se vuelve aún más estricto. Aparte de añadir un nuevo factor a la lista de elementos que sirven para determinar la razonabilidad de las políticas (transparencia)¹¹⁸, la Corte aquí limita aún más el rango de opciones políticas que podrían ser razonables, a la luz del derecho a tener acceso a los servicios de salud. La Corte en *Treatment Action Campaign* obtiene una serie de fundamentos de hecho muy detallados¹¹⁹, interroga la sabiduría de la decisión política del gobierno de no ampliar el suministro de Nevirapina más allá de los sitios piloto designados de manera cerrada¹²⁰, y considera a la opción propuesta por los demandados en el asunto, como superior en varios aspectos frente a la posición del gobierno¹²¹. En efecto, la Corte en *Treatment Action Campaign* se acerca a cuestionar si la opción política escogida por el gobierno *alcanzará* la finalidad dispuesta en el mandato constitucional.

En *Khosa* el control de la Corte es aún más intenso. En *Khosa*, la Corte encuentra las medidas que excluyen a los residentes permanentes de la red de asistencia social no razonables, porque los propósitos de la exclusión (para evitar que las personas que emigran a Sudáfrica se conviertan en una carga para el Estado), podrían lograrse a través de medios menos restrictivos de los derechos de los residentes permanentes (control más estricto de acceso al país), y porque 'la importancia de proporcionar acceso a la asistencia social a todos los que viven permanentemente en Sudáfrica, y el impacto que causa en la vida y en la dignidad la denegación de tal acceso, son aspectos mucho más importantes que la situación financiera y las consideraciones de inmigración en las que se basa el Estado'¹²². La Corte aquí aplica un criterio de proporcionalidad a las medidas del Estado: las medidas en cuestión tienen que ser necesarias y la importancia del propósito de las medidas debe superar los efectos negativos que tienen sobre los derechos e intereses individuales.

118 *Treatment Action Campaign*, n 91 precedente, párr. 123.

119 La Corte, por ejemplo, rechazó los argumentos del Estado respecto de que la Nevirapina no era segura para ser usada en la prevención de la transmisión de madre a hijo del VIH (*idem*, párr. 60–63) y de que no existió capacidad para asesorar a los pacientes antes de la administración de la Nevirapina y de monitorear el uso y los efectos del medicamento después de su administración, fuera de los lugares pilotos designados (párr. 84–88).

120 *Ibidem*, párr. 48–81.

121 *Ibidem*, párr. 93–95.

122 *Khosa*, n 92 precedente, párr. 65 y 82.

La pregunta que surge ahora se da en relación, no sólo a si las medidas en cuestión lograrán su objetivo constitucional, sino además en si éstas son las únicas medidas que pueden hacerlo.

Por último, en *Port Elizabeth Municipality*, la Corte va más lejos. En este caso, la Corte basada en una consideración contextual de una serie de factores, no sólo encuentra que los ocupantes no pueden ser desalojados sin ser previamente provistos con un alojamiento alternativo adecuado —un análisis que requirió ya de la Corte, entrar en una significativa medición del equilibrio de intereses y evaluación de políticas—, pero va tan lejos como para prescribir al Estado cuál sería el alojamiento alternativo adecuado para los ocupantes, rechazando las ofertas de tierras alternativas que el Estado ha hecho e indicando los requisitos básicos que un terreno adecuado debe cumplir¹²³.

El mismo enfoque de ‘*escala móvil*’ es puesto en el enfoque de reparación de la Corte. Como se explicó anteriormente, la Corte ha mostrado una inclinación a proporcionar una reparación solamente declarativa, no obligatoria, en los casos de deber de cumplir, y ha evitado el uso de decisiones judiciales estructurales, tratando de esta manera de evitar la prescripción de las opciones de políticas específicas al Estado. Pero de nuevo, la medida en que ha logrado de esta manera dejar una serie de opciones abiertas al Estado, difiere en cada caso. En *Grootboom* la Corte emitió una simple sentencia declarativa, sin prescribir al Estado qué tipo de medidas debía adoptar para tener en cuenta las necesidades de las personas sin hogar¹²⁴. En *Treatment Action Campaign*, su orden era más específica: emitió una sentencia declarativa pero de forma conjunta con una orden, disponiendo al Estado mantener Nevirapina disponible en todos los establecimientos de servicio de salud pública para prevenir la transmisión del VIH de madre a hijo, y disponiéndole la adopción de un plan general para luchar contra transmisión del VIH de madre a hijo¹²⁵. Aunque, como se explicó anteriormente una medida de deferencia al juicio de la administración de salud del Estado está precisamente construida en la mencionada orden mandatoria, la orden de *Treatment Action Campaign* es, sin duda, mucho más concreta y directa que la orden en *Grootboom*. En *Khosa*, la Corte otorgó su orden más específica: no sólo es muy

123 *PE Municipality*, n 37 precedente párr. 54.

124 *Grootboom*, n 88 precedente, párr. 99.

125 *Treatment Action Campaign*, n 90 precedente, párr. 135.

específica en qué ajustes requiere que el Estado realice en su conducta (el Estado debe incluir simplemente a los residentes permanentes en su red de asistencia social), llega tan lejos, hasta ponerse en los zapatos de la legislatura y a hacer la interpretación necesaria en la disposición legal refutada¹²⁶.

La Corte no ha indicado explícitamente cuáles principios y factores influyen en ella para mostrar más o menos deferencias en diferentes casos. Un análisis y comparación de las diferentes sentencias muestra que en términos generales, dos factores determinan este asunto: en qué medida la cuestión que nos ocupa se considera de carácter técnico, quedando fuera de la capacidad de la Corte, por una parte (en este caso la Corte es, por ejemplo, influenciada por la cuestión de si los derechos que ella está haciendo cumplir están o no definidos en la legislación; si son prerrogativas negativas o positivas; o, si las cuestiones técnicas que se plantean en el caso pueden resolverse con referencia a peritos o las opiniones de organismos de expertos fuera del ámbito del Estado); y la severidad de la privación y la exclusión social en el momento de decidir en el caso.

2.2. Legitimidad constitucional

Una de las líneas de argumentación más fuertes planteadas en contra de la idea de los derechos socioeconómicos constitucionales judiciales, cuando la constitución de Sudáfrica fue redactada, era que su inclusión podría amenazar la legitimidad del proyecto constitucional en su conjunto, que incluir dichos derechos en la Constitución podría aumentar las expectativas en las personas pobres acerca de que, en efecto, dichas personas tienen derecho a recibir ciertos recursos vitales por parte del Estado, solamente para que estas expectativas existan (y la confianza de los ciudadanos en la Constitución y en las cortes) defraudadas por la realidad económica y la incapacidad judicial, o la falta de voluntad para hacer cumplir estos derechos enérgicamente¹²⁷. Como comentario académico acerca de la jurisprudencia sobre derechos socioeconómicos emitida por las cortes sudafricanas hasta la fecha, esta línea de argumentación ha formado la base para algunas de las más incisivas críticas sobre la actuación de nuestras cortes.

¹²⁶ *Khosa*, n 92 precedente, párr. 98.

¹²⁷ *Davis*, n 9 precedente, párr. 488-490.

En primer lugar, la Corte Constitucional ha sido criticada por la forma en que ha aplicado sus normas de revisión de razonabilidad. La Corte ha utilizado estas normas como un estándar de revisión de la política general. Es decir, en lugar de interpretar los derechos socioeconómicos constitucionales como la creación de derechos individuales para que ciertas personas pobres puedan concretar cosas, la Corte ha optado por examinar las medidas del Estado en términos generales y por resarcir por medio de órdenes que requieren ajustes generales en la política o en la legislación. Este enfoque ha llevado a la crítica de que la Corte ha interpretado los derechos socioeconómicos como derechos de políticas razonables solamente, en lugar de derechos a nada en particular, y que su enfoque significa poco para la situación del día a día de los pobres¹²⁸. Adicionalmente, la Corte ha sido criticada por su falla en la implementación de sus órdenes de manera eficaz. Los comentaristas han señalado que la orden declarativa de la Corte en *Grootboom*¹²⁹ ha sido para todos los efectos y propósitos, ignorada por el Estado, y que ningún ajuste sustancial en la política ha resultado de la misma¹³⁰. También con respecto a *Treatment Action Campaign*¹³¹, donde un cambio mayor, en la política y la práctica con respecto a la prevención de la transmisión del VIH de madre a hijo se ha producido con posterioridad a la orden de la Corte Constitucional, se ha demostrado que esto se debió principalmente a la supervisión sostenida y la presión política ejercida por los actores en el caso, la Campaña

128 S. Liebenberg, 'South Africa's evolving jurisprudence on socio-economic rights: An effective tool in challenging poverty?' (Evolución de la jurisprudencia de Sudáfrica en derechos socioeconómicos: ¿Una herramienta efectiva contra la pobreza?, 2002, 6 *Law, Democracy and Development* (Ley, Democracia y Desarrollo) 159; M. Pieterse 'Resuscitating socio-economic rights: Constitutional entitlements to health care services' (Resucitando los derechos socioeconómicos: Prerogativas constitucionales para los servicios de atención en salud), 2006, 22 *South African Journal on Human Rights* (Periódico de Sudáfrica sobre Derechos Humanos) 473.

129 n 89 precedente.

130 En un número de casos recientes, las cortes han traído a colación que el Estado, para todos los intentos y propósitos, simplemente ha ignorado la orden establecida en *Grootboom* y ha puesto en su lugar medidas no perceptibles para hacerse responsable del apuro de aquellas personas que se encuentran en crisis de vivienda. Véase, por ejemplo, *Modderklip*, n 30 precedente, párr. 22. Véase también K. Pillay, 'Implementation of *Grootboom*: Implications for the enforcement of socio-economic rights' (Implementación del caso *Grootboom*: Implicaciones para la aplicación de los derechos socioeconómicos), 2002, 6 *Law, Democracy and Development* (Ley, Democracia y Desarrollo), 255.

131 n 91 precedente.

de Acción pro Tratamiento, y de ningún modo a los esfuerzos de la Corte¹³². Esto ha llevado a académicos a argumentar que la Corte debió, en tales casos, adoptar un enfoque más persuasivo para las reparaciones e imponer al Estado sentencias que detallen las medidas a tomar, y permitir a la Corte mantener su jurisdicción sobre el caso a fin de supervisar la aplicación de la orden por sí misma.

Estos problemas, en la medida en que los derechos socioeconómicos son aplicados por las cortes, y en efecto han funcionado como los derechos que ofrecen a las personas el acceso a recursos concretos, son serios y no deben ser subestimados. La amenaza relacionada a la legitimidad de la constitución y la idea de los derechos humanos en su conjunto, que pudiera resultar de las expectativas defraudadas de los pobres, ciertamente debe tenerse en cuenta. Sin embargo, estos problemas deben ser puestos en perspectiva.

En primer lugar, es sólo en una pequeña minoría de los casos relacionados con derechos socioeconómicos en que estos problemas, sobre los derechos individuales y el éxito de la aplicación de las órdenes, emergen. Primero, en los casos en que los derechos estatutarios de segundo orden o los derechos socioeconómicos ejecutivamente definidos se hacen cumplir, los beneficios resultantes de un actor individual o grupo de demandantes ante la Corte son inmediatos y pueden ser ejecutados sin problemas, como ejemplos, se puede pensar únicamente en casos como los de *Port Elizabeth Municipality*¹³³, donde se retienen las órdenes de desalojo, con la consecuencia de que los ocupantes de las tierras en cuestión están autorizados a permanecer en la tierra que hasta entonces han ocupado ilegalmente, pero ahora con la sanción de una Corte, en una capacidad jurídica regularizada. Segundo, también en los casos de primer orden, es decir, casos resueltos directamente sobre la base de un derecho socioeconómico constitucional, hay muchos ejemplos de decisiones a partir de las cuales los demandantes han obtenido beneficio directo y con-

132 Para un recuento, véase M. Heywood, 'Preventing mother-to-child HIV transmission in South Africa: Background, strategies and outcomes of the Treatment Action Campaign case against the Minister of Health' (Prevención de la transmisión del VIH de madre a hijo, en Sudáfrica: Antecedentes, estrategias y resultados del caso de la Campaña de Acción pro Tratamiento contra el Ministerio de Salud), 2003, 19 *South African Journal on Human Rights* (Periódico de Sudáfrica sobre Derechos Humanos), 278.

133 n 38 precedente.

creto, y con respecto a los cuales el cumplimiento de las órdenes no ha sido problemática. Un buen ejemplo serían los casos del deber de respetar, como en *Jaftha*¹³⁴: aquí la decisión resultó en una modificación ejecutada por la Corte en la Ley de Cortes de Magistrados, con el resultado inmediato de que la venta en la ejecución de los hogares de los reclamantes en cuestión fue anulada. En efecto, los hogares de los reclamantes les fueron devueltos y, por supuesto, las ventas posteriores en ejecución de los hogares de personas indigentes que debían ejecutarse por deudas insignificantes fueron prevenidas. Tercero, incluso en algunos de los casos difíciles de deber de cumplir, han surgido beneficios inmediatos y directos para los demandantes y la puesta en práctica de los fallos ha sido menos difícil que en otros. Así, por ejemplo, en *Khosa*¹³⁵ la interpretación de la Corte Constitucional de las disposiciones ofensivas de la Ley de Asistencia Social, hizo posible inmediatamente que los indigentes elegibles que se presentaron ante la Corte –y otros en su posición– solicitaran el acceso para la pensión de vejez, y para sus hijos el acceso al otorgamiento de pensión de alimentos. Igualmente, en *Treatment Action Campaign*¹³⁶, no hay duda de que el cambio en la política estatal y la práctica a que la orden dio lugar (gracias a los esfuerzos de la Campaña de Acción pro Tratamiento y no a la Corte), literalmente, salvó miles de vidas, en vista de que la Nevirapina fue de hecho puesta a disposición donde anteriormente no lo estuvo.

El problema de los derechos ‘vacíos’ que son, en cualquier caso, imposibles o difíciles de aplicar, se plantea sólo en muy pocos casos. Aquí *Grootboom*¹³⁷ es el mejor ejemplo. Es un caso interesante relacionado con este problema en dos aspectos. En primer lugar, involucraba un asunto (la cuestión de si el Estado está constitucionalmente obligado o no, independientemente de la limitación de sus recursos, a proporcionar vivienda a personas sin hogar), que inevitablemente enfrentaba los intereses de un grupo de personas pobres (personas sin un lugar para vivir) contra los intereses de otro grupo similar de personas pobres (personas que viven en algún tipo de vivienda rudimentaria, a la espera de la ayuda del Estado para acceder a formas

134 n 20 precedente.

135 n 92 precedente.

136 n 91 precedente.

137 n 89 precedente.

de vivienda más adecuadas). En segundo lugar, la conclusión de la Corte en *Grootboom*, de que el Estado debe tener en cuenta las necesidades de las personas 'absolutamente sin hogar' y, por tanto, adoptar un plan, programa o política por medio del cual hacerlo, no indica una medida fácilmente identificable y definible que el Estado debe adoptar y aplicar, como sí sucedió en los casos de *Treatment Action Campaign* y *Khosa*. De hecho, en estos casos, existe una amplia gama de diferentes formas en que el problema de la aguda carencia de hogar se puede abordar. En resumen, *Grootboom* es un ejemplo de un caso en que simplemente no existe solución mágica para el problema que nos ocupa: que el problema llegó a la Corte, precisamente porque había demostrado ser un tema difícil de tratar en cualquier lugar y no se convirtió en más sencillo, simplemente porque este haya llegado a la Corte. En tales casos, parece existir una posición defendible para la Corte, considerar que no puede hacer más que establecer en un amplio esbozo normativo, lo que es deber del Estado respecto al problema presente, dejando los detalles de la planificación y ejecución, a la mayor capacidad legislativa y ejecutiva.

Por último, es una exageración decir que *Grootboom* no ha dado lugar a beneficio tangible alguno para los pobres. *Grootboom* ha tenido un efecto importante. Ha dado lugar a un cambio en la ley: se estableció que efectivamente existe un deber legal en el Estado para tener en cuenta las necesidades de las personas sin hogar. En los casos posteriores a *Grootboom* en los que el Estado ha tratado de desalojar a los ocupantes ilegales de tierras privadas o estatales, las cortes se han mostrado dispuestas a rechazar las solicitudes de órdenes de desalojo y ordenar al Estado, en efecto, a permitir que el grupo de los ocupantes permanezca en la tierra en cuestión o encontrar alternativas de alojamiento adecuado para ellos, precisamente porque podría señalar la obligación legal establecida en *Grootboom* y podría, además, señalar que el Estado no ha dado aún, en un sentido general, cumplimiento a esa obligación. La actitud de las cortes en estos casos ha sido que el Estado se coloque en los términos establecidos en *Grootboom*; en vista de que no ha hecho nada para dar efecto a la orden de *Grootboom*, las cortes se han mostrado dispuestas a actuar de manera mucho más enérgica que en otros casos¹³⁸. En

138 Véase por ejemplo, las decisiones en *Modderklip*, n 30 precedente; *PE Municipality*, n 38 precedente; y *City of Cape Town v Rudolph* 2004 (5) SA 39 (C).

resumen, *Grootboom* creó el marco jurídico dentro del cual las cortes pueden proveer más tarde beneficios directos y tangibles a los pobres.

2.3. Políticas progresistas

La preocupación por el impacto que las sentencias, por medio de la judicialización de las cuestiones socioeconómicas, pueden tener en la capacidad de la sociedad para las políticas progresistas –su capacidad para participar y tomar en serio la acción social, destinada a lograr la transformación económica y social– viene en una variedad de formas. Me centraré en tres articulaciones de esta amplia preocupación.

La primera se describe mejor como una crítica de ‘falsa conciencia’ de los clásicos Estudios Legales Críticos, es decir, una crítica de que los esfuerzos para lograr justicia social por medio de los litigios basados en los derechos socioeconómicos, son en realidad, una hábil estratagema que genera expectativa entre las personas pobres respecto de que una real transformación social y económica se puede lograr de esta manera; mientras que, de hecho, un litigio de este tipo simplemente desvía preciosa energía política hacia una vía legal que no sólo no puede lograr un cambio progresista, sino que está, por definición, orientada hacia el mantenimiento del statu quo¹³⁹. Esta es potencialmente una poderosa crítica a la idea de que la transformación social y económica se puede lograr mediante la judicialización de los derechos socioeconómicos, en particular en Sudáfrica, donde la historia de la lucha política, que dio lugar a los profundos cambios de los años noventa, es precisamente una historia de lucha política extra-legal y donde, por consiguiente, su gran éxito está tradicionalmente vinculado al mérito de la acción política orgánica extraoficial. Sin embargo, una combinación de factores complica su aplicación actual como una crítica del desarrollo de la jurisprudencia de los derechos socioeconómicos en Sudáfrica. La abrumadora mayoría de la cual goza el gobierno dominante, dirigido por el ANC, en el proceso democrático electoral for-

139 M. Jackman, ‘Constitutional rhetoric and social justice: Reflections on the justiciability debate’ (Retórica constitucional y justicia social: Reflexiones sobre el debate de la justiciabilidad), en J. Bakan & D. Schneiderman (editores), *Social justice and the constitution: Perspectives on a social union for Canada* (La justicia social y la constitución: Perspectivas sobre una unión social para Canadá), 1992, 17-22.

mal¹⁴⁰, ha significado que, en un sentido práctico, existe muy poco incentivo para que los movimientos sociales orgánicos extraoficiales operen fuera de estos procesos formales, y pocas posibilidades de éxito en la promoción de sus intereses si de hecho lo hicieren. Al mismo tiempo, el gobierno del ANC, en particular bajo el liderazgo del actual presidente Thabo Mbeki, activamente se conceptualiza a sí mismo como un ‘estado en vías de desarrollo’ centralista, y como un gobierno, cuya legitimidad política está más allá de la duda, unilateralmente determina por sí mismo la agenda de transformación social que decide y ejecuta programas para dar efecto a la misma¹⁴¹.

Como una extensión de esa concepción de la función del Estado, el tipo de políticas orgánicas extraoficiales, con las que los movimientos sociales de base se encuentran involucrados y que muchos consideran esencial para la significativa transformación social y económica, es activamente desanimado, deslegitimado y opuesto por el Estado¹⁴². Desde este punto de vista, los canales legales de desafío a la política estatal que ridiculizan en términos de la crítica de ‘falsa conciencia’, en muchos casos se mantienen como la única alternativa viable de acción política de oposición. Y los movimientos sociales de Sudáfrica y las instituciones de la sociedad civil han sido, en muchos casos, muy hábiles en utilizar el proceso legal como tal. *Treatment Action Campaign* es el mejor ejemplo de esto. En *Treatment Action Campaign*, aun antes de las audiencias en la Corte Constitucional, la presión política generada por el litigio y por el control público al que las políticas de gobierno fueron sometidos durante el proceso, había persuadido al gabinete a anunciar que, de hecho, se crearía e implementaría ‘tan pronto como sea posible’ un plan para la provisión universal de Nevirapina en las instalaciones de salud pública, para combatir la transmisión materno-infantil del VIH al nacer¹⁴³. Dos go-

140 El ANC consiguió más de las dos terceras partes del apoyo electoral en todas las tres elecciones generales tras la liberación.

141 Véase al respecto, en general, E. Pieterse & M. van Donk, ‘The politics of socio-economic rights in South Africa. Ten years after apartheid’ (Las políticas de los derechos socioeconómicos en Sudáfrica. Diez años después del apartheid), 2004, 5:5 *ESR Review* (Revista ESR) 12.

142 Para una descripción de la oposición del estado a los movimientos sociales, véase D. McKinley & A. Veriava, *Arresting Dissent: State Repression and Post-Apartheid Social Movements* (El Arresto del Disentimiento: Represión estatal y Movimientos Sociales Post-Apartheid), 2005, Internet, <http://www.csvr.org.za/papers/papvt10.htm>, Acceso: 14 diciembre 2006.

143 Cabinet Statement on HIV/Aids (Declaración del Gabinete sobre el VIH/Sida) (17 abril 2002),

biernos provinciales, Gauteng y KwaZulu-Natal, habían roto filas incluso antes de eso¹⁴⁴. Una vez que la orden había sido dictada, las puertas se abrieron. A pesar de la importante obstinación, en particular en algunos gobiernos provinciales, en enero de 2003, el despliegue universal de la provisión de Nevirapina para la prevención de la transmisión materno-infantil del VIH durante el parto, había comenzado en todo el país¹⁴⁵. Además, la sentencia ha dado impulso a otras campañas de la Campaña de Acción pro Tratamiento. Así, por ejemplo, el eventual anuncio del gobierno, a mediados de 2003, de que el Estado comenzará con la planificación para proporcionar medicamentos antirretrovirales en todos los servicios públicos de salud a pacientes VIH positivos, para evitar la aparición de SIDA y para su tratamiento, se debe en gran parte a que ha sido motivado por la amenaza de litigios de similares éxitos. En este caso, el proceso legal y las victorias legales generadas fueron claramente vistas y utilizadas como parte de una lucha política extraoficial más amplia, y se convirtieron en puntos de encuentro: moneda política en esta lucha. *Treatment Action Campaign*, por lo tanto, parece contradecir las advertencias sonadas por los proponentes de la crítica de la ‘falsa conciencia’. Sin embargo, al mismo tiempo, el éxito del caso en este sentido es aleccionador. El éxito de *Treatment Action Campaign* demuestra la enorme cantidad de organización, investigación y activismo político y la lucha que se requiere para garantizar el verdadero éxito de los litigios sobre derechos socioeconómicos, incluso cuando, como fue el caso aquí, las cuestiones de hecho y de derecho –aunque de después de acaloradas disputas– son relativamente sencillas. Esto demuestra que un caso se puede ganar y que la victoria puede ser aprovechada si el litigio es manejado por un movimiento político de amplia base, con amplio apoyo y buena organización, con actual capital político y acceso al poder, y con amplios recursos humanos

Internet, <http://www.gov.za/speeches/cabinet/aid02.htm>.

144 Ambos anunciaron que comenzarían la provisión de Nevirapina en todas las instalaciones públicas de salud donde exista la capacidad para administrarla. Véase Heywood, nota 11 precedente, en 294 y en 303-304. El gobierno provincial de El Cabo Occidental (no bajo el control del ANC en aquel tiempo) había también estado repartiendo Nevirapina y AZT universalmente en todas las instalaciones de salud pública a lo largo de dicha provincia (Heywood, nota 11 precedente, en 292).

145 *Ibidem*, en 315.

para recoger y analizar la información, y para mantener la presión política sobre el gobierno. ¿Es este realmente un buen augurio para lo que sin duda en el futuro deben ser las demandas por los derechos socioeconómicos, demandas presentadas por pequeños grupos de personas indigentes, que no están políticamente bien organizados por causa de su situación física, quienes plantean complejas cuestiones de hecho y de derecho ante una corte, que no tienen acceso a las redes de investigadores y de información, que no necesariamente defienden intereses que gozan de un amplio apoyo político y que no pueden ejercer ninguna presión política de la cual hablar? La respuesta debe sin duda ser negativa, y de hecho, el fracaso en un caso como Grootboom, en el que la victoria legal se convierte en un cambio económico y social tangible parece ilustrarlo¹⁴⁶.

Una segunda forma en que los derechos socioeconómicos son a menudo mencionados para erosionar la posibilidad de una verdadera acción política, se da por un proceso de individualización: los derechos y las prerrogativas individuales que emanan de ellos pueden desplazar a los trabajos de apoyo colectivo y la acción política colectiva en el ámbito social, de modo que la única acción política en la que la gente participa está destinada a la promoción de los intereses propios¹⁴⁷.

Este tipo de ‘privatización del derecho’ ha sido bien documentada en las memorias históricas de los movimientos laborales en Europa, donde el creciente legalismo de la normativa laboral ha contribuido a la transformación de estos movimientos colectivos de defensa de la emancipación de los trabajadores como clase, en ‘organizaciones socializadas’ que representan los inte-

146 Véase D. Brand, ‘Minister of Health v. Treatment Action Campaign: The right to have access to health care services in the South African Constitution’ (Ministerio de salud contra la Campaña de Acción Pro Tratamiento: el derecho a tener acceso a los servicios de atención en salud en la Constitución Sudafricana), 2003, 11 *Tilburg Foreign Law Review* (Revista de Derecho Internacional de Tilburg), 671 700-702 para una discusión profunda sobre este punto.

147 Van der Walt, note 98 precedente, 324. Este tipo de crítica no debe, por supuesto, ser exagerada. La utilidad práctica de los derechos –también de los derechos conceptualizados de una forma puramente individual– para ayudar a las personas pobres a resolver los problemas reales en sus vidas es, en muchos casos, innegable. Véase al respecto, L. Williams, ‘Issues and challenges in addressing poverty and legal rights: A comparative United States/South African analysis’ (Temas y desafíos en el abordaje de la pobreza y derechos legales: Un análisis comparativo Estados Unidos/Sudáfrica), 2005, 21 *South African Journal on Human Rights?* (Periódico de Sudáfrica sobre Derechos Humanos).

reses individuales de consumo de sus miembros. La composición del grupo pierde su dimensión política, convirtiéndose, por el contrario, en un instrumento para la promoción de intereses individuales¹⁴⁸. No voy a expresar una opinión sobre la medida en que el lenguaje de los derechos y la reconceptualización de las políticas sociales y económicas, en términos de lenguaje de los derechos en un sentido amplio, puede dar lugar a este problema. Sin embargo, en el contexto límite de la operación de los derechos en la judicialización, la Corte Constitucional de Sudáfrica ciertamente ha mostrado ser consciente de este problema desde el principio y ha diseñado su criterio para decidir los casos sobre derechos socioeconómicos, como para tenerlo en cuenta. En la primera decisión respecto de derechos socioeconómicos –*Soobramoney*–, el juez Sachs describió el problema, en su opinión concurrente sobre el derecho a la atención de la salud, de la siguiente manera¹⁴⁹:

Los derechos de atención en salud por su propia naturaleza, deben ser considerados no sólo en un contexto jurídico tradicional, estructurado en torno a las ideas de la autonomía humana, sino además en un nuevo marco analítico, basado en la noción de la interdependencia humana. Una vida saludable depende de la interdependencia social: la calidad del aire, agua e higiene, que mantiene el Estado para el bien público; la calidad de las relaciones individuales de cuidado, que están altamente correlacionadas con la salud, así como la calidad de la atención de la salud y el apoyo oficial proporcionado por las instituciones médicas y provistas informalmente por familiares, amigos y la comunidad.

(...) En consecuencia, los análisis de los derechos tradicionales deben adaptarse para tener en cuenta los problemas especiales creados por la necesidad de proporcionar un amplio marco de principios constitucionales que rigen el derecho de acceso a los escasos recursos y para juzgar entre los titulares de derechos en conflicto. Cuando los derechos por su propia naturaleza, son compartidos e interdependientes, arrojando un equilibrio adecuado entre los derechos igualmente válidos o expectativas de una multitud de solicitantes, no debe considerarse como la imposición de límites a los derechos... sino

148 AAG Peters, 'Law as Critical Discussion' (El Derecho como Discusión Crítica), en G. Teubner (editor), *Dilemmas of Law in the Welfare State* (Dilemas de la Ley en el Estado de Bienestar), 1986, 250 276.

149 *Soobramoney*, n 50 precedente, párr. 54.

como la definición de las circunstancias en las que los derechos pueden disfrutarse de la manera más eficaz y efectiva.

Tras esta explicación, la Corte ha tenido cuidado para desarrollar su enfoque en la revisión de casos sobre derechos socioeconómicos –en particular en aquellos relacionados con el deber de cumplir– y dar expresión a este entendimiento contextual más colectivo de derechos. Como se ha explicado anteriormente, la Corte ha aplicado desde el principio su estándar de revisión razonable en estos casos de manera generalizada, en lugar de en un sentido individual. Es decir, en un caso como *Soobramoney*, por ejemplo, en lugar de preguntar si el señor Soobramoney tenía individualmente el derecho a recibir tratamiento de diálisis renal o no, la Corte preguntó si las directrices de criterio o política en cuyos términos el hospital estatal en cuestión había decidido no darle acceso al tratamiento, hacían sentido razonable o no; en otras palabras, si la manera en que el estado eligió repartir el acceso a un recurso limitado a todos los necesitados de atención de salud, era constitucional o no.

En un caso como *Grootboom* a su vez, la corte una vez más no preguntó si la comunidad de Grootboom, como un discreto grupo de personas, tenía derecho a ser acogido por el Estado o no, sino que evaluó en qué medida la política de vivienda del Estado era constitucional o no, en la extensión en la que se hicieran provisiones para las necesidades semejantes de todas las personas. Como se ha señalado anteriormente, la Corte ha sido duramente criticada por este enfoque ‘generalizado’ en la aplicación de derechos, con acusaciones de que su actuación ha hecho que los derechos socioeconómicos pierdan todo contenido significativo. Estas acusaciones, he argumentado, son exageradas, pero más importante parece que las mismas pierden de vista el hecho de que existe una clara ventaja asociada a este enfoque de la Corte, si se tiene en cuenta la relación entre la labor de la Corte y la política progresista. Precisamente en el nivel en el que los asuntos de necesidad socioeconómica y de provisionamiento socioeconómico del Estado se encuentran más controvertidos –el nivel primario del debate en el que se determina la extensión y la naturaleza de las necesidades y en el que las necesidades son priorizadas– el enfoque de la Corte señala que estos son asuntos relacionados con un bien público más general, en lugar de intereses individuales y priva-

dos. El enfoque de la Corte, en otras palabras, pone de relieve las dimensiones políticas de los problemas de la justicia socioeconómica.

Una última manera en que las cortes que judicializan las demandas sobre derechos socioeconómicos pueden actuar en contra, deslegitimar o erosionar progresivamente la acción política, es si ellas participan, y de este modo confirman una serie de discursos sociales más amplios encaminados a despolitizar cuestiones de justicia social y económica. Una serie de comentaristas de diversas disciplinas han señalado que existen, en los discursos sobre la necesidad en las sociedades de estado de bienestar –es decir, los debates sobre aquellos problemas sociales de hambre, falta de vivienda y acceso inadecuado a la atención en salud, asistencia social y educación que dan lugar litigio sobre derechos socioeconómicos– constantes y generalizados intentos que emanan de algunos participantes para negar los elementos políticos (discutibles) de los debates y problemas. Así, por ejemplo, las cuestiones de pobreza, necesidad y privación se encuentran a menudo *personalizadas* en discursos dominantes: la condición de pobreza, de ser dependientes se atribuye a los rasgos de carácter personal, el fracaso, la anomalía de las propias personas pobres, en lugar de a las fuerzas sociales, políticas y económicas que realmente le dan forma¹⁵⁰. La pobreza y la necesidad también suelen *naturalizarse*. En este caso la pobreza y la privación se despolitizan por lo que se atribuye a causas ‘naturales’, totalmente fuera del control de la sociedad. Este proceso de naturalización puede producirse de dos maneras. La primera se da levantándose de hombros y sucumbiendo a la enormidad del problema de la pobreza: simplemente decir que hay mucho de eso y que siempre estará con nosotros. La segunda se da mediante el acto de unificar las causas de la pobreza, siendo estas causas inexorables sobre las cuales la sociedad no tiene ningún control, por ejemplo, las fuerzas intransigentes e impersonales del mercado mundial. Común a ambas afirmaciones es la idea de que la pobreza es, de alguna manera, ‘naturalmente’ parte de la estructura de nuestra sociedad, y, en consecuencia, siempre estará ahí, independientemente de lo que hagamos¹⁵¹. Una tercera estrategia despolitizante empleada en el discurso político sobre la pobreza es el proceso de

150 *Williams*, nota 5 precedente en 569.

151 T. Ross, ‘The rhetoric of poverty: their immorality, our helplessness’ (La retórica de la pobreza: su inmoralidad, nuestro desamparo), 1991, 79 *Georgetown Law Journal* (Periódico Legal de Georgetown), 1499 1501.

instrumentalización del hablar de las necesidades¹⁵². El discurso político sobre la pobreza y la necesidad se produce en distintos ámbitos discursivos: dentro de los movimientos sociales informales y grupos de presión, órganos más formales de la sociedad civil como las ONG y la academia y, por último, dentro de los ámbitos discursivos oficiales como el Parlamento o los organismos administrativos especializados¹⁵³. Estos diferentes espacios discursivos ocupan posiciones de poder relativo en la lucha para determinar y fijar el sentido en la interpretación de las cuestiones de pobreza y necesidad. Las descripciones dadas a la pobreza y a la necesidad en los ámbitos discursivos oficiales como el Parlamento y los organismos administrativos especializados son oficialmente emitidos. Como tales ellos ejercen una influencia autoritaria en el discurso político en torno a la pobreza y la necesidad. Al mismo tiempo, la interpretación de la pobreza, la necesidad y la privación que se lleva a cabo en estos ámbitos discursivos oficiales está explícitamente despolitizando. Cuando el Parlamento, o un departamento de Estado habla de una necesidad particular y participa en la interpretación de esa necesidad, lo hace con un propósito específico. La necesidad en cuestión ha sido legitimada como merecedora de la intervención del Estado y su propósito es encontrar la mejor manera de satisfacerla: están en el proceso de ‘transformación de las necesidades politizadas en necesidades administrables’¹⁵⁴. Como tal, los asuntos politizados previamente con los que son confrontadas se convierten en ‘problemas técnicos para los administradores y planificadores... en contraposición a los asuntos políticos’¹⁵⁵. Este proceso de transformación despolitiza de dos maneras. En primer lugar, pone entre paréntesis los asuntos en cuestión como temas técnicamente complejos con los que, participantes ordinarios no expertos en el discurso sobre la pobreza, no pueden participar provechosamente. En segundo lugar, los participantes subordinados en el discurso son reposicionados –considerando que antes fueron participantes activos en el proceso de interpretación de sus necesidades, involucrados en acción política, ahora conver-

152 N. Fraser, ‘Talking about needs: interpretive contests as political conflicts in welfare-state societies’ (Hablando sobre necesidades: disputas interpretativas como conflictos políticos en las sociedades del estado de bienestar), 1989, 99 *Ethics* (Éticas), 291-299.

153 *Ibidem*, 295.

154 *Ibidem*, 306.

155 *Ibidem*, 299.

tidos en receptores pasivos de servicios—, sus necesidades predefinidas les son administradas por medio de un proceso de asistencia terapéutica¹⁵⁶. Como resultado de ello, su compromiso político es negado.

A pesar de que la Corte Constitucional de Sudáfrica ha tenido precaución para evitar hablar de las cuestiones de la pobreza y las privaciones, a las que se enfrenta en los casos sobre derechos socioeconómicos, en las formas de naturalización y personalización descritos más arriba —haciendo hincapié en las causas políticas y contexto histórico de la pobreza en Sudáfrica y reiterando la obligación sobre el Estado y la sociedad en su conjunto para abordar los problemas de vivienda, insuficiencia de la atención de la salud y hambre— no ha evitado la trampa de la instrumentalización retórica.

Como era de esperar, una de las principales preocupaciones de la Corte Constitucional, en lo que va de los casos sobre derechos socioeconómicos, ha sido determinar el alcance de sus facultades de revisión con respecto a los derechos socioeconómicos. Esto fue especialmente cierto en sus tres primeros casos, *Soobramoney*, *Grootboom*, y *Treatment Action Campaign*. En estos casos, la Corte luchó con preguntas básicas como en qué tipo de cuestiones que se planteaban en los casos sobre los derechos socioeconómicos era competente para participar por completo; cuál de sus estándares de control debería aplicar en estos casos, y cuál es el alcance de su poder para decidir dónde ha ejercido su poder de revisión y encontró una violación de un derecho socioeconómico. Lo interesante es el lenguaje que la Corte ha empleado para justificar la elección que ha hecho a este respecto. En sus tres primeros casos, la Corte, cuando ha tratado con las diferentes cuestiones relacionadas con la naturaleza y el alcance de sus facultades de revisión, se ha basado, en primer lugar, en argumentos de ‘capacidad institucional’. El sustento de la Corte en estos argumentos de la capacidad institucional es en sí mismo poco controversial. Ciertamente, la Corte, cuando emplea esta retórica, entra en un discurso despolitizante e instrumentaliza de manera eficaz las cuestiones que está considerando, describiéndolas como ‘problemas técnicos para los administradores y planificadores... en contraposición a los asuntos políticos’¹⁵⁷.

156 J. Habermas, ‘Law as medium and law as institution’ (El derecho como medio y el derecho como institución), en G. Teubner (ed), *Dilemmas of law in the welfare state* (Dilemas de la ley en el estado de bienestar), 1986, 204-210.

157 *Fraser*, nota 152 precedente, 299.

Sin embargo, aunque hay lugar para argumentar acerca de la medida en la cual la Corte es institucionalmente incapaz en cualquier contexto dado, no se puede negar que está de hecho institucionalmente limitada y que la despolitización en la que solamente ésta se involucra basada en lo anterior es, hasta cierto punto, inevitable. Lo que hace problemático el uso de la Corte de su forma particular de ‘instrumentalización’ retórica, o más problemático de lo que sería de otro modo, no es tanto el hecho de que existan demoras, sino qué es lo que se demora. En los tres primeros casos, un segundo grupo de argumentos es central para la autolimitación de la Corte de sus facultades de revisión y decisión: ‘argumentos de cortesía constitucional’. La Corte se encuentra tan preocupada acerca de su incapacidad institucional, como sobre su *ilegitimidad* institucional. Cuando la Corte defiere, dejando de decidir sobre una cuestión particular, o de aplicar criterios estrictos de control, o imponer una orden intrusiva, ésta defiere no sólo la complejidad de las cuestiones a la mano, reconociendo que es incapaz de decidir sobre ellas. Más importante, la Corte defiere para, o defiere a favor de las *otras ramas del gobierno* —el ejecutivo, el legislativo o la administración del Estado— en el entendido de que ésta es, en el contexto de las esferas de poder institucional, el foro inapropiado para decidir sobre ellas. En resumen, el problema de definir la naturaleza y el alcance de las facultades de revisión de la Corte ‘se reduce en gran parte, si no exclusivamente, a una cuestión de separación de poderes’¹⁵⁸.

Ciertamente, uno podría argumentar a favor de la Corte que en su interés central, respecto del compromiso constitucional en la aplicación de los derechos socioeconómicos, se encuentra un interés con la democracia. La Corte, plenamente consciente de su posición como la rama del gobierno menos responsable democráticamente, se remite a los otros poderes, porque al hacerlo cree que respeta la voluntad democrática de la que los poderes políticos son los depositarios. Pero la concepción de la democracia, o de política o de los aspectos políticos que subyacen a este asunto es particularmente limitada. El interés de la Corte Constitucional, con el compromiso constitucional evidencia lo que Nancy Fraser ha descrito como un entendimiento *institucional*

158 F.I. Michelman, ‘The constitution, social rights, and liberal political justification’ (La constitución, derechos sociales, y justificación política liberal), 2003, 1 *International Journal of Constitutional Law* (Periódico Internacional de Derecho Constitucional), 13 15.

de la política y la democracia, en términos de que ‘una cuestión se considera política, si se maneja directamente en las instituciones del sistema oficial de gobierno, incluyendo parlamentos, aparatos administrativos, y otros’¹⁵⁹, y en términos de que la democracia sólo se produce dentro de estas instituciones del sistema oficial de gobierno. Esta comprensión de la democracia y la política está en contraste con lo que Fraser describe como un sentido discursivo de la política, en el que ‘algo es ‘político’ si es tratado a lo largo de diferentes y variados espacios discursivos y dentro de una gama de diferentes públicos, y en el que la democracia se produce no sólo en las instituciones del sistema oficial de gobierno, sino en todos estos ‘espacios discursivos’ y ‘públicos’ (oficiales y no oficiales).

Con este antecedente, resulta evidente que la instrumentalización retórica que la Corte emplea para justificar sus decisiones con respecto a la autolimitación de sus poderes, busca despolitizar las cuestiones de pobreza, necesidad y dotación social del Estado en dos sentidos. En primer lugar, y más evidente, la retórica de la Corte despolitiza en la medida en la que ésta describe los problemas en cuestión desde un concepto más técnico que político. Como se ha señalado anteriormente, esto puede, en cierta medida, ser visto como algo inevitable. Sin embargo, en segundo lugar, la retórica de la Corte despolitiza en la medida en que ésta relega el discurso sobre estos temas, incluso en su sentido técnico, totalmente a las ramas políticas del gobierno formalmente constituidas ‘cuya responsabilidad [y derecho], es hacer frente a estos temas’¹⁶⁰. El mensaje para aquellos otros ‘públicos’ no oficiales (movimientos sociales, ONG, ciudadanos comunes), que funcionan democráticamente en otros ‘espacios discursivos’ no oficiales es, por tanto, no sólo que las cuestiones que ellos tratan son difíciles en un sentido técnico, que requiere de un compromiso sostenido e informado, para las cuales podrían no tener la capacidad, al igual que la Corte. El mensaje es también que aquellos asuntos simplemente no son de su incumbencia, como tampoco lo son de la Corte. La retórica de la Corte no los proyecta como participantes activos en el proceso de interpretación de sus necesidades, participantes en la acción política, sino como receptores pasivos de servicios: sus necesidades, predefi-

159 *Fraser*, n 152 precedente, 297.

160 *Soobramoney*, n 50 precedente, párr. 29.

nidas por los poderes políticos del gobierno, les son administradas por medio de un proceso de asistencia terapéutica¹⁶¹.

En las decisiones de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Apelación sobre derechos socioeconómicos posteriores a *Soobramoney*, *Grootboom Treatment Action Campaign*, es posible ver los inicios de una tendencia compensatoria en la retórica de la Corte que está más estrechamente relacionada con una concepción discursiva o participatoria de la política y la democracia, y que a este respecto puede ser contrastada con la de la instrumentalización retórica de la Corte Constitucional en los primeros tres casos.

En primer lugar, en los casos en cuestión (*Khosa*, *Modderklip* y *PE Municipality*), la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Apelación han hecho hincapié en la gestión política de las personas pobres involucradas *vis a vis* con el gobierno, tomando en cuenta su desempeño, para la interpretación de los derechos en cuestión. En *Khosa*, el juez Mokgoro, por ejemplo, al considerar que el Estado tiene el deber constitucional de prestar asistencia social a los residentes permanentes indigentes en Sudáfrica (no ciudadanos), puso gran atención en el hecho de que los residentes permanentes tenían, por su condición, su suerte lanzada en Sudáfrica. En este sentido el juez Mokgoro señala que los residentes permanentes intentan convertirse en ciudadanos de Sudáfrica, que han hecho aquí sus hogares y han traído sus familias aquí, que para muchos, sus hijos han nacido aquí, que le deben lealtad al Estado¹⁶² y que pagan impuestos en Sudáfrica¹⁶³. Como resultado de ello, aunque todavía no sean ciudadanos formalmente, ellos han demandado su pertenencia a nuestra comunidad por medio del ejercicio de su gestión política y merecen ser tratados, tal como si fueran miembros de pleno derecho¹⁶⁴. En *Modderklip*, el juez Harms de la Corte Suprema de Apelación, igualmente hace hincapié en el papel de la gestión política de los propietarios y de los ocupantes ilegales en la determinación de la resolución del caso. En este sentido, el juez Harms señala que el propietario de las tierras había actuado en todo momento dentro de la ley y que buscó brindar una solución

161 *Habermas*, n 156 precedente, 210.

162 *Khosa*, n 92 precedente, párr. 59.

163 *Ibidem*, párr. 74.

164 *Ibidem*.

amistosa que pueda reivindicar sus derechos y los de los ocupantes ilegales¹⁶⁵; y que los ocupantes ilegales habían permanecido en la tierra sin la intención de obligar al Estado para que les provea de tierras con preferencia a otros, y también habían tratado de alcanzar una solución amistosa con el terrateniente y el Estado¹⁶⁶. Estos indicios de una actitud de compromiso político entre sí y con el Estado, juegan un papel importante en la eventual persuasión a la Corte, para que ésta decida a favor tanto del propietario de la tierra como de los ocupantes ilegales contra el Estado, el mismo que por el contrario ha fracasado en encontrar diligentemente una solución y ha renegado de los acuerdos alcanzados¹⁶⁷, a pesar del hecho de que había provocado la difícil situación de los ocupantes y el propietario de la tierra por desalojar previamente a los ocupantes ilegales de tierras estatales sin proporcionarles un alojamiento alternativo¹⁶⁸. Del mismo modo, en *PE Municipality*, la Corte Constitucional hace hincapié en la gestión política del grupo de ocupantes ilegales que el Estado intentó desalojar. Una vez más, el hecho de que habían ocupado las tierras en cuestión, no con el fin de obligar a la municipalidad para proporcionarles tierras alternativas con preferencia a otros, cuando son eventualmente desalojados, sino porque habían sido expulsados de otros lugares y no tuvieron otro lugar adonde ir¹⁶⁹, y el hecho de que habían tratado de negociar con los propietarios y el Estado, mientras que la municipalidad no había hecho ningún esfuerzo serio para llegar a una solución amistosa del caso, sino que se había apresurado a solicitar una orden de desalojo y había actuado de manera unilateral¹⁷⁰ en parte. Llevó a la Corte a la conclusión de que una orden de desalojo no puede ser concedida a menos que se provean tierras o viviendas alternativas habitables. De hecho, en *PE Municipality* estos factores, junto con otros, se consideraron tan importantes que la Corte tomó el sorprendente paso intrusivo de rechazar la oferta del municipio de dos posibles sitios alternativos, encontrando que no eran adecuados para las necesidades de los ocupantes ilegales.

165 *Modderklip*, n 30 precedente, párr. 33, 37-38.

166 *Ibidem*, párr. 25.

167 *Ibidem*, párr. 35-38.

168 *Ibidem*, párr. 35.

169 *PE Municipality*, n 38 precedente, párr. 49 y 55.

170 *Ibidem*, párr. 45, 55-57 y 59.

Ciertamente, uno tiene que advertir una nota de precaución en este punto. Así como con cualquier forma de retórica orientada a la comunidad, el énfasis de la Corte en estos tres casos sobre la ‘correcta’ acción política de los residentes permanentes, del dueño de la propiedad y de los ocupantes ilegales, corre el riesgo de ser interpretado como una forma de exclusión. Así, por ejemplo, la jueza Mokgoro explícitamente utiliza esta retórica para distinguir a los residentes permanentes de los otros no ciudadanos en Sudáfrica y, a continuación, sobre la base de esa distinción para negar a otros no ciudadanos la pertenencia a la comunidad sudafricana¹⁷¹. Igualmente, la referencia de las dos cortes, en *Modderklip* y *PE Municipality*, al hecho de que los invasores en cuestión habían ocupado tierras ilegalmente sin la intención de ‘saltarse’ la cola de provisión de vivienda, forzando al gobierno para que se les provea con alojamiento alternativo cuando fueran desalojados, efectivamente marca como ‘impropia’ la conducta de los ocupantes ilegales que han actuado de hecho con tal propósito y excluye su conducta (desde luego también fruto de la desesperación) de la esfera de la acción política ‘correcta’. A este respecto, las dos cortes corren el riesgo de crear una idea aceptable de acción cívica que hay que cumplir para formar parte de la comunidad política de Sudáfrica, excluyendo otras formas de acción política¹⁷². Sin embargo, este aspecto de los casos es importante porque, al menos, ubica a los residentes permanentes, a los dueños de la propiedad y a los ocupantes ilegales en el papel de actores políticos, que de forma activa (y legítima) participan en la interpretación de sus necesidades, junto con el Estado, que es a su vez solamente uno más de los participantes (aunque particularmente autoritario) en el proceso de interpretación de las necesidades. De esta manera, se evita el efecto de despolitización instrumentalista de la anterior retórica de la separación de poderes de la Corte Constitucional.

Esta nueva preocupación con la democracia participativa y la política discursiva muestra también la manera en que la Corte Constitucional y la

171 *Khosa*, n 92 precedente, párr. 59: ‘Por estas razones, excluyo a los residentes temporales’.

172 Véase al respecto K. van Marle, ‘Love, law and the south african community: critical reflections on “suspect intimacies” and “immanent subjectivity”’(Amor, ley y la comunidad sudafricana: reflexiones críticas sobre “intimidaciones sospechosas” y “subjetividad inmanente”), en H. Botha, A.J. van der Walt & JWG van der Walt, *Rights and democracy in a transformative constitution* (Derechos y democracia en una constitución transformadora), 2004, 231 y 245-246.

Corte Suprema de Apelación ejercieron y describieron sus poderes de reparación en los tres últimos casos. Esto es evidente, en primer lugar, en *Modderklip*. *Modderklip* fue presentado por el Estado como una situación sin solución. El Estado argumentó que no podía hacer cumplir la orden de desalojo de Modderklip contra los ocupantes ilegales, porque no tenía los recursos para hacerlo, especialmente en razón de que tendría que proporcionar tierras alternativas a los ocupantes ilegales que iban a ser desalojados¹⁷³. Tampoco sería capaz de hacerlo porque no tenía los recursos necesarios, pero más importante aún, debido a que proveer a los ocupantes ilegales de tierras alternativas les permitiría saltarse la cola de la provisión vivienda, legitimando por tanto un comportamiento social inaceptable¹⁷⁴. Esta posición del Estado es un ejemplo particularmente claro de la estrategia de naturalización a que se hacía referencia más arriba: el Estado lanza sus manos en el aire, abrumado por la naturaleza intratable de los problemas que enfrenta y así intenta eliminar los problemas en cuestión de la arena de disputa política. El juez Harms no es ambiguo en su rechazo a esta estrategia. Sosteniendo que “las cortes [y por ende el Estado] no deben ser intimidadas por problemas prácticos”¹⁷⁵, pero deben, en cambio, “moldear una orden que proveerá una reparación efectiva a todos aquellos afectados por una ruptura constitucional”, el procedió a encontrar una solución en donde el Estado afirmó que no existía una solución, ordenándole a pagar daños y perjuicios a los propietarios de las tierras y a permitir que los ocupantes ilegales permanezcan en el terreno en cuestión hasta que se encuentra un alojamiento alternativo. La retórica del juez Harms de ‘poder hacer’ contrarresta poderosamente los intentos del Estado sobre la despolitización, y ubica los tipos de cuestiones que se abordaron en el caso (falta de vivienda, invasión de tierras y desalojo) de lleno en el ámbito de la disputa política. Adicionalmente, por cuanto se sumó a la aplicación de una propuesta, que tanto el dueño de las tierras como los ocupantes ilegales habían hecho en el curso de su intento de negociaciones con el Estado¹⁷⁶, enfatiza la participación de esos actores políticos no oficiales en el proceso de definición de sus necesidades y la búsqueda de medios para sa-

173 *Modderklip*, n 30 precedente, párr. 13.

174 *Ibidem*, párr. 29.

175 *Ibidem*, párr. 42.

176 *Ibidem*, párr. 14.

tisfacérlas. Como tal, pone de relieve una comprensión participativa de la democracia y una comprensión discursiva de la política, y contrarresta la idea de que es sólo el Estado el que puede participar políticamente en los problemas y luego otorgar soluciones desde lo alto.

La tendencia de la repolitización continúa en la descripción de los poderes de reparación de la Corte Constitucional en *PE Municipality*. Tanto *Grootboom* como *Treatment Action Campaign* han sido criticados por la imposibilidad de la Corte para emplear medidas cautelares estructurales. En *Grootboom*, la Corte emitió una mera orden declarativa, dejando la reparación de la inconstitucionalidad en el programa de vivienda enteramente al Estado¹⁷⁷. En *Treatment Action Campaign*, de manera similar, la Corte emitió una orden declarativa, junto con una orden mandatoria requiriendo al Estado la remediación de la inconstitucionalidad en su programa para la prevención de la transmisión materno-infantil del VIH¹⁷⁸. Sin embargo, a pesar de confirmar que, efectivamente, tenía el poder para hacerlo, la Corte de nuevo se negó a emitir un interdicto de supervisión, sosteniendo que no había ninguna indicación de que el Estado podía no implementar correctamente su orden¹⁷⁹. Las críticas de los dos casos en este aspecto se han centrado en la medida en que el fracaso en la implementación de dicha reparación estructural ha cercado la efectividad de las reparaciones de la Corte¹⁸⁰. Sin embargo, Dennis Davis recientemente ha puesto de relieve, por el contrario, el papel de esa reparación estructural en la promoción de la rendición de cuentas democrática. Para él, el fracaso de la Corte en el empleo de una reparación estructural, ha provocado que pierda la oportunidad de permitir a los afectados por sus sentencias, a que participen en su implementación como agentes políticos activos y, como tal, ha socavado la idea de la democracia participativa¹⁸¹. En *PE Municipality*

177 *Grootboom*, n 89 precedente, párr. 99.

178 *Treatment Action Campaign*, n 91 precedente, párr. 135.

179 *Ibidem*, parr. 129.

180 Véase por ejemplo, K. Pillay, 'Implementation of *Grootboom*: Implications for the enforcement of socio-economic rights' (Implementación del caso *Grootboom*: Implicaciones de la aplicación de los derechos socioeconómicos), 2002, 6 *Law, Democracy and Development* (Ley, Democracia y Desarrollo), 255.

181 D. M. Davis, 'Socio-economic rights in South Africa. The record of the constitutional court after ten years' (Derechos socioeconómicos en Sudáfrica. El alcance de la corte constitucional luego de diez años), 2004, 5:5 *ESR Review* (Revista ESR), 3 6-7.

el juez Sachs parece prestar atención a esta petición. El juez Sachs, plantea la posibilidad de que una Corte pueda ordenar la mediación obligatoria entre las partes, aun en el evento de que decline a hacerlo¹⁸², en la prestación de una reparación en un caso de desalojo, como aquel con el que la Corte Constitucional tuvo que hacer frente. Es decir, una Corte puede realizar una decisión normativa, al describir los resultados que se requieren, en relación a las obligaciones Constitucionales y legales que están en juego en el caso, pero podría entonces ordenar a las partes a entablar un proceso de mediación con el fin de acordar los medios más adecuados con los que llegar a esos resultados¹⁸³. Como Charles Sable y William Simon han señalado¹⁸⁴, este tipo de decisiones estructurales de reparación ‘experimentalistas’¹⁸⁵ combina los aciertos de la Corte, que requieren que las obligaciones constitucionales sean cumplidas de una forma efectiva y práctica, sin dejar de ser respetuosa de su propia incapacidad institucional con respecto a los asuntos sustantivos involucrados en la implementación de sus decisiones normativas. Para mis propósitos esto muestra un mérito más importante. Las Cortes que emplean dicha reparación, sin duda, como Sable y Simon afirman, podrán seguir siendo adecuadamente respetuosas de su propia incapacidad institucional de deferir a otro foro respecto a la ejecución de sus órdenes. Sin embargo, las cortes no permitirán el deferimiento respecto de este tema a favor de las ramas políticas del gobierno solamente, como la Corte Constitucional se ha acostumbrado a hacerlo, sino también al *proceso político* en el sentido discursivo más amplio de la palabra, descrito anteriormente. De esta manera, las cortes serían capaces de subvertir la retórica instrumentalista, que parecería inevitable deben aplicar cuando se deciden demandas sobre derechos socioeconómicos, y dar efecto a un entendimiento participativo, en lugar de un entendimiento institucional de la democracia.

182 *PE Municipality*, n 38 precedente, párr. 47.

183 *Ibidem*, párr. 39-46.

184 C.F. Sable & WH Simon, ‘Destabilisation rights: How public law litigation succeeds’ (Derechos de desestabilización: Cómo triunfa la litigación de derecho público), 2004, 117 *Harvard Law Review* (Revista Harvard Law) 1016 1019 & 1053-1056.

185 Como opuesto a la regulación cautelar de ‘ordenar y controlar’; *Ibidem*, 1019.

3. Conclusión

En el debate internacional acerca de la justiciabilidad de los derechos socioeconómicos, la respuesta más convincente a los argumentos opuestos a los derechos socioeconómicos justiciables no negó que los derechos socioeconómicos presenten problemas en el proceso de decisión, pero sí negó que estos problemas los marcan como *esencialmente diferentes* de otros derechos. Según esta línea argumentativa, todos los derechos imponen obligaciones positivas y negativas al Estado, dependiendo de las circunstancias en las que se aplican. Las dificultades en hacer cumplir judicialmente los aspectos afirmativos de los derechos socioeconómicos también se producen en hacer cumplir judicialmente estos aspectos en otros derechos. La conclusión es que una categorización rígida de los derechos entre los que son justiciables y los que no, es simplemente falsa. Todos los derechos se ubican en algún lugar a lo largo de un ‘espectro de justiciabilidad’, algunos más fácilmente justiciables que otros, y “la posibilidad y el papel de la ejecución judicial ... [debería] evaluarse y desarrollarse con relación a cada derecho humano”¹⁸⁶, en lugar de negarse a un conjunto o categoría de derechos.

Esta respuesta se ve corroborada por la experiencia de Sudáfrica con los derechos sociales y económicos justiciables hasta la fecha. Esas dificultades que fueron postuladas como las más severas ante las cortes sudafricanas embarcadas en su experimento con estos derechos –asuntos sobre la separación de poderes respecto a la capacidad judicial y su legitimidad descritos anteriormente– en el caso han demostrado ser las más fáciles de tratar. Esto ha sido así porque las cortes tratan con los mismos problemas en el proceso de revisión judicial sobre la base de todos los demás derechos constitucionales y, por tanto, tienen un amplio repertorio de mecanismos a su disposición para luchar contra ellos. Las objeciones que fueron menos prominentes en el momento en que el debate sobre la justiciabilidad estaba en su apogeo –objeciones relacionadas con el impacto más amplio de este tipo de litigios sobre la acción política extra-oficial– han demostrado ser para las cortes, los más intratables y difíciles de enfrentar en los casos sobre derechos socioeconómicos. Esto, por el contrario, es así porque en el proceso de revisión judi-

¹⁸⁶ An-Na'im, n 7 precedente, párr.7.

cial sobre la base de otros derechos distintos de los derechos socioeconómicos, los jueces que actúan sobre la base de una responsabilidad despolitizada de la ley y de su papel en su aplicación, habitualmente niegan la existencia de este problema y, por tanto, dejan de crear mecanismos para hacerle frente. Desde este punto de vista la decisión de las demandas sobre derechos socioeconómicos, en las que estas dificultades se presentan de nuevo con la revisión judicial como institución, tal vez representan una oportunidad para una reconsideración más amplia de la naturaleza de la institución. Como señalé en la discusión precedente, esta reconsideración más amplia, aunque todavía incipiente, ha comenzado en Sudáfrica.

La protección judicial de los
derechos sociales en Ecuador

Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano

Ramiro Ávila Santamaría

Introducción. 1. Los retos. 1.1. Todas las juezas y jueces son garantes de los derechos. 1.2. La acción de protección protege todos los derechos, incluso los del buen vivir. 1.3. La acción de protección es de conocimiento y no cautelar. 1.4. La conciencia de la realidad de las víctimas. 1.5. El rol activista judicial y la relación entre la judicatura y otros poderes. 2. La superación de los obstáculos procesales. 2.1. Los principios y la interpretación de la ley de garantías. 2.2. La legitimación activa. 2.3. La distinción entre derecho ordinario y constitucional. 2.4. La subsidiaridad. 2.5. Las políticas públicas. 2.6. La direccionalidad del proceso, la oralidad y las formalidades. 2.7. La prueba. 2.8. El cumplimiento. Bibliografía

Introducción

La Constitución del Ecuador, aprobada mediante referéndum en el año 2008, tiene muchas innovaciones en la teoría de los derechos humanos, tanto en el contenido de los derechos como en sus garantías. Estas innovaciones son una ruptura frente a la teoría tradicional de derecho, que serán analizadas brevemente en este ensayo y, al mismo tiempo, plantean un reto para todos los actores que intervienen en el sistema judicial.

La forma de apreciar la Constitución y la comprensión de las innovaciones puede incidir en la aplicabilidad de ellas. Hay varias formas de aproximarse a la Constitución: (1) la indiferencia, (2) la sospecha, (3) la normativa y (4) la entusiasta.

(1) La peor forma de abordar el fenómeno jurídico nuevo es no considerándolo. Hay muchos factores que inciden en la indiferencia. Uno de ellos es la falta de elementos teóricos actuales para comprender las nuevas instituciones del derecho, otro es el cambio brusco de paradigma que genera un rechazo automático a lo desconocido y, otro, que C.S. Nino¹ denominaba el escepticismo ético, por el que se cree que los derechos humanos contemplados en la Constitución son falsas promesas, que no tienen utilidad alguna, que son impracticables y que, por tanto, no tiene sentido conocerlas.

(2) En la sospecha se trata de asimilar los cambios jurídicos exclusivamente con proyectos políticos sectoriales. No importa la innovación sino el origen de la norma o propuesta. Si éste se origina en un movimiento o partido de oposición, hay que pensar que tiene una intención de acumular poder, de aniquilar al movimiento o partido contrario, de servir a intereses particulares. La novedad, en este caso, es estudiada pero interpretada ideológicamente para descalificarla.

(3) En el análisis normativo encontramos un acercamiento formal a la norma. La norma al haber sido aprobada y tener vigencia tiene que ser aplicada. Este abordamiento tiene la ventaja de considerar a la Constitución como una norma que debe ser respetada; pero, a su vez, tiene la desventaja de descontextualizar la norma del fenómeno histórico y social del que surge y en el que tiene que aplicarse.

(4) Finalmente, hay otros que creemos que las normas constitucionales, particularmente las que tienen que ver con los derechos reconocidos en la parte dogmática, vinculan y limitan al poder y tienen un fuerte poder transformador. Desde esta perspectiva, la Constitución del 2008 es analizada con

1 Carlos Santiago Nino, "Introducción", en *Ética y derechos humanos*, Editorial Astrea, 2da. Edición, Argentina, 2005, pp. 1-7.

entusiasmo y consideramos que puede ser una herramienta poderosa para provocar cambios necesarios en la realidad de exclusión y miseria en que vive gran parte de la población. Tampoco quisiéramos caer en la ingenuidad de pensar que la Constitución por sí sola, como no lo ha hecho norma jurídica alguna, genera los cambios. Se requieren, como se advertirá en los retos, múltiples factores, entre otros, la cultura jurídica, los movimientos sociales, la actitud de las juezas y jueces frente a los derechos, la percepción de la realidad, la voluntad política y el compromiso frente a la transformación.

Este ensayo tiene dos partes. En la primera, abordaremos algunos de los retos que las personas operadoras del derecho constitucional deberán enfrentar al aplicar las normas constitucionales y legales cuando se enfrenten a los derechos del buen vivir. En la segunda parte, hacemos algunos comentarios e interpretaciones con relación a la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional para evitar y superar algunos obstáculos procesales que tienen relación con nuestra cultura jurídica y práctica procesal².

El objetivo de este ensayo es demostrar que la Constitución ecuatoriana tiene todos los elementos necesarios para considerar que los derechos sociales son plenamente justiciables y, además, invitar a que estos elementos sean utilizados por quienes tenemos la responsabilidad de hacer realidad la promesa de los derechos.

1. Los retos

1.1. Todas las juezas y jueces son garantes de los derechos

Cuando la Constitución afirma que todos los derechos son justiciables, y establece una acción de protección que está diseñada para reivindicar cualquiera de los derechos reconocidos³, está ordenando que la Función Judicial ya no se dedique exclusivamente a proteger la propiedad.

Las juezas y jueces son garantes jurisdiccionales de todos los derechos. Esto no es fácil de asumir y el reto es enorme. La gran discusión en la Asam-

2 Agradezco la lectura crítica y paciente de Danilo Caicedo Tapia.

3 Constitución del Ecuador, Art. 11 (3).

blea Constituyente fue si convenía crear jueces especiales para que resuelvan exclusivamente las acciones constitucionales. Los argumentos a favor de esta postura, que era respaldada por el Tribunal Constitucional de la época, fue que de este modo se garantizaba la calidad de las sentencias, que la carga de trabajo de las juezas y jueces ordinarios era demasiada y estaban saturados, además que los jueces no tenían por su experiencia y entrenamiento conocimientos ni herramientas para resolver asuntos constitucionales, y que nuestra historia —en las acciones de amparo— demostraba que no había funcionado adecuadamente la garantía por la resistencia de los operadores de justicia para asumir esta nueva tarea; más aún, apostar a que los jueces que nunca protegieron adecuadamente los derechos de propiedad puedan, de pronto, proteger otros derechos no sólo que era iluso sino inútil.

Todas las razones expuestas tienen su peso. Pero el dilema era más complejo si se asumía seriamente el postulado del “Estado constitucional de derechos y justicia”. ¿La Función Judicial es garante o no de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos? Si se aceptaba el argumento de crear dos jurisdicciones dentro de la Función Judicial, una constitucional y otra ordinaria, la respuesta era que no toda la Función aplicaba los derechos de la Constitución. La apuesta fue a constitucionalizar todo el Estado, que incluía, por supuesto, toda la Función Judicial. La apuesta posiblemente es mala a corto plazo, pero, sin duda alguna, es la mejor a mediano y largo plazo. Veamos algunos argumentos a favor de la óptima decisión de constitucionalizar a la Función Judicial.

(1) La especialización constitucional reforzaría la justicia ordinaria. Si se hubiese establecido la justicia especial, los jueces y juezas ordinarias se hubiesen privado de conocer y aplicar formas distintas de abordar el derecho. Por poner dos ejemplos, jamás se hubieran planteado el problema de dos normas que están en conflicto y que no puede ser resuelto a través de la subsunción (jerarquía, novedad y especialidad); crear derecho a partir de principios que no tienen enunciados previstos por el legislativo. Los casos constitucionales sólo hubiesen llegado a unos jueces y no al resto. Las juezas y jueces tienen la oportunidad de renovar sus conocimientos y aprender nuevas formas de interpretación y de solución de casos, que no sólo sirven para el derecho constitucional sino para mejor resolver incluso en el derecho civil o penal.

(2) El Estado, mediante la garantía jurisdiccional, seguiría siendo marcadamente liberal. Con suerte y con mucho dinero se hubiesen creado, en cada cantón si es que no sólo en las capitales de provincias, juezas y jueces constitucionales. Sólo en términos proporcionales, si comparamos en Pichincha, en donde existen 66 juezas y jueces de primera instancia ordinarios⁴, y se pusieran 10 jueces y juezas constitucionales, la proporción sería por cada 6 jueces ordinarios, uno constitucional. Es decir, el Estado sería seis veces más liberal que constitucional. En cambio, al haber establecido que todos los jueces conozcan las acciones de protección, el cien por ciento de la Función Judicial es garante de los derechos.

(3) La calidad de las sentencias depende, entre otros factores, del conocimiento y de la experiencia. La jueza o juez que resuelve mal una acción ordinaria muy posiblemente resolverá mal una acción de protección. Nada hace pensar que creando jurisdicción especial, las juezas o jueces automáticamente dictarán resoluciones adecuadas, cuando se sabe que la cultura jurídica es abrumadoramente liberal y se reproduce en los espacios de enseñanza (universidades) y de difusión del derecho (librerías, bibliotecas y eventos académicos). La Constitución sugiere la creación de la Escuela Judicial⁵, que es reforzada con la institucionalización de ésta por medio del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), que es uno de los mecanismos mediante el cual las juezas y jueces deberán capacitarse. En otras palabras, la calidad de las sentencias es un asunto que puede ser superado por medio de métodos de enseñanza innovadores y que no depende de la existencia o no de especialidades en la judicatura.

(4) La carga de trabajo ciertamente es un problema, que no se resuelve simplemente con la creación de más judicaturas. Dos comentarios con relación a la carga de trabajo. El uno es que las acciones de protección gozan de pre-

4 Los datos de 1997, 1998, 1999, 2006 fueron obtenidos por medio del Consejo Nacional de la Judicatura, Dirección Nacional de Personal, del documento “Distributivo de sueldos 1997”. No existe un registro ni estadística sobre el número de jueces y su distribución nacional, véase Ramiro Ávila Santamaría, “El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal”, en *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007.

5 Constitución del Ecuador, Art. 181 (4).

ferencia⁶; es decir, que si la jueza o juez tiene en sus manos un caso constitucional o uno ordinario, deberá preferir resolver el primero. No se trata de un desplazamiento de unos casos por otros, se trata de dos casos, uno que tiene protección fundamental y otro que tiene un procedimiento ordinario. El otro comentario es que el problema de la carga de trabajo debe resolverse mediante la gestión adecuada del despacho judicial. Efectivamente deben crearse más juzgados en función de las necesidades, pero también habrá que entender que se debe implementar la oralidad, la direccionalidad del proceso⁷, los medios electrónicos para la comunicación entre las partes, el no sacrificio por las formalidades de la justicia. Sin duda, esto también implica capacitación y experiencia, la ruptura del paradigma escrito y la voluntad y compromiso de las juezas y jueces.

(5) La objeción más difícil de sortear es aquella que sostiene que la justicia ordinaria no ha atendido ni resuelto adecuadamente los casos a ella encomendada. En este punto estamos en la transformación de la Función Judicial. La administración de justicia ha colapsado y no puede seguir tal como está organizada ahora. Existen herramientas interesantes, la una es la Constitución y la otra es el COFJ, que establece un perfil ambicioso de servidor judicial⁸ y mecanismos para profesionalizar, formar inicialmente a las personas servidoras de justicia y evaluarlos continuamente; también establece un régimen de administración de recursos para promover a las personas adecuadas y remover a quienes, por ineptitud o corrupción, obstaculizan a la Función Judicial. El derecho regula sobre la realidad o prescribe conductas para alterar la realidad. Lo primero sería desgastar energía y esfuerzos normativos

6 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 7.

7 *Ibidem*, Art. 4 (6): La jueza o juez deberá dirigir los procedimientos de forma activa, controlará la actividad de los participantes y evitará las dilaciones innecesarias. En función de este principio, la jueza o juez podrá interrumpir a los intervinientes para solicitar aclaraciones o repreguntar, determinar el objeto de las acciones, encauzar el debate y demás acciones correctivas, prolongar o acortar la duración de la audiencia.

8 Código Orgánico de la Función Judicial: “El perfil de las servidoras o servidores de la Función Judicial deberá ser el de un profesional del Derecho con una sólida formación jurídica; con capacidad para interpretar y razonar jurídicamente, con trayectoria personal éticamente irreprochable, dedicado al servicio de la justicia, con vocación de servicio público, iniciativa, capacidad innovadora, creatividad y compromiso con el cambio institucional de la justicia.”

por algo que no sirve; lo segundo es establecer normas para transformar situaciones indeseables. La aplicación del derecho no es fácil, depende de muchos factores: uno de ellos es el adecuado funcionamiento de los órganos y de las personas encargadas de la transformación, el otro es la voluntad de los poderes del estado de respetar la independencia judicial.

Sin embargo, más allá de que funcione el Consejo de la Judicatura, la decisión está en cada uno de los jueces y juezas. Optar por resolver adecuadamente las acciones de protección de derechos, de darles preferencia, de atender los requerimientos de la gran mayoría de la población que vive en situación de vulneración de derechos es lo adecuado en un régimen constitucional de derechos.

1.2. La acción de protección protege todos los derechos, incluso los del buen vivir

Las acciones judiciales siempre han estado diseñadas para proteger derechos. Tradicionalmente los jueces y juezas han sido entrenados, en las universidades y en la práctica, para aplicar el derecho sustantivo y seguir los procedimientos. En el derecho sustantivo la gran matriz ha sido el código civil y el código penal, y en el derecho adjetivo los códigos de procedimiento civil y penal. Tímidamente aparecieron las cátedras de derecho administrativo y la jurisdicción contenciosa administrativa, que ha sido la forma incipiente de conocer y resolver los problemas de derecho público. Sin embargo, la justicia constitucional estuvo restringida a la acción de hábeas corpus, que protegía el derecho a la libertad ambulatoria, y a una acción de amparo, que era meramente cautelar y que dependía, para resolver el fondo, del derecho ordinario.

De todos los derechos que están reconocidos en la Constitución, la Función Judicial ha protegido casi exclusivamente el derecho a la propiedad y sus derivaciones: inquilinato, mercantil, comercial, contractual, y las otras ramas, incluso la laboral, se han reducido a un reclamo patrimonial efecto de las relaciones en el trabajo. Si uno, en lo penal, analiza las cifras de la estadística criminal, podría concluir que, salvando el problema de las drogas, el derecho penal también ha protegido casi exclusivamente la propiedad.

No es ético ni jurídico que la Función Judicial atienda a la ciudadanía por la violación de un derecho, cuando la Constitución reconoce más de una centena en sus setenta artículos⁹ en los que enuncia y desarrolla los derechos. Se puede entender en una cultura formal y legal, como la nuestra, que las juezas y jueces atiendan las causas a las que están familiarizados y las que tienen soluciones previstas por el legislador. Esto puede explicar la reticencia para aplicar las acciones de protección de derechos, pero de ninguna manera podrá justificar la omisión o inadmisión de causas por violación de derechos.

Los derechos del buen vivir quizá sean los más difíciles de resolver, porque implican mayor determinación judicial y mayor tacto político por parte de las juezas y jueces. ¿Cómo exigir violaciones tan complicadas como el derecho al hábitat, al agua, a la seguridad social (derecho universal y no sólo de los trabajadores)? La más fácil forma es no resolviéndolos, pero es la más perversa porque desnaturaliza a los derechos y al Estado constitucional de derechos y justicia.

La jueza o juez debe enfrentarse a los casos que tienen que ver con el bienestar de la gente y con una de las mayores innovaciones del derecho constitucional ecuatoriano. Acá es donde cobra sentido el enunciado de que los “derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial”¹⁰. Este libro es una muestra de que las juezas y jueces se enfrentan a los casos y los resuelven adecuadamente, aun cuando el legislador no ha previsto soluciones legales predeterminadas.

1.3. La acción de protección es de conocimiento y no cautelar

En la Constitución de 1998 la acción constitucional que tutela derechos humanos era exclusivamente cautelar. Esto quería decir que la solución al caso que daban los jueces era provisional, y que la definitiva tenía que encontrarse

9 Constitución del Ecuador, Art. 12 al 82. Hay algunos artículos, como el del debido proceso en lo penal, que contiene catorce derechos (Art. 77). Así que, sumados, deben dar más de cien derechos, sin contar con los derechos que se desprenden de la parte orgánica y de los que la doctrina llama derechos implícitos.

10 *Ibidem*, Art. 11 (3).

en la vía ordinaria, que normalmente era la contenciosa administrativa. El requisito era que el amparo procedía cuando había un daño grave e inminente. Esto hay que superar. La acción de protección no es el amparo ni tampoco es cautelar. La acción de protección es de conocimiento y las medidas cautelares son provisionales.

La distinción está en la relación temporal entre violación y la acción judicial. Hay tres momentos en los que se podría intervenir judicialmente: (1) antes, (2) durante, y (3) después de consumada la violación.

(1) Antes de la violación de derechos, la acción u omisión debe ser grave e inminente y sólo cabe la aplicación de una o varias medidas cautelares para evitar que la violación de derechos se produzca. Por ejemplo, en una zona rural, un campesino puede constatar que se están haciendo obras para cambiar el curso del río, que le abastece de agua para el riego de su parcela. La violación no se consuma y no cabría acción de protección. Es grave¹¹ porque esto puede ocasionar no sólo la pérdida de la cosecha, sino también porque podría afectar a los medios de subsistencia del campesino y su familia.

(2) Durante la violación de derechos; para detener la violación y repararla; y cabe la medida cautelar y la acción de protección. Este caso es más complejo porque se está provocando el daño. La jueza o juez debe primero detener la violación y, en un segundo momento, reparar. Podría detener y reparar en un mismo procedimiento, pero no suena razonable. Pensemos en caso de derechos de la libertad y en otro de los derechos del buen vivir. Si le hacen conocer a la jueza o juez que están torturando a un individuo en la Policía, no suena razonable que la jueza o juez califique la demanda en veinticuatro horas, llame a audiencia y luego resuelva; sino que lo primero que tiene que hacer es acudir inmediatamente él o ella, o enviar una comisión, o llamar por teléfono al director del centro donde está detenida la persona, e inmediatamente detener la tortura; luego, seguir el trámite para declarar la violación y, si es del caso, reparar.

11 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 27: grave es cuando el daño podría ser irreversible o por la intensidad o frecuencia de la violación.

Ahora pongamos un ejemplo de derechos del buen vivir. Esto nos sucedió cuando en la Clínica de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE) intentamos judicializar un caso de acceso al derecho a la salud. Un señor había sido atropellado y conducido al Hospital público Eugenio Espejo. Al llegar a Emergencia, le dijeron a la esposa del accidentado que necesitaba una intervención quirúrgica, pero que se requería previamente de algunos materiales (prótesis entre otras), que equivalían aproximadamente a 600 dólares. Sin estos insumos, no podían operarle y afirmaron que seguramente moriría su marido. La señora, por esas casualidades de la vida, llegó a la Clínica de Derechos Humanos para pedir, con receta en mano, le ayuden con unos cuantos dólares. Le dijimos a la señora que lo que podíamos hacer era un recurso de amparo (hoy medida cautelar). Planteamos el recurso y solicitamos que el juez obligue al hospital a operar a la persona sin condicionante alguno. La audiencia se produjo a los quince días después de haber presentado el amparo y la persona ya había sido operada. El juez sostuvo que como no había violación, no procedía el amparo. Este el típico caso de violación de derecho que requiere intervención inmediata, declaración de violación y reparación. Si yo fuera juez con el sistema jurídico vigente, lo primero que haría es ordenar al Director del hospital que atienda y opere inmediatamente a la persona, a la que no sólo se le está violando el derecho a la salud sino también que existe una amenaza grave e inminente de violar su derecho a la vida. Una vez operada la persona, declarararía, después de seguir el procedimiento de conocimiento, que el hospital al condicionar para la atención en salud a una persona que requería intervención inmediata violó el derecho a la salud, que determina que “La salud es un derecho (...) el Estado garantizará (...) el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a (...) atención integral de salud”¹². La reparación integral, en este caso, podría ser tan simple como ofrecer garantías de no repetición, es decir, el ofrecer que, dentro de las políticas del hospital, no se vuelva a condicionar el servicio a contar con recursos económicos¹³.

- (3) Después de haberse consumado la violación de derechos. En estos casos no proceden las medidas cautelares sino solamente la acción de protec-

12 Constitución del Ecuador, Art. 32.

13 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 18.

ción. La pretensión sólo podría ser declarar la violación y la reparación integral de derechos¹⁴. Esta acción es de conocimiento porque se debe demostrar que existe una violación, que se manifiesta por medio de un daño, y constatado el hecho, responsabilizar al Estado o particular y obligarle a reparar la violación.

1.4. La conciencia de la realidad de las víctimas

¿A quién presta sus servicios la Función Judicial? ¿Al optar por ser una jueza o juez que prioriza el derecho ordinario a quién deja de prestar servicios? Uno de los problemas más graves de los derechos del buen vivir es que las víctimas no saben que tienen un derecho violado¹⁵, las organizaciones de derechos humanos no litigan en derechos sociales o simplemente se dedican a la incidencia política, las juezas o jueces no tienen la sensibilidad, el conocimiento o la conciencia de que los derechos del buen vivir pueden ser justiciables.

Si uno analiza las cifras de pobreza de cualquier país de Latinoamérica, incluido el Ecuador, lo primero que llama la atención es que más de la mitad de las personas son pobres y que un cuarto al menos vive en condiciones de miseria. La pobreza es uno de esos conceptos que enmascara la violación de derechos sociales. Atrás de la pobreza encontramos un déficit enorme en el ejercicio de derechos a la educación, a la salud, al trabajo, a la seguridad social, a la vivienda. La categoría pobreza esconde, atrás de la cifra y el porcentaje, seres humanos de carne y hueso. Esos seres de carne y hueso no creen y a veces ni saben que existe la Función Judicial.

Basta ver con un poco de atención la realidad que nos rodea cuando salimos de nuestras casas o leer con mirada de derechos el periódico: niños que trabajan, desempleados, enfermos, deserción escolar, mala práctica médica, suspensión de servicios básicos, falta de espacios para recreación, contaminación... Cada una de esas personas podría eventualmente acudir a la Función Judicial, por cuanto la Constitución le ha prometido reparación integral.

Cuando las personas han tenido los derechos del buen vivir satisfechos, es difícil entender a cabalidad que atrás de las estadísticas hay personas que

14 *Ibidem*, Art. 6 y Art. 39.

15 Ligia Bolívar, "DESC: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes", en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie Estudios Básicos, Vol. V., pp. 85-136.

sufren y la pasan mal cotidianamente. Los burgueses liberales del siglo XVIII no reclamaron los derechos sociales porque simplemente no los necesitaban. El hecho de tener estos derechos en la Constitución del 2008 significa que su visibilización ha significado un esfuerzo enorme y muchas luchas para combatir y revertir la realidad de la pobreza.

¿Una jueza o juez pueden enfrentarse a la pobreza? Entendiéndola como estamos sugiriendo, como una violación de derechos, sin duda que sí. Ahora esto hay que hacerlo con cierto cuidado, que es lo que analizaremos en el acápite siguiente.

1.5. El rol activista judicial y la relación entre la judicatura y otros poderes

La jueza o juez al aplicar las normas que reconocen derechos tienen que intentar encontrar una regla¹⁶ previamente establecida por el legislador, en la que encuentre un supuesto de hecho y la obligación determinada que se adecue al caso que está resolviendo. Puede pasar, al contraponer el caso al derecho ordinario, cuatro situaciones:

- (1) La regla se adecua perfectamente al caso, en cuyo caso la jueza o juez no tiene mucho que trabajar, porque la situación fue prevista y la solución está también predeterminada. Si bien esto es posible, en los casos relacionados a los derechos del buen vivir cuando encontramos soluciones previstas en la ley de educación, en el Código de la salud o en el Código de la niñez y adolescencia, no es menos cierto que el estándar de reparación que exige la Constitución y la Ley orgánica de garantías constitucionales y control constitucional es alto y conviene preguntarse —y preguntar a la víctima— si la solución contemplada en la ley es satisfactoria.

16 Entendemos por regla a las normas que Luigi Ferrajoli las denomina hipotéticas, y que tienen una estructura “si x, debe ser y”, por oposición a los principios, de cuya naturaleza normalmente gozan los derechos, y cuya estructura es propia de una norma ética, que se formula simplemente como “x”. Más detalles en Ferrajoli Luigi, “Derechos fundamentales y derechos patrimoniales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2001, pp. 19-24. Véase también Alexy Robert, “Los derechos fundamentales como derechos subjetivos”, en *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios constitucionales, España, 1997, pp. 173-245.

- (2) La regla es insuficiente por no encuadrar cabalmente el hecho en el supuesto legal. En este caso el juez o la jueza debe completar el sentido de la regla para que se adapte al caso que está conociendo, tratando al máximo de respetar la voluntad del legislado.
- (3) La consecuencia de la regla es una respuesta inadecuada a la reparación integral. Esto debería suceder con harta frecuencia dada la integralidad de la reparación en relación con la violación del derecho, la persona y las posibilidades de reivindicación de un derecho. En este caso, la jueza o juez, de igual modo deberá adaptar la regla a los requerimientos de su caso.
- (4) No existe regla. Pero como existe norma, que es el principio constitucional que reconoce un derecho que, en su enunciado, no tiene hipótesis ni obligación jurídica predeterminada, debe generar una regla adecuada al principio y al caso concreto.

En las situaciones 2, 3 y 4 la jueza o juez son activos y no meros aplicadores de reglas, entendiendo por activo la posibilidad de adecuar, inaplicar o crear reglas para los casos concretos. ¿Se convierte la jueza o el juez en legislador?

Algunas diferencias y semejanzas. No es legislador, no puede ni debe reemplazarlo. El legislador tiene legitimidad democrática y competencia exclusiva para dictar reglas; las reglas que emiten, denominadas generalmente leyes, tienen carácter general y obligatorio; la carga de argumentación jurídica es harto insuficiente y se podría afirmar que es suplida por el debate y por la votación parlamentaria. Las juezas y jueces jamás podrían actuar de esa manera porque no tienen mandato específico constitucional, no pueden dictar normas abstractas y generales y tienen un peso argumentativo que aumenta en función del alejamiento a la regla parlamentaria. Sin embargo, ante la deficiencia o inexistencia legislativa, no pueden dejar de actuar, más como hemos afirmado, los derechos son directamente aplicables. El actuar en estas hipótesis significa actuar subsidiariamente frente a la omisión legislativa.

Tradicionalmente el Tribunal Constitucional se declaró como “legislador negativo”. Esto quería decir que sólo tenía atribuciones para declarar que los parlamentarios emitieron normas inconstitucionales; es decir, violaron su deber de abstención al expedir una norma contraria a la norma suprema.

Pero en ningún caso podía suplir la omisión legislativa porque de este modo se convertirían en legislador “positivo”. Quizá donde mejor se aprecia este rol positivo lo encontramos en el tratamiento de la omisión. Si la omisión es absoluta, la Corte Constitucional debe establecer reglas temporales hasta que, en el plazo determinado por ésta, el parlamento dicte las reglas adecuadas; si la omisión es relativa, la Corte expide directamente las reglas¹⁷.

Si las juezas o jueces se atribuyeren libremente las competencias de legislar sin duda estarían atentando con el principio de la división de poderes. Las juezas y los jueces son activos por necesidad y siempre excepcionalmente. No es justo que la persona sufra las consecuencias de la omisión o acción del estado que vulnera sus derechos. A la persona poco le importa si el responsable fue cualquier función del estado, lo que interesa es que se resuelva su caso.

¿En el ámbito propio del poder ejecutivo, las juezas y los jueces pueden definir políticas públicas y, por tanto, asumir roles de otro poder? La respuesta es no. El poder judicial jamás tendrá la capacidad de disponer de recursos y peor de ejecutarlos. No tiene competencias constitucionales y tampoco tiene la capacidad y la posibilidad práctica de hacerlo. Sin embargo, tiene competencias para determinar violación a los derechos que provengan de políticas públicas y, por tanto, puede reparar violaciones que provengan de estos actos administrativos. Imaginemos un caso. El Ministerio encargado de la salud diseña un programa para vacunar a todas las niñas y niños del país menores de cinco años. Organiza recursos humanos, planes de distribución de las vacunas, formas de entrega y demás que contiene una política. Sin embargo, las vacunas no llegan a la provincia de Tulcán por un error en el cálculo y por haberse agotado las existencias de vacunas. En este caso, cualquier persona puede demandar ante un juez o jueza al Ministerio encargado de la salud por discriminar las niñas y niños de Tulcán que, estando en igual condiciones que otros niños y niñas del país, no han podido gozar del derecho a prevenir enfermedades por medio de las vacunas. ¿Cómo se podría solucionar este caso? En primer lugar declarando la violación del derecho; en segundo lugar reparando integralmente a las víctimas no identificadas pero identificables. La jueza o juez, que no podría —como el caso del legislador— suplir al ejecutivo, le ordenaría a que, en un plazo razonable y de posible

17 Constitución del Ecuador, Art. 436 (10); Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 129.

cumplimiento, el Ministerio encargado de la salud corrija las deficiencias en la distribución de las vacunas. Si no se cumple, ordenaría la destitución del funcionario competente. También los jueces y juezas pueden establecer estándares de cumplimiento.

Lo óptimo es que la jueza o juez escuche a los intervinientes, tanto a la víctima como a los agentes del estado. Nada se gana haciendo una sentencia maravillosa de imposible ejecución. Para ello, conviene la creación de espacios para la coordinación. Las reparaciones deben ser útiles y posibles, sin caer en aquel pretexto intolerable de la falta de recursos. Las soluciones a los casos deben ser adecuados para cada caso, para cada víctima y en la medida también de los responsables. No hay recetas, no hay forma de establecer reglas únicas, no hay modelos únicos. La innovación y la creatividad están a la orden del día.

2. La superación de los obstáculos procesales

Este en realidad es un reto más, pero conviene visibilizarlo dado que tenemos la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ley de Garantías o LOGJCC), que trae algunas regulaciones a la Constitución que conviene interpretarlas o comentarlas, para evitar que el procedimiento se convierta en un obstáculo más para exigir derechos del buen vivir: (1) los principios como fuente de interpretación, (2) la legitimación activa, (3) la relación entre derecho ordinario y constitucional, (4) la subsidiaridad, (5) las políticas públicas, (6) la direccionalidad del proceso y la oralidad, (7) la prueba, (8) el cumplimiento.

2.1. Los principios y la interpretación de la ley de garantías

Los principios establecidos en la Constitución y en la LOGJCC son la fuente de inspiración para sortear cualquier regulación que pueda restringir las potencialidades de la acción de protección. Por un lado, la Constitución prescribe que no se exigirán condiciones o requisitos no establecidos para el ejercicio de derechos y garantías que no estén en la Constitución y la ley¹⁸,

18 Constitución del Ecuador, Art. 11 (3).

y ninguna norma podrá restringir el contenido de los derechos y garantías¹⁹; por otro lado, siempre se debe interpretar la norma en el sentido que más favorezca a la efectiva vigencia de los derechos²⁰ y que reconozca derechos más favorables a las personas²¹.

La LOGJCC enumera, no taxativamente, algunos métodos de interpretación. Si tomamos el descrito en la ley como método teleológico, por el que “Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo”²², y leemos el fin establecido para las garantías en la misma ley: “las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos”²³, ya solo con estos dos ingredientes podemos sortear cualquier regulación que pueda ser considerada como un obstáculo para la protección de los derechos. No se trata de forzar el texto para resolver caprichosamente cualquier caso, se trata de interpretarlo para no tolerar la existencia de violación a derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

2.2. La legitimación activa

En el texto de la LOGJCC encontramos un primer aparente obstáculo. La ley prescribe que la demanda podrá ser presentada “por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad, colectivo vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de un representante o apoderado”²⁴ (el subrayado es nuestro). Al poner la palabra “sus” retornamos sutilmente a la teoría del derecho subjetivo, que la Constitución explícitamente evitó al enunciar que “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”²⁵.

19 *Ibidem*, Art. 11 (4).

20 *Ibidem*, Art. 11 (5).

21 *Ibidem*, Art. 424.

22 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 3 (6).

23 *Ibidem*, Art. 6.

24 *Ibidem*, Art. 9.

25 Constitución del Ecuador, Art. 86 (1).

Se ha afirmado que uno de los más grandes obstáculos para la exigibilidad de derechos es la falta de reconocimiento de las propias personas que sufren la violación de derechos como víctimas. Para suplir este defecto, que no es nuevo en nuestro sistema jurídico, la Constitución estableció este *actio popularis*, mediante el cual nadie puede ser indiferente a la violación de derechos que sufren otras personas y puede denunciarla. Además, parecería que es un contrasentido la reducción de la legitimidad activa para proponer acciones de protección, cuando la misma Constitución establece como responsabilidad de las personas el “respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento”²⁶ (el subrayado es nuestro). Sin duda, una de las formas más eficaces para luchar por el cumplimiento de los derechos es por medio de la denuncia y la litigación de derechos.

Todavía recuerdo cómo se convirtió en el peor obstáculo, para exigir lo que ahora conocemos como “derechos del buen vivir”, aquella frase de la Constitución de 1998 que establecía que sólo se podía presentar amparo por “sus propios derechos”. Permítanme contar un caso, que también se intentó litigar desde la Clínica de Derechos Humanos de la PUCE. Se trataba del caso del Programa de Alimentación Escolar (PAE) en la época del gobierno de Lucio Gutiérrez. Gutiérrez dispuso de tres millones de dólares del PAE para invertir en lo que se conoció como “picos y palas” (entrega de picos y palas a comunidades indígenas), un típico programa que logró adhesión en el campesinado indígena de la Sierra y, de paso, dividir al movimiento indígena. Por ese cambio en la partida presupuestaria, durante seis meses, más de un millón de niños y niñas en edad escolar no recibieron su desayuno escolar.

Este es el típico caso de política pública que viola derechos humanos y también el principio de progresividad y prohibición de regresividad. No se puede diseñar o ejecutar arbitrariamente los fondos públicos que promueven el ejercicio de derechos. La alimentación escolar es un derecho que tiene autonomía y que está íntimamente relacionado con la educación (sin desayuno no hay atención y por tanto no se puede ejercer el derecho por medio del proceso de aprendizaje), con la salud (sin alimentación las defensas disminuyen y el cuerpo se predispone a la enfermedad), con la nutrición, por señalar algunos. ¿Quiénes son esos niños y niñas de carne y hueso que no

26 *Ibidem*, Art. 83 (5).

desayunaban? ¿Quiénes son las víctimas? Encontrar víctimas no era difícil, lo difícil era que comparezcan por sus propios derechos. En Quito, por ejemplo, se visitaron algunas escuelas públicas y ninguno de los padres de familias se atrevía a presentar la acción por temor a represalias de la escuela o del Ministerio de Educación. Se consiguió, por la ayuda del Consejo de la Niñez de Riobamba, a dos niños –uno el presidente del Comité Escolar y otro que había sido elegido como “defensor de derechos”, ambos de 12 años cumplidos– para que presenten la demanda. En el juzgado de lo civil del cantón Quito se la rechazó afirmando que eran menores de edad (a pesar de que el Código de la Niñez sostiene que las personas mayores de 12 años pueden comparecer por sí mismas para exigir derechos). Se consiguió las firmas de sus padres y se volvió a presentar la demanda. Esta vez se rechazó la demanda porque se afirmó que era una violación de carácter general y que, por tanto, cabía la acción de inconstitucionalidad, que debía presentarse con la firma de mil personas o mediante la intermediación del defensor del pueblo. También se intentó esa vía y el defensor, en tres intentos, sostuvo que era un acto administrativo que no podía ser reparado y no calificó la demanda.

Todo este “vía crucis” se hubiese evitado si es que se reconocía la legitimidad activa para demandar por otros la violación a sus derechos. Si se llega a entender “sus” derechos como aquella teoría del derecho subjetivo, por medio de la cual sólo las víctimas pueden reclamar, se estaría atentando seriamente al espíritu de la norma constitucional.

Por otro lado, no puede ser justo que sólo exista la acción popular para hacer conocer la violación de derechos que tiene que ver con lo penal, cuando permite la ley que cualquier persona, aún sin poder, pueda denunciar la existencia de una infracción. Con más razón en materia constitucional, que el modelo de Estado y la solidaridad que se impregna en toda la Constitución, no debería tolerar cualquier tipo de violación. Creo que el problema tampoco se soluciona al establecer la legitimidad activa del Defensor del Pueblo, que ha demostrado que es deficiente en el litigio constitucional y la eficacia de las garantías no puede depender de la buena voluntad de la gente que ejerce los cargos públicos. Todos somos responsables de la eficacia constitucional.

Afortunadamente, como la ley debe leerse contextualmente con el resto de normas de la propia ley y del sistema jurídico, en los siguientes artículos de más adelante de la LOGJCC encontramos las normas que ayudan a in-

interpretar el artículo sobre la legitimación activa, que impedirían leerlo de forma aislada y literal. En el artículo sobre el contenido de la demanda, se establece con claridad que el accionante podría ser una persona distinta a la víctima y que, por ello, tiene la obligación si supiere de informar sobre el lugar donde le notifican²⁷. De igual modo, en el artículo que se regula sobre la comparecencia de la persona afectada, distingue otra vez la ley entre accionante y víctima como dos sujetos distintos²⁸. Lo propio sucede en la audiencia, en la que puede participar el accionante y también la víctima²⁹. Por tanto, cuando la ley habla de que sólo pueden presentar las personas por sus derechos o sus representantes y apoderados, habrá que entender que representante es aquella persona que lo hace sin mandato a diferencia de apoderado, y que “representa” hasta que comparezca la víctima y ratifique o desaprobe lo actuado por este sujeto que actúa “ad hoc”.

2.3. La distinción entre derecho ordinario y constitucional

La justicia constitucional tiene semejanzas, en nuestro sistema jurídico, con la justicia ordinaria. Tanto la una como la otra protegen derechos, y aquí puede presentarse la primera confusión. La primera como la segunda tiene competencia para conocer ambas materias, y aquí encontramos la segunda puerta para la confusión. La clave imprescindible para aplicar la acción de protección de forma adecuada está en que las juezas y jueces distingan los dos tipos de derechos.

Luigi Ferrajoli ha establecido con claridad una distinción entre lo que él llama “derechos patrimoniales”, que equivaldría a lo que nosotros denominaríamos “ordinarios”, y “derechos fundamentales”, que nosotros los llamaríamos “constitucionales”. Entre estos derechos descubre cuatro diferencias³⁰.

1. Los derechos ordinarios son derechos reales y de crédito, vinculados con la propiedad, son derechos singulares, que pertenece a un titular deter-

27 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 10 (5).

28 *Ibidem*, Art. 11.

29 *Ibidem*, Art. 14.

30 Luigi Ferrajoli, “Derechos fundamentales y derechos patrimoniales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2001, pp. 29-35.

minado. Consecuentemente estos derechos excluyen, para el ejercicio y goce, a las personas que no son titulares. Los derechos ordinarios están en la base de la desigualdad. Los derechos constitucionales, en cambio, son todos los reconocidos en la “carta magna”, vinculados con las esencias del ser humano, son derechos universales, como tales tienden a un proceso inclusivo en el ejercicio y goce: todas las personas tienen todos los derechos. Los derechos constitucionales están en la base de la equidad.

2. Los derechos ordinarios son disponibles, negociables, alienables y hasta consumibles; se acumulan, se restringen o se los pierde por la voluntad de las personas. Los derechos constitucionales, por el contrario, son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles; se los tiene y no aumentan ni disminuyen en cuanto a su titularidad, y en cuanto a su ejercicio si esto sucede sin justificación constituiría una violación. No cambian ni se acumulan. Una persona, en los anteriores, puede ser más pobre o más rico, pero en los constitucionales no puede ser más digno o libre que otra. Los derechos constitucionales están fuera de las decisiones políticas o de la oferta y demanda en el mercado³¹.
3. Los derechos ordinarios tienen por título actos singulares basados en acuerdos de voluntad; las normas que regulan estos derechos son hipotéticas, en las que se predispone los hechos y los efectos de los actos, y cuando se cumple una condición, la norma se aplica. En cambio, los derechos constitucionales están reconocidos en la Constitución y se basan en la dignidad³²; las normas son éticas, que imponen directamente situaciones, sin condiciones. En los primeros, para demandar judicialmente, tengo que demostrar que soy titular; en los segundos, en cambio, tengo que demostrar que existe daño.
4. Los derechos ordinarios son horizontales y los constitucionales son verticales. Los ordinarios se producen entre personas que tienen igual estatus jurídico (capacidad) y se regulan en el ámbito del derecho privado. En

31 “En virtud de su *indisponibilidad* activa, no son alienables por el sujeto que es su titular: no puedo vender mi libertad personal o mi derecho de sufragio y menos aun mi propia autonomía contractual. Debido a su *indisponibilidad pasiva*, no son expropiables o limitables por otros sujetos, comenzando por el Estado: ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad o de mis derechos de autonomía”. Véase Ferrajoli Luigi, *op. cit.*, p. 32.

32 Constitución del Ecuador, Art. 11 (7).

cambio, los derechos constitucionales suponen una relación de poder, que prohíben, limitan y obligan a quien lo detenta a favor del “más débil”.

Sigamos con las diferencias, porque –insisto– esto es clave para comprender la regulación legal, prevista en la LOGJCC.

5. Los derechos ordinarios son sin duda una conquista jurídica y política, que podría considerarse como la consagración del primer paradigma de dignidad en el mundo moderno³³. Si entendemos a la dignidad como el principio por el cual se trata a los seres humanos “de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tienen control”³⁴, sin duda alguna los protagonistas de la revolución francesa tenían muy clara la voluntad de un grupo de personas y tenían conciencia del control de otro grupo al que estaban sometidos. Los derechos liberales se podrían restringir a la propiedad y a la seguridad, que fueron de libre configuración legislativa. En cambio, los derechos constitucionales, que reconocen los derechos liberales pero de forma condicionada, surgen por la emergencia de nuevos actores excluidos del modelo liberal, en particular los obreros, los campesinos, las mujeres, los afrodescendientes, los niños, niñas y adolescentes y las poblaciones indígenas. Allí encontramos los derechos del buen vivir, de las personas y los grupos de atención prioritaria, de los pueblos indígenas, de participación, de libertad, de protección y de la naturaleza. Los derechos humanos vincularán a las autoridades y limitarán los poderes públicos, y el legislativo no tendrá, entonces, libertad para configurarlos.
6. Para la protección de los derechos ordinarios se crea toda la estructura judicial, normas de carácter sustantivo y adjetivo. Quizá el principio rector de toda la organización estatal será la propiedad privada. La protección es individual, se requiere título para que proceda el derecho a ser

33 Carlos Gaviria, “El Estado social de derecho y la presión política para el cambio”, conferencia impartida el 6 de marzo de 2007, en las Jornadas de Debate Nacional “Los temas de la constituyente del enfrentamiento a la propuesta”, Universidad Andina Simón Bolívar, del 6 al 8 de marzo de 2007.

34 Carlos Santiago Nino, “El concepto de derechos humanos”, en *Ética y derechos humanos*, Editorial Astrea, 2da. Edición, Argentina, 2005, p. 46.

tutelado y el objeto y las consecuencias son eminentemente patrimoniales y cuantificables en dinero. En cambio, la protección de derechos constitucionales, los intereses que se protegen son los que se conocerá como derechos humanos o derechos fundamentales en un contexto plural y diverso. La teoría caracterizará al conjunto de derechos como integrales e indivisibles. Si antes los intereses considerados generales eran los de una clase que ostentaba el poder, ahora son los de todas las personas, con o sin poder, en igualdad de condiciones y sin discriminaciones.

7. Los derechos ordinarios, que eran absolutos y únicos merecedores de protección, se tornan secundarios. Así la propiedad tendrá legitimidad si tiene función social; la libertad que era eminentemente negativa y que implicaba un Estado abstencionista, se torna positiva y demanda un Estado que interviene; la seguridad jurídica será tan relativa que se considerará que el derecho es dúctil, la seguridad de los burgueses podría ser la inseguridad de los pobres, y la seguridad de los pobres podría implicar la restricción de los propietarios; la igualdad formal y la democracia formal tendrá sentido en tanto cumple con lo sustancial, que no será otra cosa que la protección efectiva de los derechos humanos. La forma tendrá sentido siempre que se considere como una garantía de la sustancia y nunca al revés.

Lamentablemente estas distinciones no han sido tan evidentes y se ha distorsionado el uso de la acción de protección. Ha resultado, en la práctica, que quienes litigan para la protección de los derechos ordinarios, son los principales usuarios de las garantías constitucionales jurisdiccionales; y que quienes deben ser los destinatarios de las acciones constitucionales, ni siquiera saben que estas existen y son pocas las personas que litigan a su favor. Las acciones constitucionales de protección no fueron creadas para sustituir a las ordinarias o para ser un procedimiento rápido y eficaz de cobro de deudas o para evitar que estas se cobren. No. Ante este uso distorsionado dos caminos. Los jueces y juezas corrigen la práctica litigiosa o se establecen regulaciones legislativas. Lo primero, que es lo óptimo, no sucedió. Lo segundo, que debería ser cuidadosamente regulado para no caer en la restricción de derechos, fue lo que aconteció al expedirse la LOGJCC mediante la llamada “subsidiaridad”.

2.4. La subsidiaridad

Uno de los argumentos que más he escuchado para restringir las acciones constitucionales de protección de derechos es el abuso de los litigantes. Siempre me ha costado entender cómo se puede abusar de una acción si hay personas encargadas precisamente de evitar que eso suceda. Si se la invoca cuando hay violación de derechos, proceda de donde proceda, simplemente tiene que funcionar. Es más o menos como que se diga que los adolescentes abusan del alcohol o de las películas restringidas para su edad, porque se les vende alcohol y se les permite entrar al cine. La culpa no es del adolescente sino del expendedor de licores y de la persona que vende boletos en las salas de cine. No por esa falta de control se puede decir que ya no se comercialicen licores o se suspendan las funciones de cine para adultos. Igual sucede con las acciones de protección, todos los litigantes tienen derecho a presentar demandas por violación de derechos, otra cosa es que las juezas y los jueces las admitan sin distinción. El problema está en que los jueces no lo hacen y se acaban resolviendo, por la vía constitucional, asuntos que no deberían. Parecería, entonces, que hay que desarrollar la regulación para que los vendedores de licores y de entradas de cine cumplan su labor adecuadamente. Esto, en lo que nos concierne, se reguló por medio del principio de subsidiaridad.

La subsidiaridad de la acción la encontramos en el capítulo de medidas cautelares y en el de la protección de derechos. En el primero se establece que no se puede solicitar las medidas cuando (1) existen vías administrativas y ordinarias, y (2) se interponga en la acción extraordinaria de derechos (esta no es propiamente subsidiaria sino una simple causal de improcedencia)³⁵. La lógica de esta restricción la encontramos en la explicación anterior. Lo óptimo hubiese sido establecer la salvedad de que las vías ordinarias no sean adecuadas ni eficaces.

En cuanto a la acción de protección de derechos, es subsidiaria cuando (1) el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz³⁶, (2) se trate de derechos

35 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 27.

36 *Ibidem*, Art. 42 (4).

patrimoniales y contractuales y no existan vías ordinarias adecuadas y eficaces³⁷, (3) la pretensión fuere la declaración de un derecho³⁸.

Hay, sin duda, un ánimo exagerado en evitar la confusión derecho ordinario-constitucional. Bastaba con establecer una norma genérica que establezca que cuando existieren vías ordinarias eficaces y adecuadas no cabrá la acción de protección.

Lo subsidiario significa que procede la acción constitucional de protección sólo cuando no hay protección ordinaria o, existiendo ésta, no fuere adecuada ni eficaz. Veamos someramente en los casos contemplados en la ley. (1) Los actos administrativos tienen procedimientos y tribunales propios, no conviene entonces constitucionalizar violaciones a derechos que tienen vía especial, de este modo se evita que la Corte Constitucional y la justicia constitucional resuelva problemas que tienen base legal administrativa y no directa ni exclusivamente constitucional, como los problemas laborales entre la administración pública y los servidores públicos. (2) Los contratos y los derechos patrimoniales, que están minuciosamente regulados en el Código de procedimiento civil y en el Código civil, deben ser tramitados por la vía expresamente creada para estos fines; la salvedad sería de conflictos que tienen que ver con la propiedad colectiva de un pueblo indígena o con los contratos en los que se puedan ver afectados derechos a la salud, piénsese, por ejemplo, un contrato en el que se haya establecido la exclusividad de una medicina que, de no convertirse en genérica, cause miles de muertes en el país; en este último caso la discusión ya no es del derecho a la propiedad sino del derecho a la salud y a la vida y, por tanto, la vía sería la constitucional. (3) En la vía constitucional jamás se podría litigar para declarar la existencia de un derecho, puesto que la titularidad no se prueba ni se reconoce judicialmente, sino que se debe acudir a la vía ordinaria.

Habría que entender de estas regulaciones lo siguiente:

1. Siempre procede la acción de protección cuando se trata de derechos constitucionales; en estos casos no procede la subsidiaridad. Las acciones y los procedimientos ordinarios no fueron diseñados para proteger de-

³⁷ *Ibidem*, Art. 42 (5).

³⁸ *Ibidem*, Art. 42 (6).

- rechos constitucionales. La discusión procede cuando se trata de judicializar derechos ordinarios por las vías constitucionales.
2. El principio del derecho procesal civil, por el que, cuando no existía vía específica en el Código de procedimiento civil, se deberá seguir la ordinaria, no se aplica para las acciones constitucionales sino exclusivamente para las acciones relacionadas con derechos patrimoniales o secundarios. Utilizar este mecanismo para rechazar acciones que tienen relación con derechos del buen vivir, por ejemplo, sería una gravísima distorsión de la Constitución y de la LOGJCC, que dejaría en la indefensión a las personas.
 3. No procede la acción de protección cuando existen vías legales ordinarias diseñadas para tutelar los derechos ordinarios.
 4. Procede la acción de protección para proteger el derecho constitucional a la tutela efectiva, cuando las vías ordinarias no son adecuadas ni eficaces. En estos casos no se protege directamente el derecho ordinario, sino el derecho fundamental a ser tutelado efectivamente.
 5. Un recurso o vía judicial no es adecuado cuando no fue diseñado para proteger el derecho en cuestión; el código de procedimiento civil fue diseñado para proteger la propiedad, la autonomía de la voluntad y el cumplimiento de los contratos, por tanto es la vía adecuada para proteger derechos ordinarios.
 6. Un recurso o vía judicial no es eficaz cuando en la práctica no logra obtener los resultados que se esperaba, ya porque es lento o ya porque no protege el derecho.
 7. La inadecuación o ineffectividad de la vía judicial ordinaria tiene que demostrarla quien la alega.

2.5. Las políticas públicas

Las políticas públicas tienen un lugar especial en la Constitución. El Plan Nacional de Desarrollo es uno de los instrumentos por medio del cual el Estado garantizará los derechos de las personas, pueblos y colectividades³⁹. Este se materializa, en orden de generalidad, en políticas, planes, proyectos⁴⁰.

39 Constitución del Ecuador, Art. 275.

40 *Ibidem*, Art. 280.

Toda decisión del poder público que involucre uso de recursos, materiales o humanos, es una política o parte de ella. Siempre han existido políticas públicas y es por ello que se ha dicho que no tenía sentido constitucionalizar esta práctica, primero porque no era necesario y, segundo, porque se le atribuye competencias al ejecutivo para poder tomar decisiones con carácter general, como si fuera una especie de ley. Sin embargo, al dar rango constitucional al plan y a las políticas lo que se produce es un efecto limitador a estas competencias tradicionalmente discrecionales: (1) no puede ser cualquier política pública sino aquella que promueva y potencie los derechos reconocidos en la Constitución; al no regularla, se admitiría cualquier tipo de política, que va desde la clientelar hasta la francamente violadora de derechos; (2) la política pública, como cualquier acto que emana del poder estatal, está sujeta a control de constitucionalidad.

¿Cómo se manifiesta la política pública? Si es que proviene del legislativo, por medio de leyes. Nadie podría negar, por ejemplo, que atrás de un Código penal existen fuertes decisiones ideológicas de política criminal; junto a una ley, hay la obligación de crear instituciones, disponer recursos, encaminar y orientar acciones. Si es que la política pública, como suele ser común por manejar las finanzas y la economía de un estado, proviene del ejecutivo, se manifiesta a través de actos administrativos.

Las políticas públicas tienen especial relevancia para los derechos del buen vivir, porque éstos suelen tener énfasis en la actividad promotora de derechos por parte del estado. Todos los derechos del buen vivir requieren de políticas públicas explícitas para su cabal realización.

El control constitucional de las políticas públicas se puede hacer desde la acción de protección de derechos y desde la acción pública de inconstitucionalidad. En el primer caso, se requiere que siempre exista una violación de derechos personal, colectiva y hasta difusa, por acción o por omisión; por ejemplo, hay violación de derechos por omisión, y de manera difusa, cuando el estado no hace control sanitario adecuado de los productos de consumo masivo; hay violación de derechos por acción, de manera colectiva, cuando los estudiantes en edad escolar reciben clases con estereotipos racistas o patriarcales. En el segundo caso, procede la acción de inconstitucionalidad cuando, no existiendo violación de derechos, la política contraviene algún precepto constitucional, cuando, por ejemplo, se disponen fondos públicos

atentando contra los procedimientos o controles constitucionales. La característica de general y abstracto para distinguir si cabe la acción de protección o la de inconstitucionalidad, no es un criterio válido. Las políticas públicas suelen ser generalmente decisiones con carácter general y abstracto. El elemento que las distingue es el efecto en los derechos: si hay violación a un derecho constitucional, acción de protección; si hay violación a norma constitucional, que no reconoce un derecho, acción de inconstitucionalidad.

2.6. La direccionalidad del proceso, la oralidad y las formalidades

Una de las novedades procesales que encontramos en la ley es sobre el rol activo del juez o jueza, en lo que se ha denominado la direccionalidad del proceso:

La jueza o juez deberá dirigir los procedimientos de forma activa, controlará la actividad de los participantes y evitará las dilaciones innecesarias. En función de este principio, la jueza o juez podrá interrumpir a los intervinientes para solicitar aclaraciones o repreguntar, determinar el objeto de las acciones, encauzar el debate y demás acciones correctivas, prolongar o acortar la duración audiencia⁴¹.

Ya no cabe ese rol ausente, física o “espiritualmente”, del juez o jueza. Jamás podré olvidar, cuando litigaba en derecho constitucional en la Clínica de Derechos Humanos de la PUCE, la forma insensible y casi inclemente de las juezas y jueces. En una audiencia en la que estábamos pidiendo que el Ministerio de Salud proporcione antirretrovirales a unas personas portadoras de VIH, que si no los recibían estaban expuestas a morir, el juez inauguró la audiencia, advirtiendo que seamos breves y que no hay réplica, y se fue. Se fue a despachar otros juicios. Cuando el Hospital presentó un documento en el que había un listado de medicinas y ahí constaba que los antirretrovirales no existían, como evidencia de que el Hospital tiene medicamentos, pedí, casi rogando, que el juez me dé mi derecho a la réplica. La jueza o juez deben escuchar con atención y olvidarse que, sentados en su despacho, en la soledad, leerá el expediente y resolverá, si es que, peor aún, no delega al secretario o amanuense para que haga un proyecto de sentencia. La jueza o

41 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 4 (6).

juez debe dictar sentencia sólo cuando se haya hecho criterio en la audiencia y en ese mismo acto procesal⁴². Sin duda la mejor forma de instaurar la oralidad es obligando al juez o jueza a decidir en el acto. No tiene otra salida que escuchar, preguntar cuando no entienda, interrumpir cuando los argumentos son repetitivos o vacuos (para impresionar al cliente). El recurso más escaso en la administración de justicia no es el dinero, los despachos, las computadoras, es el tiempo. Nada más saludable para la administración de justicia que dotar de los poderes suficientes para que los litigantes no le hagan perder el tiempo al juez o la jueza, o para que, por el contrario, dé el tiempo necesario o suficiente a los casos que sean de violación de derechos y revistan de particular gravedad o importancia.

De la mano de estas normas, está aquella que faculta al juez o jueza a corregir o a impulsar una sanción a la parte que abuse del derecho y que, de mala fe, interponga acciones o desnaturalice el objetivo de las acciones⁴³.

Las juezas y los jueces que apliquen la ley adecuadamente, se darán cuenta que más tiempo ganan resolviendo en audiencia, que postergando la decisión para “estudiar” el caso que era parte de la tradición inquisitiva. Los problemas jurídicos constitucionales, si bien a veces requieren una alta dosis de complejidad particularmente en los casos que la doctrina les llama “difíciles”, requieren una buena dosis de sentido común. Las violaciones de derechos humanos, como cualquier otro conflicto, se resuelve escuchando y entendiendo el problema de las personas. La forma jurídica, en un estado constitucional de derechos, es una garantía para el cumplimiento de los fines procesales, debe ocupar su lugar. No cabe que por omisiones de cuestiones de forma, se sacrifique la justicia⁴⁴.

En un caso en el que, mediante amparo, reclamábamos a un hospital psiquiátrico que informen sobre el paradero de una persona internada, por cuestiones ajenas a mi voluntad (un accidente de tránsito), llegué a la audiencia cinco minutos más tarde. Estaba ahí el director del hospital demandado, una persona representante de la procuraduría, el juez y hasta la mamá de la víctima. Yo le decía al juez que hagamos la audiencia porque estábamos todas las partes y que lo importante era resolver el problema y no la hora ju-

42 *Ibidem*, Art. 14.

43 *Ibidem*, Art. 23.

44 *Ibidem*, Art. 4 (7).

dicial. El juez declaró abandonado el recurso, a pesar de haber obtenido una certificación del accidente por parte la policía. Típico ejemplo en el cual la forma importa más que el fondo. Inadmisibles en un estado constitucional de derecho y por parte de un juez que debe ser garante de los derechos. Juez pasivo, insensible y ajeno a su deber jurídico y social. Por actitudes como éstas, la función judicial tiene mala percepción de parte de la ciudadanía. El culto a la forma y a lo escrito debe ser desechado y superado.

2.7. La prueba

Hay una institución novedosa en el derecho procesal constitucional que conviene no confundirla con categorías tradicionales. Esta es la “comisión para recabar pruebas”⁴⁵. La inspiración de esta institución fue las famosas “visitas in loco” o “in situ”, que pueden hacer los mecanismos de protección internacional de derechos humanos⁴⁶. La lógica es la siguiente. Cuando se requiera percibir un hecho por parte del órgano, éste puede formar una comisión para percatarse del hecho. Por ejemplo, cuando en el año 2004 tuvimos en Ecuador la crisis por la destitución inconstitucional de todo el Tribunal Constitucional y de toda la Corte Suprema de Justicia, el relator de Naciones Unidas para la independencia judicial, desde Ginebra, hizo una visita “in situ” al Ecuador. En menos de tres días se entrevistó con autoridades, organizaciones de la sociedad civil, magistrados y vocales destituidos, grupos de opinión y otros, y produjo un informe en el que declaró que había habido una violación a la independencia judicial. Lo mismo podría hacer un juez o jueza. Podría ir personalmente o enviar a una persona de confianza para que, en el lugar de los hechos, constate la violación de forma integral.

No es una comisión conformada por peritos o expertos, que deben rendir o producir un informe bajo juramento. No es la lógica del procedimiento civil o penal, que es una prueba rígida, sujeta a formalidades. La comisión la forma el propio juez o jueza, o alguna persona que goce de la confianza del mismo, que podría ser el secretario, un asesor, un profesor o profesional cercano. La idea de la visita no es sentar un acta por cada persona a la que se le

45 Constitución del Ecuador, Art. 86 (3).

46 Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 48 (2), Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Art. 40.

escucha, sino formarse criterio escuchando interactivamente a los actores. Por ejemplo, en el caso narrado anteriormente sobre la persona perdida en el hospital psiquiátrico, en una típica audiencia el director del hospital diría que no sabe qué pasó, la procuraduría afirmaría, como siempre, que deseche la demanda por no haber fundamentos, y el demandante pondría el drama en su más espectacular clímax. Ese el típico caso en el que el juez o una persona o grupo de personas, en una visita “in situ” podría formarse criterio para resolver: qué dice la enfermera, cuál es la infraestructura del lugar, ver las hojas clínicas, revisar los registros, qué cuentan los otros pacientes, qué pueden decir los parientes de las visitas, qué han visto las personas de la limpieza.

En un caso interesante que se litigó en Cuenca, sobre unas personas discapacitadas que consideraban que los torniquetes de los buses de transporte público atentaban contra su libertad de movimiento, el juez ordenó una comisión al estilo peritaje, cuando lo óptimo quizá hubiera sido que él se suba a un bus, imagine qué experimenta una persona discapacitada con silla de ruedas y perciba si el torniquete le afectaba o no.

2.8. El cumplimiento

La eficacia de una acción de protección no sólo se mide por lo persuasivo y bien argumentado de la sentencia, sino en su eficaz cumplimiento. C. M. Berinstain⁴⁷ cuenta que una de las sentencias que es considerada como un hito a nivel internacional, por la calidad de los argumentos, es la conocida en el sistema interamericano de derechos humanos como “*Awas Tingni c. Nicaragua*”. Efectivamente, a nivel judicial, es una de las sentencias que rompe con el paradigma de la propiedad individual por el de la propiedad colectiva, y reta al estado a establecer medidas para adecuar su sistema jurídico y político para proteger la propiedad de los indígenas que habitaban una zona en la que existía explotación maderera. Sin embargo, Berinstain se sorprendió cuando al visitar la comunidad indígena no sólo que la sentencia, años más tarde de haberse expedido, no se había cumplido sino que los pro-

47 Sobre el impacto de las reparaciones y sobre su relación con pueblos indígenas, véase Carlos Martín Berinstain, *Diálogos sobre reparaciones que reparar en casos de violaciones a los derechos humanos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, N. 10, V&M Gráficas, Quito, 2009, pp. 436-452.

pios beneficiarios no sabían que existía. El estado no había movido un pelo para ejecutar la maravillosa sentencia. De este caso, algunas lecciones: (1) las resoluciones tienen que ser de posible cumplimiento, y (2) tienen que ejecutarse, una vez adoptada, por cualquier medio adecuado.

1. Lo perfecto es enemigo de lo posible en casos de reparaciones. Pero no por ser de difícil reparación una violación de derechos, los jueces y juezas deben sacrificar el deber de volver lo más posible a la situación anterior a la violación de derechos. El límite entre lo imposible y lo más cercano a la reparación integral no es fácil de marcar. Conviene que la jueza y juez conozca las realidades y máximas potencialidades de las entidades o personas contra las que se va a dictar una sentencia. Por ejemplo, cuando la Corte decide que el Estado debe abastecer de agua de forma permanente a una comunidad, el plazo para la construcción del sistema de agua debe ser técnicamente determinado y posible. La exigibilidad de políticas públicas, en casos como políticas de vivienda, de salud, de acceso universal de educación, requieren de una labor coordinada entre los poderes (tal como aconteció, según contamos, en la famosa época Warren en los Estados Unidos). Ningún favor se le hace a las víctimas elevando los niveles de reparación hasta un punto en el que, por las condiciones de un país o municipio, sea imposible satisfacer; como tampoco, en el otro extremo, se saca disponiendo reparaciones meramente simbólicas que no requieren esfuerzo alguno de la entidad demandada. La ley establece una disposición general, denominada modulación de la sentencia⁴⁸, por la que la jueza o juez en su resolución del caso deben pensar el tiempo, la materia y el espacio para que la sentencia sea viable y satisfaga las necesidades de justicia. Ya no es tan fácil como en el sistema legal de derecho en la que, probado el supuesto de hecho de una norma, la obligación estaba prevista en la misma norma. En materia de derechos, la forma de la obligación debe ser construida judicialmente y específicamente para el caso. Ni la utopía ni la indiferencia judicial.
2. El cumplimiento de la sentencia está regulado en la ley⁴⁹. Algunas hipótesis encontramos en la regulación: cumplimiento inmediato y cumplimiento en el tiempo. En cualquier caso hay cuatro medidas que pueden

48 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 5.

49 *Ibidem*, Art. 21.

tomarse: (1) las medidas que sean adecuadas, (2) el uso de la fuerza pública, (3) la destitución de la persona servidora pública, (4) la sanción disciplinaria, (5) el seguimiento.

La primera de todas, como casi todo el procedimiento, requiere de juezas y jueces creativos y comprometidos. Si este fuera el caso, no haría falta enumerar las siguientes, que se subsumirían en esta norma. Una norma parecida ya existía en la Ley de control constitucional pasada, pero nunca o excepcionalmente fue utilizada. Las sentencias no se cumplen por arte de magia, peor en lugares como el nuestro en el que las violaciones a derechos son toleradas al punto de no recibir sanción alguna los perpetradores.

En uno de los casos enunciados, mediante amparo el juez ordenó dar medicamentos inmediatamente a las personas portadoras del VIH-SIDA. La dotación de medicamentos se entregó durante tres meses. Luego, sin explicación alguna, dejaron de darles. Cuando acudimos adonde el juez para que “tome cualquier medida adecuada”, éste se limitó a expedir una providencia, que la despachó tres semanas después de tanta insistencia, en la que decía “bajo prevenciones legales, cumpla con la resolución”. O sea, un papel que no servía de nada. ¿Cuál sería una medida adecuada? Quizá llamar por teléfono a la directora o ministra de salud y advertirle que, si inmediatamente no da las medicinas, ordenaría la destitución; quizás ordenar a la fuerza pública que obligue al encargado de almacenar las medicinas para que las entregue. Quizá denunciar por la prensa a la persona servidora pública negligente. Quizá comunicarse con el Presidente de la República para que le ordene a la ministra que cumpla con la sentencia. Quizá disponer que el Defensor del Pueblo visite inmediatamente a la ministra.

Lo cierto es que, a diferencia de los otros juicios que terminan con la sentencia, estos procedimientos no acaban si es que no se ha ejecutado cabalmente la sentencia. Algo parecido sucede con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que no pueden cerrarse los casos si es que los Estados no cumplen a satisfacción de las víctimas y de la Corte la sentencia.

Todo este artículo, que no agota ni profundiza todos los retos que nos plantea la Constitución y la ley de garantías, tiene como objetivo demostrar que estamos ante un nuevo paradigma en la acción de protección de derechos, que afecta aspectos teóricos, procesales y prácticos del quehacer judicial.

Estamos obligados a actualizar nuestros conocimientos y también nuestro compromiso como servidores públicos o judiciales para estar a la altura en el cumplimiento de la promesa de los derechos, que tanta falta les hace ejercer a una gran mayoría de personas que habitan en nuestro país.

Bibliografía

- Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales como derechos subjetivos”, en *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios constitucionales, España, 1997.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal”, en *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007.
- Berinstain, Carlos Martín, *Diálogos sobre reparaciones que reparar en casos de violaciones a los derechos humanos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, N. 10, V&M Gráficas, Quito, 2009.
- Bolívar Ligia, “DESC: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes”, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie Estudios Básicos, Vol. V.
- Código Orgánico de la Función Judicial.
- Constitución del Ecuador, 2008.
- Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 48 (2), Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Art. 40.
- Gaviria Carlos, “El Estado social de derecho y la presión política para el cambio”, conferencia impartida el 6 de marzo de 2007, en las Jornadas de Debate Nacional “Los temas de la constituyente del enfrentamiento a la propuesta”, Universidad Andina Simón Bolívar, del 6 al 8 de marzo de 2007.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
- Luigi Ferrajoli, “Derechos fundamentales y derechos patrimoniales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2001.
- Nino, Carlos Santiago, “El concepto de derechos humanos”, en *Ética y derechos humanos*, Editorial Astrea, 2da. Edición, Argentina, 2005.
- , “Introducción”, en *Ética y derechos humanos*, Editorial Astrea, 2da. Edición, Argentina, 2005.

Los derechos sociales y el desafío de la acción de protección

Carolina Silva Portero

Introducción. 1. Los derechos sociales como derechos sobre el papel. 2. Los prejuicios alrededor de la justiciabilidad de los derechos sociales. 2.1. ¿Quién puede exigir derechos? 2.2. ¿Qué se puede exigir cuando se demanda derechos? 3. Los problemas de las prestaciones en sentido estricto. 3.1. El problema de las políticas públicas. 3.2. El problema de la indeterminación de la obligación estatal. 4. La acción de protección ¿protege a los derechos sociales? 5. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

Resulta extraño que cuando tratamos de personificar a la *justicia* evoquemos la imagen de una mujer con los ojos vendados¹. El símbolo de la justicia en nuestros juzgados o tribunales es *Iustitia*, quien optó por no ver a quienes acuden en su búsqueda porque es la mejor forma de garantizar la imparcialidad, y se convirtió por lo tanto, en la imagen de que toda jueza o juez no necesita saber ni verlo todo del justiciable sino que ha de limitar su juicio al

1 *Iustitia* es la representación romana de la divinidad griega *Temis*; es representada como una mujer impasible, con los ojos vendados portando una balanza y una cornucopia.

hecho concreto². Sin embargo, cabe preguntarse si ese arquetipo de imparcialidad que ha permanecido anclado durante tantos años a los cimientos de nuestro actual sistema de justicia debería quitarse la venda y empezar a ver la realidad en que vivimos.

En la actualidad, aproximadamente a cuatro mil millones de personas alrededor del mundo se las considera “excluidas del Estado de Derecho” puesto que además de vivir debajo o levemente por encima de la línea de la pobreza, carecen de la protección que las leyes contemplan. Por ejemplo, de esta cifra, alrededor de 500 millones de personas viven en condiciones de extrema pobreza, es decir, con menos de un dólar por día, y aunque trabajan por largas jornadas, en condiciones muchas veces atroces, no pueden salir de la miseria en que se hallan sumidas³.

Esto se traduce en que en los países ricos las personas tienen más posibilidades de acceder a los sistemas de justicia en su calidad de trabajadores, comerciantes, y propietarios, puesto que la generación de riqueza descansa en un sinnúmero de instrumentos y protecciones jurídicas alrededor de las corporaciones, los contratos formales de trabajo, o los seguros, elementos a los cuales las personas pobres y excluidas no tienen acceso debido a que sus actividades se rigen por instituciones y actividades informales, comúnmente alejadas del resguardo de los sistemas jurídicos.

Esta realidad que desborda cifras de pobreza y marginación, y que genera que más de la mitad de la población mundial sea declarada *excluida* de la protección jurídica, cuestiona insistentemente en si aquel paradigma de la *justicia ciega* que nació con la idea de resolver conflictos privados y proteger a las personas que cuadraban con un determinado estatus social, debería continuar siendo el paradigma que alimenta nuestro modelo de justicia. Ecuador recoge también una porción de esta realidad desbordante y dramática, y a la vez, reproduce un sistema de administración de justicia que no es capaz de ver la inequidad y desigualdad que subyace al entramado de las relaciones sociales que imperan en nuestra sociedad.

2 Pérez Bustamante González, Rogelio, *Símbolos y metáforas de la justicia*, Internet, <http://www.cgae.es/portalCGAE/archivos/ficheros/1204280142376.pdf>, Acceso: 20 agosto 2009.

3 Comisión para el Empoderamiento Legal de los Pobres, *La Ley: Clave para el Desarrollo sin Exclusiones*, Nueva York, 2008, pp. 2-4.

Sin embargo, ¿cómo un sistema de administración de justicia puede ser *incluyente* en una sociedad *excluyente*? En este ensayo no pretendemos adentrarnos en el análisis de cuáles son los factores que convierten a un sistema de justicia en incluyente, pero abordaremos una herramienta que le puede dar a las personas mejores posibilidades de exigir sus derechos: la garantía jurisdiccional que protege derechos fundamentales⁴.

Los mecanismos para que las personas accedan a la justicia juegan un rol clave para resolver conflictos de carácter social. Aunque se podría decir que *normativamente* todas las personas tienen los mismos derechos y posibilidades de acceder a la justicia, en la práctica, las personas que pertenecen a sectores empobrecidos son excluidas sistemáticamente del goce y ejercicio de los derechos sociales, configurándose violaciones con características particulares que requieren, por lo tanto, que los sistemas de administración de justicia cuenten con los mecanismos capaces de reparar este tipo de violaciones.

En la historia constitucional ecuatoriana el amparo se consagró como la figura adecuada para exigir derechos humanos⁵, no obstante, el diseño de esta garantía no fue necesariamente el más idóneo para proteger específicamente a derechos sociales⁶. Actualmente la Constitución ecuatoriana promete mejorar esta realidad mediante la acción de protección, la garantía jurisdiccional que reemplazó al amparo y que en el texto constitucional deja la puerta abierta para la reivindicación de los derechos sociales por medio de la introducción de elementos claves para su justiciabilidad como son la legitimación activa de grupos y la reparación integral.

Para comprender esto abordaremos cuatro cuestiones relacionadas con la justiciabilidad de los derechos sociales. Como punto de partida presentaremos una breve aproximación a sus problemas de justiciabilidad, luego estableceremos cuáles son los prejuicios sobre los que se asientan esos problemas, para luego, sobre la base de lo anterior, analizar cuáles son las ca-

4 Para un análisis del concepto y clasificación de las garantías, véase Silva Portero, Carolina, “Las garantías de los derechos ¿invencción o reconstrucción?”, en *Neonstitucionalismo y Sociedad*, Ávila Santamaría, Ramiro (editor), Quito, 2008, p. 51.

5 Para un análisis de la acción de amparo constitucional en el Ecuador, véase Oyarte Martínez, Rafael, *La acción de amparo constitucional*, Quito, 2006.

6 Véase Ávila Santamaría, Ramiro, “El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal”, en *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*, Revista del Tribunal Constitucional, Quito, 2007, p. 359.

racterísticas que deben configurar a la acción de protección para custodiar a los derechos sociales a la luz de las obligaciones derivadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Constitución.

1. Los derechos sociales como derechos sobre el papel

La actual Constitución ecuatoriana establece al “buen vivir” como criterio de clasificación de los derechos que en su mayoría integraban los denominados “derechos sociales” en la Constitución de 1998⁷. Pese a que la denominación de la nueva clasificación responde a un intento de abandonar el paradigma de la división clásica de los derechos, esto no significa que los derechos del buen vivir hayan superado los problemas de justiciabilidad que caracterizan a los derechos sociales.

Existe una creencia generalizada y asumida por muchos juristas de que los derechos sociales no son justiciables en tanto les corresponden obligaciones de prestaciones o medidas positivas, cuya satisfacción no consiste en un *no hacer* sino en un *hacer*, de ahí que autores como Guastini señalen que no son *verdaderos derechos* aquellos de los cuales no se desprende una obligación de conducta bien definida, como es el caso de las prestaciones derivadas de derechos sociales. Un ejemplo de esto es el caso de una persona que exige ante una jueza o juez la provisión de medicamentos en caso de una enfermedad, ¿qué medicinas puede pedir?, ¿en qué casos?, ¿durante cuánto tiempo? Estos son temas que la justicia no ha estado dispuesta a enfrentar.

El constitucionalista italiano Ricardo Guastini sostiene que los derechos sociales no son verdaderos derechos en tanto no pueden ser exigidos judicialmente. Guastini propone el fraccionamiento entre “verdaderos derechos” y “derechos sobre el papel” al asumir que verdaderos derechos son aquellos que satisfacen conjuntamente tres condiciones: a) son susceptibles de tutela jurisdiccional; b) pueden ser ejercidos o reivindicados frente a un sujeto determinado, y c) su contenido consiste en una obligación de conducta

7 Para un análisis comparativo entre los derechos sociales de 1998 y los actuales derechos “del buen vivir”, véase Silva Portero, Carolina, “¿Qué es el buen vivir en la Constitución?”, en *Constitución del 2008 en el contexto andino, análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Ávila Santamaría, Ramiro (editor), Quito, 2008, pp. 111.

bien definida, al igual que el sujeto titular; y califica de derechos “sobre el papel” o “derechos ficticios”, a todos aquellos derechos que no satisfacen alguna de estas condiciones⁸.

En definitiva, Guastini condiciona la existencia misma del derecho con la posibilidad de tutelarlos cuando no se cumplen ciertos requisitos. En la práctica constitucional ecuatoriana, podemos encontrar un ejemplo de la adopción de esta posición, en una resolución de amparo del Tribunal Constitucional respecto del derecho a la salud y a un medio ambiente sano⁹.

La demanda se presentó en relación con la ejecución del Plan Colombia, pues no se respetó la oferta verbal de fumigar a diez kilómetros de distancia de la línea fronteriza con el Ecuador. Colombia esparció glifosato por vía aérea, causando graves daños a las personas que habitaban la frontera. Los accionantes establecieron la existencia de una *omisión ilegítima* –como lo requería la norma constitucional relativa al amparo constitucional¹⁰– al hecho de que las autoridades accionadas se encontraban obligadas a impedir que se fumigue con agroquímicos tóxicos en suelo ecuatoriano o cerca de su frontera, y a tomar medidas de prevención y remediación a favor de la población y la naturaleza de la zona.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional consideró que no existía una *norma expresa* que indique la obligación de las autoridades de remediar las consecuencias de daños producidos como consecuencia de la ejecución del Plan Colombia. Por tanto, el Tribunal Constitucional resolvió inadmitir el

8 Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, 2001, pp. 220 y ss., Internet, www.bibliojuridica.org/libro.htm?l=22, Acceso: 20 enero 2009.

9 Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 0140-2003-RA, R.O.130, 22 julio 2003. Santiago Tanguila, Ángel Nauya, Gloria Chicaiza, Elsie Monge y Raimundo Encamación, en sus calidades de dirigentes de las Comunidades de la vía a Colombia, Puerto Nuevo y Chone II, Acción Ecológica y Comisión Ecuménica de Derechos Humanos (CEDHU) propusieron una acción de amparo en contra del presidente de la República, ministro de Medio Ambiente, ministro de Relaciones Exteriores, ministro de Salud Pública y ministro de Agricultura. Este caso fue litigado por la Clínica de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

10 El artículo 95 de la Constitución Política del Ecuador de 1998, relativa al amparo, determinaba que mediante esta acción, que debía tramitarse en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente y, que de modo inminente, amenace con causar un daño grave.

amparo al señalar que no se evidenció acto de omisión alguno y menos ilegítimo atribuible o de responsabilidad de las autoridades públicas demandadas. Este organismo no realizó ningún análisis relativo a las afectaciones a la tierra, al agua y al aire de la zona expuesta, y la forma en que estos perjuicios lesionaron la vida y la salud de quienes habitan en dichos sectores, así como a sus animales y cultivos.

Evidentemente, en este caso, el Tribunal Constitucional determinó que al no existir una obligación claramente determinada para que las autoridades protejan el derecho en cuestión, entonces no existía una omisión ilegítima, y por tanto, no se violó el derecho a la salud ni el derecho del medio ambiente. Frente a este enfoque, cabe preguntarnos, ¿pese a que no existía una obligación claramente definida de prevenir los daños producidos por las fumigaciones, o en su defecto, de remediar sus efectos, podríamos sostener que no existía el derecho a la salud de todas aquellas personas que fueron afectadas por el glifosato?

La imposibilidad de tutelar un derecho bajo la premisa de que no constan sujetos u obligaciones determinadas, no se traduce en la *inexistencia* del derecho sino en la necesidad de buscar formas de tutelarlos pese a la indeterminación de los sujetos y sus correspondientes obligaciones, de manera que su ejercicio sea efectivo y no ilusorio.

Como lo señala Luigi Ferrajoli, “esta ausencia de garantías no autoriza de hecho a sostener la tesis [...] que los derechos no garantizados no existen pero existen las normas que los establecen”¹¹. Ferrajoli se mantuvo en la independencia conceptual entre la existencia de un derecho y la existencia de sus correspondientes garantías, puesto que sostenía que ante la falta de una norma que señale a un obligado en concreto a satisfacer un derecho, o frente a la falta de un medio de acción que permita exigir el incumplimiento de esa obligación, en realidad no nos encontraríamos frente a un “no-derecho” –o “derecho ficticio” como lo señala Guastini–, sino frente a dos tipos de lagunas. Frente a lagunas primarias en el caso en que una norma no señalara a un sujeto como obligado a realizar la conducta tendente a la satisfacción de un derecho; o frente a lagunas secundarias en el caso de no existir los mecanismos que invaliden o sancionen la violación de esa obligación:

11 Ferrajoli, Luigi, *Garantías constitucionales*, Revista Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2000, pp. 39-55.

En tales casos no podemos negar la existencia del derecho subjetivo estipulado por una norma jurídica: se podrá solo lamentar la laguna que hace de ese derecho un derecho de carta y afirmar entonces la obligación de completarla¹².

La solución para la justiciabilidad de los derechos sociales se encuentra entonces en encontrar los mecanismos para su tutela antes que afirmar que no pueden ser tutelados.

2. Los prejuicios alrededor de la justiciabilidad de los derechos sociales

La exigibilidad judicial de los derechos sociales se ha visto disminuida, como lo señala Gerardo Pisarello, por una serie de presupuestos que “tienden a ser restrictivos, excluyentes y deterministas y a justificar, en último término, una *protección devaluada* de los derechos sociales”¹³. Estas tesis se sostienen en que los derechos sólo pueden ser exigidos de manera individual, y por otro lado, que las juezas y jueces no pueden resolver conflictos en los que están involucradas obligaciones de carácter prestacional.

2.1. ¿Quién puede exigir derechos?

El proceso histórico que devino en el establecimiento del Estado Liberal de Derecho¹⁴ consagró a la *autonomía* como parámetro de la *dignidad* de la persona. Efectivamente, el gran triunfo de la Revolución Francesa fue consagrar a la autonomía individual como el fundamento para limitar la arbitrariedad del *Ancien Régime*, de ahí que, como apunta Carlos Gaviria, los derechos civiles y políticos se cimienten en la autonomía como *primer paradigma* de la dignidad humana.

12 *Ibidem*, pp. 61 y 62.

13 Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Madrid, 2007, p. 19. El subrayado es nuestro.

14 Véase Erika Castro, Olga Restrepo y Laura García, *Historia, concepto y estructura de los derechos sociales*, Bogotá, 2007, pp. 80-82, Internet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2354630>, Acceso: 6 enero 2009.

Este primer paradigma que sustentó una lucha contra la arbitrariedad¹⁵, salvaguardó principalmente a la libertad-seguridad o la libertad negativa¹⁶. La protección a la *libertad* se justificó, como lo señala Luis Prieto Sanchís, en que el reconocimiento de los derechos humanos a finales del siglo XVIII representó la traslación al derecho positivo de la teoría de los derechos naturales elaborada a comienzos del siglo precedente por el iusnaturalismo racionalista cuyo objetivo era preservar ciertos valores o bienes morales que se consideraban innatos, inalienables y universales, como *la vida, la propiedad y la libertad*¹⁷. De ahí que en el artículo 2 de la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se establece que:

La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión¹⁸.

Una de las principales consecuencias de la construcción del concepto de derechos a la luz de los valores protegidos por el Estado Liberal fue la noción de titularidad. La positivización de los derechos humanos a finales del siglo XVIII se fundamentó en la teoría de los derechos naturales elaborada por el iusnaturalismo racionalista; Prieto Sanchís¹⁹ asevera que bajo este supuesto, en el Estado de Liberal de Derecho, el titular de los derechos era el *sujeto*

15 Carlos Gaviria indica que el Estado de Derecho “fija límites al ejercicio del poder [...] sometiendo a los gobernantes también a la vigencia de la regla [...] quedan limitados en el ejercicio del poder por la norma del derecho, por eso el Estado se llama así, Estado de Derecho”. Véase Gaviria Carlos, *El Estado Social de Derecho y la presión política por el cambio*, Revista de Derecho Foro, No. 7, Quito, 2007, pp. 5-6.

16 Este autor define a la libertad negativa como la *libertad liberal*, “la libertad típica de la filosofía liberal, es decir, la no injerencia, el que nadie interfiera en mis decisiones, el que nadie toque una órbita que precisamente me está reservada”. Véase Carlos Gaviria, *op. cit.*, p. 6.

17 Prieto Sanchís, Luis, *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, No. 22, Madrid, 1995, p. 9, Internet: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_22_007.pdf; Acceso: 6 enero 2009.

18 Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789, Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>; Acceso: 15 abril 2009.

19 Luis Prieto Sanchís, al analizar la caracterización de los derechos sociales, estudia tres aspectos: las instituciones, las prestaciones y la titularidad. Véase Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, pp. 9-13.

abstracto y racional, es decir la persona autónoma e independiente, portadora de derechos naturales que en su calidad de ciudadana y guiada por su interés, concluía con otros sujetos iguales un contrato social que daba vida artificial a las instituciones, y que en calidad de propietaria, y movida asimismo sólo por su interés, celebraba negocios jurídicos de acuerdo con unas reglas formales, fijas y seguras, sin que fuera relevante la condición social de quienes negociasen ni qué cosas intercambiaran²⁰.

De esta forma, la tutela de los derechos se diseñó alrededor de esta concepción de titularidad. Como lo apunta Luigi Ferrajoli, en el Estado Liberal la jurisdicción fue construida para proteger derechos individuales, y consecuentemente, las relaciones jurídicas privadas y la propiedad²¹, de ahí que en un principio sólo era civil y penal, una referida a la tutela de los derechos en las relaciones privadas y a la verificación y reparación de ilícitos civiles, y la otra referida a la verificación y al castigo de los ilícitos penales. En este contexto, según Ferrajoli, las entidades públicas incluida la administración pública, no habían sido concebidas como posibles partes procesales y los actos legislativos y administrativos no se consideraban justiciables²². El Poder Judicial por lo tanto, fue pensado para proteger derechos individuales y relaciones privadas.

En el Estado Liberal de Derecho, por lo tanto, los derechos fundamentales fueron reconocidos bajo el paradigma de la dignidad entendida como autonomía, lo cual implicó, que fueran atribuidos a todas las personas en tanto individuos autónomos. El papel del Poder Judicial por consiguiente, también se instituyó sobre la base de la protección de su titular absoluto: *el individuo*.

Sin embargo, la titularidad de los derechos se atribuyó al “sujeto abstracto y racional”, es decir a cualquier persona con *independencia de su posición social*. Ahora bien, los derechos sociales en cambio, reclaman derechos de la persona en su *específica situación social*. Así, los derechos reconocidos

20 Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 11.

21 Ferrajoli, Luigi y Atienza Manuel, *El papel de la Función Judicial en el Estado de Derecho*, México, 2005, p. 87, Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1695>, Acceso: 10 noviembre 2008.

22 Recién en el siglo XIX se desarrolló la jurisdicción contenciosa administrativa. Ferrajoli, Luigi y Atienza Manuel, *op. cit.*, p. 88.

bajo el primer paradigma se atribuyen al sujeto del Código Civil, en tanto que los derechos sociales consideran a la persona mientras trabaja o no trabaja, tiene o no salud, es o no jubilada, tiene o no vivienda, etc.

Aquí se observa lo que Norberto Bobbio ha llamado *proceso de especificación*:

[...] consistente en el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de los derechos [...] el paso se ha producido del hombre genérico, del hombre en cuanto hombre, al hombre específico, o sea, en la especificidad de sus diversos *status sociales*²³.

Los derechos sociales no pueden definirse ni justificarse sin tener en cuenta los fines particulares, es decir, sin tener en cuenta entre otras cosas, las necesidades, ya que se formulan para atender carencias y requerimientos instalados en la esfera desigual de las relaciones sociales. Como lo sostiene Luis Prieto Sanchís, citando a Sadursky:

[...] dicho de otro modo, las ventajas o intereses, que proporcionan o satisfacen las libertades y garantías individuales son bienes preciosos para toda persona, mientras que las ventajas o intereses que encierran los derechos sociales se conectan a ciertas necesidades cuya satisfacción en el entramado de las relaciones jurídico-privadas es *obviamente desigual*²⁴.

Resulta claro entonces que cuando se diseñaron los mecanismos para responder a la pregunta ¿quién puede exigir derechos?, el fundamento no fue tomando en cuenta un contexto de desigualdad social sino más bien de igualdad formal. Por este motivo, ahora resulta tan difícil comprender que las personas pueden comparecer a nombre de otras para exigir derechos que les corresponden a todas.

La evolución a nivel de derecho procesal comparado ha tomado en cuenta este tipo de dificultades, haciendo hincapié en la necesidad de

23 Bobbio, Norberto, *La era de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 109 y 114, citado por Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p 16.

24 W. Sadursky, "Economic Rights and Basic Needs", en *Law, Rights and the Welfare State*, C. Sampford y D. Galligan (eds.), Croom Helm, Beckenham, 1986, citado por Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 17. El subrayado es nuestro.

adaptar el antiguo modelo de acciones individuales a nuevos retos, principalmente en lo que tiene que ver con la incidencia colectiva de las violaciones a este tipo de derechos. Acciones relativas al medio ambiente, consumidores, y las acciones de clase han abierto amplias posibilidades en esta dirección, por ejemplo, las experiencias de Estados Unidos, Argentina, y la acción civil pública brasileña son modelos claros de esta evolución²⁵.

2.2. ¿Qué se puede exigir cuando se demanda derechos?

En el caso específico de derechos sociales la demanda de protección supone muchas veces remediar una omisión por parte del Estado por medio de una prestación. Por este motivo resulta importante determinar a qué se hace referencia cuando nos referimos a las prestaciones o medidas positivas derivadas de derechos sociales o lo que Ferrajoli denomina “derechos sociales a prestaciones positivas”.

Para comprender el concepto de prestaciones o medidas positivas, examinaremos, en primer lugar, el carácter de las obligaciones de los Estados con relación a los derechos, en la doctrina y en la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁶.

En la doctrina se sostiene que no existen obligaciones de los Estados que corresponden a una determinada categoría de derechos; por el contrario “existen obligaciones comunes a todos los derechos humanos”²⁷. En línea con lo dicho, se han distinguido cuatro niveles de obligaciones estatales co-

25 Véase Favella, José Ovalle (coordinador), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, México, 2004, Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1361>, Acceso: 10 agosto 2009.

26 Los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos se basan en el principio de responsabilidad estatal. Los instrumentos internacionales de Derechos Humanos incluyen una serie de *derechos* protegidos y una serie de *obligaciones* estatales, de manera que cuando un estado viola una de estas obligaciones con relación a un derecho, podrá ser considerado responsable y rendir cuentas en procesos internacionales.

27 Abramovich, Víctor y Courtis Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos, económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Martín Abregú y Christian Courtis (compiladores), Buenos Aires, 1998, p. 304.

relativas a los derechos humanos, tanto civiles como sociales, y que consisten en: respetar, proteger, garantizar y promover²⁸.

Los tratados internacionales de Derechos Humanos, en cambio, determinan dos obligaciones generales para proteger los derechos, que consisten en *respetar y garantizar*. La obligación de respeto es de *naturaleza negativa* ya que corresponde a un “no hacer” por parte del Estado, “una prohibición absoluta y definitiva al abuso de poder”²⁹; mientras que la obligación de garantizar es de *naturaleza positiva* ya que requiere que los Estados adopten medidas para satisfacer el derecho en cuestión³⁰.

Por lo tanto, los derechos de defensa o derechos a acciones negativas u omisiones se originan en la obligación de respetar los derechos³¹. En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se sostiene que un Estado viola el deber de respetar cuando un órgano, un funcionario, una entidad pública o una persona que ostenta su carácter oficial, participa, autoriza o actúa en complicidad con actos que repercuten en el goce de los derechos protegidos³². En el caso específico de los derechos sociales, se sostiene que el deber de respetar se viola cuando por ejemplo:

[se] destruyen cultivos de subsistencia, envenenan las fuentes de agua, despiden a servidores públicos a causa de su participación en actividades sindicales, o se desentienden de protecciones laborales mínimas en los lugares de trabajo del sector público³³.

Los derechos a medidas positivas, por su parte, se derivan de la obligación internacional de garantizar los derechos³⁴. En el Derecho Internacional de

28 Esta distinción de las obligaciones fue originalmente sugerida por Henry Shue, *Basic Rights*, Princeton, 1980, citado por Víctor Abramovich y Christian Courtis, *op. cit.*, p. 289.

29 Melish, Tara, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Center for International Human Rights Yale Law School, 2003, p. 176.

30 *Ibidem*, p. 177.

31 La Convención Americana de Derechos Humanos dispone en su artículo 1 que todos los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella.

32 Melish, Tara, *op. cit.*, p. 176.

33 *Ibidem*.

34 La Convención Americana de Derechos Humanos establece en su artículo 1 que todos los Estados se comprometen a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos, y en el artículo 2, establece que se adoptarán todas las medidas legislativas y de otra índole para hacer efectivos los derechos.

los Derechos Humanos, esta obligación exige que los Estados adopten medidas para organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras por medio 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 humanos³⁵.

En el caso de los derechos civiles, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en el caso *Masacre de Pueblo Bello* que el Estado no cumplió con su obligación de garantizar el derecho a la vida, por no haber tomado medidas para proteger a la población civil de ataques de grupos guerrilleros, y porque posteriormente a esos hechos, tampoco tomó medidas de investigación y sanción correspondientes³⁶.

Esto nos demuestra que la obligación de respetar y garantizar es común tanto a derechos civiles como a sociales, los cuales no se caracterizan mediante las distinciones entre obligaciones negativas/obligaciones positivas³⁷.

En consecuencia, dado que toda obligación es la contrapartida de un derecho y que como se ha visto, existen obligaciones del Estado tanto negativas como positivas para garantizar y respetar tanto a derechos civiles como sociales, se colige que todas las personas pueden exigir medidas –en sentido positivo– u omisiones –en sentido negativo– para satisfacer cualquiera de sus derechos. Como lo sostiene el tratadista alemán Robert Alexy:

[...] de acuerdo a la interpretación liberal clásica, los derechos fundamentales están destinados a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a intervenciones del poder público, por lo tanto son *derechos de defensa* del ciudadano frente a Estado. Los derechos de defensa son derechos a *acciones negativas* (omisiones) del Estado, mientras que su contrapartida son los derechos a *acciones positivas* del Estado³⁸.

35 Melish, Tara, *op. cit.*, p. 177.

36 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 119 y ss.

37 Respecto a las obligaciones comunes de respeto y garantía tanto para derechos civiles como sociales, véase Stephen Colmes y Cass R. Sunstein, “The cost of rights: why liberty depends on taxes”, en *International Human Rights in context, Law, Politics, Morals*, Henry J. Steiner y Philip Alston (comps.), Nueva York, 2000, pp. 260 y ss.

38 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1997, p. 419.

Para Robert Alexy, el derecho a medidas positivas³⁹ implica “todo derecho a un acto positivo, es decir a una acción del Estado”⁴⁰. En este sentido, Alexy manifiesta que en un concepto amplio, el derecho a medidas positivas del Estado puede ser calificado como derecho a prestaciones, por lo tanto, en adelante haremos referencia al derecho a medidas positivas indistintamente como *derecho a prestaciones en sentido amplio o derecho a medidas positivas*.

El derecho a una “acción del Estado” como lo señala Alexy, es sin duda un concepto extenso que implica que diversos actos del Estado son objeto de un derecho. Al respecto, Luis Prieto Sanchís señala que todos los derechos requieren algún género de prestación estatal en sentido amplio, como la defensa jurídica o el diseño de procedimientos o de normas de organización, dado que todos los derechos fundamentales exigen en mayor o menor medida una organización estatal que permita su ejercicio o que los defienda frente a intromisiones ilegítimas⁴¹. La escala de medidas positivas que pueden ser objeto de un derecho, se extiende desde la protección de la persona frente a otras personas por medio de normas del derecho penal, pasando por el dictado de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero y bienes⁴².

De esto se deriva que las medidas positivas, en tanto implican el derecho a un “acto del Estado”, pueden ser de diversa índole, de ahí que sea necesario establecer una clasificación, acogiéndonos a la división hecha por Robert Alexy en este mismo sentido, y que está integrada por cuatro grupos: a) derecho a medidas de protección, b) derecho a medidas normativas, c) derecho a medidas de organización y procedimiento, y d) derechos prestacionales en estricto sentido⁴³.

39 Se utilizará la frase *medidas positivas* en lugar de la frase utilizada por Alexy “*acciones positivas*”, para que no se confunda el sentido de la frase utilizada en esta investigación con la característica procesal del término acción. El subrayado es nuestro.

40 Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 427.

41 Luis Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 15, Internet: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_22_007.pdf. Acceso: 6 diciembre 2008.

42 Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 427.

43 *Ibidem*, pp. 435-482. Existe un sinnúmero de clasificaciones del derecho a medidas positivas como contrapartida a la obligación de garantizar. En la clasificación que haremos en este apartado intentaremos introducir el contenido de otras clasificaciones para ejemplificar mejor las medidas. En la división hecha por Alexy, la clasificación de derecho a medidas de protección se incluye al derecho a medidas normativas, sin embargo, para los fines del presente estudio, hemos fragmentado a esta subclasificación en derecho a medidas de protección y derecho a medidas normativas, en consideración a una mejor comprensión de la clasificación hecha por el autor.

Las medidas de protección consisten entre otras, en la implementación de recursos judiciales específicos para tutelar derechos sociales. Las medidas normativas constituyen en la promulgación de normas que protejan estos derechos; y las medidas de organización y procedimiento implican la obligación de implementar políticas públicas y relevar información. Finalmente, las prestaciones en estricto sentido son aquellas cuyo contenido obligacional consiste en un dar o en un hacer bienes o servicios que, en principio, el sujeto titular podría obtener en el mercado si tuviera medios suficientes para ello.

Resulta claro entonces que cuando demandamos la protección de derechos estamos exigiendo omisiones o acciones en un sentido amplio. Sin embargo, estas acciones no son iguales ni de una única naturaleza. Las medidas positivas o prestaciones por parte del Estado son de diversa índole y corresponden tanto a los derechos civiles como a los sociales, excepto las prestaciones en sentido estricto.

3. Los problemas de las prestaciones en sentido estricto

Cuando hacíamos referencia, al inicio de este ensayo, a que actualmente alrededor del mundo millones de personas son excluidas por su situación de pobreza y marginación, mencionábamos que es necesario que existan mecanismos para que esas personas exijan judicialmente el goce de los derechos de los cuales sistemáticamente son excluidas. Las prestaciones en sentido estricto, como veremos más adelante, son justamente la clase de medidas vinculadas a situaciones de desigualdad material en la asignación de bienes o recursos y cuya exigibilidad plantea problemas concretos a las juezas y jueces⁴⁴.

Luis Prieto Sanchís manifiesta que cuando se habla de prestaciones en sentido estricto se hace referencia a bienes o servicios económicamente evaluables como subsidios de enfermedad, vejez, sanidad, educación o vivienda. Este tratadista señala que desde la perspectiva de la teoría del derecho y de la dogmática constitucional, el carácter prestacional en estricto sentido de los derechos sociales es uno de sus rasgos más frecuentemente subrayados, porque desde el punto de vista jurídico, es el criterio que genera más polémica

⁴⁴ Contreras Peláez, Francisco, *Derechos Sociales: teoría e ideología*, Madrid, 1994, p. 21, citado por Abramovich Víctor y Christian Courtis, *op. cit.*, p. 287.

de los derechos sociales, pues establece la obligación de dar o hacer bienes o servicios económicamente evaluables⁴⁵. Sin embargo, es imperioso realizar ciertas precisiones al respecto.

En primer lugar, es necesario enfatizar que algunos derechos sociales, como el derecho a la huelga o la libertad sindical, se separan del esquema indicado porque la intervención pública que suponen no se traduce en una prestación en sentido estricto, por lo tanto, no puede decirse que las prestaciones en estricto sentido sean el criterio definidor de todos los derechos sociales. A su vez, existen derechos sociales que requieren algún género de intervención pública pero que no pueden calificarse propiamente de prestaciones en estricto sentido, por ejemplo, todos los que expresan restricciones a la autonomía individual, como en el caso del derecho al trabajo: la imposición de un salario mínimo o las vacaciones anuales⁴⁶.

Robert Alexy define el derecho a prestaciones en estricto sentido como el derecho a algo que el titular del derecho, en caso de que dispusiera de medios financieros suficientes y encontrase en el mercado una oferta suficiente, podría obtener también de personas privadas⁴⁷. Luis Prieto Sanchís coincide con la definición de Alexy y sostiene que las prestaciones en sentido estricto son aquellas cuyo contenido obligacional consiste en un dar o en un hacer bienes o servicios que, en principio, el sujeto titular podría obtener en el mercado si tuviera medios suficientes para ello⁴⁸.

Al respecto, Miguel Carbonell sostiene lo siguiente:

Las prestaciones a las que hace referencia Alexy no son más que actuaciones del Estado (en forma de bienes y servicios), constatables y medibles, como lo pueden ser la construcción de hospitales, la provisión de equipamientos escolares, la creación de un sistema de pensiones para jubilados, un sistema de sanidad público, la construcción de viviendas o el financiamiento para adquirirlas, etcétera⁴⁹.

45 Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 14.

46 *Ibidem*, p. 15.

47 Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 482.

48 Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 15.

49 Carbonell, Miguel, *La garantía de los derechos sociales*, p. 192.

Por su parte, Böckenförde, citado por Prieto Sanchís, mantiene:

[...] si la libertad jurídica debe poder convertirse en libertad real, sus titulares precisan de una participación básica en los bienes sociales materiales; incluso esta participación en los bienes materiales es una parte de la libertad, dado que es un presupuesto necesario para su realización⁵⁰.

Las prestaciones en sentido estricto, por lo tanto, se configuran como derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material o sustancial, esto es como derechos, no a defenderse ante cualquier discriminación normativa, sino a gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada⁵¹. Las prestaciones en sentido estricto “sirven siempre a una finalidad de igualdad fáctica”⁵².

Las prestaciones en sentido abstracto, sin embargo, no son obligaciones *determinables en abstracto*, es decir, que su contenido obligacional es indeterminado, pues se señala *el dar o hacer bienes o servicios*, y al mismo tiempo, condiciona la atribución de esta prestación a *si el titular no tuviera los medios suficientes*. Esto nos lleva a hacernos dos preguntas: ¿qué bienes o servicios tendría que dar el Estado para garantizar un derecho? y ¿cuándo puede decirse el titular de un derecho no tiene los medios suficientes para proveerse esos bienes o servicios?

Esta suerte de indeterminación que gira en torno de las prestaciones fomentó el problema de su exigibilidad judicial, en la medida en que se considera a este tipo de prestaciones como principios del accionar político y no obligaciones exigibles judicialmente. Como bien lo señala Prieto Sanchís:

Creo que existe una cierta conciencia de que los derechos sociales en general y muy particularmente los *derechos prestacionales* o no son auténticos derechos fundamentales, representando una suerte de retórica jurídica, o bien, en el mejor de los casos, son derechos disminuidos o en formación. [La] filosofía

50 E. W. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 74., citado por Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 18.

51 Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 17.

52 *Ibidem*, p. 18.

política dominante, que concibe a estos derechos como expresión de principios de justicia secundarios [...] Consecuentemente, de otro lado, en el panorama que ofrecen los ordenamientos de corte liberal, los derechos prestacionales tienden a situarse en el etéreo capítulo de los principios programáticos, muy lejos, desde luego, de las técnicas vigorosas de protección que caracterizan a los derechos fundamentales⁵³.

A continuación abordaremos dos problemas importantes de las prestaciones en sentido estricto relacionados con su revisión judicial: su realización como contenido de una política pública y la indeterminación de la obligación estatal que suponen.

3.1. El problema de las políticas públicas

Las prestaciones en sentido estricto pueden ser medidas tomadas para garantizar un derecho social como parte de la ejecución de una política pública. Así por ejemplo, en el caso de la educación, la erogación presupuestaria destinada cada año a construir escuelas, es parte de una planificación administrativa de la Función Ejecutiva para garantizar el derecho a la educación.

Imaginemos un caso en el cual la administración pública no prevé una asignación presupuestaria para construir escuelas en una determinada zona rural. En dicha zona existen varios niños y niñas quienes no pueden acudir a una institución educativa pública ni privada en virtud de que no cuentan con los medios financieros para acceder a una escuela privada y la distancia geográfica es una barrera para acceder a una escuela pública.

Esta desigualdad fáctica de estos niños y niñas en relación con quienes viven en zonas donde existen escuelas así como en relación con quienes tienen dinero para pagarla, lesiona su derecho a la educación básica, puesto que no pueden acceder a ella.

Por lo tanto, la no construcción de una escuela en esta zona afecta el derecho a acceder a la educación, una manera de garantizarlo sería por medio de una prestación en sentido estricto, es decir mediante la construcción de la escuela. Desde esta posición, podemos afirmar que los niños y niñas, ba-

53 Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 37.

sándose en su derecho a la educación, pueden exigir a la autoridad judicial que revise la decisión de construir la escuela.

Sin embargo, como señalamos previamente, la construcción de escuelas es un tema de la administración ligado con el presupuesto y las políticas públicas. El presupuesto y las políticas de Estado, como lo sostiene Abramovich, han sido tradicionalmente considerados temas no susceptibles de revisión judicial. Este autor denomina a esta tendencia la autorrestricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas:

[...] cuando la reparación de una violación de derechos económicos, sociales y culturales importa una acción positiva del Estado que pone en juego recursos presupuestarios, o afecta de alguna manera el diseño o la ejecución de políticas públicas, [...] los jueces suelen considerar tales cuestiones como propias de la competencia de los órganos políticos del sistema⁵⁴.

Prieto Sanchís sostiene que esta dificultad consiste en que al ser las prestaciones en sentido estricto bienes o servicios económicamente evaluables, suponen una relación directa con el presupuesto estatal y las políticas de Estado para hacer efectivos derechos sociales. Es decir que requieren de un amplio entramado organizativo, el diseño de servicios públicos, el desarrollo de procedimientos y, sobre todo, el empleo de grandes medios financieros, que implican la adopción de decisiones típicamente políticas, que en el marco de la separación de poderes, parecen excluidas del ámbito jurisdiccional⁵⁵.

Por lo tanto, como lo expresa Luis Prieto Sanchís, el problema reside en determinar quién es el sujeto competente para configurar de modo concreto lo que en la Constitución aparece en abstracto, si dicha tarea corresponde sólo al legislador y a la Administración o si, por el contrario, la jurisdicción y especialmente la jurisdicción constitucional goza también de alguna competencia en esta materia. Admitir que las prestaciones en sentido estricto como concreciones de los derechos sociales son competencia exclusiva del legislador y del ejecutivo, sería aceptar, como lo sostiene Prieto Sanchís, que los derechos prestacionales carecen de toda dimensión subjetiva, es decir, no serían propiamente derechos⁵⁶.

54 Abramovich, Víctor y Courtis Christian, *op. cit.*, p. 127.

55 Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p 48.

56 *Ibidem*, p. 48.

En este sentido, como lo establece el jurista colombiano Rodolfo Arango, si bien en el cumplimiento del objeto de los derechos sociales entra en juego la libertad de otros poderes del Estado, esto no significa que en el caso de su inactividad, no exista un derecho fundamental a ser protegido⁵⁷. Además, se debe recordar que la exigencia de una prestación en sentido estricto supone la protección del derecho a la igualdad material o sustancial, en la medida en que busca solucionar una desigualdad de hecho.

Consecuentemente, podemos señalar que en razón de que las prestaciones en sentido estricto son una medida para garantizar el ejercicio de un derecho, la forma en que éstas se ejecutan o su omisión es susceptible de revisión judicial, y por lo tanto, no cabe sostener que son solamente competencia del legislador o de la administración por ser temas de presupuesto y de política pública.

De esta forma, la revisión judicial de cuestiones dejadas en manos de los órganos políticos del sistema supone que el órgano jurisdiccional asuma un rol en el cual establezca una especie de “diálogo” con los otros poderes. Este diálogo puede ser establecido en distintos grados y existen ejemplos de casos concretos en la jurisprudencia comparada⁵⁸.

3.2. El problema de la indeterminación de la obligación estatal

Rodolfo Arango denomina a las prestaciones en sentido estricto como las “acciones fácticas positivas”, distinguiéndolas de las acciones de protección o normativas, por ser acciones materiales *indeterminadas*:

El objeto de los derechos sociales fundamentales [es] una acción material, o sea una *acción fáctica indeterminada* que se ordena para posibilitar el cumplimiento de tales derechos generales. Esto no descarta acciones normativas como medio para la realización de los derechos sociales [...] El derecho general a una acción fáctica define un estado que debe alcanzarse fácticamente⁵⁹.

57 Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, 2005, p. 111.

58 Véase International Commission of Jurists, *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*. Comparative experiences of justiciability, Ginebra, 2008.

59 Arango, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 109-110.

Para Arango, la indeterminación consiste en que el estado fáctico al que se pretende llegar mediante las acciones fácticas, puede alcanzarse por medios diversos, es decir, que las acciones fácticas pueden cumplirse mediante diversas acciones y titulares de las obligaciones que se concreta. Esta característica, según este autor, ha llevado a muchos tratadistas a definir a los derechos sociales como simples “derechos de configuración”, “demandas de dotación”, “mandatos constitucionales” o “fines esenciales”⁶⁰. En el mismo sentido, Miguel Carbonell señala que los derechos sociales postulan la necesidad de alcanzar fines, “pero dejan de alguna manera abierta las vías para lograrlos”⁶¹.

Esto significa, por ejemplo, que del derecho a la educación se deriva el derecho de toda persona a acceder a la educación básica. En el caso de una persona con deficiencias auditivas, su discapacidad supone la necesidad de un instituto educativo de educación básica que atienda sus necesidades especiales. Si la persona no tiene los medios económicos suficientes para pagar este tipo de educación en el ámbito privado, esto supone una desigualdad de hecho con relación a las demás personas que sí tienen los medios suficientes para hacerlo.

Dado que esta desigualdad fáctica no permite que la persona goce de su derecho a la educación, se genera la obligación del Estado de garantizar este derecho por medio de una prestación. Debido a que la situación exige que a la persona se beneficie de un servicio económicamente evaluable, nos encontramos frente a un caso de *prestaciones en sentido estricto*. La prestación que escoja el Estado para hacer efectivo el derecho a la educación de esta persona con discapacidad no necesariamente está determinada normativamente. El Estado podría, hipotéticamente, crear instituciones educativas públicas para personas con discapacidad o podría entregarles subsidios económicos para que puedan acudir a instituciones privadas. La forma en que el Estado ejecute su obligación prestacional, por lo tanto, *es indeterminada*, pero esto no significa que no exista un derecho a ser protegido.

Consecuentemente, es necesario recalcar que la indeterminación que estamos analizando es la *indeterminación de la obligación jurídica* para el Estado como contrapartida a un *derecho a prestaciones en sentido estricto de los derechos sociales*. Al respecto Prieto Sanchís señala:

60 *Ibidem*, pp. 111.

61 Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 193.

[...] los principios-directriz son normas programáticas [...] que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferente grado o, lo que es lo mismo porque no prescriben una conducta concreta, sino sólo la obligación de perseguir ciertos fines, pero sin imponer los medios adecuados para ello, ni siquiera tampoco la plena satisfacción de aquellos fines: ‘realizar una política de... u orientada a..., promover las condiciones para...’ en puridad no supone establecer ninguna conducta determinada como jurídicamente debida⁶².

Como analizamos previamente, una de las diferencias de las prestaciones derivadas de derechos sociales, en el contexto del paradigma liberal, es que no se pueden atribuir a todos los seres humanos de manera abstracta y universal sino que se atribuyen a la persona en su específica situación social.

Esta característica, pone de manifiesto que el contenido obligacional de las prestaciones en sentido estricto no pueden establecerse *en abstracto* en la norma ya que requieren del análisis de cada caso en particular para determinar si se está frente a una prestación en sentido estricto de un derecho social. Por lo tanto, resulta lógico que el *contenido obligacional* de las prestaciones en sentido estricto sea indeterminado⁶³.

Ahora bien, el problema de la indeterminación de las prestaciones en sentido estricto, a su vez genera un problema de interpretación judicial cuando estas prestaciones son exigidas judicialmente. En un caso concreto, podríamos ejemplificar lo aseverado de la siguiente manera. Por un lado tenemos el derecho de toda persona a la salud y la norma constitucional que establece que el Estado garantizará a toda persona que sufra enfermedades catastróficas o de alta complejidad atención especializada y gratuita⁶⁴; por otro lado, existe el caso de una persona con una enfermedad grave y sin los medios financieros suficientes para costearse un tratamiento.

En ese caso, nos encontramos frente a una *obligación prestacional en sentido estricto indeterminada* puesto que solamente se establece que el Estado

62 Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 47.

63 Esto no impide que se establezcan normativamente prestaciones en sentido estricto, pero estas prestaciones siempre estarán redactadas de manera que atiendan a una *desigualdad de hecho*, así por ejemplo, el caso antes citado en el que se establece que los estudiantes de extrema pobreza recibirán subsidios específicos.

64 Constitución del Ecuador, artículos 32 y 50.

debe garantizar el derecho a la salud pero no establece ninguna conducta determinada para el Estado respecto de las personas que sufren enfermedades graves pero no catastróficas. No establece, por ejemplo, si se les debe proveer de medicinas de manera gratuita.

Por lo tanto, en el caso concreto, se presenta el siguiente problema jurídico:

- a. Existe un derecho social en la Constitución que no establece una prestación en estricto sentido, y
- b. Existe una persona que tiene una enfermedad grave pero no cuenta con los medios financieros para pagar su tratamiento, por lo tanto reclama del Estado una prestación en sentido estricto determinada: el tratamiento de salud.

No existe una respuesta determinada para solucionar el problema antes descrito, es decir, qué solución debería adoptarse si la pretensión de la persona es legítima. Al respecto, Rodolfo Arango sostiene que existen derechos sociales *prima facie* (en nuestro caso el derecho a la salud) que bajo circunstancias concretas se convierten en derechos sociales definitivos (el caso de la persona con la enfermedad grave que necesita un tratamiento específico). Sin embargo, ¿cómo la obligación *prima facie* se convierte en una obligación *definitiva* del Estado? Debemos situar el problema de la exigibilidad judicial de las prestaciones en sentido estricto de los derechos sociales, no en la estructura de este derecho en relación con la concepción clásica liberal, ni en la competencia del juez para revisar asuntos que también son competencia del legislativo y administrativo, dos aspectos que consideramos haberlos superado. El problema de la exigibilidad judicial de las prestaciones en sentido estricto es un *problema de argumentación*.

Rodolfo Arango propone, como solución al problema de argumentación, que las prestaciones en sentido abstracto de derechos sociales son determinables mediante un procedimiento imparcial que consta de tres partes: (i) establecer la omisión estatal y sus consecuencias, (ii) señalar la justificación de la omisión, y (iii) determinar la proporcionalidad entre la omisión estatal y sus consecuencias. Para demostrar la validez del procedimiento, Arango señala como ejemplo el caso de un hombre amenazado

por la ceguera, que carece de recursos financieros para costearse una operación a los ojos⁶⁵.

(i) *La omisión estatal y sus consecuencias*

Arango sostiene que en un primer momento se debe demostrar que existe un supuesto de hecho, en el cual el titular del derecho eleva su exigencia como una acción fáctica positiva o una prestación en sentido estricto y demuestra su situación de necesidad. Si el Estado no atiende la necesidad, la omisión puede llevar a la vulneración del derecho.

En el caso del hombre amenazado por la ceguera, esto se traduce en que si el Estado se negara a otorgarle la prestación (operación de los ojos), las consecuencias radicarían en que perdería la vista. Por lo tanto, basaría su derecho a la salud *prima facie* en su situación de necesidad y en las consecuencias fácticas que se desencadenarían de la negativa del Estado a actuar positivamente.

(ii) *La justificación de la omisión*

Como lo sostiene Arango, la omisión estatal no es la única causa plausible de la vulneración de derechos que entra en consideración. Entonces el Estado debe demostrar que la condición suficiente de la vulneración del derecho no es su omisión, sino la omisión atribuible a un tercero. Entonces la omisión de proveerle la operación de los ojos, puede estar justificada.

(iii) *La proporcionalidad en sentido estricto entre la omisión estatal y sus consecuencias*

En este punto, las razones del titular del derecho a acciones fácticas positivas del Estado y las consideraciones que esgrime el Estado para justificar la omisión de tales prestaciones deben sopesarse considerando sus consecuencias fácticas, de forma que sea posible evitar un resultado total contradictorio con el orden jurídico entendido como un todo. Para encontrar este equilibrio,

65 Para ver la solución propuesta por Arango utilizada en este apartado, véase “La determinación del contenido de los derechos sociales fundamentales”, en Arango Rodolfo, *op. cit.*, pp. 198 y ss.

Arango sostiene que entran en consideración dos modelos para la determinación del contenido de un derecho social fundamental⁶⁶.

Para los fines del presente estudio utilizaremos el “modelo del caso extremo” propuesto por Arango, el cual parte de que un trato jurídico igual a pesar de la existencia de la desigualdad fáctica, lleva a consecuencias fácticas que no pueden pesar sobre la persona y cuya existencia continua significa la vulneración de derechos fundamentales. Estas consecuencias deben determinar el criterio de diferenciación que exige un trato desigual definitivo.

Las condiciones de este modelo, son las siguientes:

- (i) La existencia de una desigualdad fáctica entre la persona afectada y otros grupos de destinatarios jurídicos, que lleva a la exclusión social del primero. Es decir, que la persona pertenece a un grupo social tratado fácticamente de un modo desigual (personas inválidas o ancianas por ejemplo) y esto la define como titular del derecho. Para Arango, la desigualdad fáctica debe ser justificada de modo empírico, por ejemplo, por medio de una investigación de la pobreza. Además, la situación de desigualdad fáctica tiene que percibirse como una situación de exclusión social.
- (ii) La situación de necesidad debe ser tan urgente que un derecho fundamental de la persona afectada se pone en peligro. Es decir, se debe manifestar la urgencia de la situación de desigualdad fáctica. La urgencia se demuestra por medio de las consecuencias de la situación de necesidad para la persona, por ejemplo una amenaza a la vida o la puesta en peligro de la salud. Además, la situación de carencia no debe poder imputarse a la actitud abiertamente irresponsable del afectado.

Bajo estas dos condiciones, el modelo del caso extremo invierte la carga argumentativa a favor de la igualdad fáctica, puesto que presenta razones suficientes para un trato desigual. El Estado únicamente sería eximido del cumplimiento de tal obligación si tan sólo diera razones que pudieran desvirtuar la necesidad de un trato desigual.

66 El primer modelo es el “modelo general de los derechos sociales fundamentales” realizada por Robert Alexy. En cambio, el segundo modelo es el “modelo del caso extremo” propuesto por Arango. Véase Arango Rodolfo, *op. cit.*, pp. 200 y ss.

En el caso de la persona amenazada por la ceguera, si el Estado se negara a otorgar una prestación (operación de los ojos) a la persona pese a su situación de urgencia (la exclusión social por carencia de medios financieros) y la consecuente amenaza a su derecho a la salud y a otros derechos como a una vida digna, constituye una razón válida y suficiente para fundamentar la exigibilidad de la acción positiva del Estado. El derecho social definitivo al tratamiento médico se justifica mediante una argumentación sistemática.

De este modo, aunque el Estado en principio, sólo tiene una obligación *prima facie* de garantizar el derecho a la salud, cuando se dan las circunstancias concretas examinadas, tal obligación se torna en definitiva, debiéndose actuar fáctica y positivamente. Esta es una obligación definitiva, a la que le corresponde un derecho definitivo. Las consecuencias fácticas del no reconocimiento de la posición jurídica del demandante son inaceptables y no imputables a la persona afectada. Todas estas razones hablan a favor de que en el caso mencionado se reconozca y garantice un derecho fundamental definitivo al tratamiento médico que se requiere para no perder la vista.

En conclusión, el problema que establece la indeterminación de la obligación estatal que presentan las prestaciones en estricto sentido, puede solucionarse por medio de un ejercicio argumentativo que supone tres momentos. El primero, debe establecerse la necesidad de la persona y en qué consiste la omisión de la prestación y sus consecuencias; en segundo lugar, señalar cuál es la posible justificación de la omisión, y finalmente, examinar la proporcionalidad entre la necesidad de la medida, las consecuencias de su omisión y su posible justificación. Este examen de proporcionalidad, a su vez, plantea dos condiciones: la demostración de la desigualdad fáctica de la persona que lo lleva a una situación de exclusión social, y por otro lado, la manifestación de la urgencia de la necesidad de manera que se pongan en peligro derechos fundamentales. Mediante este procedimiento, un derecho social *indeterminado prima facie* se convierte en un caso concreto, en un derecho social *determinado*.

4. La acción de protección ¿protege a los derechos sociales?

Una vez que hemos revisado los fundamentos de los problemas de la justiciabilidad de los derechos sociales y sus posibles soluciones, contamos con los elementos que nos ayudarán a determinar si el diseño normativo de la acción de protección consagrada en la Constitución ecuatoriana puede ser un hito en la protección de estos derechos.

La acción de protección es el mecanismo jurisdiccional destinado a tutelar los derechos y libertades que escapan a la protección judicial de otras garantías específicas⁶⁷ y es equiparable a la acción de tutela o amparo en el derecho comparado latinoamericano⁶⁸. Esta acción es, por lo tanto, un mecanismo para hacer efectivo un derecho en el ámbito de la Función Judicial. Para analizar los fundamentos y requisitos que deben configurar a esta acción debemos remitirnos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a la Constitución ecuatoriana vigente.

La Convención Americana declara que toda persona, sin discriminación alguna, tiene derecho a un *recurso efectivo* ante los jueces competentes que la ampare contra actos que violen cualesquiera de sus derechos fundamentales⁶⁹. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas ha establecido que existen obligaciones inmediatas para proteger a los derechos sociales, entre ellas la de implementar recursos administrativos o judiciales específicos para tutelarlos⁷⁰. La obligación del Estado de proveer recursos judiciales y el derecho de las personas a exigirlo, consecuentemente, no se limita a un solo tipo de derechos sino que incluye a los derechos sociales.

67 Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 371.

68 Así en Argentina se la conoce como “acción de amparo” (artículo 43 de la Constitución), en Brasil toma el nombre de “mandamiento de injunción” (artículo 5 de la Constitución), en México es la “acción de amparo” (artículo 103 de la Constitución), en Venezuela se la conoce como “acción de protección” (artículo 20 de la Constitución).

69 La Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 25 y 1(1), establece el derecho de toda persona a contar con un recurso sencillo, rápido y efectivo que la proteja contra toda vulneración de sus derechos fundamentales.

70 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, 1990, párr. 4 y 5.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ya se ha destacado que un obstáculo importante para la exigibilidad de los derechos sociales es la falta de mecanismos judiciales adecuados para su tutela puesto que “las acciones judiciales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas, tradicionalmente, para la protección de los derechos civiles y políticos clásicos”⁷¹.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mantiene que la falta de recursos adecuados y efectivos en el orden jurídico interno de los Estados para tutelar los derechos sociales vulnera las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran el derecho de acceder a tales recursos, y que en definitiva, establecen el derecho del titular de un derecho a tener una acción para su tutela⁷². Es por esto por lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Damião Ximenes Lopes* subrayó en la necesidad de garantizar recursos efectivos para controlar la situación en que se encuentran aquellas personas internadas en centros de salud. En su fallo, la Corte coincidió con la Comisión al postular:

La Corte estima que los Estados son responsables de regular y fiscalizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad [...] Deben, *inter alia*, crear mecanismos adecuados para inspeccionar las instituciones psiquiátricas, presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes⁷³.

Sin embargo, ¿cuándo una acción judicial es efectiva para proteger derechos sociales? De acuerdo con la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es posible determinar el concepto de “efectividad” por medio de dos características. La primera es la vinculada con la idoneidad de

71 Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.129, 2007, párr. 235.

72 *Ibidem*, párr. 236.

73 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 99.

la acción, lo cual supone que debe “permitir establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”⁷⁴, y la segunda es la posibilidad de obtener el resultado previsto para lo cual fue concebida, es decir, su capacidad de “dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos”⁷⁵.

Se desprende entonces que un recurso efectivo para proteger derechos sociales es aquel que es idóneo para determinar si hubo una violación a este tipo de derechos y que a su vez permite dar una solución adecuada a este tipo de vulneraciones. Sin embargo, esta afirmación requiere una precisión previa. Si resulta claro que una acción efectiva es aquella que es idónea para identificar vulneraciones a derechos sociales y remediarlas, entonces debemos tener claro cómo se configuran las violaciones a los derechos sociales. De acuerdo con lo analizado hasta ahora sobre la naturaleza de los derechos sociales, podemos señalar que las violaciones a estos derechos tienen dos características, que sin excluir a otras, se presentan de manera generalizada. Por un lado, son afectaciones a grupos o colectivos más o menos determinados, generalmente sectores sociales excluidos, y por otro lado, las demandas vinculadas con derechos sociales exigen prestaciones o medidas positivas para remediar su violación.

Respecto a lo primero, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que los derechos sociales tienen una dimensión colectiva cuya vulneración exige también remedios de naturaleza colectiva puesto que la titularidad del derecho corresponde a un sujeto plural⁷⁶. Así por ejemplo, cuando existe una restricción al ejercicio del derecho a la seguridad social porque el servicio no ampara a los trabajadores informales, ciertamente se podría interponer un recurso de manera individual, pero la violación se concreta en una pluralidad de individuos que son sistemáticamente excluidos del ejercicio de este derecho. En casos como éste, a fin de reclamar protección judicial, es preciso que alguien pueda invocar la afectación grupal y no únicamente la individual, de modo que se pueda reclamar un remedio de carácter colectivo y no uno que se agote únicamente en el alcance individual.

74 *Ibidem*, Caso Durand y Ugarte, Sentencia de 16 de agosto de 2000, párr. 102.

75 *Ibidem*, Caso Cantoral Benavides, Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 164.

76 Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, op. cit., párr. 268.

Con relación a la segunda característica común a las violaciones de derechos sociales que las configura como demandas de prestaciones, analizamos a profundidad cómo la exigencia de estos derechos está vinculada con exigir una *acción* por parte del Estado. En el mismo ejemplo anterior, si a una persona le han negado el derecho a la seguridad social, al reclamarlo, evidentemente está exigiendo que el Estado le provea un servicio, lo cual a su vez supone, una erogación de dinero y la creación de un sistema que pueda hacer efectivo este derecho, es decir, exige una serie de medidas positivas por parte del Estado.

Regresemos otra vez a la pregunta ¿cuándo una acción judicial es efectiva para remediar las violaciones a derechos sociales? De acuerdo con lo examinado, para que una acción judicial pueda reivindicar estos derechos debe prever la posibilidad de que se exijan de manera individual o colectiva y que su remediación pueda reparar omisiones de carácter prestacional. De acuerdo con los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos estas características convertirían a la acción de protección en un recurso judicial *efectivo* para proteger derechos sociales.

En el contexto de la normatividad ecuatoriana, la Constitución señala que la acción de protección “tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de *los derechos reconocidos en la Constitución*, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales (...)”⁷⁷. A primera vista, parece claro que la acción de protección protege a todos los derechos incluidos los sociales, sin embargo, existen otras normas que permiten llegar a la misma conclusión.

En primer lugar, la Constitución reconoce, como principio de aplicación de los derechos, que todos los derechos son justiciables y de igual jerarquía⁷⁸, con lo cual impone un lineamiento claro que termina con la discusión de que existen categorías distintas de derechos y que unos son más exigibles que otros. En segundo lugar, los legisladores constitucionales crearon una nueva clasificación de los derechos para posicionar una nueva cultura respecto a la exigibilidad de los derechos sociales llamándolos ahora “del buen vivir”, los cuales además constan en primer lugar en el catálogo constitucional antes que los civiles y políticos y que ahora son llamados “derechos de libertad”.

77 Constitución del Ecuador, artículo 88. El subrayado es nuestro.

78 *Ibidem*, artículo 11 (3) y (6).

Finalmente, la Constitución, en línea con las doctrinas que establecen que las políticas públicas son medios para hacer efectivos los derechos sociales, reconoce a las políticas sociales como garantía de los derechos y establece que éstas podrán ser demandadas judicialmente, mediante la acción de protección, cuando vulneren derechos⁷⁹.

Todas estas disposiciones y cambios normativos demuestran que la Constitución vigente pretende generar un enfoque garantista de todos los derechos sociales. Ahora bien, analicemos si el diseño normativo constitucional responde a los requerimientos de efectividad de acuerdo con los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En primer lugar, respecto de la posibilidad de que los derechos sociales puedan ser exigidos colectivamente, la Constitución señala como principio de aplicación de los derechos, que todos los derechos se podrán *ejercer, promover y exigir* de forma individual o *colectiva* ante las autoridades competentes⁸⁰. Por otra parte, en la sección constitucional en la que se detallan específicamente las disposiciones comunes a la tramitación de toda acción constitucional, se señala que cualquier persona, *grupo de personas*, comunidad, pueblo, o nacionalidad podrá interponer acciones constitucionales, entre ellas la acción de protección. Consecuentemente, la Constitución prevé la posibilidad de que los derechos sociales puedan ser exigidos de manera colectiva.

En segundo lugar, una acción que ampara a los derechos sociales debe permitir que la jueza o juez pueda dar remedios efectivos a demandas de carácter prestacional. Al respecto, en la Constitución se establece que en caso de constatarse la vulneración de derechos, la jueza o juez no sólo deberá declararla, sino también ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar, las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deben cumplirse⁸¹.

La innovación del diseño constitucional al determinar que se debe ordenar la reparación integral, está inspirada en la práctica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, basada en la obligación del Estado de reparar la infracción de sus obligaciones internacionales. Las medidas de reparación

79 *Ibidem*, artículos 85 y 88.

80 *Ibidem*, artículo 11 (1).

81 *Ibidem*, artículo 88 (3).

ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos buscan la remediación integral de las consecuencias que la violación produjo. Las medidas de reparación, en el ámbito interamericano, comprenden tanto aquellas que buscan garantizar que los hechos no se repitan (garantías de no repetición) como aquellas que buscan indemnizar económicamente los daños materiales y morales (medidas de compensación).

La reparación integral comprende, en primer lugar, la plena restitución de los derechos violados (*restitutio in integrum*), que se obtiene con el restablecimiento de la situación anterior a la violación, cuando ello es posible, adecuado y suficiente. En la mayoría de casos la restitución ha sido imposible, debido a que las víctimas habían sido desaparecidas, ejecutadas o torturadas. La reparación integral se logra, entonces, con medidas que brinden a las víctimas una *satisfacción* más allá de lo económico, como el reconocimiento de la responsabilidad del Estado, los pedidos de disculpas, los actos de desagravio, las becas de estudio; así como con medidas orientadas a *evitar la repetición* en el futuro de hechos de esa naturaleza (cambios legislativos, investigación y sanción de los responsables de los hechos, educación en derechos humanos de funcionarios estatales, implementación de un registro de detenidos, entre otras). La reparación integral incluye también el pago de una indemnización que la Corte ha otorgado como *medida de compensación económica* del dolor sufrido, de los perjuicios patrimoniales generados y de los gastos realizados como consecuencia de las violaciones y la búsqueda de amparo de los derechos⁸².

La adopción de este concepto de reparación de la práctica internacional, pretende brindar a las personas víctimas de violaciones de derechos humanos un mecanismo constitucional, y por lo tanto, interno, que remedie la vulneración de sus derechos y además, la jueza o juez siempre debe ordenar la reparación integral por medio de la individualización de las medidas y de los encargados de cumplirlas.

En el contexto de los derechos sociales, como analizamos previamente, las demandas frente a violaciones o posibles violaciones de derechos están vinculadas con una prestación en sentido estricto, lo cual supone, que una jueza

82 Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, 2004, Internet: <http://www.cejil.org/gacetas/22Gaceta%20Rep%20final.pdf>. Acceso: 20 agosto 2009.

o juez ingrese en un ámbito dejado en manos principalmente del Poder Ejecutivo, y además, que adopte mecanismos de interpretación y argumentación jurídica que resuelvan casos concretos. Esto sin duda, genera un cambio profundo en el papel del juzgador en el escenario de un conflicto judicial puesto que le insta a participar de manera activa con otras autoridades y a adoptar soluciones creativas. La reparación integral en este contexto, tal como está plasmada en el texto constitucional, se convierte en una norma que pone las bases en donde deben descansar los jueces para ese cambio de rol, puesto que la Constitución determina explícitamente que en todos los casos de vulneración de derechos, la jueza o juez debe especificar e individualizar las acciones positivas para reparar dichas violaciones y además debe determinar quiénes serán los sujetos encargados de cumplirlas, y bajo qué circunstancias, es decir, debe indicar en qué tiempo y de qué modo la reparación será llevada a cabo.

Resulta por lo tanto alentador, que el diseño normativo de la acción de protección en la Constitución responde tanto a los requerimientos teóricos como a los establecidos en el Derecho Internacional para que se convierta en una acción efectiva para proteger derechos sociales.

Ahora bien, resulta imperioso recordar que en la práctica, la tendencia ha sido más bien restrictiva en cuanto a proteger derechos sociales. Existen varios casos en los cuales la justicia constitucional ha fallado en su obligación de proteger derechos sociales y que están vinculados con la legitimación y la reparación, elementos a los que nos hemos referido como esenciales para que se puedan proteger derechos sociales.

A manera de ejemplo, podemos recordar que en el año 1999, el secretario general del Sindicato Único de Trabajadores (en representación de 14 000 trabajadores de la salud), propuso un amparo constitucional en el que se cuestionaba la constitucionalidad de las reducciones en el Presupuesto de 1999 en perjuicio del sector de la salud. En 1998, la asignación presupuestaria para salud equivalía al 4,09% del presupuesto total, mientras que en 1999 la asignación correspondía al 3,81% del presupuesto, es decir disminuyó. El Tribunal Constitucional negó el amparo argumentando que el Presidente y el Congreso habían cumplido con sus obligaciones constitucionales de procedimiento al elaborar y aprobar el Presupuesto⁸³ y, por lo tanto, al

83 Constitución del Ecuador de 1998, artículo 130 (13).

no existir violaciones a la Constitución, la aprobación del presupuesto constituía un acto legítimo y constitucional. El Tribunal no realizó un análisis del detrimento en la protección del derecho a la salud, al haberse otorgado una cantidad que constituía una medida regresiva en relación con la asignación del año anterior y dejó en claro la imposibilidad de que el Tribunal pueda remediar este tipo de situaciones⁸⁴.

Asimismo, en el año 2005, la Junta de Defensa del Campesinado del Caserío Guantugsumo demandó mediante acción de amparo a la Junta Administradora de Agua Potable, encargados del servicio de agua potable en el cantón Pelileo⁸⁵, por haber quitado varios medidores de agua y reclamaban su derecho a la provisión del servicio de agua potable. El Tribunal Constitucional resolvió inadmitir el amparo porque este recurso podía ser interpuesto únicamente por el perjudicado, o por intermedio de apoderado, o por medio de agente oficioso que justifique la imposibilidad del afectado. En virtud de esto, señaló que la peticionaria no era titular de los derechos que se alegaban como violados sino a quienes se les había quitado los medidores de agua, y además no había presentado un instrumento que legitime su actuación como representante de dichas personas.

En este contexto, los cambios a nivel normativo que hemos descrito pueden constituirse en la base para superar los problemas de justiciabilidad a los que los derechos sociales se han enfrentado en la práctica ecuatoriana. Para ello resulta imperioso, que juezas y jueces, así como toda persona, se apropien de las herramientas que constan en la Constitución y exploren los alcances que las normas tienen a la hora de proteger estos derechos.

5. Conclusiones

La consolidación del Estado Social implicó una profunda transformación de las relaciones entre Estado y sociedad. Mientras que en el liberalismo clásico ambas esferas debían mantenerse separadas, en el Estado Social estas esferas deben interpenetrarse y dependen recíprocamente una de la otra. Sin embargo, pese a esta transformación del Estado, el paradigma de la protección

⁸⁴ Tribunal Constitucional, Resolución No. 1118-99-RA.

⁸⁵ *Ibidem*, Resolución No. 0994-2005-RA.

a los derechos continúa aún en evolución. En el caso de los derechos sociales se ha sostenido que éstos no resultan coercibles ni justiciables en tanto les corresponden obligaciones de prestaciones positivas, cuya satisfacción no consiste en un *no hacer* sino en un *hacer*, y además, los mecanismos para que estas prestaciones puedan ser exigidas por grupos antes que por individuos ha tenido casi siempre la puerta cerrada.

Desde estas afirmaciones, analizamos la definición de medidas positivas, para lo cual, establecimos primero que obligación de respetar y garantizar es común tanto a derechos civiles como a sociales, los cuales no se caracterizan por medio de las distinciones entre obligaciones negativas/obligaciones positivas. En consecuencia, dado que toda obligación es la contrapartida de un derecho, todas las personas pueden exigir medidas –en sentido positivo– u omisiones –en sentido negativo– para satisfacer cualquiera de sus derechos. El derecho a exigir medidas positivas se deriva de la obligación de garantizar derechos humanos e implica el derecho a un “acto del Estado”, y que en el contexto específico de los derechos sociales, las prestaciones en estricto sentido son aquellas cuyo contenido obligacional consiste en un dar o en un hacer bienes o servicios que, en principio, el sujeto titular podría obtener en el mercado si tuviera medios suficientes para ello.

La revisión judicial de los derechos a prestaciones en sentido estricto, presenta problemas concretos a la hora de su solución, especialmente, el problema de la indeterminación de la obligación estatal. Desde esta perspectiva, la solución para la justiciabilidad de los derechos sociales se encuentra entonces en encontrar los mecanismos para tutelar las demandas de prestaciones en sentido estricto antes que en afirmar que no pueden ser tuteladas.

Entonces, si miramos el proceso histórico que legitimó el diseño de los mecanismos judiciales que permiten demandar la protección a los derechos, se demuestra que estos mecanismos no fueron pensados para proteger afectaciones que surgen como consecuencia de la desigualdad en la distribución de bienes y servicios en la sociedad, y que por lo tanto, afectan a los derechos de las personas de manera colectiva; ni para otorgar a los jueces facultades que puedan remediar este tipo de problemas.

Sin embargo, la acción de protección, en línea con el enfoque garantista de nuestra actual Constitución, permite la comparecencia, y por lo tanto la exigibilidad, de los derechos de manera colectiva, y a su vez, deja la puerta

abierta para que las juezas y jueces puedan resolver esta clase de conflictos de manera creativa a por medio de la reparación integral. Dos conceptos que hasta ahora no han sido manejados en la práctica procesal ecuatoriana y que constituyen una innovación en el ámbito de la justicia constitucional.

Al inicio de este ensayo manifestábamos que la justicia está personificada en la imagen de una mujer con los ojos vendados puesto que es un símbolo que evoca la imparcialidad. Sin embargo, como hemos analizado, en el caso de los derechos sociales lo que realmente se necesita es mirar la situación en que se hallan las personas, situaciones muchas veces ligadas a un contexto de desigualdad y exclusión, y por lo tanto, de marginación a la hora de ejercer sus derechos. La acción de protección, desde esta perspectiva, es una herramienta más con la que cuentan las personas y las juezas y jueces para lograr que la justicia pueda ver lo que ha estado acostumbrada a ignorar.

Bibliografía

Libros

- Abregú, Martín y Christian Courtis (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.
- Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002.
- , (compiladores), *Derechos Sociales Instrucciones de Uso*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Alston, Philip y Henry J. Steiner (compiladores), *International Human Rights in context, Law, Politics, Morals*, Nueva York, Oxford University Press, 2000.
- Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- Atienza, Manuel y Ferrajoli Luigi, *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídica

- de la Universidad Autónoma de México, Serie Estado de Derecho y Función Judicial, 2005.
- Ávila Santamaría, Ramiro (editor), *Constitución del 2008 en el contexto andino, análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- , (editor), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Carbonell, Miguel y Salazar Pedro (editores), *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Editorial Trotta, 2005.
- , (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007.
- Castro Erika, Restrepo Olga y García Laura, *Historia, concepto y estructura de los derechos sociales*, Bogotá, Fondo de Investigaciones de la Universidad del Rosario, 2007.
- Favella, José Ovalle (coordinador), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, México, Universidad Autónoma de México, 2004.
- Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- , *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2004.
- Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México/Fontamara, 2001.
- Guzmán, Marco Antonio, *Los Derechos Humanos en especial los derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Quito, Editorial Universitaria, 2003.
- Melish, Tara, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Center for International Human Rights Yale Law School, 2003.
- Oyarte Martínez, Rafael, *La acción de amparo constitucional*, Quito, Fundación Andrade y Asociados, 2006.
- Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.

Villanueva, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, Serie Doctrina Jurídica, 2003.

Artículos de Revistas Jurídicas

Abramovich, Víctor, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, *Revista de la CEPAL*, No 88, 2006.

———, La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales.

Ávila Santamaría, Ramiro, “El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal”, en *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*, Revista del Tribunal Constitucional, Quito, Tribunal Constitucional, 2007.

Gaviria, Carlos, “El Estado Social de Derecho y la presión política por el cambio”, en *Revista de Derecho Foro*, No. 7, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2007.

Landa, César, “Justicia Constitucional y Political Questions”, Tribunal Constitucional y Estado Democrático, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 22, Madrid, 1995.

Uprimny, Rodrigo y Guarnizo Diana, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, *Centro de estudios Derecho, Justicia y Sociedad*.

Instrumentos Internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 1969, R.O. 801, 6 agosto 1984.

Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, el 26 de agosto de 1789.

Declaración de Quito acerca de la exigibilidad y realización de los derechos

- económicos, sociales y culturales en América Latina y el Caribe, 1998.
- Directrices de Maastricht sobre violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1997.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, R.O. 101, 24 enero de 1969.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, R.O. 101, 24 enero 1969.
- Principios de Limburgo Relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1986.
- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: “Protocolo de San Salvador”, R.O. 175, 23 abril 1993.

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ximenes Lopes*, Sentencia de 4 de julio de 2006.
- , *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Sentencia de 31 de enero de 2006.
- , *Caso Cantoral Benavides*, Sentencia de 18 de agosto de 2000.
- , *Caso Durand y Ugarte*, Sentencia de 16 de agosto de 2000.
- Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, OEA/Ser.L/V/II.129, 2007.
- , Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos sociales y culturales, OEA/Ser/L/V/II.129, 2007.

Informes de Organismos Internacionales

- Banco Interamericano de Desarrollo, *Relatoría sobre Garantías Explícitas en la implementación de los derechos económicos sociales y culturales en América Latina y el Caribe*, 2007.
- Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, 2004.

International Commission of Jurists, *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative experiences of justiciability*, Ginebra, 2008.

Comisión para el Empoderamiento Legal de los Pobres, *La Ley: Clave para el Desarrollo sin Exclusiones*, Nueva York, 2008.

Tomasevski, Katarina, *Informe anual de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación*, Consejo Económico y Social de la ONU, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2001/52, 11 enero 2001.

Türk, Danilo, *Informe del Relator Especial sobre la Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Consejo Económico y Social de la ONU, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/14991/17, 1991.

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No 1: Presentación de Informes por los Estados partes, 1989.

———, Observación General No. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990.

———, Observación General No 13, El derecho a recibir educación (párrafo 2 del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales), 1999.

Normativa

Constitución del Ecuador, R.O. 449, 20 octubre 2008.

———, R.O. 1, 11 agosto 1998.

Jurisprudencia ecuatoriana

Tribunal Constitucional, Resolución No. 0994-2005-RA.

Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 0140-2003-RA.

Tribunal Constitucional, Resolución No. 1118-99-RA.

La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana

Pablo Alarcón Peña

Introducción. 1. La Constitución Política de 1998 y la protección de derechos sociales. 1.1. Principios y reglas constitucionales. 1.2. La acción de amparo constitucional como mecanismo de protección ante vulneraciones a derechos sociales. 1.2.1. Ámbito constitucional y legal. 1.2.2. Ámbito jurisprudencial. 1.2.3. Estudio de Caso: derecho a la salud. 2. La Constitución de la República del 2008 y la protección de derechos sociales. 2.1. Principios de aplicación de derechos y los obstáculos de justiciabilidad directa de los derechos sociales. 2.2. Acción de protección como mecanismo adecuado y eficaz para la protección de derechos del buen vivir. 2.2.1. Legitimación activa: Del derecho subjetivo al derecho constitucional o fundamental 2.2.2. Ámbito material: Garantía de derechos constitucionales o fundamentales. 2.3. Caso práctico: ¿cómo debería manejarse la protección del derecho a la vivienda proveniente de desalojos? 3. Conclusión.

Introducción

El reconocimiento y exigibilidad judicial de los derechos sociales, ahora llamados del buen vivir, no resulta ser un tema novedoso en el ámbito constitucional ecuatoriano. En efecto, bajo el régimen de la Constitución de 1998 ya existían las condiciones suficientes para garantizar su ejercicio. Y es que

desde el punto de vista constitucional y legal, las garantías constitucionales, si bien no eran las mejores, velaban teóricamente por la justiciabilidad de todos los derechos reconocidos en la Constitución e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. El problema surgió en la práctica, a partir de una jurisprudencia constitucional alejada de los preceptos constitucionales y legales que regulaban la materia. Así por ejemplo, a pesar de contar con redacciones tan claras como las previstas en la Constitución de 1998 y Ley Orgánica del Control Constitucional, los jueces constitucionales, en la mayoría de casos, a partir del establecimiento de teorías restrictivas como la del *derecho subjetivo*, que no hallaba reconocimiento constitucional, consolidaron jurisprudencialmente una categoría de derechos fundamentalísimos, objeto de protección a través de la acción de amparo, y otros, que a pesar de encontrar reconocimiento constitucional, como en efecto son los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante DESC) fueron excluidos del ámbito de protección de la garantía, precisamente por sus dimensiones colectivas, y por la dificultad de acreditar violaciones a derechos subjetivos. Pero eso no fue lo más preocupante, existieron casos dentro de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, en los que ni siquiera se hizo alusión a los obstáculos inherentes a la justiciabilidad de los derechos sociales para desechar acciones de amparo, lo que evidentemente denota un desconocimiento o simple menosprecio de la teoría jurídico-normativa que hay detrás de su justiciabilidad.

Bajo esos lineamientos, se demostrará a partir de un caso concreto, como en aplicación directa de la Constitución de 1998, era plenamente posible la protección directa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; por otro lado, y como testimonio de las falencias existentes en la jurisprudencia constitucional, se expondrá un caso relacionado con derecho a la vivienda, en el que se podrá constatar cómo el órgano rector de la justicia constitucional en el Ecuador, a partir de argumentaciones exegéticas, contrarias a la Constitución y a Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, privó de protección y justiciabilidad a un derecho social.

Ante esa problemática en materia de derechos sociales, surge la Constitución de la República del 2008, y a partir de la implementación expresa de principios de aplicación de derechos y de garantías jurisdiccionales de derechos humanos acordes con el modelo de Estado que rige al Ecuador, aclara

y consolida el reconocimiento y exigibilidad judicial directa de todos los derechos constitucionales, sin importar si se tratan de derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales, Culturales, Colectivos o Difusos. La razón es que bajo el régimen del Estado Constitucional, no cabe hablar de distinciones entre derechos, menos aún de generaciones, todos ellos según mandato constitucional expreso son *interdependientes, de igual jerarquía y plenamente justiciables*. Acorde con esa línea, aparece la acción de protección, garantía jurisdiccional adecuada y eficaz, encargada de velar por su justiciabilidad. De esa forma, se desecha de plano la necesidad de acreditar violaciones a derechos subjetivos, o la utilización estrategias de exigibilidad indirectas para la protección de derechos sociales.

En atención a lo dicho, y sobre la base de un estudio jurisprudencial, el presente análisis pondrá de manifiesto en su parte inicial, la forma como la jurisprudencia constitucional, al amparo de la Constitución de 1998, manejó la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Finalmente, en una segunda sección, una vez constatadas las deficiencias en su exigibilidad judicial, se demostrará cómo debería protegerse el derecho a la vivienda a la luz de la Constitución vigente. Así, el fin esencial que perseguirá el presente análisis, más allá de difundir algunas de las características de la nueva acción de protección, será dotar a los jueces constitucionales y a todos quienes hacen uso diario de las garantías jurisdiccionales de los derechos humanos, de las herramientas necesarias para consolidar la exigibilidad judicial directa de los derechos que conforman el *buen vivir* previstos y garantizados en la Constitución de la República vigente.

Resta señalar que el presente estudio busca aportar sustancialmente al cambio de concepción de los operadores jurídicos frente a la justiciabilidad de los derechos sociales, que de conformidad con mandatos expresos previstos en la Constitución vigente, son directa e inmediatamente exigibles ante la justicia constitucional. A partir de ello, se demostrará como una serie de obstáculos para la justiciabilidad de los derechos sociales, no lo son más al amparo de la Constitución de la República vigente

1. La Constitución Política de 1998 y la protección de los derechos sociales

La Constitución Política de 1998, establecía de manera expresa una serie de principios y reglas atinentes a la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Así también, reconocía a la acción de amparo constitucional, como la garantía efectiva para su protección y justiciabilidad. En ese orden de ideas, y en estricto respeto a dichos mandatos constitucionales, se comprobará a continuación, cómo sí existían las condiciones, al menos suficientes, para garantizar jurisprudencialmente la justiciabilidad y protección directa de los DESC.

1.1. Principios y reglas constitucionales

A. Artículo 1 de la Constitución Política de 1998: *“El Ecuador es un estado social de derecho”*.

Lo primero que debe ser advertido es que la frase “Estado Social” no puede ni debe ser considerada como una simple muletilla retórica que dotaba de mera elegancia a la idea tradicional del derecho y del Estado. Por el contrario, dicho principio debió ser el soporte principal, sobre el cual se levantaba la organización política que regía al Ecuador en ese entonces. Así, el Estado Social debía encontrarse encaminado a realizar la justicia social y la dignidad humana, mediante la sujeción de autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de naturaleza constitucional. En efecto, el presupuesto central del Estado Social se hallaba en la interrelación entre el Estado y la sociedad, que miraba al conglomerado de personas y grupos en condiciones de desigualdad real. Bajo esas circunstancias, el Estado debía adoptar todas las medidas necesarias para eliminar la desigualdad social. Dicho deber Estatal, no podía reducirse únicamente a no intervenir en las libertades de las personas, por el contrario, exigía de éste una dinámica, acción para contrarrestar las desigualdades existentes y ofrecer a todos las oportunidades necesarias para superar las condiciones de necesidad. Los DESC se constituían así, en el efecto principal de la irradiación que generaba el principio del Estado Social. Precisamente por ello, su justiciabilidad debió ser una realidad

ya que los derechos sociales se fundamentan en la idea de igualdad sustancial como uno de los valores o aspectos de la justicia necesarios para la protección de la dignidad de las personas¹.

B. Por otro lado, los principios generales de aplicación de derechos previstos en la Constitución Política de 1998, garantizaban la protección y justiciabilidad de los DESC:

Artículo 3, numeral 2: [...] Son deberes primordiales del Estado: 2. Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de las mujeres y hombres y la seguridad social.

Artículo 16: El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución.

Artículo 17: El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos.

Artículo 18: Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. En materia de derechos y garantías constitucionales se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos. No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos. Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

Artículo 19: Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material².

1 García Añón, María José, “Derechos Sociales e igualdad”, en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis, *Derechos Sociales, Instrucciones de Uso* (comps), México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003, p. 79.

2 Constitución Política del Ecuador 1998. Artículo 3, numerales 2, 16, 17, 18 y 19.

De lo dicho, queda claro que en cuanto a los principios generales de aplicación de derechos se refiere, no existía razón alguna para considerar a los DESC como máximas de optimización, o derechos programáticos, por el contrario, el artículo 18 de la Constitución de 1998, junto con los demás principios en mención, garantizaban su justiciabilidad ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

1.2. La acción de amparo constitucional como mecanismo de protección ante vulneraciones a derechos sociales

En armonía con los principios señalados en líneas anteriores, y con el fin de velar por el reconocimiento y protección de los derechos previstos en la Constitución o en los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, la acción de amparo constitucional aparecía como el medio efectivo para alcanzar tales objetivos. Porque desde el punto de vista constitucional y legal, la acción de amparo constitucional parecía ser el mecanismo adecuado para la protección de derechos humanos; no obstante, la misma realidad no se evidenció en la práctica jurisprudencial. En efecto, vía jurisprudencial, los jueces constitucionales hallaron la forma para alterar la naturaleza propia de la garantía, y así consolidar teorías restrictivas a la protección integral de los Derechos Humanos.

1.2.1. Ámbito de protección constitucional y legal

El ámbito de protección de la acción de amparo constitucional en el Ecuador, se encontraba previsto en los artículos 95 de la Constitución de 1998, y 46 y siguientes de la Ley Orgánica del Control Constitucional.

[...] Art. 95, inciso primero, Constitución 1998.- Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio interna-

cional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. Art. 46 Ley Orgánica del Control Constitucional: [...] El recurso de amparo tiene por objeto la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador. (El subrayado es mío.)

Dos elementos saltan a la vista a partir de los preceptos constitucionales y legales citados:

1. La acción de amparo constitucional podía ser interpuesta *por cualquier persona por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad*;
2. La garantía debía proceder respecto a amenazas o violaciones de *cualquier derecho consagrado en la Constitución o convenio internacional vigente*.

Por consiguiente, a la luz de dichos preceptos, era evidente que la acción de amparo, a diferencia de otras garantías previstas en el derecho comparado³, no establecía limitación o diferenciación alguna con respecto a los derechos objeto de su protección. Así, la Constitución Política de 1998, en su parte dogmática, contemplaba derechos civiles (capítulo II), derechos políticos (capítulo III), derechos económicos, sociales y culturales (capítulo IV) y colectivos (capítulo V), y por tanto, todos ellos debieron ser directamente exigibles vía acción de amparo constitucional. Corroborando lo dicho, la doctrina constitucional de ese entonces señalaba: [...] “En definitiva los derechos protegidos por la acción de amparo, son todos sin importar si son civiles y políticos, económicos, sociales y culturales o de tercera generación, si son individuales, colectivos o difusos y sin tomar en cuenta si su reconocimiento tiene base constitucional, internacional, o son derechos subjetivos naturales⁴.

Es así, que desde el punto de vista Constitucional y legal, se daba por sentado que se trataba de una *actio popularis*, no se establecían trabas en

3 Constitución de la República de Colombia, Art. 86: “[...] Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales... (el subrayado es mío).

4 Rafael Oyarte Martínez, *La Acción de Amparo Constitucional, Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina*, Quito, Editorial Fundación Andrade y Asociados, 2006, p. 118.

cuanto a su legitimación activa, y a su vez, la garantía procedía respecto a la vulneración o amenaza de cualquier derecho consagrado en la Constitución o convenio internacional vigente. En síntesis, en uso del principio de interpretación sistemática de la Constitución, resultaba evidente que a partir del principio constitucional del Estado Social, los principios generales de aplicación de derechos y el segundo presupuesto de procedibilidad de la acción de amparo constitucional, la protección y exigibilidad judicial directa de los derechos sociales no debieron encontrar obstáculo alguno.

No obstante, si bien parecía imposible concebir la posibilidad de una interpretación constitucional distinta a la efectuada en líneas anteriores, los jueces constitucionales de ese entonces, hallaron la forma para restringir la garantía, y su ámbito de protección. De esa forma los DESC, y todos aquellos derechos de dimensiones colectivas, salvo casos excepcionales, fueron excluidos del ámbito de protección de la acción de amparo constitucional. Será precisamente aquella restricción inconstitucional la que se abordará en el acápite siguiente.

1.2.2. Ámbito jurisprudencial

Como quedó de manifiesto previamente, desde el punto de vista constitucional y legal, la acción de amparo constitucional podía ser activada por cualquier persona respecto a amenazas o violaciones de cualquier derecho consagrado en la Constitución o convenio internacional vigente. Veamos qué sucedió desde el punto de vista jurisprudencial:

[...] Que, del texto constitucional y de la normativa singularizada en la Ley del Control Constitucional, se establece de manera concluyente que la acción de amparo constitucional es procedente cuando: a) existe un acto u omisión ilegítimos, en principio de autoridad pública; b) que siendo violatorios de un derecho subjetivo constitucional; c) causen o amenacen causar un daño grave e inminente en perjuicio del peticionario; es decir que dichos tres elementos descritos para la procedencia de la acción de amparo deben encontrarse presentes simultáneamente y de manera unívoca⁵. (El subrayado es mío.)

5 Tribunal Constitucional del Ecuador, Resoluciones Nos. 762 – 2002 – RA, 177- 2000- TP, 0600 – 07 – RA, entre varias otras que han manejado un criterio común respecto a los presupuestos de procedibilidad de la acción de amparo constitucional.

Los presupuestos de procedibilidad de la acción de amparo citados, fueron manejados de manera uniforme por la jurisprudencia de los extintos Tribunales Constitucionales del Ecuador. Según ellos, dichos presupuestos guardaban conformidad con los preceptos previstos tanto en los artículos 95 de la Constitución Política de 1998 como con los artículos 46 y siguientes de la Ley del Control Constitucional. No obstante, a simple vista, se puede constatar lo contrario. Ni el texto constitucional ni la normativa singularizada en la Ley del Control Constitucional, establecían como segundo presupuesto de procedibilidad de la acción de amparo, una violación a derechos *subjetivos constitucionales*, por el contrario, tal como quedó establecido en el acápite precedente, su ámbito de protección se concentraba en *violaciones o amenazas a cualquier derecho consagrado en la Constitución o convenio internacional vigente*. Por eso la jurisprudencia constitucional, contrariando expresamente el sentido de la Constitución y la Ley, terminó por equiparar *derechos constitucionales* con *derechos subjetivos constitucionales*. Aquello que a simple vista no parecía afectar el contenido sustancial de la acción de amparo, garantía judicial de todos los derechos humanos, terminó por restringir su ámbito de protección, y por tanto, delimitó su procedencia respecto a violaciones o amenazas a derechos fundamentalísimos, individuales y subjetivos. A partir de tal presupuesto, fueron excluidos de la garantía todos aquellos derechos de dimensiones colectivas, dentro de los cuales se encuentran los DESC. Así, los presupuestos de procedibilidad reconocidos en la Constitución de 1998 y la Ley del Control Constitucional, pasaron a un segundo plano, y no cabía hablar más de una auténtica garantía de derechos humanos. Todo ello, se tradujo en un acto violatorio *prima facie* del PIDESC⁶.

6 Una “laguna” que determina la falta de plenitud del sistema, de acuerdo con la terminología de Ferrajoli: “hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos (los derechos sociales (nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado liberal, y han permitido que el Estado social de desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y contemplan ahora como “crisis de capacidad regulativa del derecho”, citado por Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en Víctor Abramovich, María José García

No sólo que el ámbito material de la acción de amparo fue restringido a partir de tal implementación jurisprudencial, sino que incluso la legitimación activa de la garantía fue completamente distorsionada. Desde el punto de vista constitucional y legal, la acción de amparo constitucional podía ser activada por *cualquier persona*, mientras que vía jurisprudencial se exigía la acreditación de una violación *subjetiva* para determinar la procedibilidad y admisibilidad de la misma. Lo dicho, fue confirmado en diversas ocasiones por parte de la jurisprudencia constitucional⁷.

Estudios estadísticos relacionados con la acción de amparo constitucional, sobre una base de gacetas constitucionales, reflejan que, en el año 2000, de los 14 amparos interpuestos, 13 fueron admitidos cuando la acción fue planteada por el titular del derecho, es decir, en base a la teoría de los derechos subjetivos constitucionales, y a penas 1, fue admitido cuando el amparo era activado por terceros o por cualquier persona. La misma realidad se evidenció en el año 2005, que de un total de 11 amparos, 10 fueron admitidos bajo la premisa de los derechos subjetivos constitucionales y 1 bajo acción popular⁸.

Así, la restricción de la legitimación activa a la demostración de violaciones a derechos subjetivos constitucionales, generó en muchas ocasiones que el Tribunal Constitucional deseche casos en que los peticionarios no presentaron instrumento que legitimara su actuación como representantes de una colectividad, pese a que se alegaban violaciones a derechos fundamentales o constitucionales como el derecho a la salud, a un medio ambiente sano, y además ni siquiera se realizó un análisis respecto a la legitimidad o ilegitimidad de los actos de los demandados ni de los derechos que se invocaban como violados.

Añón y Christian Courtis, *Derechos Sociales, Instrucciones de Uso (comps)*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003, p. 75.

7 Tribunal Constitucional del Ecuador: Resolución No. 035 – 2004 – RA: [...] Que el accionante interpone este amparo por sus propios derechos, ocurriendo que el acto impugnado no se dirige a su persona. La afirmación del peticionario en sentido que en calidad de abogado se encuentra patrocinando la creación de la Universidad Santo Tomás, de la ciudad de Quito no implica que el acto afecte sus derechos, sino eventualmente, a los de sus patrocinados, razón por la cual la acción presentada resulta.

8 Ramiro Ávila Santamaría, “El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal”, en *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007, p. 370.

[...] El demandante manifestó que los demandados construyeron torres de aproximadamente veinte metros de altura en las que habían instalado cuatro altoparlantes que funcionaban a toda hora, afectando a todos los habitantes del sector por el ruido ensordecedor de las propagandas a todo volumen. El Tribunal Constitucional desechó la acción sosteniendo que el demandante no era representante legitimado de una colectividad⁹.

Por su parte, la doctrina constitucional en alusión a la teoría del derecho subjetivo y su incidencia respecto a la justiciabilidad de los derechos sociales ha señalado:

[...] El concepto de derecho subjetivo, que es restrictivo por depender de la demostración de la titularidad y por ser una acción eminentemente individual, se torna en una camisa de fuerza procedimental que no logra permitir que los otros derechos puedan ser justiciables... En sociedades como las nuestras, en las que la exclusión en el goce de los derechos es masiva y sistemática, todos los derechos humanos tienen dimensiones de exigencia colectiva; en estos casos la noción de derecho individual se torna inútil o hartamente imperfecta¹⁰.

Por consiguiente, en cuanto a la Constitución de 1998, ley y doctrina se refiere, todos los derechos, incluso naturales inherentes a la persona, debieron ser objeto de protección vía acción de amparo constitucional. Únicamente aquellos derechos tutelables a través de otras garantías, se encontraban excluidos del ámbito de protección de la acción de amparo. Así, a pesar de claridad de las disposiciones constitucionales, de la prevalencia de la interpretación restrictiva en derecho público, y de la interpretación más favorable en materia de derechos, existieron algunos que por obra de la jurisprudencia constitucional, fueron excluidos de esta garantía constitucional. No obstante que la Constitución de 1998 y Ley Orgánica de Control Constitucional, prohibían a cualquier autoridad exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, los jueces constitucionales, como

9 Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 0862 – 04 – RA, citado por Carolina Silva Portero, “Las Garantías de los Derechos”, en Ávila Santamaría, Ramiro (ed), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 72.

10 Ramiro Ávila Santamaría, *op. cit.*, p. 370.

se demostró, encontraron forma para excluirlos del ámbito de protección de la garantía. Producto de aquel inconstitucional manejo jurisprudencial que provino del máximo órgano de control constitucional de ese entonces, aquellas disposiciones contempladas en instrumentos internacionales relacionados al caso y ratificados por el Ecuador, (p. ej. PIDESC), fueron diariamente omitidas y desacatadas¹¹.

Es así, que la exclusión de los derechos sociales del ámbito de protección de la acción de amparo constitucional, no provino de un conflicto de orden constitucional y legal, por el contrario, dicha restricción es plenamente atribuible a la jurisprudencia constitucional que cercenó la garantía prevista en el artículo 95 de la Constitución Política de 1998.

1.2.3. Estudio de caso: derecho a la salud

Como complemento de lo dicho en líneas anteriores, y para demostrar que en aplicación directa de la Constitución Política de 1998 y la Ley del Control Constitucional, la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales no debió encontrar obstáculo, se expondrá a continuación uno de los casos emblemáticos y excepcionales en materia de derechos sociales identificado en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana. En el mismo, la Tercera Sala del Tribunal Constitucional de ese entonces, se apartó de aquella inconstitucional restricción jurisprudencial vinculada a la *vulneración de derechos subjetivos* y protegió de manera efectiva y directa el derecho a la salud.

Con el fin de facilitar el análisis, se optará por exponer inicialmente los hechos que dieron lugar a la interposición de la acción; posteriormente, se analizará las *ratio decidendi*¹², o argumentaciones esenciales directamente conectadas con la parte resolutive de la misma.

11 Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 19 na. Sesión, agenda rubro 3, párr 10.

12 Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C – 131 / 93 y C- 037/ 96, [...] define a la *ratio decidendi* como la formulación más general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Citada en Diego Eduardo López Medina, *El Derecho de los Jueces*, Bogotá, Editorial Legis, 2006, p. 218.

Resolución No. 0749 – 2003 – RA (acción de amparo constitucional interpuesta de conformidad con la Constitución Política de 1998)

A. Hechos.-

Legitimados activos: Edgar Mauricio Carpio Castro, Joffre Manuel Mendoza Intriago, Máximo Darío Abarca Runruil y Jorge Antonio Navarrete.

Legitimados pasivos: Ministerio de Salud Pública y Directora del Programa Nacional del SIDA- VIH – ITS.

A continuación se transcribirán los antecedentes previstos en la resolución materia de análisis:

Los accionantes arguyen que son personas viviendo con VIH – SIDA, con prescripciones médicas de triple terapia antirretroviral, medicamentos que sirven para inhibir la replicación del virus VIH en el cuerpo humano. Que sin dichos medicamentos, el virus se multiplicaría y corren el grave riesgo de morir. Que por no existir anteriormente el servicio público, recibían atención privada, la que tiene un costo alto, por lo que muchos enfermos no pudieron seguir con el servicio privado. A partir de ello presionaron al Estado para que garantice la salud y la vida de las personas viviendo con VIH – SIDA. Que ante la solicitud realizada a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se otorgaron medidas cautelares a 153 personas y como consecuencia de ello el gobierno del Ecuador comenzó a brindar los servicios de salud en las unidades de atención y hospitales públicos del Ecuador. Que en el mes de mayo de 2003, se suspendió uno de los medicamentos y a partir del 4 de septiembre de 2003, se les da apenas un medicamento, lo que les obliga a suspender los restantes, porque se generan resistencias al organismo. Que la omisión del Ministerio de Salud, a través del Hospital Eugenio Espejo, ha violentado los artículos 23, numeral 1; 42 y 43 de la Constitución Política del Ecuador; 6, literal b) de la Ley para la Prevención y Asistencia Integral del VIH / SIDA, en concordancia con el artículo 3 del Reglamento para la atención a las personas que viven con VIH – SIDA. Que fundamentados en los artículos 95 de la Constitución y 46 de la Ley del Control Constitucional interponen acción de amparo constitucional y solicitan se disponga que inmediatamente se les conceda las medicinas de triple terapia antirretroviral, en las cantidades, dosis y frecuencia que consta en las prescripciones médicas

y que se practiquen los exámenes de Carga Viral, Conteo CD4 y CD8 y genotipo y fenotipo, para actualizar sus prescripciones médicas.

El 7 de octubre de 2003, la Jueza Duodécimo de lo Civil de Pichincha resolvió aceptar el recurso de amparo constitucional, en consideración a que los recurrentes se encuentran afectados con VIH – SIDA y se les ha dejado de suministrar las medicinas necesarias. De esa forma, se atentó contra sus derechos a la vida y a la salud, consagrados en la Constitución Política de la República.

Una vez radicada la competencia en la Tercera Sala del Tribunal Constitucional del Ecuador, veamos qué señaló la sala respecto a los presupuestos de procedibilidad de la acción de amparo, y a su legitimidad activa:

TERCERO.- La acción de amparo contemplada en el Art. 95 de la Carta Política dice: “Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional, y que, de modo inminente amenace con causar un daño grave. En consecuencia, para que proceda el recurso de amparo constitucional es necesario: a) Que exista un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública, b) Que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente; y c) Que cause o amenace causar un daño grave, y de modo inminente. (El subrayado es mío.)

Sin duda, dicho considerando, a pesar de parecer un *obiter dicta*¹³, marca una diferencia considerable respecto a la jurisprudencia que usualmente emitía el Tribunal Constitucional del Ecuador con relación a los presupuestos de procedibilidad de la acción de amparo y en especial respecto a la protec-

13 “Aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión”, para un mayor análisis, véase, Jhoel Escudero Solíz, “El cambio de cultura jurídica en la Interpretación Constitucional”, en *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Quito, INREDH, 2009, p. 88.

ción de derechos sociales. Es una de las pocas resoluciones, por no decir la única, que aplicó directamente los mandatos previstos en la Constitución y la ley, y no una serie de lineamientos inconstitucionales establecidos en la jurisprudencia constitucional de ese entonces. Me refiero en concreto, a la teoría del derecho subjetivo, que como bien se pudo constatar en el considerando transcrito, jamás fue tomada en cuenta para el caso concreto, por el contrario, se resalta la procedencia de la acción respecto a la amenaza o violación de cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, categoría dentro de la cual lógicamente ingresan los derechos que conforman el buen vivir.

En cuanto a las *ratio decidendi* utilizadas que denotan la exigibilidad judicial directa del derecho a la salud previsto en la Constitución, y que sin duda se generan a partir de la supresión de la teoría del derecho subjetivo, veamos lo que señaló la Tercera Sala del Tribunal Constitucional:

QUINTO.- El Estado ecuatoriano debe precautelar el derecho a la salud de los ecuatorianos, derecho consignado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Colombia en el año de 1948, en cuyo Art. XI, contempla el derecho a la preservación de la salud y el bienestar; de igual manera el Protocolo San Salvador, en su Art. 10 contempla el derecho a la salud, entendido como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. El derecho a la salud sin perjuicio de su autonomía es parte del derecho a la vida. En efecto, “El derecho a la vida no solo permite al ser humano el ejercicio de las facultades que sean necesarias para mantener su estado vital, conservarlo, mejorarlo o dignificarlo en todos los aspectos, sino también el de impedir que se atente, amenace o viole cualquier circunstancia, pudiendo adoptar las medidas que lo aseguren o que, por lo menos, no se le ocasione la muerte” (IUDICIUM ET VITA No. 4, Primera Ed., San José, 1996). El derecho a la salud otorga a los ciudadanos la facultad para demandar que el Estado no sólo adopte las políticas, planes y programas en materia de salud general, tal como ocurre en el caso de enfermedades o epidemias sino que se obligue a crear normativa, realizar investigaciones, establecer políticas públicas, creando las entidades pertinentes y ponerlas a disposición de la población.

SEXTO.- La Carta Política, en la Sección cuarta, De la salud, establece en el Art. 42.- “El Estado garantizará el derecho a la salud, su promoción y protección y el Art. 43, consigna que “Los programas y acciones de salud pública

serán gratuitos para todos. Los servicios públicos de atención médica, lo serán para las personas que los necesiten. Por ningún motivo se negará la atención de emergencia en los establecimientos públicos o privados”. Por su parte la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, publicada en R.O. No. 670 de 25 de septiembre de 2002, tiene como objetivo garantizar el acceso equitativo y universal a servicios de atención integral de salud, a través del funcionamiento de una red de servicios de gestión desconcentrada y descentralizada, entre sus principios desarrolla el de la Solidaridad para satisfacer las necesidades de salud de la población más vulnerable, con el esfuerzo y cooperación de la sociedad en su conjunto. Normativa que guarda armonía con el Código de la Salud, que en el Art. 96 dice que el Estado fomentará y promoverá la salud individual y colectiva. Dentro de esta política el Estado ecuatoriano ha creado la Dirección Nacional del Programa Nacional del Sida VIH – ITS, que tiene la obligación de suministrar las medicinas a todos los hospitales y centros de salud pública del Ecuador y el Ministerio de Salud la obligación de adquirir la medicina para ser distribuida, así lo contempla el Art. 5 literal b y g de la Ley para la Prevención y Asistencia Integral del VIH – SIDA, publicada en el R.O. No. 58 de 14 de abril del 2000, y el Art. 2 y 3 del Reglamento para las personas que viven con el VIH – SIDA, publicada en el R.O. No. 729 de 20 de diciembre de 2002; finalmente cabe precisar que el Ecuador es suscriptor de la Declaración de Compromiso de lucha contra el VIH – SIDA, instrumento que fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 27 de junio del 2001, y en el que los Estados se comprometen a proporcionar tratamiento a todos los infectados (párrafo 94) y en el 2003 a establecer o fortalecer sistemas eficaces de supervisión, promoción y protección de los derechos humanos de las personas que viven con VIH – SIDA.

OCTAVO.- De lo referido y de las piezas procesales que constan del expediente, se torna evidente que por parte del Ministerio de Salud existe omisión, al no haber dado una solución inmediata, diligente y eficaz, cual es su obligación, lo que indefectiblemente ha lesionado gravemente la condición de vida de los enfermos de VIH – SIDA. El acto de autoridad viola derechos consagrados en la Constitución, y en instrumentos internacionales ratificados por el país, que forman parte de nuestra legislación interna, por mandato del Art. 163 de la Carta Suprema, como lo son los derechos sociales positivizados, que constituyen normas inmediatamente exigibles, con pleno valor jurídico y que resultan vinculantes para los poderes públicos que tienen obligaciones como sujetos pasivos; derechos también aplicables por los Tribunales como

éste, para los cuales la defensa de la persona humana es uno de los soportes básicos del desarrollo constitucional contemporáneo; más aún tratándose de este caso, en que se afecta el derecho a la vida y a la salud, que tienen conexidad el uno con el otro.

NOVENO.- En el caso, el derecho a la salud es un derecho económico *directamente exigible* por parte de los accionantes, quienes son titulares o sujetos activos de este derecho que lo han ejercido plenamente en el Hospital Eugenio Espejo, al haber recibido atención en el servicio médico y farmacéutico, y que no podía interrumpírsele por atentar directamente a su derecho humano de vivir, vivir tal vez unos meses o años más dado su contagio con el VIH – SIDA, circunstancias que no pueden ser soslayadas por el juez constitucional. De lo expuesto, podemos a manera de conclusión establecer que la omisión del Ministerio de Salud ha quebrantado el derecho fundamental a la vida y a la salud de los accionantes.

Varios aspectos positivos merecen ser resaltados a partir de dichos argumentos:

1. No se hizo alusión a la teoría del derecho subjetivo como presupuesto de procedibilidad de la acción de amparo, se aplica la Constitución.
2. Se reconocen y aplican directa e inmediatamente los derechos previstos en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Ecuador.
3. Los jueces constitucionales fueron capaces de interpretar el derecho a la salud y otorgarle un efecto legal dentro de un contexto jurídico. Es decir, a partir de la constatación de una omisión estatal, la Sala determina la obligación positiva del Estado a otorgar los medicamentos necesarios a los enfermos de VIH.
4. Se reconoce el principio de interdependencia o conexidad de los derechos, (a pesar de que tal principio no se encontraba establecido de forma expresa en la Constitución de 1998).
5. No se utilizan criterios de conexidad para alcanzar la justiciabilidad del derecho a la salud, por el contrario se protegen tanto el derecho a la salud como a la vida de manera independiente.
6. Más allá de la denominación o naturaleza que le dio el Tribunal Constitucional al derecho a la salud, en este caso “económico”, que sin duda

resulta polémico, e incluso contradictorio si tomamos en cuenta que la misma sala hizo alusión al principio de interdependencia de los derechos, lo importante fue que se determinó expresamente la exigibilidad judicial directa del derecho a la salud.

7. Se rompió la autorestricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas y técnicas.
8. Se demuestra a partir de las argumentaciones citadas, que la acción de amparo (desde el punto de vista constitucional) reunía las condiciones, al menos suficientes, para la protección de derechos económicos, sociales y culturales.

Ahora bien, en cuanto a los aspectos negativos de la misma, veamos la parte resolutive del caso en mención:

Por las consideraciones anotadas, y en ejercicio de sus atribuciones LA TERCERA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL,

RESUELVE

- 1.- Confirmar la Resolución de la Jueza Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha; en consecuencia, se concede el amparo constitucional propuesto por señores Edgar Mauricio Carpio Castro, Joffre Manuel Mendoza Intriago, Máximo Darío Abarca Runruil y Jorge Antonio Navarrete; y,
- 2.- Devolver el expediente al inferior para los fines previstos en el Art. 55 de la Ley del Control Constitucional.- Notifíquese.

La resolución del caso *sub judice*, se inserta perfectamente dentro de la categoría de *sentencias típicas estimatorias*¹⁴, esto es, no determina la forma, el modo, efectos, o el tiempo en el que deberá cumplirse. De esa manera, todas las argumentaciones vertidas respecto a la exigibilidad judicial directa de los DESC no pasaron de ser una agradable retórica constitucional, supeditada al libre cumplimiento de la autoridad competente. Aquella falencia fue producto del modelo de Estado que regía en ese entonces, caracterizado por su

14 Néstor Pedro Sagüés, “Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional, y su valor jurídico”, en *Un Cambio ineludible: La Corte Constitucional, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador*, 2007, p. 72.

carácter *administrativista y legalista*¹⁵. Lo dicho, generó efectos no sólo respecto a la estructura de las resoluciones constitucionales, caracterizadas por su falta de argumentación jurídica y estructura exegética¹⁶, sino incluso impuso límites al activismo judicial. Por otro lado, *la reparación integral*, elemento esencial e inherente a la naturaleza misma de una garantía de derechos humanos, no encontraba ni siquiera reconocimiento constitucional, como sí sucede ahora al amparo de la Constitución de la República vigente. No obstante, a pesar de la deficiencia identificada, es justo reconocer que el caso en cuestión, reviste un avance notable en cuanto a la exigibilidad judicial directa de los derechos económicos, sociales y culturales se refiere.

2. La Constitución de la República del 2008 y la protección de los derechos sociales

La Constitución de la República vigente, marca diferencias considerables y sustanciales con respecto a la Constitución de 1998. Así por ejemplo, en cuanto a garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales se refiere,

15 “Mejores garantías y más democracia, en suma, podrían ser las consignas impulsoras del programa de reforma radical necesaria para propiciar la conversión del contradictorio Estado social legislativo y administrativo en verdadero Estado Constitucional y de las actuales democracias, simplemente liberales, en auténticas democracias republicanas. Véase, Gerardo Pisarello, “El Estado Social como Estado Constitucional: Mejores Garantías, más democracia”, en Víctor Abramovich, María José García Añón y Christian Courtis, *Derechos Sociales, Instrucciones de Uso* (comps), México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003, p. 50.

16 Lo dicho encuentra respaldo, en los resultados proporcionados por el proyecto investigativo: *La acción de amparo constitucional en el Ecuador como mecanismo efectivo de protección de derechos humanos entre 1997 y 2006, que tuvo como muestra, la Gaceta No.1 de octubre del 2000, y la Gaceta Constitucional No. 18 de marzo de 2005. A partir de ellas, se pudo constatar la evolución en las resoluciones del Tribunal constitucional, tomando como criterios, la legitimación activa y pasiva, la materia y la argumentación jurídica*. “[...] Para apreciar si en una resolución el TC existe argumentación jurídica consideremos que un juez construye derecho a partir de la doctrina, la jurisprudencia, las normas con característica de principios. Si la respuesta es “no” en cada uno de estos ítems deberemos presumir que el juzgador constitucional aplica la Constitución como si fuese la ley... La conclusión fue la siguiente: Los resultados como se podrá apreciar son dramáticos. El TC no argumenta y aplica las normas sobre derechos humanos como si fueran normas hipotéticas o legales. El juez no está creando derecho y está claudicando en su poder de controlar y definir el alcance de los derechos en casos concretos.” Véase, Ramiro Ávila Santamaría, *op. cit.*, p. 375.

se puede constatar un avance significativo en la protección y justiciabilidad de derechos. Y es que si bien es cierto que la acción de amparo reunía las condiciones suficientes para tornar exigibles judicialmente los derechos económicos, sociales y culturales, no lo es menos que una garantía de derechos humanos no puede manejarse bajo estándares mínimos, por el contrario, debe procurar el pleno ejercicio de todos los derechos constitucionales, y en caso de constatar vulneraciones, el juez debe efectuar de manera imperativa una adecuada reparación integral. Para alcanzar tales fines, la Constitución de la República vigente, partiendo del nuevo modelo de Estado que rige al Ecuador, el *Estado Constitucional de Derechos*, implementa una serie de principios de aplicación que aclaran y confirman la justiciabilidad no solo de los derechos del buen vivir, sino de todos los derechos reconocidos en la Constitución o Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Como complemento de ello, la nueva Constitución trae consigo la nueva garantía jurisdiccional de los derechos humanos, sustituta de la antigua acción de amparo constitucional, *la acción de protección*. En efecto, el artículo 88 de la Constitución de la República, consagra a la nueva acción de protección, garantía jurisdiccional profundamente distinta a la acción de amparo constitucional prevista en el artículo 95 de la Constitución Política de 1998. Mientras la naturaleza de la acción de amparo fue meramente cautelar, la acción de protección aparece como un proceso de conocimiento, (puede revisar el fondo del asunto controvertido) y ampliamente reparatorio. Más aún, vía acción de protección, el juez constitucional se encuentra en la obligación de declarar todas aquellas vulneraciones a derechos constitucionales que se puedan constatar en un caso concreto y garantizar una adecuada reparación integral. Aquella reparación puede abarcar medidas positivas como negativas, materiales e inmateriales, lo que convierte a esta acción, en un mecanismo constitucional realmente eficaz y adecuado para la protección de derechos constitucionales.

En virtud a lo dicho, y manejando el mismo esquema que se utilizó previamente, se procederá a identificar los principios constitucionales inherentes a la justiciabilidad de los derechos del buen vivir; en una segunda parte, se hará alusión a la acción de protección como mecanismo eficaz y adecuado ante la vulneración de derechos sociales; y finalmente, se expondrá y criticará una resolución emitida por la justicia constitucional relacionada a la exigibi-

lidad y protección del derecho a la vivienda. En esta sección, como se indicó en la parte introductoria, se demostrará como debería manejarse la exigibilidad y protección del derecho a la vivienda, bajo el régimen de la Constitución de la República vigente, y cómo los obstáculos atinentes a la justiciabilidad de los derechos sociales no encuentran sustento bajo los lineamientos de la Carta Fundamental.

2.1. Principios de aplicación de derechos y los obstáculos de exigibilidad judicial de los derechos sociales

A. El principio del Estado Constitucional de Derechos

Como quedó demostrado en líneas anteriores, el modelo de Estado que regía al Ecuador de conformidad con la Constitución Política de 1998, resultaba ser un Estado Social legalista y administrativista. Aquella concepción de Estado, respondía al modelo del Estado Liberal, y se regía esencialmente por el positivismo.

[...] La concepción propia del Estado de derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley era el positivismo jurídico como ciencia de la legislación positiva. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórica concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho, esto es los derechos y la justicia a lo dispuesto por la ley. Una ciencia del derecho reducida a esto no habría podido reivindicar ningún valor autónomo. Era pues, apropiada la afirmación despectiva: tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura. El Estado Constitucional está en contradicción con esa inercia mental¹⁷.

Precisamente, bajo la visión dominante en el Estado Liberal, el positivismo, el papel del operador jurídico se reducía a un proceso exegético de subsunción o deducción de reglas, el juez era boca de la ley. “Bajo este esquema, el juez estaba sujeto únicamente a la ley, y su función era aplicarla obligatoria-

17 Gustavo Zagrebelsky, “Del Estado de Derecho al Estado Constitucional”, en *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, 1999, p. 33.

mente cualquiera fuese su contenido”.¹⁸ En efecto, bajo el paradigma del Estado Liberal, el Parlamento, conformado por la burguesía, era el que ejercía dominio sobre cualquier función del Estado, así vía legal se restringían derechos, se limitaban garantías, y la Constitución y sus principios pasaban a un segundo plano.

Contrario a lo dicho, el artículo 1 de la Constitución de la República vigente, establece una nueva forma o modelo de Estado, profundamente distinto a aquel previsto en la Constitución Política de 1998. El Ecuador es un *Estado Constitucional de Derechos y Justicia*. Así, el Ecuador ha adoptado la fórmula del paradigma del Estado Constitucional, que involucra entre otras cosas, el sometimiento de toda autoridad, función, ley, o acto a la Constitución de la República; y la presencia de garantías jurisdiccionales vinculantes, ampliamente protectoras y verdaderamente reparatorias.

[...] El neoconstitucionalismo pretende, entonces, perfeccionar al Estado de derecho, sometiendo todo poder (legislador y ejecutivo incluidos) a la Constitución y apelando a la Constitucionalidad y no a la legalidad; vale decir que coloca a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social¹⁹.

Entre los símbolos característicos del Estado Constitucional se pueden identificar los siguientes:

- a) La existencia de una Constitución rígida, que en consecuencia no sea fácilmente modificable por la legislación ordinaria.
- b) Garantías judiciales que permitan el control de la conformidad de las leyes con la Constitución.
- c) Fuerza vinculante de la Constitución, que implica el paso de la consideración del texto como un cuerpo declarativo a la aceptación de su carácter de norma jurídica real y de efectiva aplicación;
- d) Interpretación extensiva del texto constitucional que se verifica en la presencia de sus principios y normas sobre todo el ordenamiento jurídico, ha-

18 Carolina Silva Portero, *op.cit.*, p. 64.

19 Patricio Pazmiño Freire, “Prólogo”, en *Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008, en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008, p. 11.

ciendo posible a través de los mismos buscar soluciones a los problemas jurídicos más simples;

e) Directa aplicación de la Constitución para resolver no sólo los conflictos entre los poderes del Estado o entre este y las personas, sino también para resolver los conflictos entre particulares.

f) Interpretación constitucional de las leyes;

g) Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas que se traduce en que los órganos de control constitucional puedan analizar la fundamentación política de las normas²⁰.

En definitiva, la instauración del paradigma del Estado Constitucional, trae muchas consecuencias consigo, y una de ellas, es el nuevo rol que se ve obligado a desempeñar el juez constitucional. Desde la perspectiva teórica, la decisión de la Asamblea Constituyente, implica la eliminación del Estado legislativo, el establecimiento de una verdadera “jurisdicción” constitucional, que garantice la normatividad de la Constitución y permita el ejercicio de los derechos; y la adopción de una nueva teoría del derecho que asuma la función crítica y no solamente descriptiva de lo jurídico²¹. Así mismo, desde el punto de vista político, la consecuencia más importante del Neoconstitucionalismo es el desplazamiento del protagonismo del legislativo hacia el judicial. De esa forma, el rol del juez constitucional resulta preponderante en la creación de derecho. En el Estado Constitucional, el juez termina por abandonar aquella labor pasiva – mecánica de subsunción positivista y se transforma en el garante de la democracia constitucional y de los contenidos materiales plasmados en los derechos fundamentales. Por tanto, “el activismo u omnipotencia judicial, esencia de este paradigma constitucional, se traduce en la pérdida de la autonomía legislativa”²². Así, estamos ante la presencia del *gobierno de los jueces*.

20 Ricardo Guastini, “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico”; El caso italiano”, en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, pp. 49 – 70, citado por Juan Pablo Morales, “Democracia Sustancial: sus elementos y conflicto en la Práctica”, en Ramiro Ávila Santamaría (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 88.

21 Patricio Pazmiño Freire, *op. cit.*, p. 11.

22 Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 133.

B. Principios de Aplicación de Derechos

Como consecuencia y en armonía con el paradigma del Estado Constitucional de Derechos, la Constitución de la República establece una serie de principios de aplicación, que no hacen más que garantizar y esclarecer que todos los derechos reconocidos en la Constitución y en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, son plenamente justiciables.

Artículo 11: El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.
2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.
3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.
Para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.
Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desecharse la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.
5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.
6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.
8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter re-

gresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución (el subrayado es mío).

Una vez establecidos los principios de aplicación de derechos que determina la Constitución 2008 resulta necesario referirnos a una de las garantías encargada de hacerlos efectivos, esta es, la acción de protección.

2.2. La acción de protección como mecanismo adecuado y eficaz para la protección de los derechos del buen vivir

Las diferencias entre la acción de protección y la acción de amparo constitucional son contundentes y diversas. Así por ejemplo, pueden constatarse profundos cambios con relación a la legitimación activa, naturaleza, presupuestos de procedibilidad, legitimación pasiva, autoridad competente, efectos, cumplimiento de sentencias, medidas cautelares, residualidad, subsidiariedad entre otras. En razón al amplio margen de diferencias, que podrían ser objeto de un estudio completo, se optará por analizar aquellos elementos que mas allá de aportar a la comprensión de esta nueva garantía jurisdiccional, guardan relación directa con la exigibilidad judicial de los derechos del buen vivir. Es así que se analizarán dos presupuestos en concreto, legitimación activa y ámbito material de protección de esta nueva garantía jurisdiccional.

2.2.1. Legitimación activa: del derecho subjetivo al derecho constitucional o fundamental

En contraste con las restricciones implementadas por la jurisprudencia del extinto Tribunal Constitucional en materia de amparo, la nueva acción de protección deja de ser una garantía cerrada que permitía ser activada únicamente por el titular del derecho subjetivo. Su legitimación es abierta y permite su interposición por parte de terceros o cualquier persona *actio popularis*²³, es así

23 Constitución de la República, Artículo 86 numeral 1, [...] “Las garantías jurisdiccionales se registrarán en general, por las siguientes disposiciones: 1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”.

que se convierte en una garantía compatible con el paradigma del Estado Constitucional de Derechos. “La noción de derecho subjetivo evoluciona hacia la noción de derecho fundamental y la protección civil y penal al derecho subjetivo camina hacia la protección constitucional del derecho fundamental”²⁴.

2.2.2. **Ámbito material: Garantía de derechos constitucionales o fundamentales**

Tal como se mencionó en líneas anteriores, la Constitución de la República vigente, a partir del neoconstitucionalismo, encuentra como uno de sus objetivos principales la búsqueda de un auténtico Estado garantista y protector de derechos. En esa línea se evidencia en el texto fundamental, la implementación y reconocimiento de nuevos derechos de rango constitucional. Si bien se puede constatar que la Constitución vigente no adopta la denominación tradicional que utilizaba la Constitución de 1998 para referirse a derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y colectivos, debe quedar en claro que existió una razón contundente para hacerlo. Y es que a partir del efecto que irradia uno de los principios de aplicación de derechos previsto en la Carta Fundamental, *igualdad jerárquica e interdependencia de los derechos reconocidos en la Constitución* (Art. 11.6), se rompe con aquella discriminatoria clasificación de derechos por generaciones, sustentada en relaciones de poder. Así, al amparo de la Constitución vigente, todos los derechos deben ser justiciables, independientemente de sus dimensiones individuales o colectivas, o de los antecedentes que haya tenido su exigibilidad en un determinado momento histórico.

[...] Así es: no se habla de derechos civiles, denominación muy vinculada a la tradición liberal decimonónica, sino de derechos de libertad; por otra parte, se prefiere el término “derechos de participación” para subrayar el protagonismo de los distintos sujetos en la toma de decisiones del ámbito político; asimismo, en lugar de hacer referencia a los tradicionalmente debilitados derechos sociales y económicos, se aporta la novedosa denominación de “derechos del buen vivir”, la traducción del *sumak kawsay* kichwa, que constata

²⁴ Ramiro Ávila Santamaría, *op. cit.*, p. 370

la presencia de aportaciones de las culturas indígenas en la construcción de un proyecto de desarrollo social centrado en una mejora de las condiciones de vida que no se debe medir en términos cuantitativos sino cualitativos²⁵.

Es así, que los derechos reconocidos en la Constitución, entre los que se encuentran derechos del buen vivir, derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, derechos de libertad, derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos de participación, son plenamente justiciables y tutelables a través de las distintas garantías jurisdiccionales allí previstas. Así, la acción de protección aparece como el mecanismo adecuado y eficaz para la protección de todos y cada uno de ellos, con excepción de aquellos tutelados por otras garantías jurisdiccionales. De esa manera, aquella polémica surgida alrededor de su justiciabilidad, ha sido en gran parte solventada con la inclusión de varios preceptos constitucionales compatibles con la normativa internacional. (Artículo 11, numerales 3, 6, 8, 9, entre otros). ¿Y por qué en gran parte? Porque será deber de los jueces constitucionales de instancia y de quienes integren el órgano rector de la Justicia Constitucional en el Ecuador, aplicar los preceptos constitucionales e internacionales de manera directa y en consecuencia, velar por la protección de los derechos del buen vivir.

Tal como lo ha señalado la doctrina extranjera, debe destacarse que hasta el momento ningún texto constitucional ha recogido de manera tan clara y directa principios que apenas han logrado aparecer en el derecho internacional de los derechos humanos hasta tiempos muy recientes y gracias al trabajo de las relatoras y relatores de las Naciones Unidas (NNUU), al Comité DESC de NNUU por medio de sus observaciones generales, o a textos como el de la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993) firmada por 171 países que se comprometen a desarrollar un plan para fortalecer la aplicación de los derechos humanos partiendo de la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales²⁶.

25 Marco Aparicio Wilhelmi, "Derechos: Enunciación y principios de aplicación" en, *Desafíos Constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008, p. 22.

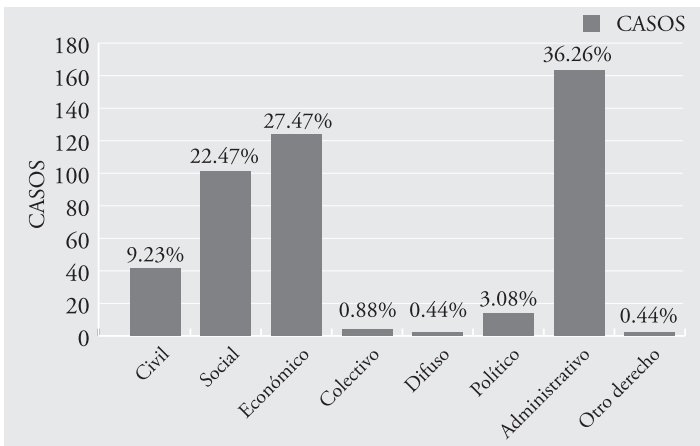
26 Marco Aparicio Wilhelmi, *op. cit.*, pp. 102 y 103.

Finalmente, cabe señalar que la acción de protección, a diferencia de la acción de amparo constitucional, más allá de ser un mecanismo idóneo para la protección de derechos violados por una autoridad pública o particulares, procede también con respecto a políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de derechos constitucionales. Aspecto que sin duda resulta trascendental para alcanzar la justiciabilidad de los derechos que integran el buen vivir.

¿Es entonces la acción de protección una garantía de derechos fundamentales o constitucionales?

La respuesta a dicha cuestión, resulta ser trascendental para establecer si la acción de protección encuentra límites o restricciones en los derechos objeto de su protección. Recordemos, que bajo el régimen del Estado de Derecho, la acción de amparo constitucional concentró su ámbito de protección en la vulneración de derechos individuales, de esa manera, la exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales, pasó a un segundo plano.

Amparos por tipo de derecho²⁷



27 Alex Valle Franco, “La Acción de Amparo en el Ecuador y los Derechos Fundamentales”, Tesis presentada como requisito previo para la obtención del título de Máster en Derechos Humanos y Democracia, Mención Mecanismos de Protección. Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador,

Como consecuencia de ello, se construyó jurisprudencialmente, a partir de la teoría del derecho subjetivo, la mencionada categoría de “derechos *fundamentalísimos*” (derechos de primera generación), que sí podían ser justiciables directa e inmediatamente ante los tribunales de justicia.

Precisamente aquella discriminatoria concepción, que desde todo punto de vista fue restrictiva de la garantía y de los derechos, es lo que se pretende abolir con la nueva garantía jurisdiccional de derechos humanos. Ahora, de conformidad con el artículo 11 numerales 3 y 6 de la Constitución, *todos los derechos constitucionales son fundamentales y, por tanto, plenamente justiciables*, precisamente por su igualdad jerárquica e interdependencia. Así la activación de demandas en acciones de protección, no revestirán la necesidad de utilizar criterios o estrategias de conexidad, como sucede en Colombia por ejemplo, para acceder vía acción de protección, a la justiciabilidad de cualquier derecho consagrado en la Constitución, Tratado o Instrumento Internacional de Derechos Humanos.

Finalmente, conviene resumir lo dicho: las garantías al amparo de Estado Liberal de derecho respondían a derechos relacionados con la autonomía de la voluntad (véase el cuadro estadístico “Acción por tipo de derecho”), temas administrativos, laborales, mientras que las garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales previstos en la Constitución vigente, *responden también* a derechos relacionados con la dignidad humana. De esta forma, y con la utilización de criterios como los señalados, *lo que se trata es de equiparar todos los derechos constitucionales o fundamentales, equiparar las relaciones de poder que cada uno de ellos por su propia na-*

Quito, 2009, Capítulo II. “Muestra de 455 acciones de amparo apeladas ante el Tribunal Constitucional entre 1997 y 2004, provenientes de una base de datos de un total de 6399 expedientes, con un margen de error mínimo de 10 %. Porcentualmente los conflictos laborales de los funcionarios públicos que son objeto de amparo ante el Tribunal Constitucional llegan al 36.36 %, a dicha variable la hemos denominado de carácter administrativo. El segundo lugar en las acciones de amparo interpuestas corresponden a violaciones a derechos económicos con el 27.4 % en tercer lugar recién encontramos a los derechos sociales con un 22.29 % y en cuarto puesto los derechos civiles con un 9.23 %. Por su lado sumando los derechos colectivos y difusos no llegan al 2 % de los casos analizados, dicha cifra es consecuente con el número de legitimarios activos pertenecientes a organizaciones no gubernamentales e indígenas que suman el 1.72 %.” Cabe señalar que los porcentajes señalados, no hacen referencia al número de amparos aceptados respecto a cada uno de los derechos en mención.

*turalaleza involucra, y así enterrar aquella práctica restrictiva que ha regido en el Ecuador respecto a la exigibilidad o justiciabilidad de derechos de dimensiones colectivas como en efecto son los derechos que integran el buen vivir. Lo que se pretende entonces, es que las garantías no sean desnaturalizadas, que sean utilizadas para la protección de todos los derechos humanos, y no tan sólo respecto a derechos individuales o subjetivos. El tratamiento indistinto entre *derechos constitucionales o fundamentales, implica entonces, el destierro de la teoría de derechos fundamentalísimos que terminó por destruir a la acción de amparo en el pasado.**

2.3. Caso práctico: ¿Cómo debería manejarse la protección del derecho a la vivienda proveniente de desalojos?

Retomando la cruda realidad que experimentó la justiciabilidad de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, y para demostrar los avances que reviste la nueva Constitución de la República en materia de derechos, se ha optado por exponer un caso concreto relacionado a vulneraciones al derecho compuesto a la vivienda proveniente de desalojos forzosos. Dicha resolución, más allá de poner de manifiesto la presencia de obstáculos en la exigibilidad judicial de los derechos del buen vivir, evidencia en concreto, un desconocimiento respecto a la determinación jurídica del contenido del derecho a la *vivienda adecuada*. Así también, refleja una inobservancia total de aquellos mandatos previstos en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Ecuador. Es así, que se trata de una sentencia de estructura exegética, propia de un Estado Liberal de Derecho.

Cabe resaltar, que el presente análisis será la continuación de aquél efectuado previamente por Javier Dávalos González, en su artículo “El acceso a la Información pública como herramienta para fundamentar acciones de amparo constitucional en materia de derechos sociales”. En dicho trabajo, Javier Dávalos expone los hechos del connotado caso “*barrio la Ronda*” que dieron lugar a la interposición de una acción de amparo respecto a vulneraciones al derecho a la vivienda. Al tiempo de la publicación de dicho artículo, no existía resolución respecto a la acción de amparo interpuesta. En atención a ello,

el presente análisis, enfocará su atención en la decisión adoptada por máximo órgano de la Justicia Constitucional ecuatoriana, y criticará cada una de las *ratio decidendi* utilizadas para denegar la acción interpuesta. Resulta necesario señalar que las argumentaciones vertidas en dicha resolución se generaron a partir de la Constitución de 1998, esto, por tratarse de una acción de amparo constitucional.

El esquema que se adoptará para el análisis subsiguiente será el mismo utilizado previamente para el caso de vulneraciones al derecho a la salud.

Resolución No. 1103 – 2007- RA

A.- Hechos:

Los accionantes son jefes de diez familias de escasos recursos que habitan un promedio de 14 años, en calidad de inquilinos, en base a diferentes contratos de arrendamiento, en un inmueble ubicado en las calles Morales 814 y Guayaquil, barrio La Ronda, que pretende ser desalojado por autoridades de la Administración Central del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito y de las empresas FONSA Y QUITOVIVIENDA, esto, con el fin de reedificarlo como parte del plan de rehabilitación y rescate de ese sector. Los accionantes sostienen que a ellos no se les ha ofrecido una alternativa real, eficaz, e idónea para su reubicación. El 31 de enero de 2007, el Director Ejecutivo del FONSA, en oficio No. 0000591, reconoce que no posee la escritura de compraventa del inmueble debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, ni de la demanda de desahucio ante el Juez de Inquilinato, documentos que sirven de base para solicitar el desalojo del inmueble. El instrumento con el que se pretende realizar este ilegal e ilegítimo desalojo (en criterio de los accionantes) es un oficio dirigido a los inquilinos firmado por el Asesor Jurídico de la empresa QUITOVIVIENDA, donde se manifiesta que esa Institución adquirió el inmueble mencionado anteriormente, con el objetivo de mejorarlo y rehabilitarlo, para lo cual se les informa que la fecha de su desocupación es el 28 de julio de 2005, contados a partir de la firma del acuerdo entre el propietario y QUITOVIVIENDA (28 de abril de 2005), sin que exista prueba legal que habilite tal petición. La Ley de Inquilinato, es clara al disponer que el dueño dará al arrendatario un plazo de tres meses para la desocupación, si el arrendatario no fuere desahuciado en el plazo de un mes contado desde la fecha de transferencia de dominio, subsistirá el con-

trato. Este plazo debe contarse desde la fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad, hasta el día que se cite con la solicitud de desahucio al inquilino. No se ha realizado una notificación adecuada de conformidad a la Ley, respecto al traspaso de dominio del inmueble, de su inscripción en el Registro de la Propiedad y menos aún de la demanda de desahucio.

En resumen, los recurrentes, sufren desde el 31 de mayo de 2005, la insistencia sistemática y repetida de desocupación del inmueble, poniendo fechas límites para el desalojo, de una forma ilegal, con simples cartas de la Empresa y sin ningún documento que acredite su propiedad y mucho menos su derecho de solicitar el desalojo. Las autoridades de QUITOVIVIENDA, han manifestado que están dispuestas a dar prioridad y preferencia a las carpetas de los accionantes para que puedan acceder a los programas de vivienda. Sin embargo, por su bajo poder adquisitivo, las familias que todavía habitan el inmueble, no pueden acceder a esta opción, comprar o alquilar alguna de esas casas es imposible en la mayoría de casos. Tal accionar vulnera los derechos constitucionales consagrados en los Arts. 16 y 32; 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 27 numeral 3 de la Convención de los Derechos del Niño; 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Observaciones Generales Nos. 3, 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU; Opinión Consultiva Oc – 11 / 90 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De concretarse las amenazas de desalojo por parte de las autoridades mencionadas, las familias de escasos recursos económicos que habitan en el inmueble, objeto de la presente disputa, corren el inminente riesgo de quedarse sin un lugar donde vivir y tener que salir a la calle, en condiciones que atentarían de manera irreparable a su dignidad humana, por ello, fundamentados en los Art. 95 de la Constitución Política; 49, 53 de la Ley del Control Constitucional, plantean acción de amparo constitucional tendiente a suspender el proceso de desalojo y expulsión de las familias que habitan en el inmueble ubicado en las calles Morales OE – 1 y Guayaquil, del barrio La Ronda, hasta que los accionados cumplan con su deber constitucional de ofrecer una alternativa eficaz e idónea para la reubicación de estas personas, en lugares que puedan pagar con los escasos recursos que tienen disponibles.

Por su parte, el Director Ejecutivo del FONSAL, señaló que no existe acto ilegítimo ya que no se ha iniciado ningún proceso de desalojo violento o de hecho de los recurrentes, tampoco se han vulnerado derechos constitucionales ni legales, por lo que, solicitó se deseche el amparo por improcedente. En el

mismo sentido, el Gerente General de la Empresa de Desarrollo Urbano de Quito ENDUQ – CEM, manifestó que no existe acto ilegítimo toda vez que se les ha planteado a los accionantes la posibilidad de acudir al Ministerio de la Vivienda con el objeto de que hagan uso del bono de vivienda; nada de lo sugerido ha sido aceptado por ellos, por lo que pidió se rechace la acción propuesta. Finalmente el delegado de la Procuraduría General del Estado, sostiene que la acción es improcedente porque se adecua a lo preceptuado en el Art. 50 numerales 3 y 6 del Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional; no reúne los requisitos del Art. 95 de la Norma Suprema, entre ellos, la *inminencia*²⁸, ya que los hechos impugnados datan de 2005, por lo que solicitó se rechace la acción.

La jueza Vigésimo Tercero de lo Civil de Pichincha, resolvió aceptar la acción de amparo constitucional propuesta. Dicha resolución fue apelada para ante el Tribunal Constitucional.

B. Ratio decidendi

El órgano rector de la justicia constitucional en el Ecuador, una vez analizadas las pretensiones de los accionantes, determina de inicio y sin mayor análisis lo siguiente:

QUINTA.- De la simple lectura de la demanda, se puede advertir con meridiana claridad que el Fondo de Salvamento del Patrimonio Cultural – FONSA, ni autoridad alguna del Municipio Metropolitano de Quito, ha emitido acto u omisión *ilegítimos* que vulnere o pueda vulnerar derecho o garantía constitucional de los recurrentes en los términos del artículo 95 de

28 Tercer presupuesto de procedibilidad de la acción de amparo constitucional, uno de los elementos que confirmaba que la acción de amparo no era realmente una garantía de derechos humanos. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que la inminencia “se diluye cuando han pasado más de tres meses desde la emisión del acto ilegítimo”. Véase Tribunal Constitucional del Ecuador, Primera Sala, Resolución N. 333 – RA – 01 – I.S., Tribunal Constitucional, Tercera Sala, Resolución N. 0463 – 2003. RA; Resolución No. 0487 -2003 – RA, en Rafael Oyarte Martínez, *La Acción de Amparo Constitucional*, Quito, 2005, p. 14. Citado por Javier Dávalos González, “El acceso a la información pública como herramienta para fundamentar acciones de amparo constitucional en materia de derechos sociales”, en *Los Derechos Sociales del acceso a la información a la justicia*. Quito, Centro de Derechos Humanos Facultad de Jurisprudencia Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2007, p. 107.

la Constitución y 46 y siguientes de la Ley del Control Constitucional; es decir, no existe proceso de desalojo o de hecho de las familias que habitan en calidad de inquilinos el inmueble No. 814 de la calle Juan Morales, de la Ronda.

SEXTA.- Lo que existe, según se desprende del expediente, es que mediante escritura pública otorgada el 20 de Junio de 2007, ante el Notario Vigésimo Cuarto del Cantón Quito, el Fideicomiso denominado Inmuebles del Centro Histórico, instituido por la Empresa de Economía Mixta Quito Vivienda, hoy Empresa de Desarrollo Urbano Quito EMDUQ – CEM, celebró el contrato de compraventa para adquisición del inmueble No. 814 de la calle Juan Morales, sector La Ronda. La escritura de compraventa se encuentra en proceso de inscripción en el Registro de Propiedad del cantón Quito. Tal inmueble, se encuentra a punto de ser rehabilitado, como parte de la política de rehabilitación emprendida por el FONSAL en ciertos sitios de la ciudad, particularmente del centro histórico y concretamente del tradicional barrio La Ronda. Este antecedente, nos da la medida, de que una vez inscrita la mencionada escritura y por tanto, perfeccionada la adquisición del inmueble, el nuevo propietario, esto es, el Fideicomiso Inmuebles del Centro Histórico, conforme a la ley, bien podría solicitar el desahucio de los inquilinos que habitan el referido inmueble.

C. Amenazas sistemáticas de desalojo y el principio de dignidad humana

En el considerando quinto de la resolución transcrita, la Sala constitucional manifiesta que “se puede advertir con mediana claridad que el FONSAL ni autoridad alguna del Municipio Metropolitano ha emitido acto u omisión ilegítimos que vulneren o pueda vulnerar derecho o garantía constitucional de los recurrentes en los términos del artículo 95 de la Constitución y 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional, por ser que no ha existido proceso de desalojo o de hecho de las familias que habitan en calidad de inquilinos el inmueble No. 814 del “Barrio la Ronda”. No obstante, en el considerando Séptimo, la propia sala reconoce la existencia de una *comunicación*, en la que se advierte a los inquilinos a buscar una alternativa de vivienda, lo que denota que una vez efectuada la correspondiente transferencia del bien en el que habitan, deberán desalojarlo. Es así, que en primer lugar, debe quedar en claro que sí existió una amenaza, incluso, de las pretensiones de los

accionantes se desprende que desde el 31 de mayo de 2005, han sido objeto de una serie de insistencias sistemáticas y repetidas para que desalojen el bien en cuestión. Dicha actuación, como se demostrará mas adelante pudo haber configurado desde ya, una vulneración al derecho a una vivienda adecuada, y por consiguiente al principio de *dignidad humana*. Este último involucra entre otras cosas, un *trato humano y justo*. Así, tal como lo estableció el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Celebici, “el trato inhumano puede provenir de un acto u omisión intencional o deliberada, (como en efecto sucedió en la especie por parte de las empresas vinculadas con la Municipalidad) que causa un serio daño mental o físico, y que constituye, por ende, un ataque serio a la dignidad humana”²⁹. Aquello, no fue advertido por la sala constitucional. Segundo, se debe insistir que dichas amenazas y vulneraciones, provinieron de una *mera comunicación*, que evidentemente desde el punto de vista legal, no constituye documento habilitante para ordenar un desalojo. Por otro lado, acogiendo otra de las pretensiones de los accionantes, la Sala constitucional reconoce en su considerando SEXTO, que lo existente en el caso *sub iudice*, es una “escritura de compraventa que se encuentra en *proceso* de inscripción en el Registro de la Propiedad del Cantón Quito”. Entonces, ¿cómo se pudo señalar sin mayor análisis y en uno de los primeros considerandos de la resolución, que no existía acto u omisión ilegítimos?, acaso de conformidad con la Constitución Política de 1998, el *famoso presupuesto de “ilegitimidad”*³⁰ no se configuraba cuando el acto adolecía de competencia, contenido, causa, motivación, o procedimiento? En el caso concreto es evidente que se ha tratado de proferir un desalojo a partir de una *simple comunicación*, lo que torna al acto en *arbitrario*. Más aún,

29 Véase, Tribunal Internacional para la Ex – Yugoslavia (Trial Chamber), Caso Celebici, sentencia de 16 de noviembre de 1998, párr. 543, citado por Sebastián Gonzáles Andrade, *La violación de los derechos sociales como forma de persecución bajo la definición de refugiado*, Quito, PUCE, 2008, p. 27.

30 Primer presupuesto de procedibilidad de la acción de amparo constitucional, causante del proceso de ordinización que sufrió la garantía en el pasado. “El Juez constitucional, en lugar de concentrar su análisis en la amenaza o violación efectiva a derechos constitucionales, se convirtió en un juez administrativista, que en primera instancia, analizaba la legitimidad o ilegitimidad de un acto u omisión de autoridad pública. La doctrina y jurisprudencia constitucional, señalaron en diversas ocasiones, que el análisis de la legitimidad del acto implicaba la constatación de elementos como la competencia, causa, objeto, motivación, procedimiento y contenido. De conformidad con la doctrina del derecho administrativo, aquellos elementos son parte de los requisitos a ser constatados

cuando los propios accionados reconocen que “no poseen la escritura de compraventa del inmueble debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, ni la demanda de desahucio ante el juez de Inquilinato, documentos que sirven de base para solicitar el desalojo del inmueble”. Por consiguiente, no sólo que existió acto ilegítimo, por tratarse de un acto que adolecía de *competencia, motivación, procedimiento, contenido y causa*, sino que incluso a partir de semejante manifestación arbitraria, proveniente de una empresa vinculada con la Municipalidad, se ha venido amenazando a los accionantes con un desalojo, el mismo que bajo los lineamientos previstos en las Observaciones Generales Nos. 4, y 7 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales constituye *per se* una vulneración clara respecto a la dignidad humana y derecho a la vivienda adecuada de los inquilinos³¹.

Bajo esos presupuestos, sin duda que la acción de amparo, de conformidad con la Constitución Política de 1998 y Ley del Control Constitucional, debió ser el mecanismo constitucional idóneo para evitar inicialmente, un inminente proceso de desalojo y, segundo, para reparar aquellas vulneraciones que pudieron haberse consumado respecto a los derechos de *dignidad*

para calificar si un acto administrativo adolece o no de ilegalidad. Aquella labor legal – administrativa, correspondía de conformidad al ordenamiento jurídico ecuatoriano, a la jurisdicción contencioso administrativa. Bajo esos parámetros, el juez constitucional en varios casos, dejó de cumplir su esencial labor (guardián de la juridicidad-constitucionalidad), y se convirtió en un juez contralor de la mera legalidad. La ilegitimidad del acto debió ser entendida como un efecto de violación a derechos constitucionales, y no al contrario. Con relación a la acción de protección, el constituyente suprimió el presupuesto de ilegitimidad. Dicha acción concentra su análisis en la vulneración a derechos constitucionales, y no en el análisis de ilegalidad o ilegitimidad de un acto. Véase, Pablo Alarcón Peña, *Acción de Protección: Garantía Jurisdiccional Directa y no Residual, la ordinización de la Acción de Protección*, Tesis presentada como requisito previo a la obtención del título de Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Quito, 2009, p. 39.

- 31 La Observación General No. 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; define al desalojo forzoso como “el hecho de hacer salir a las personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o tierras que ocupan, en forma permanente o provisional sin ofrecerles medios apropiados para la protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos. De la misma forma la Observación General No. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales realiza algunas recomendaciones respecto al “Derecho a una Vivienda Adecuada: Los desalojos forzosos: “Seguridad Jurídica: El Comité señaló que todas las personas deberán gozar de cierto grado de seguridad de tenencia, que les garantice una protección legal *contra el desalojo forzoso, el hostigamiento u otras amenazas*. Llegó a la conclusión de que los desalojos forzosos son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto.”

humana y vivienda digna de los inquilinos. Rafael Oyarte, en relación al elemento de la inminencia señala: “Si el daño es actual, se debe probar que el perjuicio se está causando al peticionario; y, por último si el daño no se ha producido, debe probarse que existen hechos indicativos que el perjuicio sucederá”³². ¿Qué más indicativos se podían probar respecto a la amenaza de vulneración a derechos del buen vivir, cuando las propias empresas municipales, y la misma sala constitucional reconocen la *inexistencia de título alguno que acredite su propiedad sobre el bien inmueble*? Es claro que las empresas vinculadas con la municipalidad carecían de competencia para ordenar un desalojo, lo que evidentemente torna directamente justiciable el contenido del derecho a una *vivienda adecuada*. Al respecto, Gerardo Pisarello señala, “Un derecho puede considerarse vulnerado cuando su negación es producto de un acto de abuso de poder. Es teniendo en cuenta estos elementos como debe afrontarse la cuestión de la exigibilidad jurídica del derecho a una vivienda adecuada”³³.

Recordemos que de conformidad con la Constitución Política de 1998, la acción de amparo procedía con respecto a la amenaza o vulneración de derechos, precisamente por ello, la sala Constitucional, ante la serie de pruebas existentes en el proceso, debió inicialmente tomar las medidas cautelares necesarias para evitar un inminente proceso de desalojo; de igual forma, una vez constatado y confirmado el estado actual de cada uno de los inquilinos, debió reparar todas las vulneraciones que se pudieron generar respecto al principio de dignidad humana y vivienda adecuada. Lastimosamente, la sala no detectó ilegitimidad alguna en la *comunicación de desalojo*, lo que evidentemente trajo como consecuencia que no se realice mayor análisis con respecto a los derechos constitucionales que se encontraban en peligro.

Ahora bien, de conformidad con la Constitución de la República vigente, debe quedar en claro que la acción de protección no es la vía idónea para atender amenazas de vulneraciones a derechos constitucionales. En efecto, de conformidad con el artículo 88 de la Constitución, la acción de protección tiene como objeto “el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos

32 Rafael Oyarte Martínez, *op. cit.*, p. 196.

33 Gerardo Pisarello, “El derecho a una vivienda adecuada: notas para su exigibilidad”, en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis, *Derechos Sociales, Instrucciones de Uso* (comps), México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003, p.183.

en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una *vulneración* de derechos constitucionales³⁴. Ante la presencia de amenazas arbitrarias como las detectadas en el caso *sub iudice*, los accionantes pueden solicitar medidas cautelares autónomas o independientes de las acciones constitucionales de protección de derechos, para detener cualquier amenaza de violación a su derechos constitucionales. También debe quedar en claro, que la solicitud de medidas cautelares no se somete a procedimiento alguno y por tanto, deben ser adoptadas inmediatamente por el juez constitucional, precisamente por el fin que persiguen, que no es otro que prevenir de manera urgente la consumación de vulneraciones a derechos constitucionales³⁵. Al respecto Ramiro Ávila sostiene, “la medida cautelar previene o detiene una vulneración, no más. Si previene una violación, no tiene sentido que opere el procedimiento de protección de conocimiento o de fondo, pues no podría declarar una violación que no haya ocurrido”³⁶.

En cuanto a las vulneraciones que pudieron existir respecto a los principios de dignidad humana y vivienda adecuada, es claro que la acción de protección se constituye en el mecanismo adecuado para reparar integralmente las afectaciones generadas. Aquella reparación, más allá de la adopción de medidas meramente materiales, tornará necesaria la emisión de medidas inmateriales, con mayor razón si tomamos en cuenta que la naturaleza y efectos de los derechos en cuestión, están ínfimamente vinculados con aspectos relacionados a la moral y condiciones psicológicas de un ser humano.

D. La justiciabilidad de los derechos del buen vivir

A partir del análisis de los considerandos QUINTO y SEXTO de la resolución en cuestión, se determinó en líneas anteriores la existencia de un acto

34 Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 88.

35 *Ibidem*, “Artículo 87: Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.”

36 Ramiro Ávila Santamaría, “Las Garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances Conceptuales en la Constitución de 2008”, en *Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008, p. 106.

arbitrario, en ese entonces ilegítimo, proferido por empresas vinculadas con el Municipio de Quito, que amenazó con perpetrar un desalojo arbitrario, y que incluso, pudo vulnerar los principios de dignidad humana y vivienda adecuada. Ahora, resulta procedente pasar al análisis del *último y más crítico considerando de la resolución materia de análisis*, en el mismo, se evidencia la mayor cantidad de deficiencias con relación a la exigibilidad de los derechos del buen vivir y concretamente, respecto a la determinación jurídica del contenido del derecho a una *vivienda adecuada*. Además, se podrá constatar cómo a partir de la denegación de la acción propuesta, se ha generado un peligro inminente de violación respecto una serie de derechos esenciales a la condición natural de un ser humano, entre ellos, *salud, trabajo, unión familiar, vida digna*, entre otros, porque de conformidad con el Artículo 11 numeral 6 de la Constitución de la República vigente, los derechos son “*interdependientes*”, lo que evidentemente trae como efecto que la violación de uno de ellos necesariamente terminará por afectar a otros. En la especie, la actuación arbitraria proferida por el Municipio de Quito y las empresas FONSAL y QUITOVIVIENDA, terminó por afectar directamente el derecho compuesto a una vivienda digna previsto en el Art. 30 de la Constitución de la República. ¿Y por qué resulta ser un derecho compuesto?, veamos lo que señalan Víctor Abramovich y Christian Courtis al respecto:

Una vivienda digna resulta fundamental para la supervivencia y para llevar una vida decente, en paz y con seguridad. Eso hace del derecho a la vivienda un derecho compuesto, cuya vulneración acarrea la de otros derechos fundamentales. Su violación hace peligrar el derecho a un empleo, que se torna difícil de asegurar y mantener, afecta el derecho a la salud, física y mental, dificulta el derecho a la educación, y menoscaba el derecho a la integridad física, a elegir residencia, a la privacidad o a la vida familiar³⁷.

Bajo esas circunstancias y siendo que el derecho a una vivienda digna es un derecho inherente a esa antigua y discriminatoria clasificación de derechos de segunda generación, resulta necesario remitirnos a la teoría general de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para así demostrar, a partir del caso concreto, cómo aquellos obstáculos para la exigibilidad de derechos so-

37 Gerardo Pisarello, *op. cit.*, p.181.

ciales latentes en el pasado, (*determinación de la conducta debida, autorres-tricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas y técnicas, inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales y escasa tradición de control judicial en la materia*³⁸), retomados en cierta forma por la sala constitucional, no lo son más bajo el régimen del *Estado Constitucional de Derechos*.

En ese orden de ideas, veamos lo que señaló el órgano rector de la Justicia Constitucional en el Ecuador, para determinar que no existió vulneración alguna respecto al derecho a una vivienda digna:

SÉPTIMA: [...] La comunicación por anticipado a los inquilinos en el sentido de que se realizará una transferencia de dominio, para que busquen una alternativa de vivienda, no puede constituir acto ilegítimo de autoridad pública, al contrario, es una actividad legítima que de modo alguno coarta el derecho constitucional a la vivienda de los inquilinos que bien pueden optar por otras alternativas habitacionales dentro del tiempo que la ley les conceda para reubicarse, tal cual sucede con los ciudadanos en similares condiciones. Supeditar el derecho de disposición de un bien adquirido legítimamente (*cuando la misma sala reconoce en un considerando precedente que la escritura de compraventa se encuentra en proceso de inscripción en el Registro de Propiedad del Catón Quito*)” a cumplir con exigencias y aspiraciones de inquilinos, sea que los mismos agrupen a personas en situación de vulnerabilidad, constituye una limitación injusta al derecho de propiedad, y un exceso ajeno a la tutela del derecho que tienen los recurrentes, a lo que corresponde preguntarse: ¿Si la propiedad fuera de una entidad no relacionada con el Municipio, se habría condicionado se solucione el problema de vivienda de los inquilinos? Creemos que no. El derecho a la vivienda no puede ser concretado en obligar a la Municipalidad *confiera vivienda a todo ciudadano de escasos recursos del Distrito y menos aún, en conferir únicamente a los arrendatarios de tal edificación el derecho preferente, discriminando al resto de ciudadanos en condiciones similares...* En definitiva, lo que se plantea como pretensión es un asunto ajeno a la naturaleza misma del amparo, que si bien está llamado a tutelar derechos, garantías y libertades constantes en la Constitución, existen también límites, que no pueden ser rebasados so pena de perjudicar los derechos de otras personas; tanto más que, en presencia del Defensor del Pueblo, se acordó realizar un levantamiento socio económico que demuestre la capacidad para adquirir

38 Víctor Abramovich y Christian Courtis, *op. cit.*, pp. 69 – 78.

vivienda propia, nueva y segura en otro sector de la ciudad; una vez presentado dicho estudio, correspondía a los inquilinos realizar un planteamiento concreto al Municipio Metropolitano, sin que hasta la presente fecha lo hayan hecho. Igualmente, se les ha planteado acudir al Ministerio de Vivienda con el objeto de que se beneficien del llamado “Bono de la Vivienda”, sin que tampoco lo hayan hecho.

Varios elementos se desprenden a partir de dicho argumento: a) se desconoce por completo toda una teoría jurídica inherente a la justiciabilidad de los derechos que integran el buen vivir; b) el contenido y estructura del derecho a una vivienda digna fue distorsionado; c) la Sala constitucional ponderó y determinó para el caso concreto la prevalencia del derecho de propiedad (esencial en un Estado Liberal de Derecho) por sobre una serie de principios y derechos constitucionales relacionados con el buen vivir, entre ellos, el derecho a una vivienda adecuada, con todo lo que esta involucra, los derechos de los grupos de atención prioritaria, y en especial el principio del Estado Constitucional de derechos y justicia social; d) las alternativas de vivienda ofrecidas a los accionantes fueron consideradas idóneas; y e) se determinó de manera expresa que la pretensión de los accionantes es ajena a la naturaleza propia del amparo.

Es evidente que como consecuencia de tales aseveraciones, la Sala Constitucional consideró irrelevantes dos elementos esenciales que determinan una protección estatal, los estados *de necesidad y subsidiaridad*. En efecto, se desatendió una evidente y comprobada situación de desigualdad fáctica, acreditada inicialmente por la situación económica de los accionantes, y por el estado de vulnerabilidad en el que quedarían el momento en que se consume un desalojo bajo las circunstancias atinentes al caso *sub iudice*. Uno de los principales objetivos que debe alcanzar un auténtico *Estado Social Constitucional*, resulta ser precisamente la eliminación de la desigualdad social. Es así, que partiendo de la resolución emitida por la Justicia Constitucional, se ha configurado también, una vulneración al principio de igualdad y no discriminación.

La actuación arbitraria de las empresas vinculadas con la Municipalidad, amenaza con atentar directamente a una *situación básica vital*, entendida ésta, en palabras de Tara Melish, como *todas aquellas condiciones materiales*

que le aseguran a un ser humano vivir sin estrecheces y zozobras. La vulneración a esta situación bajo las causas señaladas configuran directamente una obligación Estatal de protección, más aún si los accionantes han acreditado en el proceso su situación de vulnerabilidad. “Dentro de este grupo de personas están siendo afectados una mujer embarazada, 13 niños y niñas y al menos 2 personas de la tercera edad”³⁹. Al estar de por medio la afectación al derecho a la vivienda, y un inminente desalojo arbitrario, tácitamente se confirma que los peticionarios se han vuelto parte de aquellos grupos de atención prioritaria, personas en situación de riesgo, con familias de por medio, hechos que acreditan la urgencia que tiene el Estado de prevenir y reparar una serie de violaciones constitucionales.

Por otro lado, se ha hecho caso omiso al “Principio de subsidiaridad”, que en palabras de Rodolfo Arango, se configura “cuando un individuo se encuentra en tal posición que su autonomía haya sido afectada y no pueda *auto sustentarse*”⁴⁰. En la especie, las empresas vinculadas con la Municipalidad, pretenden desalojar a diez familias de escasos recursos económicos, sin tomar en cuenta una serie de elementos sustanciales entre ellos, que los accionantes no tienen ningún familiar a quien acudir para superar su situación de vulnerabilidad.

E. Medidas alternativas y la configuración de un desalojo forzoso

La sala constitucional, consideró que el mero hecho de haber planteado a los inquilinos la posibilidad de acceder a un Bono de Vivienda, torna al acto en legítimo, cuando de las piezas procesales se demuestra, que las alternativas y planes de vivienda que se les ha ofrecido, rebasa la cantidad económica que ellos pagan actualmente por concepto de un canon de arrendamiento. Es así, que las medidas alternativas adoptadas, tal como lo señala Javier Dávalos Gonzáles no constituyen ser reales, eficaces y tampoco idóneas.

“Las autoridades de QUITOVIVIENDA y del Municipio amenazan el derecho a la vivienda digna, y no cumplen su deber de adoptar las medidas ne-

39 Véase, Javier Dávalos Gonzáles, *op. cit.*, p. 122.

40 Rodolfo Arango, “La Estructura de los derechos sociales fundamentales”, en *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis – Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005, p. 137.

cesarias para preservar el derecho a la vivienda de esas personas, ya que el ofrecimiento de casas o departamentos de costos elevados constituye una grave forma de discriminación, ya que esas familias de escasos recursos no pueden pagarlas. Como consecuencia de los actos antes citados, el derecho a la no discriminación se ha visto ampliamente vulnerado en virtud de que se pretende privar al derecho fundamental a la vivienda adecuada a 10 familias por el simple hecho de no tener dinero para costearla⁴¹.

Por consiguiente, no se trata de ofrecer cualquier alternativa de vivienda, la medida debe considerar la situación económica particular de los afectados. Precisamente bajo esas condiciones, es cuando se genera una obligación estatal de actuar de manera positiva y fáctica, ya que bajo el régimen del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, social, o bajo el régimen de un auténtico Estado Social, resultaría desde todo punto de vista atentatorio a los derechos humanos de los accionantes dejarlos abandonados a su suerte, o que sean ellos quienes deban buscar una alternativa de vivienda. Recordemos que todo este conflicto se ha generado a partir de una actuación arbitraria proveniente de entidades directamente relacionadas con la Municipalidad.

Por tanto, no sólo que una serie de derechos como la vivienda, dignidad humana, salud, propiedad, vida digna consagrados en la Constitución y en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, han sido amenazados y vulnerados, sino que incluso está justificada una inminente afectación a la situación vital básica de los accionantes, lo que justifica el accionar estatal.

Con los argumentos expuestos, ha quedado configurado un derecho *prima facie* con respecto al Estado ecuatoriano. Es así, que en la especie se han estructurado tanto el supuesto fáctico como el material, aspectos que conllevan la necesidad de una actuación estatal, para reparar el daño que se pudo haber causado a los inquilinos. Así también debe prevenir la consumación de otras tantas vulneraciones a derechos constitucionales que se podrían generar a partir de un desalojo *forzoso*. Una violación por acción u omisión siempre es imputable al Estado cuando es perpetrado por una de sus instituciones; en el caso *sub iudice*, no se discute siquiera que las actuaciones arbitrarias están directamente vinculadas con la Municipalidad.

41 *Ibidem*, p. 127.

En ese orden de ideas, el Estado ecuatoriano, debe procurar atender a diversos señalamientos realizados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de sus observaciones generales, que a pesar de considerarse *soft law* constituyen lineamientos trascendentales para alcanzar el pleno ejercicio de los derechos sociales. Concretamente y haciendo alusión al caso *sub iudice*, se considera indispensable señalar algunas de las recomendaciones previstas en la Observación General No. 7 relativa al “*Derecho a una Vivienda Adecuada: Los Desalojos Forzosos*”.

1. En su observación general no. 4 (1991) el Comité señaló que todas las personas deberían gozar de cierto grado de seguridad de tenencia, que les garantice una protección legal contra el desalojo forzoso, el hostigamiento u otra amenazas. Llegó a la conclusión de que los desalojos forzosos son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto. Habiendo examinado un número considerable de informes sobre desalojos forzosos en los últimos años, incluso de casos en que se ha comprobado que los Estados Partes no cumplían sus obligaciones, el Comité está en condiciones de ofrecer nuevas aclaraciones sobre las consecuencias de estas prácticas para las obligaciones enunciadas en el Pacto.

2. La comunidad internacional reconoce desde hace mucho tiempo que la cuestión de los desalojos forzosos es grave. En 1976, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos señaló que debería prestarse especial atención a “iniciar operaciones importantes de evacuación sólo cuando las medidas de conservación y de rehabilitación no sean viables y se adopten medidas de reubicación”⁴². En 1998, en la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el año 2000, aprobada por la Asamblea General en su resolución 43 / 181, se reconoció la “obligación fundamental de los gobiernos de proteger y mejorar las casas y los barrios en lugar de perjudicarlos o destruirlos.”⁴³ En el Programa 21 se declaraba que “debería protegerse legalmente a la población contra el desalojo injusto de sus hogares o tierras”⁴⁴ En el Programa Hábitat los gobiernos se comprometieron a proteger a todas las personas con-

42 Informe de Hábitat: Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos.

43 Informe de la Comisión de Asentamientos Humanos sobre la labor realizada en su 11 período de sesiones, adición (A/43/8/Add.1).

44 Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, volumen I (A/CONF. 151/26/Rev. 1 (Vol. I) anexo II, Programa 21 , capítulo 7, párrafo 9 b).

tra los desalojos forzosos que sean contrarios a la ley, tomando en consideración los derechos humanos, y garantizar la protección y reparación judicial en esos casos; y cuando los desahucios sean inevitables tratar, según corresponda, de encontrar otras soluciones apropiadas⁴⁵. La Comisión de Derechos Humanos también ha señalado que “la práctica de los desalojos forzosos constituye una violación grave de los derechos humanos”⁴⁶.

3. Tal como se emplea en la Observación General en mención, el término “desalojos forzosos” se define como el hecho de hacer salir a las personas, familias y/o comunidades de los hogares y / o tierras que ocupan, en forma permanente o provisional sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos. Sin embargo, la prohibición de desalojos forzosos no se aplica a los desalojos forzosos efectuados legalmente de acuerdo con las disposiciones de los pactos Internacionales de Derechos Humanos.

4. En cuanto a la interdependencia de los derechos la Observación General, reforzando el criterio vertido por esta Corte en líneas anteriores señala: La práctica de los desalojos forzosos está muy difundida y afecta a las personas tanto en los países desarrollados como en los países de desarrollo. Dadas la interrelación y la interdependencia que existen entre todos los derechos humanos, los desalojos forzosos violan frecuentemente los derechos humanos. Así pues, además de infringir claramente los derechos consagrados en el Pacto, la práctica de los desalojos forzosos también pueden dar lugar a violaciones a derechos civiles y políticos, tales como el derecho a la vida, a la seguridad personal, el derecho a la no injerencia en la vida privada, la familia y el hogar, y el derecho a disfrutar en paz de los bienes propios. (derecho a la propiedad).

5. En relación a las obligaciones Estatales: Fundamentalmente, las obligaciones de los Estados Partes en el Pacto en relación con los desalojos forzosos se basan en el párrafo 1 del artículo 11 interpretado junto con otras disposiciones pertinentes. En particular, el párrafo 1 del artículo 2 obliga a los Estados a “utilizar todos los medios apropiados” para promover el derecho a una vivienda adecuada. Ahora bien, dada la naturaleza de la práctica de los desalojos forzosos, la referencia en el párrafo 11 del artículo 2 al logro progresivo de tales derechos, basándose en los recursos disponibles rara vez será pertinente.

45 Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (hábitat II (A/CONF. 165 /14), anexo II, Programa de Hábitat, párrafo 40 n).

46 Comisión de Derechos Humanos, resolución 1993/77, párrafo 1.

El propio Estado deberá abstenerse de llevar a cabo desalojos forzosos y garantizar que se aplique la ley a sus agentes o terceros que efectúen desalojos forzosos (tal como se define en párrafo 3 *supra*). Este planteamiento se ve reforzado además por lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que complementa el derecho a no ser desalojado forzosamente sin una protección adecuada. En esta disposición se reconoce entre otras cosas el derecho a la protección contra “injerencias arbitrarias o ilegales en el domicilio propio. Es de señalar que la obligación Estatal de garantizar el respeto de ese derecho no está condicionada por consideraciones relativas a los recursos que disponga.

6. Aunque algunos desalojos pueden ser justificables, por ejemplo en caso de impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada, las autoridades competentes deberán garantizar que los desalojos se lleven a cabo de manera permitida por una legislación compatible con el Pacto y que las personas afectadas dispongan de todos los recursos jurídicos apropiados.

7. En cuanto al procedimiento: aunque la debida protección procesal y el proceso con las debidas garantías son aspectos esenciales de todos los derechos humanos, tienen especial pertinencia para la cuestión de los desalojos forzosos que guarda relación directa con muchos de los derechos reconocidos en los pactos internacionales de derechos humanos. El Comité considera que entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos figuran: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación (**es claro que se refiere a una notificación legal y no a una simple comunicación**) a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales la recomendación citada, resulta ser tan importante, que la existencia de una ley que recoja dichos planteamientos, es una forma de reparar.

8. En cuanto a la reparación: los desalojos deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros dere-

chos humanos⁴⁷. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda. (Es así, que la situación de vulnerabilidad que la propia sala reconoce a los accionantes, no puede ser desestimada de manera tan simple, aquella situación configura un deber estatal, más aún si ha sido consecuencia de un acto arbitrario emitido por empresas vinculadas con la Municipalidad.)

Dicha observación, junto con todas las argumentaciones citadas, guarda absoluta compatibilidad con el caso *sub indice*, en el que a partir de una actuación arbitraria de dos empresas vinculadas con la Municipalidad, se ha vulnerado el derecho a una vivienda adecuada y dignidad humana, y se amenaza con perpetrar un desalojo forzoso.

E. La determinación jurídica del contenido del derecho a una vivienda adecuada

La Sala Constitucional, a partir de un juicio de valor, determinó que si la propiedad en la que habitan los accionantes no fuese de una entidad rela-

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia No. T 403 / 06*. En contextos por completo disímiles numerosos tribunales han otorgado carácter de derecho constitucional al derecho a la vivienda digna. Así, por ejemplo, en Estados Unidos son conocidos los casos *Mont Laurel I y II*, resueltos por el Tribunal Supremo del estado de Nueva Jersey en 1975 y 1983, respectivamente, en los cuales se declararon inconstitucionales regulaciones urbanísticas que hicieran imposible física y económicamente, la provisión de casa asequibles para personas de rentas bajas. En la misma tónica, la Corte de Apelaciones de París en el año de 1993 consideró que 23 familias sin techo, al no haber obtenido, después de varios años de espera, ningún resultado tangible de las peticiones presentadas en materia de vivienda, tanto de París como su periferia, se habían visto obligadas a ocupar unos predios abandonados durante varios años, en consecuencia les concedió un plazo de seis meses para encontrar un hogar. Por su parte el Tribunal Supremo de la India, en el año de 1985, en el caso *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation* estimó que el desalojo forzoso de unos refugios callejeros privaba a los afectados de su capacidad para ganarse el sustento y que, *prima facie*, constituía una vulneración del artículo 21 de la Constitución. Finalmente, en el que puede considerarse el *leading case* del derecho comparado, el caso *Grootboom*, la Corte Constitucional Sudafricana analizó el derecho a la vivienda de 390 personas mayores de edad y 510 niños obligados a vivir en condiciones deplorables mientras les asignaban su turno para que les asignaran vivienda asequible, y determinó el alcance de este derecho a la luz artículo 26 de la Constitución y de las observaciones generales del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

cionada con el Municipio, jamás se habría solicitado una solución a su problema de vivienda. Dicho argumento no encuentra razón de ser, más aún cuando está de por medio una autoridad Estatal. Y es que como todos sabemos, el ciudadano no cuenta con las prerrogativas inherentes a la Administración Pública, y precisamente esa es una de las razones medulares de la existencia de garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales. Como se mencionó previamente, un derecho puede considerarse vulnerado cuando su negación es producto de un acto de abuso de poder, el mismo que puede provenir tanto de omisiones como de acciones atribuibles a poderes públicos, pero también, a agentes privados y a empresas, a órganos estatales igualmente, a instituciones y corporaciones internacionales. Es teniendo en cuenta estos elementos como debe afrontarse la cuestión de la exigibilidad jurídica del derecho a una vivienda adecuada. La identificación de las obligaciones que entraña, así como de las respectivas violaciones al mismo, supone como en todos los derechos un ejercicio de prudencia, que ha de combinar el sentido común con la resolución de algunas cuestiones legales no siempre sencillas. Pero lo que está en juego en cualquier caso, no son simples artificios académicos dirigidos a obtener puntos retóricos inteligentes: se trata de cuestiones elementales vinculadas al igual respeto y consideración de las personas, y a veces, sencillamente, a su supervivencia.⁴⁸ A partir de ello, resulta irrelevante si la vulneración o amenaza al derecho a la vivienda proviene de una autoridad pública o privada. Incluso, una eventual vulneración al derecho a la vivienda por parte de una entidad privada, encontraría directamente justiciabilidad a través de la acción de protección prevista en el artículo 88 de la Constitución de la República.

Finalmente, la Sala en alusión a la determinación jurídica del contenido del derecho a una vivienda adecuada y a su justiciabilidad, señaló que *el mismo no puede ser concretado en obligar a la Municipalidad a conferir vivienda a todo ciudadano de escasos recursos del Distrito; menos aún a los accionantes, pues aquello discriminaría al resto de ciudadanos en situaciones similares*. Al respecto cabe hacer dos precisiones:

48 Gerardo Pisarello, *op. cit.*, p. 183.

1. El derecho a la vivienda adecuada no supone que el Estado deba construir viviendas para toda la población, o que deba proveerla de manera gratuita a toda persona que la solicite, ni siquiera que deba cumplir de manera inmediata con todos los aspectos que el derecho involucra. En cambio lo que los Estados sí deben hacer una vez que aceptan sus obligaciones internacionales en materia de vivienda, *como es el caso ecuatoriano*⁴⁹, es procurar, por todos los medios posibles, que todos tengan acceso a recursos habitacionales adecuados para su salud, bienestar y seguridad⁵⁰. Es así, que a pesar de que el Estado no esté en la obligación de dotar de vivienda a todos los ciudadanos, existen otras que se generan respecto al goce del derecho en cuestión. Así por ejemplo, el derecho a la *seguridad jurídica*, prevista en la Observación General N. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, insiste en que la tenencia segura es la piedra de toque del derecho a una vivienda adecuada. Dicha tenencia, que incluye alquileres, vivienda en cooperativa, arrendamientos o asentamientos formales, debe presuponer cierta inmunidad frente a alteraciones arbitrarias como en efecto son, hostigamientos, desalojos, expropiaciones y traslados arbitrarios. Y es que tal como lo plantea Pisarello, el derecho a una vivienda adecuada es un derecho *híbrido*, que más allá de generar obligaciones exclusivamente prestacionales, su ejercicio pleno podría revestir también obligaciones de respeto o protección. Estas últimas, resultan ser un ejemplo claro de cómo los deberes estatales no siempre involucran asignaciones monetarias o presupuestarias, puesto que en el caso de las obligaciones de respeto el Estado debe abstenerse de realizar prácticas que puedan conllevar la vulneración respecto al goce del derecho en cuestión. Concretamente, *la obligación de respeto proscribire los desalojos forzosos*, que de conformidad con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sólo están justificados en situaciones excepcionales y de acuerdo con los principios relevantes del derecho in-

49 El Ecuador es parte del PIDESC, y por consiguiente, a pesar de que las Observaciones Generales emitidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, constituyen *soft law*, su incorporación en la jurisprudencia constitucional nacional resulta necesaria, más aún si consideramos que el contenido de las mismas es fruto de estudios concretos respecto al pleno ejercicio de los derechos humanos.

50 Gerardo Pisarello, *op. cit.*, p. 209.

ternacional, o aquellos que no incluyan medidas alternativas adecuadas de realojamiento para los afectados, o la discriminación estatal en la esfera de la vivienda. Es así que el respeto al derecho a la vivienda, involucra una protección estatal frente a posibles intervenciones arbitrarias o de terceros en el goce del derecho a la vivienda. “Estos deberes de protección cobran especial relevancia en un contexto en que las violaciones al derecho a la vivienda provienen no sólo del Estado sino del mercado, es decir, no sólo de poderes públicos, sino sobre todo de agentes privados o empresas (que a menudo actúan en conveniencia con el propio Estado).⁵¹ Bajo los lineamientos citados, los Estados están obligados, al menos, a proteger el umbral mínimo de obligaciones sin el cual el derecho resultaría totalmente desnaturalizado. Y en ese sentido, a adoptar todas las medidas adecuadas, ya sean positivas o negativas y “hasta el máximo de recursos disponibles”⁵² para satisfacer el derecho en cuestión, otorgando prioridad a los grupos más vulnerables y a los que tienen necesidades más urgentes⁵³. Por consiguiente, una vez que se ha configurado una acción arbitraria por parte de la Municipalidad y de las empresas vinculadas con ella, cuando debieron abstenerse de hacerlo, debe el juez constitucional adoptar las medidas necesarias tendientes a evitar la consumación de un próximo desalojo, hasta tanto no se cumpla con los requerimientos constitucionales y legales necesarios, esto es, una orden legal de desahucio, y la provisión de alternativas de vivienda verdaderamente adecuadas y proporcionales con la situación económica de los inquilinos. Y es que en cuanto a las obligaciones que generan los derechos respecto al Estado, es importante tener presente que si la Constitución reconoce su interdependencia e igualdad jerárquica, todos ellos, sin importar que se traten de derechos de libertad, participación, buen vivir, pueden tornar necesaria una acción o una omisión estatal como presupuestos para garantizar

51 *Ibidem*, p. 191.

52 Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su Observación General No. 3, asevera que el principio de progresividad impone la obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr la plena realización de los DESC. Este deber existe independientemente de un incremento en la disponibilidad de recursos, sin importar el nivel de riqueza nacional que exista.

53 Gerardo Pisarello., *op. cit.*, p. 189

su pleno ejercicio y una adecuada reparación integral⁵⁴. Todos los derechos constitucionales conllevan una doble obligación estatal, por un lado constituyen una garantía (abstención) y por otro, podrían necesitar de una prestación (acción). Así por ejemplo en la especie, los accionantes, fueron objeto de una intervención estatal arbitraria, lo que determina que aquel ámbito del derecho a la vivienda respecto al cual el Estado debió haberse abstenido de actuar fue directamente afectado. Por ello, se torna necesaria una actuación estatal de protección (prestación), encaminada a prevenir y reparar la consumación de una serie de vulneraciones a derechos constitucionales.

2. La Sala Constitucional determinó, que en el evento de que se otorgue alternativas de vivienda a los accionantes, se vulneraría el principio de igualdad al que tienen derecho otras personas bajo las mismas condiciones. Dicha argumentación, más allá de ser contraria con el contenido jurídico del derecho a una vivienda digna, demuestra un desconocimiento con relación a los efectos propios de una garantía constitucional, como en efecto fue la acción de amparo constitucional en el pasado. Es conocido de manera general que bajo la visión del neoconstitucionalismo, el activismo judicial ha adquirido un papel preponderante en la creación y consolidación de un derecho jurisprudencial. Así en materia de control constitucional y en cuanto a garantías jurisdiccionales se refiere, el juez está en capacidad y en muchos casos en la obligación de

54 Al respecto, Víctor Abramovich y Christian Courtis señalan: [...] Las supuestas distinciones entre derechos civiles y derechos sociales no son tan tajantes como pretenden los partidarios de la doctrina tradicional. La principal diferencia que señalan los partidarios de dicha doctrina reside en la distinción entre obligaciones negativas y positivas: de acuerdo a esta línea de argumentación, los derechos civiles se caracterizan por establecer obligaciones negativas para el Estado, por ejemplo, abstenerse de matar, de torturar, de imponer censura, de violar la correspondencia, de afectar la propiedad privada –mientras que los derechos sociales exigirían obligaciones de tipo positivo– por ejemplo, dar prestaciones de salud, educación o vivienda. En el primer caso, se dice, el Estado cumpliría su tarea con la mera abstención, sin que ello implique la erogación de fondos, y por ende, el control judicial se limitaría a la anulación de aquellos actos realizados en violación a aquella obligación de abstención. Todos los derechos llámense civiles, políticos, económicos o culturales tienen un costo y prescriben tanto obligaciones negativas como positivas. Los derechos civiles no se agotan en obligaciones de abstención por parte del Estado, exigen conductas positivas tales como la reglamentación, destinada a definir el alcance y las restricciones de los derechos. Baste repasar mentalmente la gran cantidad de recursos que destina el Estado a la protección del derecho de propiedad, a ello se destina gran

modular sus sentencias⁵⁵. De manera general en acciones de control constitucional los efectos son erga omnes, mientras que en garantías inter partes. No obstante, y como excepciones a la regla general, es posible modular los efectos de los fallos según la consideración sobre la mejor alternativa para alcanzar la protección de los derechos constitucionales y una efectiva reparación integral. Así, la clasificación de los efectos de las sentencias en materia de garantías pueden ser las siguientes:

- a) **Efectos inter partes:** es decir, que vinculan, fundamentalmente a las partes del proceso.
- b) **Efectos inter pares:** una sentencia de esta naturaleza supone que la regla que ella define debe aplicarse en el futuro, a todos los casos similares⁵⁶.
- c) **Efectos inter comunis:** efectos que alcanzan y benefician a terceros que no habiendo sido parte del proceso, comparten circunstancias comunes con los peticionarios de la acción⁵⁷.
- d) **Estados de cosas inconstitucionales,** por la cual ordena la adopción de políticas o programas que benefician a personas que no interpusieron la acción de tutela⁵⁸.

A partir de las nociones básicas expuestas, se pretende dejar en claro, que si como consecuencia de una vulneración al derecho a la vivienda digna, el juez constitucional decide conminar al Estado a dotar de vivienda al afectado en el caso concreto, aquello bajo ninguna circunstancia podía considerarse como

parte de la actividad de la justicia civil y penal, gran parte de la tarea policial, los registros de propiedad, servicios de catastro, uso de suelo, etcétera, piénsese, en materia de derechos políticos la gran cantidad de conductas positivas que debe desarrollar el Estado para que el derecho de votar pueda ser ejercido por los ciudadanos. Amén de ello, muchos de los llamados derechos civiles se caracterizan justamente por exigir la acción y no la abstención del Estado. En sentido asimétrico, los derechos sociales tampoco se agotan en obligaciones positivas: al igual que el caso de los derechos civiles cuando los titulares hayan ya accedido al bien que constituye el objeto de esos derechos –salud, vivienda, educación, seguridad social– el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar conductas que lo afecten. El Estado afectará el derecho a la salud, o a la vivienda, o a la educación, cuando prive ilícitamente a sus titulares del goce del bien que ya disponían.

55 Ver Sentencia Corte Constitucional del Ecuador, 002-09-SAN -CC.

56 Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T – 53/ 92; T- 203/ 02; T-T- 493/ 05.

57 *Ibidem*, Sentencia SU – 1023/01.

58 *Ibidem*, Sentencias T- 153 /98; T- 217/00; T- 203 / 02; T- 025/04.

una vulneración al principio de igualdad, todo lo contrario, busca alcanzar el pleno ejercicio de dicho principio.

G. La reparación integral y el principio de separación de poderes

En el Estado Constitucional, como se mencionó en líneas anteriormente, el juez termina por abandonar aquella labor pasiva – mecánica de subsunción positivista, y se transforma en *el garante de la democracia constitucional de los contenidos materiales plasmados en derechos fundamentales*. Así, el papel del juez garante, se cumple reemplazando el paradigma positivista de la obligatoria sujeción del juez a la ley por el de la sujeción del juez a la ley válida, es decir aquella que guarda coherencia con los límites sustanciales y que tiene como fin esencial la justicia. El momento que el juez constitucional intervenga en la distribución efectiva de recursos, como en el control de la actuación del legislador y ejecutivo, no hace más que reafirmar y consolidar el principio constitucional de separación de poderes, y por tanto, al Estado Constitucional de Derechos y de justicia, social. Si la Corte asume este papel y lo cumple eficazmente, será incorrecto decir que actúa antidemocráticamente⁵⁹.

Así pues, la doctrina de separación de poderes trata de garantizar la rendición de cuentas ante la ley, más no de proteger a las ramas del gobierno de su aplicación. De acuerdo a dicho principio constitucional, podría inferirse que el poder judicial o los tribunales no deberían inmiscuirse en las competencias atribuidas en la Constitución y la ley a la administración central y al poder legislativo en lo referente a la asignación de fondos públicos, creación de políticas, etc. Sin embargo, una vez que el ejecutivo o el legislativo han creado una ley, ratificado un tratado, el poder judicial podrá hacer responsable a la otra rama en cuanto a las obligaciones legales que se han asumido según las mismas. Lo señalado, no constituye una violación al principio de separación de poderes, más bien es la razón medular por la que fue creado dicho principio, esto es, evitar el ejercicio arbitrario del poder público⁶⁰. Bajo estos parámetros, y en conformidad con el Estado Constitucional, el juez

59 John Rawls, *Liberalismo Político*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 220.

60 Tara Melish, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Económicos y Sociales, Orville H. Schell, Jr Center for International Human Rights Yale Law School, 2003, p. 42.

constitucional tiene plena atribución para conminar *no sólo exhortar* a la Administración Central o al poder legislativo a tomar las medidas necesarias para dar cumplimiento efectivo a las políticas, leyes o recursos que fueron adoptados por ellos. Además, en el caso de existir vulneraciones o amenazas a derechos constitucionales, como sucede en el caso *sub iudice*, el juez constitucional como consecuencia de una reparación integral, no sólo que puede, sino que debe adoptar todas las medidas necesarias para reconstruir los derechos en mención: aquello, sin duda, podría involucrar la determinación de obligaciones positivas como negativas respecto al Estado.

H. ¿Cómo prevenir y reparar las amenazas y vulneraciones identificadas en el caso *sub iudice*?

Por las consideraciones precedentes, se colige que la acción arbitraria del Estado ecuatoriano, a través de las empresas vinculadas a la Municipalidad, amenaza seriamente con vulnerar el derecho compuesto a la vivienda digna. En consecuencia, en cumplimiento del contenido prescrito en el artículo 87 de la Constitución de la República, el juez constitucional debe adoptar las medidas cautelares necesarias para prevenir dicha violación (medidas negativas). Sin lugar a dudas, la primera deberá ser suspender cualquier proceso que pueda desembocar en un desalojo forzoso de los inquilinos, y por tanto, conminar al Estado a dotar a los accionantes, previo al desalojo, de alternativas de vivienda idóneas y adecuadas, a las que puedan acceder efectivamente, tomando en cuenta para ello, su situación de vulnerabilidad. Finalmente lo más importante, será el establecimiento de plazos para dar cumplimiento a dicha medida, sólo una vez que el juez considere que las medidas alternativas de vivienda adoptadas por la Municipalidad, FONSAL y QUITOVIVIENDA son adecuadas desde el punto de vista constitucional y de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, podría procederse al desalojo de los accionantes. Todo lo señalado no solo que resulta necesario desde el punto de vista de la prevención de violaciones a derechos constitucionales, sino que incluso libraría al Ecuador de una grave responsabilidad internacional por haber desconocido e inobservado una serie de derechos humanos previstos y garantizados en Instrumentos Internacionales.

Ahora bien, con respecto a las posibles vulneraciones al *principio de dignidad humana y vivienda adecuada* proveniente de las amenazas sistemáticas de desalojo de las que han sido objeto los accionantes desde el año 2005, sin duda que la adopción de medidas materiales o pecuniarias no serían suficientes. No olvidemos que una vulneración a los derechos en mención más allá de traer consecuencias de índole pecuniaria, podría acarrear también una serie de afectaciones incuantificables, entre ellas daños psicológicos y sufrimiento. En el caso *sub iudice*, quienes pretenden ser desalojados del inmueble ubicado en el Barrio la Ronda, son 14 familias en situación de vulnerabilidad, compuesta por mujeres embarazadas, niños, niñas y personas de la tercera edad⁶¹, lo que sin duda involucra la obligación del Estado a realizar reparaciones inmateriales.

Respecto a dicha forma de reparación, la doctrina ha señalado:

[...] La justicia constitucional incorpora los siguientes tipos de justicia i) la reconciliativa o reconstructiva, repara las ofensas, se basa en la admisión de la culpa; busca el reconocimiento de la ofensa cometida, el perdón y, por tanto, la paz; ii) justicia restauradora, un ejemplo de ésta nos proporcionan las “comisiones de justicia y verdad”, implica el reconocimiento y admisión de la culpa⁶².

Precisamente por ello, y para alcanzar una auténtica justicia material, esencia del neo constitucionalismo, el juez constitucional, una vez acreditada la situación emocional y psicológica de cada uno de los inquilinos que habitan el inmueble, y las afectaciones que se pudieron generar a partir de las amenazas sistemáticas, deberá adoptar toda cuanta medida sea necesaria para reconstruir su dignidad humana y restablecer las condiciones para que su derecho al goce de una vivienda adecuada no vuelva a ser objeto de interferencias. Entre ellas podrían concebirse: a) disculpas públicas en los diarios de mayor circulación del país; b) rehabilitación psicológica; c) aceptación y reconocimiento de la culpa por parte del Estado; d) garantías de que el hecho no volverá a suceder. Sin duda la adopción de medidas inmateriales, dependerá de la creatividad del juez constitucional, lo importante será que guarden

61 Centro de Derechos Humanos PUCE. Expediente caso la Ronda, Oficios No. QV – 00000323.2005, 31 mayo 2005; No. QV – 501 – 2005 de 1 agosto 2005, anexo 18 y 19, Quito, citado en Javier Dávalos González, *op. cit.*, p. 120

62 Gustavo Zagrebelsky y Carlo María Martín, *La exigencia de la justicia*, Madrid, Trotta, I, Edc. 2006, p. 36.

proporcionalidad y consecuencia con los perjuicios morales y psicológicos ocasionados a los derechos de los afectados.

3. Conclusión

La exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales, ha experimentado un proceso lamentable dentro del ámbito constitucional ecuatoriano. En efecto, bajo el régimen del Estado Social, modelo de Estado previsto en la Constitución de 1998, la justicia constitucional puso en evidencia una serie de obstáculos que terminaron por excluir a los derechos sociales del ámbito de protección de las garantías constitucionales. Aquello, que a simple vista parecería contradictorio, si partimos de la premisa de un Estado Social, encuentra razón de ser precisamente en su segundo calificativo, “*de Derecho*”. Su influencia e irradiación respecto a todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, tuvo como base al positivismo jurídico, lo que involucró necesariamente, que los derechos y la justicia se hayan encontrado supeditados a lo dispuesto por la ley. Bajo esos parámetros, la producción jurídica, tal como lo señala Zagrebelsky, se concentraba en la instancia legislativa. De esa forma, el juez debía limitarse a efectuar un proceso de subsunción de reglas, y dejar de lado cualquier tipo de contenido material. Sobre esa base, no cabía hablar de un auténtico Estado Social y menos de una justicia material, por el contrario, lo que rigió en el Ecuador hasta la Constitución de 1998, fue realmente un Estado Social supeditado a los lineamientos provenientes de las funciones administrativas y legislativas.

Como respuesta a esa realidad, el constituyente adopta en la Constitución de la República vigente, el modelo del Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Bajo su régimen, se genera un proceso de mutación respecto a la labor que debe desempeñar un juez constitucional. Porque uno de los elementos esenciales del neoconstitucionalismo, es la presencia de un juez creador de derecho y garante de la democracia constitucional y de los contenidos axiológicos previstos en principios y derechos constitucionales. Así, desde el punto de vista político, las consecuencias más importantes que se generan a partir del Estado Constitucional, son el sometimiento de toda autoridad, función, ley o acto a la Constitución de la República; y la presencia

de garantías jurisdiccionales vinculantes ampliamente protectoras y verdaderamente reparatorias. De esa forma, se termina por desplazar el protagonismo de la función administrativa y legislativa hacia la judicial. Sólo bajo esos presupuestos, el juez constitucional se encuentra en capacidad de alcanzar la igualdad sustancial y la protección de la dignidad de las personas.

Es así, que la obligación esencial tendiente al fortalecimiento y consolidación de un auténtico Estado Social Constitucional, recae sobre los jueces constitucionales, serán ellos quienes deberán velar por la justiciabilidad y el pleno ejercicio de todos los derechos humanos, especialmente aquellos que no encontraron protección en el pasado, todos aquellos derechos encaminados a alcanzar el buen vivir.

“Las condiciones están dadas para que la campana que anuncia la muerte de la justicia no repique nunca más en el Ecuador”⁶³.

63 Pensamiento relacionado con el texto de José Saramago, *Este mundo de la injusticia globalizada*, publicado en *El País*, España, miércoles, 6 de febrero de 2002. “Estaban los habitantes en sus casas o trabajando en los cultivos, entregado cada uno a sus quehaceres y cuidados, cuando de súbito se oyó sonar la campana de la iglesia. En aquellos píos tiempos (hablamos algo sucedido en el siglo XVI), las campanas tocaban varias veces a lo largo del día, y por ese lado no debería haber motivo de extrañeza, pero aquella campana tocaba melancólicamente a muerto, y eso sí era sorprendente, puesto que no constaba que alguien de la aldea de encontrarse a punto de fallecer. Salieron por lo tanto las mujeres de la calle, se juntaron los niños, dejaron los hombres sus trabajos y menesteres, y en poco tiempo estaban todos congregados en el atrio de la iglesia, a la espera de que les dijese por quién debían llorar. La campana siguió sonando unos minutos más, y finalmente calló. Instantes después se abrió la puerta y un campesino aparecía en el umbral. Pero, no siendo éste el hombre encargado de tocar habitualmente la campana, se comprende que los vecinos preguntasen dónde se encontraba el campanero y quién era el muerto. “El campanero no está aquí, soy yo quien ha hecho sonar la campana”, fue la respuesta del campesino. “Pero, entonces, ¿no ha muerto nadie?”, replicaron los vecinos, y el campesino respondió: “Nadie que tuviese nombre y figura de persona; he tocado a muerto por la Justicia, porque la Justicia está muerta”.

Bibliografía

Fuente doctrinaria

- Abramovich Víctor y Curtis Christian, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en Abramovich Víctor, García Añón, María José y Curtis Christian, *Derechos Sociales Instrucciones de uso*, Editorial Doctrina Jurídica Comparada, México, 2003.
- Alarcón Peña, Pablo, “Acción de Protección: Garantía Jurisdiccional directa y no residual, ¿la ordinarización de la acción de protección?”, tesis presentada como requisito previo a la obtención del título de Master en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2009.
- Aparicio Wilhelmi, Marco, “Derechos: enunciación y principios de aplicación”, en *Desafíos Constitucionales, La Constitución del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008.
- Arango, Rodolfo, *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “El Amparo Constitucional, entre el diseño liberal y la práctica formal”, en *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007.
- , “Las Garantías herramientas indispensables para el cumplimiento de los derechos. Avances Conceptuales”, en *Desafíos Constitucionales, La Constitución del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008.
- Dávalos Gonzáles, Javier, “El acceso a la Información Pública como herramienta para fundamentar acciones de amparo constitucional en materia de derechos sociales, en *Los derechos sociales del acceso a la información pública a la justiciabilidad*, Quito, Centro de Derechos Humanos Facultad de Jurisprudencia Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2007.
- Escudero, Soliz Jhoel, “El cambio de cultura jurídica en la Interpretación Constitucional” en *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Quito, INREDH, 2009.

- García, Añón, María José, “Derechos Sociales e Igualdad”, en Abramovich Víctor, Gracia Añón, María José y Courtis Christian, *Derechos Sociales Instrucciones de uso*, Editorial Doctrina Jurídica Comparada, México, 2003.
- González, Andrade Sebastián, *La violación de los derechos sociales como forma de persecución bajo la definición de refugiado*, Quito, PUCE, 2008.
- Guastini, Ricardo, “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico, el caso italiano”, en Carbonell Miguel, *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, citado por Morales, Juan Pablo, “Democracia Sustancial: sus elementos y conflictos en la práctica”, en *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- López Medina, Eduardo, *El Derecho de los Jueces*, Bogotá, Editorial Legis, 2006.
- Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Económicos y Sociales, Orville H. Schell, Jr Center for Internacional Human Rights Yale Law School, 2003.
- Oyarte Martínez Rafael, *La acción de amparo constitucional, Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina*, Quito, Editorial Fundación Andrade y Asociados, 2006.
- Oyarte Martínez Rafael, “La acción de amparo,” en *Los derechos fundamentales*, Quito, Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2004.
- Pazmiño Freire, Patricio, “Las Garantías de los Derechos”, “Prólogo”, en *Desafíos Constitucionales, la Constitución del 2008 en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Pisarello, Gerardo, “El derecho a una vivienda adecuada: notas para su exigibilidad”, en Abramovich Víctor y Courtis Christian (comps), *Derechos Sociales: Instrucciones de Uso*, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2003.
- , “El Estado Social como Estado Constitucional Mejores Garantías, más democracia”, en Víctor Abramovich, María José García Añón y Courtis Christian, *Derechos Sociales, Instrucciones de Uso (comps)*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003.

- , *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción, el derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003.
- Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- Rawls, John, *Liberalismo Político*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- Sagüés Néstor, “Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional, y su valor jurídico”, en *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007.
- Silva, Portero, Carolina, “Las Garantías de los Derechos”, en Ávila Santamaría, Ramiro (editor), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Valle, Franco, Alex, *La Acción de Amparo en el Ecuador y los Derechos Fundamentales*, Tesis presentada como requisito previo para la obtención del título de Máster en Derechos Humanos y Democracia, Mención Mecanismos de Protección. Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, Quito, 2009.
- Zagrebelsky, Gustavo, “Del Estado de Derecho al Estado Constitucional”, en *El derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999.
- Zagrebelsky, Gustavo y Carlo María Martín, *La exigencia de la justicia*, Madrid, Trotta, I, Edc. 2006.

Fuente normativa

- Constitución de la República del Ecuador, 2008.
- Constitución Política del Ecuador, 1998.
- Ley Orgánica del Control Constitucional 1997.
- Constitución de la República de Colombia.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, Resolución de la Asamblea General 217 A de la ONU, 10 diciembre 1948.
- Pacto Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. R.O. 101, 24 enero 1969.
- Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 19 na Sesión, agenda rubro 3, párr. 11.
- Observación General No. 9, Comité de Derechos Económicos Sociales y

- Culturales, 19 na Sesión, agenda rubro 3, párr. 10.
- Observación General No. 3, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Observación General No. 4 Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.
- Observación No. 7, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Informe de Hábitat: Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos.
- Informe de la Comisión de Asentamientos Humanos sobre la labor realizada en su 11 período de sesiones, adición (A/43/8/Add.1).
- Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, volumen I (A/CONF. 151/26/Rev. 1 (Vol. I) anexo II, Programa 21 , capítulo 7, párrafo 9 b).
- Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (hábitat II(A/CONF. 165 /14), anexo II, Programa de Hábitat, párrafo 40 n).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolución 1993/77, párrafo 1.

Fuente Jurisprudencial

- Tribunal Constitucional del Ecuador, Resoluciones Nos. 0749 – 2003 – RA y 1103 . 2007 – RA.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Resoluciones No. 762 – 2002 – RA, 177- 2000- TP, 0600 – 07 – RA.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 035 – 2004 – RA.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 0862 – 04 – RA.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Primera Sala, Resolución N. 333 – RA – 01 – I.S.
- Tribunal Constitucional, Tercera Sala, Resolución N. 0463 – 2003 . RA; Resolución No. 0487 - 2003 – RA.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 002-09-SAN –CC.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C – 131 / 93 y C- 037/ 96.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T 403 / 06.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T – 406 / 92.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T – 53/ 92; T- 203/ 02;
T- T- 493/ 05.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU – 1023/01.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T- 153 /98; T- 217/00;
T- 203 / 02; T- 025/04.

Nota biográfica de los autores y autoras

Víctor Abramovich

Profesor adjunto de derechos humanos de la Universidad de Buenos Aires, ha sido director ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Comisionado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Profesor de maestría en derecho de la Universidad de Palermo (Buenos Aires), profesor invitado de American University (Washington D.C.) y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, también ha sido profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador.

Pablo Alarcón Peña

Abogado por la Universidad San Francisco de Quito; Baccalaureus Artium en Ciencias jurídicas por la Universidad San Francisco de Quito; Diploma Superior en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; ex asistente constitucional del Tribunal Constitucional del Ecuador, 2003; ex consultor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para la elaboración de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2008; actualmente asesor de la Corte Constitucional del Ecuador.

Rodolfo Arango

Doctor (Ph.D.) Summa cum laude en Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de la Universidad de Kiel, Alemania. Profesor del Departamento de Filosofía de la Universidad de los Andes. Ex Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional. Autor de varios libros, entre otros, *Alteridad y Amistad. Homenaje a Carlos B. Gutiérrez (con Margarita Cepeda)*; *Derechos Humanos como Límite a la Democracia*; *Filosofía de la Democracia. Fundamentos Conceptuales*; *Derechos, constitucionalismo y democracia*; *El concepto de derechos sociales fundamentales; ¿Hay respuestas correctas en el derecho?*

Ramiro Ávila Santamaría

Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), Máster en Derecho por Columbia University (New York). Profesor de Constitucionalismo Contemporáneo, Teoría General de Derechos Humanos y Metodología de la Investigación Jurídica en la Universidad Andina Simón Bolívar, Profesor de Teoría y práctica de derechos

humanos, Género y derecho, Derechos económicos, sociales y culturales, y Derecho internacional humanitario en la PUCE. Dirige la Serie Justicia y Derechos Humanos y es Subsecretario de Desarrollo Normativo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Danie Brand

Profesor senior, Departamento de Derecho Público e investigador asociado, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Pretoria. Autor de la “Introduction to socio-economic rights in the South African constitution” (Introducción a los derechos socioeconómicos en la constitución de Sudáfrica), en D. Brand & CH Heyns (editores) *Socio-economic rights in South Africa* (los derechos socioeconómicos en Sudáfrica) (2005) y “Socio-economic rights and courts in South Africa: Justiciability on a sliding scale” (los derechos socioeconómicos y las cortes en Sudáfrica: en Justiciabilidad una escala móvil) en F. Coomans (editor) *Justiciability of economic and social rights. Experiences from domestic systems* (La justiciabilidad de los derechos económicos y sociales. Experiencias de los sistemas nacionales) (2006).

Miguel Carbonell

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Coordinador del Área de Derecho Constitucional del mismo Instituto. Autor de 19 libros y coordinador o compilador de otras 30 obras. Ha coordinado las obras colectivas más importantes de México en materia jurídica, tales como la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada* (5 tomos), la *Enciclopedia Jurídica Mexicana* (15 tomos), la *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana* (10 tomos) y *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones* (25 tomos).

Christian Courtis

Profesor de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y profesor invitado del Departamento de Derecho del ITAM (México). Ha sido profesor e investigador visitante en universidades de América Latina, Estados Unidos y Europa. Se ha desempeñado como consultor de la Organización Mundial/Panamericana de la Salud, UNESCO, la División de Desarrollo Social de la ONU, la CEPAL y el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ha sido director del Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra).

Mariana Filchtiner Figueiredo

Maestra en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Río Grande do Sul (PUCRS). Especialista en Derecho Municipal (Centro Universitario Ritter dos Reis

–UniRITTER). Abogada de la Unión. Integrante del Grupo de Estudios e Investigaciones en Derechos Fundamentales - GEDF (PUCRS/CNPq).

Diego López Medina

Doctor en Ciencias Jurídicas (S.J.D.) de la Universidad de Harvard en Cambridge (EEUU) y magíster en Leyes (LL.M) de la misma institución. Abogado y filósofo de Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Miembro Fundador del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. Profesor asociado de la Universidad de los Andes en Bogotá. Editor de la Colección “Nuevo Pensamiento Jurídico” (Unian-des / Siglo del Hombre editores) y coeditor de la Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes y de Global Jurist (Berkeley University Press). Autor del libro *El Derecho de los Jueces* (2000) y de la *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (2004).

Gerardo Pisarello

Doctor en Derecho, profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona y vicepresidente del Observatorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ha sido profesor invitado en universidades de España, Argentina, México e Italia y es autor de diversos ensayos sobre constitucionalismo y derechos sociales. Ha publicado con Editorial Trotta *Los derechos sociales y sus garantías* (2007), junto con Antonio de Cabo, *La renta básica como nuevo derecho ciudadano* (2006).

César Rodríguez Garavito

Abogado de la Universidad de los Andes y Ph.D. en Sociología de la Universidad de Wisconsin-Madison. Tiene maestrías en Derecho y Sociedad de la Universidad de Nueva York (NYU), en Sociología de la Universidad de Wisconsin-Madison y en Filosofía de la Universidad Nacional de Colombia. Director del Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes y miembro fundador del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia). Es investigador asociado del Institute for Legal Studies de la Universidad de Wisconsin-Madison y columnista del diario El Espectador. Entre sus publicaciones se encuentran *La globalización del Estado de derecho* (2009), *Corte de cuentas: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia* (2009), *Raza, racismo y derechos humanos en Colombia* (con T. Alfonso e I. Cavelier, 2009), *Derecho laboral global* (ed., 2009), *La nueva izquierda en América Latina* (2a ed., 2008, con P. Barrett y D. Chavez), *El derecho y la globalización desde abajo* (con B. Santos, ed., 2007), y *¿Justicia para todos? Sistema judicial, democracia y derechos sociales en Colombia* (con R. Uprimny y M. García, 2006).

Diana Rodríguez Franco

Investigadora asociada del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. Es abogada y economista de la Universidad de Los Andes (Bogotá, Colombia) y actualmente es estudiante de doctorado en sociología de la Universidad de Northwestern. Ha trabajado en temas de derechos sociales y globalización, propiedad intelectual y acceso a medicamentos, instituciones, desarrollo y tratados de libre comercio. Sus publicaciones incluyen *¿Es constitucional el capítulo de inversiones del TLC? Una mirada a las expropiaciones indirectas y a la solución de controversias* (2008) y *Corte de cuentas: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia* (con C. Rodríguez Gavito, 2009).

Carolina Silva Portero

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Editora del libro *Ejecución penal y derechos humanos*, autora de varios ensayos sobre derecho constitucional y derechos humanos, asistente de la cátedra Teoría y práctica de derechos humanos, asistente jurídica de la Subsecretaría de Desarrollo Normativo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Carlos Rafael Urquilla Bonilla

Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador y Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica; con estudios de especialización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (DePaul University, Chicago, US) y sobre derecho internacional de los derechos humanos (University of Oxford, UK). Actualmente es consultor del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Ha ejercido litigio ante el sistema interamericano de derechos humanos en temas vinculados con derechos económicos, sociales y culturales.

Ingo Wolfgang Sarlet

Doctor en Derecho del Estado por la Universidad de Munich. Estudios en nivel de Post-Doctorado en Munich (becario CAPES/DAAD y Max-Planck) y Georgetown. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y de los Programas de Maestría y Doctorado en Derecho y Ciencias Criminales de la Pontificia Universidad Católica de Río Grande do Sul -PUCRS. Representante brasileiro y corresponsal científico del Instituto Max-Planck de Derecho Social Extranjero e Internacional (Munich). Profesor del Doctorado en Derechos Humanos de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla) y de la Escuela Superior de la Magistratura de Río Grande do Sul (AJURIS). Investigador visitante en Harvard Law School.

Este Libro se terminó de
imprimir en octubre de 2009
en la imprenta V&M Gráficas.
Quito, Ecuador

El libro *La protección judicial de los derechos sociales* tiene particular relevancia para el Ecuador. La Constitución de Montecristi trajo consigo cambios importantes a favor de los derechos sociales. En primer lugar, recoge en su texto un catálogo amplio de derechos sociales cobijado bajo el título de los *derechos del buen vivir*; en segundo lugar, como nunca antes en la historia constitucional ecuatoriana, establece un abanico de garantías para hacer efectivos esos derechos; y en tercer lugar, para cerrar cualquier discusión sobre el asunto, determina que todos los derechos reconocidos en la Constitución son, sin excepción, justiciables.

Este libro contiene lo que toda jueza o juez, litigante, profesora o profesor que enseña derecho constitucional, y en general, lo que toda persona sensible respecto de la suerte que corren quienes no gozan de sus derechos sociales, requieren para poder aplicar con solvencia nuestros derechos del buen vivir: conceptos generales, contenido específico de los derechos, experiencias reales de cortes de otros países, doctrina, y jurisprudencia del Ecuador sobre el tema.

Las autoras y autores, reconociendo que existen dificultades, demuestran que sí se puede exigir los derechos sociales, que hay juezas y jueces que se atreven a bordear esa línea complicada entre las potestades del poder judicial y las del poder político para mejorar la vida de las personas, y que las garantías jurisdiccionales son una herramienta más para exigir estos derechos.

Adjunto a esta publicación se entrega un CD interactivo que reproduce los estudios contenidos en este libro, así como una selección de documentos de doctrina, jurisprudencia y normativa internacional sobre la protección judicial de los derechos sociales.

