

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO



**LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS
PÚBLICAS SOCIALES**

El control de las políticas públicas sociales a partir de la articulación jurisdiccional
de los derechos sociales fundamentales

Tesis que para optar por el grado de Doctor en Derecho presenta

Juan Manuel Acuña

Director de la Tesis

Dr. Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot

Dedicatoria

A Makawi y Guillermo,

A mis Padres y Hermanos

A Nenota

Gracias.

*Su estatus comenzó a tener raíces
y todo lo que tiene raíces
termina por tener derechos*

G. K. Chesterton

Agradecimientos

Al Dr. Eduardo Ferrer Mac Gregor, por su dirección y sobre todo por su apoyo y amistad

Al Dr. José Antonio Lozano Díez, por los permisos concedidos, la paciencia ejercida y el aliento expresado para que pudiera culminar este trabajo.

Al Dr. Jacinto Valdés Martínez, por muchas cosas, pero entre ellas, por haber insuflado las ideas necesarias para que quienes conformamos el Posgrado en Derecho comenzáramos a vivir como universitarios.

Al equipo del Posgrado en Derecho: Guillermo A. Tenorio Cueto, Dr. Marcos F. Del Rosario Rodríguez, Mtra. Diana Canela Valle, Dr. Luís José Béjar Rivera, Mtra. Ivonne Del Río Galindo, Mtro. Alfredo Llamas, Lic. Yanine Badillo, Mtra Yolanda García Pimentel, Lic. Iranzu Rebollar y Lic. Pilar Ruíz. Gracias por el apoyo brindado. Gracias también a todo el personal administrativo. Es un honor trabajar con todos ustedes.

A mis queridos amigos y colegas los profesores Jaime Olaiz González y Miguel Ángel Lugo, por las pláticas siempre enriquecedoras, el afecto y sus valiosas opiniones sobre los temas abordados en el trabajo.

A mis alumnos de la Licenciatura y el Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana Campus México D.F. quienes acogieron muchas veces de manera estoica los ensayos acerca de muchas de las ideas vertidas en este trabajo

A toda la comunidad académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana Campus México D.F.

A los revisores de esta tesis por el tiempo invertido en la cuidadosa lectura del trabajo y por sus enriquecedoras observaciones.

ÍNDICE

<u>EXPLICACIÓN PRELIMINAR</u>	1
-------------------------------	---

PRIMERA PARTE

APORÍAS DE LOS DERECHOS SOCIALES Y SU JUSTICIABILIDAD. NOTAS ACERCA DEL DISCURSO TRADICIONAL

Introducción	13
--------------	----

CAPITULO PRIMERO

APORÍAS DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL MARCO DEL CONSTITUCIONALISMO. OBJECIONES DE PRIMER ORDEN

1	Planteamiento	20
2	Sobre la aparente intrascendencia de los derechos sociales fundamentales para el constitucionalismo y la constitución	20
2.1	El concepto de Constitución asumido por la posición tradicional	22
2.2	La posición iusfilosófica latente en el discurso tradicional	23
2.3	Los Derechos Sociales en los albores del constitucionalismo moderno	28
2.4	El paradigma del primer constitucionalismo	30
3	Sobre la aparente relación antitética de los derechos sociales con los demás derechos clásicos o liberales	32
3.1	Friedrich A. Hayek y los derechos sociales como causa de discriminación	33
3.2	Robert Nozick y los Derechos Sociales como violación al principio de propiedad	38

4	Recapitulación	45
---	----------------	----

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS OBJECIONES DEL DISCURSO TRADICIONAL PARA LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

1	Planteamiento	47
2	Objeciones referidas a los derechos sociales fundamentales	47
2.1	El carácter programático de los derechos sociales fundamentales	48
2.2	El contenido indeterminado de los Derechos Sociales Fundamentales	51
2.3	El alto costo financiero de los Derechos Sociales fundamentales	53
3	Objeciones referidas a la Jurisdicción constitucional	56
3.1	La falta de idoneidad técnica de los jueces	56
3.2	La carencia de pensamiento comprensivo de los jueces	57
3.3	La objeción contramayoritaria	60
4	Recapitulación	61

SEGUNDA PARTE

APORTACIONES PARA LA SUPERACIÓN DE LAS APORÍAS SEÑALADAS POR EL DISCURSO TRADICIONAL REFERIDAS A LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES Y SU JUSTICIABILIDAD

Introducción	63
--------------	----

CAPÍTULO TERCERO

CONSTITUCIÓN, ESTADO Y DERECHOS

1	Planteamiento	65
2	Relaciones entre Constitución y Estado de Derecho	66
2.1	Algunos peligros derivados de fundar y enmarcar a los Derechos en el modelo de Estado	66
2.2	Razones para comprender el discurso estatalista acerca de los Derechos	68
2.3	La superación de los peligros ocasionados por referir a los Derechos desde el modelo de Estado	76
2.4	Los Derechos desde la Constitución	78
3	Recapitulación	81

CAPÍTULO CUARTO

LOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES Y LAS MODIFICACIONES EN EL MODELO DE ESTADO

1	Planteamiento	84
2	Notas acerca del cambio constitucional	84
3	El esquema propuesto para abordar los cambios en el constitucionalismo	89
3.1	Constitucionalismo individualista y Estado Liberal	93
3.2	Constitucionalismo social y Estado Social de Derecho	96
4	Recapitulación	104

CAPITULO QUINTO

EL CONSTITUCIONALISMO ACTUAL Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

1	Planteamiento	106
2	El escenario complejo del constitucionalismo actual	108

3	Las notas características del constitucionalismo actual	110
4	El garantismo	114
4.1	El garantismo y los jueces	119
5	Recapitulación	122

CAPITULO SEXTO

DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES. SU ESTRUCTURA DEÓNTICA. **NOTAS PARA UNA ADECUADA CONCEPTUALIZACIÓN**

1	Planteamiento	123
2	Dificultades iniciales en torno al concepto y clasificación de los derechos sociales	123
3	La confrontación entre derechos civiles y derechos sociales	127
4	Los derechos sociales como derechos	139
4.1	Explicación preliminar	139
4.2	La teoría de los derechos de Robert Alexy	141
4.2.1	El derecho como posición jurídica	141
4.2.2	Los derechos como reglas y principios	143
4.2.3	La clasificación de los derechos	145
4.2.4	Los derechos como un haz de posiciones jurídicas. Generalidad y concreción de los derechos	147
4.2.5	Los derechos sociales fundamentales o derechos de prestación en sentido estricto	150
5	Los derechos como normas de medio y normas de fin	155
6	Recapitulación	158

TERCERA PARTE

LA REDIMENSIÓN INSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Introducción	160
--------------	-----

CAPITULO SÉPTIMO

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL MARCO DEL CONSTITUCIONALISMO ACTUAL. LA EXPANSIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1	Planteamiento	161
2	Desarrollo Institucional de la jurisdicción constitucional	162
2.1	Introducción	162
2.2	Breves notas acerca de la recepción y evolución de la jurisdicción constitucional en América Latina	165
2.2.1	Instauración de la jurisdicción constitucional	165
2.2.1.1	Recepción del control político y rechazo del control jurisdiccional	166
2.2.1.2	La recepción de los modelos de control jurisdiccional	169
3	La expansión funcional de la jurisdicción constitucional	176
3.1	Introducción	176
3.2	Algunas razones de la expansión funcional	177
3.3	El debilitamiento de la categoría de las cuestiones políticas no justiciables	182
3.4	Nuevos rumbos para la jurisdicción constitucional. La constatación de la expansión funcional	187
3.4.1	La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina y la revisión del pasado	188
3.4.2	La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y el control de las relaciones internacionales	195
4	Razones para la expansión funcional de la jurisdicción constitucional en materia de Derechos Sociales	199
4.1	Introducción	199

4.2	Dos narrativas acerca de la Constitución	200
4.3	La Constitución ante la globalización	202
4.4	Una aparente paradoja constitucional	207
4.5	Jurisdicción constitucional y Derechos Sociales	208
4.6	Nuevamente sobre la narrativa optimista	210
5	Recapitulación	211

CAPITULO OCTAVO

LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN LA EXPERIENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMPARADA

1	Planteamiento	213
2	La protección de los derechos sociales fundamentales por la vía del reforzamiento de la obligación de progresividad y La Prohibición de regresividad	214
2.1	Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cinco Pensionistas	215
2.2	Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 177/05	217
2.3	Comentarios acerca de los casos	218
3.	Protección de los derechos sociales fundamentales por su conexidad con otros derechos fundamentales	219
3.1	Conexidad con el derecho a la no discriminación	219
3.1.1	Tribunal Constitucional Español. Sentencia 103/83	220
3.2	Conexidad con el derecho al debido proceso	221
3.2.1	Corte Constitucional de la India. Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation	221
4	Protección de los derechos sociales fundamentales por su carácter de condición necesaria para el disfrute de otros derechos fundamentales	224

4.1	Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 177/99	225
4.2	Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 884/03	225
5	Los derechos sociales como derechos subjetivos	226
5.1	Corte Suprema de la Nación Argentina. Caso Asociación Benghalensis	227
5.2	Corte Suprema de la Nación Argentina. Caso Campodónico de Beviacqua	228
5.3	Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU. 819/99	230
5.4	Cámara Contencioso Administrativa Federal. Sala V. Caso Viceconte	231
6	Recapitulación	233

CAPÍTULO NOVENO

LOS DERECHOS SOCIALES ANTE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL MEXICANA

1	Planteamiento	234
2	Los Derechos Sociales como Derechos Subjetivos	234
2.1	Amparo en revisión 2231/1997	234
3	Protección a los Derechos Sociales por vía de la protección al derecho a la no discriminación	236
3.1	Amparo en revisión 2543/1998	236
3.2	Amparo en revisión 259/2005	237
4	El caso Mini Numa	239
4.1	Antecedentes	239
4.2	Amparo 1157/2007- II	241
4.2.1	La cuestión acerca de la legitimación activa	241
4.2.2	Estudio sobre el fondo. La violación al derecho a la protección de la salud	247
4.2.3	Comentarios finales sobre el caso	252
5	Recapitulación	253

CUARTA PARTE

CAPITULO DÉCIMO

EL CONTROL JUDICIAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIALES

1	Planteamiento	254
2	Concepto y determinación de las políticas públicas	255
3	Los actores implicados en el diseño e implementación de las políticas públicas. El criterio expansivo horizontal en la fiscalización	258
4	La justicia constitucional y el control de las políticas públicas	263
4.1	Invalidación de políticas públicas sociales	264
4.2	Implementación de políticas públicas definidas pero no ejecutadas	270
4.3	Redefinición de las políticas públicas excluyentes	271
4.4	Reformulación de procedimientos para la implementación de políticas públicas	272
5	Relaciones entre la estructura de los derechos sociales y las vías de acción para la jurisdicción constitucional en ejercicio del control de políticas públicas.	276
6	El control de las políticas públicas y la fuerza normativa de la Constitución.	279
7	Recapitulación.	281

	<u>CONCLUSIONES GENERALES</u>	283
--	-------------------------------	-----

	<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	287
--	---------------------	-----

EXPLICACIÓN PRELIMINAR

Desde su irrupción en el ámbito constitucional, los denominados derechos sociales han sido objeto de complejas, alambicadas y, por qué no decirlo, en ocasiones imprecisas discusiones que normalmente concluían negando a estos el carácter de derechos y asignándoles el insípido y casi inservible rango de normas programáticas o meras directrices, denominaciones todas que en definitiva denotaban su casi absoluta ineficacia jurídica.

De unos años a esta parte, los puntos de vista acerca de los derechos sociales se han comenzado a modificar. Diversos estudios que se han centrado en el análisis estructural o deónticos de estos derechos han permitido sostener y demostrar que los derechos sociales no solo pueden ser considerados verdaderos derechos sino que además, aunque no sin escollos, ellos pueden ser articulables en sede jurisdiccional para conseguir su satisfacción. A pesar de ello, los detractores de los derechos sociales todavía mantienen firme su actitud opositora. Los estudios referidos, se han concentrado mayoritariamente en el punto de vista del justiciable, lo cual llevó a que se dedican al desarrollo de estrategias diversas para lograr la aceptación de estos litigios por parte de los jueces. Por otro lado, se focalizaron en la forma en la cual esas estrategias pueden permitir la satisfacción del justiciable, sea en términos individuales o colectivos. De esta forma, aunque no de modo absoluto, han tendido a soslayar (no a obviar), la perspectiva del juez que debe resolver esa clase de litigios y la manera en que la resolución de esa clase de asuntos ha ocasionado un redimensionamiento del rol de la justicia constitucional en relación a las esferas de actuación de los otros poderes del Estado.

La hipótesis principal que guiará el desarrollo de esta investigación y cuya corrección pretendemos corroborar es la siguiente:

H1. La Justicia Constitucional, a partir de la resolución de casos referidos a derechos sociales fundamentales, ha comenzado a desarrollar un nuevo rol institucional consistente en el control de racionalidad de las políticas públicas sociales y dicho rol, ejercido de acuerdo a líneas de acción determinadas, es acorde con los postulados del constitucionalismo actual.

La hipótesis planteada implica asumir dos cosas. En primer lugar, que los derechos sociales pueden ser considerados como verdaderos derechos y en consecuencia, pueden ser articulables en sede jurisdiccional. En segundo lugar, que los jueces constitucionales tienen la capacidad y la competencia para hacerse cargo de los reclamos que tienen por objeto a los derechos sociales. Por ello y de manera previa, demostraremos la corrección de dos hipótesis adicionales y en las cuales se apoya nuestra hipótesis central:

h1. Los derechos sociales constitucionales son verdaderos derechos por cuanto y en función de su estructura compleja, ofrecen diversas posiciones jurídicas a partir de las cuales es posible realizar reclamaciones judiciales.

h2. La Justicia Constitucional en atención a su redimensionamiento institucional generado a partir del proceso de expansión institucional y funcional que ha experimentado, puede y debe asumir los reclamos que tengan por objeto a los derechos sociales.

Nuestra investigación comenzará con la descripción del escenario aporético en el cual se inserta el tema de los derechos sociales y su articulación jurisdiccional. Para ello, procederemos a identificar lo que aquí hemos denominado la posición tradicional acerca de los derechos sociales y realizaremos

un estudio sobre las principales objeciones que esta posición mantiene contra los derechos sociales y su tratamiento jurisdiccional. Por asumir que las objeciones están dotadas de diferente fuerza y que afectan a los derechos sociales y a los jueces en diversos niveles, las dividiremos para su estudio en dos categorías que hemos denominado objeciones de primer y segundo orden. Las primeras tienden a afectar la propia existencia y validez de los derechos sociales. Las segundas, procuran esbozar las dificultades que la judicialización de estos derechos presentaría. Al tratamiento de estas cuestiones y a su crítica dedicaremos la primera parte del trabajo.

A la demostración de la h1 dedicaremos la segunda parte de esta investigación. El plan de trabajo es el siguiente. Debido a que consideramos que muchas de las opiniones que pretenden negar a los derechos sociales el carácter de verdaderos derechos parten de profundos prejuicios acerca de ellos, primero ofreceremos una narrativa propiamente constitucional acerca de los derechos sociales a partir de la cual pretendemos superar propositivamente las objeciones abordadas y criticadas en el primer capítulo de la primera parte. Al mismo tiempo, intentaremos ofrecer una lectura constitucionalista que permita desligar a los derechos sociales de una cierta idea de prescindencia de acuerdo a la cual, los cambios en el modelo de Estado, deben imprimir necesariamente cambios en los derechos. La idea a cuya luz procuraremos llevar adelante la investigación en esta sección es aquella de acuerdo a la cual las diversas etapas evolutivas del constitucionalismo han ido incorporando ciertos bienes bajo la forma de derechos que, en cada momento histórico se han impulsado y que el constitucionalismo como movimiento dinámico e integrador, ha incorporado con ánimo de permanencia. Para ello, dividiremos esta sección en cuatro capítulos. En el capítulo tercero atacaremos lo que hemos denominado el discurso estatalista acerca de los derechos en general, por considerar que contrarrestando dicho discurso podemos comenzar a comprender que en la relación Estado- Derechos, son éstos últimos el factor determinante y no a la inversa. En el capítulo cuarto, y en consonancia a lo afirmado en el capítulo previo, a partir de un breve estudio acerca de las evoluciones que ha experimentado el constitucionalismo,

corroboraremos la idea de acuerdo a la cual es la Constitución la que determina los diferentes modelos de Estado y no al revés. De esta forma pretendemos reforzar la idea anterior y evitar los peligros de prescindencia de los derechos a los que la postura aquí atacada nos podría llevar. El capítulo quinto dará cuenta del constitucionalismo actual como un momento de síntesis y al mismo tiempo de superación de los momentos evolutivos previos que no solo recoge los contenidos materiales aportados por los estadios anteriores, sino que incorpora una serie de cambios epistemológicos que afectan la teoría y la praxis constitucionales y sienta las bases para concebir a una justicia constitucional en expansión y especialmente activa al momento de proteger los derechos sociales. La segunda parte de la investigación culmina con el capítulo sexto en el cual ofreceremos un estudio analítico acerca de los derechos sociales fundamentales a partir de cuya explicitación pretendemos demostrar la diversidad de opciones de concreción que ofrecen los postulados constitucionales que establecen estos derechos para la labor jurisdiccional.

Dedicaremos la tercera parte a la comprobación de la h2, para ello, comenzaremos por analizar el proceso de expansión de la justicia constitucional. En primer término, estudiaremos lo que aquí hemos denominado proceso de expansión institucional, y posteriormente explicaremos el proceso de expansión funcional, es decir, el proceso mediante el cual los jueces constitucionales han comenzado a entender en materias otrora vedadas a su conocimiento. Ejemplificaremos este proceso mediante el estudio del tratamiento por parte de los jueces de temas incluidos en la sinuosa categoría de las cuestiones políticas no justiciables. Asimismo, explicaremos como ciertas consecuencias del proceso de globalización han generado que los jueces constitucionales hayan debido incursionar en el estudio de litigios referidos a derechos sociales. En los capítulos octavo y noveno, presentaremos casos de articulación judicial de derechos sociales procedentes de diversos sistemas jurídicos y del sistema jurídico mexicano. Mediante la muestra que ofreceremos concluiremos que los jueces han encontrado diversos mecanismos para resolver los conflictos sobre derechos sociales, demostrando así que muchas de las incapacidades señaladas por los

sostenedores del discurso tradicional no son ciertas o cuando menos deben ser morigeradas en cuanto a su fuerza.

Para finalizar nuestra investigación, en la cuarta y última parte, nos ocuparemos de la comprobación de la hipótesis central de nuestra investigación. Explicaremos como la articulación de conflictos relativos a derechos sociales además de ser posible y exitosa, ha permitido a la jurisdicción constitucional redefinir su rol institucional en relación a los otros poderes a partir de la labor de control de racionalidad de políticas públicas que los litigios le han permitido ejercer.

PRIMERA PARTE

APORÍAS DE LOS DERECHOS SOCIALES Y SU JUSTICIABILIDAD. NOTAS ACERCA DE LA POSICIÓN TRADICIONAL

Introducción

Se ha considerado adecuado iniciar el desarrollo de nuestra investigación presentando lo que aquí hemos denominado las aporías acerca de los derechos sociales y su justiciabilidad. La razón metodológica que ha motivado esta elección consiste en que en el contenido de los capítulos que integran la segunda parte de este trabajo se propondrán argumentos que persigan superar las aporías aquí presentadas mediante explicaciones alternativas. De este modo se ha procurado partir de una descripción y crítica del escenario problemático que se intentará superar para a partir de allí, construir nuestra investigación.

El objetivo de esta primera sección es sistematizar los problemas y las objeciones que de manera habitual y aporética se anteponen a la existencia, validez y eficacia jurisdiccional de los derechos sociales. A quienes esgrimen los problemas y objeciones cuyo estudio abordaremos en esta sección se los ha integrado en un grupo heterogéneo que denominaremos de aquí en adelante, la posición tradicional. De tal forma que al presentar las objeciones, intentaremos ofrecer un estudio taxonómico sobre las principales ideas que conforman la matriz del pensamiento de los defensores del discurso tradicional.

Para realizar la exposición de las aporías, procederemos a dividir las en dos apartados que conforman cada una de ellas los capítulos integrantes de esta sección. El primer capítulo estará dedicado al tratamiento y estudio de las aporías que denominaremos de primer orden. Ellas se conforman por una serie de argumentos que desde la posición tradicional, pretenden sostener que dado que los derechos sociales no son connaturales a la idea de constitucionalismo, ellos

resultarían prescindibles. En realidad creemos que mediante las objeciones que aquí presentaremos, se intenta atacar la propia existencia y validez de los derechos sociales.

En el capítulo segundo de esta sección nos abocaremos a la tarea de identificar las aporías que denominaremos de segundo orden y que se refieren a los derechos sociales y su justiciabilidad, es decir, los problemas que la posición tradicional entiende como infranqueables o, en el mejor de los casos, de difícil superación, para lograr que los derechos sociales gocen de cierto grado de eficacia cuando se presentan en los estrados judiciales reclamos que los tienen por objeto.

CAPÍTULO PRIMERO

APORÍAS DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL MARCO DEL CONSTITUCIONALISMO. OBJECIONES DE PRIMER ORDEN

1- Planteamiento

Presentaremos las objeciones o aporías de primer orden en dos apartados. En el primero de ellos se intentarán desentrañar las razones en que se sustenta el juicio de acuerdo al cual los derechos sociales son intrascendentes para el constitucionalismo y la propia idea de Constitución. Intentaremos rebatir la idea de intrascendencia a partir de descubrir el concepto de Constitución subyacente al discurso tradicional, la posición iusfilosófica latente, la a -historicidad y el paradigma del primer constitucionalismo bajo cuyo imperio consideran que permanece la reflexión constitucional. Asimismo, mediante un estudio histórico del primer constitucionalismo intentaremos demostrar que la idea de derechos sociales ha estado presente desde los albores de la reflexión constitucionalista

El segundo apartado se destinará a estudiar la aporía referida a la aparente relación antitética de los derechos sociales fundamentales con los demás derechos fundamentales clásicos o liberales. Consideramos que la antítesis señalada, intenta excluir a los derechos sociales de la tutela constitucional por asumir que su superación solo puede ser lograda mediante la exclusión de uno de los términos antitéticos, en este caso, los derechos sociales.

2- Sobre la aparente intrascendencia de los derechos sociales fundamentales para el constitucionalismo y para la constitución

Las críticas que el discurso tradicional ha enarbolado en el pasado y sostiene en la actualidad en contra de los derechos sociales comienzan por

intentar socavar su propia existencia como derechos fundamentales. Como ejemplo y materialización de esta posición resulta indispensable mencionar a Carl Schmitt quien de manera expresa desestimó que los derechos sociales o “socialistas” en sus palabras, pudieran ser considerados derechos fundamentales. En su opinión, solo podrían ser considerados tales, los derechos liberales de la persona humana individual, por ser ellos concebibles de manera previa al Estado¹.

La posición mencionada, parecería concebir a los derechos como una realidad inmutable y ajena a todo proceso histórico y comunicativo. Implicaría asumir una comprensión estática acerca de los derechos que niega la realidad histórica y pretende derivar los derechos de una razón a-histórica².

De mayor calado resulta la opinión de Pereira Menaut quien sostiene que los derechos sociales no tienen una importancia decisiva para el constitucionalismo y que no son inherentes a la idea de Constitución³. Esta afirmación, aun más osada que la anterior, parecería postular que aquello que llamamos constitucionalismo y su materialización normativa, la Constitución, son conceptos que a lo largo de más de 200 años de historia, han permanecido y deben continuar inmutables y que las actuales y futuras generaciones deben permanecer fieles a esta idea estática de los conceptos mencionados, negando los cambios y evoluciones a los que estamos ineluctablemente obligados a responder.

Afirmar que los derechos sociales no son inherentes a la idea de Constitución, posiciona a quienes suscriben tal idea, en el marco de una concepción a-histórica de la misma y que, a nuestro juicio resultaría difícil de sostener. Sin embargo, a continuación, intentaremos desentrañar los posibles significados y alcances de un juicio tal para posteriormente intentar refutarlo.

¹ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad., de Francisco Ayala, Madrid, Alianza Editorial, 2003, p. 170.

² Prieto Sanchís, Luís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Debate, 1990, p. 44.

³ Pereira Menaut, Antonio Carlos, *Lecciones de teoría constitucional*, México, Editorial Porrúa-Universidad Panamericana, 2005, p. 344-345.

Para afrontar dicha labor, comenzaremos por identificar el concepto de Constitución que tienen en mente quienes afirman que los derechos sociales son ajenos a la misma y la posición metodológica que la adopción de dicho concepto ha imprimido a los defensores de la posición tradicional. Luego y con el ánimo de dialogar con la posición aquí criticada, ofreceremos una posible y diversa interpretación a la objeción tradicional que intentará demostrar su incorrección desde un punto de vista histórico. Por último, identificaremos el paradigma bajo el cual fueron diseñados los contenidos que resultaron petrificados por la posición epistemológica adoptada para intentar corroborar el consecuente anacronismo del discurso tradicional.

2.1- El concepto de constitución asumido por la posición tradicional

Los seguidores del discurso tradicional parecerían sostener un concepto de Constitución coincidente con el concepto racional normativo que nos ofrece García Pelayo, de acuerdo al cual la Constitución es:

Un sistema de normas Un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos.⁴

Para el autor este concepto es “una versión sublimizada del concepto de ley con el que opera el liberalismo y de la creencia en la posibilidad de una planificación de la vida política, de una racionalización del acaecer político”⁵. Ahora bien, como acertadamente señala García Pelayo, sería un error considerar que esta concepción es neutral o despolitizada⁶. La politización del concepto se

⁴ García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza Universidad Textos, 1993, p. 34.

⁵ *Idem*.

⁶ *Ibidem*, p. 38.

manifiesta en relación al contenido constitucional que fue eminentemente burgués pues el concepto racional normativo es expresión de una situación social en la cual la burguesía era el sector social preeminente. De esta forma, la expresión de la razón, materializada en el concepto racional normativo no era la expresión de cualquier razón sino específicamente de la razón burguesa⁷.

De esta forma, si al elemento estático del concepto de constitución racional normativo comentado le agregamos el contenido esencialmente liberal burgués que responde a las aspiraciones del sector social que impulsó al primer constitucionalismo, podemos comenzar a comprender por qué razón los seguidores del discurso tradicional sindicaron a los derechos sociales como contenidos ajenos a un cierto concepto de Constitución.

Detrás de esta idea de Constitución como constructo estático e inmutable, existe una posición iusfilosófica determinada que inspira o motiva la concepción descrita y las razones para sostener un concepto de Constitución como el postulado por la posición tradicional. A su identificación nos avocaremos en el siguiente apartado.

2.2- La posición iusfilosófica latente en la posición tradicional. Inmutabilidad e historicidad de los Derechos

En un sugerente trabajo acerca de la historicidad del derecho, Martín Laclau nos ofrece luces para identificar los orígenes iusfilosóficos de la posición tradicional que predica la inmutabilidad de los contenidos constitucionales. Hurgando en los orígenes de la modernidad jurídica, más concretamente en el pensamiento de Grocio, Laclau identifica la raíz de esta posición:

Para Grocio, el derecho se funda en la razón y deben descartarse todos los datos suministrados por la experiencia histórica. Solo puede realizarse

⁷ *Idem.*

ciencia jurídica partiendo de los principios del derecho natural, únicos aptos para ser considerados por la razón humana, al no hallarse sujetos a variación alguna⁸.

Esta posición que abjura por ejemplo de la concepción del derecho romano clásico⁹, necesariamente provoca abandonar la esencial historicidad del derecho, por la cual, el jurista –dice Laclau- debe enfrentarse con relaciones sociales cambiantes que le imponen intuir el carácter cambiante que presenta el derecho¹⁰.

Una visión como la que estamos comentando, es de acuerdo a Laclau, tributaria de la herencia helénica¹¹ y más específicamente platónica según expone Bretone. De acuerdo a este autor, al explicar las relaciones entre el tiempo y la norma y particularmente al reflexionar sobre la configuración en la tradición clásica de la relación entre tiempo y norma, comenta que desde el punto de vista platónico

En las leyes positivas debe reflejarse el orden racional del mundo. En dicho orden se inscriben el hombre y la polis y el gobierno de la ciudad debe ser confiado a quien ama una ciencia que revele algo de la realidad que es eterna y no errante bajo la vicisitud del nacer y del perecer¹².

Lo eterno y no errante del pensamiento platónico dio paso en la modernidad jurídica a la conformación del pensamiento iusnaturalista racionalista de la cual Grocio es uno de sus principales exponentes.

En un importante estudio sobre el pensamiento jurídico moderno, Carlos Massini menciona como uno de los caracteres del enfoque moderno sobre el

⁸ Laclau, Martín, *La historicidad del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, p. 31.

⁹ En palabras de Laclau, “el romano clásico concebía al derecho como algo mutable, plástico, adherido a las contingentes variaciones históricas. Lejos se hallaba de pensar en un orden jurídico desvinculado de la experiencia social”. *Ibidem*, p. 23.

¹⁰ *Ibidem*, p. 36.

¹¹ *Idem*.

¹² Bretone, Mario, *Derecho y tiempo en la tradición europea*, trad. de Isidro Rosas Alvarado, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 55-56.

derecho, al racionalismo metódico que consistió en la actitud metódica propia del iusnaturalismo racionalista. Por racionalismo se debe entender “la pretensión de aplicar al campo de la praxis, los postulados metodológicos de las ciencias exactas”¹³. Explica el autor que el racionalismo metódico aplicado al campo del Derecho, implicó que se intentara

Elaborar los conceptos y categorías jurídicas mediante procedimientos deductivos y de pura abstracción. Las matemáticas, consideradas como modelo metódico, trabajan solo con abstracciones, con entes de razón logrados a través de la abstracción de segundo grado y utilizando preferentemente el método deductivo. Este método deductivo, sumado a la pretensión cartesiana de un conocimiento claro y distinto va a dar lugar a la doctrina del derecho puramente abstracta y a histórica, elaborada a partir de un dato tenido como postulado¹⁴.

La construcción del sistema jurídico a partir de estos postulados o principios racionales, mediante la aplicación del método deductivo, generó una construcción “rígida e inmutable hasta en las aplicaciones más detalladas, es decir, de una inflexibilidad contraria a toda evolución”¹⁵.

La inmutabilidad que caracteriza al iusnaturalismo racionalista ha sido resaltada también por Norberto Bobbio, quien al establecer las distinciones entre derecho natural [racionalista] y derecho positivo, explica que una de las díadas conceptuales a partir de las cuales es posible diferenciar a ambas posturas acerca del derecho es la conformada por los términos inmutabilidad- mutabilidad, siendo la primera una característica del derecho natural y la segunda del derecho positivo¹⁶. El carácter de la inmutabilidad no siempre ha sido reconocido ni por el

¹³ Massini, Carlos Ignacio, *La desintegración del pensamiento jurídico en la Edad Moderna*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980, p. 17. Los pensadores modernos dice Massini, consideraron al método de las ciencias exactas como el desiderátum en materia de metodología científica aplicable a toda ciencia y a todo objeto y sector de la realidad.

¹⁴ *Ibidem*, p. 18.

¹⁵ *Ibidem*, p. 19.

¹⁶ Bobbio, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, España, Debate, 1998, p. 41.

pensamiento clásico, raíz del iusnaturalismo, ni por los actuales representantes de otras diversas corrientes iusnaturalistas como puede colegirse de lo dicho por Massini citado líneas arriba. Dicho extremo es aclarado por Bobbio cuando menciona que el mismo Aristóteles sostuvo la inmutabilidad en el espacio más no en el tiempo por reconocer que el derecho natural también puede cambiar¹⁷. Esta disquisición aristotélica retomada por Bobbio, nos permite afirmar que en todo caso, la inmutabilidad temporal es propia de la posición iusnaturalista racionalista pero no es predicable de otras diversas posturas iusnaturalistas y de este modo, podemos concluir que la posición aquí criticada es propia de la mencionada posición iusfilosófica.

La inmutabilidad introducida por el iusnaturalismo racionalista ha dotado a ciertas posiciones constitucionales como las que estamos tratando en este apartado de una rigidez tal que, en materia de derechos humanos ha terminado por negar absurdamente la variabilidad histórica de esos derechos o la historicidad de los Derechos.

Ahora bien, resulta necesario aclarar una cuestión. Aceptar la variabilidad histórica de los derechos humanos no implica de ninguna manera suscribir una posición relativista en materia de derechos. Bidart Campos quien adscribe a una posición de corte iusnaturalista, apela de manera genérica a lo que denomina el “valor justicia” para fundar a los derechos humanos¹⁸ y apunta que la exigencia de dicho valor, “no traza límites sectoriales ni en cuanto a espacios territoriales ni en cuanto a ámbitos humanos, pero se acomoda a los ambientes históricos que se circunscriben geográfica y poblacionalmente”¹⁹. De este modo, los valores de justicia se realizan atendiendo a las circunstancias situacionales históricas, sociopolíticas y jurídicas²⁰. En otras palabras del mismo autor, la inserción de los valores humanos en la positividad es histórica y los contenidos puntuales de esos valores positivados dependerán de factores culturales, sociales, religiosos,

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Bidart Campos, Germán, *Teoría General de los Derechos Humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 44.

¹⁹ *Ibidem.* p. 45.

²⁰ *Idem.*

económicos entre otros²¹. Afirmar esto tampoco implica sostener que los derechos se fundamentan en la historia sino que y en palabras del propio Bidart Campos:

El fundamento supra y extra histórico impregna la historicidad de los derechos, porque es ese mismo fundamento el que presta razón para que los derechos se sitúen, se temporalicen, se pretendan, se representen, se conciban y se positivicen en la historia. Si el derecho natural o el valor justicia está llamado a realizarse en un ambiente social y para unos hombres situados, que conviven en él, dentro de una situación espacial y temporal, no puede menos que aceptarse que esa realización del valor justicia o derecho natural tiene que ser y es histórica, transcurre en la historia, comparte todos los elementos con que se vive y se hace históricamente²².

Amén de las razones que motivaron y motivan en la actualidad a los defensores del discurso tradicional, consideramos equivocado asumir el concepto estático e inmutable de Constitución que entendemos postulado por ellos, equivocados, tomando en cuenta la forma en que consideramos que tiempo, historia y constitución deben articularse. La Constitución es un concepto normativo e histórico también, en cuanto a que se sitúa en el tiempo y el espacio, cuyo nacimiento obedeció a razones incrustadas en un momento histórico dado pero cuyo desenvolvimiento obedece a la realidad en la cual se inserta y la síntesis histórico cultural a la que obliga el constitucionalismo no puede erradicar el tiempo presente de su lectura y su apertura al futuro²³. En tal sentido, Zagrebelsky sintetiza la relación entre tiempo y constitución al señalar que:

²¹ *Ibidem*. p. 129-130.

²² *Ibidem*. p. 130.

²³ Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución*, trad. de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2005, p. 27. A mayor abundamiento y en relación a las posturas aquí criticadas, apunta Zagrebelsky que “El actual derecho constitucional ha renunciado visiblemente a sus principales tareas. En elaboraciones abiertas al porvenir, su máxima aspiración es proponerse como prontuarios de soluciones inevitablemente dirigidas al pasado. Así, el derecho constitucional, termina por configurarse como una continua búsqueda de medios de emergencia perennemente retardataria y necesariamente instrumentalizable e instrumentalizada en sentido político”.

Las constituciones de nuestro tiempo miran al futuro teniendo firme el pasado, es decir, el patrimonio de experiencia histórico constitucional que quieren salvaguardar y enriquecer. Incluso se podría decir, pasado y futuro se ligan en una única línea, y al igual que los valores del pasado, orientan la búsqueda del futuro, así también las exigencias del futuro obligan a una continua puntualización del patrimonio constitucional. La historia constitucional no es un pasado inerte sino la continua reelaboración de las raíces constitucionales del ordenamiento que nos es impuesta en el presente por las exigencias constitucionales del futuro²⁴.

2.3- Los derechos sociales en los albores del constitucionalismo

Con el ánimo de comprender las afirmaciones realizadas por el discurso tradicional comentadas podríamos intentar una interpretación diferente dejando por un momento de lado la inextricable relación entre Constitución y tiempo. Pudiéramos pensar que cuando se afirma que los derechos sociales no son inherentes a la idea de Constitución, se pretende aseverar en realidad que los derechos sociales no estuvieron presentes en las primeras disquisiciones constitucionales y por tanto han estado ausentes en los orígenes de la idea de Constitución en sentido moderno. Sin embargo, nuevamente debemos enfatizar el error en que incurre una interpretación semejante. La noción de derechos sociales ha estado presente desde los momentos fundantes del constitucionalismo moderno y para probar dicho extremo basta con mencionar algunos textos constitucionales seminales.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano decretada por la Asamblea Nacional de Francia el 1 de octubre de 1789, no contiene entre su articulado disposiciones que refieran a contenidos de derechos sociales. Sin embargo, en algunos de los documentos que se presentaron durante las deliberaciones previas, se encuentran contenidos de tipo social. Así, en el documento presentado por el abate Sieyès titulado “Preliminares de la Constitución, Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre

²⁴ *Ibidem.* p. 91.

y del ciudadano” del cual se diera lectura ante el Comité Constitucional durante los días 20 y 21 de julio de 1789, se lee el artículo 25 a cuyo tenor expresa “Todo ciudadano que se encuentre en la imposibilidad de subvenir a sus necesidades, tiene derecho a la ayuda de sus conciudadanos”²⁵. En definitiva, la exclusión que posteriormente se hizo de estos contenidos no significa que ellos hubieran estado ausentes en las deliberaciones preparatorias. Por el contrario, el texto del genial abate, es una prueba de la inclusión de dichos tópicos en las discusiones constituyentes.

El Título 1 de la Constitución Francesa de 3 de septiembre de 1791 dispuso la creación de un establecimiento general de asistencia Pública para la protección de niños abandonados, enfermos pobres y para ofrecer trabajo a los pobres que no pudieran procurarse trabajo por sus propios medios. Asimismo, se contempló la organización de establecimientos que proveerían instrucción pública y gratuita²⁶. En apoyo a esta idea, señala Ma Encarnación Fernández que podemos encontrar un claro antecedente de reconocimiento positivo de estos derechos en la Declaración de Derechos de la Convención dictada en la Francia revolucionaria de 1793 que estableció los derechos al trabajo, a la protección contra la indigencia y a la educación²⁷.

²⁵ Fauré, Christine, *Las Declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, trad. de Diana Sánchez y José Luís Núñez Herrejón, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos-Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 93.

²⁶ Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791. Título 1. Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución. “Será creado un establecimiento general de Asistencia pública, para proteger a los niños abandonados, dar asistencia a los pobres enfermos y procurar trabajo a los pobres capaces que no hayan podido procurárselo. Será creada y organizada una instrucción pública común a todos los ciudadanos, gratuita en las partes de enseñanza indispensable para todos los hombres, y cuyos establecimientos serán distribuidos gradualmente en relación con la división del reino”

²⁷ Fernández, María Encarnación, “Los Derechos Económicos, sociales y culturales”, en José Justo Magías Quirós (Coord.), *Manual de Derechos Humanos. Los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Navarra, Thomson Aranzadi- Cátedra Garrigues. 2006, p. 104. Ver también: Cascajo Castro, José Luís, *La Tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 15.

En el texto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se pueden leer los siguientes artículos: art. 21: “La beneficencia pública es una deuda sagrada. La sociedad debe asegurar la subsistencia a los ciudadanos desgraciados, proporcionándoles trabajo o garantizando los medios de existencia a los que están incapacitados para trabajar”. Art. 22: “La instrucción es una necesidad para todos. La sociedad debe favorecer con todo su poder los progresos de la razón pública y colocar la instrucción al alcance de todos los ciudadanos”.

Los casos de inclusión de los contenidos sociales mencionados, ya sea en textos definitivos o en proyectos, nos permiten sostener la implausibilidad de la interpretación que estamos comentando. De acuerdo a lo dicho, los derechos sociales sí estuvieron presentes en los primeros textos constitucionales, aunque se debe conceder que esta no fue una tendencia generalizada.

2.4- El paradigma del primer constitucionalismo

Quizá las afirmaciones de los defensores del discurso tradicional resulten más comprensibles si nos concentramos en el análisis del paradigma que imperaba en aquellos momentos constitucionales post revolucionarios y a cuyo resguardo continúan teorizando algunos pensadores.

Apunta Baldasarre, que los derechos sociales surgen con mayor enjundia como una respuesta institucional a problemas prácticos de colosal envergadura generados en un contexto histórico caracterizado por la inseguridad y la precariedad de las condiciones de vida de grupos vulnerables, resultantes de los efectos incontrolados que generaron el libre juego de las fuerzas sociales en una economía de mercado, acentuados posteriormente por el proceso de industrialización decimonónico²⁸. En el contexto enunciado, prevalecía el paradigma de derecho formal burgués bajo cuyo influjo Schmitt y otros constitucionalistas trabajaron durante el siglo XIX y buena parte del XX y que dio paso a la denominada “sociedad de derecho privado” descrita por Habermas y en la cual imperaron las libertades clásicas del derecho privado: derechos personales, autonomía de contrato, derecho de propiedad y derecho de asociación²⁹. De acuerdo al filósofo alemán:

²⁸ Baldasarre, Antonio, *Los Derechos Sociales*, trad. de Santiago Perea Latorre, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 20, p. 27.

²⁹ Habermas, Jurgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, p. 481.

Conforme a este modelo de sociedad económica institucionalizada en términos de derecho privado, había [la sociedad] de quedar separada del Estado como esfera de realización de bien común y quedar abandonada a la actuación espontánea de los mecanismos del mercado. Esta sociedad de derecho privado, estaba cortada a la medida de la autonomía de los sujetos jurídicos, que sobre todo en su papel de participantes del mercado, habrían de buscar su bienestar y encontrarlo, a través de una persecución lo más racional posible de sus propios intereses³⁰.

Las expectativas sobre el ordenamiento jurídico consistían principalmente en que se garantizara un status normativo de libertad negativa³¹

El abandono del paradigma comentado vino motivado por una férrea y profunda “crítica empirista” que dio como resultado la progresiva generación de regulaciones en materia de trabajo y seguridad social a partir de la segunda mitad del siglo XIX. El proceso brevemente descrito fue seguido por el proceso de constitucionalización de los derechos sociales en materias tales como salud, educación, vivienda y trabajo a lo largo del siglo XX, proceso del cual resultan hitos las constituciones de Querétaro y Weimar, dando origen de este modo al denominado Estado Social de Derecho, entendido como una superación del anterior modelo de Estado Liberal.

El intento por soterrar a los derechos sociales tras una idea de Constitución desligada del tiempo y petrificada en un momento histórico determinado a conveniencia, resulta a todas luces inexacto. El proceso de constitucionalización de estos derechos se debió justamente a la asunción de dicha relación, es decir, al entendimiento de la Constitución como un producto sintético entre historia y tiempo, que no se petrifica en el pasado sino que está abierta al presente y con los ojos puestos en el futuro.

³⁰ *Ibidem.* p. 483.

³¹ *Idem.*

3- Sobre la aparente relación antitética de los derechos sociales fundamentales con los demás derechos fundamentales clásicos o liberales

Superada la cuestión precedente acerca de la existencia de los derechos sociales en el marco de la primigenia reflexión constitucionalista, el derrotero de estos derechos ha estado plagado de incertidumbre y dificultades de diverso talante.

Una de las razones de la fuerte resistencia a esta categoría vino impulsada por la comprensión de acuerdo a la cual estos derechos se configurarían como una categoría antitética con respecto a los denominados derechos civiles ya apoltronados en el discurso constitucionalista tributario del paradigma liberal burgués.

Esta visión constitucionalista que ve a los derechos sociales como categoría antitética, es tributaria de una clase de liberalismo que Carlos Nino ha denominado Liberalismo conservador. Este liberalismo, postula la acérrima defensa del libre mercado y de la propiedad privada y se opone a otra versión liberal de cariz igualitario por cuanto niega la compatibilidad de sus dos postulados centrales con la distribución de bienes y servicios y la interferencia en las transacciones con la finalidad de promover la igualdad entre las personas³². En este apartado analizaremos las posturas más representativas de este liberalismo denominado conservador y demostraremos que solo desde tal perspectiva parcial puede interpretarse que los derechos sociales se oponen y afectan a los derechos individuales.

³² Nino, Carlos, "Liberalismo conservador: ¿Liberal o conservador?" en Gustavo Maurino (ed.), *Derecho, moral y política II, Los escritos de Carlos Nino*, Argentina, Gedisa Editorial, 2007, p. 74.

3.1- Friedrich A. Hayek y los derechos sociales como causa de discriminación

En este apartado, concentraremos nuestra atención en las concreciones del pensamiento de Hayek acerca de la antítesis apuntada entre los derechos individuales y los derechos sociales. Para comprender las claves de la antítesis referida, resulta necesario traer a colación aunque sea de manera breve y esquemática algunos de los postulados esenciales del pensamiento de Hayek.

De acuerdo a Hayek, podemos definir de modo general a la libertad como la ausencia de coacción³³. Más específicamente y aceptando que el estado de libertad es compatible con cierto grado de coacción, define a este estado como la condición de los hombres por la que la coacción, que algunos ejercen sobre los demás, queda reducida al mínimo³⁴. En términos asertivos sostiene Hayek que el que una persona sea libre depende de la posibilidad de ordenar sus vías de acción según sus intenciones, es decir, contar con cierta esfera de actividad privada asegurada y libre de la injerencia ajena³⁵. Por otro lado, define a la coacción como la presión autoritaria que una persona ejerce en el medio ambiente o circunstancia de otra³⁶ y tiene ella lugar cuando las acciones de una persona tienden a servir a la voluntad de otra y no al cumplimiento de sus propios fines³⁷. Ahora bien, tal como afirmamos, para Hayek la coacción no puede evitarse totalmente debido a que el único modo de evitarla consiste en recurrir a lo que denomina la *amenaza de coacción*³⁸ que es muy diferente a la coacción *verdadera e inevitable* y opera mediante el establecimiento de reglas que no tienen por fin obligar al particular a realizar determinadas acciones sino que se limitan a establecer sanciones que

³³ Hayek, Friedrich A, *Los fundamentos de la libertad*. 8ª ed., trad, de José Vicente Torrente, España, Unión Editorial, 2008, p.177.

³⁴ *Ibidem*. p. 31.

³⁵ *Ibidem*. p. 34.

³⁶ *Ibidem*. p. 45.

³⁷ *Ibidem*. p. 177.

³⁸ *Idem*.

tienen como meta el evitar que las personas realicen ciertas conductas o a que cumpla con obligaciones contraídas³⁹.

Habiendo sentado que cierto grado mínimo de coacción resulta inevitable, Hayek sostiene que la sociedad ha logrado enfrentar el problema que presenta la necesidad de esa mínima coacción, entregando al Estado el monopolio de la coacción y la actitud del Estado al ejercer dicho monopolio se debe circunscribir a proteger las esferas privadas de actuación de los individuos contra las interferencias de otros y debe delimitar dichas esferas sin recurrir a adscripciones específicas sino estableciendo las condiciones para que la persona pueda determinar su campo de acción mediante la delimitación precisa mediante reglas de la actuación del gobernante⁴⁰.

El Estado que ejerza el monopolio de la mínima coacción es un Estado de Derecho que se diferencia del gobierno arbitrario. El Estado de Derecho propuesto por Hayek es aquel que se encuentra sometido en todas sus acciones a normas fijas y conocidas de modo previo y que le permiten al individuo conocer de qué modo la autoridad usará la coacción. Bajo esta forma de Estado, la autoridad se limita a fijar las condiciones bajo las cuales pueden emplearse los recursos y deja

³⁹ Hayek reconoce que existe un tipo de coacción que denomina inevitable y a ella se refiere de la siguiente manera: “Es indudable que en algunos aspectos, el Estado emplea la coacción para hacernos ejecutar acciones determinadas. Las más importantes son las que derivan de la imposición tributaria y las implícitas en algunas prestaciones obligatorias, especialmente el servicio militar. Aunque tales cargas no se consideran eludibles, sí son al menos previsibles y se imponen sin tener en cuenta la manera como el individuo utilizaría sus energías de ocurrir las cosas de otra forma. Precisamente quedan de esta forma despojadas, en gran parte, de la naturaleza dañina de la coacción, si la necesidad conocida de pagar una cierta cantidad de impuestos se convierte en la base de todos mis planes, si un período del servicio militar es una parte previsible de mi carrera profesional, es indudable que puedo adoptar un plan general de vida de mi propia confección y soy tan independiente de la voluntad de otra persona como hayan aprendido los hombres a hacerlo en sociedad. Aunque el servicio militar obligatorio supone una indudable coacción mientras dura, un período limitado de servicio que se puede predecir restringe ciertamente menos la posibilidad de modelar la propia vida de lo que lo haría, por ejemplo, una amenaza constante de arresto a que recurriera un poder arbitrario para asegurar lo que se le antojase debiera ser de buena conducta. La injerencia del poder activo del gobierno en nuestra vida, trastorna más cuando no es evitable ni previsible. Cuando esta coacción es necesaria incluso en una sociedad libre mitigamos sus efectos no permitiendo que nadie posea un poder coactivo arbitrario. Así, la decisión de quien debe realizar el servicio militar o tomar parte en un jurado, se basa en procedimientos fortuitos como el sorteo. Los actos coactivos imprevisibles, surgidos de acontecimientos imprevisibles, pero que se ajustan a preceptos conocidos, afectan a nuestra vida lo mismo que lo hacen otros “actos de Dios”, pero no nos someten a la voluntad arbitraria de otra persona” *Ibidem*, pp. 188 y189.

⁴⁰ *Ibidem*. p. 46.

a la libre decisión de los particulares, la determinación de los fines para cuya consecución dichos recursos serán empleados⁴¹. Por otro lado, bajo un gobierno arbitrario, el Estado establece los fines y dirige hacia ellos el empleo de los recursos de producción⁴².

En el esquema propuesto por Hayek, ese gobierno arbitrario, antítesis preclara del Estado de Derecho es el Estado socialista que para 1959, año en el cual se publica su obra *Los fundamentos de la libertad*, considera que ha entrado en franca decadencia⁴³. El modelo sucedáneo del Estado socialista decadente o en extinción, es el Estado Providencia o Estado Benefactor que sin incurrir en el totalitarismo propio del anterior modelo, adolece de acuerdo a Hayek de un cariz planificador, consistente en la determinación de fines, que el autor considera incompatible con el Estado de Derecho por cuanto excede el limitado papel que considera adecuado para su modelo, consistente en el exclusivo mantenimiento de la ley y el orden⁴⁴.

El Estado Providencia mantiene como objetivo central la consecución o búsqueda de la justicia social o justicia distributiva⁴⁵. Va quedando claro hasta este punto que Hayek abjura de la justicia social como fin del Estado, en primer lugar porque su planteamiento no acepta el establecimiento de fines y por otro lado porque las medidas que se deberían implementar desde la organización estatal para alcanzarla o cuando menos perseguirla, excede con mucho la estructura mínima que acepta para el aparato estatal.

Hayek ofrece otras razones para descalificar a la justicia social. En primer lugar, la considera una expresión cargada de *inanidad* debido a que no existe el

⁴¹ Hayek, Friedrich, A, *Camino de Servidumbre*. trad. de José Vergara Dorcel, San José, Universidad Autónoma de Centroamérica, 1986. p. 103-104.

⁴² *Ibidem*. p. 105.

⁴³ Hayek, Friedrich, A, *op. cit.*, nota 33, p. 34.

⁴⁴ *Ibidem*. p. 347.

⁴⁵ Advierte Hayek que la expresión justicia social es de uso reciente y ha tenido significados diversos. Se ha utilizado para referir a los esfuerzos de organizaciones que procuran el respeto a las normas de recto comportamiento individual, para explicar el efecto de la actuación de instituciones sociales, sin embargo actualmente se utiliza como sinónimo de justicia distributiva. Ver: Hayek, Friedrich A, *Derecho, Legislación y Libertad. El espejismo de la justicia social*, trad., Luís Reig Albiol, Madrid, Unión Editorial, 1988, t. I, p. 121.

más mínimo acuerdo acerca de lo que dicha justicia exigiría en los casos concretos⁴⁶. En segundo lugar, denosta a la justicia distributiva al afirmar que no existe prueba o comprobación alguna en cuanto a que su aplicación haya hecho a la sociedad más justa⁴⁷. Incluso, desde una atalaya coherentemente individualista, solipsista y hasta cierto punto soberbio, llega a minimizar el amplio consenso que desde diversos sectores se manifiesta a favor de la justicia social como fin de la sociedad. Al respecto admite que la justicia social ya no solo es promovida como fin del estado por los sectores socialistas, sino que existe consenso sobre tal idea en otras fuerzas sociales entre ellas la Iglesia Católica que ha pasado a admitirla como parte integrante de su doctrina⁴⁸. Cabe hacer notar que ni siquiera este amplio consenso que el mismo Hayek admite sin cuestionar, le hace recapacitar en cuanto a que, siquiera por deferencia al principio democrático debería tomarse un poco más en serio a la justicia social como fin de la sociedad y que las objeciones que plantea, en lugar de llevarlo a utilizarlas como valladares infranqueables, deberían motivar un trabajo intelectual de su parte que tenga por finalidad superarlas y porque no, a incorporar ciertos postulados en su rígida explicación acerca del Estado.

Llegados a este punto, es momento de abordar los postulados más significativos de Hayek en relación al tema que nos ocupa. El autor reconoce que el Estado reducido al mínimo individualista consistente en mantener la ley y el orden no existe como tal. Acepta que existen necesidades comunes que deben ser satisfechas mediante la acción colectiva y que ello no implica limitar la libertad individual. Se refiere a medidas mínimas para la atención de los “indigentes, los desafortunados y los imposibilitados”⁴⁹ y luego de modo contradictorio afirma que la consecución de estos fines mínimos de asistencia no son un problema en si, sino los métodos que eventualmente debería emplear la autoridad para lograrlos⁵⁰. La única explicación razonable que podemos ofrecer acerca de esta contradicción,

⁴⁶ Hayek, Friedrich, A. *Democracia, justicia y socialismo*, España, Unión editorial, 1977, p. 39.

⁴⁷ Hayek, Friedrich, A. *op. cit.* nota 45, p. 124.

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ Hayek, Friedrich, A. *op. cit.*, nota 33, p. 347.

⁵⁰ *Idem.*

consiste en comprender que cierto resquicio moral le impide a Hayek ser enteramente coherente con su esquema. Sin embargo es preciso aclarar que ese mínimo al que se refiere y sobre el cual no ofrece mayores explicaciones acerca de su implementación, se asemeja más a la acción caritativa o filantrópica que a la búsqueda de condiciones adecuadas para que las personas necesitadas puedan alcanzar, ante ciertos eventos, un nivel de protección al menos básico para el desarrollo de sus planes de vida. En este sentido se podrían sugerir dos diferencias elementales entre el liberalismo conservador de Hayek y otras posiciones liberales igualitarias: En primer lugar, mientras Hayek acepta una atención mínima y hasta cierto punto caritativa ante ciertos eventos, los liberales igualitarios refieren a alcanzar un nivel básico en las condiciones de vida de las personas óptimo para el desarrollo autónomo de sus planes de vida. En este aspecto existe una marcada diferencia de grados de protección⁵¹. Segundo: En ningún momento Hayek afirma que la cobertura de ese mínimo caritativo implique una obligación para el Estado. Esto significaría –de acuerdo a Nino- que la falta de obligación impide de modo consecuente hablar de la existencia de algún derecho que permita ser oponible ante una situación de necesidad⁵².

Hemos dejado para el final de este apartado el argumento medular a parir del cual se materializaría la relación antitética entre los derechos individuales o la libertad y la justicia social materializada en los derechos sociales. Asevera Hayek que “La igualdad formal ante la ley está en pugna y de hecho es incompatible con toda actividad del Estado dirigida deliberadamente a la igualación material o sustantiva de los individuos y que toda política directamente dirigida a un ideal

⁵¹ El pensamiento de Hayek pareciera moverse en términos totalmente antitéticos, o mínimos o absolutos y dicha forma de argumentar le impide aceptar gradaciones intermedias, Esto queda patente cuando plantea la distinción entre dos conceptos de seguridad. Por un lado, establece el concepto de seguridad limitada que es “la seguridad contra las privaciones físicas severas, la seguridad de un mínimo de sustento para todos”. Esta sería igual para todos y no implicaría privilegio alguno para nadie. La segunda es la seguridad absoluta, consistente en un determinado nivel de vida, fijado mediante la comparación de los niveles de que disfruta una persona con los que disfrutaban otros: “La seguridad absoluta está íntimamente relacionada con la tercera y principal ambición que inspira al Estado- Providencia: el deseo de usar los poderes del gobierno para asegurar una más igual o más justa distribución de la riqueza” Ver. Hayek, Friedrich, A, *op. cit.*, nota 33, p. 349.

⁵² Nino, Carlos, S. “Sobre los Derechos Sociales”. en Gustavo Maurino (ed), *Los escritos de Carlos. S. Nino. Derecho, moral y política II*, Argentina, Gedisa Editorial, 2007, p. 68.

sustantivo de justicia distributiva tiene que conducir a la destrucción del Estado de Derecho⁵³. La destrucción señalada se daría por dos vías: La primera consistiría en una violación al principio general de libertad puesto que en la búsqueda de la justicia distributiva, la totalidad de los recursos públicos quedarían sometidos a la decisión discrecional de la autoridad y requeriría que la totalidad de las personas sea ordenada para lograr las metas que ellas no han fijado autónomamente. La segunda vía para la destrucción del Estado de derecho, se daría debido a la discriminación que necesariamente el Estado se vería forzado a ejercer al tratar de modo igual a personas desiguales en capacidades y condiciones preexistentes⁵⁴.

3.2 Robert Nozick y los derechos sociales como violaciones al principio de propiedad

En la obra *Anarquía, Estado y Utopía*, Nozick se avoca a delinear un modelo de Estado que no viole derechos⁵⁵. Llama a ese modelo Estado mínimo – identificado con el Estado gendarme de la teoría liberal clásica- y sus funciones se ven limitadas a otorgar protección a todos sus ciudadanos contra la violencia, el robo y el fraude y a hacer cumplir los contratos⁵⁶.

La opción de Nozick por un Estado de tales características resulta motivada por asumir que solo dicho modelo sería legítimo por cuanto un Estado más extenso no podría ser moralmente justificado debido a que violaría los derechos de los individuos⁵⁷.

A diferencia del Estado que propugnaría un pensador liberal igualitario, un libertario como Nozick postula que en el Estado mínimo hay lugar para cierta clase de derechos más no para otros tipos de derechos. Los derechos de los individuos

⁵³ Hayek, Friedrich, A, *op. cit.*, nota 41, p. 111.

⁵⁴ Hayek, Friedrich, A, *op. cit.*, nota 33, p. 315.

⁵⁵ Gargarella, Roberto, *Las Teorías de la justicia después de Rawls*, España, Paidós, 1999, p. 46.

⁵⁶ Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, trad, de Rolando Tamayo, México, Fondo de cultura económica, 1990, p. 39.

⁵⁷ *Ibidem*. p. 319

en el marco del Estado mínimo serían negativos, actuarían como restricciones frente a las acciones de los demás y poseerían la característica de exhaustividad⁵⁸. Gargarella nos ofrece una interpretación acerca de esta idea:

Afirmar que los derechos son sólo negativos implica creer exclusivamente en derechos de no interferencia –derechos a que otros no me dañen, en un sentido amplio del término- y a la vez rechazar la existencia de derechos positivos, esto es, derechos a que otros me asistan en algunas necesidades básicas. Los únicos derechos positivos concebibles son aquellos que resultan de las transacciones voluntarias entre las personas⁵⁹.

A continuación, intentaremos explicar a partir de las bases establecidas, por qué un Estado más extenso no estaría moralmente justificado y por qué los derechos positivos, como los derechos sociales –con las excepciones apuntadas- deberían quedar excluidos del espectro de derechos que su modelo de Estado debería proteger. Aunque ambas cuestiones se entrelazan conceptualmente procederemos a desglosarlas para su explicación.

El defensor del Estado mínimo prescribe para el Estado el papel de protector de los derechos y nada más, por cuanto ir más allá de ese rol implicaría la violación de los derechos que debe proteger⁶⁰. Es decir, un Estado que tomara mediante la vía de los impuestos dinero de propiedad de los ciudadanos para destinarlo a la cobertura de necesidades de otras personas, estaría aplicando restricciones ilegítimas sobre el derecho de propiedad de estas personas y en consecuencia, estaría violando sus derechos para lograr un fin determinado que excede el marco de su individualidad. Lo central de esta idea es que al hacerlo, el Estado estaría utilizando a los ciudadanos como medios y no como fines en sí

⁵⁸ Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 55, p. 47. Conforme a este autor, sostener que los derechos deben actuar como restricciones implica asumir que ellos son inviolables frente a las pretensiones de los demás y amén de las consecuencias que ello pudiere generar, específicamente para el bien común. Por otro lado, la exhaustividad significa que los derechos están en aptitud de vencer cualquier otra consideración moral. *Ibidem*, p. 47.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ Nozick, Robert, *op. cit.*, nota 56, p. 40.

mismos⁶¹. El Estado que diera cobertura a situaciones de necesidad a través del establecimiento de derechos positivos, actuaría de modo utilitario por cuanto sacrificaría derechos de las personas para lograr un fin general como por ejemplo el bienestar general. Las únicas restricciones que Nozick acepta son aquellas denominadas libertarias. Ellas no son otra cosa que los derechos de los demás y determinan los límites de nuestras acciones⁶².

Nada en el pensamiento de Nozick nos permite incorporar conceptos tales como el de solidaridad o interdependencia ante las necesidades. La matriz de su pensamiento es sumamente solipsista y ello queda claro en el siguiente pasaje cuando se pregunta:

¿Por qué no sostener de forma similar, que ciertas personas tengan que soportar ciertos costos que beneficien a otras personas en razón de un bien social superior?” – y responde- No ha ninguna entidad social con un bien, la cual soporte algún sacrificio por su propio beneficio. Hay solo personas individuales, diferentes personas individuales, con sus propias vidas individuales. Usar a uno de estos individuos en beneficio de otros, es usarlo a él y beneficiar a otros⁶³.

El solo aceptar las restricciones libertarias mencionadas es congruente con la idea de acuerdo a la cual ningún acto moralmente compensador puede tener lugar entre los ciudadanos pues nada es, moralmente hablando, más importante que nuestras vidas y su consecuente autonomía y mucho menos nada parecido a un bien social general⁶⁴.

Un Estado que vaya más allá de los límites mensurables de la protección contra la violencia, el robo y el fraude, y que tuviera la intención de actuar en pos del bienestar de alguno o algunos, a través de derechos positivos, actuaría

⁶¹ *Ibidem.* p. 43

⁶² *Ibidem.* P. 41

⁶³ *Ibidem.* p. 44.

⁶⁴ *Ibidem.* p. 45.

injustificadamente desde el punto de vista moral por cuanto “no hay ningún sacrificio justificado de alguno de nosotros por los demás”⁶⁵

Pero veamos entonces por qué la protección de derechos positivos violaría los derechos del ciudadano, especialmente el derecho de propiedad que como se ha podido apreciar, es el núcleo de protección en el estado mínimo.

De acuerdo con Gargarella, Nozick no está en contra de la idea de igualdad⁶⁶, nada hay de malo o de ilegítimo en que los integrantes de una sociedad determinada acuerden voluntariamente conformar una sociedad de iguales. El problema de Nozick radica en los medios con los cuales se pretenda alcanzar dicha igualdad y específicamente dirige sus argumentos contra la justicia distributiva en virtud de la cual la justicia de una distribución de bienes radica en cómo son distribuidas las cosas en una sociedad.

Nozick comienza por descartar el uso habitual de la expresión “justicia distributiva” pues considera que no es un término *neutro*. La expresión distribución denota un entendimiento general consistente en la referencia a algún principio o mecanismo que permita distribuir cosas y la existencia de una entidad central que pueda controlar los recursos y aplicar los principios o mecanismos de distribución. Para él, tales cosas no existen. El principio o mecanismo aludido puede adolecer de error y por lo tanto, debe quedar abierta la pregunta acerca de si la distribución debe ocurrir. En cuanto a la entidad central, simplemente ella no existe pues en una sociedad libre, cada persona controla recursos diferentes y las personas se hacen de nuevas pertenencias a través de intercambios voluntarios⁶⁷.

En su lugar, prefiere establecer lo que denomina el *principio de justicia de las pertenencias*. Es decir, para Nozick, de modo inicial, la justicia de las posesiones no radica principalmente en cómo se distribuyen las cosas en una sociedad sino en la forma mediante las cuales las personas se hacen de sus

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 55, p. 53.

⁶⁷ Nozick, Robert, *op. cit.*, nota 56, p. 153.

pertenencias. Las transferencias posteriores serán justas siempre que los primeros pasos de adquisición hayan sido justos⁶⁸.

El objeto de la justicia de las pertenencias abarca tres principios fundamentales que el autor explica de la siguiente manera. El primer principio es el principio de *justicia en la adquisición* y refiere a la adquisición original de las pertenencias, es decir, la apropiación de cosas no poseídas. Los temas aquí incluidos engloban cuestiones tales como: las formas por las cuales las cosas no poseídas pueden llegar a ser tenidas; los medios por los cuales esas cosas pueden llegar a ser adquiridas, las cosas que pueden llegar a ser adquiridas etc. El segundo principio es el denominado principio de *justicia en la transferencia* que se refiere a la transmisión de las pertenencias y comprende a los medios por los cuales las cosas pueden ser transferidas tales como los acuerdos voluntarios para el intercambio, los obsequios entre otros⁶⁹. El tercero es el *principio de rectificación de injusticias en las pertenencias*. Explica Nozick que no todas las situaciones son alcanzadas por los dos principios mencionados. Algunas personas adquieren cosas mediante el robo, el fraude o la esclavización de otros. Las injusticias pasadas generadas en la adquisición por la vulneración de los principios de adquisición y transferencia de las pertenencias, da pie al tercer principio que comentamos y cuya finalidad entonces sería corregir las injusticias pasadas⁷⁰.

Los tres principios mencionados conforman lo que el autor denomina la *Teoría retributiva de justicia distributiva*. Esta teoría es histórica y en esta característica radica la principal diferencia que la distingue de la Teoría distributiva a secas que sustentaría por ejemplo un modelo de economía de bienestar. De acuerdo a una teoría distributiva estándar, a las cuales Nozick denomina “de porciones actuales”, la justicia de una distribución se determina por cómo son distribuidas las cosas juzgando de conformidad con algunos principios

⁶⁸ *Ibidem*. p. 154.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ Nozick no es claro al momento de especificar cuáles serían los medios por los que operaría el principio de rectificación. Solo se limita a afirmar que: “El principio de rectificación, presumiblemente, hará uso de su mejor estimación de información subjuntiva sobre lo que hubiera ocurrido si la injusticia no se hubiera cometido”. *Ibidem*. p. 156.

estructurales de distribución justa⁷¹. Por el contrario, y de acuerdo a la teoría retributiva de justicia distributiva, las pertenencias de una persona son justas si tiene derecho a ellas por los principios de justicia de adquisición y en la transferencia, o por el principio de rectificación. De allí, si todas las pertenencias de una persona son justas, entonces la distribución total de las pertenencias es justa⁷². De acuerdo a lo dicho entonces, la justicia de una distribución dependerá de cómo se produjo –con base en los principios mencionados- y no de si se ha hecho de acuerdo a ciertos principios estructurales o ideales que pretendan determinar en el momento actual lo que una persona debería tener. La distribución realizada con base a principios de tal tipo, atendiendo a situaciones actuales, por ejemplo a necesidades actuales, y desoyendo al como se han adquirido las cosas, carece de sustento moral y por ende de justificación. La economía de bienestar opera bajo postulados pertenecientes a la teoría de la distribución de porciones actuales.

Lo explicado hasta el momento permite apreciar, cómo a los ojos de Nozick, cualquier explicación liberal igualitaria carece de legitimidad por cuanto en términos generales partirían de explicar la satisfacción de necesidades básicas con fundamento en una teoría de tipo distributiva no retributiva y a partir de principios pautados. Es momento ahora de explicar de modo puntual porque en el esquema planteado por Nozick, la cobertura de las situaciones de necesidad afectaría los derechos que el Estado debe proteger, principalmente el derecho de propiedad.

Nozick encuentra varios problemas en las teorías de justicia distributiva usuales. Por un lado, los principios de justicia distributiva pautados se encuentran por así decirlo, en desventaja con respecto a los principios de justicia retributiva pues no dan a las personas el derecho a decidir que hacer con lo que se tiene, no dan, en definitiva, el derecho a perseguir un fin de manera voluntaria⁷³. Asimismo, las teorías distributivas son teorías de justicia receptiva puesto que concentran su

⁷¹ *Ibidem.* p. 157.

⁷² *Ibidem.* p. 156.

⁷³ *Ibidem.* p. 169.

atención en el recibir y descuidan completamente cualquier derecho que una persona pueda tener a dar.

Por otro lado, los principios de justicia distributiva necesitan de pautas dadas que establezcan actividades redistributivas. En opinión de Nozick, es difícil que las pertenencias a las que se accedió libremente y las personas que accedieron a ellas, se acomoden a dichas pautas. La redistribución necesaria, implicaría para el autor, la consiguiente violación de derechos de las personas⁷⁴. Explicaremos de que modo se verificaría esta violación en el esquema planteado por Nozick a partir del caso del derecho de propiedad. Dice Nozick que el núcleo central del derecho de propiedad sobre X consiste en el derecho a determinar qué es lo que se quiere hacer con X. Por supuesto que el universo de acciones a realizar con X no es ilimitado y existen restricciones. Por ejemplo, dice el autor, mis derechos de propiedad sobre mi cuchillo implican que, entre otras acciones, puedo dejarlo en donde yo quiera, pero no podría dejarlo incrustado en el pecho de otro. Los derechos de los demás operan como restricciones a mis derechos⁷⁵.

Ahora bien, Nozick apelando a nuestro sentido común nos pregunta si en una situación dada, consideraríamos ilegítimo que un sistema impositivo se apoderara de algo del tiempo de recreación de una persona con el propósito de servir a los necesitados. El sentido común indicaría que deberíamos responder asertivamente a su pregunta. Luego nos pregunta lo siguiente: Si consideramos ilegítima la situación anteriormente planteada, ¿Cómo podríamos considerar legítima la apropiación que mediante impuestos se hiciera de nuestros bienes con los cuales pretendemos por ejemplo recrearnos? Esta argumentación le permite a Nozick afirmar en consecuencia que si se tomara dinero de las personas con la finalidad de redistribuirlos para lograr fines tales como la ayuda a los necesitados, en realidad se estaría realizando una apropiación de las acciones de otra persona, por cuanto apoderarse de los resultados del trabajo de una persona equivale a apoderarse de sus horas y a dirigirlo a realizar acciones varias⁷⁶. A continuación y

⁷⁴ *Ibidem.* p. 170.

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ *Ibidem.* p. 173.

para cerrar esta explicación del pensamiento Nozickiano, citaremos su frase lapidaria:

Los principios de estado final y la mayoría de los principios pautados de justicia distributiva, instituyen la propiedad parcial de los otros sobre las personas, sus acciones y su trabajo. Estos principios suponen un cambio de la noción liberal clásica de propiedad sobre uno mismo a una noción de derechos de copropiedad sobre otras personas⁷⁷

4- Recapitulación

Tal como explicamos, el objetivo de este capítulo ha sido el identificar las aporías denominadas de primer orden que el discurso tradicional antepone a los derechos sociales y mediante las cuales pretende atacarlos desde sus raíces.

De acuerdo a las objeciones presentadas, los derechos sociales son intrascendentes y en tal sentido, ajenos al constitucionalismo. Esta característica de ajenidad es sustentada a partir de sostener que debido a que en sus orígenes las constituciones no contemplaron a los derechos sociales, esta aparente falta de pertenencia o presencia en los momentos originarios excluiría a los derechos sociales de toda reflexión constitucional futura. Mediante el estudio de las causas que podrían motivar este juicio por parte del discurso tradicional se concluyó que el mismo, desde un punto de vista estrictamente histórico, no resulta sostenible por cuanto que y tal como se demostró, no es cierto que en los albores del constitucionalismo, los contenidos de tipo social hubieran estado ausentes de la reflexión constitucionalista. De hecho, en sendos documentos constitucionales se hizo mención expresa a contenidos de esta clase.

En segundo lugar, y dejando de lado por un momento la incorrección histórica en la que incurre la posición tradicional, demostramos que dicho juicio

⁷⁷ *Ibidem.* p. 174.

solo podría ser sostenido siempre y cuando se asumieran determinadas posturas identificables en relación a los siguientes tópicos. Primero una cierta filosofía política que aquí identificamos como liberalismo decimonónico que actualmente se identificaría con el liberalismo de corte libertario. En segundo término, una determinada posición iusfilosófica que aquí identificamos como iusnaturalismo racionalista, de la cual el discurso tradicional hereda las notas de inmutabilidad y a- historicidad y en virtud de las cuales llega a sostener que los derechos sociales perdieron en la reflexión jurídica. En tercer lugar y para ser consecuentes, un determinado concepto de Constitución, el racional normativo, el cual se acomoda perfectamente a las notas impuestas por la tradición iusfilosófica latente.

Sólo tras haber desentrañado las posiciones en las que se apoya el discurso tradicional es posible comprender por qué sostiene semejante juicio. Pero al mismo tiempo, este descubrimiento nos permite aseverar que solo sosteniendo esas posturas es posible mantener dicho juicio. Esto nos abre la puerta a posibles y diversas argumentaciones o posiciones a partir de las cuales mantener juicios diferentes a los ofrecidos por la posición tradicional.

Aquí nos hemos limitado a identificar las posiciones apuntadas y a criticarlas señalando sus debilidades. En la segunda parte de este trabajo, ofreceremos acercamientos alternativos que, excediendo el marco de la mera pero necesaria crítica, nos den un sustento diferente para apoyar una nueva lectura acerca de los derechos sociales.

CAPITULO SEGUNDO

LAS OBJECIONES DEL DISCURSO TRADICIONAL PARA LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES. OBJECIONES DE SEGUNDO ORDEN

1-Planteamiento

Las objeciones que se estudiarán en este capítulo pueden ser agrupadas para su estudio en dos clases. Las primeras, versan sobre problemas que presentan los propios derechos sociales para ser reclamados en sede jurisdiccional. El segundo tipo de objeciones, aludirán a problemas que presenta la jurisdicción constitucional para hacerse cargo de reclamos acerca de derechos sociales; es decir; problemas atinentes a los derechos en sí y problemas referidos a las aparentes incapacidades del aparato jurisdiccional para brindar algún grado de protección a esos derechos.

2- Objeciones referidas a los Derechos Sociales

El discurso tradicional acerca de los derechos sociales fundamentales que comenzamos a explicar en la sección anterior, requiere ser precisado en aras a comprender cuáles son las razones concretas que impedirían la justiciabilidad de tales derechos. Comenzaremos por explicar aquellas objeciones que aluden a fallas estructurales o congénitas de los derechos sociales que los convertirían en “derechos imperfectos”⁷⁸ y que intentan debilitarlos en atención a las siguientes características propias: la programaticidad de los enunciados constitucionales que los contienen, la indeterminación de su contenido o carácter *prima facie* y su

⁷⁸ Ver, Hierro, Liborio, L. “Los Derechos Económico- Sociales y el principio de igualdad en la Teoría de los Derechos de Robert Alexy”. En Ricardo García Manrique (ed), Alexy, Robert, *Derechos Sociales y ponderación*. Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo, 2007, p. 172.

carácter prestacional que implica asumir que se trata de derechos caros y en consecuencia, de difícil o imposible cumplimiento.

En todos los casos, junto a la explicación de la objeción señalada, se ofrecerán unos breves comentarios que intentarán refutar cada una de dichas objeciones.

2.1- El carácter programático de los Derechos Sociales

Dijimos que de acuerdo al discurso tradicional, los derechos sociales no podrían ser exigibles en sede judicial por cuanto los enunciados constitucionales que los contienen son programáticos o de eficacia indirecta⁷⁹ y en consecuencia, se trata de meros programas de acción que expresan solamente un mandato al poder legislativo para su desarrollo a través del diseño de políticas públicas que los satisfagan⁸⁰.

Cabría comentar en primer término, que dicha afirmación carece, en muchos casos, de sustento normativo⁸¹. Observa Pîsarello, que:

Quando se afirma que los derechos sociales son derechos de configuración legal, se sugieren dos cosas: la primera, que los derechos solo pueden resultar exigibles cuando son desarrollados por el legislador independientemente de su reconocimiento constitucional; la segunda, que el legislador goza de un poder ilimitado para proceder o no a ese desarrollo⁸².

⁷⁹ Pereira, Menaut, Antonio Carlos, *op. cit.*, nota 3, p. 348

⁸⁰ Da Silva, José Alfonso, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, trad, de Nuria González Martín. México, Universidad Nacional Autónoma de México- Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 123.

⁸¹ Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos- Universidad Nacional Autónoma de México- Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 778.

⁸² Pisarello, Gerardo, *Los Derechos Sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2006, p. 83.

Para responder a esta objeción, es preciso comenzar diciendo que todos los derechos son de configuración legal, es decir, todos los derechos contemplados a nivel constitucional requieren para su plena vigencia, de desarrollo legislativo y que la falta de dicho desarrollo, no implica que estos derechos, como cualquier otro, no posean un contenido mínimo indisponible y objeto de algún grado de tutela⁸³.

En segundo lugar, esta objeción nos induce a formular la siguiente pregunta: ¿Si el legislador decidiera no dictar las leyes para configurar los derechos en cuestión, los enunciados normativos que los contienen serían letra muerta? Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, entonces debemos coincidir con Sagüés cuando con sentido crítico afirma que en ocasiones “la Constitución rige con permiso de las leyes”⁸⁴. A la luz de los nuevos postulados referidos a la fuerza normativa de la Constitución, resulta una afirmación insostenible. De los enunciados constitucionales, es posible extraer un mínimo contenido normativo judicializable.

Llegados a este punto es preciso realizar una aclaración adicional: el carácter programático no es algo que pueda predicarse de los derechos sociales en general, puesto que la programaticidad depende de una variable exógena a los propios derechos consistente en la voluntad del constituyente plasmada en un enunciado constitucional. Así, en ciertos sistemas jurídicos como por ejemplo el español, los derechos sociales fueron recogidos en el texto constitucional bajo la forma de “principios rectores de la política social y económica” contemplados en los artículos 39 a 52 de la Constitución. Por tal razón fueron excluidos del listado de derechos fundamentales y por ende, del espectro tuitivo de la acción de amparo. Pero como señala Ignacio de Otto, aun en tal caso, dichos principios imponen restricciones al legislador, puesto que son normas jurídicas que obligan a todos los poderes públicos. Es entonces, perfectamente posible que el Tribunal Constitucional examine la constitucionalidad de leyes a la luz de tales normas,

⁸³ *Ibidem.* p. 84.

⁸⁴ Sagüés, Néstor Pedro, *El Tercer Poder. Notas sobre el perfil político del poder judicial*, Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2005. p. 153.

pudiendo sancionar la infracción frontal a tales principios, aunque no podría –de acuerdo al autor- determinar los medios más conducentes para lograr el fin postulado por el principio de carácter social⁸⁵.

Continuando esta línea argumentativa, existen constituciones en las cuales ni siquiera se contemplan normas programáticas que adscriban derechos sociales y estos derechos han sido adscritos interpretativamente. Tal es el caso de Alemania, en donde el Tribunal Constitucional, con base en la cláusula general de igualdad y el principio del Estado Social, ha generado por vía interpretativa, cobertura a posiciones jurídicas de necesidad⁸⁶.

De acuerdo a lo dicho, aun en aquellos sistemas en los cuales expresamente se ha optado por considerar a estos derechos como programáticos, o no han sido siquiera contemplados en tal carácter, resulta posible articular reclamaciones ante las instancias jurisdiccionales aunque claro, sujeta a los límites enunciados.

Concluyendo lo dicho hasta aquí, la programaticidad no es una característica que pueda predicarse en general de los derechos sociales, como si fuera esta una característica inherente a ellos. Se trata en todo caso, de una decisión constituyente, adoptada en sistemas como los mencionados, pero aun ellos, la enunciación programática no ha sido obstáculo para dotar a los derechos sociales de un cierto grado de eficacia.

⁸⁵ De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, 2ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 1998, p. 48.

⁸⁶ Alexy explica que en sistemas jurídicos como el federal alemán, la cláusula del Estado Social ha permitido la cobertura del mínimo vital: “Primeramente se dice que el artículo 1 párrafo 1 LF no obliga al Estado a proteger frente a la penuria material y que el artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF, no confiere al individuo ningún derecho fundamental a una asistencia adecuada por parte del Estado. Pero luego, el Tribunal subraya que con ello no se dice que el “individuo, no tenga ningún derecho constitucional a la asistencia social”, Ciertamente, al deber del legislador de realizar el Estado Social, no corresponden en general, derechos subjetivos, pero si “el legislador omite arbitrariamente, es decir, sin razón objetiva. El cumplimiento de este deber, podría surgir de aquí, un derecho del individuo que puede ser reclamado a través de un recurso de inconstitucionalidad”. Ver. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, trad. de Ernesto Garzón Valdez, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 422 y ss.

Así como la programaticidad se predica de manera descuidada respecto a los derechos sociales, se considera que los derechos civiles constitucionales son operativos o de eficacia directa por el solo hecho de estar contemplados en el texto constitucional. Sin embargo, si apreciamos la forma de los enunciados que contienen uno y otro tipo de derechos, podremos darnos cuenta que a partir de dicho enunciado no es posible predicar la programaticidad respecto a los derechos sociales y la operatividad directa respecto a los civiles. En ciertos sistemas, el constituyente ha optado por generar enunciados normativos constitucionales de igual o similar conformación tanto para los derechos civiles y políticos como para los derechos sociales. Así, por ejemplo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone en su artículo 3 [Todo individuo tiene derecho a recibir educación...]; el artículo 4 [Toda persona tiene derecho a la protección de la salud...] y el mismo artículo en relación al derecho a la vivienda: [Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna...]. La referencia al posterior desarrollo legislativo que la constitución realiza en ambos casos del artículo. 4, no difiere sustancialmente de la realizada por el artículo 7 al determinar que la libertad de escribir y publicar ideas -típico derecho civil- no puede ser censurada ni limitada por ley, salvo afectaciones a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En decir, en ambos casos opera un reenvío al legislador para la regimentación del ejercicio de ambos derechos.

Por tanto, la programaticidad reviste el carácter de una opción sistémica constituyente y no se trata de una característica inherente de los derechos sociales.

2.2- El contenido indeterminado de los Derechos Sociales

Otra objeción que suele plantearse para restar eficacia jurisdiccional a los derechos sociales, refiere a las dificultades que eventualmente pudieran presentarse al intentar establecer el contenido de dichos derechos⁸⁷. Lejos de ser

⁸⁷ Pereira Menaut, Antonio Carlos, *op. cit.*, nota 3, p. 347.

esta una deficiencia exclusiva de los derechos sociales, se trata de una dificultad típica de toda norma constitucional motivada por la textura abierta del lenguaje en el cual están expresados los derechos constitucionales en general. En realidad, sería más preciso hablar de problemas de determinación del contenido de los derechos en general y se debería precisar que dicho contenido suele ser determinable por vía interpretativa.

Las dificultades que los objetores parecerían querer apuntar serían similares a las que se le presentan al intérprete constitucional cuando debe establecer el contenido de derechos de indiscutible judicialización tales como la libertad de expresión, en relación a la cual cabría preguntarse: ¿qué discursos estaríamos dispuestos a proteger a partir de un enunciado constitucional como el que contiene la constitución de los Estados Unidos de América en su enmienda I al expresar que [El Congreso no dictará leyes que restrinjan la libertad de palabra] ¿Cualquier clase de expresiones merecen el amparo del Derecho? En el sistema jurídico mexicano, y siguiendo el caso de la libertad de expresión, deberíamos responder negativamente a la pregunta anterior, pues el constituyente estableció ciertas pautas de control, bajo la forma de restricciones directamente constitucionales prescribiendo en su artículo 6 que “la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público...”. Sin embargo, estas especificaciones del constituyente, parecen aclarar poco, pues cabría preguntarse a continuación: ¿Que debe entender el intérprete por lo moralmente aceptado? ¿Qué grado de afectación puede tolerar el orden público para considerarlo no perturbado? etc.

Estas preguntas, pretenden exponer la idea de acuerdo a la cual el problema acerca de la determinación del contenido de los derechos por vía interpretativa, no afecta de manera exclusiva a los derechos sociales, sino que perturba también a los derechos civiles y en general, a la mayoría de los enunciados constitucionales. Se trata de problemas semánticos, valorativos, entre otros, y por tanto generales y que es función de toda jurisdicción constitucional

enfrentar. Todo tipo de normas presentan “zonas de penumbra” y en consecuencia, un mayor o menor grado de dificultades a la hora de establecer su contenido.

Ahora bien, un defensor del discurso tradicional podría aceptar lo que hemos dicho hasta aquí, que efectivamente el contenido de los derechos fundamentales en general es indeterminado o determinable. Sin embargo, podría contestarnos que de todas formas no reviste igual envergadura determinar – siguiendo con el caso de la libertad de expresión- si un discurso tal ofende la moral pública o no, a determinar ¿qué es aquello que debería hacer por ejemplo la administración de salud para otorgar un grado de protección adecuada ante una situación concreta y respecto a una persona determinada? Su objeción puede resultar a primera impresión como inderrotable. Sin embargo, tal como veremos al estudiar algunos de los casos aquí propuestos, en un sinnúmero de planteamientos en los que se involucran derechos sociales, la conducta exigible en virtud de un derecho social, ha sido previamente delimitada por la propia administración, por lo que, podríamos decir, que el contenido exigible suele estar prefigurado. De tal forma que la cuestión no puede resumirse al absurdo de considerar que ante un planteamiento de derechos sociales, la jurisdicción constitucional le dirá al poder legislativo o al poder administrador qué es aquello que debe hacer en su totalidad para cumplir. En ocasiones, dichos contenidos ya han sido establecidos y solo se trata de racionalizarlos o de exigir el cumplimiento de una conducta ya prediseñada.

2.3- El alto costo financiero de los Derechos Sociales Fundamentales

Se arguye también, que el activismo del juez constitucional respecto a estos derechos, implicaría la posibilidad de obligar al Estado a asignar prestaciones positivas. Con ello, la jurisdicción constitucional se estaría arrogando la facultad –

ilegítima de acuerdo a esta postura- de decretar el gasto público, función que corresponde regularmente a las instancias políticas⁸⁸.

Para sustentar esta objeción, se debe partir del siguiente presupuesto: que los derechos sociales poseen exclusivamente un contenido prestacional y además, que el costo económico de su satisfacción es elevado. Resulta menester aclarar que al igual que los derechos civiles y políticos, los derechos sociales se componen de un plexo obligacional integrado por obligaciones de hacer pero además de no hacer⁸⁹

Profundizando esta idea, los defensores de esta objeción, presuponen que entre derechos civiles y derechos sociales existen diferencias estructurales consistentes en que los primeros conllevan el cumplimiento de obligaciones negativas e imponen, en consecuencia, abstenciones a los poderes públicos. Por el contrario, los derechos sociales implicarían el cumplimiento de obligaciones positivas que, en la mayoría de los casos, deberían solventarse con erogaciones del erario público⁹⁰.

Resulta imperativo señalar que esta comprensión tradicional es inexacta. Los clásicos derechos civiles no solo requieren de conductas omisivas, sino también, de un actuar positivo de los poderes públicos⁹¹. Por ejemplo, derechos tales como la propiedad, el debido proceso, el acceso a la justicia o el derecho de asociación, requieren de grandes erogaciones para por ejemplo, la instalación de registros públicos, y tribunales. Las actividades tendientes al respeto de los derechos señalados, son eminentemente positivas y conllevan la necesaria erogación de recursos públicos⁹².

⁸⁸ Arango, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 114-115.

⁸⁹ Abramovich Víctor y Courtis Christian, *Los Derechos Sociales como Derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 24.

⁹⁰ *Ibidem*. p. 21.

⁹¹ Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R, *The Cost of Rights. Why liberty depends on taxes*, New York, W.W. Norton & Company, 1999, p. 44.

⁹² Abramovich Víctor y Courtis Christian, *op. cit.*, nota 89, p. 23. Ver también: Martínez de Pisón, José, "Los Derechos Sociales: unos Derechos controvertidos" en, Zapatero Virgilio, Garrido Gómez, M^a Isabel, *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Madrid, Universidad de

En relación a los derechos sociales, ocurre algo similar. Ellos también pueden implicar obligaciones negativas que, en general, pueden ser descritas en términos de no afectar su nivel de disfrute. Derechos civiles y derechos sociales presentan una estructura compleja que implica en ambos casos obligaciones negativas y positivas.

El razonamiento medular detrás de las ideas esbozadas consiste en sostener que en realidad, las diferencias normalmente señaladas entre derechos civiles y derechos sociales no son tales. La complejidad deóntica de ambas clases de derechos nos permiten sostener que el rasgo distintivo tradicional que estudia a los derechos desde la “compartimentalización”, debe ser descartado y en su lugar, adoptar el punto de vista de la “indivisibilidad” entre los derechos tal como lo propone Cançado Trindade⁹³

De acuerdo a lo mencionado hasta aquí en relación a la tercera objeción, aun cuando el carácter prestacional de los derechos sociales no implica de ningún modo un impedimento para perseguir su exigibilidad judicial, (aunque en ocasiones si una efectiva dificultad), dicho carácter no agota de ninguna manera las posibilidades de exigibilidad de los mismos. Profundizaremos en las cuestiones estructurales apuntadas al abordar el estudio de la estructura de los derechos sociales fundamentales.

Alcalá, Defensor del Pueblo, Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, 2009, pp. 95-98. Anzuátegui Roig, Javier, “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en Zapatero Virgilio, Garrido Gómez, M^a Isabel, *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Madrid, Universidad de Alcalá, Defensor del Pueblo, Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, 2009, pp., 154-159. Complementando esta idea, desde cierto punto de vista se podría afirmar que todos los derechos son prestacionales por lo menos en un sentido amplio del término por cuanto todos ellos, requieren de una cierta organización estatal y una cierta disponibilidad de recursos. Ver Vicente Giménez, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, Valencia, PUV, Universitat de Valencia, 2006, p.86. Martín Borowski se pronuncia en idéntico sentido al afirmar: “En una primera aproximación, puede decirse que los derechos de defensa implican una omisión estatal y los derechos fundamentales de prestación un deber estatal de acción. No obstante si se efectúa una observación más exacta, esta claridad se esfuma rápidamente”. Ver, Borowski, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad, Carlos Bernal Pulido, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp 110 y ss. De Lora, Pablo, Zúñiga Fajuri, Alejandra, *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva*, Madrid, Iustel, 2009, p. 191 y ss.

⁹³ Cançado Trindade, Antonio Augusto, *El derecho internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, 2^a ed., Chile, Jurídica de las Américas, 2008, p., 95.

Por otro lado, todos los derechos, absolutamente todos, implican un costo económico, no solamente los derechos sociales. Si el costo de los derechos fuera un obstáculo infranqueable para lograr su vigencia, la misma debería estar supeditada, en todos los casos y tratándose de cualquier clase de derechos a la disponibilidad de fondos. Evidentemente el costo es un elemento que puede demorar o dificultar la vigencia de los derechos, pero de ninguna manera es posible aceptar dicho condicionamiento de modo absoluto.

En esta sección, hemos ofrecido tres objeciones, que si bien no son las únicas, son consideradas de peso a la hora de sostener la imposibilidad de articular jurisdiccionalmente reclamos sobre derechos sociales ante la jurisdicción constitucional. Luego de confrontar dichas objeciones con nuestros argumentos, concluimos que pierden peso específico de cara a su objetivo, puesto que en todo caso, se trata de objeciones que, en ciertos casos, pueden ser antepuestas ante la articulación jurisdiccional de toda clase de derechos y en otros, carecen de sustento normativo. A continuación analizaremos otras tres objeciones que tienen como blanco a la jurisdicción constitucional.

3- Objeciones referidas a la jurisdicción constitucional

3.1- La falta de idoneidad técnica de los jueces

En relación a la judicialización de los derechos sociales, es un lugar común afirmar que los jueces carecen de la idoneidad técnica suficiente para resolver sobre aquellos asuntos en los que seguramente se encuentran involucradas difíciles cuestiones técnicas, presupuestarias y económicas⁹⁴.

Nuevamente, las dificultades aludidas, se suelen presentar en relación a todo el espectro de conflictos que pueda plantearse ante la jurisdicción constitucional. Muchas de las decisiones que actualmente debe tomar la

⁹⁴ Cascajo Castro, José Luís, *op. cit.*, nota 27, p. 34.

jurisdicción constitucional, implican la previa dilucidación de difíciles cuestiones técnicas y ellas no son óbice para que la misma intervenga.

Pero incluso en materia común, suelen estar involucrados complejos aspectos técnicos y científicos, médicos, ingenieriles, contables, etc. solo por nombrar algunos de ellos. Si tomáramos en serio una objeción como la aquí esgrimida, la justicia en general debería inhibirse del estudio de casi todos los asuntos de su competencia en los que se encuentren involucrados aspectos técnicos cuyo esclarecimiento es necesario para la resolución del caso. Ocurre que regularmente, ante estos asuntos, los jueces se apoyan en peritos, especialistas, *amicus curiae*, en fin, de expertos y amigos del tribunal que les ayudarán a dilucidar los aspectos que naturalmente escapan a su conocimiento. Los jueces ocupan su lugar por ser expertos en el arte de juzgar bajo normas de derecho y no por ser expertos en los conocimientos específicos que se involucran en cada caso que deben resolver.

3.2- La carencia de pensamiento comprensivo de los jueces

Otra interesante objeción que se antepone a la actividad judicial en esta materia consiste en afirmar que el razonamiento judicial es por excelencia, adjudicador y por tanto, se circunscribe al campo planteado por la litis en cuestión. En consecuencia, el juez constitucional, carecería de visión o pensamiento comprensivo para apreciar las consecuencias globales de su decisión, sobre todo, las de corte económico.

Esta objeción, cobra sentido si consideramos que de acuerdo al posible contenido prestacional de los derechos sociales, su cumplimiento, exigiría la erogación de recursos que, sin la coordinación adecuada por parte de los órganos

políticos apropiados, podría generar afectaciones a la capacidad de planeación del Estado y en consecuencia, generar mayores perjuicios⁹⁵

Rosenkrantz nos ofrece un interesante ejemplo de esta postura. Su análisis parte del concepto de “tecnología perfecta de justicia” acuñado por Bruce Ackerman y que consiste en “la capacidad de implementar las conclusiones sustantivas a las que podríamos llegar si nos embarcamos en un diálogo neutral acerca de como organizar la sociedad”⁹⁶. En su opinión, los jueces carecen de esta capacidad y en consecuencia se encuentran impedidos de saber como la justicia puede ser satisfecha en escala social. La causa de esta imposibilidad se debe a que los jueces solo estarían habilitados para resolver las confrontaciones bipolares propias que se presentan entre demandante y demandado y focalizan su atención a los intereses esgrimidos por ambos. Por ello, no podrían contemplar los intereses y necesidades de quienes no se presentan ante sus estrados y que eventualmente serán inevitablemente afectados por la decisión que se adopte. La no participación de los potenciales afectados, les impediría acceder al conocimiento de muchas otras cuestiones implicadas y por lo dicho, no contempladas⁹⁷. Esta falta de “información” necesaria, en opinión de Rosenkrantz, nos debe hacer concluir que los tribunales no son las entidades adecuadas para luchar contra la desigualdad⁹⁸

En primer lugar, consideramos que las afirmaciones del discurso tradicional sobre este aspecto no responden a una lectura fenomenológicamente correcta de la labor de los juzgadores. El juez constitucional es plenamente consciente de la onda expansiva de sus resoluciones y esa conciencia operará, en algunos casos, como un factor de libertad y en otros, como una causa de restricción para su actividad, pero de ninguna manera, las condiciones externas y los efectos que en

⁹⁵ Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 241.

⁹⁶ Rosenkrantz, Carlos, “La pobreza, la ley y la Constitución”, *El Derecho como objeto e instrumento de transformación*, SELA, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y política 2002, Argentina, Editores del Puerto, 2003, p. 245.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 246.

⁹⁸ *Idem*

el exterior provoquen sus resoluciones le serán inocuas⁹⁹. A guisa de ejemplo baste mencionar el caso Chocobar de 1996 resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina en el cual dicho tribunal subordinó los derechos jubilatorios a un supuesto orden público económico¹⁰⁰.

Amén de la conciencia de los efectos de sus decisiones, los jueces, especialmente los constitucionales, deben cuidarse de entrar en un cálculo de eficiencia entre los derechos y las consecuencias de sus decisiones, pues ello podría implicar el sometimiento de los derechos a un cálculo utilitario que es ajeno a su esencia. En todo caso, si se teme a las consecuencias de las decisiones de los jueces en ciertas materias, concretamente aquellas que tienen que ver con el desarrollo social de los ciudadanos, ello debería ser un llamado de atención a las instancias que en primer lugar deben hacer cumplir los postulados constitucionales. Debemos recordar que, normalmente, la intervención de la justicia se da cuando han fracasado instancias previas y sobre todo, cuando la administración y el poder legislativo han incumplido mandatos constitucionales¹⁰¹.

Si abandonamos una visión confrontativa de las relaciones entre poderes para asumir una visión colaborativa entre ellos, sería posible entender que la jurisdicción constitucional, amén de adjudicar razón a una de las partes en un conflicto dado, tiene una labor como coadyuvante respecto a los demás poderes tendiente a racionalizar su actividad de cara a los postulados constitucionales.

⁹⁹ cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial* trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Colombia, Universidad de los Andes. Pontificia Universidad Javeriana- Ediciones Uniandes- Instituto Pensar- Siglo del Hombre editores, 1999.

¹⁰⁰ Bidart Campos, Germán, *La Constitución Económica*, México, Fundap, 2002, p. 24.

¹⁰¹ Cfr. Uprinmy, Rodrigo, "Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía", en *Precedente. Anuario Jurídico*, Colombia, Facultad de derecho y humanidades- Universidad Icesi, 2001, p. 37 y ss. Respecto a las racionalidades disyuntivas que deben guiar las decisiones judiciales ver: Dalla Vía, Alberto, "Los jueces frente a la política" en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N^o 22, abril de 2005, ITAM, Fontamara, México, 2005, pp. 20- 38

3.3- La objeción contramayoritaria

Quizá, detrás de la objeción anterior se encuentra otra problemática de raíces más profundas que configura la tercera objeción que presentaremos y de acuerdo a la cual, el poder judicial no sería apto para resolver sobre ciertas materias que deberían implicar mayor deliberación y mayor planeación por parte de las autoridades específicas que tienen como función el diseño de políticas públicas que, en el caso de los derechos sociales, tiendan a dar eficacia a los mismos.

En este sentido, el activismo judicial en materia de derechos sociales, resultaría invasivo y poco democrático, por cuanto la adjudicación en esa materia, sobre todo atendiendo a la faz prestacional de los derechos sociales, implicaría para el poder judicial, en cierta medida, la facultad de decretar el gasto público.

Sin embargo, es preciso apuntar que el activismo judicial en la materia no resulta casual ni carente de fundamento. Por empezar, responde a planteamientos de personas, grupos o sectores sociales insatisfechos por la inacción de los otros poderes o, en otros casos, por los retrocesos que las políticas regresivas imponen. Ciertamente, los otros poderes, han perdido, a raíz de una serie de procesos relacionados con la globalización, autonomía para realizar ciertos postulados constitucionales, sobre todo, aquellos relacionados con el bienestar y la planificación de políticas sociales. Esto se relaciona con lo que se conoce como reducción de espacios políticos, motivada a su vez, por la pérdida del lugar central del Estado- Nación como agente autónomo en la toma de decisiones¹⁰².

Ante el escenario descrito, no resulta casual que la jurisdicción constitucional haya comenzado a realizar una labor cada vez más intensa en lo que hace al desarrollo jurisdiccional de los derechos sociales. Ante la reducción de los espacios de deliberación y de las posibilidades de elaborar planes autónomos

¹⁰² cfr. De Vega García, Pedro. "Mundialización y derecho constitucional. La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual" en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comp), *Estado Constitucional y Globalización*, México, Porrúa- Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

de desarrollo, interviene el poder que supuestamente no dialoga, ni negocia por cuanto no es propio de su racionalidad resolutoria básica, sino que adjudica.

Muchas de las críticas en torno a la labor de la justicia constitucional en democracia que apuntan a su carácter contramayoritario, aguardan aun respuesta, sin embargo, es de remarcar que no todo activismo en materia de derechos resulta tan objetado como el que se da en materia de derechos sociales y por otro lado, cabría realizar el siguiente comentario: el activismo de la jurisdicción constitucional en torno a los derechos sociales y, como consecuencia de ello, en aras de mantener un nivel adecuado de las personas en relación a ciertas condiciones materiales de vida, puede ser interpretado también como un trabajo denodado de esta instancia por preservar las condiciones de la democracia, con lo cual, el activismo jurisdiccional, lejos de poder ser considerado antidemocrático, estaría encaminado al mejoramiento de la calidad democrática.

4- Recapitulación

Una vez analizadas las principales objeciones que el discurso tradicional suele presentar respecto a los derechos sociales y su articulación jurisdiccional, podemos adelantar las siguientes conclusiones parciales. Algunas de las objeciones presentadas son, por lo pronto, imprecisas. En referencia a la programaticidad, ella suele ser pregonada como característica natural de los derechos sociales sin reparar que las llamadas normas programáticas son, como se ha dicho, una opción de técnica constituyente. Por otro lado, en la variedad de los sistemas jurídicos, encontramos que los derechos sociales no siempre son contemplados en normas programáticas. Por último, la programaticidad del enunciado no implica la imposibilidad de extraer obligaciones para los restantes poderes. En cuanto a la indeterminación del contenido y el costo de los derechos, se trata de objeciones que podrían ser esgrimidas en contra de los derechos civiles de cuya articulación jurisdiccional no se duda. Por tanto, no encontramos

razones que permitan excluir a los derechos sociales de protección judicial sin más.

En relación a las aparentes incapacidades de la jurisdicción constitucional para hacerse cargo de los derechos sociales y dejando de lado el alto grado de imprecisión de algunas de ellas, en la tercera sección de este trabajo demostraremos que en atención a la expansión funcional de la jurisdicción constitucional, ellas resultan actualmente insostenibles.

SEGUNDA PARTE

APORTACIONES PARA LA SUPERACIÓN DE LAS APORÍAS SEÑALADAS POR EL DISCURSO TRADICIONAL REFERIDAS A LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES Y SU JUSTICIABILIDAD

Introducción

Las objeciones estudiadas en los dos capítulos precedentes a nuestro modo de ver, se encuentran unidas en última instancia por una misma idea matriz consistente en la intención de privar a los derechos sociales de pertenencia al constitucionalismo. La estrategia ha consistido en presentarnos una identidad problemática de estos derechos y un discurso sesgado acerca de ellos, por considerarlos producto de una ideología política determinada, posiblemente el socialismo y en cuanto tales, como un producto espurio y ajeno al verdadero constitucionalismo que es, a su entender, el constitucionalismo liberal, que suele ser presentado como un movimiento neutro por no abreviar –según ellos- de ideología política alguna. Puntualmente lo que se ha hecho desde las posiciones tradicionales ha sido presentar a los derechos sociales como producto de un tipo de Estado determinado, el Estado Social y no como un producto de las evoluciones del constitucionalismo. El constitucionalismo como ideología es un producto de la historia, como hemos dicho en el capítulo primero y de los diversos procesos históricos, este movimiento ha tomado los valores o principios y los ha incorporado a su entramado axiológico.

El objetivo de esta sección consiste en presentar una narrativa constitucional incluyente de los derechos sociales. Para ello procederemos a explicar la primera estrategia confrontativa a adoptar consistente en presentar a los derechos como bienes que el constitucionalismo postula e incorpora y no como producto del Estado o de sus eventuales conformaciones. Consideramos que la

inversión conceptual propuesta es importante de cara a confrontar los peligros que una visión estatalista de los derechos produciría y que consistiría en unir la suerte de los derechos a las transformaciones del Estado de manera definitiva.

El segundo capítulo dará cuenta de los cambios constitucionales a los que hemos hecho referencia y a la forma en la que estos cambios han producido a su vez cambios en la estructura y los fines del Estado.

En el tercer capítulo nos dedicaremos a realizar un estudio acerca de las características del constitucionalismo actual como producto de las evoluciones apuntadas en el capítulo anterior. Con base en ellas, prepararemos el terreno para postular el lugar y la función institucional de los derechos en la actualidad y el papel que en dicho diseño le corresponde desempeñar a los jueces en relación a los derechos en general y a los derechos sociales en particular.

Por último, destinaremos el capítulo sexto a ofrecer una radiografía estructural de los derechos sociales como verdaderos derechos constitucionales y las posibilidades que su estructura compleja ofrece a los operadores jurídicos en el escenario del constitucionalismo actual.

CAPÍTULO TERCERO

CONSTITUCIONALISMO, ESTADO Y DERECHOS

1-Planteamiento

Al revisar la bibliografía acerca de los derechos sociales, es habitual encontrarnos con que su estudio y tratamiento se enmarcan conceptualmente en el escenario del Estado Social¹⁰³. Este señalamiento no pretende sugerir que ello sea un error, pues es claro que y por lo menos en el ámbito doctrinal europeo, el origen de los Derechos Sociales se enmarca con claridad en dicho modelo de Estado de Derecho, o mejor dicho, el tratamiento acerca de estos derechos se puede afrontar de modo preclaro en dicho escenario. Pero ello no nos habilita a que podamos extender más allá del marco meramente explicativo y debido a circunstancias que luego expondremos, los alcances del modelo de Estado de Derecho otorgándole un carácter seminal a partir del cual afirmar que los derechos sociales o la configuración de cualquier tipo de derechos, obedezca al modelo de Estado o que estos sean un producto de aquel. En esta sección trataremos de explicar que el surgimiento y configuración de los derechos y del modelo de estado se deben a los cambios producidos en el constitucionalismo. Esta propuesta podría parecer sutil para unos, baladí para otros, y en consecuencia, innecesaria para ambos. Sin embargo, creemos que puede tener implicancias significativas por lo menos e inicialmente, en el nivel del discurso acerca de los derechos sociales y de cualquier tipo de derechos. Comenzaremos por esbozar algunos de los peligros que podría acarrear el referir a derechos en el marco o como producto del Estado. Acto seguido explicaremos algunas de las razones por

¹⁰³ Baldasarre. Antonio, op. cit., nota 28. Cossío Díaz, José Ramón, *Estado Social y Derechos de Prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1989. González Moreno, Beatriz, *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*. Madrid, Universidad de Vigo- Civitas, 2002. Martínez de Pisón, José, *Políticas de Bienestar. Un estudio sobre los Derechos Sociales*, Madrid, Tecnos- Universidad de la Rioja, 1998.

las cuales y de manera preeminente se habla de derechos en el marco conceptual del Estado y para finalizar explicaremos el marco en el cual deseamos insertarlos.

2- Relaciones entre Constitución y Estado de Derecho.

2.1- Algunos peligros derivados de fundar y enmarcar los Derechos en el modelo de Estado

En primer lugar, ésta al parecer, natural relación entre derechos sociales y Estado Social, nos puede hacer incurrir en lo que sí sería un error, consistente en concluir que solo sería correcto y legítimo hablar de derechos sociales en el marco del Estado Social y que fuera de él, o superado éste como modelo de Estado, carecería de sentido hablar de derechos sociales o que quien lo hiciera, incurriría en un anacronismo con pretensiones de mantener caducas posiciones jurídicas ya superadas debido a las nuevas e imperantes formas que han adquirido las relaciones sociales en el plano jurídico.

Al enmarcar conceptualmente a los Derechos Sociales en el modelo de Estado Social, podríamos incurrir en un segundo error de mayores implicancias, consistente en sostener, aunque sea de modo supuesto o intuitivo, que el modelo de Estado es lo que determina los derechos de las personas y no, por el contrario, que los derechos de las personas son los que determinan la forma del Estado; o dicho de otra manera, que el modelo de Estado determina el diseño constitucional y no al revés, es decir, que es la Constitución la que determina el modelo de Estado¹⁰⁴.

¹⁰⁴ La relación entre Constitución y tipo de Estado en cuanto a cuál de ambos términos de dicha relación mantiene el lugar de concepto determinante o influyente y cual el lugar de concepto determinado o influenciado ha sido pocas veces abordado por la doctrina de modo directo. Normalmente, los términos de esta relación se abordan de soslayo y esto ha ocasionado diversas confusiones conceptuales con efectos normativos posteriores. Como ejemplo de esta utilización comentada de los términos pero afirmando la posición que aquí sostendremos en relación a la influencia de la constitución en el tipo de Estado, cabe mencionar a Peter Haberle quien al referir a la capacidad evolutiva del constitucionalismo pluralista refiere a que la ausencia de dicha capacidad en las constituciones, les impedirían mantener sus propias premisas de libertad y consolidar algún tipo de Estado. Ver Háberle, Peter, *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría*

Desde el punto de vista constitucional, el carácter preeminente del Estado respecto a la Constitución no podría ser defendido si aceptamos la pacífica opinión de Josep Aguiló, para quien el constitucionalismo como ideología significaría *grosso modo* dos cosas: ubicar el reconocimiento de los derechos como base legitimadora de un sistema jurídico y político y recurrir a la forma constitucional como garantía de esos derechos¹⁰⁵.

En esta sección nos interesa plantear la siguiente idea: los cambios en la forma del Estado y por tanto, los pasos del Estado liberal o formal al Estado social o material y de allí al modelo denominado Estado constitucional, se han producido por profundos cambios constitucionales que entre otras cosas, motivan las diferentes estructuras y contenidos del Estado.

Esta idea, que podría parecer superflua decíamos, en realidad no lo es, por lo menos no en función del objetivo ya apuntado, que nos llevaría a sostener que la incursión de los derechos sociales en el plano jurídico fue motivada por cambios constitucionales, que a su vez motivaron cambios en la estructura y contenidos del Estado generando el paso del Estado liberal al Estado social y que las posteriores afectaciones que sufriera la estructura del Estado Social no debieran significar en absoluto, el abandono de los contenidos sociales de la Constitución debido justamente a que dichos contenidos son, en primer lugar de tipo constitucional y luego, pero solo luego, notas de un modelo dado de Estado. Lo dicho significaría que las modificaciones que pudiera producir un Estado, por ejemplo la reducción de las funciones de la Administración propias del Estado Social, mediante cambios legislativos u orgánicos internos, no podrían implicar de ningún modo la pérdida de sustancia de los derechos sociales fundamentales contenidos en la Constitución.

Valdría la pena explicar algunas de las razones por las cuales los juristas se remiten permanentemente al modelo de Estado para hablar de los derechos.

constitucional de la sociedad abierta. trad. de Emilio Mikunda- Franco. Madrid, Tecnos, 2002, p. 117.

¹⁰⁵ Aguiló, Josep, *La Constitución del Estado Constitucional*. Bogotá, Palestra Temis, 2004, p. 107. Por forma constitucional se entiende en un sentido general, una forma diferente a la forma legal ordinaria.

2.2- Razones para comprender el discurso estatalista sobre los Derechos

La posición estatalista acerca de los derechos y la Constitución nos ofrecen diversas lecturas y significados, o mejor dicho, podríamos afirmar que existen diversas posturas estatistas cuya asunción implica a su vez asumir diversas consecuencias. Incluso nos animaríamos a sostener que en ocasiones la visión estatista se proyecta en el discurso acerca del Estado y la Constitución, simplemente por inercia académica y conceptual y sin sopesar demasiado las consecuencias de dicha postura.

Jiménez Asencio sostiene categóricamente que el Estado es el presupuesto del derecho constitucional¹⁰⁶ y pareciera apoyar esta afirmación en la idea de acuerdo a la cual, “no se puede dudar de la importancia que tiene el proceso de formación del Estado moderno como clave explicativa de la aparición del constitucionalismo y de la Constitución”¹⁰⁷. Pues bien, a partir del juicio del autor y de la explicación en la cual lo sustenta, resulta obligado realizar la siguiente aclaración. Si consideramos la afirmación sin tomar en cuenta la explicación, es perfectamente posible darle una extensión de la que carece y proceder a asignarle al Estado una preeminencia conceptual por sobre la Constitución. Pero si consideramos la explicación ofrecida, la razón del enunciado, comprenderemos que tal preeminencia conceptual no existe. Simplemente, y en esto estaremos plenamente de acuerdo con el autor, el origen del Estado moderno, explica el surgimiento del constitucionalismo y de la Constitución, y ello porque lo que motiva el surgimiento del constitucionalismo como ideología que contiene la idea esencial de límite al poder, es la concentración de poder potencialmente desbordante e invasivo que motivó a su vez el surgimiento del Estado moderno. Sin embargo, superado el momento de la determinación factual, en el cual el Estado es el motivador del constitucionalismo, la Constitución asume el rol de determinante en relación al Estado y en consecuencia, adquiere un papel conceptualmente

¹⁰⁶ Jiménez Asencio, Rafael, *El Constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos de derecho constitucional*. 2ª ed. Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 19.

¹⁰⁷ *Ibidem*. p. 21.

preeminente. Como veremos a continuación, la visión estatalista puede asumir formas más peligrosas en cuanto a sus consecuencias.

Enmarcar la discusión acerca de los derechos, sean cuales sean, a partir del concepto de un tipo de Estado determinado, sea este el modelo liberal o el modelo social con los alcances explicados y que rechazamos, es a nuestro modo de ver, una suerte de resabio de lo que Fioravanti ha denominado el modelo estatalista de fundamentación de los derechos. La fundamentación estatalista como modelo teórico, se materializó en la Europa posrevolucionaria del siglo XIX bajo los auspicios liberales y como reacción al temor de la impronta jacobina que auspiciaba un escenario político en permanente desestabilización¹⁰⁸. Específicamente, un poder constituyente permanentemente movilizado como preconizaba el ideario jacobino, era una amenaza para la autonomía de la sociedad civil pero también para los poderes públicos dando lugar a un dirigismo estatalista¹⁰⁹, que en definitiva ocasionaría que las instituciones públicas derivasen de las voluntades, intereses y necesidades de los individuos y las fuerzas sociales, dotándolas así de una permanente inestabilidad, provocada a su vez por los cambios de las voluntades¹¹⁰. Los liberales decimonónicos, con el ánimo de lograr un sistema estable, van perfilando un modelo contradictorio pues segmentan o fraccionan la herencia de la revolución y selectivamente toman la idea de derechos y solo de aquellos que garantizaran el anhelado ámbito de autonomía. Pero de inmediato descartan la herencia democrática y jacobina para dar lugar a la apreciada estabilidad de los poderes públicos. Como consecuencia de este fraccionamiento, escinden los términos Estado –Sociedad con la doble finalidad de proteger a la sociedad y a los individuos de las intromisiones arbitrarias del Estado, pero al mismo tiempo, se persigue proteger a los poderes públicos frente a las voluntades particulares¹¹¹.

¹⁰⁸ Fioravanti, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. 3ª ed., trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2000, p. 98.

¹⁰⁹ *Ibidem*. p.101.

¹¹⁰ *Ibidem*. p.103.

¹¹¹ *Idem*.

Pero todavía no hemos explicado por qué la operación liberal descrita desemboca en una postura estatalista de los derechos. La respuesta se encuentra en la necesidad ya mencionada de buscar la estabilidad de las instituciones y poderes públicos. Resultaba imperioso negar que la configuración de las instituciones políticas derivase del poder constituyente de los ciudadanos. Para ello, se requería erradicar la idea de acuerdo a la cual, en la base de las instituciones se encuentra el pueblo como suma de muchas individualidades¹¹² y reemplazar ese concepto por otro más funcional a sus intereses. Dicho concepto fue el de Nación. Ella no se identifica con el sujeto del Poder Constituyente sino que se trata de un concepto histórico-natural. Para esta postura, la Nación es un producto de la historia, sentencia Fioravanti, que se ubica allende las voluntades individuales y los resultandos contractualistas¹¹³. Las instituciones políticas son así, producto de la historia de una determinada Nación¹¹⁴. El problema de esta postura no es tanto su carácter historicista, sino el entendimiento que realizan del concepto de Nación. Explica nuestro autor que el Estado de Derecho, pasó a ser entendido como el “reflejo orgánico” de la Nación y en tanto cual, como defensor de los derechos ante la Constitución, el poder constituyente y las voluntades individuales¹¹⁵.

Así, se produce un vuelco significativo en la Europa continental del siglo XIX y que distinguirá su tradición constitucional de la otra gran tradición, la norteamericana:

Mientras en los Estados Unidos los derechos están en la constitución y el arbitrio puede provenir de los poderes del Estado, en la Europa continental los derechos están en el Estado y el arbitrio puede provenir del poder constituyente, del contrato social, de la constitución como fruto de las voluntades de los individuos y de las fuerzas sociales¹¹⁶.

¹¹² *Ibidem.* p. 105.

¹¹³ *Idem.*

¹¹⁴ *Ibidem.* p. 107.

¹¹⁵ *Idem.*

¹¹⁶ *Idem.*

El uso del término Estado de Derecho, del cual el Estado Social de Derecho es una modalidad posterior, se gestó en el ámbito alemán, debido a la labor de los publicistas germanos quienes acuñaron el concepto siendo utilizado por primera vez por Carl Th. Welcker en 1813¹¹⁷.

El concepto de Estado de Derecho se configuró en sus inicios de acuerdo a las siguientes notas características: El Estado es una comunidad al servicio del interés común; su labor debía limitarse a mantener la libertad y seguridad de las personas y su estructura y actividad debía estructurarse de acuerdo a ciertos principios racionales: el reconocimiento de los derechos básicos de la ciudadanía y la división de los poderes¹¹⁸. Este Estado, -sostiene García Pelayo- tuvo un fin jurídico consistente en el mantenimiento del orden jurídico pero el contenido de tal fin, estaba más allá de la propia voluntad del Estado, se encontraba, siguiendo a Kant, en los principios a priori de la libertad del hombre¹¹⁹.

Asimismo, el concepto de ley es central para comprender el Estado de Derecho. Bajo el concepto originario, el Estado no podía actuar mandando o prohibiendo algo que no estuviera contenido en un precepto legal¹²⁰. Por ley entendemos la regla general surgida de las instancias deliberativas y representativas¹²¹.

Sin embargo, luego y por la influencia del positivismo, el Derecho, todo él “es estatal y toma la forma de ley”¹²². De este modo, el concepto de Estado de Derecho se vuelve autorreferencial pues de ahora en más el derecho deja de ser un concepto a priori en relación al Estado sino que se trata de un derecho producido por el mismo aparato estatal y así, las limitaciones pasan a ser

¹¹⁷ Böckenforde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de Rafael de Agapito Serrano. Madrid, Trotta, 2000, p. 18-19. En igual sentido Véase. García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 4, p. 157 y Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 7ª. ed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 219.

¹¹⁸ *Ibidem.* p. 19-20.

¹¹⁹ García Pelayo, Manuel. *op. cit.*, nota 4, p. 157.

¹²⁰ *Ibidem.* p. 159.

¹²¹ Böckenforde, Ernst Wolfgang, *op. cit.*, nota 117, p. 23.

¹²² García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 4, p. 159

autolimitaciones¹²³. Este proceso de identificación del Estado con el Derecho, llegará a su momento culmen con la Teoría del Estado y del Derecho de Hans Kelsen quien sostendría que el Estado es la personificación del orden jurídico nacional¹²⁴

De esta forma, los liberales del siglo XIX y en el ámbito continental europeo, para evitar las arbitrariedades del Estado, depositaron su confianza en el mismo Estado, olvidando, previa labor de fraccionamiento de la herencia revolucionaria, que la verdadera defensa debía ser contra el mismo Estado y a través de los Derechos. La Constitución entonces, pasa a ocupar un lugar secundario. Se confirma su papel de programa para el gobierno ya avizorado desde la presencia del claro legicentrismo revolucionario francés y el Estado pasa a ocupar un lugar central en el discurso acerca de los Derechos.

La superioridad del Estado con respecto a la Constitución fue claramente manifestada por Bismarck cuando afirmó la prioridad del Estado sobre la Constitución recurriendo a una alegoría según la cual, el Estado sería la casa sólidamente construida y la constitución, respecto a esa casa sería la elección por un determinado arrendamiento, es el lujo –dijo- que nos podemos permitir cuando sabemos que la casa ya existe¹²⁵.

La referencia a los Derechos en el marco conceptual del Estado de Derecho y no en el marco de la Constitución fue mantenida posteriormente y muy especialmente entre los publicistas europeos de la I y II posguerras que abordaron el tema específico de los Derechos Sociales y el Estado Social. Quizá el autor paradigmático sobre estos temas haya sido Ernst Forsthoff a cuyo pensamiento dedicaremos las siguientes líneas pues consideramos que a pesar de haber introducido los conceptos de administración prestadora y procura existencial y así, haber dado un impulso fundamental para la configuración del Estado Social, al

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, p. 215.

¹²⁵ Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001, p. 139.

mismo tiempo sus ideas coadyuvaron, siguiendo la tradición estatalista descrita líneas arriba, a divorciar a los derechos sociales del constitucionalismo para reducirlos al terreno de la actividad prestadora de la administración.

Forsthoff parte de un hecho incontestable: a partir del desarrollo de la sociedad industrial, las relaciones sociales han sufrido profundas modificaciones ante las cuales no puede responder el esquema propuesto por el Estado liberal de acuerdo al cual el Estado debía limitarse a la protección del individuo frente a la arbitrariedad y a las injerencias injustificadas. Las transformaciones sociales han provocado que esas funciones sean insuficientes¹²⁶. Especialmente Forsthoff critica al derecho administrativo de su tiempo generado a partir de la dogmática liberal y de acuerdo al cual solo cabía hablar de un poder de policía en sentido negativo pero no de ese mismo poder como capaz de generar un fomento positivo de bienestar¹²⁷.

A la luz de esta observación, Forsthoff elabora el concepto de procura existencial que se apoya en las siguientes premisas: El proceso de industrialización ha provocado la aglomeración de grandes cantidades de personas en las ciudades. Por esta razón, la previsión individual de la existencia, es decir, la autogestión personal para la cobertura de las necesidades, ha sufrido grandes limitaciones¹²⁸. El proceso descrito generó a su vez que el espacio vital dominado, es decir, “aquel que le está atribuido al individuo de modo tan intenso que puedas disponer de él o al menos que esté facultado para utilizarlo permanentemente” ha perdido terreno extraordinariamente con respecto al espacio vital efectivo, por el que se entiende “aquel en el que transcurre efectivamente la existencia de los individuos”¹²⁹. La pérdida del espacio vital dominado ha generado en fin, que la persona pierda autonomía para la gestión de la cobertura de sus necesidades. Recursos tales como gas, agua, energía,

¹²⁶ Magaldi, Nuria, *Procura existencial, Estado de Derecho y Estado Social*. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 75.

¹²⁷ *Ibidem*. p. 79.

¹²⁸ Forsthoff, Ernst, *El Estado de la Sociedad Industrial*. trad. de Luís López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz, Madrid, Centro de Estudio Políticos, 1975 Colección Civitas, p. 120.

¹²⁹ *Ibidem*. p. 121.

alcantarillado etc., escapan a la gestión particular. El individuo ya no puede autogestionarse esos bienes cuya carencia provocaría que la persona cayera en situación de indigencia y esta no dependería de la fortuna personal del individuo¹³⁰. Por ello, es entonces ahora tarea del Estado ofrecer la cobertura de dichas prestaciones¹³¹.

Hasta aquí, los argumentos torales del pensamiento de Forsthoff tendientes a apuntalar la idea de Estado Social. Sin embargo, realizada esta operación, el autor se encargará de eliminar cualquier relación entre procura existencial y derecho constitucional.

En primer lugar, considera que sería un error extender la garantía de la Constitución a la previsión de la existencia porque dicha labor no obedece a la lógica de la constitución. La Constitución –de acuerdo a Forsthoff- por su lógica y estructura está “indicada” para la protección de la libertad¹³². La lógica de la constitución, que es la lógica de la libertad, significaría que el interés del individuo consiste en el distanciamiento frente al Estado. Por el contrario, en el marco de la previsión de la existencia, el interés del individuo consiste en asegurar su participación en los servicios del Estado¹³³. Si la Constitución pretendiera asegurar esta participación, que es cercanía, estaría contradiciendo su lógica interna que consiste de acuerdo a Forsthoff, en mantener distanciados al individuo y al Estado.

Cuando Forsthoff afirma que la gestión de la procura existencial es responsabilidad del Estado, está pensando más concretamente en la Administración. En efecto, para dicha gestión, es necesario contar con una organización que actúe bajo reglas racionales. La Administración, verá así incrementadas sus funciones y su papel frente al Poder Legislativo. De acuerdo a Magaldi, es en el contexto de este nuevo y preponderante papel para la

¹³⁰ *Idem.*

¹³¹ *Ibidem.* p. 122.

¹³² *Ibidem.* p.124.

¹³³ *Idem.*

Administración que debe ser entendida la famosa frase de Fortshoff “los problemas constitucionales de nuestro tiempo son problemas administrativos”¹³⁴.

Para culminar nuestros comentarios acerca de la visión de Forsthoff, resulta indispensable entonces decir si para este autor, la procura existencial daría lugar a algo que pueda ser reconducido a la idea o noción de Derechos y en segundo lugar, si estas posiciones jurídicas podrían eventualmente ser judicializables es decir, ser objeto de reclamo en sede jurisdiccional.

En relación a la primera cuestión, la respuesta ofrecida por Forsthoff es rotundamente negativa. Las prestaciones que se originen en la procura existencial no dan lugar a ningún derecho¹³⁵. El Estado social no desaparecería, pero la aspiración debería ser a que el individuo recupere sus espacios de autonomía mediante su vinculación con comunidades orgánicas y de este modo se vuelva independiente con relación al Estado¹³⁶.

De la respuesta anterior se puede deducir con facilidad la respuesta a nuestro segundo interrogante. La procura existencial, no concede derechos y en consecuencia, de ella no pueden extraerse “consecuencias jurídicas directas”, que permitan incoar acciones ante los tribunales.

Luego de concebir el concepto de procura existencial como piedra de toque del Estado Social y de justificar la responsabilidad del Estado para su consecución, Forsthoff parecería diluir sus esfuerzos al divorciar los contenidos sociales de la Constitución, negar que las posiciones de necesidad den lugar a derechos y por último y como consecuencia de lo anterior, que dichas posiciones puedan ser judicializables. Por último, parecería dar a entender que el Estado social sería una estructura provisional sobre todo en su preponderancia más no en su existencia, que permitiría el cumplimiento de la procura existencial hasta tanto los individuos logren generar nuevos ámbitos de autonomía para gestionar su existencia. El pensamiento forsthoffiano es realmente complejo y en ocasiones

¹³⁴ Magaldi, Nuria, *op. cit.*, nota 126, p. 88.

¹³⁵ *Ibidem.* p. 103.

¹³⁶ *Idem.*

podría resultar contradictorio. Sin embargo, la aparente contradicción de su pensamiento podría diluirse si comprendemos que en realidad Forsthoff tiene, como buen jurista germano, una irrenunciable y muchas veces silenciosa fe en el Estado. Afirma que “la previsión de la existencia es superior, existencialmente, a la constitución política”¹³⁷. Esta sentencia, encierra muchos significados y consecuencias. Aquí nos animaremos a realizar una posible lectura. Si como lo ha afirmado, la procura existencial es responsabilidad irrenunciable del Estado, más concretamente de la Administración¹³⁸, y decide prescindir de la forma constitucional, para su instauración por considerar que dichos contenidos contradicen la lógica constitucional, y al mismo tiempo sentencia que la previsión de la existencia es superior a la constitución, se pueden extraer dos conclusiones: La primera, que en su opinión, la actividad del Estado puede ser configurada con independencia de la constitución y la segunda, que el Estado y específicamente la Administración, es siempre fiel cumplidora de sus responsabilidades. Desde la óptica constitucionalista sabemos que ello no es así, porque la lucha sempiterna del constitucionalismo ha sido y es establecer canales de acción para la actividad del Estado y ofrecer medios de protección y defensa para cuando el Estado no cumple con sus responsabilidades en sentido positivo y negativo.

Las ideas de Forsthoff en consecuencia, solo pueden ser comprendidas si se asume de modo previo que lo que le inspira es, tal como lo hiciera con los publicistas alemanes del siglo XIX, una postura idealista respecto al Estado como organización que natural y racionalmente solo puede tender al bienestar del individuo.

2.3- Superación de los peligros ocasionados por referir a los Derechos desde el modelo de Estado

¹³⁷ Forsthoff, Ernst, *op. cit.*, nota 128, p. 127.

¹³⁸ Su convencimiento al respecto es tal que con rotundidad llega a afirmar que la necesidad de la previsión de la existencia no se puede discutir de manera racional. *Ibidem*. p. 123.

La evolución posterior que tuvo el concepto de Estado de Derecho, permitió superar el carácter formal y autoreferencial del que le dotaran la iuspublicística alemana y el positivismo. Posiblemente esto quedó materializado en la breve pero significativa expresión de Elías Díaz cuando afirmó: “No todo Estado es Estado de Derecho”¹³⁹. Efectivamente, de acuerdo a Díaz, el Estado de Derecho es una construcción, una invención y también un resultado histórico¹⁴⁰ que ha sido dotado de ciertos caracteres sin los cuales resultaría imposible hablar de Estado de Derecho. Dichos caracteres serían: I- El imperio de la ley; II- La división de poderes; III- Fiscalización de la Administración; y IV- Derechos Fundamentales¹⁴¹.

Con base en estos caracteres basamentales, el Estado de Derecho fue evolucionando y transformándose mediante la progresiva inclusión de contenidos determinados, generando tres manifestaciones o subespecies. El Estado Liberal de Derecho, que en cuanto a materia de Derechos, se caracterizó por la inclusión de derechos civiles y políticos¹⁴², El Estado Social de Derecho que sin romper con el sistema capitalista del modelo anterior, pretende morigerar sus defectos mediante la inclusión de los derechos sociales¹⁴³ y por último, el modelo de Estado democrático de Derecho en cuyo marco se promueve la inclusión de los denominados derechos de tercera generación, sobre cuya lista no existe acuerdo pero que solo a título enunciativo y siguiendo el esquema propuesto por Elías Díaz, podríamos incluir a los derechos de las minorías étnicas, religiosas, lingüísticas, sexuales, derechos de los inmigrantes, mujeres, niños, entre otros grupos vulnerables, derecho al medio ambiente sano, a la paz, al desarrollo, a la protección respecto a las amenazas procedentes de los avances tecnológicos etc.¹⁴⁴

¹³⁹ Díaz, Elías, “Estado de Derecho”. en Díaz, Elías y Ruíz Miguel, Alfonso (eds), *Filosofía Política II. Teoría del Estado. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, Trotta- Consejo Superior de Investigaciones científicas, 1996. p. 63.

¹⁴⁰ *Ibidem*. p. 64.

¹⁴¹ *Ibidem*. pp. 65-66.

¹⁴² *Ibidem*. p. 72.

¹⁴³ *Ibidem*. p. 75.

¹⁴⁴ *Ibidem*. p. 79.

Así, si bien la conceptualización ofrecida por Elías Díaz nos permite, como afirmáramos, superar el formalismo del Estado de Derecho por cuanto este siempre deberá estar dotado de ciertos contenidos en forma de derechos para ser tal, no nos queda claro hasta qué punto nos permitiría además conjurar la nota de autoreferencialidad.

2.4- Los Derechos desde la Constitución

A nuestro modo de ver, la autoreferencialidad no podría ser abatida, a menos que logremos establecer que los Derechos que componen el contenido del Estado de Derecho, no son en él y para sí sino que encuentran su raíz positiva en un lugar diferente a él. Es decir, la nota de autoreferencia solo podría ser excluida si aceptáramos que los Derechos están contenidos en otro lugar y que desde él, informan la estructura y actividad del mismo Estado. Ese lugar es la Constitución y conceptualmente precede al Estado.

A esta cuestión tan clara para el constitucionalismo hicieron expresa mención los integrantes de la Asamblea Nacional Francesa que el 26 de agosto de 1789 dictara la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que en su art. 16 estableció que “Toda sociedad que no asegura la garantía de los derechos ni determina la separación de los poderes, no tiene Constitución” o Thomas Paine cuando escribió que “una constitución no es un acto de gobierno y un gobierno sin constitución es un poder sin derechos”¹⁴⁵. En similar aproximación, Martin Kriele, aunque sin escapar a la nomenclatura típica alemana y hoy ya europea, de acuerdo a la cual cuando hablamos de constitución se hace en términos de Estado Constitucional, refiere ideas tales como que los derechos humanos solo pueden realizarse mediante el cumplimiento de su función

¹⁴⁵ Paine, Thomas, “Los Derechos del Hombre parte II”, trad. de Elsa Ruth Martínez Conde, en Bruce Kuklick (ed), México, *Escritos Políticos de Paine*, Gernika, 1992, p. 193.

primordial consistente en limitar el poder estatal y esto sucede solo cuando el orden jurídico incluye la defensa de los derechos humanos¹⁴⁶.

García Pelayo pone las cosas en su lugar. Comprende que entre Constitución y Estado existe una suerte de relación dialéctica a partir de la cual ambos términos se implican mutuamente y lo explica de la siguiente manera:

La constitución forma parte del orden estatal, pues el Estado es una unidad de poder que actúa mediante el despliegue del tal poder. Más para la existencia de dicha unidad, y para hacerla actuante se precisa una organización, y esta organización de los poderes públicos es precisamente la constitución. En verdad que ni la organización del Estado se agota en la constitución, ni ésta se agota en la organización del estado; pero sí es, en una o en otra forma, parte integrante y supuesto de la existencia de esta¹⁴⁷.

Con el ánimo de aportar mayor claridad a nuestras ideas, traeremos a colación una explicación más detallada de García Pelayo en relación al tema de las relaciones entre Constitución y Estado. En su famosa obra *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, establece que la Constitución es parte de un sistema más amplio que denomina “sistema constitucional”. El cual se compone de dos subsistemas: el subsistema normativo constitucional que se compone por la Constitución, la legislación que se dicta para concretizar los preceptos constitucionales, la jurisprudencia constitucional y en fin, todas aquellas normas que se refieren a “valores, objetivos políticos, competencias y relaciones entre los poderes supremos del Estado”¹⁴⁸. Junto a este subsistema, existe otro al que denomina subsistema político constitucional que no refiere a conexiones normativas sino a las relaciones de poder entre los sujetos y actores constitucionales que actualizan políticamente a la Constitución y operan con arreglo a las opciones y posibilidades permitidas por la propia Constitución. Se

¹⁴⁶ Kriele, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*. trad. de Eugenio Bulygin. Buenos Aires, Depalma, 980, p. 150.

¹⁴⁷ García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 4, p. 101.

¹⁴⁸ García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 3ª ed., Madrid, Alianza Universidad, 1982, p. 185.

refiere específicamente a actores tales como el parlamento, la administración, los partidos etc.¹⁴⁹ Es decir, que el marco de actuación de los poderes del Estado está determinado por la Constitución y en tal sentido, se actualiza su función de presupuesto con relación a la conformación y actuación del Estado.

En apoyo a esta idea tan preclara, aunque en ocasiones olvidada, Konrad Hesse aporta una serie de ideas interesantes al explicar cuáles son, en su opinión, las tareas fundamentales de una Constitución. De acuerdo a Hesse, la Constitución tiene dos tareas fundamentales consistentes en formar y mantener la unidad política y crear y mantener el ordenamiento jurídico¹⁵⁰. A su vez, desglosa el cumplimiento de estas dos tareas en tres funciones más específicas, a saber, la función de integración, la de organización y la de dirección jurídica.

En cuanto a la función de integración y específicamente en relación al Estado, sostiene Hesse que esa unidad política denominada Estado, no viene dada, sino que por el contrario, debe ser construida, lograda, por cuanto en el marco de las modernas sociedades pluralistas, en ella se aglutinan intereses yuxtapuestos de grupos diversos que deben ser integrados. El éxito de esa integración depende de factores extrajurídicos, tales como la tradición, el nivel de conciencia política etc. Pero además dependerá de factores jurídicos, del Derecho, pues todo proceso organizativo necesita de un ordenamiento jurídico, específicamente de la Constitución que cumple con dicha función a través de los derechos fundamentales. Así, “la Constitución puede considerarse como el ordenamiento jurídico del proceso de integración estatal”¹⁵¹.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico no solo es indispensable para formar esa unidad política sino también para que ella funcione. Justamente, las competencias requeridas para que los órganos del Estado actúen se fundan en la

¹⁴⁹ *Ibidem*. p. 186.

¹⁵⁰ Hesse, Konrad, “Constitución y Derecho Constitucional”. en Benda, et. al., *Manual de Derecho Constitucional*. 2ª ed., trad de Antonio López Pina. Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 3.

¹⁵¹ *Idem*.

Constitución y de esta forma, la Constitución funda el poder del Estado conforme a Derecho¹⁵².

Por último, la Constitución provee de sustancia a través de la determinación de los contenidos materiales o morales mínimos con base en los cuales debe estructurarse la comunidad política y el Estado. Esos contenidos se expresan en la Constitución a través de la forma de derechos fundamentales y así, la Constitución brinda los parámetros que deben inspirar un ordenamiento jurídico moralmente recto¹⁵³ en términos de Hesse o si se prefiere, un ordenamiento jurídico válido en sentido sustancial¹⁵⁴.

La situación que la Constitución guarda en relación al Estado como supuesto, es decir, como antecedente, nos permite confirmar lo que estableciéramos líneas arriba: que la Constitución guarda, por lo menos conceptualmente, un lugar preeminente con relación al Estado en las diversas modalidades que este pudiera adoptar y la idea de Estado de Derecho, en sus diversos modelos históricos se pueden considerar componentes agregados del constitucionalismo¹⁵⁵

3- Recapitulación

El aceptar la premisa aquí postulada de acuerdo a la cual, la Constitución precede conceptualmente al modelo de Estado nos permitirá, en primer lugar, eludir la fundamentación estatalista acerca de los derechos. De ello se desprenderán una serie de consecuencias importantes para nuestro

¹⁵² *Ibidem.* p. 4

¹⁵³ *Ibidem.* p. 5.

¹⁵⁴ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, 2ª ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2001, p. 20-21.

¹⁵⁵ Aguiló, Josep, *op. cit.*, nota 105, p. 108. Motivados por el ánimo de no exceder los límites de la discusión aquí propuesta, hemos preferido no ahondar en las relaciones entre Constitución y Estado. Más concretamente, de modo subliminar, hemos sostenido que los términos Estado y Constitución, son conceptual y operativamente separables al grado que se ha apuntado en la doctrina con ocasión del estudio del proceso constitucional europeo, que es posible hablar de una Constitución sin Estado. Para profundizar en el tratamiento de este tema Ver. Grasso Prieto, Giuseppe, *El Problema del constitucionalismo después del Estado moderno*. trad. de Juan Bms Vallet de Goistisolo y Miguel Ayuso Torres, Madrid, Marcial Pons, 2005.

planteamiento. Primero, que los cambios generados en la Constitución, determinan las adecuaciones fundamentales que el Estado debe realizar, en sus estructuras, en los contenidos a desarrollar y en la forma que debe adoptar dicho desarrollo. Segundo, las transformaciones operadas en el concepto de Constitución no solo se refieren a los posibles contenidos materiales que, se expresan en términos de derechos, principios o valores y que con el tiempo se han ido incrementando, los cambios han sido también conceptuales. Por ejemplo, el paso de la comprensión de la Constitución como programa a la Constitución como norma directamente aplicable por los tribunales ha ocasionado, muchas veces sin que medien cambios normativos significativos, que las relaciones entre los órganos del Estado deban ser repensadas y modificadas. En el último capítulo de este trabajo, demostraremos como los cambios conceptuales en el nivel de la reflexión constitucional y una nueva comprensión acerca de la Constitución y su posición en el sistema jurídico, han generado que los órganos del Estado deban alterar ciertos patrones de actividad institucional. Por último, que las modificaciones producidas en la misma estructura del Estado por razones que obedezcan a su lógica interna o a condicionamientos externos, no podrían implicar modificaciones en el subsistema normativo constitucional. Ejemplificando lo dicho, las transformaciones que se produjeran en la estructura del Estado de bienestar con motivo de la implementación de políticas neoliberales que impliquen la reducción de las agencias prestadoras del Estado, no debería afectar la validez de los derechos sociales fundamentales contenidos en la Constitución. A lo sumo, dicha reducción afectaría el nivel de eficacia de esos derechos que en todo caso, y siguiendo el esquema propuesto por García Pelayo, operarían como límites normativos con respecto a lo actuado por los actores del subsistema político constitucional¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Para analizar la relación postulada por los sectores neoliberales entre crisis del Estado Social y la consecuente debilidad de los derechos sociales ver: Pérez Luño, Antonio Enrique, "Los Derechos Sociales y su significación actual" en, Zapatero Virgilio, Garrido Gómez, M^a Isabel, *Los Derechos Sociales como una exigencia de la justicia*, Madrid, Universidad de Alcalá, Defensor del Pueblo, Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, 2009, p. 37-58.

En lo que sigue del desarrollo de ésta sección, analizaremos los cambios constitucionales que motivaron el surgimiento de tres diversas manifestaciones del Estado de Derecho, la versión liberal, la social y por último, el estadio actual que se recoge bajo el nombre de Estado Constitucional de Derecho. En el tratamiento de esta última categoría, intentaremos explicitar como los cambios operados en el seno de la Constitución y de la reflexión en torno a ella, han operado el cambio en la forma de Estado y así, demostrar que en la actualidad, es la Constitución la que determina el modelo de Estado. Adicionalmente sostendremos que la Constitución de la actualidad y el modelo de Estado que se desarrolla a partir de ella, son el resultado de un proceso evolutivo que ha permitido que en el seno constitucional, se incluyan los contenidos materiales de los modelos o etapas precedentes (derechos civiles y políticos, derechos sociales etc.) y todo un nuevo andamiaje conceptual para comprender la praxis constitucional. En este sentido, la Constitución y el constitucionalismo de la actualidad, conforman una síntesis de los modelos pasados, no exenta claro de tensiones y contradicciones que aquí intentaremos morigerar en cuanto a sus efectos. Una vez puestas las cosas en su lugar afirmando el carácter de antecedente conceptual que la Constitución guarda en relación al tipo de Estado, procederemos a explicar las evoluciones mencionadas, sin prescindir de las referencias al modelo de Estado, pues como aclaráramos al inicio de este capítulo, tal apoyatura en dicho marco de referencia no es errada, siempre que se tome en cuenta que la evolución obedece a cambios y adaptaciones constitucionales que determinan el tipo de Estado y no al revés. .

CAPITULO CUARTO

LOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES Y LAS MODIFICACIONES EN EL MODELO DE ESTADO

1-Planteamiento

Retomando las ideas ya plantadas de acuerdo a las cuales en primer lugar el constitucionalismo es un movimiento evolutivo que responde a los cambios históricos y en segundo lugar, que las evoluciones constitucionales determinan modificaciones en el modelo de Estado, queremos dar cuenta en este capítulo acerca de los procesos mediante los cuales dichos cambios constitucionales, motivados por el paso del constitucionalismo individualista al constitucionalismo social, generaron dos modelos de Estado entre los cuales no se plantea una relación excluyente o de ruptura sino por el contrario, de continuidad.

Procederemos entonces a explicar este proceso evolutivo que ha permitido integrar a los postulados constitucionales los contenidos sociales.

Por último no soslayaremos la cuestión de la crisis del Estado Social, que por cierto, creemos que nos permitirá testear la idea aquí expuesta de acuerdo a la cual, y debido a la preeminencia conceptual de la Constitución sobre la forma de Estado, la crisis del modelo de Estado Social puede obligarnos a replantear su estructura y organización, pero no puede significar el abandono de los postulados ya incorporados a la Constitución.

2- Notas acerca del cambio constitucional

El constitucionalismo definido como movimiento y como un proceso evolutivo político jurídico, tiene como meta la racionalización del poder. Las ideas

motoras o ideas fuerza a través de las cuales lograría dicha meta pueden resumirse en las siguientes : 1- La primacía de la ley (Constitución), 2- La exigencia liberal de someter a límites al poder político a través de su división y del establecimiento de derechos y 3- La seguridad jurídica, alcanzada a través del establecimiento de los anteriores contenidos en un texto escrito, simple y claro¹⁵⁷ y para tal fin, se valdrá de un documento normativo al que llamamos Constitución y que a su vez posee ciertas características a saber, que sea preferentemente escrito, dotado de supremacía y en relación a su contenido, que posea la estructura fundamental del Estado, que defina sus fines y que establezca los derechos de la persona¹⁵⁸.

Como movimiento que es, el constitucionalismo es eminentemente dinámico y desempeña un papel progresivo¹⁵⁹, en consecuencia, su plasmación normativa que es la Constitución se encuentra igualmente sometida a un proceso evolutivo, de cambio y transformación motivado por lo que podríamos llamar el cambio histórico¹⁶⁰. Ahora bien, estas ideas requieren algunas explicaciones adicionales pues la afirmación anterior acerca del carácter progresivo del constitucionalismo y de la Constitución, no es sostenida de forma unánime tal como lo estudiaremos a continuación, aunque por razones diferentes a las explicadas en el capítulo primero.

Carlos de Cabo, en un sugerente trabajo, desarrolla la idea –poco explorada en sus palabras- de acuerdo a la cual, la Constitución desempeña en realidad una función de defensa frente al cambio y en definitiva, una función conservadora¹⁶¹. Explica De Cabo que originalmente y en cuanto que la

¹⁵⁷ Ruíz Miguel,, Alfonso, *Una Filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Madrid, Trotta, 2002, p. 275-276.

¹⁵⁸ Véase. Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 1

¹⁵⁹ De Cabo Martín, Carlos, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado Constitucional y el constitucionalismo del Estado Social*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997 p. 174.

¹⁶⁰ Hesse, Konrad, . *op. cit.*, nota 150, p. 9.

¹⁶¹ De Cabo Martín, Carlos, “La función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones”. en Carbonell, Miguel, (comp), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. México, Porrúa- Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 48. Esta idea, puede ser apreciada como una variación de la sempiterna cuestión de la “mano muerta del pasado” que

Constitución implicó el reemplazo del *ancien régime* por el “nuevo orden”¹⁶², significó un cambio. Pero una vez operado el mismo e instaurado el nuevo orden burgués, la Constitución se ancló en su punto de partida pues se convirtió en un mecanismo de seguridad para la sociedad de clases¹⁶³. Las posteriores elaboraciones constitucionales, en opinión del autor comentado, no han ido mucho más allá de esto¹⁶⁴. La idea de De Cabo puede ser considerada cierta o parcialmente cierta, según el punto de vista que adoptemos al intentar comprenderla.

La afirmación acerca del carácter conservador de la Constitución puede ser asumida como cierta si previamente aceptamos que la Constitución y el Constitucionalismo poseen una ideología¹⁶⁵ inmanente que ha permanecido sustancialmente inalterada a lo largo del tiempo. Esa sería la ideología burguesa que, de acuerdo al autor, se presenta de manera abstracta bajo las ideas de “defensa de la libertad, garantía frente a los poderes absolutos o como “el sometimiento del poder al derecho”¹⁶⁶. En este punto De Cabo tiene razón. A grandes rasgos, la ideología capitalista ha permanecido en la base del constitucionalismo y por ende, de las Constituciones, específicamente, en aquellas que corresponden al ámbito occidental. El pensamiento liberal, en sus variantes libertarias, liberales igualitarias, liberales sustantivas o procedimentales o incluso las variantes social demócratas, no han renunciado a los postulados básicos del liberalismo político y en consecuencia, no podremos encontrar en el constitucionalismo, una función diferente a la preservación de esos postulados liberales básicos, aunque si encontraremos sensibles variaciones.

refiere a la traba que para las nuevas generaciones representa una constitución sancionada por las generaciones anteriores y que en definitiva, ataría de manos a esas nuevas generaciones.

¹⁶² *Ibidem*. p. 49.

¹⁶³ *Ibidem*. p. 50.

¹⁶⁴ *Ibidem*. p. 49.

¹⁶⁵ Utilizamos el término ideología en el sentido apuntado por Robert Eccleshall de acuerdo al cual la ideología implica por un lado una representación de la sociedad y por otro, un programa político, siendo la primera, el núcleo ideal a partir del cual se trasmite un programa para la acción. Ver: Eccleshall, Robert, *et. al.*, *Ideologías políticas*. 2ª ed., trad. de Julia Moreno San Martín, Madrid, Tecnos, 1999, p. 13.

¹⁶⁶ De Cabo, Carlos, *op. cit.*, nota 161, p. 49.

La Constitución ha establecido una serie de candados para inocular posibles y sustanciales alteraciones como las que podría implicar un cambio de ideología que implicara consecuentemente un cambio profundo de aquellos postulados liberales básicos. Así, existen conceptos muy caros a la teoría constitucional que no hacen sino refrendar la idea de permanencia de la Constitución o en otras palabras, de sostenimiento del status quo. Nos referimos a conceptos tales como: la supra legalidad, los medios de defensa que toda Constitución moderna establece, el procedimiento dificultado de reforma que tiende a sostener el postulado de rigidez de la Constitución y las cláusulas de intangibilidad que aluden a aquellos contenidos no modificables de las Constituciones.¹⁶⁷ Los mecanismos enunciados, coinciden en cierta medida con aquellos que integran los llamados dispositivos antimayoritarios propios de las constituciones¹⁶⁸ entre los que John Elster ubica al constitucionalismo, la justicia constitucional, la separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos¹⁶⁹. Estos mecanismos implican restricciones al cambio constitucional tanto formal como no formal, o lo que es lo mismo, a la reforma constitucional y a la mutación constitucional. La primera refiere a las modificaciones constitucionales producidas en el texto constitucional y la segunda alude a las modificaciones constitucionales que no alteran el texto constitucional sino su significado¹⁷⁰ es decir, implica cambios en la Constitución formal por acción del derecho consuetudinario, del derecho judicial, es decir, por vía interpretativa o por normas constitucionales en sentido amplio emanadas del Parlamento¹⁷¹.

¹⁶⁷ *Idem*. Para un estudio pormenorizado acerca de la reforma constitucional y sus límites Ver. De Cabo Martín, Carlos. *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Madrid, Trotta, 2003.

¹⁶⁸ Elster, Jon. "Régimen de mayorías y Derechos Individuales", en, Shute, Stephen y Hurley, Susan (ed), *De los derechos humanos. La Conferencia Oxford Amnesty de 1993*. trad. de Hernando Valencia Villa, Madrid, Trotta, 1998, p. 174.

¹⁶⁹ *Ibidem*. p. 175.

¹⁷⁰ Mendonca, Daniel y Guibourg, Ricardo A, *La Odisea Constitucional. Constitución, Teoría y Método*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 86-87. Para un estudio pormenorizado acerca de la Reforma Constitucional Ver. Ferreyra, Raúl Gustavo, *Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008.

¹⁷¹ Sagüés, Néstor Pedro, *La Interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 59.

Estas restricciones tienen como finalidad defender o conservar los precompromisos constitucionales, dicho de otra manera, las Constituciones regulan la vida política, mediante el establecimiento de una serie de disposiciones entre las cuales se encuentran un conjunto de derechos fundamentales con los que se pretende proteger a los ciudadanos de una interferencia arbitraria por parte del Estado y garantizar la provisión de ciertos bienes procedimentales y sustantivos¹⁷². Junto a estas normas, existen otras que regulan los procesos de enmiendas a las propias constituciones.

Los precompromisos en sentido lato han sido definidos por Elster como restricciones que el agente se autoimpone con la expectativa de un beneficio para sí¹⁷³ y los explica recurriendo a la metáfora de Ulises quien –según la mitología- se hace atar al mástil para resistir el canto de las sirenas. Esta metáfora, como el propio Elster reconoce solo permite explicar parcialmente la idea de Constitución como restricción, pues las constituciones, más que actos de autorestricción, implican restricciones a los demás¹⁷⁴. Pero de una u otra forma, si recurrimos por un momento a la idea de acuerdo a la cual, las Constituciones y sus enmiendas tienen o deberían tener una legitimidad democrática especial¹⁷⁵, podríamos considerar que el esquema de Elster es útil para este trabajo.

En este punto es posible enlazar las ideas de De Cabo con las de Elster. El papel conservador que De Cabo asigna a las Constituciones, parecería ser avalado por Elster cuando sostiene que el constitucionalismo implica una propensión general a atar o restringir mediante los dispositivos constitucionales

¹⁷² Junto a los derechos fundamentales, Elster incluye un segundo tipo de disposiciones que se conforma de aquellas disposiciones que regulan la organización del Estado y en las cuales incluye: la elección y representación, las funciones de gobierno, la separación de poderes, el sistema de controles y rendimiento de cuentas entre otras. Véase Elster, Jon, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. trad. de Jordi Mundó. Barcelona, Gedisa, 2002 p. 123.

¹⁷³ *Ibidem*. p. 18.

¹⁷⁴ *Ibidem*. p. 115.

¹⁷⁵ Una posición que parece sostener esta legitimidad democrática especial de las constituciones y sus enmiendas es el dualismo constitucional sostenido por Bruce Ackerman. Ver. Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos, F, "Tres concepciones de la democracia constitucional", .trad., en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Ackerman, Bruce, et. al., Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991. Colección cuadernos y debates, Nº 29, pp. 15-26.

mencionados¹⁷⁶. Estas ataduras o restricciones serían los inhibidores del cambio que señala De Cabo. Pero a nuestro juicio, Elster clarifica y completa ese rol conservador, cuando explica que en realidad, lo que el constitucionalismo garantiza es que las modificaciones a la Constitución, por aplicación de los mecanismos antimayoritarios, sean lentas, pero no inexistentes¹⁷⁷.

En la sección siguiente analizaremos los cambios producidos en el constitucionalismo y en la Constitución, sobre todo, aquellos cambios que han tenido que ver con la incorporación de derechos y que, aunque de manera lenta, han permitido la incorporación de contenidos diversos a los clásicos contenidos burgueses del primer constitucionalismo y en consecuencia, han generado modelos diversos de Estado de Derecho. Resulta menester aclarar que aunque limitemos nuestro análisis a los cambios en materia de derechos, de ninguna manera queremos tácitamente afirmar que esos hayan sido los únicos cambios producidos. De hecho, las incorporaciones a las que aludiremos generarían a posteriori otra serie de cambios en los que aquí no abundaremos.

3- El esquema propuesto para abordar los cambios del constitucionalismo

Afirma Pérez Luño que “el tipo de Estado de Derecho (liberal o social) proclamado en los textos constitucionales depende del alcance y significado que en ellos se asigne a los derechos fundamentales”.¹⁷⁸ Lo que con claridad nos dice el autor es que los derechos fundamentales determinan el tipo de Estado de Derecho. Creemos que esto confirma lo que hemos venido sosteniendo en este trabajo en relación a que por lo menos conceptualmente, nuestra idea acerca de lo que implica el constitucionalismo, la Constitución y por ende los derechos, prefiguran el modelo de Estado.

¹⁷⁶ Elster, Jon, *op. cit.*, nota 172, p. 122.

¹⁷⁷ *Ibidem.* p. 123.

¹⁷⁸ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 1998, p.19.

Pues bien, en esta sección explicaremos los cambios constitucionales que a nuestro modo de ver, han determinado los modelos sucesivos de Estado de Derecho. Pero es preciso hacer una aclaración previa. Hemos sostenido que el constitucionalismo es un proceso progresivo pero además dicho proceso es agregativo en relación a los contenidos materiales que postula. Sabsay se expresa en este sentido al afirmar:

Cada una de las etapas que han jalonado la evolución del constitucionalismo se ha visto caracterizada por el reconocimiento de una generación de derechos, lo que importa, asimismo, un forma particular de ejercicio de la función de control y un modelo de estado, con sus consecuencias en la relación entre gobernados y gobernantes. Por supuesto que estas características también generan efectos sobre el tipo de democracia que se propone en cada caso, principalmente en lo que atañe a los espacios de participación reservados a los gobernados. Queremos destacar que el constitucionalismo es tal vez el único movimiento de ideas que crece por adición. Es decir que toda vez que verifica sobre la marcha constitucional alguna falencia aparecen nuevos institutos que van a llenar esas lagunas; pero la incorporación del nuevo instituto no importa de modo alguno la exclusión de otro. En suma, el edificio institucional se enriquece sin solución de continuidad, y lo que se va creando se transforma en un umbral que se suma a lo anterior y que irá creciendo hacia un techo que necesariamente y de manera continuada irá elevándose más y más¹⁷⁹.

Bajo esta comprensión, se puede comprender a cabalidad la afirmación de Ferrajoli de acuerdo a la cual “la historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva extensión de la esferas de los derechos”¹⁸⁰

Los Derechos, como contenidos que se han ido incorporando a las Constituciones, y por ende a la vida política de la comunidad, suelen ser agrupados por los autores en generaciones, como un modo de explicar dicho

¹⁷⁹ Sabsay, Daniel, “Los Derechos colectivos y los intereses difusos. El medio ambiente”. En Albanese, Susana, *et. al*, *Derecho Constitucional*, Ciudad de Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004, p. 221.

¹⁸⁰ Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, trad. de Miguel Carbonell, en Carbonell, Miguel (ed), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta- Instituto de investigaciones jurídicas- UNAM, 2007, p. 73.

proceso de incorporación. Las clasificaciones o agrupamientos generacionales obedecen a los más variados criterios y las variedades que surgen son, como sugiere Díez Picazo, “más aparentes que reales”¹⁸¹

Las clasificaciones difieren unas de otras, no solo en cuanto al criterio bajo el cual se agrupe a las diferentes categorías, sino también en cuanto a que derechos deben incluirse en cada una de ellas. Por ejemplo, Castan Tobeñas establece como uno de los criterios clasificatorios al objeto o contenido de los Derechos. Dentro de dicha categoría incluye tres tipos de derechos: i) los políticos, ii) los civiles y iii) los económicos, sociales y culturales¹⁸². Díez Picazo utilizando las mismas categorías integradoras de la clasificación anterior, modifica el criterio clasificatorio, abandonando el objeto –criterio propuesto por Castan Tobeñas- y estableciendo la función como criterio¹⁸³. Estas clasificaciones, en muchas ocasiones han sido aprovechadas por la doctrina para diferenciar a los derechos fundamentales en compartimentos estanco, es decir, en parcelas incomunicadas, sin tomar en consideración lo dicho líneas arriba en cuanto a que el edificio constitucional se ha construido de modo progresivo, agregativo e incluyente con respecto a los contenidos anteriores. De este modo, entre las diferentes categorías de derechos se han trazado fronteras infranqueables que han impedido en ocasiones, pensar a los derechos como una continuidad y así, compartir entre ellos las diferentes conceptualizaciones que han permitido su desarrollo y su eficacia.

Considerando estas salvedades, sobre las que en este trabajo de abundará, creemos que si consideramos que estas clasificaciones tienen una mera finalidad explicativa, pudieran resultarnos de utilidad a fines de explicitar las evoluciones constitucionales en materia de derechos y la influencia de estas en el modelo de Estado.

¹⁸¹ Díez Picazo, Luís María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2ª ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2005, p. 40.

¹⁸² Castan Tobeñas, José, *Los Derechos del Hombre*. 3ª ed., Madrid, Reus, 1985, p. 36.

¹⁸³ Díez Picazo, Luís María, *op. cit.*, nota 181, *Idem*.

Echaremos mano al paradigma explicativo propuesto por Pérez Luño. Para este autor, resulta posible establecer un “paralelismo simétrico” entre la evolución de la formas de Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales¹⁸⁴, pues en sus palabras:

Enfatiza la dimensión triádica del Estado de Derecho, que ha sido sucesivamente liberal, social y constitucional y correlativamente de los derechos fundamentales que han evolucionado asimismo, desde las libertades individuales a los derechos económicos, sociales y culturales, y en el presente, a los derechos de tercera generación”¹⁸⁵. Así, “a las tres generaciones de Estado de Derecho, corresponden por tanto tres generaciones de derechos fundamentales”¹⁸⁶

Las tres generaciones de derechos fundamentales, son, para nosotros, tres momentos evolutivos del constitucionalismo. Sagüés, coincide con el esquema comentado aquí. Entiende que es posible explicar la evolución del constitucionalismo a partir de tres etapas: i) Constitucionalismo individualista, ii) constitucionalismo social y iii) constitucionalismo actual. Este es el esquema explicativo que asumiremos a continuación, pero licencia mediante, modificaremos en parte el paradigma explicativo propuesto por Pérez Luño y los momentos evolutivos propuestos por Sagüés. En relación al primero, consideramos que el tercer estadio, que aquí identificaremos como neo-constitucionalismo o, en términos de Estado, como Estado constitucional, ha implicado no solamente la inclusión de nuevos derechos, los derechos de tercera generación, sino además, la asunción de cambios teóricos significativos que a su vez, y en palabras de Comanducci, explican una de las manifestaciones del neo- constitucionalismo,

¹⁸⁴ Pérez Luño, Antonio Enrique, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, p. 94.

¹⁸⁵ *Idem.*

¹⁸⁶ *Idem.*

denominado neo constitucionalismo teórico¹⁸⁷ que ha implicado un cambio en la praxis constitucional y a partir del cual sustentaremos a posteriori, la judicialización de los derechos sociales. En relación al segundo, creemos que amén de las notas con las cuales el autor da entidad a lo que denomina constitucionalismo actual, y con cuya identificación coincidimos, lo que realmente caracteriza al constitucionalismo en la actualidad son aquellos cambios teóricos mencionados y que oportunamente comentaremos.

3.1- Constitucionalismo individualista y Estado Liberal de Derecho

Partiendo de la caracterización evolutiva del constitucionalismo propuesta por Sagüés, el constitucionalismo individualista conforma el primer estadio evolutivo y se sitúa en los orígenes del constitucionalismo como movimiento inacabado. Si consideramos que el grupo humano promotor e impulsor del primer constitucionalismo fue la burguesía, no es de extrañar entonces que el contenido esencial de las primeras constituciones escritas y de los primeros documentos constitucionales, además de la estructura de poder, hayan sido solo los derechos individuales¹⁸⁸, los que se plasmaron con mayor énfasis en los primeros textos constitucionales.

El pensamiento liberal dominó entonces la escena constitucional¹⁸⁹ e insufló con su filosofía de carácter individualista la conformación de los derechos que debían ser declarados y defendidos. Estos derechos serían los derechos naturales propugnados por el iusnaturalismo racionalista y que fueron tomados por la clase en asenso, como barreras de defensa frente al poder del Estado. Se trata de derechos vinculados a la seguridad, la libertad, el derecho a la vida y a la

¹⁸⁷ Comanducci, Paolo, "Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico", *trad.*, de Miguel Carbonell, en Carbonell, Miguel, (coord), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 83 y ss.

¹⁸⁸ Sagüés, Néstor Pedro, *op., cit.*, nota 158, p. 8.

¹⁸⁹ Añon Roig, María José y García Añon, José, (Coords). *Lecciones de Derechos sociales*. 2ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 16

propiedad individual¹⁹⁰. Coincidentemente, Ruiz Miguel, al indicar el contenido dogmático de las primeras constituciones y declaraciones de derecho, señala además de la igualdad ante la ley, la libertad y la seguridad frente a detenciones arbitrarias, la propiedad privada y la participación política, a la salvaguarda de la dignidad humana, conseguida mediante la humanización de los procesos penales y de las penas¹⁹¹.

Como consecuencia de los contenidos constitucionales propugnados por el constitucionalismo individualista, y de su idea motora consistente en frenar el poder del Estado, el liberalismo ayudará a la conformación del Estado de Derecho, como Estado limitado en su poder y como contracara del Estado absoluto¹⁹². Este modelo de Estado será limitado además en cuanto a sus funciones y por ende, será catalogado como Estado mínimo¹⁹³.

El Estado liberal se caracterizó por la separación absoluta entre Estado y sociedad civil¹⁹⁴, lo que es consistente, si consideramos que este primer modelo de Estado de Derecho fue una reacción contra el Estado absoluto que no concebía a personas portadoras de derechos, es decir, ciudadanos, sino a una unidad aglutinada bajo el nombre de súbditos. El monarca concentraba todo el poder y los súbditos, lograrían la felicidad a través del actuar del legibus solutus¹⁹⁵. El Estado máximo, en términos de Bobbio, o absoluto, es también considerado, un Estado eudemonológico, es decir, se propone como fin la felicidad de los súbditos. Para ello, este Estado no solo se preocupará por el comportamiento religioso de sus súbditos, sino además, atenderá a sus comportamientos externos

¹⁹⁰ Martínez De Pisón, José, *op. cit.*, nota 103, p. 26.

¹⁹¹ Ruiz Miguel, Alfonso, *op. cit.*, nota 157, p. 278.

¹⁹² Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 17.

¹⁹³ *Idem*.

¹⁹⁴ Agudo, Miguel, *Estado Social y felicidad. La exigibilidad de los derechos sociales en el constitucionalismo actual*, España, Laberinto, 2007, p. 34.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 32.

y asumirá como propia la labor de regular a producción de bienes y la distribución de la riqueza¹⁹⁶

Los derechos liberales o individualistas que incorpora el constitucionalismo individualista de clara identidad burguesa, se conciben como límites a la actuación del Estado para que sus agentes no tengan injerencia alguna en la esfera de actuación de los individuos. Por ello, la doctrina lo concibió como un Estado “constituido desde la negatividad”¹⁹⁷. El modelo de Estado de Derecho configurado a la luz de estas ideas será entonces absentista pues su pasividad, será la mejor garantía para la defensa de los derechos de los ciudadanos¹⁹⁸. En este modelo de Estado de Derecho, el rol del Estado se reduce al de establecer las reglas que determinarán las relaciones entre particulares, las cuales presupondrán la igualdad formal o jurídica¹⁹⁹ entre ellos y por otro lado, a establecer un aparato coactivo que sancione las violaciones a dichas reglas²⁰⁰

De esta manera, el Estado Liberal de Derecho o Estado burgués, conformaría lo que la doctrina ha denominado Estado formal de Derecho, catalogado así, no por carecer de sustancia, o por ser una fórmula vacía²⁰¹, sino porque, según las palabras de Böckenförde:

Representa más bien una conformación y objetivación del principio fundamental del desarrollo del Estado de Derecho: la seguridad de la libertad, y la propiedad. El Estado de Derecho es también, en esa medida, Estado de Derecho burgués; confirma la distribución de los bienes en vez de transformarla y, a través de sus formas y procedimientos, impide la

¹⁹⁶ Bobbio, Norberto, *Estado, Gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. trad. de José Fernández Santillán, México, Fondo de cultura económica, 1999, p. 174

¹⁹⁷ Martínez De Pisón, José, *op. cit.*, nota 103, p. 26.

¹⁹⁸ *Idem.*

¹⁹⁹ La igualdad formal a la que aquí hacemos referencia es la igualdad jurídica entendida como un desprendimiento del derecho a la libertad y que pregonaba la eliminación de toda discriminación arbitraria entre personas o, también, postula, en otras palabras, el garantizar a todas las personas los mismos derechos civiles. Véase Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino. El derecho constitucional de la libertad*. Buenos Aires, Ediar, 1989. t. I, p. 258.

²⁰⁰ *Idem.*

²⁰¹ Böckenförde, Ernst Wolfgang, *op. cit.*, nota 117, p. 31

intervención directa sobre la propiedad individual con fines de redistribución social²⁰².

Benda destaca las características formales de este modelo y las resume en: la división de poderes, la independencia de la jurisdicción, la legalidad de la administración y la expectativa de indemnización para el caso de intervención en el patrimonio privado²⁰³. Todos ellos, mecanismos a través de los cuales la burguesía trató de liberarse de la tutela autoritaria del Estado y gestar espacios de libertad²⁰⁴.

El modelo de Estado de Derecho Liberal, o burgués o también llamado Estado formal de Derecho, estableció, mediante los derechos individuales, el ámbito de libertad de los individuos. El Estado ya no tendría como fin la búsqueda de la felicidad para los súbditos tal como aconteció en el modelo anterior, sino que dicha labor sería esencialmente personal, labor del individuo. La precondition para encaminar dicha labor, estuvo dada por el establecimiento del ámbito de libertad, concedido por los derechos individuales y la garantía de dicho ámbito, sería otorgada por las características formales del modelo.

3.2- Constitucionalismo social y Estado Social de Derecho

La evolución posterior del constitucionalismo estuvo motivada por las insuficiencias del modelo anterior que se pueden resumir en lo que Sagüés denominó crisis del constitucionalismo individualista²⁰⁵. Esta se caracterizó por la crisis de tres postulados fundamentales. En primer término, la crisis de la libertad. El modelo premió a quienes, por su habilidad habían logrado acumular una gran cantidad de bienes. Esta acumulación generó grandes concentraciones que devinieron en oligopolios y monopolios que terminaron por afectar la misma

²⁰² *Idem.*

²⁰³ Benda, Ernesto, "El Estado Social de Derecho" en Benda, Ernesto et. al., *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed., trad. Antonio López Pina. Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 488.

²⁰⁴ *Idem.*

²⁰⁵ Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 158, p. 36.

libertad de comercio²⁰⁶. En segundo término, el liberalismo asentado en la idea de igualdad formal, es decir, igualdad ante la ley, pero olvidando de su mira la igualdad real de oportunidades, motivó la excesiva acumulación en pequeños sectores de la sociedad y el “pauperismo degradante” en la gran mayoría²⁰⁷. Por último, la consideración del trabajo como mercancía, llevó a abaratarlo y a convertir al salario entonces en un mínimo para la subsistencia y en ocasiones ni siquiera útil para tal fin²⁰⁸.

Las injusticias derivadas de la crisis descrita, motivaron un nuevo impulso revolucionario que se podría decir que comenzó a tomar forma a partir de 1848²⁰⁹ y que estuvo impulsado por el “cuarto estado”, es decir, el estado llano, los asalariados, que con sus reivindicaciones laborales acerca de salarios, accidentes de trabajo, trabajo de menores y de mujeres entre otras, lograron las primeras leyes tuitivas. Entre ellas, cabe mencionar a las leyes sociales de Bismarck. La ley del 15 de junio de 1883, estableció un seguro obligatorio destinado a cubrir las contingencias originadas por enfermedad. En 1884, una nueva ley establece cotizaciones obligatorias para los patrones para conformar un seguro ante accidentes de trabajo y en 1889, una ley incorpora un seguro para afrontar los riesgos en casos de vejez e invalidez²¹⁰.

Si bien, estas primeras reivindicaciones fueron receptadas en forma de ley, no tardarían en ser dimensionadas como lo que eran, es decir, verdaderos derechos cuya inclusión tenía que modificar el pacto constitucional hasta entonces vigente. Así, en la primera posguerra del siglo XX, y tomando en consideración las reivindicaciones sociales mencionadas, surge un nuevo constitucionalismo de cariz social que se expresará por primera vez en las constituciones de México de

²⁰⁶ *Idem.*

²⁰⁷ *Idem.*

²⁰⁸ *Ibidem.* p. 37. Para analizar las causas políticas y las motivaciones ideológicas acerca del origen de los derechos sociales Ver. Peces-Barba Martínez, Gregorio, “Los Derechos Sociales: Apuntes políticos y jurídicos”, en Zapatero Virgilio, Garrido Gómez, M^a Isabel, Ed., *Los Derechos Sociales como una exigencia de justicia*, Cuadernos Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá, Defensor del Pueblo, Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Madrid, 2009, pp. 19 y ss.

²⁰⁹ *Idem.*

²¹⁰ Añon Roig, María José y García Añon, José, *op. cit.*, nota 189, pp. 24-25.

1917 y Weimar de 1919. Este nuevo constitucionalismo social implicó la incorporación a las constituciones de derechos sociales y económicos que abarcaron el ámbito del trabajo, educación, cultura, familia, sindicalización, propiedad, minoridad, ancianidad y seguridad social entre otros ámbitos²¹¹. La incorporación de estos nuevos derechos sociales y económicos a los textos constitucionales se generalizará, promoviendo así la expansión del constitucionalismo social²¹².

El constitucionalismo social, más tarde que temprano, imprimiría cambios fundamentales en la forma y la acción del Estado. A aquel Estado de derecho burgués que necesariamente debía transformarse en aras de lograr –como apunta Elías Díaz- una mayor legitimación, adhesión y participación²¹³, tomando en cuenta, ahora sí, a todos los excluidos por su configuración formal.

El modelo de Estado social, es una fórmula transaccional, una alternativa dual y gradual que rechazaría las “salidas de carácter autoritario propuestas por el comunismo burocrático y las dictaduras facistas”²¹⁴ es decir, se presenta como un modelo “doblemente opuesto al comunismo y a los totalitarismos”²¹⁵. Nada hay en este modelo que nos sugiera un intento de ruptura con la categoría de Estado de Derecho. Por el contrario, el Estado social es, como señala García Pelayo, un intento de adaptación del estado tradicional a las nuevas condiciones impuestas por la sociedad industrial y post-industrial²¹⁶. En tal sentido, es el resultado de las transformaciones del Estado de Derecho tradicional, es decir, liberal, como la mejor forma de conjurar las amenazas generadas por el comunismo y los totalitarismos. El objetivo o fin de esta nueva forma de Estado fue el de “remediar

²¹¹ Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, nota 199, p. 392.

²¹² Para un estudio pormenorizado de este proceso de recepción constitucional. Véase. Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 153, pp. 44 y ss. Para el estudio de la expansión del constitucionalismo social se puede consultar también: Díez Moreno, Fernando, *El Estado Social*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2004. pp. 161 y ss. Véase también: González Navarro, Francisco. *El estado social y democrático de derecho*. Pamplona, Eunsa, 1992, Capítulo 2.

²¹³ Díaz, Elías, “Estado de Derecho y legitimidad democrática”, en, Díaz, Elías y Colomer, José Luís, (comp), *Estado, justicia y derechos*, Madrid, Alianza editorial, 2002, p. 88.

²¹⁴ *Ibidem*. p. 91.

²¹⁵ García-Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 148, p. 13.

²¹⁶ *Ibidem*. p. 18.

las pésimas condiciones vitales de los estratos más desamparados y menesterosos de la población”²¹⁷. García Pelayo sintetiza la continuidad entre uno y otro modelo de la siguiente manera:

Los valores básicos del Estado liberal eran la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio. El Estado social democrático y libre no solo no niega estos valores sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material partiendo del supuesto de que el individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias sino dos términos de implicación recíproca de tal modo que no puedan realizarse el uno sin el otro²¹⁸.

La idea no fue entonces el cambio de estructura social sino su transformación para remediar sus efectos no deseados²¹⁹ y así garantizar su continuidad²²⁰. El Estado social no es entonces un estado socialista ni capitalista sino, en palabras de García Pelayo, neocapitalista.

La noción de continuidad entre el Estado Liberal y el Estado Social es sostenida también por Ferrajoli cuando al explicar los modelos de Estado de Derecho, señala que cuando las Constituciones comenzaron a reconocer otros derechos vitales, diferentes a los derechos de libertad, “la noción liberal de Estado de Derecho, debió, en consecuencia, ser ampliada para incluir también la figura del estado vinculado por obligaciones además de por prohibiciones”²²¹.

Si asumimos entonces que el Estado social fue una nueva manifestación del Estado liberal y que su objetivo fue y es mejorar las condiciones vitales de los no favorecidos por el sistema capitalista, puede resultar aconsejable realizar una

²¹⁷ *Idem.*

²¹⁸ *Ibidem.* p. 26.

²¹⁹ *Idem.*

²²⁰ Martínez De Pisón, José, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid, Tecnos, 2001, p. 143.

²²¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*. 4ª ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruíz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 2000. p. 861.

aclaración semántica. Por Estado Social, podemos entender una categoría resultante del intervencionismo estatal en las relaciones laborales y del compromiso de promover la igualdad de oportunidades entre los ciudadanos a través de la distribución de la renta²²². El Estado de Bienestar, a su vez, convierte a las pretensiones de igualdad, en obligaciones de los poderes públicos los que deben garantizar a todo ciudadano, por el hecho de serlo, ingresos mínimos y la cobertura universal de los servicios sociales de salud, educación, vivienda y vejez²²³. Aunque en este trabajo utilizamos la denominación de Estado social sin distinciones, es preciso considerar que sí existen diferencias, no solo en cuanto a la “intensidad protectora” sino en cuanto a los roles en uno y otro caso. En el primero, el Estado protege y fomenta. En el segundo tiende a sustituir la iniciativa personal²²⁴ aunque sobre esta última nota, resulta nuevamente aconsejable precisar que en nuestra opinión el Estado de Bienestar más que a suplir la iniciativa particular, viene a promoverla y quizá a permitirla, cuando ciertos obstáculos materiales la impiden o dificultan. Hecha esta aclaración, resulta menester aclarar ahora si, los cambios importantes en relación al modelo anterior.

En primer lugar, el Estado social parte de la premisa de acuerdo a la cual el Estado no puede ser concebido como un mero asegurador neutral de las condiciones de un orden social en el que no actúa²²⁵. El nuevo Estado tenderá a estructurar a la sociedad a través de medidas directas e indirectas. Solo a título ejemplificativo, el Estado actuará promoviendo programas de investigación y desarrollo, otorgando el disfrute de bienes materiales e inmateriales mediante el crecimiento de los servicios sociales, como salud y educación, creando y promoviendo nuevas fuentes de trabajo, en fin, actuando sobre la sociedad de manera clara y decidida²²⁶. Estado y sociedad ya no serán sistemas autónomos²²⁷

²²² Suárez, Fernando, “Informe español”, en: A Marzal (ed), *Crisis del estado de bienestar y derecho social*. España, Esade. Facultad de Derecho. J.M. Bosch. Editor, 1997, p. 78.

²²³ *Idem*.

²²⁴ *Ibidem*. p. 79.

²²⁵ García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 148, p. 23.

²²⁶ *Ibidem*. p. 23- 24.

²²⁷ *Ibidem*. p. 25.

El Estado social tendrá como fin rector lograr la procura existencial ya explicada en este trabajo y para ello, incluirá en su agenda una serie de actividades que abarcan: i) la defensa frente a las contingencias y necesidades económicas, ii) la realización de una serie de prestaciones sociales garantizadas en los textos constitucionales²²⁸, iii) la fijación de un salario mínimo, iv) el diseño de una política de pleno empleo que garantice un puesto de trabajo para cada ciudadano, v) la atención de los grupos incapacitados para el trabajo, vi) garantía de una justa distribución de ingresos, vii) el acceso a bienes culturales y viii) la expansión de los servicios sociales mediante el sistema de seguros²²⁹.

Con estas actividades en vista, un cambio en los roles del Estado resultaba inevitable. De este modo, el Estado asumió los roles de distribuidor y manager. El papel de distribuidor sería llevado a cabo mediante la potestad fiscal y bajo la forma de impuestos, cotizaciones sociales y demás ingresos. Posteriormente, procedería a asignar recursos en base a los diversos objetivos entre los cuales se encuentran los de procura existencial²³⁰. El segundo rol, es una consecuencia del papel de distribuidor pues la sola responsabilidad de distribuir el ingreso requiere de una estructura, especialmente si pensamos en la permanencia de dicha función de distribución²³¹. Esto motivó que el Estado se transformara de un estado legislativo a un estado administrador²³².

Este modelo de Estado social que se conformara a instancias del constitucionalismo social a partir de la primera posguerra, que tomó nuevos bríos en la segunda posguerra y que ofreció excelentes resultados durante los años cincuentas y sesentas, comenzó a tambalearse a partir de la crisis económica de los años setenta. Esta crisis ha recibido diferentes nombres, siendo uno de los más socorridos el de “crisis fiscal del estado”, término acuñado por O’Connor y

²²⁸ Aunque la ausencia de derechos sociales en el texto constitucional no significa que un estado tal no sea un estado social. Baste recordar el caso de Alemania en donde su constitución solo refiere a la cláusula de Estado social y no enumera derechos sociales, pero ello no es razón para negarle tal carácter al Estado alemán.

²²⁹ *Ibidem.* pp. 29-30.

²³⁰ *Ibidem.* pp. 33-34.

²³¹ *Ibidem.* p. 35.

²³² *Ibidem.* p. 36.

mediante el cual se indicó la tendencia del Estado a aumentar sus gastos más rápidamente que sus ingresos²³³. A mayor abundamiento, la crisis fiscal del Estado radicó en que la necesidad de cubrir los diversos fines sociales del Estado, provocó necesariamente mayores presiones sobre el presupuesto del Estado. Esto a su vez, generó mayor presión impositiva sobre los ciudadanos para así, recaudar más y poder hacer frente a los gastos sociales²³⁴. Habermas ha elaborado un cuadro interesante acerca de las manifestaciones de la crisis del Estado social. Esta se desglosaría en cuatro crisis diversas. La crisis económica: producida por la imposibilidad por parte del Estado de cumplir con los beneficios a los que está obligado; la crisis de racionalidad, ocasionada por la atrofia de la burocracia administrativa que por su complejidad, ve limitada su capacidad de planeación; crisis de legitimidad, generada a partir de el fracaso en el manejo de la crisis económica y de las insatisfacciones asistenciales y por último: crisis de motivación que se presentaría ante la falla del proceso de internalización de las pautas y valores sociales que a su vez generarían anomia, apatía y por último, transgresión²³⁵.

A los aspectos mencionados, deberíamos sumar la crisis del principio de legalidad, en el cual se funda o sostiene el Estado de Derecho. De acuerdo a este principio, toda la acción de la administración o toda decisión de los tribunales han de consistir en un acto de aplicación de la ley²³⁶. El corolario de este principio, en palabras de García Pelayo sería el principio de reserva de ley, la otra cara de la moneda, de acuerdo al cual toda intervención que afecte la esfera de los derechos de las personas, debía fundarse en una ley en sentido formal²³⁷. Este principio y su correlato, entraron en crisis ante el crecimiento exponencial de la actividad del Estado motivado por la necesidad de cumplir los fines del Estado Social. Las propias características de la ley, su generalidad y su abstracción principalmente, impiden que la misma pueda lograr el nivel de detalle necesario para orquestar la

²³³ Martínez De Pisón, José, *op. cit.*, nota 103, p. 50.

²³⁴ *Idem.*

²³⁵ Habermas, Jürgen, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, trad., Etcheverry, J. L., Buenos Aires, Amorrortu editores, 1975, pp. 55 y ss.

²³⁶ García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 148, p. 61.

²³⁷ *Ibidem.* p. 62.

labor del Estado ante sus nuevas y crecientes funciones. Así las cosas, “la mayoría de las prescripciones legales que afectan a la cotidianidad de la vida y las condiciones de existencia del hombre, no han sido aprobadas por el parlamento, sino establecidas por el gobierno, la administración o las corporaciones de derecho público”²³⁸. Esto ha sido un verdadero problema para la vigencia del Estado de Derecho. Desde otra perspectiva, la crisis del Estado social, puede ser descrita por la pérdida de contenido del principio de legalidad y en consecuencia, el Estado social de derecho, dejó de ser un Estado de Derecho por no poder responder a su principio fundante. A este problema se refirió Ferrajoli de manera preclara:

Más difícil y compleja es la refundación de la legalidad del Estado Social, desarrollado en el siglo pasado a través de la progresiva expansión de la mediación burocrática, el crecimiento de sus espacios de discrecionalidad y la acumulación inorgánica de leyes especiales, medidas sectoriales, prácticas administrativas e intervenciones clientelares responsables tanto de la ineficacia de las prestaciones públicas como de sus degeneraciones ilegales²³⁹.

Ahora bien, habiendo tomado nota de algunos aspectos siquiera mínimos de la crisis del Estado social, cabe preguntarse si esta nueva crisis del modelo de Estado, debió implicar para el constitucionalismo el abandono de los derechos

²³⁸ *Ibidem*. p. 64.

²³⁹ Ferrajoli, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. trad. de Alfonso García Figueroa, en Carbonell, Miguel, (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 23. Ferrajoli señala que la crisis del modelo de Estado de Derecho es más amplia que la sola crisis del Estado Social de Derecho. O dicho en otras palabras, la crisis actual del Estado, abarca diferentes espacios y no solamente se puede describir en términos de crisis del Estado social. De esta forma la crisis se manifiesta de la siguiente manera: Primero, vivimos una crisis de la legalidad: Consiste en la carencia de valor vinculante de las reglas respecto a los titulares del poder. Y se expresa en la ausencia o ineficacia de los controles, lo que desencadena una fenomenología de la ilegalidad del poder. En segundo término, presenciamos efectivamente una crisis de las estructuras tradicionales del Estado por cuanto ya no responden adecuadamente de cara a las funciones derivadas del Welfare State, que se describiría en los términos ya explicados. Por último, existe una faceta más para explicar la crisis del Estado. Consistente en la crisis del Estado Nacional, que se manifiesta en un reposicionamiento del lugar en el cual radica la soberanía, en una alteración del sistema de fuentes y en definitiva, en un debilitamiento del constitucionalismo. Véase. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 154, pp. 15 y ss.

sociales debido a que la estructura que conformaron, el Estado Social, entró en una profunda crisis. De acuerdo a lo visto en este trabajo, ante la crisis del Estado Liberal, no se planteó el abandono de los logros conseguidos a partir de la nueva configuración del Estado como Estado de Derecho. Específicamente, no se planteó el abandono o la supresión de los derechos individuales que habían permitido la gestación de esa zona de reserva del individuo frente al Estado²⁴⁰. Por el contrario, manteniendo dichos contenidos, lo que se planteó fue una corrección de las deficiencias del modelo. Para ello, se incorporaron al constitucionalismo las reivindicaciones de los desfavorecidos del modelo bajo la forma de Derechos Sociales y esto a la postre permitió concebir al Estado Social como una continuidad del pretérito Estado Liberal. El Estado Liberal entró en crisis por abstinencia, el Estado Social, entró en crisis por exceso. Ante cada crisis se plantean nuevos escenarios que intentan corregir las carencias o excesos del modelo en crisis. Pero la crisis no nos puede permitir borrar de un plumazo los logros del modelo anterior. Ello implicaría darle la espalda a la evolución del constitucionalismo.

4- Recapitulación

En el marco del Estado, seguramente muchas cosas deben ser corregidas. Solo a título ejemplificativo podremos ofrecer una pequeña lista: reducir la elefantiásica estructura burocrática, eficientar su funcionamiento, realizar proyecciones presupuestales sobre la base de estudios serios, realizar esfuerzos en materia de planeación coordinada, simplificar los trámites administrativos etc.

Desde el constitucionalismo, las mejoras que deban aplicarse sobre el modelo de Estado Social, que seguramente son muchas, no deben implicar el desguace del Estado Social en la medida en que los contenidos materiales que informan el modelo de Estado desde la Constitución, permanecen allí, como la plasmación de un momento evolutivo más que en esos términos resulta

²⁴⁰ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 154, p.18.

irreversible²⁴¹. El constitucionalismo social ha venido así a aportar un “plus” al constitucionalismo clásico²⁴² y el constitucionalismo actual, aportará lo suyo para superar los problemas del sistema.

²⁴¹ *Ibidem.* p. 65 y ss.

²⁴² Bidart Campos, Germán y Carnotta, Walter, *Derecho Constitucional comparado*, Argentina, Ediar. 2001, t. 1, p. 148.

CAPÍTULO QUINTO

EL CONSTITUCIONALISMO ACTUAL Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

1-Planteamiento

El constitucionalismo actual o contemporáneo, siguiendo la clasificación propuesta por Sagüés, estaría caracterizado por las siguientes notas: i) Desarrollo cuantitativo: consistente en la proliferación de constituciones formales en vigor; ii) Declinación del constitucionalismo corporativista; iii) Declinación de proyectos de inspiración marxista; iv) Acentuación de la desconcentración estatal o, en otras palabras, la aparición de órganos extra poder; v) la recepción del derecho transnacional y por último vi) la aparición de nuevos derechos denominados de tercera generación entre los que cabría mencionar; el derecho al medio ambiente sano, los derechos de consumidores y usuarios, derechos de participación entre otros²⁴³. Estas características, estarían acompañadas en opinión del autor por la crisis del constitucionalismo social que hemos venido comentando.

Bidart Campos y Carnota, al comentar las transformaciones del constitucionalismo actual, indican que algunos de los cambios en el terreno constitucional han venido impulsados desde el reformismo neoliberal, desde el cual se ha pretendido conseguir una minimización del rol del Estado, el repliegue de las políticas públicas en materia social y una mayor presencia de mecanismos de autorregulación del mercado²⁴⁴. Estas medidas y en el específico terreno constitucional, han generado intentos de reformas constitucionales para lograr el equilibrio fiscal, restricciones a los derechos sociales (Chile 1980 y Perú 1993) y demoras en América Latina para la ratificación del protocolo de San Salvador entre otras manifestaciones. Pero estos impulsos neoliberales, no han logrado

²⁴³ Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 158, pp. 53-54.

²⁴⁴ Bidart Campos, Germán y Carnota, Walter, *op. cit.*, nota 242, p. 155.

“borrar los derechos de segunda generación de la conciencia constitucional de los pueblos”²⁴⁵.

Por ello, como veremos a continuación y hemos adelantado en la sección anterior, la crisis del Estado social sería más bien un momento de desafío para tal modelo y en consecuencia, una oportunidad de adaptación, que no debería implicar ni su desmantelamiento ni la pérdida de sus contenidos más propios y caracterizadores, los Derechos Sociales. Aunque en este trabajo hemos referido a la crisis del Estado Social, es evidente que dicha crisis ha generado problemas y dudas también al constitucionalismo social como movimiento que debe informar el modelo de Estado. Ello es natural, si pensamos que las diferentes crisis a las que hemos aludido anteriormente, han desembocado en una atrofia del aparato estatal que le ha impedido cumplir acabadamente con los fines sociales constitucionales y particularmente con los derroteros señalados por los derechos sociales. Es preciso aclarar que como acertadamente indica Sagüés es preciso distinguir, a efectos de tratar la crisis del Estado Social, entre países desarrollados y subdesarrollados. En los primeros, se puede concluir que la cuestión social, que motivara la gestación de dicho modelo se haya resuelta. Sin embargo, en los segundos, es en los cuales la crisis se ha profundizado y resultaría de más difícil superación. El autor concluye que si bien el constitucionalismo social atraviesa un período de desafío, muchos de sus contenidos son perennes y no sería posible pensar en un retroceso, sino en una adaptación que evite los desbordes normativos y fácticos²⁴⁶.

El constitucionalismo contemporáneo o neo constitucionalismo, de acuerdo a algunas de las denominaciones con las que se ha designado al constitucionalismo de nuestro tiempo, implica mucho más de lo que hasta aquí se ha reseñado. Al punto de que podríamos hablar, según indica Atienza, de un nuevo paradigma constitucional²⁴⁷. Además de la permanencia de los contenidos ius fundamentales, herencia del constitucionalismo clásico y social, a cuyo acervo

²⁴⁵ *Idem.*

²⁴⁶ *Ibidem.* p. 58.

²⁴⁷ Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*. Barcelona, Ariel, 2001. p. 309.

se han agregado nuevos derechos, el nuevo paradigma constitucional, ha generado una nueva forma de concebir, pensar y actuar, a y desde la Constitución. Esta nueva cosmovisión constitucional, que abarca objeto y método, es, a nuestro juicio, lo que caracteriza al nuevo constitucionalismo. A su estudio dedicaremos las siguientes páginas.

2- El escenario complejo del constitucionalismo actual

La expresión neoconstitucionalismo pareciera resultar aun demasiado genérica tanto que más que designar a un nuevo estadio del desarrollo constitucionalista, parecería designaría a una nueva cultura jurídica²⁴⁸. Esta generalidad también se refleja en el objeto que intenta denotar. Paolo Comanducci, apunta que el Neoconstitucionalismo podría tener dos grandes acepciones. Bajo la primera, designaría una teoría del derecho, una ideología y un método de análisis del derecho²⁴⁹. Como teoría del derecho, aspiraría a describir el escenario del derecho a partir de la constitucionalización del ordenamiento jurídico que trae consigo y para el sistema jurídico, un catálogo de derechos fundamentales, más principios y ciertas peculiaridades en lo que respecta a la interpretación. Desde esta óptica, el constitucionalismo representaría una alternativa al iuspositivismo²⁵⁰. Como ideología, el neo constitucionalismo postula en primer plano, o como labor principal para el constitucionalismo, la defensa y garantía de los derechos fundamentales²⁵¹. Asume que este es el principal logro del constitucionalismo y por tanto lo valora positivamente y propugna su

²⁴⁸ Prieto Sanchís. Luís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2003, p. 101.

²⁴⁹ Comanducci, Paolo, *op. cit.*, nota 187, p. 75.

²⁵⁰ *Ibidem*. p. 83. Los nuevos escenarios que como teoría explicativa del derecho el neo constitucionalismo imprimiría en contra posición al positivismo podrían explicarse mediante las siguientes diadas conceptuales: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; invasión de la constitución sobre el sistema jurídico y pérdida de centralidad por parte de la ley; omnipotencia judicial versus pérdida de autonomía de configuración legislativa y pluralidad de valores tendencialmente contradictorios frente a la aparente uniformidad valorativa de los modelos anteriores. Véase. Prieto Sanchís, Luís, *op. cit.*, nota 248, p. 117.

²⁵¹ *Ibidem*. p. 85.

ampliación²⁵². El neo constitucionalismo como ideología estaría representado y apoyado por autores como Robert Alexy, quien al describir la posición de los derechos fundamentales en el sistema jurídico alemán –descripción que bien podría aplicarse a otros sistemas constitucionales occidentales- les otorga “máximo rango” y “máxima fuerza jurídica”²⁵³.

Por su parte, el neo constitucionalismo metodológico sostendría la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral²⁵⁴ y en este sentido, se opondría rotundamente al positivismo metodológico de acuerdo al cual es posible y necesario escindir ambos órdenes normativos²⁵⁵.

De acuerdo a una segunda acepción, se designaría algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político descritos y explicados por el neo constitucionalismo como ideología y como teoría. Bajo esta segunda forma, neo constitucionalismo indicaría un modelo constitucional, es decir, un conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico y político históricamente determinado, que limitan el poder del Estado y protegen derechos fundamentales²⁵⁶ y que como consecuencia, arrojará un modelo de Estado de Derecho concreto y redefinido a la luz de las notas que desarrollaremos. Con esta descripción coincide Prieto Sanchís quien adopta el esquema explicativo propuesto por Comanducci, aunque con leves variaciones²⁵⁷.

Para proceder a explicar las características centrales del constitucionalismo actual, nos valdremos de la segunda acepción de neo constitucionalismo que

²⁵² *Idem.*

²⁵³ Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático” trad. de Alfonso García Figuerola, en Carbonell, Miguel, (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003. p. 33.

²⁵⁴ Comanducci, Paolo, *op., cit.*, nota 187, p. 87.

²⁵⁵ *Idem.*

²⁵⁶ *Ibidem.* p. 75.

²⁵⁷ Las variaciones son principalmente semánticas. Así, coincide con Comanducci en señalar que el neo constitucionalismo es una teoría del Derecho. Acepta también que se trata de una ideología o, como él la denomina, una filosofía política destinada a justificar la fórmula que designa. El neo constitucionalismo como metodología, le permite a Prieto Sanchís referir a una nueva filosofía jurídica, por cuanto los cambios acarreados por el neo constitucionalismo han generado a su vez cambios conceptuales y metodológicos sobre la definición de Derecho, el status de su conocimiento y la función del jurista. Véase, Prieto Sanchís, Luís, *op. cit.*, nota 248, pp. 101 y 102.

expone Comanducci, es decir, aquella que lo explica o comprende como un modelo constitucional diferente es decir, como un entramado normativo e institucional nuevo y diverso tendiente a la protección de los derechos fundamentales. Algunas de las características que enumeraremos, no resultarán novedosas pues se han predicado con anterioridad como notas distintivas del constitucionalismo y de la Constitución. La originalidad consiste más bien en la fuerza con la cual son sostenidas y la concomitancia de ellas para conformar el modelo constitucional resultante.

3- Las notas caracterizadoras del Constitucionalismo actual

El modelo estaría caracterizado por las siguientes notas:

a).**Supremacía de la Constitución:** La Constitución no es una norma más sino que es norma suprema, norma de normas. Esta idea es tan antigua como el concepto de Constitución. La idea se mantiene pero revalorizada, se potencia. La Constitución no solo ocupará un peldaño superior en la escala normativa con lo cual resultará satisfecho el viejo imperativo formalista de cuño kelseniano. Sus normas no serán solo principios ético- políticos inspiradores. Tampoco su supremacía se agotará en ser fuente formal de las demás normas en el sentido de establecer las reglas para el dictado de las normas inferiores. La Constitución será ahora suprema con verdadero sentido o carácter normativo. De esta nueva comprensión de la supremacía constitucional se desprenderán otras características.

b).**Carácter normativo o fuerza vinculante de la Constitución:** La Constitución ya no será un catecismo político con pretensiones meramente inspiradoras. Bajo los auspicios del neo constitucionalismo, será concebida como verdadera norma y como tal, con pretensiones de ordenación efectiva de la acción de instituciones, gobernantes y gobernados²⁵⁸. Toda norma constitucional -nos dice Guastini para explicar el contenido de esta nota distintiva- es una norma

²⁵⁸ Prieto Sanchís, Luís, *op. cit.* nota 248, p. 116.

jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos²⁵⁹ de diversos grados, pero efectos al fin.

c) **Contenido material de la Constitución:** Las Constituciones se caracterizan asimismo por poseer un denso contenido normativo²⁶⁰. Por ello se afirma que la Constitución es material²⁶¹ es decir, que no solo determinan al poder en relación a como deberá organizarse y adoptar sus decisiones sino además, establecerá aquello que pueden y en ocasiones, que es lo que no pueden decidir²⁶². Este denso contenido normativo, que se expresa en forma de derechos, principios y directrices, conforma el paradigma garantista de validez propuesto por Ferrajoli e imprimen a la actividad del Estado un criterio de racionalidad sustancial además del criterio formal²⁶³

d). **Omnipresencia constitucional:** Derivada de las características anteriores, esta nueva nota reafirma y concede nuevos ímpetus a la supremacía constitucional. Los derechos fundamentales poseen una fuerza expansiva que irradia sus efectos a todo el sistema jurídico y en consecuencia, ya no existen espacios exentos de influencia constitucional²⁶⁴.

e). **Influencia de la Constitución en el mundo de las relaciones políticas:** Se trata de una característica directamente derivada de la anterior, aunque de mayor grado de precisión y de contornos más complejos de identificar. De acuerdo a esto, no existiría un mundo político inmune a la influencia constitucional²⁶⁵. Ciertas decisiones legislativas, otrora fuera del alcance del contraste constitucional, cada día y con más frecuencia, son analizadas por la

²⁵⁹ Guastini, Riccardo. "La "Constitucionalización" del ordenamiento jurídico", trad. de José María Lujambio, en Carbonell, Miguel, (ed.), *Neconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 53.

²⁶⁰ Prieto Sanchís, Luís, *op. cit.*, nota 248, p. 117.

²⁶¹ Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo a debate*, Colombia, Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, 2006. Colección Temas de Derecho Público, p. 11.

²⁶² Prieto Sanchís, Luís. "El constitucionalismo de los derechos", en Carbonell, Miguel, (ed), *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid, Trotta- Instituto de investigaciones jurídicas, 2007, p. 213.

²⁶³ Ferrajoli, Luigi, *op., cit.*, nota 239, pp. 20 y ss.

²⁶⁴ Bernal Pulido, Carlos. *op., cit.*, nota 261, p. 12.

²⁶⁵ *Ibidem.* p. 13.

justicia constitucional de acuerdo a diversos principios y técnicas como el principio de igualdad, razonabilidad o ponderación²⁶⁶.

f).**Eficacia o aplicación directa de la Constitución:** Esta nota implica asumir lo dicho respecto a la fuerza vinculante de la Constitución. Se trata de concebir a las normas constitucionales como aplicables sin la tradicional mediación legislativa. Llevada a sus últimos extremos, esta pretensión abarcaría - de acuerdo a Guastini- a los principios y normas programáticas y cubriría el espectro de las relaciones entre el poder y las personas, pero además a las relaciones entre estas últimas²⁶⁷

g).**Rigidez de la Constitución:** Significa que las normas constitucionales solo pueden ser derogadas o modificadas mediando un procedimiento especial y cualificado para la revisión constitucional²⁶⁸. Rigidez mediante, la Constitución está por encima de la legislación ordinaria y esta no puede alterarla.

h).**Garantía jurisdiccional de la Constitución:** El control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes es el complemento necesario para dotar de verdadera entidad a la nota de rigidez pues asegura o tiende a asegurar que la rigidez formalmente declarada sea efectiva²⁶⁹. Por ello, Ferrajoli explica la noción de rigidez a partir de la existencia de un procedimiento especial o dificultado de reforma y de la institución del control constitucional de las leyes por parte de tribunales constitucionales, aunque debemos agregar que la condición se cumple en caso de prever un sistema diferente de control jurisdiccional²⁷⁰. Que una Constitución se encuentre garantizada significa que su protección sea encomendada a los jueces²⁷¹ No importa tanto el sistema de control establecido ni

²⁶⁶ Guastini, Ricardo, *op. cit.* nota 259, p. 57

²⁶⁷ *Ibidem.* p. 55.

²⁶⁸ La constitucionalización será más acentuada, nos dice Guastini, en aquellos sistemas en los cuales existan normas constitucionales pétreas, es decir, que no puedan ser modificadas de ninguna manera. Sin embargo, la inexistencia de esta clase de normas, no impide que podamos predicar de una constitución sus notas de rigidez y supremacía. Véase Guastini, Ricardo, *op. cit.* nota 259, pp. 50 y ss.

²⁶⁹ *Ibidem.* p. 51.

²⁷⁰ Ferrajoli, Luigi, "La democracia constitucional", trad. de Christian Courtis, en Ferrajoli, Luigi. *Democracia y Garantismo, Madrid*, Trotta, 2008, p. 29.

²⁷¹ Prieto Sanchís, Luís, *op., cit.*, nota 262, p. 214.

sus alcances, aunque las diferencias podrán implicar que la Constitución esté mejor o peor garantizada. Lo importante de apuntar es que se cumple con esta condición si el modelo cuenta tanto con un sistema difuso, concentrado o mixto; si el control es a priori o a posteriori, si los efectos son generales o particulares o si funciona por vía de acción o de excepción.

Considerando que además de garantizadas, las Constituciones son materiales, es decir, como ya explicamos, que cuentan con un denso contenido valorativo expresado o enunciado en forma de principios, valores, derechos o directrices, resulta claro concluir que la función de los jueces se ha visto drásticamente transformada. Específicamente se ha modificado el material a partir del cual los jueces deben decidir. La presencia de principios, derechos, valores y directrices ha motivado que los jueces deban descartar o si se quiere, complementar la típica metodología resolutoria consistente en la subsunción, para enriquecer y complejizar su método mediante la incorporación de la ponderación para así solucionar los conflictos entre principios, derechos, y valores de igual rango constitucional.

i) Influencia del plano supranacional sobre el orden constitucional: Hasta aquí, hemos intentado realizar una caracterización del constitucionalismo contemporáneo. Sin embargo, para que esta labor sea medianamente completa, resulta imprescindible dedicar unas líneas a la influencia que genera al interior de los sistemas jurídicos el ámbito internacional, especial aunque no exclusivamente, la influencia proveniente del derecho internacional de los derechos humanos que ha motivado que el orden constitucional de derecho se amplíe al plano supranacional. Esta influencia, que ha sido denominada constitucionalismo internacional²⁷², tiene su piedra de toque en la generación de sistemas supranacionales, internacionales y regionales de protección de Derechos Humanos a través de la firma y ratificación de diversos instrumentos, declaraciones y convenciones que han reconocido derechos y establecido instancias jurisdiccionales y no jurisdiccionales para velar por la vigencia y eficacia

²⁷² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 239, p. 27.

de los Derechos Humanos. Los casos resueltos por estas instancias supranacionales y los criterios vertidos por los órganos convencionales de protección de derechos humanos al resolver estos casos, así como lo establecido por los diversos comités, han permeado en los distintos sistemas jurídicos nacionales, conformando un verdadero derecho interno de fuente internacional y en este sentido ha limitado el accionar interno en virtud de lo que está permitido o no hacer para los Estados miembros de los diversos sistemas supranacionales²⁷³.

En definitiva, y en lo que a Derechos se refiere, el impulso otorgado a los sistemas de protección de derechos humanos, ha contribuido, no sin inconvenientes, a dotar de nuevos criterios materiales a la praxis constitucional de cada país. De este modo, consideramos que se tiende a fortalecer la nota de materialización ya apuntada, aunque claro, no sin ciertas e importantes renunciaciones por parte de los órdenes jurídicos de cada país.

4- El Garantismo

Tal como se nos presenta el constitucionalismo actual y considerando que dicha configuración pareciera gozar de aceptación teórica y de cierto grado de plausibilidad en la práctica, nos vemos en condiciones de afirmar que la aceptación de este nuevo paradigma constitucional implica a su vez la aceptación de las tesis fundamentales de un cierto modelo de derecho denominado Garantismo, postulado por Luigi Ferrajoli desde hace ya algunos años a partir de extender a todo el derecho, ciertas nociones originadas en el campo del derecho penal²⁷⁴. La

²⁷³ El fenómeno descrito es una manifestación de lo que Gómez Canotilho denomina interconstitucionalidad, consistente en el resultado de la “articulación entre constituciones, la afirmación de poderes constituyentes como fuentes y legitimidades diversas y la comprensión de la fenomenología jurídica y política favorable al pluralismo de ordenamientos y normatividades”. Gómez Canotilho, José Joaquim, *Teoría de la Constitución*, trad., Carlos Lema Añón, Madrid, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2004, p., 94.

²⁷⁴ La extensión terminológica y semántica que ha realizado Ferrajoli consiste en lo siguiente. Por un lado, toma la expresión “Garantía” del acervo lingüístico de los civilistas. La Garantía, en este escenario, tiene como finalidad, asegurar el cumplimiento de las obligaciones y así, sirve para tutelar los derechos patrimoniales. La primera extensión se realiza allá por los años cincuenta en el escenario jurídico italiano y consiste en extender la expresión para abarcar también a las

finalidad última del garantismo, consiste en abatir la divergencia entre la normatividad de un modelo normativo establecido a nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores²⁷⁵ o, en otras palabras, entre normatividad y realidad²⁷⁶.

Sin el ánimo de ofrecer aquí una explicación detallada acerca de lo que el garantismo es, por cuanto ello excedería los fines de este trabajo, expondremos algunos de sus rasgos característicos, que consideramos útiles para esta explicación.

En primer lugar, el garantismo sirve de base para conformar lo que Ferrajoli denomina democracia sustancial²⁷⁷. Esta se contrapone a la denominada democracia formal, consistente en “el estado político representativo, es decir, basado en el principio de mayorías como fuente de legalidad”²⁷⁸. Este modelo de democracia, permite y postula que la mayoría sea claramente omnipotente, es decir, carente de límites, Todo puede ser decidido y no existe ninguna esfera de lo indecible²⁷⁹. Este modelo de democracia, es claramente inconstitucional, por cuanto no acepta la noción de límite a lo decidible, que es justamente en lo que consiste la esencia del constitucionalismo.

garantías penales de tipo procesal en tiempos en los cuales la legislación de emergencia tendió a reducir dichas garantías. Surge así la expresión garantismo penal, que introduce el neologismo garantismo para aludir a la respuesta teórica que desde la izquierda de la época se antepuso a las limitaciones sobre las garantías penales procesales. Posteriormente, nuestro autor extiende el sentido de la expresión garantismo para referir a las técnicas de tutela de todos los derechos subjetivos, sean patrimoniales o fundamentales. Véase Ferrajoli, Luigi, “Garantía”, trad. de Gerardo Pisarello y Antonio de Cabo, en Carbonell, Miguel, (ed). *Democracia y garantismo*. Madrid, Trotta, 2008, pp. 60-62.

²⁷⁵ Para Ferrajoli, el garantismo es por un lado, una teoría del derecho que designa una teoría de la validez y de la efectividad. Es además, un modelo normativo de derecho y una filosofía del derecho. Como modelo normativo y en referencia al derecho penal, el garantismo se identifica con el sistema de estricta legalidad. En un plano epistemológico, se trataría de un sistema de poder mínimo, en el plano político, sería un sistema capaz de minimizar la violencia y maximizar la libertad y en el plano jurídico, se trataría de un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de las personas. Como filosofía del derecho, el garantismo impone al derecho y al estado, la carga de la justificación externa, con respecto a los bienes e intereses que constituyen la finalidad de ambos. Para efectos de este trabajo, nos centraremos en la acepción del garantismo como teoría del derecho. Véase Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 221, p. 851.

²⁷⁶ *Ibidem*. p. 852.

²⁷⁷ *Ibidem*. p. 864.

²⁷⁸ *Idem*.

²⁷⁹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 270, p. 26.

De acuerdo a Ferrajoli, que el modelo de democracia constitucional es fruto de un cambio paradigmático acerca del papel del derecho, producido en los últimos cincuenta años a partir de la caída de los regímenes fascistas²⁸⁰. La enseñanza dejada por estos regímenes consistió en que el consenso de masas sobre el que se fundaban el nazismo y el fascismo, no podía ser ya el único parámetro de legitimación²⁸¹. En este escenario, la Constitución es redescubierta como límite a los poderes. Principalmente, esta función de límite opera a partir de la división de poderes y de los Derechos fundamentales y se apuntala con la nota de rigidez que ya hemos comentado y que consiste principalmente en el establecimiento de un proceso dificultado para la reforma constitucional y el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes.

Estos elementos, si bien eran conocidos en el otro lado del atlántico, por influencia de la tradición constitucional norteamericana, no tuvieron igual suerte en el continente europeo en el cual influyó de manera preponderante, la tradición constitucionalista surgida de la revolución francesa, aunque luego sesgada por la influencia del legalismo²⁸². Lo cierto es que el constitucionalismo de la posguerra, recupera ambas tradiciones constitucionales, de la francesa, toma el denso contenido normativo, de la norteamericana, la garantía jurisdiccional²⁸³.

Pues bien, la nueva fuente de legitimidad en la democracia sustancial son los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales que limitarán y ordenarán el poder y el actuar del Estado y del mercado.

En este sentido, la democracia constitucional implicará un determinado modelo de Estado de Derecho. De acuerdo a Ferrajoli, la expresión Estado de Derecho puede entenderse en dos sentidos diversos. Bajo un primer sentido lato o formal, Estado de Derecho refiere a la idea de acuerdo a la cual cualquier poder

²⁸⁰ Si bien el cambio señalado por Ferrajoli se manifestó más temprano en la Europa de la posguerra y su incorporación a la cultura jurídica se vio demorada en América Latina, debido a la proliferación de gobiernos dictatoriales, su presencia se comenzó a hacer sentir a partir del inicio de las transiciones democráticas iniciadas en los años ochentas. *Ibidem*. pp. 27-28.

²⁸¹ *Idem*.

²⁸² Prieto Sanchís, Luís, *op. cit.*, nota 248, pp. 108-109.

²⁸³ *Ibidem*.

debe ser conferido por ley. Bajo su imperio, el criterio de validez es formal y se satisface a partir de establecer que los titulares del poder y las formas de este deben ser predeterminadas por ley. Pero existe un segundo sentido de la expresión Estado de Derecho. Se trata de su significado sustancial y de acuerdo al cual la actividad del poder debe estar pre ordenada, pero además, dicha actividad debe estar circunscrita mediante obligaciones positivas y negativas, prohibiciones y criterios de decisión²⁸⁴. Bajo el imperio del nuevo paradigma, la legalidad se encuentra condicionada no solo en los aspectos formales, sino además en lo sustancial. Esto arroja a su vez un nuevo criterio de validez. La validez requerida en el Estado de Derecho Constitucional es sustancial por cuanto el contenido de las leyes y demás disposiciones queda vinculado y predeterminado por el de los principios y normas constitucionales²⁸⁵.

El criterio de validez sustancial en este modelo, estará dado así por los derechos fundamentales los que son definidos por nuestro autor como los derechos universales atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar²⁸⁶. Y en ellos se incluye a los derechos de libertad o derechos negativos a los que corresponden prohibiciones de lesionar y a los derechos sociales o positivos a los que corresponden obligaciones de prestación por parte del Estado²⁸⁷. Estos derechos, son vínculos sustanciales para la democracia política²⁸⁸.

A partir de las notas enunciadas, el Estado, ha perdido claramente un importante ámbito de libertad para su configuración y para su acción. Existe un sistema de normas metalegales con pretensiones de ordenación sobre los poderes públicos y especialmente sobre el legislador pero ahora con mayores posibilidades de eficacia.²⁸⁹ La Constitución se articula como una convención

²⁸⁴ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 221, p. 856.

²⁸⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 239, pp. 19-20.

²⁸⁶ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 274, p. 61.

²⁸⁷ *Idem.*

²⁸⁸ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 239, p. 23.

²⁸⁹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 274, p. 31.

sobre lo indecible nos dice Ferrajoli²⁹⁰ y Prieto Sanchís complementa esta idea prefigurando tres posibles esferas para las decisiones políticas: La esfera de lo indecible, conformada por los derechos de autonomía y libertad; la esfera de lo indecible que no, integrada por los derechos sociales que imponen obligaciones positivas y, la esfera de lo decidible, en cuyo ámbito se incluirían las decisiones fruto de la autonomía, tanto privada, bajo las reglas del mercado, como política, mediante la representación²⁹¹

Ahora bien, hemos afirmado que la preocupación o finalidad principal del garantismo es cerrar la brecha entre normatividad y realidad, lo que en otros términos se podría traducir en lograr que el vínculo impuesto al poder bajo el concepto de validez sustancial se mantenga firme y que así, los contenidos impuestos por los derechos fundamentales, se materialicen en las leyes y actos del Estado y del mercado. El medio para lograr esta correspondencia son las garantías.

El objetivo de las garantías es la protección de los derechos subjetivos a través de la preservación de la validez sustancial (aunque también formal). El derecho subjetivo es toda expectativa jurídica, positiva o negativa²⁹². La garantía es la obligación correspondiente a todo derecho subjetivo²⁹³. Garantías y derechos no deben ser confundidos advierte Ferrajoli. La confusión llevaría a sostener que la carencia de garantía implicaría necesariamente la inexistencia del derecho, o a afirmar que un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho²⁹⁴. De acuerdo a nuestro autor esta confusión es incorrecta y su consecuencia falsa. “Esta ausencia [de garantía] no autoriza a sostener la tesis de que los derechos no garantizados no existen, aunque existan las normas que los establecen”²⁹⁵.

²⁹⁰ *Idem.*

²⁹¹ Prieto Sanchís, Luís, “Constitucionalismo y garantismo”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-Instituto de Investigaciones jurídicas- UNAM, 2005, p. 42.

²⁹² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 274, p. 63.

²⁹³ *Idem.*

²⁹⁴ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 239, p. 59.

²⁹⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 274, p. 73.

Las garantías a su vez, son clasificadas por Ferrajoli en primarias y secundarias. Las primarias o sustanciales son las prohibiciones u obligaciones que corresponden a los derechos subjetivos²⁹⁶. Las secundarias o jurisdiccionales son las obligaciones, por parte de los órganos judiciales, de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando se constaten, actos ilícitos o no válidos que violen los derechos subjetivos y sus garantías primarias²⁹⁷. Las garantías secundarias entonces, entran en acción cuando resultaren violadas las garantías primarias. Ejemplificando lo dicho, la garantía primaria de los derechos de libertad consistiría en la prohibición de leyes o medidas restrictivas de tales derechos implicada en la norma primaria en la que se establecen; la garantía secundaria es la obligación de anular tales leyes, prevista en las normas secundarias que establecen el control de constitucionalidad²⁹⁸.

Ya dijimos que para el garantismo, la ausencia de garantía no nos permite sostener que el derecho no garantizado no exista, a lo sumo, nos permitirá afirmar que el derecho no se encuentra garantizado y estaremos en presencia de una laguna. Cuando falte la estipulación de la garantía primaria, es decir, de la obligación o prohibición, estaremos en presencia de una laguna primaria. Cuando falten los órganos o procedimientos necesarios para sancionar la carencia o infracción de la garantía primaria, estaremos ante una laguna secundaria. En ambos casos, la laguna debe ser colmada por el legislador.²⁹⁹

4.1- Garantismo y jueces

Los elementos en los cuales se apoya el nuevo constitucionalismo y que receptan a nuestro entender el modelo de derecho denominado garantismo, han motivado cambios fundamentales en el modelo de Estado. Este Estado constitucional de derecho, se caracterizará entre otras notas, por un nuevo rol del

²⁹⁶ *Ibidem.* p. 64.

²⁹⁷ *Idem.*

²⁹⁸ *Idem.*

²⁹⁹ *Ibidem.* p. 73

poder judicial o, específicamente, de la jurisdicción constitucional, más invasivo respecto a las áreas y funciones de los restantes poderes, y que es una consecuencia normal, atendiendo a la necesidad que bajo el nuevo modelo se asigna a la garantía jurisdiccional de la constitución³⁰⁰.

De acuerdo a las notas que configuran al nuevo constitucionalismo, el constitucionalismo actual es fuerte³⁰¹. En tal sentido, el modelo de Estado constitucional de derecho se caracterizaría por la primacía de la constitución y el debilitamiento de la soberanía del Estado³⁰², aunque no coincidimos con quienes consideran que la pérdida de soberanía por parte del Estado ha implicado la recuperación de soberanía para el pueblo³⁰³, pues el constitucionalismo fuerte que caracteriza a la actual cultura constitucional, tiene serios problemas de compatibilidad con el principio democrático con el que creemos que se podría identificar la mencionada soberanía del pueblo. Estos problemas se presentan como irresolubles si adoptáramos un concepto de democracia plesbicitaria o formal. Sin embargo y en función de lo que hemos venido explicando, los cambios en la cultura constitucional han permitido el desarrollo de un paradigma democrático diferente, al que hemos denominado democracia constitucional, en cuyo marco los jueces han asumido un rol preeminente en la función de mantener incólume el orden constitucional y específicamente, los derechos fundamentales.

A la luz de las nuevas funciones de los jueces, el aparente conflicto entre democracia y constitución, adopta una fisonomía más específica y se concretiza en el problema del carácter contramayoritario del poder judicial o, en otros términos, en el de la legitimidad democrática del juez para ejercer su función y escrutar las decisiones tomadas en el campo de la representación democrática o

³⁰⁰ García Pelayo sostiene incluso que el Estado constitucional de derecho se erige como tal a partir del establecimiento de una justicia constitucional. Véase. García Pelayo, Manuel, "Estado legal y estado constitucional de derecho", en García Pelayo, Manuel, *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1991, Vol. III, pp. 3019.-3039.

³⁰¹ Véase Bayón, Juan Carlos. "Derechos, democracia y constitución", en Carbonell, Miguel (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 213.

³⁰² Gil Domínguez, Andrés, *Escritos sobre neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Ediar, 2009, p. 18.

³⁰³ *Idem*.

en la labor de colmar las lagunas primarias y secundarias que ensanchan la brecha entre normatividad y realidad.

Para Ferrajoli, la cuestión de la legitimidad del juez en el Estado constitucional de derecho se resuelve de la siguiente manera. Comienza por reconocer, un hecho claro: que bajo este nuevo modelo de Estado, el papel del juez se ha visto reforzado. Pero además este reforzamiento, ha contribuido, contrariamente a lo que afirmarían los defensores del modelo de democracia formal o política, a gestar por un lado, una legitimidad democrática más fuerte de los jueces y además, ha venido a apuntalar su independencia³⁰⁴. La independencia judicial se ha fortalecido a partir de que el juez ya no se encuentra sujeto a la ley de acuerdo a lo que postulara el viejo paradigma paleopositivista. De aquí en adelante, el juez estará sujeto a la ley siempre que sea válida, es decir, en cuanto ley portadora de los contenidos constitucionales o, en otras palabras, en tanto sea coherente con la Constitución³⁰⁵. La interpretación judicial deja de ser acrítica para pasar a ser valorativa. Para ello, tendrá que re interpretar el sentido constitucional de las leyes.

La incorporación de los derechos fundamentales a la Constitución que se erigen entonces como patrones para que el juez pueda apreciar y juzgar la validez de las leyes, son el fundamento de la nueva legitimidad democrática del juez. Es decir, en donde muchos aprecian la pérdida de legitimidad democrática del juez, Ferrajoli considera que se encuentra la nueva fuente de su legitimidad. Se trata de una legitimidad que nada tiene que ver con la legitimidad democrática de tipo político pues no se deriva de la voluntad de la mayoría. El fundamento de la legitimidad del juez en el estado constitucional se deriva de la intangibilidad de los derechos fundamentales. Y esta legitimidad es asimismo democrática pues al mantener la intangibilidad de los derechos fundamentales, los jueces preservarán las bases de la democracia sustancial³⁰⁶.

³⁰⁴ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 239, pp. 25-26.

³⁰⁵ *Idem.*

³⁰⁶ *Ibidem.* p. 27.

5- Recapitulación

De los cambios metodológicos que el garantismo ha promovido hacia el interior del constitucionalismo, posiblemente los más trascendentes de cara a la presente investigación sean los operados en la concepción de la función jurisdiccional por un lado, y por el otro, los materiales a partir de los cuales esa función debe ser realizada. En el nuevo escenario constitucional es claro que el juez tiene un rol más protagónico que desempeñar pues la garantía jurisdiccional de la Constitución es una nota característica del nuevo modelo constitucional. Por otro lado, decíamos, los materiales a partir de los cuales el juez ahora decide, le ponen delante normas constitucionales a partir de las cuales es posible operar sin intermediaciones. Considerando lo dicho en el capítulo anterior en cuanto a que la Constitución determina la estructura del Estado y la acción de los agentes del Estado, consecuentemente, la relación entre los jueces y los restantes Poderes del Estado se ha de modificar, pues los poderes de fiscalización o control de éstos sobre aquellos, inevitablemente se profundizará.

CAPÍTULO SEXTO

DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES. NOTAS PARA UNA ADECUADA CONCEPTUALIZACIÓN

1-Planteamiento

Hemos considerado que sería inadecuado concluir la segunda sección de esta investigación destinada a fortalecer la pertenencia de los derechos sociales a la narrativa constitucionalista, sin ofrecer algunas ideas respecto a lo que significan los derechos sociales como derechos cuando ellos son incluidos, de alguna manera, a los textos constitucionales. Al explicar lo que estructuralmente ofrecen los derechos sociales en términos deónticos, queremos explicitar los diversos canales de acción que ellos ofrecen para el juez constitucional que debe proceder a resolver los litigios que los tengan por objeto.

En este capítulo entonces, ofreceremos un análisis estructural de los derechos sociales que, además de explicitar posibilidades deónticas para su articulación jurisdiccional, nos permitirán comenzar a avizorar el complejo escenario que ponen delante a los jueces sobre todo considerando los nuevos roles institucionales que deben desempeñar y que exceden, la exclusiva labor de adjudicación entendida en términos tradicionales.

2- Dificultades iniciales en torno al concepto y clasificación de los derechos sociales

En el presente capítulo nos avocaremos a tratar algunas cuestiones que a nuestro entender, permitirán arrojar un poco de luz en torno a la idea de derechos sociales de cara a su adecuada articulación jurisdiccional. Debemos adelantar que no es nuestra intención ofrecer un concepto acabado de los derechos sociales

pues asumimos que el de derechos sociales es uno de los conceptos más complejos dentro del lenguaje de los derechos³⁰⁷. Por otro lado, la postulación de un concepto tal, excedería los marcos trazados para este trabajo y por lo pronto, la capacidad de quien escribe estas líneas. Por último, y de acuerdo a lo que hemos venido sosteniendo en relación a la indivisibilidad de los derechos dicha empresa podría carecer de sentido.

En segundo lugar, debemos establecer que renunciaremos a postular criterios clasificatorios acerca de los derechos sociales por cuanto normalmente ellos han sido funcionales a la labor de profundizar las diferencias entre estos y otros derechos, permitiendo así que estas clasificaciones puedan ser tildadas y con razón de “sospechosas”³⁰⁸

Los intentos de conceptualización y de clasificación, amén de incompletos, han permitido ahondar en las diferencias entre estos y los demás derechos partiendo justamente de ideas equivocadas o simplemente erróneas. Cruz Parceró expresa esta idea de la siguiente manera:

Algunas respuestas a la pregunta de qué son los derechos sociales han sido tradicionalmente las siguientes: “los derechos de los trabajadores”, “aquellos que nacen bajo los auspicios del socialismo del siglo XIX y que pretenden favorecer a las clases menos favorecidas”, aquellos que restringen la propiedad y la autonomía de la voluntad”, o sencillamente se identifican con los llamados “derechos económicos, sociales y culturales” contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966). También han sido tradicionalmente caracterizados como esencialmente distintos a los llamados “derechos civiles y políticos”. Estos últimos consisten, se dice, en obligaciones de abstención por parte del Estado o de ciertos particulares, mientras que los derechos sociales implican obligaciones de hacer o de dar algo; los primeros son pues derechos pasivos y los segundos, derechos activos. Tanto la falta de claridad sobre cuáles son los derechos sociales como la adopción simultánea de varios criterios, genera que quienes hablan

³⁰⁷ Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los Derechos, ensayo para una teoría estructural de los Derechos*, Madrid, Trotta, 2007, p. 71.

³⁰⁸ *Ibid*, pp. 73 y ss.

sobre ellos afirmen cosas falsas y contradictorias tanto de los llamados derechos civiles y políticos como de los derechos sociales

Las ideas de Cruz Parceró aquí vertidas se encuentran cargadas de razón. Los derechos sociales no podrían ser definidos como “los derechos de los trabajadores”, a menos que aceptemos que bienes tales como salud o educación, se puedan entender como exclusivos de tal sector social, lo que significaría un recorte inadmisibles en cuanto a los sujetos activos de estos derechos. Sostener esta definición nos llevaría por ejemplo a excluir de un derecho tal como la educación a los niños, quienes se encuentran excluidos de la categoría de trabajadores. Lo mismo podríamos decir respecto al mismo grupo, en relación al derecho a la salud.

Tampoco podríamos conceptualizar a estos derechos como aquellos que “restringen la autonomía de la voluntad”, pues de acuerdo a ciertas posturas liberales igualitarias, la cobertura de ciertos bienes básicos brindada por los llamados derechos sociales, permitiría justamente lo contrario, es decir, incrementarla³⁰⁹.

Los derechos sociales suelen caracterizarse como derechos que conllevan obligaciones positivas y al contrario, los derechos civiles se entienden compuestos de obligaciones negativas, por cuanto implican en su acepción más elemental, derechos de defensa. La incorrección de esta comprensión acerca de unos y otros derechos ya se ha demostrado falsa³¹⁰. Si bien es cierto que aspectos importantes de los derechos sociales consisten en derechos a acciones positivas, cierto es también que ellas no agotan las acciones que los pudieran implicar. Lo mismo cabría afirmar respecto a los derechos civiles. Si bien es cierto que algunos aspectos implicados por ellos pueden cumplirse mediante abstenciones, cierto es

³⁰⁹ *cfr.* Prieto Sanchís, Luís, “Los derechos sociales y el principio de igualdad”, en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan Antonio, Vázquez, Rodolfo, *Derechos Sociales y Derechos de las minorías*, México, Porrúa, UNAM, 2004, p. 25- 26.

³¹⁰ Abramovich, Víctor y Courtis Christian, *op. cit.*, nota 89, p. 21 y ss.

también que con ellas no se agota el espectro de acciones adecuadas para cumplir con las obligaciones implicadas en ellos³¹¹.

La labor de generar un concepto de derechos sociales que permita agruparlos en una misma categoría es, desde el punto de vista de la estructura de los derechos una labor aparentemente imposible. Por ejemplo, si tomáramos como referencia al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y a los derechos allí contemplados, sería imposible encontrar rasgos estructurales comunes que nos permita aglutinarlos en la misma categoría. Así lo expresa Cruz Parceró:

Por ejemplo, si al hablar de derechos sociales tomáramos como criterio identificador los derechos que se contemplan en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (entre otros, el derecho al trabajo, a sindicarse, a la seguridad social, a la protección de la familia, la mujer y los niños, a un nivel adecuado a la alimentación, vestido y vivienda; a la salud física y mental, a la educación, a la cultura, a la libre determinación de los pueblos..), no podríamos predicar de todos ellos rasgos estructurales como el que les correspondan obligaciones positivas, ni otro tipo de características que suelen usarse para definir los derechos sociales, como decir que son derechos de trabajadores o de los grupos desprotegidos³¹²

Los intentos conceptuales y clasificatorios brevemente comentados, nos dice con acierto Cruz Parceró, se han estipulado sobre la base de criterios históricos y políticos, soslayando u omitiendo los aspectos estructurales que son, a nuestro entender, los que nos permitirían proponer nociones interesantes y sobre todo, útiles acerca de los derechos llamados sociales³¹³

Hemos afirmado líneas arriba que las clasificaciones sospechosas, sobre todo aquellas que diferencian a los derechos sociales de los civiles con base en consideraciones históricas y políticas han servido solo para profundizar de manera

³¹¹ Cruz Parceró, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 307, p. 74

³¹² *Ibid.*

³¹³ *Ibidem*, p. 75.

falaz, la idea de acuerdo a la cual los derechos sociales no serían verdaderos derechos. A continuación procederemos a comentar un claro ejemplo de lo dicho para luego, a partir de la crítica a esta posición, presentar, con apoyo en estudios anteriores, ideas que permitan comprender de modo útil estos derechos.

3- La confrontación entre derechos civiles y derechos sociales

Como se ha explicitado a lo largo de este trabajo, los derechos sociales cuentan en la actualidad con un nutrido grupo de detractores que, desde diversos ángulos de estudio, intentan minar su entidad de verdaderos derechos. Hemos decidido iniciar este apartado analizando las ideas propuestas por Atria por considerar que su esquema es una clara muestra del discurso tradicional que hemos venido contrapunteando a lo largo de este trabajo. Más específicamente, incurre en un problema medular que podría ser considerado como la piedra de toque que impide entender a los derechos sociales como verdaderos derechos. El problema de Atria a nuestro entender es partir de la contraposición entre derechos civiles y derechos sociales, posición que le impide ver a los derechos como un todo o como un haz de relaciones. A partir de la posición antitética asumida por Atria y de la argumentación que dicha base propicia, podremos ver la enorme cantidad de problemas que impedirán elaborar ideas claras acerca de los derechos sociales, por lo que en este trabajo y por las razones que a continuación exponaremos, sugeriremos dejar de lado este tipo de acercamientos.

Posiblemente sea Fernando Atria quien últimamente ha dirigido los ataques más fuertes en contra de los derechos sociales. En su trabajo *¿Existen derechos sociales?*³¹⁴, el autor sostiene que si por derecho se hiciera referencia al concepto de derecho subjetivo, los derechos sociales serían una contradicción en los términos³¹⁵. Como consecuencia de ello, los derechos sociales deberían ser

³¹⁴ Atria, Fernando, *¿Existen derechos sociales?*, *Derechos Sociales*, Discusiones Año IV, N^o 4, 2004, www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/discusiones.shtml, consultado el 8 de septiembre de 2009.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 15.

reconducidos a un sentido político y no jurídico o lo que es lo mismo, deberían ser asumidos como labor de los cuerpos políticos y representativos y no como derechos subjetivos reclamables en sede judicial³¹⁶. Procederemos a reconstruir el pensamiento de Atria para descubrir las razones mediante las cuales arriba a estas drásticas conclusiones.

Partiendo de un esquema de derecho privado, el autor intenta explicar el sentido en que se utiliza la expresión “derecho” en términos jurídicos. Para ello, parte de diferenciar los siguientes enunciados:

¿Qué diferencia hay entre decir “dar (o hacer o no hacer) x a w es bueno” y decir “w tiene derecho a x”? Espero que sea evidente que esta es una pregunta fundamental para que tenga sentido empezar a hablar de derechos. No se trata desde luego de que las dos cuestiones sean distintas en el sentido de que la respuesta a una tenga impacto alguno en la respuesta a la otra. No, la cuestión no es de independencia o autonomía sino de diferenciación. Si tiene sentido decir que w tiene derecho a x, no puede ser que con eso solo estemos diciendo que es bueno que se dé, haga o no haga x a w. Cuando decimos que el comprador tiene derecho a que el vendedor le entregue la cosa ciertamente estamos diciendo mucho más que al decir que es lícito para el vendedor entregar la cosa³¹⁷.

Cuando hablamos de derechos en términos jurídicos, lo que hacemos es decir –siguiendo su ejemplo- que el comprador tiene la potestad de reclamar la entrega de x. Así, “derecho subjetivo es la posición en la que se encuentra una persona con potestad para decidir si la obligación de otro será o no coactivamente exigida”³¹⁸. Es decir, entendemos al hablar de derechos, que el comprador tiene un poder normativo para modificar la situación del vendedor³¹⁹. La declaración de voluntad del comprador en aras de manifestar su deseo de exigir el cumplimiento es condición necesaria para que el derecho exija coactivamente al vendedor el

³¹⁶ Courtis, Christian, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009, p. 50.

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ Atria, Fernando, *op. cit.*, nota 314, p. 22.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 23.

cumplimiento de la obligación³²⁰. De esta forma, Atria entiende, que la obligación del vendedor de entregar x se encuentra necesariamente mediada por la declaración de voluntad del titular del derecho x en cuanto a exigirle dicho cumplimiento y la “razón dominante” de esta mediación es atender a un interés del acreedor. Con base en estos argumentos, Atria sostiene:

Que para que podamos hablar de derechos en sentido jurídico es necesario que una persona: a- Tenga una obligación, b- cuya exigibilidad está jurídicamente medida por la declaración de voluntad de otra y, c- que sea reconocida o creada por el derecho en atención al interés de esa otra³²¹.

Ahora bien, la noción de derechos aquí sostenida permite afirmar que es posible recortar la situación de deudor y acreedor o vendedor y comprador y abstraerla de otras consideraciones morales, es decir, es posible determinar la justicia de la acción del deudor apreciando solamente la específica relación entre deudor y acreedor puesto que lo “moralmente dominante” es la forma en que el interés del acreedor ha de ser satisfecho por el deudor más allá de consideraciones externas o ajenas a dicha relación³²². El derecho entiende que el que mejor conoce sus intereses es el propio interesado³²³. De estas ideas pareciera concluirse que aquello que moviliza el concepto jurídico de derechos es el autointerés.

De las ideas hasta aquí esbozadas, Atria extrae una importante conclusión sobre todo a partir de la posibilidad de “recortar” la situación de las partes y abstraerlas de consideraciones morales externas a la relación: que los derechos en principio solo reconocen como límite a otros derechos³²⁴ por cuanto lo ajeno a la relación entre dos personas no debe ser considerado a efectos de apreciar la justicia o injusticia de la reclamación de una de las partes.

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ *Ibid.*

³²² *Ibidem*, p. 25.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ *Ibidem*, p. 27.

Parecería desprenderse del razonamiento de Atria que dado que los derechos de primera generación se basan en el autointerés, ellos podrían ser entendidos como derechos en sentido jurídico.

En segundo término, el autor comparte en líneas generales, la idea de acuerdo a la cual los derechos sociales y los derechos de primera generación son categorías antitéticas. Los derechos de primera generación nos dice Atria, fueron impulsados por los movimientos revolucionarios liberales a la luz de la idea según la cual lo político era una asociación no natural y los derechos eran aquello que los ciudadanos detentaban antes de la conformación de la comunidad política y se preservaban en contra de ella³²⁵. A mayor abundamiento, el autor señala que la expresión “en contra” implica en este caso dos sentidos relacionados pero diversos y que requieren explicitación:

En contra tiene aquí un doble sentido: por una parte, eran derechos en contra de la comunidad, porque ya constituida ésta, la principal amenaza para los derechos ya no era el ataque de otros individuos (neutralizar esa amenaza era la finalidad del contrato constitutivo), sino el Leviathan recién constituido. Por otra parte, porque los individuos constituyentes (contratantes) eran, en algún sentido acreedores de la comunidad política, cuya existencia era justificada por la protección a los derechos que ella aseguraba³²⁶

En síntesis, la función política de los derechos de la primera generación consistió en justificar la asociación política, por cuanto la finalidad de toda sociedad política es conservar los derechos naturales del hombre y esos derechos eran concebidos como naturales porque eran normativamente previos a la conformación de la comunidad política³²⁷. Pero el calificativo de naturales no solo les viene dado a estos derechos liberales o de primera generación por la posibilidad de concebirllos de modo previo a la conformación de la comunidad

³²⁵ *Ibidem*, p. 16.

³²⁶ *Ibid*

³²⁷ *Ibidem*. p. 17.

política. El atributo de naturales les viene dado “porque para especificar su contenido tanto activo como pasivo es suficiente con atender a la posición del individuo aislado”³²⁸. Pero ¿qué quiere significar Atria con esto? Que la especificación del contenido del aspecto activo es al mismo tiempo una especificación de su aspecto pasivo o en otras palabras: “que al determinar quién tiene derecho a qué queda también determinado quién tiene qué deber”³²⁹

Las características que Atria atribuye a los derechos de primera generación, le permiten embonarlos en el esquema iusprivatista a partir del cual caracteriza a los derechos en sentido jurídico o derechos subjetivos. Veamos: Los derechos de primera generación pueden ser considerados naturales por cuanto ellos pueden ser concebidos de forma previa a la idea de comunidad. La prescindibilidad respecto a la idea de comunidad política permite aislar estos derechos de otras consideraciones ajenas a la relación que pueda plantearse entre dos personas en torno a ellos. Por otro lado, y recordando que en el esquema propuesto, lo determinante jurídicamente para el derecho es el interés del acreedor, el autointerés que fundamenta a los derechos de primera generación, le resulta funcional para proceder a acomodarlos en su esquema iusprivatista explicativo de los derechos. Autointerés y existencia previa a la comunidad política conforman el escenario aislacionista que permite a Atria establecer una analogía entre los derechos subjetivos según los entiende y los derechos de primera generación. Este esquema le posibilita comprender a los derechos de primera generación como derechos subjetivos y al mismo tiempo le posibilita negar tal carácter a los llamados derechos sociales o de segunda generación.

Veamos qué dice Atria acerca de los derechos sociales. Con acierto señala que los derechos de la primera generación fueron incorporados por la tradición liberal. Sin embargo, apunta, no fue la única tradición moderna. Junto a la tradición liberal se superpuso otra, que denomina republicana o socialista que, a diferencia de la primera, asume que la constitución de la comunidad política no agota sus fines en la protección que brinda a las personas de la agresión de otros, sino que

³²⁸ *Ibidem*, p. 19-20.

³²⁹ *Ibidem*, p. 19.

entiende que la comunidad política constituida, brinda los medios para que mediante la relación con los demás, las personas puedan aspirar a una forma de vida “propiamente humana”³³⁰:

En la visión socialista o republicana la comunidad es valiosa porque permite a sus miembros relacionarse respondiendo a la razón y no a sus inclinaciones; en otras palabras, porque dentro de ella pueden actuar no ya mirando exclusivamente su auto interés, sino sobre la base de la solidaridad. La idea de la solidaridad, expresada comunitariamente en el lema “de cada cual de acuerdo a sus capacidades, a cada cual de acuerdo a sus necesidades” (que la sociedad comunista inscribiría en sus estandartes después de abolir el estado burgués) es una que enfatiza la obligación comunitaria de atender al bienestar de cada uno de sus miembros³³¹

La corriente republicana fue, entre otras cosas una respuesta crítica al liberalismo, al que objetó: su unilateralismo consistente en contemplar al individuo aislado de la comunidad en lugar de verlo situado en ella y su formalismo consistente en considerar los aspectos formales “para el ejercicio de la libertad y la búsqueda de la felicidad”³³² y no atender a los aspectos materiales necesarios para alcanzar dichas metas. La respuesta socialista a estas falencias del liberalismo consistió en formular sus demandas consistentes en fines comunitarios, en el mismo lenguaje utilizado por los liberales revolucionarios: el lenguaje de los derechos³³³, pues si no lo hubieran hecho de tal modo –y recordando que para Atria a un derecho solo se puede anteponer como límite otro derecho- los fines comunitarios por si solos no podrían vencer a los derechos individuales³³⁴. En el esquema propuesto por Atria la idea expresada parece estar dotada de suma coherencia:

³³⁰ *Ibidem*, p. 17.

³³¹ *Ibidem*, p. 18.

³³² *Ibidem*, p. 19.

³³³ *Ibidem*, p. 22

³³⁴ *Ibidem*, p. 39.

Hemos visto que el concepto de derecho subjetivo hace referencia a la idea de que lo que es justo dar, hacer o no hacer al titular del derecho puede determinarse con independencia de consideraciones sustantivas de índole general. Por eso los derechos triunfan (al menos en principio) sobre consideraciones de utilidad general o aspiraciones comunitarias. El mayor bienestar social o aspiración comunitaria no pueden constituir una razón que triunfe sobre un derecho. Esto es lo que “tener un derecho a...” significa en el juego del lenguaje del derecho³³⁵.

Es momento entonces de explicar porque los derechos sociales son una contradicción en términos. En su opinión, cuando los republicanos o socialistas expresaron sus fines comunitarios en el lenguaje de los derechos generaron dicha contradicción pues al hacerlo, la idea comunitaria en la cual descansan, es decir, los lazos de solidaridad que permitirían que una comunidad atienda las necesidades de sus miembros, es negada por cuanto el reclamo de un individuo acerca de un “derecho social” es dirigido contra la comunidad³³⁶ en la cual, según Atria los derechos sociales se basan.

La contradicción en términos indicada, se verifica o manifiesta en la tensión existente entre la forma y la sustancia del derecho. Así, dice el autor, cuando un derecho social es violado, la única forma de articularlo judicialmente es desocializarlo o sea reformular la pretensión “en términos de violación individualizada y concreta, en lugar de en forma genérica”³³⁷ (sic):

De este modo, el derecho social a la protección de la salud, que originalmente consistía en que se garantizara un nivel de atención de salud a todos (porque una comunidad en la que todos nos preocupamos por los otros es una comunidad más decente que otra en la que cada uno persigue su bienestar individual y el resto lo hace la mano invisible), se convierte en un derecho individual alegado por el demandante de que se obligue al Estado a dar una determinada prestación de salud, sin que las necesidades de los otros puedan ser relevantes. Lo que llega al tribunal no es un derecho social, no puede ser un derecho social, sino una demanda privada,

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ *Ibidem*, p. 40.

³³⁷ *Ibidem*, p. 45.

que expresa ya no la idea de una forma superior de comunidad sino la negación de esta; la pretensión del demandante de que su interés sea atendido , aun a costa del interés de los demás³³⁸.

Pues bien, habiendo explicado el planteamiento de Atria, procederemos a intentar atacar algunos de sus juicios para así explicitar lo que hemos venido sosteniendo: que la clasificación que distingue entre derechos civiles y políticos y derechos sociales y los entiende como categorías antitéticas, se apoya en postulados débiles y lleva a conclusiones equivocadas.

Concretamente nos interesa analizar una idea de Atria: aquella que sostiene la independencia entre la comunidad constituida y los derechos de primera generación. El autor se refiere a esta independencia conceptual al decir que los derechos de primera generación son derechos naturales y que tal adjetivo les cabe, no solo por ser ellos previos a la comunidad política, sino porque para especificar el contenido activo y pasivo es suficiente con considerar al individuo aislado o, en sus palabras, que “al determinar quien tiene derecho a qué, queda determinado quién tiene que deber”. La aparente claridad con la cual Atria expresa esta idea, no se condice con la oscuridad que la enmarca y con la cantidad de ideas que debemos presuponer y dar por válidas. El principal cuestionamiento que le haríamos podría ser expresado de la manera que sigue: ¿Por qué debemos considerar acertada la presuposición que realiza en torno a considerar útil la imagen del individuo aislado? que por cierto solo tiene finalidades explicativas o conceptuales. En segundo lugar, resulta objetable su afirmación en el sentido de que a partir de la consideración de ese individuo aislado, podemos colegir algo en relación a los derechos de que goza y algo más en relación a saber quien o quienes son los sujetos obligados.

Para responder al primer interrogante planteado recurriremos a algunas ideas ofrecidas por Alexy cuando reflexiona acerca de la interpretación que el Tribunal Constitucional Alemán ha dado al derecho al libre desarrollo de la

³³⁸ *Ibidem*, p. 46.

personalidad contenido en el artículo 2 párrafo 1 de la Ley Fundamental como derecho general de libertad. El Tribunal, desde sus primeras decisiones interpretó este artículo de un modo amplio como libertad de la acción humana en el más amplio sentido³³⁹, dando al citado artículo la entidad de un verdadero derecho fundamental independiente que garantiza la libertad general de la acción humana³⁴⁰. Este derecho, así concebido como libertad general de acción, significa la libertad de hacer y omitir lo que uno quiera y esto, en opinión de Alexy significa dos cosas: que a cada cual le está permitido *prima facie* hacer y omitir lo que quiera y segundo, que cada cual tiene también *prima facie* un derecho frente al Estado a que éste no impida sus acciones y omisiones, es decir, que no intervenga en ellas³⁴¹. La conclusión de Alexy es que un derecho general de libertad entendido así, “abarca todas las acciones de los titulares del derecho fundamental y todas las intervenciones del Estado en las acciones de los titulares de derecho fundamental”³⁴². Pero la interpretación que el Tribunal Constitucional Alemán le ha dado es aún más extensa pues no solo abarca acciones del titular, sino además, la protección de situaciones y posiciones jurídicas, con lo cual no solo protege su hacer, sino su ser fáctico y jurídico³⁴³. La comprensión del derecho general de libertad como aquí se ha vertido por parte del Tribunal Constitucional Alemán, ha sido objeto de todo tipo de críticas. Una de ellas, se refiere al contenido del derecho por cuanto el derecho general de libertad entendido en

³³⁹ Alexy, Robert, *op. cit.* nota 86, p. 333.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ En relación a la distinción que Alexy efectúa entre acciones, situaciones y posiciones, la explica del siguiente modo: “Se puede fundamentar la inclusión de la protección de situaciones y posiciones jurídicas aduciendo que las intervenciones en situaciones y posiciones jurídicas de un titular de un derecho fundamental afectan siempre indirectamente su libertad de acción. Así, por ejemplo, la violación de la situación de la libre comunicación mediante grabaciones secretas con cintas magnetofónicas y la eliminación de la posición jurídica de un miembro del consejo de personal, afectan las posibilidades de acción del respectivo titular del derecho. Desde este punto de vista, el derecho general de libertad tiene el carácter de un derecho que protege directa e indirectamente (a través de la protección de situaciones y posiciones jurídicas) la libertad general de acción. En cambio si se restringe el derecho de libertad general de acción a la protección directa de acciones, representa entonces solo un segmento del derecho general de libertad”. Véase *Ibidem*, p. 334.

forma tan amplia, presupone un individuo aislado de su relación con el Estado y la comunidad³⁴⁴.

Aquello que Alexy tiene para decir respecto a estas críticas es lo que nos interesa en relación a la posición aislacionista sostenida por Atria y a la posibilidad de que en un escenario tal, sea posible determinar el contenido activo y pasivo de los derechos y los sujetos titulares de los mismos.

En primer lugar, señala Alexy que la objeción del individuo aislado apunta sobre todo en contra de dos propiedades del derecho general de libertad como ha sido entendido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: que se trataría de un derecho ilimitado desde el punto de vista del supuesto de hecho y que se trataría de un derecho negativo³⁴⁵. Alexy intenta calmar a los objetores, señalando que una concepción tal que considere un principio general de libertad descontextualizado, es decir, que contemple a un individuo aislado, no tiene viabilidad para explicar absolutamente nada. Veamos. Efectivamente, el supuesto de hecho del derecho general de libertad no está delimitado, en tal sentido carecería de límites, pero esto dice muy poco acerca de la posición en la que se encuentra un individuo a la luz de un tal derecho general de libertad, por cuanto lo decisivo para la posición de ese individuo es lo definitivamente protegido y lo definitivamente protegido es todo menos la ausencia de límites³⁴⁶. Lo definitivamente protegido será el resultado de ponderaciones frente a principios opuestos³⁴⁷. El punto medular de Alexy es el siguiente: “existen libertades muy diferentes que tienen que ser interrelacionadas para poder llegar a una situación total de libertad justificable³⁴⁸. Lo explica mediante el ejemplo de la prohibición de coacción. Dice Alexy:

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 365.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 366.

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 367.

La prohibición de coacción priva a todos de la libertad de coaccionar y, en esa medida, restringe la libertad negativa de todos. Pero al mismo tiempo, aumenta la libertad negativa de todos en la medida en que, en la relación ciudadano/ciudadano, conduce a que el individuo, en la elección de múltiples alternativas de acción, se vea expuesto a coacciones por parte de sus conciudadanos en mucha menor medida a lo que sucedería si no rigiese la prohibición de coacción. Por múltiples y manifiestas razones, la situación en la que se está libre de coacción tiene que ser valorada como mejor que una situación en la que existe la libertad de coaccionar a los conciudadanos. Por ello, la primera puede ser calificada como una situación más libre y puede decirse que en ella impera más libertad. Sin embargo, esto no modifica en nada el hecho de que el plus de libertad es producido a través de la introducción de no libertades jurídicas.³⁴⁹

Esto significa de acuerdo a nuestro autor, que la creación y mantenimiento de la libertad cuesta sacrificios a la misma³⁵⁰. La libertad, solo se puede conceptualizar y justificar en un marco relacional, es decir, en comunidad, pues solo en ese marco, es posible determinar los sacrificios que es necesario infringir a la libertad para poder generar una situación total de libertad justificable. Alexy ejemplifica esta idea de la siguiente manera:

Sin libertad frente a la intervención de sujetos jurídicos de igual jerarquía (libertad negativa en la relación entre iguales), sin las competencias jurídicas para participar en la formación de la voluntad colectiva (libertad negativa democrática), , sin un cierto grado de ausencia de situaciones económicas deficitarias (libertad negativa social) y también sin las acciones de participación en la comunidad política, realizadas sobre la base de la convicción y la responsabilidad (libertad positiva democrática), no puede haber ninguna situación total de libertad. A esto se agrega el hecho de que no solo derechos subjetivos, al igual que acciones individuales, son las condiciones de su existencia, sino que también lo son numerosas características de la organización del Estado y de la Sociedad, que se extienden desde la división de poderes hasta la estructura pluralista de los medios de comunicación³⁵¹.

³⁴⁹ *Ibidem*, p, 367.

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ *Ibidem*, p, 368.

Las ideas de Alexy nos permiten afirmar que la imagen del individuo aislado propuesta por Atria, de poco sirve para entender de qué hablamos cuando referimos a derechos. Por el contrario, creo que nos permiten afirmar que referir a los derechos en el marco relacional impuesto por la comunidad es necesario e ineludible para comenzar a tener indicios acerca del contenido de los derechos. De acuerdo a los planteamientos de Alexy, no es cierta la afirmación de Atria en cuanto a que es posible la determinación activa y pasiva de un derecho considerando al individuo aislado y, si lo fuera, carecerías de sentido.

En este orden de ideas, la independencia referencial de los derechos de primera generación con relación a la comunidad política no es tal. Por el contrario, ellos son pasibles de ser dimensionados a partir del marco referencial y relacional ofrecido por la comunidad política. En este sentido tanto los derechos civiles como los derechos sociales, requieren necesariamente para su adecuada comprensión de la comunidad política.

Si esto es así, y creemos que sí, todo tipo de derechos, siguiendo el planteamiento de Atria, podrían ser una contradicción en sus términos, por cuanto todo derecho tiene como marco referencial, pre figurativo y justificatorio en el sentido expresado. Sin embargo, al mismo tiempo, todos los derechos son derechos contra el gobierno³⁵², o derechos contra la mayoría³⁵³ o, en términos de Atria, derechos contra la comunidad política.

Atria cae en las trampas del planteamiento confrontativo, entre derechos civiles y sociales, que poco abona a la comprensión de los derechos. El autor parte de una clasificación sospechosa y se la toma demasiado en serio. La falsedad de sus conclusiones radica en el error de sus premisas. Habiendo demostrado los errores a los que esta clasificación nos puede llevar, en el apartado siguiente propondremos una aproximación de los derechos sociales como derechos fundamentales que hace hincapié en su estructura deontica

³⁵² Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, trad. Martha Guastavino, Barcelona, Ariel, 1999, p, 285.

³⁵³ *Ibidem*, p. 303.

compleja, la cual, lejos de dificultar su eficacia, abre diversas posibilidades de articulación jurisdiccional.

4- Los derechos sociales como derechos

4.1- Explicación preliminar

Las explicaciones o teorías de corte histórico o ideológico han sido y son útiles a efectos de explicar el proceso de incorporación de los derechos a los diversos sistemas jurídicos nacionales e internacionales. En el capítulo cuarto del presente trabajo, hemos intentado explicar dichos procesos. Sin embargo, estos enfoques no han sido útiles para clarificar el contenido deóntico de los derechos en general y de los derechos sociales en particular. Para dar cuenta de este tema, es preciso recurrir a teorías estructurales que nos permitan indagar acerca de su contenido obligacional y en definitiva, identificar el tipo de pretensiones que pueden ser articulables a partir de ciertos enunciados jurídicos y en definitiva, esclarecer las expectativas que las personas pueden tener acerca de los derechos reconocidos. Procederemos a indagar acerca de la estructura de los derechos sociales tomando como punto de partida la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy que complementaremos con las observaciones que Juan Antonio Cruz Parceró le ha realizado, las cuales a nuestro entender, la han enriquecido sobre todo, de cara a la labor del poder judicial en materia de derechos sociales.

Algunas precisiones adicionales respecto a la teoría de Alexy y su empleo en este trabajo. Su teoría de los derechos fundamentales no puede ser catalogada como una teoría general por cuanto como acertadamente señala Cianciardo, ha rehusado tratar el tema acerca de la fundamentación de los derechos fundamentales³⁵⁴. Sin embargo, posiblemente sea “el intento más acabado de una

³⁵⁴ Cianciardo, Juan, *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Argentina, Ad-Hoc, 2007, p. 188.

teoría técnica de los derechos fundamentales”³⁵⁵. Coincidiendo con este juicio, es que hemos decidido tomarla como punto de referencia ineludible.

La segunda precisión que debemos realizar es que la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, es una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, es decir, una teoría del derecho positivo de un determinado sistema jurídico - el alemán- y por tanto, una teoría dogmática³⁵⁶. Sin embargo, este aparente localismo, en nada impide que la misma pueda ser empleada para dar cuenta acerca de la estructura de los derechos fundamentales en otros sistemas jurídicos³⁵⁷

Por último, es preciso apuntar que abordaremos solo aquellos aspectos de la teoría de Alexy que se vinculan directamente con nuestro trabajo. Concretamente la clasificación de los derechos que realiza, la distinción entre reglas y principios en cuanto a la estructura de la norma iusfundamental y la idea de acuerdo a la cual, los derechos deben ser comprendidos como un todo, es decir, como normas dotadas de un contenido deóntico complejo y variado.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 187.

³⁵⁶ Alexy, Robert, *op, cit*, nota 86, p. 29.

³⁵⁷ El propio Alexy lo expresa así: “Una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría de determinados derechos fundamentales positivamente válidos. Esto la distingue de las teorías de los derechos fundamentales que han tenido vigencia en el pasado (teorías histórico- jurídicas) como así también de las teorías sobre los derechos fundamentales en general (teorías teórico jurídicas) y de teorías sobre derechos fundamentales que no son los de la Ley Fundamental, por ejemplo, teorías sobre los derechos fundamentales de otros Estados o teorías de los derechos fundamentales de los estados federados que integran la República Federal de Alemania. El hecho de que haya que distinguir entre estas diferentes teorías, no significa que no existan conexiones entre ellas. Las teorías histórico jurídicas y las teorías de los derechos fundamentales de otros Estados pueden, dentro del respectivo marco de la interpretación histórica y de la interpretación comparativa, jugar un papel importante en la interpretación de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental. Una conexión con las teorías teórico- jurídicas resulta, por ejemplo, del hecho de que en ellas, de lo que se trata es, entre otras cosas, de las estructuras posibles y necesarias de los derechos fundamentales, es decir, de una teoría general de los derechos fundamentales. El hecho de que determinados derechos fundamentales tengan vigencia significa que están dadas las todas las estructuras necesarias y, algunas de las posibles, de los derechos fundamentales. Por ello, una teoría sobre determinados derechos fundamentales válidos, puede beneficiarse, por una parte, de los conocimientos teóricos jurídicos y, por la otra, contribuir a ellos, a través del análisis de su materia. Justamente para comprender ese tipo de conexiones, es importante diferenciar lo conectado”. *Ibidem*, p, 28.

4.2- La teoría de los derechos de Robert Alexy

4.2.1- El derecho como posición jurídica

El primer tema a abordar para dar inicio al estudio del pensamiento de Alexy en relación a los derechos es el de la identificación que realiza entre derecho y posición jurídica, entendiendo por derecho el conflictivo concepto de derecho subjetivo. Alexy es claro al afirmar que acerca del concepto de derecho subjetivo no se ha arribado a un consenso³⁵⁸. Una de las causas que han motivado los desacuerdos en torno a ese concepto radica, en su opinión en haber confundido el tratamiento de diversas cuestiones que deben ser diferenciadas respecto a dicha figura³⁵⁹. En materia de derechos y en función de la tridimensionalidad de la ciencia del derecho, deben diferenciarse tres tipos de cuestiones: las normativas, las empíricas y las analíticas.

Las cuestiones normativas pueden ser subdivididas en cuestiones ético-filosóficas y cuestiones jurídico- dogmáticas. Las primeras abordan asuntos tales como si las personas tienen derechos y cuales derechos tienen, independientemente de la validez de un orden jurídico dado³⁶⁰. Las segundas, responden a interrogantes tales como si en un sistema jurídico dado, un sujeto jurídico tiene un determinado derecho³⁶¹.

Las cuestiones empíricas refieren a asuntos tales como el surgimiento de los derechos subjetivos y su función social. Los enfoques empíricos, abordan asuntos del tipo: “si el derecho subjetivo D ha sido creado en el tiempo I, a fin de evitar la situación S valorada negativamente y que D ha evitado con éxito tal situación”³⁶².

Por último, las cuestiones analíticas. Ellas son, en el marco de una teoría estructural, las cuestiones que revisten la mayor importancia³⁶³ y siguiendo la

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 173.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 178.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 174.

³⁶¹ *Idem*.

³⁶² *Ibidem*, p. 176.

³⁶³ *Ibidem*, p. 177.

opinión de Alexy, en ellas nos detendremos. Para un abordaje de las cuestiones analíticas, es fundamental la distinción entre norma y posición³⁶⁴. La norma es expresada por un enunciado normativo. En el ejemplo propuesto por Alexy: el enunciado:

“Cada cual tiene derecho a expresar libremente [...] su opinión [...]” (artículo 5, párrafo 1 frase 1 LF)³⁶⁵.

Expresa la siguiente norma individual:

“a tiene frente al Estado el derecho a expresar libremente su opinión”³⁶⁶

De acuerdo a la norma individual contenida en el enunciado, “a se encuentra frente al Estado en una posición jurídica consistente en que a tiene frente al Estado el derecho a expresar libremente su opinión”³⁶⁷. Siguiendo el ejemplo, la posición jurídica puede ser expresada de la manera que sigue:

Si vale la norma individual según la cual a tiene frente a b un derecho a G, entonces a se encuentra en una posición jurídica que está caracterizada por tener frente a b un derecho a G; y si una posición jurídica de a consiste en que a tiene frente a b un derecho a G, entonces vale la norma individual de que a tiene frente a b un derecho a G³⁶⁸.

Para Alexy, la perspectiva analítica permite interesarnos por “las propiedades normativas de personas y acciones y por las relaciones normativas entre personas”, las normas tienden a cualificar a personas y acciones³⁶⁹. La propuesta de Alexy a los fines de su teoría estructural es que resulta aconsejable

³⁶⁴ *Idem.*

³⁶⁵ *Idem.*

³⁶⁶ *Idem.*

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 178.

³⁶⁸ *Idem.*

³⁶⁹ *Idem.*

comprender a los derechos subjetivos como posiciones y relaciones del tipo analítico normativo³⁷⁰.

4.2.2- Los derechos como reglas y como principios

En cuanto a su estructura, los derechos pueden ser establecidos bajo la forma de principios y de reglas. La distinción entre reglas y principios es fundamental a la hora de hablar acerca de derechos. Sin ella, no es posible, de acuerdo a Alexy, establecer una teoría adecuada acerca de temas tan medulares como por ejemplo, los límites de los derechos ni acerca de la colisión entre ellos. Resulta también indispensable para efectuar una distribución adecuada entre las competencias del Parlamento y el Tribunal Constitucional³⁷¹.

Respecto a las reglas y los principios, Alexy identifica los criterios a partir de los cuales tradicionalmente se los ha explicado. El más frecuente ha sido el criterio de generalidad de acuerdo al cual los principios son normas dotadas de un grado de generalidad más amplio y las reglas serían igualmente normas aunque provistas de un menor grado de generalidad³⁷². Una norma dotada de amplio grado de generalidad podría ser:

“Todas las personas gozan de libertad para expresar sus opiniones”

Una regla se podría expresar en un enunciado tal que diga:

“Está prohibido el ingreso de vehículos al parque”

Tanto reglas como principios comparten el carácter de normas pues ambas contienen operadores deónticos como mandatos, prohibiciones y permisiones, pero lo que los distingue es el grado de generalidad. La distinción entre reglas y principios sería una diferencia de grados entre normas.

³⁷⁰ *Idem.*

³⁷¹ *Ibidem*, p. 81

³⁷² *Ibidem*, p. 83.

Alexy nos propone descartar el criterio diferenciador de grado y adoptar un criterio en virtud del cual reglas y principios se diferencien en función de un criterio cualitativo.

Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por tanto, los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos³⁷³.

Por su parte las reglas:

Son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más, ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible³⁷⁴.

De la conceptualización apuntada pueden colegirse diversas consecuencias. En primer lugar, Los principios serían mandatos de optimización por cuanto los mandatos en ellos contenidos, deben ser realizados en la mayor medida posible. Por ello se afirma que contienen mandatos *prima facie*. Esto significa que “del hecho de que un principio valga para un caso, no se infiere que lo que el principio exija para ese caso valga como resultado definitivo”³⁷⁵. Las reglas en cambio serían mandatos definitivos pues ellas “exigen que se haga lo que en ellas se ordena”³⁷⁶.

³⁷³ *Ibidem*, p. 86.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 87.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 99.

³⁷⁶ *Idem*.

Las imposibilidades físicas y jurídicas operan de modo diferente ante las reglas y los principios, En relación a las reglas, dichas imposibilidades pueden conducir a la invalidez de la misma, pero sorteado dicho escollo, se debe hacer definitivamente lo que la regla dice, es decir, tendría como consecuencia una determinada decisión. Por el contrario en el caso de los principios y debido a su carácter de mandatos de optimización, solo contienen una razón que indicaría una acción pero de ninguna manera determinan una decisión precisa.³⁷⁷

La distinción estructural entre reglas y principios como formas en las cuales pueden ser establecidos los derechos en un determinado sistema jurídico es de suma importancia pues, como veremos más adelante, permitirá entender el escenario complejo de los derechos y como consecuencia de ello, los variados cursos de acción que esta estructura compleja habilita para los operadores jurídicos, especialmente para los jueces.

4.2.3- La clasificación de los derechos

Una vez sentado el carácter de los derechos como posiciones jurídicas y que desde el punto de vista estructural, las normas que los contienen pueden ser reglas o principios nos concentraremos en estudiar lo que Alexy indica como el fruto más importante del enfoque analítico que consiste en permitir la clasificación de las posiciones jurídicas que ordinaria y técnicamente llamamos derechos³⁷⁸. La clasificación que nos propone nos permitirá apreciar la variedad de aquello que llamamos derechos³⁷⁹

Por derecho denotamos tres diferentes tipos de posiciones jurídicas:1) derechos a algo, 2) libertades y 3) competencias.³⁸⁰ Por razones temáticas, dejaremos de lado el tratamiento de las libertades y competencias para concentrarnos en el estudio de los derechos a algo.

³⁷⁷ *Idem.*

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 183.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 184.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 186.

El derecho a algo puede ser conceptualizado como una relación triádica. Dicha relación se compone del titular del derecho, el destinatario del derecho y el objeto del derecho³⁸¹ y éste último es algo que siempre resulta en una acción del destinatario³⁸².

A su vez, los derechos a algo pueden dividirse entre derechos a acciones negativas y derechos a acciones positivas. Un ejemplo del primer sub tipo de derecho a algo sería “a tiene derecho a que el Estado no lo mate”. Un ejemplo de derecho a acciones positivas consistiría en “a tiene frente al Estado el derecho a que éste proteja su vida frente a intervenciones arbitrarias de terceros”³⁸³. Los derechos a acciones negativas consisten en: a) derechos al no impedimento de acciones³⁸⁴, b) derechos a la no afectación de propiedades y situaciones³⁸⁵ y c) derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas³⁸⁶.

Los derechos a acciones positivas se dividen en dos sub tipos: aquellos cuyo objeto consistiría en una acción fáctica y los que tienen por objeto una acción normativa³⁸⁷. Ejemplos de derechos a acciones positivas fácticas serían los casos de un propietario de una escuela que tiene derecho a percibir una subvención del Estado, o el derecho de un individuo a la creación de plazas de estudio o el derecho a un mínimo vital³⁸⁸. Los derechos a acciones positivas de carácter normativo implican el derecho a que el Estado emita actos de imposición de normas. Por ejemplo si se entiende que el nasciturus es titular de derechos fundamentales, entonces se sigue que tiene derecho a la protección a través de normas de carácter penal³⁸⁹.

Los derechos a acciones positivas pueden ser denominados también derechos a prestaciones en sentido amplio. Alexy conceptualiza a estos derechos

³⁸¹ *Ibidem*, p. 186-187.

³⁸² *Idem*.

³⁸³ *Ibidem*, p. 188.

³⁸⁴ Ejemplos de estos derechos serían la libertad de movimiento, las manifestaciones de la fe, la expresión de la opinión, la creación de una obra de arte etc. *Ibidem*, p. 189.

³⁸⁵ Un ejemplo sería la inviolabilidad del domicilio. *Ibidem*, p. 191.

³⁸⁶ Ejemplo: que el estado no afecte la posición de un propietario. *Ibidem*, p. 192.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 195.

³⁸⁸ *Idem*.

³⁸⁹ *Idem*.

como “todo derecho a un acto positivo del estado”³⁹⁰ y la escala de acciones de esta clase que eventualmente pudieran ser objeto de un derecho de prestación es significativamente amplia, yendo desde el establecimiento de normas penales que protejan a los ciudadanos de otros ciudadanos, pasando por el dictado de normas de organización y procedimiento hasta prestaciones en dinero y bienes³⁹¹.

Estos derechos a acciones positivas en sentido amplio presentan además, dos características de radical importancia sobre todo de cara a los posteriores planteamientos de este trabajo. En primer lugar. Los derechos a acciones positivas del Estado son complejos, pues se componen de un haz de posiciones jurídicas que implican prestaciones fácticas pero además prestaciones normativas.

Retomaremos el estudio de los derechos a prestaciones en sentido amplio más adelante. Por lo pronto nos interesa sentar la idea de acuerdo a la cual, las acciones implicadas en un derecho son variadas y el plexo obligacional contenido en ellos complejo. Es decir, el discurso tradicional acerca de los derechos sociales como lo hemos señalado, establece que los derechos civiles consisten en obligaciones negativas y los derechos sociales en obligaciones positivas. Este esquema reduccionista es equivocado pues como podemos apreciar a partir de la clasificación propuesta por Alexy, un clásico derecho civil como el derecho a la vida precisa para su adecuada protección, no solo que el Estado no lo mate (deber de abstención) sino por ejemplo, que proteja su vida a través del establecimiento de normas penales que sancionen a quienes dañen la vida de otra persona. Esto es, en el esquema propuesto, un derecho a algo o, un derecho a prestaciones en sentido amplio.

4.2.4- Los derechos como un haz de posiciones jurídicas. Generalidad y concreción de los derechos

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 427.

³⁹¹ *Idem*.

Cuando empleamos expresiones tales como “X tiene derecho a la protección de la salud” o “Y tiene derecho a la vida”, estamos utilizando el término derecho en un sentido amplio, sin darnos cuenta quizá que un derecho normalmente implica diversas posiciones jurídicas o, como lo apunta Alexy, un derecho implica un haz de posiciones jurídicas. Esto es a lo que se refiere cuando conceptualiza a los derechos fundamentales como un todo³⁹².

Un derecho en sentido amplio, nos dice muy poco acerca de las diversas posiciones jurídicas que pueden estar implicadas en él, o, luego de una adecuada indagación, nos dice demasiado como veremos a continuación. Es decir, la generalidad en la que se expresa una norma de derecho, debe ser concretizada y esta concreción es un ejercicio complejo que depende de diversas variables. Cruz Parceró, tomando como base el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y a los criterios del Comité de DESC, entre otros documentos e instancias, nos ofrece un ejemplo de la generalidad a la que nos referimos y las diversas concreciones que un derecho puede tener:

Tomemos como ejemplo el <<derecho a la salud>>. Sin duda, así enunciado, no es sino un derecho amplio, demasiado abstracto, que debemos precisar. A este derecho corresponden concreciones de distinto nivel de abstracción o amplitud como las siguientes:

- Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud física y mental.
- Derecho a servicios de asistencia médica y sanitaria.
- Derecho a asistencia en maternidad.
- Obligación del Estado a reducir la mortinatalidad y la mortalidad infantil.
- Derecho al sano desarrollo de los niños.
- Obligación de mejorar en todos los aspectos la higiene del trabajo y del medio ambiente.
- Derecho/ obligación de prevenir y tratar las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole.
- Obligación de crear las condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

³⁹² *Ibidem*, p. 241.

- Derecho a un sistema de salud que brinde iguales oportunidades a las personas.
- Obligación del Estado de velar por que la privatización del sector salud no represente una amenaza para (los principios de) la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención a la salud.
- Derecho al acceso a la información y educación sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual.
- Obligación del Estado de abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas, y las medicinas tradicionales especialmente en el caso de los grupos indígenas.
- Derecho a la confidencialidad en el tratamiento de enfermos terminales.
- Derecho del individuo a recibir medicamentos básicos para el tratamiento de su enfermedad³⁹³.

En términos de Alexy, entre una norma y las posiciones jurídicas se pueden dar tres tipos de relaciones que determinarían las diversas concreciones a las que nos hemos referido. Ellas serían: la relación de precisión, la relación medio-fin y la de ponderación³⁹⁴. El mismo Cruz Parceró y siguiendo con el caso del derecho a la salud nos proporciona ejemplos de estas relaciones. Una relación de precisión sería el derecho de la mujer a la asistencia en caso de maternidad. Una relación de medio fin se daría ante la demanda de una persona a la que le son negados los medicamentos para tratar su enfermedad. Por último, una relación de ponderación sería el derecho de una mujer a que se le practicara un aborto frene a la objeción de conciencia que ejerciera un médico por motivos religiosos³⁹⁵.

Ante las diversas y complejas posibilidades de concreción de un derecho fundamental como un todo, es claro que las distintas concreciones a las que un derecho diera lugar, dependerán de la labor interpretativa de los jueces a los que se les presentan diversas posibilidades y dificultades en cuanto a la intensidad de su labor. Tomando en consideración las diferentes posiciones jurídicas, la estructura de las normas que adscriben derechos y las diversas relaciones entre

³⁹³ Cruz Parceró, Juan Antonio, *op. cit.* nota 307, p. 78-79.

³⁹⁴ Alexy, Robert. *op. cit.* nota 86, p. 243.

³⁹⁵ Cruz Parceró, Juan Antonio, *op. cit.* nota 307, p. 80.

normas y posiciones jurídicas, comprenderemos que la labor jurisdiccional de cara a la exigibilidad de los derechos reviste diferentes grados de complejidad.

4.2.5- Los derechos sociales fundamentales o derechos de prestación en sentido estricto

Al analizar la clasificación de los derechos propuesta por Alexy en el punto 4.2.3 de este capítulo, vimos que los derechos a algo o derechos a prestación en sentido amplio comprenden una amplia gama de acciones por parte del Estado. Esta diversidad permite dividirlos en tres sub categorías. Así, los derechos a prestación en sentido amplio pueden consistir en 1- Derechos a protección, 2- Derechos a organización y procedimiento y 3- Derechos a prestaciones en sentido estricto³⁹⁶.

Los derechos a protección son derechos del titular del derecho fundamental frente al Estado para que este lo proteja de intervenciones de terceros³⁹⁷ mediante acciones positivas fácticas o normativas que tienen como objeto la delimitación de las esferas de sujetos jurídicos de igual jerarquía, como así también la impositividad y la imposición de esa demarcación³⁹⁸. Derechos de este tipo serían la protección por medio de normas de derecho penal, de normas de derecho procesal, de normas administrativas y de la actuación fáctica³⁹⁹.

Los derechos de organización y procedimiento o derechos a procedimiento⁴⁰⁰, refieren al derecho que las personas tienen frente al Estado a que éste establezca sistemas de reglas y/o principios para la obtención de un resultado⁴⁰¹. Normas de este tipo son las normas de derecho contractual o procesal que establecen la forma en la que deben crearse las obligaciones

³⁹⁶ Alexy, Robert, *op, cit*, nota 86, p. 430.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 435.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 436.

³⁹⁹ *Idem*.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 458.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 457

contractuales y como puede pronunciarse un fallo sobre una litis concreta respectivamente⁴⁰².

Los derechos a prestación en sentido estricto o derechos sociales fundamentales:

Son derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrare en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto⁴⁰³

Las formas en las cuales estos derechos pueden ser adscritos por disposiciones de derecho fundamental son diversas. En algunos sistemas jurídicos, como el mexicano, la Constitución establece derechos a prestación en sentido estricto de forma explícita⁴⁰⁴. En otros sistemas, como el establecido por la Ley Fundamental de Alemania, estos derechos han sido adscritos interpretativamente, tal como ya lo hemos mencionado anteriormente⁴⁰⁵.

Por otro lado, las normas adscriptivas de disposiciones iusfundamentales que suelen ser agrupadas bajo la denominación de derechos sociales fundamentales pueden conferir derechos subjetivos o solo obligar objetivamente al Estado a cumplir determinadas obligaciones. Ejemplos de esta última clase de normas sería una norma tal que estableciera “El Estado se obligará a conceder el mejor nivel de salud a las personas bajo su jurisdicción”.

Las normas que refieren a aquello que suele ser designado como un derecho social fundamental, pueden también ser divididas en vinculantes o no vinculantes. Estaremos ante las primeras cuando su lesión pueda ser constatada

⁴⁰² *Ibidem*, p. 458.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 482.

⁴⁰⁴ Ver por ejemplo, artículos 3 y 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴⁰⁵ Ver capítulo segundo.

por los jueces⁴⁰⁶. Serán no vinculantes cuando se trate de enunciados de carácter programático que solo establecen un deber objetivo para el Estado.

Por último, y en función de su estructura de reglas o principios, las normas pueden fundamentar derechos definitivos o prima facie⁴⁰⁷.

En función de estas distinciones, podríamos establecer tres díadas conceptuales que permitirían clasificar las normas que adscriben derechos sociales fundamentales: vinculantes/ no vinculantes, subjetivo/ objetivo y definitivo/ prima facie.

La combinación de estas díadas conceptuales, nos indica Alexy, nos permite obtener ocho tipos de normas de estructura muy diversa tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro que Alexy propone⁴⁰⁸:

VINCULANTE				NO VINCULANTE			
SUBJETIVO		OBJETIVO		SUBJETIVO		OBJETIVO	
def.	p. f.	def.	p. f.	def.	p. f.	def.	p. f.
1	2	3	4	5	6	7	8

De acuerdo a este modelo diversas normas otorgarían diversos grados de protección, de modo que la protección más robusta la concederían las normas que contienen derechos subjetivos definitivos a prestaciones y la protección más débil

⁴⁰⁶ Alexy, Robert, *op, cit*, nota 86, p. 484.

⁴⁰⁷ *Idem*.

⁴⁰⁸ *Idem*.

la otorgarían las normas no vinculantes que fundamentan un deber objetivo prima facie del Estado a otorgar prestaciones⁴⁰⁹

Nos advierte Alexy que aun considerando esta variedad de posiciones jurídicas que consideran la estructura de los derechos, una variación más es posible y consiste en aquella que se puede generar en función del contenido de los derechos de acuerdo a la cual, los operadores jurídicos pueden propugnar por un contenido mínimo y otro máximo⁴¹⁰.

El modelo planteado por Alexy, es, desde el punto de vista estructural, impecable. Sin embargo, de cara a la articulación jurisdiccional, plantea una serie importante de interrogantes. Cabría preguntarnos, si las disposiciones acerca de derechos nos plantean tantas opciones, ¿cómo resulta posible para el intérprete saber cuáles de ellas le son asequibles? La respuesta que podríamos ofrecer es que en primer lugar, todo dependerá de la forma en la cual las disposiciones constitucionales establezcan derechos sociales fundamentales y ello variará en los distintos sistemas jurídicos.

En segundo lugar, Alexy nos adelanta que además todo podrá depender del peso específico que los intérpretes le asignen a los argumentos en pro y en contra que se han enarbolado respecto a la justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales⁴¹¹. Algunos de ellos han sido abordados a lo largo de este trabajo. Entre los argumentos a favor de los derechos sociales fundamentales, el autor identifica a la libertad fáctica, de acuerdo al cual la libertad jurídica de hacer o no hacer algo carece de sentido si ella no va acompañada de la libertad fáctica que permitiría la posibilidad de elegir entre las opciones que permite elegir la libertad jurídica⁴¹². Entre los argumentos en contra de los derechos sociales fundamentales, Alexy identifica los siguientes. En primer lugar, el argumento formal que se refiere al desplazamiento de las cuestiones de política social del

⁴⁰⁹ *Idem.*

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 485.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 494.

⁴¹² *Ibidem*, p. 486.

Parlamento al Tribunal constitucional⁴¹³ y el argumento material que refiere a la aparente colisión entre derechos sociales fundamentales y los derechos de libertad⁴¹⁴.

De alguna manera, aunque sin explicitarlo, lo que Alexy nos quiere decir es que la inclinación del intérprete hacia uno u otro de los argumentos mencionados, influirá también, junto a la forma en la que estos derechos sean establecidos en el sistema, en el grado de vinculación y de exigibilidad jurisdiccional que puedan tener.

Dice Alexy:

La solución reside en un modelo que tome en cuenta los argumentos en pro y en contra. Este modelo es expresión de la idea rectora formal expresada más arriba, según la cual los derechos fundamentales de la ley fundamental, son posiciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria [...]. De acuerdo a esta fórmula, la cuestión acerca de cuáles son los derechos fundamentales sociales que el individuo posee definitivamente es una cuestión de ponderación entre principios. Por un lado se encuentra el principio de libertad fáctica. Por el otro, se encuentran los principios formales de competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado y el principio de la división de poderes, como así también principios materiales, que, sobre todo, se refieren a la libertad jurídica del otro, pero, también, a otros derechos sociales fundamentales y a bienes colectivos. El modelo no dice cuáles derechos sociales definitivos tiene el individuo, pero sí cuáles puede tener y qué es lo que interesa en la cuestión de su existencia y contenido [...]. Habrá que considerar que una posición de prestación jurídica está definitivamente garantizada iusfundamentalmente si 1- la exige muy urgentemente el principio de libertad fáctica y 2- el principio de división de poderes y el de la democracia al igual que principios materiales opuestos, son afectados en una medida relativamente reducida a través de la garantía iusfundamental de la posición de prestación jurídica y las decisiones del Tribunal Constitucional⁴¹⁵.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 490.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 492.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 494-495.

Alexy asume que el modelo propuesto puede despertar críticas de diverso talante. Entre ellas, posiblemente la principal sea la que señala la justiciabilidad deficiente de los derechos sociales fundamentales que se fundaría en que en ocasiones, en el marco de ciertos sistemas jurídicos y en función del peso que se le otorgue a las razones a favor y en contra de los derechos, ellos no presentarían opciones de justiciabilidad uniforme y constante que nos permitan pensar en los derechos sociales fundamentales como derechos fuertes⁴¹⁶. Sin embargo, contesta Alexy y con razón que esta no sería una situación extraña incluso en relación a los derechos de libertad. Por otro lado, esta crítica languidecería si asumiéramos que el modelo presentado, es un modelo de ponderación⁴¹⁷ y que “la clave es la teoría de los principios⁴¹⁸ en cuya senda, la optimización o la medida de lo posible, no es sinónimo de desprotección o de protección deficiente, sino una consecuencia natural consistente en la resolución de conflictos entre derechos o entre estos y otros bienes colectivos.

5- Los derechos como normas de medios y normas de fin

El análisis estructural propuesto por Alexy, nos ha permitido comprender que los derechos sociales fundamentales, como otros derechos, presentan una estructura compleja que habilita diversos cursos de acción para el juez constitucional.

El esquema de Alexy puede resultar enriquecido por la distinción entre normas de medio y normas de fin propuesta por Cruz Parceró pues en nuestra opinión, permite especificar los cursos de acción y clarificar los límites que podrían tener los jueces al enfrentarse con reclamos acerca de derechos sociales.

El autor nos propone además, complementar la conceptualización de reglas y principios de Alexy.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 496.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 497.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 499.

Los enunciados deónticos son aquellos que prohíben, permiten u obligan a algo⁴¹⁹. Ellos pueden enunciarse bajo la estructura de principios y reglas. Aquí, reglas y principios se conceptualizan de manera idéntica que en el esquema de Alexy en el sentido de que las primeras tienen carácter de definitividad y los segundos *prima facie*. Las reglas admiten ser divididas en dos subclases, las reglas de acción que califican normativamente una conducta y las reglas de fin que califican deónticamente no ya una conducta sino la obtención de un resultado. Un ejemplo de las primeras sería una norma que prohibiera matar a otro. Un ejemplo de las segundas sería una norma que obligue al empleador a mantener las condiciones de higiene en el trabajo⁴²⁰. La diferencia sustancial entre uno y otro tipo de reglas nos dice Cruz Parceró es que las reglas de fin dejan a discreción del destinatario de la norma la selección de los medios con los cuales cumplirá lo que ordene la norma⁴²¹.

Los principios pueden ser subdivididos en principios en sentido estricto y directrices. Los primeros enlazan un calificativo deóntico con una conducta. Las directrices por su parte enlazan una solución normativa con una finalidad⁴²²

Ahora bien, Cruz Parceró nos propone que es necesario tomar en consideración la distinción entre las conductas o acciones y los fines estipulados por las reglas y los principios. La diferencia es importante por cuanto las reglas de acción y los principios en sentido estricto establecen una conducta determinada o determinable. Por su parte, en las reglas de fin la conducta se encuentra indeterminada pero sí califica deónticamente la obtención de un resultado, estableciendo un estado de cosas que en caso de presentarse detonan la consecución del resultado, y dan al agente un margen de discrecionalidad técnica para elegir los medios adecuados. En cambio tratándose de las directrices la conducta es indeterminada y la persecución del fin, no está enlazado a un estado

⁴¹⁹ Cruz Parceró, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 307, p. 81.

⁴²⁰ *Idem.* El autor toma la distinción entre reglas de acción y reglas de fin, así como la clasificación de principios en sentido estricto y directrices establecida por Atienza y Ruíz Manero. Ver, Atienza, Manuel, Ruíz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho, Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel Derecho, 1996, p. 12.

⁴²¹ *Idem.*

⁴²² *Ibidem*, p. 82.

de cosas determinado, por lo que la consecución del fin está supeditada a la mediación de un tipo de discrecionalidad diferente⁴²³ Las normas de fin, suelen desempeñar un papel importante a la hora de proteger cierto nivel de bienestar de las personas⁴²⁴.

Cruz Parceró nos ofrece un criterio distintivo más. En primer lugar, las normas de fin pueden ordenar un fin determinado o indeterminado. Las normas de fin que establecen un fin determinado son aquellas que establecen una medida o una meta alcanzable aunque sea de modo gradual, por ejemplo, “acabar con el analfabetismo”⁴²⁵. Una norma de fin indeterminado sería aquella que establece un fin que solo puede lograrse de manera aproximada. En este sentido podría tratarse de un “ideal regulativo”, por ejemplo: “mejorar la salud”⁴²⁶.

Ahora estamos en condiciones de completar el esquema de Alexy con las importantes acotaciones realizadas por Cruz Parceró. Los derechos sociales podrían entonces estar protegidos a través de reglas o principios en cuyo caso su fuerza para guiar un curso de acción o para fundar una decisión será definitiva o prima facie. En segundo término y dependiendo de si la norma es de acción o de fin, impondrá una acción determinada o determinable o ella será indeterminada y determinada por la mediación de la discreción del destinatario de la norma⁴²⁷. A su vez, y en función de si la norma de fin es una regla o una directriz, la discrecionalidad del destinatario de la norma será diferente. En el primer caso, éste gozará de discrecionalidad técnica consistente en la posibilidad de elección acerca de los medios más adecuados para el cumplimiento del fin. Esta elección estará determinada por la adecuación racional entre medios y fines, eficiencia y coste de medios⁴²⁸. Cuando el fin de la norma no esté vinculado deónticamente a un estado de cosas, caso de las directrices, la discrecionalidad de la que goza el

⁴²³ *Ibidem*, p. 84.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 83.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 94.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 95.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 84.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 96.

destinatario de la norma es del tipo política, es decir, que deberá determinar la oportunidad del cumplimiento y la prelación con respecto a otros objetivos⁴²⁹.

La distinción entre normas de acción y normas de fin es fundamental decíamos, en aras a poder comprender mejor las opciones de actuación de los jueces sobre todo en atención a identificar qué aspectos de la actuación de los restantes poderes resulten controlables.

6- Recapitulación

Considerando las opciones que el esquema de Robert Alexy, complementado por la propuesta de Cruz Parceró nos brinda, es posible diferenciar diversos grados de dificultad en relación a la justiciabilidad de los derechos sociales y en consecuencia, diversos grados de control por parte del poder judicial sobre la actuación de los restantes poderes.

Cuando nos encontramos ante reglas de acción, la articulación de un derecho social no parece despertar demasiados interrogantes. Si una regla de acción determina un curso de acción, no será difícil establecer si ante la omisión de dicho curso, el destinatario de la norma es o no responsable. Por ejemplo, si una norma ordena proveer un medicamento a una persona ante cierta dolencia y el agente estatal no lo hace, es claro que incurrirá en responsabilidad.⁴³⁰ El caso de los principios en sentido estricto tampoco parecería problemático. El juez podrá optimizar el cumplimiento del derecho contenido en el principio sopesando el peso específico de otros principios que se presenten en el caso concreto.

Las mayores dificultades parecen presentarse en el caso de las normas de fin, aunque debemos diferenciar el escenario que plantean las reglas de fin y las directrices, pues se podría dudar de la legitimidad del poder judicial cuando este pretenda imponer responsabilidades a los restantes poderes por no haber alcanzado determinados fines. La pregunta es si los jueces tienen algo que decir

⁴²⁹ *Idem.*

⁴³⁰ *Idem.*

respecto a las normas de fin incumplidas. Consideramos que cuando se trata de controlar los medios empleados para alcanzar fines determinados o determinables, el poder judicial tiene una importante labor que realizar como veremos en los capítulos subsecuentes. Posiblemente los límites para la actividad judicial aparezcan cuando se trata de controlar el cumplimiento de las directrices que establecen fines no calificados deónticamente. El análisis acerca de la oportunidad y prelación de los fines al parecer sería una competencia propia de los cuerpos políticos.

TERCERA PARTE

LA REDIMENSIÓN INSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Introducción

La tercera parte de esta investigación estará prioritariamente dedicada a atestiguar que muchas de las objeciones de la posición tradicional contra los derechos sociales y su articulación jurisdiccional han carecido de fuerza en la práctica.

De manera previa, explicaremos el proceso de expansión institucional y funcional de la jurisdicción constitucional. Daremos cuenta de las posibles causas de este proceso y verificaremos el lugar central que la justicia constitucional ha asumido y como ello ha modificado efectivamente su relación con los restantes poderes. A este objetivo dedicaremos el capítulo séptimo.

En el capítulo octavo, presentaremos diversos casos de articulación jurisdiccional exitosa de asuntos relacionados a Derechos Sociales provenientes de diversos sistemas jurídicos, en los cuales podremos apreciar las posibilidades deónticas e interpretativas que los derechos sociales ofrecen al juez constitucional. En el capítulo noveno, presentaremos los casos sobre derechos sociales que han sido articulados ante la jurisdicción constitucional mexicana. En todos los casos estudiados, mencionaremos las dificultades que se presentaron a los juzgadores y las diversas formas o vías interpretativas mediante las cuales intentaron sortear esas dificultades.

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL MARCO DEL CONSTITUCIONALISMO ACTUAL. LA EXPANSIÓN FUNCIONAL DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.

1- Planteamiento

El propósito de este capítulo consiste en ofrecer una breve reseña acerca del desarrollo de la justicia constitucional, tomando como escenario de estudio a América Latina. Dividiremos nuestra exposición en dos apartados principales. En el primero, expondremos sintéticamente el proceso de asentamiento de la justicia constitucional. Comenzaremos por explicar cómo en una primera etapa, el control de tipo jurisdiccional no fue admitido y en su lugar se desarrollaron sistemas de control estrictamente político. Posteriormente, comentaremos el proceso de aceptación de los mecanismos de control de tipo jurisdiccional en sus dos vertientes originarias: concentrado y difuso. Más adelante y como tercera etapa del proceso mencionado, describiremos el proceso de gestación de modelos mixtos, tan característicos de Latinoamérica, y que surgieron de la combinación de los modelos originarios y de la experiencia de cada país. Esta primera parte, se focalizará en lo que aquí denominaremos el desarrollo institucional de la jurisdicción constitucional, entendiendo por tal, el proceso de recepción normativa de esta clase de controles e instituciones.

La segunda parte del capítulo, será desglosada a su vez en dos apartados. El primero estará dedicado a analizar el proceso de expansión de tipo funcional al que ha estado sometida la jurisdicción constitucional en los últimos años. Por expansión funcional nos referimos a la incursión de la justicia constitucional en áreas novedosas otrora vedadas a su actividad. Ofreceremos algunas razones que han motivado este proceso e intentaremos ejemplificar el proceso mencionado

mediante el análisis de dos casos que han sido resueltos por Cortes Latinoamericanas. El segundo apartado tendrá como objeto exponer las razones que han motivado la expansión funcional de la jurisdicción constitucional en el terreno específico de los derechos sociales.

De esta forma, intentaremos semblantear los nuevos perfiles que la jurisdicción constitucional está adoptando, con especial referencia a América latina y el nuevo rol institucional que está desempeñando en el nuevo escenario establecido por el constitucionalismo actual.

2- Desarrollo Institucional

2.1- Introducción

Desde sus configuraciones iniciales hasta sus más recientes desarrollos, la jurisdicción constitucional ha elevado a nuevas dimensiones el significado de la idea de fuerza normativa de la Constitución. Su labor, ha permitido abandonar paulatinamente la comprensión exclusiva de la Carta Magna como programa político, para aceptarla además, como verdadera norma jurídica o conjunto normativo directamente aplicable sin la necesidad de contar, invariablemente, con intermediaciones.⁴³¹ En opinión de Pérez Tremps:

La justicia constitucional ha conducido a una cierta transformación del ordenamiento, que se ve impregnado por principios y valores constitucionales merced, en especial, a la actuación diaria de la justicia constitucional⁴³².

⁴³¹ Para un estudio pormenorizado sobre la fuerza normativa de la constitución Véase: García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª. ed., Madrid, Civitas, 1983.

⁴³² Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre Justicia Constitucional*, México, Porrúa- Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 8, p. 52.

La jurisdicción constitucional ha coadyuvado a generar lo que Vigo ha denominado “la constitucionalización del ordenamiento jurídico”⁴³³. Para arribar a esta comprensión, se ha debido transitar un camino largo y sinuoso, sembrado de detractores⁴³⁴ y de sólidas argumentaciones en contra de la legitimidad democrática de las jurisdicciones constitucionales⁴³⁵, muchas de las cuales por cierto, aun reclaman respuesta.

Sin embargo, la justicia constitucional ha logrado afianzarse hasta ser identificada por algunos en la actualidad, no solo como el paradigma del control constitucional, permitiendo la existencia de constituciones garantizadas⁴³⁶ sino además, como el antídoto que permitiría conjurar los peligros que señala Aragón al sostener: “Cuando no hay control, no ocurre sólo que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible su realización; ocurre, simplemente, que no hay constitución”.⁴³⁷

De hecho, para cierto sector de la doctrina, no resulta aventurado aseverar, que la jurisdicción constitucional es hoy, un pilar fundamental del Estado Constitucional de Derecho y que, gracias a ella, vivimos tiempos en los cuales impera una verdadera soberanía de la Constitución.⁴³⁸

Las ideas desarrolladas por Hamilton en *El Federalista*⁴³⁹ y, pocos años después los convincentes pero no tan sólidos argumentos⁴⁴⁰ de John Marshall en el multicitado caso *Marbury v.s. Madison*, encendieron la llama, y abrieron paso en

⁴³³ Vigo, Rodolfo Luís, *De la Ley al Derecho*, México, Porrúa, 2003, p. 41.

⁴³⁴ Véase. Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, trad. Manuel Sánchez Sarto. Madrid, Tecnos, 1998.

⁴³⁵ Sobre la discusión acerca del carácter contra-mayoritario del poder judicial ver: Bickel. Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianápolis, Bobbs- Merrill Educational Publishing, 1980. Véase también: Gargarella, Roberto, *La Justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona Ariel, 1996.

⁴³⁶ Prieto Sanchís, Luís, *op. cit.*, nota 248, p. 214.

⁴³⁷ Aragón, Manuel, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 54.

⁴³⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, 4ª ed, trad de, Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2002, p. 13. Aunque como el mismo autor aconseja, “Sería más adecuado hablar de una Constitución sin soberano”

⁴³⁹ Véase. *El Federalista* Nº 78. En Hamilton, A, Madison, J, Jay, J, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.

⁴⁴⁰ Para una crítica al razonamiento del juez Marshall en el caso *Marbury v.s. Madison* ver: Nino, Carlos, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1998, cap. 7.

la vida constitucional de los Estados Unidos y del mundo, al sistema de judicial review, inaugurando uno de los dos sistemas originarios de la jurisdicción constitucional conocido como modelo americano o difuso.⁴⁴¹

En Europa, el control jurisdiccional de la Constitución, no sería receptado sino hasta muchos años después. Las razones de ello, son diversas, pudiendo señalar, siguiendo las explicaciones de Favoreu, las siguientes: La sacralización de la ley; La incapacidad del juez ordinario para ejercer la justicia constitucional; La ausencia de unidad de jurisdicción y la insuficiente rigidez de la constitución.⁴⁴² Puede asimismo ofrecerse como razón fuerte y que se encuentra latente junto a las razones ya apuntadas, la preocupación por el gobierno de los jueces.⁴⁴³

Así, con las excepciones de algunos localizados intentos por establecer una jurisdicción constitucional,⁴⁴⁴ no fue sino hasta la primera posguerra, que, a la luz de las ideas de Hans Kelsen se estableciera en la Constitución de Checoslovaquia de 1920 y, pocos meses después, en la Carta Constitucional Austriaca, un órgano jurisdiccional especializado que concentraría el control jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes.⁴⁴⁵ Esta primera etapa de establecimiento de tribunales constitucionales, continuó con la creación del Tribunal Constitucional de Liechtenstein de 1921 y culminó en Europa con la instauración del Tribunal de Garantías Constitucionales establecido por la fugaz Constitución Española en 1931.

⁴⁴¹ No abordaremos la polémica en torno a si el control jurisdiccional tiene su origen en el caso Marbury v.s.Madison o si en realidad, podemos rastrear sus orígenes al caso Bonhams. Por nuestra parte, consideramos que cuando el juez Coke declara la preeminencia del common law por sobre las normas emitidas por el Parlamento, lo hace, para contravenir el creciente poder de Jacobo I, quien gobernaba a través del Parlamento. Como señala José Acosta Sánchez, se trató más bien de una respuesta al absolutismo regio y no a la soberanía del Parlamento. Ver: Acosta Sánchez, José. *Formación de la Constitución y Jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid, Tecnos, 1998, pp. 35 y ss.

⁴⁴² Favoreu, Louis, *Los Tribunales Constitucionales*, trad., Vicente Villacampa. Barcelona, Ariel. 1994, pp. 18 y ss.

⁴⁴³ García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá, Temis, 2001, p. 130.

⁴⁴⁴ Véase. Fernández Segado, Francisco, "Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad", en, García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco, (coord), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 68-73.

⁴⁴⁵ Fix Zamudio, Héctor, "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del Derecho Procesal Constitucional" en Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord), *Derecho Procesal Constitucional*. 3º ed, México, Porrúa, 2004, V I, p. 278.

Concluida la segunda guerra mundial, se inauguró una segunda etapa de asentamiento de la justicia constitucional, conformada por los casos de Italia (1948); República Federal de Alemania (1949), Turquía (1961), Yugoslavia (1963) y, aunque con peculiaridades, Francia (1959).⁴⁴⁶ El proceso de asentamiento continuó con la denominada tercera ola, cuyos representantes fueron: Grecia (1975), Portugal (1976), España (1978) y Bélgica (1983).⁴⁴⁷ Por último, se inaugura la cuarta ola, generada a partir del proceso de democratización en los países de la Europa del este: Polonia (1985-1997), Hungría (1989), Bulgaria y Rumania (1991) y Rusia (1993) entre otros.⁴⁴⁸

La historia de la jurisdicción constitucional en Latinoamérica, comienza mucho antes, como veremos a continuación.

2.2- Breves notas sobre la recepción y evolución de la Jurisdicción Constitucional en América Latina

2.2.1- Instauración de la Jurisdicción Constitucional en América Latina

En el ámbito latinoamericano, y de acuerdo a la opinión de Brewer Carías, la situación constitucional siempre fue distinta a la situación europea del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX.⁴⁴⁹ Particularmente, y por influencia del constitucionalismo norteamericano, la Constitución fue entendida, por lo menos en ciertos aspectos y con altibajos, como una realidad normativa. Así, a lo largo del siglo XIX, la jurisdicción constitucional tuvo un desarrollo progresivo. Desde los embrionarios diseños de jurisdicción concentrada, realizados en el marco de la

⁴⁴⁶ Fernández Rodríguez, José Julio, *La Justicia Constitucional Europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 30.

⁴⁴⁷ *Idem*.

⁴⁴⁸ Fix Zamudio, Héctor, *op.cit.*, nota 445, p. 279. Para un estudio sobre la difusión de la justicia constitucional ver: Celotto, Alfonso, *El Derecho Juzga a la política*, trad., Gastón Federico Blasi, Argentina, Ediar, 2005, Capítulo I.

⁴⁴⁹ Brewer Carías, Allan R, "La Jurisdicción Constitucional en América latina", en: García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco, (coord.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Madrid Dykinson, 1997, p. 121.

Constitución de Cundinamarca, el juicio de amparo, diseñado por primera vez en la Constitución del Estado de Yucatán y la recepción del modelo difuso, ocurrida en la Argentina en el año 1887 con ocasión de la resolución del caso Sojo, constituyen algunos de los hitos que marcaron el desarrollo y evolución de la jurisdicción constitucional en el ámbito latinoamericano.⁴⁵⁰

En el proceso de asentamiento de la jurisdicción constitucional en nuestro continente, podemos distinguir dos etapas determinadas por el tipo de control receptado. Así, identificamos una primera etapa caracterizada por la primacía del control político y posteriormente, una segunda etapa conformada por la recepción, en momentos a veces concomitantes, de los dos modelos originarios de control jurisdiccional, el modelo difuso y el concentrado.

Sin embargo, los primeros diseños del control constitucional, se tomarían de entre las diversas opciones de control de tipo político.

2.2.1.1- Recepción del control político y negación del control jurisdiccional

Como afirma Fernández Segado,⁴⁵¹ América Latina no escaparía en los orígenes a la influencia europea, concretamente a la influencia revolucionaria francesa. Así, los países latinoamericanos optarían en un principio por el establecimiento del control constitucional denominado político y no jurisdiccional copiado de algunas constituciones francesas.⁴⁵²

En este sentido es necesario remarcar que la influencia jurídica europea posrevolucionaria portadora de la idea de primacía absoluta del parlamento y de sus decisiones, no aceptaría el establecimiento de cortapisas al poder de aquel a través de un control que, y no está de más señalarlo, provendría del poder

⁴⁵⁰ Fernández Segado, Francisco, "La Jurisdicción Constitucional en América Latina. Evolución y problemática desde la independencia hasta 1979" en: Ferrer Mac Gregor, Eduardo, (coord). *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 2003, T1, p. 149 y ss.

⁴⁵¹ *Idem.*

⁴⁵² La constitución francesa del año VIII (13 de diciembre de 1799) estableció en su art. 21 el senado conservador al cual se le asignó el control de todos los actos denunciados como inconstitucionales.

considerado más conservador. Más allá del establecimiento de la supremacía de la ley como expresión del pueblo soberano, la Constitución aun no contaba con la fuerza normativa necesaria que contrarrestara la fuerza parlamentaria.

Para demostrar lo apuntado, señalaremos a continuación algunos casos. En Brasil, la Constitución de 1824 concedió al Poder Legislativo la facultad de hacer las leyes y de suspenderlas, revocarlas e interpretarlas. Posteriormente, la reforma constitucional de 1834, encargará un control político preventivo en cabeza de los Presidentes Provinciales sobre las leyes locales.⁴⁵³ El sistema perdurará hasta 1891.

En Bolivia, las Constituciones de 1826 y 1831, encargaron el control a una Cámara de Censores y al Consejo de Estado respectivamente cuya función era denunciar las violaciones a la Constitución ante la Cámara de Senadores en el primer caso y ante el Congreso en el segundo. El sistema se mantendrá hasta 1851.⁴⁵⁴

La Constitución ecuatoriana de 1830, depositó el control en el Poder Legislativo. La Carta Magna de 1851 creó el Consejo de Estado que debía denunciar las violaciones a la misma ante el Poder Ejecutivo y en caso de inacción de este, ante el Congreso. El sistema se mantuvo hasta 1869.⁴⁵⁵

El caso de Chile resulta significativo debido a que la elección realizada por el constituyente en la Carta Fundamental de 1833 de encargar el control constitucional al Poder Legislativo, se vio reforzada por un pronunciamiento auto restrictivo de la Corte Suprema del año 1848 en el sentido de rechazar la posibilidad de control por parte del poder judicial.⁴⁵⁶

⁴⁵³ Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 450, p. 154.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 153.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 155.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 156.

La Constitución de Uruguay, depositó el control en cabeza del Poder Legislativo hasta el año 1918 y entre ese año y 1934, se detectaron solo algunos intentos jurisdiccionales aislados de realizar algún tipo de control.⁴⁵⁷

La constitución política del Perú de 1823, tras declarar el principio de supremacía cnstitucional, encargó la protección de la misma al órgano legislativo.

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 otorgó al Congreso la facultad exclusiva de resolver las dudas que ocurran sobre la interpretación de los artículos constitucionales.⁴⁵⁸ Estableció en su Art. 137 y a favor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad de conocer de las violaciones a la Constitución y leyes federales. Sin embargo, esta facultad nunca fue reglamentada tal como lo establecía la misma disposición fundamental. Posteriormente, las siete leyes constitucionales dictadas entre 1835 y 1836, gestaron el Supremo Poder Conservador, órgano al cual se facultó para decretar la nulidad de las leyes y actos de cada uno de los tres poderes y a petición de uno de ellos o de los otros dos. El sistema de control político se mantuvo hasta 1841.

Como se puede apreciar, los países latinoamericanos optaron, debido a las razones someramente apuntadas líneas arriba, por el sistema de control político.

De este modo, no podemos afirmar que la justicia constitucional haya sido receptada en Latinoamérica a partir de los primeros años de vida de las nuevas naciones. Sin embargo, la influencia de las ideas provenientes de los Estados Unidos no se haría esperar.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 157.

⁴⁵⁸ Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824. art. 165: "Solo el Congreso general podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de los artículos de esta constitución o la acta constitutiva".

2.2.1.2- Recepción de los modelos de control jurisdiccional

La etapa reseñada estuvo signada por una clara primacía de los modelos de control político. Sin embargo, existieron algunos aislados y tempranos intentos por establecer el control judicial de constitucionalidad de las leyes.

La Carta Constitucional Venezolana de 1811 estableció una cláusula de supremacía constitucional, similar a la contenida en la Constitución de los Estados Unidos. Dicha previsión normativa fundamental, junto a aquella del mismo texto que facultaba a los jueces a conocer en los asuntos contenciosos civiles y criminales que se deriven del contenido de la Constitución, ha llevado a diversos autores a sostener que en Venezuela existió la potestad de control constitucional en manos de los jueces desde 1811.⁴⁵⁹ Este incipiente sistema de control sucumbió cuando la Constitución de los Pueblos de la Gran Colombia de 1821, encargó el control de constitucionalidad al Congreso.⁴⁶⁰

Entre 1838 y 1845, Guatemala, como integrante de la Federación de Estados Centroamericanos, contempló normativamente mediante decreto de la Asamblea Legislativa del Estado, el control difuso de constitucionalidad. Dicho control fue abrogado por decreto emitido por el gobierno de la restauración conservadora, que prohibió expresamente que los tribunales pudieran revisar los actos de los poderes legislativo y ejecutivo.⁴⁶¹

Luego de estos efímeros intentos y hacia la segunda mitad del siglo XIX, Latinoamérica comienza a contemplar en diversos sistemas, el control judicial de constitucionalidad de las leyes.⁴⁶²

Existe acuerdo en señalar que la primera Carta Constitucional que estableció la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes fue la Constitución del Estado de Yucatán de 1841 a instancias de Manuel Crescencio Rejón y en

⁴⁵⁹ Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 450, p, 165.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 166.

⁴⁶¹ Fernández Segado, Francisco y García Belaunde, Domingo, *La Jurisdicción Constitucional en Guatemala*, en: *La jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (Coord), Madrid, Dykinson, 1997, p. 718.

⁴⁶² Allan R. Brewer Carías. *op. cit.*, nota 449, p.126.

donde se diseñaron los rasgos principales del juicio de amparo⁴⁶³ que luego fue llevado a nivel federal al ser recogido por el Acta Constitutiva de reformas de 1847 a la Constitución de 1824 y que posteriormente fuera contemplado en la Constitución Federal de 1857 para llegar a la actual Constitución de 1917.⁴⁶⁴

En la Argentina, superadas las permanentes crisis que impidieron la organización nacional durante gran parte del siglo XIX luego de la independencia, y una vez logrado el marco constitucional para la incipiente organización institucional a partir de la promulgación de la Constitución de 1853-60, el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes fue receptado en su vertiente difusa por vía pretoriana en el caso Sojo, fallado por la Corte Suprema de la Nación el 22 de septiembre de 1887.⁴⁶⁵

En igual sentido, pero mediante un mecanismo diferente, Brasil, en la Constitución Republicana de 1891 y con una fuerte influencia norteamericana, establece las reglas básicas para el control jurisdiccional de la constitución, optando por el sistema difuso.⁴⁶⁶

Al tiempo en el que progresivamente la idea del control jurisdiccional se convertía en, por lo menos, una realidad textual a nivel constitucional, se apreció una marcada tendencia hacia la concentración, por cuanto si bien se incorporaron sistemas y mecanismos de control jurisdiccional, esta tarea fue encargada como

⁴⁶³ Carpizo, Jorge, *et, al*, "La Jurisdicción Constitucional en México": en: *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (Coord.), Madrid, Dykinson, 2001. p.752.

⁴⁶⁴ Francisco Fernández Segado, *op. cit.*, nota 450, p. 87.

⁴⁶⁵ El caso guarda grandes similitudes con el antecedente norteamericano Marbury Vs. Madison que motivara la implementación del judicial review en los Estados Unidos. Eduardo Sojo era el redactor del periódico El Quijote, que había publicado unas caricaturas satíricas sobre la Cámara de Diputados, Como consecuencia de dichas caricaturas, fue puesto en prisión por disposición de la Cámara de Diputados, por el tiempo que duren los debates que habían motivado las caricaturas satíricas publicadas. Sojo Interpuso recurso de habeas corpus ante la CSJN fundando su petición en la ley de jurisdicción y competencia de los tribunales federales del 14 de septiembre de 1863. La Corte resolvió que Sojo debía presentar su pedido ante el tribunal competente pues la ley comentada le atribuía competencia originaria contrariando la Constitución y que el Congreso carecía de facultades para conceder esas competencias. Véase Sola, Juan Vicente, *Control judicial de constitucionalidad*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001. p. 193.

⁴⁶⁶ Da Silva, José Alfonso, "O controle de constitucionalidade das leis no Brasil", en: *La jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (Coord), Madrid, Dykinson, 1997, p. 391-392.

veremos a continuación, a las altas cortes de los estados, con las claras excepciones de Brasil y Argentina, países en los cuales aún se mantiene el control difuso y México que a la postre, concentraría dicho control, aunque en menor grado, en el Poder Judicial Federal en demérito de las jurisdicciones locales.

La Constitución Venezolana de 1858 acogió el control objetivo de constitucionalidad a través de un instrumento procesal consistente en la acción popular, atribuyendo a la Corte Suprema competencia exclusiva para declarar la nulidad de los actos legislativos sancionados por las legislaturas provinciales a petición de cualquier ciudadano. En opinión de Fernández Segado, la constitución venezolana es pionera en el establecimiento del control jurisdiccional concentrado de la constitucionalidad de las leyes.⁴⁶⁷ A partir de la reforma constitucional de 1893 y, especialmente, desde la sanción del Código de Procedimientos Civiles de 1897, Venezuela incorporó a su sistema el control difuso de constitucionalidad.⁴⁶⁸

La Constitución yucateca de 1841 que receptara el amparo e inaugurara en el ámbito latinoamericano el control judicial de constitucionalidad de leyes, no escapó a tal tendencia, por cuanto el amparo, debía interponerse directamente ante el pleno de la Suprema Corte de Justicia del Estado cuando se tratara de impugnar leyes y decretos de la legislatura o contra providencias del gobernador, en cambio, cuando se tratara de la impugnación de actos violatorios de derechos fundamentales provenientes de funcionarios administrativos el amparo debía impetrarse ante los jueces de primera instancia y cuando el acto atacado proviniese de los propios jueces, la impugnación debía dirigirse a sus superiores, es decir, a las salas de la Suprema Corte del Estado.⁴⁶⁹

La temprana inclinación de los sistemas de control jurisdiccional latinoamericanos hacia la concentración fue evidenciada también en el caso de Colombia, cuya carta fundamental de 1886 estableció el llamado “plan de veto”, mecanismo consistente en confiar a la Corte Suprema de Justicia, la decisión

⁴⁶⁷ Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 450, p. 166.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 175,

⁴⁶⁹ Carpizo, Jorge, *et, al, op. cit.*, nota 463, p. 752.

acerca de la inconstitucionalidad de los proyectos de ley que hubieren sido objetados por el Poder Ejecutivo. La misma Corte Suprema tenía competencia originaria también para atender los reclamos que, por medio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentara cualquier ciudadano contra las leyes y decretos que violasen la constitución.⁴⁷⁰

La experiencia constitucional Boliviana permite también constatar lo afirmado hasta aquí. Luego que la constitución de 1851 contemplara una cláusula de supremacía constitucional que generó escasa comprensión en relación al alcance del control jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes, el texto constitucional de 1861 encargó a la Corte de Casación el conocimiento de los asuntos judiciales de puro derecho cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes. Más tarde, la constitución de 1878, atribuiría esta competencia en única instancia a la Corte Suprema.⁴⁷¹

A partir de la segunda posguerra la justicia constitucional experimentaría un nuevo desarrollo impulsado por la expansión de los tribunales constitucionales introducidos en algunas constituciones de países europeos luego de la primera guerra mundial. La idea de un sistema concentrado de control constitucional encargado a un tribunal que de manera exclusiva y autónoma entienda de los conflictos entre leyes y decretos de un gobierno local y la constitución, entre leyes y decretos locales y leyes federales, prescindiendo de un caso concreto llegó también a Latinoamérica luego de la segunda ola de establecimiento en Europa. Esta influencia europea provocó la introducción de organismos jurisdiccionales especializados en América ubicados fuera del poder judicial pero sin abandonar la existencia paralela del control difuso con efectos particulares en los procesos concretos.

⁴⁷⁰ Cifuentes Muños, Eduardo, "La Jurisdicción Constitucional en Colombia", en *La jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco, (Coords), Madrid, Dykinson, 1997, p. 473.

⁴⁷¹ Fernández Segado, Francisco, "La jurisdicción constitucional en la reforma de la constitución de Bolivia de 1994", en *La jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (Coord), Madrid, Dykinson, 1997, pp. 360-361.

Continuando con este somero análisis de la manera en que ambos sistemas han sido receptados de modo combinado es conveniente citar algunos ejemplos. En ocasiones, algunas constituciones latinoamericanas han optado por concentrar el control en un tribunal específico pasando de un sistema difuso a uno concentrado aunque ese tribunal continúe atendiendo asuntos ordinarios tal es el caso de la Corte Suprema de Uruguay.

Otros ordenamientos han combinado la existencia de un control difuso con características propias de sistema concentrado en lo relativo a sus efectos. Es el caso de la provincia de Río Negro en la República Argentina en la cual además de preservar la posibilidad de que todos los jueces declaren la inconstitucionalidad de una norma infra constitucional, estipula que si el superior tribunal de justicia en juicio contencioso y por unanimidad declara por tercera vez consecutiva la inconstitucionalidad de una norma provincial o municipal, puede declararla abrogada.⁴⁷²

Estas combinaciones entre los sistemas americano y austriaco han dado lugar al nacimiento de los llamados sistemas mixtos⁴⁷³ entre los cuales cabe mencionar a Venezuela en donde la constitución de 1999 luego de establecer que todos los jueces deben hacer prevalecer las disposiciones de la constitución federal por sobre las normas inferiores aun de oficio, dispone que la Sala Constitucional del Superior Tribunal de Justicia como máximo y último interprete de la constitución, tiene competencia para declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales o estatales así como de las constituciones estatales opuestas a la Constitución Federal.⁴⁷⁴

En tal sentido y siguiendo a Fix Zamudio,

los dos modelos, el americano y el europeo se aproximan paulatinamente (...) como ejemplos podemos mencionar a la Corte Suprema de Justicia Federal de Estados Unidos que en apariencia es el máximo tribunal federal en el clásico sistema difuso pero que se ha ido convirtiendo en un

⁴⁷² Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 158, p. 446.

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 451.

⁴⁷⁴ *Idem*.

verdadero tribunal constitucional pues sus resoluciones en virtud del principio del stare decisis adquieren carácter obligatorio para los tribunales inferiores, de manera que cuando la corte suprema declara la inconstitucionalidad de una ley, dicho fallo posee en la práctica efectos generales pues debido a su prestigio moral, también las autoridades administrativas acatan sus resoluciones⁴⁷⁵.

En igual sentido, Ferrer Mac Gregor señala:

En América Latina el panorama fue distinto (al europeo) debido a que se adoptó con sus particularidades en cada país el sistema americano de control constitucional de las leyes. Sin embargo, a partir de la segunda mitad del siglo XX se fueron creando paulatinamente, tribunales, cortes y salas constitucionales influidos por el modelo europeo⁴⁷⁶.

Esto ha provocado en opinión del mismo autor que la recepción que en América ha tenido la idea del tribunal constitucional haya modificado el concepto del mismo mutando hacia un concepto material y no formal, en virtud de que más allá de no existir en algunos casos tribunales que obedezcan a la definición clásica de tales es decir: “aquel órgano creado para conocer especial y exclusivamente de los conflictos constitucionales, situado fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos. Conforme a esta concepción, las cortes o tribunales constitucionales pueden ser jurisdicciones constitucionales pero no son, en estricto sentido, tribunales constitucionales”, si existen salas de cortes supremas o incluso cortes que realizan las funciones materialmente hablando de un tribunal constitucional.

En tal sentido sostiene Ferrer que la noción de tribunal constitucional debe desplazarse hacia una más moderna

⁴⁷⁵ Fix Zamudio, Héctor, op. cit., nota 445, p. 294.

⁴⁷⁶ Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002, p. 65.

Entendemos por tribunal constitucional a los altos órganos judiciales o jurisdiccionales situados dentro o fuera del poder judicial, independientemente de su denominación, cuya función material esencialmente consista en la resolución de los litigios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional⁴⁷⁷.

De acuerdo a lo dicho, la tendencia parece ser la convivencia de los dos sistemas de justicia constitucional, de cuya interacción cada país va gestando perfiles propios.

Actualmente, en América latina, existen Cortes o Tribunales Constitucionales fuera del poder judicial (Chile, Ecuador, Guatemala y Perú); Tribunales Constitucionales situados dentro del Poder Judicial (Bolivia y Colombia); Salas Constitucionales que forman parte de las Cortes Supremas (El Salvador, Costa Rica, Paraguay, Nicaragua, Honduras y Venezuela) y Cortes o Tribunales supremos que realizan funciones de Tribunales Constitucionales (Argentina, México, Panamá y Uruguay),⁴⁷⁸ además del control jurisdiccional difuso que en algunos casos, convive con el control ejercicio por las mencionadas Cortes, Salas y Tribunales, dando lugar a los modelos mixtos ya mencionados, tal como acontece en los casos de Guatemala, Perú, Bolivia y Ecuador,⁴⁷⁹ junto a México y la Argentina y Brasil, países estos últimos en donde predomina el control de tipo difuso.

La breve y superficial reseña realizada hasta aquí, sirve para dejar en claro que la Justicia Constitucional se ha expandido a un ritmo sostenido y se ha convertido, sin dudas, en una institución típica del Estado Constitucional de Derecho en Latinoamérica superando lo que Sagüés ha denominado el “test de aceptación”.⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 59.

⁴⁷⁸ Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *op. cit.* nota 476, pp. 65 y ss.

⁴⁷⁹ Francisco Fernández Segado, *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo- kelseniano*, México, UNAM, 2004, p. 115. Véase también Nogueira Alcalá, Humberto, *La Jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales en Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Porrúa, 2004, pp. 65 y ss.

⁴⁸⁰ Sagüés, Néstor Pedro. *op. cit.*, nota 84, p. 178.

Así, aunque con altibajos, diferencias y matices, la Jurisdicción Constitucional, en sus diversos modelos, ha ido asumiendo un papel cada vez más preponderante, desarrollando su actividad en dos grandes áreas, la protección y desarrollo de los derechos fundamentales y, en ejercicio de la jurisdicción constitucional orgánica, en la solución de conflictos competenciales entre poderes, tanto en sentido vertical como horizontal, asumiendo, especialmente en este último caso, un rol político incuestionable.

3- La expansión funcional de la Jurisdicción Constitucional

3.1- Introducción

De acuerdo a lo dicho hasta aquí, la jurisdicción constitucional se ha incorporado en los diversos sistemas constitucionales latinoamericanos hasta ser hoy en día asumida como una institución consustancial al constitucionalismo latinoamericano.

Sin embargo, amén de la expansión descrita, en los últimos años hemos presenciando una actividad jurisdiccional calificada por algunos sectores de inusitada, al abordar y resolver cuestiones antes vedadas para el control jurisdiccional por estar reservadas a los cuerpos políticos o de legitimidad democrática directa.

Esto nos ha llevado a adoptar, siguiendo un esquema sugerido por Dieter Nohlen al analizar las relaciones entre jurisdicción constitucional y consolidación democrática⁴⁸¹, lo que el autor denomina un enfoque funcionalista, es decir, un análisis que asume como punto de vista, el papel real de la jurisdicción

⁴⁸¹ Nohlen, Dieter, "Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia". En AAVV. *Tribunales constitucionales y consolidación de la democracia*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 2007, p. 6

constitucional, más allá de cuan difundida se encuentre desde un punto de vista institucional⁴⁸².

Tomando como punto de partida el enfoque mencionado es nuestra intención mostrar que, en algunos sistemas jurídicos del ámbito latinoamericano, la jurisdicción constitucional está asumiendo un nuevo rol, interviniendo en áreas antes vedadas a su conocimiento, o resolviendo sin la mediación de restricciones auto impuestas o incluso, soslayando antiguas restricciones impuestas por las dinámicas interinstitucionales pretéritas.

3.2- Algunas razones para la expansión funcional

El nuevo rol de la jurisdicción constitucional, ha sido identificado por la doctrina mediante denominaciones diversas. Así, se ha apuntado para el caso de Argentina, la “reconfiguración del rol institucional de la Corte Suprema,⁴⁸³ o en Colombia, se hace referencia al papel institucional por definir de la Corte Constitucional⁴⁸⁴ o quienes, sin hace referencia a un sistema en concreto, señalan como característica de la región, la expansión del poder de los jueces.⁴⁸⁵

Este fenómeno, más allá de indicar, como señalábamos líneas arriba, que la jurisdicción constitucional especializada o no, se ha difundido de modo considerable en nuestra región, pretende llamar la atención sobre la reivindicación que la jurisdicción constitucional realiza de su rol como poder del Estado⁴⁸⁶ y que

⁴⁸² El enfoque funcional aquí adoptado es de corte organicista y de acuerdo al cual, se pretende analizar, en palabras de Atienza: “la prestación de un determinado órgano al organismo (a la totalidad) de que forma parte”. Véase Atienza Manuel, *Introducción al Derecho*, México, Fontamara, 2000, p. 55-58.

⁴⁸³ Bazán, Víctor. “La reconfiguración del rol institucional de la Corte Suprema de justicia argentina y el camino hacia su consolidación como tribunal constitucional”, en Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2008. Konrad Adenauer Stiftung, 2008, pp. 25-61.

⁴⁸⁴ Morelli Rico, Sandra, *La Corte Constitucional. Un papel institucional por definir*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Academia Colombiana de jurisprudencia, 2001.

⁴⁸⁵ Vázquez, Rodolfo, Comp. “Corte, Jueces y Política”, México, Fontamara, Nexos, 2007, p.8.

⁴⁸⁶ Bazán, Víctor, *op, cit*, nota 483, p. 27. Un análisis interesante acerca de los cambios desarrollados en la relación entre los jueces y los restantes actores institucionales puede encontrarse en el trabajo de Michele Taruffo, “Jueces y Política: de la subordinación a la dialéctica”, en Isonomía N° 22, Abril de 2005, ITAM, Fontamara, México, 2005, pp, 9- 18.

como adelantáramos, está modificando el escenario habitual de relación entre los poderes.

Sugeriremos en la siguiente sección, que una de las razones de la expansión funcional de la jurisdicción constitucional consiste en el debilitamiento de la tradicional categoría de las cuestiones políticas no justiciables. Debido a ello, el tratamiento y resolución de muchas cuestiones, otrora reservadas a los cuerpos políticos, han pasado a ser materia de los tribunales.

Pero antes de indagar en las nuevas materias que aborda la jurisdicción constitucional en proceso de expansión, vale la pena preguntarnos acerca de las razones por las cuales se ha permitido a los jueces asumir el nuevo rol que hoy desempeñan.

Podríamos comenzar por ofrecer una serie de razones que se han originado en ciertos cambios producidos en el ámbito de la teoría del Derecho y que inevitablemente han comenzado a modificar la praxis jurídica.

Estos cambios que han sido muy bien sistematizados por Vigo, quien mediante una serie de díadas conceptuales los enuncia de la siguiente manera: “De la cultura de la ley a la cultura del derecho; Del normativismo al principialismo; De la validez jurídica a la validez ética; Del sistematicismo a la tópica; Del legalismo al constitucionalismo; De la nómina exhaustiva de fuentes del derecho a su desbordamiento; Del cientificismo a los otros saberes jurídicos; De la seguridad jurídica a la justicia y por último, Del saber jurídico como saber teórico al saber jurídico como saber práctico”.⁴⁸⁷ Esta serie de transformaciones de los materiales jurídicos y de las actitudes comunes o tradicionales hacia ellos, han permitido sin duda alguna que el poder de los jueces se vea incrementado, o por lo menos, como paso previo, que estos operadores jurídicos se vean como partícipes necesarios y al mismo tiempo como artífices de los cambios enunciados. Con mayor o menor fuerza, estas transformaciones han sido aceptadas e impulsadas desde los diversos ámbitos del quehacer jurídico.

⁴⁸⁷ Vigo, Rodolfo, *op. cit.*, nota 433, p. 3.

Siendo así las cosas, resulta una consecuencia natural de los procesos enunciados, que los jueces incrementen su actividad y doten de mayor profundidad a la misma. La sola asunción de la fuerza normativa de la Constitución y su entendimiento como conjunto de normas directamente aplicables sin necesidad de intermediaciones posiciona a los jueces en un nuevo papel que implica operar con normas semánticamente amplias, cuando no indeterminadas, dotadas de contenidos axiológicos tendencialmente contradictorios, que a su vez obligan al juez a tomar partido por una opción valorativa de entre varias.

El nuevo escenario conformado por las transformaciones descritas que posibilita el nuevo papel de los jueces, ha sido acompañado de una serie de modificaciones institucionales en los diversos sistemas jurídicos, por medio de las cuales se ha dotado a la jurisdicción constitucional de nuevas competencias que tienden a “domesticar” a la política bajo parámetros jurídicos y a incardinar la resolución de conflictos políticos bajo una metodología resolutoria jurídica.

Las transformaciones brevemente descritas han sido, en algunos casos, asumidas por los jueces constitucionales. Sin embargo, las razones de la expansión funcional no descansan exclusivamente en la asunción que de dicho rol han hecho quienes desempeñan la magistratura constitucional. Existen también una serie de razones exógenas que en ocasiones, y a veces con pesar para los jueces constitucionales, han motivado que asuntos otrora resueltos ante instancias no jurisdiccionales, se hayan judicializado. Podríamos mencionar entre ellas, la multicitada crisis de la representación política,⁴⁸⁸ que entre otros efectos, ha generado que ante la renuencia, inadvertencia o simplemente desidia de los poderes políticos tradicionales, la ciudadanía recurra a las instancias jurisdiccionales en busca de la satisfacción que no encuentran en los órganos representativos, generando así, un “desplazamiento de competencias”.⁴⁸⁹

⁴⁸⁸ Sagüés. Néstor. Pedro, *op. cit.* nota 84, p. XXI. Véase además, Gargarella, Roberto. *Crisis de la representación política*. México, Fontamara, 1997.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, XXII.

Los argumentos hasta aquí esbozados, postulan de uno u otro modo, que la expansión funcional de la jurisdicción constitucional es un signo de progreso y cambios políticos y jurídicos ciertamente positivos, tendientes al fortalecimiento del Estado Constitucional de Derecho. En tal sentido, tendría un carácter emancipador y progresista, específicamente en relación a la efectiva vigencia de los derechos fundamentales. Sin embargo, la expansión de la Jurisdicción Constitucional no implica necesariamente la expansión de los derechos fundamentales. Antes bien, esta última variable se relaciona con ciertos procesos actitudinales de los jueces constitucionales consistentes en la asunción de posturas de dicho signo progresista que con el mero desarrollo institucional de la jurisdicción constitucional⁴⁹⁰.

Ran Hirschl, en un estudio sobre la labor de las Altas Cortes de Canadá, Nueva Zelanda, Israel y Sudáfrica, postula una hipótesis interesante y poco explorada. Parte por sentar que las Cortes Supremas objeto de estudio y de otras naciones, se han convertido en el “mayor loci” en el cual se tratan y resuelven las controversias políticas fundamentales. Esto ha motivado que las fronteras tradicionales dentro de las cuales se venía desarrollando el trabajo de las altas cortes se hayan extendido más allá del tratamiento de asuntos relacionados a derechos y federalismo. Se ha operado una transferencia hacia el poder judicial de asuntos de enorme trascendencia y envergadura, lo que ha llevado a la generación de nuevas áreas de acción para la intervención judicial.⁴⁹¹ Posteriormente, el autor se interroga acerca de las razones que han generado e impulsado el nuevo poder de los jueces y en sus respuestas es en donde radica la novedad de su aproximación al tema.

La adopción de un catálogo de derechos fundamentales (o la asunción de su aplicabilidad directa) provee el marco institucional necesario para la judicialización de la política, pero no es razón suficiente.⁴⁹² Sentada esta idea,

⁴⁹⁰ Para constatar las aseveraciones realizadas, se recomienda la lectura de la obra: Hirschl, Ran, *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, United States of America, Harvard University Press, 2007, Cap IV.

⁴⁹¹ *Ibidem*, pp. 169-170.

⁴⁹² *Ibidem*, p. 211.

sugiere Hirschl que el incremento del poder de los jueces se debe a una razón estratégica concebida por las elites políticas consistente en aislar el tratamiento de ciertos asuntos de las presiones populares. Dicho aislamiento se logra, trasladando el tratamiento y resolución de esas cuestiones de alta política de los cuerpos políticos, más sometidos a presiones directas, al poder judicial⁴⁹³ en principio, menos sometidos a presiones de tal tipo. La judicialización de algunas cuestiones políticas importantes, permite a ciertos actores políticos representativos, refugiarse en las cortes y evitar el costo de ciertas decisiones morales o políticas.

Evidentemente, estas concesiones de la política a los jueces, no se hacen sin las previsiones adecuadas. Comenta el autor para el caso de Israel, -aunque algunas de sus conclusiones pueden llegar a ilustrar el escenario latinoamericano, que los políticos que consienten el ensanchamiento del poder de los jueces, lo hacen sobre las seguridades que les dan ciertos factores: en primer lugar, que el poder judicial producirá decisiones que reflejen sus preferencias ideológicas;⁴⁹⁴ segundo, que tienen un importante control sobre la composición de las cortes;⁴⁹⁵ y por último, la existencia de un alto grado de confianza en la ciudadanía acerca de la imparcialidad política de los jueces,⁴⁹⁶ (factor al que habría que restar importancia en ciertos sistemas latinoamericanos).

Lo expuesto en este apartado no pretende explicar el fenómeno de la expansión funcional sino simplemente aportar elementos que abran la discusión al respecto. Las razones apuntadas tampoco explicarían el nuevo poder de los jueces en toda Latinoamérica. Existen motivos propios de cada sistema jurídico y coyunturas exclusivas de cada sistema político que podrían explicar de manera autónoma en cada país las razones del incremento competencial de los jueces.

La sección siguiente estará dedicada a analizar el debilitamiento de una categoría: Las cuestiones políticas no justiciables, que hasta la fecha, han servido

⁴⁹³ *Ibidem.* p. 213.

⁴⁹⁴ *Ibidem.* p. 65.

⁴⁹⁵ *Ibidem.* p. 66.

⁴⁹⁶ *Ibidem.* p. 68.

como movediza frontera entre la labor de la justicia y la arena política, siendo enarbolada tanto por los jueces, en ejercicio de auto restricción como por los políticos en calidad de defensa ante las potenciales intromisiones de los jueces. Amén de las reformas estructurales realizadas y en ocasiones, sin necesidad de ellas, las perforaciones que esta categoría sufre en la actualidad, son las que permiten a los jueces expandir su ámbito de actuación.

3.3- El debilitamiento de la categoría de las cuestiones políticas

Referir a las cuestiones política como “categoría” puede resultar un tanto pretensioso pues el concepto en si se encuentra dotado de un alto grado de “fluidez”, como apunta Haro, nos induce a caer en un verdadero círculo vicioso: “las denominadas cuestiones políticas son aquellas cuestiones no justiciables y a su vez, las cuestiones no justiciables son las que se consideran cuestiones políticas”.⁴⁹⁷

Este concepto a pesar de su circularidad, nos aporta un primer elemento de conceptualización: las cuestiones políticas serían aquellas que están exentas del control judicial y por ende, del control de constitucionalidad.⁴⁹⁸

Es preciso aclarar, siguiendo las explicaciones de Sagüés, que la tesis de las cuestiones políticas “surge como doctrina tribunalicia en el célebre caso *Marbury vs. Madison*. Nace pues en los albores mismos del control de constitucionalidad”⁴⁹⁹ y en consecuencia, como una restricción auto impuesta por la Corte Suprema en ejercicio del control político y con una doble finalidad, por un lado evitar, en palabras de Loewenstein, “la absoluta supremacía judicial”⁵⁰⁰ y por

⁴⁹⁷ Haro, Ricardo *Constitución, Poder y control*, México, UNAM, 2002, p. 174.

⁴⁹⁸ Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*. El Derecho Constitucional del Poder, Argentina, Ediar, t. II, p. 371.

⁴⁹⁹ Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.* nota 84, pp. 285-286.

⁵⁰⁰ Loewenstein, Kart. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel Derecho, trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 1986, p. 313. Véase también: Landa, César, *Estudios sobre derecho procesal constitucional, México*, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, p. 43.

otro, precaver al poder judicial de las represalias que pudieran provenir de los restantes poderes ante un activismo que estos no tolerasen.

La observación de Sagüés es correcta. En la misma resolución que suele ser identificada como la piedra de toque que diera origen a la idea del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y actos de los demás poderes, germina la noción de las cuestiones políticas exentas de dicho control. La enunciación de esta doctrina en el caso comentado fue la siguiente:

La competencia de la Corte consiste, únicamente, en decidir acerca de los derechos de los individuos y no en controlar el cumplimiento de los poderes discrecionales del presidente o sus ministros. Los asuntos que por su naturaleza política o por disposición constitucional o legal, están reservados a la decisión del ejecutivo, no pueden ser sometidos a la opinión de esta Corte⁵⁰¹.

La referencia a cuestiones reservadas resulta medular. Aparentemente, la materia reservada se conformaría por dos tipos de asuntos: los primeros, laxamente entendidos como aquellos de naturaleza política y en segundo lugar y más específicamente, aquellos asuntos de tal naturaleza pero que además, son privativos de los otros poderes.

Loewenstein, siguiendo a Corwin, apunta que una cuestión se define como política por ser una cuestión que hace referencia a “la posesión del poder político, de la soberanía, del gobierno y sobre la cual decide el congreso y el presidente y cuyos acuerdos ligan a los tribunales”,⁵⁰² y más adelante, a guisa de ejemplo, menciona: al liderazgo de la política exterior, las cuestiones referentes a la forma republicana de gobierno y la reforma constitucional,⁵⁰³ materias que como a

⁵⁰¹ Texto tomado de la traducción del caso que consta en la obra: Miller, Jonathan. M. Gelli, María Angélica, Cayuso, Susana. *Constitución y poder político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y Técnicas para su aplicación*. Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 8.

⁵⁰² Loewenstein, Kart, *op. cit.* nota 500, p. 313.

⁵⁰³ *Ibidem.* p. 314.

continuación analizaremos, ya no pueden ser contempladas como ejemplo de aquello no justiciable por su carácter político.

En el caso *Baker vs. Carr* de 1962, la Corte Suprema de los Estados Unidos, sentó, en palabras de Sagüés, un “arsenal argumentativo” destinado a los jueces, que pretendió orientar la labor de identificar qué cuestiones son políticas y por ende, no justiciables. Dijo la Corte que estamos ante una de estas cuestiones: i) cuando exista una clara atribución constitucional del asunto a un departamento político de igual rango constitucional (se refiere a las materias privativas), ii) cuando nos encontramos ante la falta de pautas susceptibles de ser determinadas o interpretadas judicialmente, iii) cuando para decidir el caso, es necesario haber determinado la existencia de una política claramente excluida de la decisión judicial, iv) cuando para que los jueces tomen una decisión, resulta necesario faltar al debido respeto a las demás ramas del gobierno de igual rango, v) cuando nos encontremos ante una necesidad inusual de no cuestionar la adhesión a una decisión política que ya ha sido tomada y por último vi) cuando debido a los múltiples pronunciamientos de varios departamentos sobre un mismo asunto existiera la posibilidad de causar confusión.⁵⁰⁴

Tomando como referencia estos hipotéticos casos en los cuales estaríamos en presencia de una cuestión política, podemos completar nuestro escenario de los asuntos exentos de control jurisdiccional. Encontraríamos en primer lugar aquellos referidos a las materias privativas, enunciados en el primer tipo de casos identificados en *Baker vs. Carr* y las cuestiones políticas más laxamente identificadas como tales que podrían corresponder al resto de los supuestos presentados en el caso. Sin embargo, analizando con un poco más de profundidad el contenido de estas dos clases de cuestiones políticas, encontraremos inconvenientes para defenderlas.

En relación a las facultades privativas, se suelen identificar como tales: la intervención de una provincia, la declaración de utilidad pública o la puesta en

⁵⁰⁴ Miller, Jonathan. Gelli, María Angélica y Cayuso Susana, *op.cit.*, nota 501, p. 174

vigor del estado de sitio⁵⁰⁵. Se trata de cuestiones atribuidas por la Constitución a un poder determinado, exclusivas, propias e incluso intransferibles.⁵⁰⁶ Estas atribuciones pueden varias de sistema en sistema, las mencionadas son, entre otras, facultades privativas en el sistema constitucional argentino. Al respecto, Bidart Campos, mediante un filoso cuestionamiento, se interroga acerca de por qué se admite el control jurisdiccional de las leyes, si el legislar es también una atribución privativa del congreso. Es decir, pareciera existir una inconsistencia al sostener que las cuestiones políticas se integran por aquellas cuestiones privativas puesto que ciertas cuestiones de tal tipo resultan revisables en sede jurisdiccional y otra no⁵⁰⁷.

Esto lleva al autor a concluir que el carácter privativo, no puede servir como criterio para conferir inmunidad a estas cuestiones ante el escrutinio jurisdiccional⁵⁰⁸ y que la única razón por la cual un acto de los restantes poderes pudiera quedar exento de control consiste en que el poder constituyente lo estableciera así en la propia constitución⁵⁰⁹.

Con lo dicho hasta aquí, procederemos a identificar algunos criterios referidos a las cuestiones políticas y la consecuente actitud que, de acuerdo a cada criterio debería adoptar el juzgador. En primer lugar podemos identificar la posición de la judiciabilidad plena. De acuerdo a la cual toda actividad de los restantes poderes debería estar sometida al escrutinio del poder judicial. Negar esto, de acuerdo a esta postura, llevaría a aceptar el establecimiento de un “telón” tras el cual se ampararían las violaciones a la constitución.⁵¹⁰ La única excepción admitida por los defensores de este punto de vista consiste en la declaración que el poder constituyente hiciera en el sentido de excluir expresamente ciertos actos de control. En segundo lugar, podemos identificar la postura tradicional al respecto

⁵⁰⁵ Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, nota 498, p. 373.

⁵⁰⁶ *Idem.*

⁵⁰⁷ *Idem.*

⁵⁰⁸ *Idem.*

⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 374.

⁵¹⁰ *Idem.*

y de acuerdo a la cual, las facultades privativas quedarían exentas del control judicial. Ya hemos comentado las debilidades de esta posición.

Por último, pudiéramos identificar una posición que, con apego a lo que el texto constitucional pudiera establecer y con la intención de morigerar los efectos de asumir la posición de la judiciabilidad plena, hace recaer en el juez, un gran ejercicio de prudencia al enfrentarse ante este tipo de cuestiones y deposita entonces en él, el control sobre las fronteras de esta categoría. En tal sentido, señala Sagüés que supuestamente y para cierta doctrina constitucionalista, todo es justiciable.⁵¹¹ Por ello, sugiere una serie de previsiones que el juez debería asumir al momento de someter a control cuestiones políticas. En primer lugar, los aspectos formales de las cuestiones políticas (autoridades procedimientos etc.) serían más fácilmente evaluables pues se trata de asuntos ordinariamente reglados en el texto constitucional. Las mayores complejidades se presentan cuando se debe entrar a evaluar los aspectos materiales de las decisiones de los restantes poderes. La primera aclaración que nos realiza el autor es que en dichos casos, el grado de discrecionalidad con el que cuenta la autoridad es alto. Ante ello, es preciso tomar las siguientes precauciones: i) Es imprescindible que el juzgador tenga en cuenta que él podrá controlar el acto pero no emitirlo, ii) El juez debe respetar el margen de maniobra que la constitución otorgase a la autoridad en cuyo caso, el juez solo podría descalificar una decisión adoptada extra constitucionalmente pero no si se opera dentro de las opciones constitucionales, iii) El juez debe considerar que los actos del ejecutivo o del congreso gozan de una presunción de constitucionalidad y en consecuencia, ante la duda, se debe optar por la constitucionalidad del acto y por último iv) El juez debe realizar una interpretación previsora de la constitución, contemplando las consecuencias de su decisión.⁵¹²

No es nuestra intención presentar un escenario completo y exhaustivo, conceptualmente hablando, de las cuestiones políticas, sino simplemente hacer constar las dificultades existentes para establecer las fronteras de dicho concepto.

⁵¹¹ Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.* nota 84, p. 301.

⁵¹² *Ibidem*, pp. 301-303.

Al parecer, en esa labor, la magistratura constitucional tiene un rol determinante, lo que no debe resultar extraño si nos atenemos al origen tribunalicio de la categoría de las cuestiones políticas. Sucede que en la actualidad las cuestiones políticas están sufriendo la reducción de sus fronteras por el mismo medio que antes las ensancharon: la actividad jurisdiccional en ejercicio del control constitucional, sobre todo, en relación a los aspectos materiales de las decisiones.

En la sección siguiente, se expondrán dos casos en los cuales la jurisdicción constitucional se ha mostrado llamativamente activa. Con ellos pretendemos dar cuenta del fenómeno aquí esbozado consistente en la reducción de las fronteras de las cuestiones políticas y la consecuente expansión funcional de la jurisdicción constitucional.

Advertimos desde ya que tampoco es nuestra intención sobredimensionar el nuevo rol de la jurisdicción constitucional, concluyendo por ejemplo que ella ha resultado la pieza clave para la consolidación democrática en la región,⁵¹³ ni afirmar que su activismo renovado es una constante regular en todos y cada uno de los sistemas que cuentan con dicho sistema de control. En tal sentido, las experiencias son disímiles y la actividad de la jurisdicción constitucional reviste diversos grados de activismo o en ocasiones de hibernación como lúcidamente apunta Sagüés. Sin embargo, más allá de estas variaciones contextuales aunque sin restarles importancia para no incurrir en excesos ius comparatistas impropios, creemos necesario llamar la atención acerca del papel que algunos Tribunales y Cortes latinoamericanas están desempeñando en ejercicio de la jurisdicción constitucional.

3.4. Nuevos rumbos para la jurisdicción constitucional

Como muestra de la expansión funcional referida, hemos seleccionado dos casos, correspondientes a dos países en los cuales y sobre ciertos delicados

⁵¹³ Nohlen, Dieter, *op. cit.*, nota 481, *Idem*.

temas, sus Cortes Supremas o Salas, han decidido acerca de cuestiones identificadas como típicamente políticas.

En primer lugar, comentaremos una resolución de la Corte Suprema de la Argentina referida a la revisión de decisiones políticas sobre la forma de afrontar las graves violaciones a los Derechos Humanos cometidas por el régimen militar. Particularmente, analizaremos la revisión realizada por este alto tribunal acerca de las leyes de obediencia debida y punto final.

Como colofón de esta sección, analizaremos el control de las relaciones exteriores que ha realizado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, al resolver un planteamiento de inconstitucionalidad que atacó un acto del Poder Ejecutivo de ese País por medio del cual se apoyó la declaración de guerra que los Estados Unidos efectuaran en contra de Irak.

3.4.1- La Corte Suprema de la Nación Argentina y la revisión del pasado

Con la caída del régimen militar y la llegada de la democracia en 1983, la Argentina se vio en la necesidad y ante la obligación de afrontar su pasado cercano y los graves crímenes cometidos por el régimen militar. El nuevo gobierno, encabezado por Raúl Alfonsín, había prometido durante la campaña, que su gobierno no daría las espaldas al pasado y que los culpables de los crímenes serían juzgados. La política del gobierno se apoyó entonces sobre una posición retribucionista aunque moderada, pues como apunta Malamud Goti, la estrategia oficial originaria, consistió en juzgar solo a quienes habían diseñado el plan represor y a los autores de los hechos más aberrantes.⁵¹⁴

A poco de iniciar la persecución penal de los presuntos responsables, que fue más extensiva de lo planificado por el gobierno, las fuerzas armadas hicieron conocer su malestar, mediante sendos levantamientos que pusieron en jaque a las nuevas instituciones democráticas. El gobierno finalmente cedió a las presiones

⁵¹⁴ Malamud Goti, Jaime. *Justicia y Terror en la Argentina*. Argentina, Ediciones La Flor, 2000. p. 39.

castrenses y envió al Congreso dos proyectos de ley cuya finalidad consistió en detener la persecución penal y limitar su ámbito personal. Tras el debate parlamentario, fueron sancionadas las leyes 23.492 conocida como Ley de punto final y 23.521 o Ley de obediencia debida. La primera, estableció un plazo perentorio para iniciar la persecución penal, transcurrido el cual, se extinguiría la acción penal.⁵¹⁵ De este modo, como apunta Gil Domínguez, la ley de punto final estableció un perdón que no aplicaba inmediatamente sino que quedaba diferido y sujeto a una condición negativa.⁵¹⁶ La segunda ley, estableció la eximente de obediencia debida, de modo que “salvo quienes hubieren actuado como jefes de área o de alguna fuerza de seguridad quedaban amparados de persecución penal los oficiales con rango inferior al de general”.⁵¹⁷

De esta forma, la mayoría de los responsables de los crímenes de estado quedarían automáticamente liberados de rendir cuentas ante la justicia y además, de modo expedito pues la segunda ley comentada, convirtió a la obediencia debida en presunción *iure et de iure*, en lugar de considerarla presunción que admita prueba en contrario.

La *ratio legis* de ambas leyes, consistió en el establecimiento de una amnistía concebida por el legislador como “la única vía posible para preservar la paz social y ponderada como un bien superior y más valioso que la continuación de la persecución penal”.

⁵¹⁵ El art. 1 de la Ley prescribió: “Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del art. 10 de la ley 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar delación indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley”. De acuerdo al art. 5 de la misma ley, quedaban excluidos de este “perdón”, los delitos de sustitución de estado civil, y sustracción y ocultación de menores.

⁵¹⁶ Gil Domínguez, Andrés. *Constitución y Derechos Humanos. Las normas del olvido en la República Argentina*, Buenos Aires, Ediar, 2004, p. 68.

⁵¹⁷ El art. 1 de la ley establece: “Se presume sin admitir prueba en contrario, que quienes a la fecha de la comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el art.10, punto 1 de la ley 23.049. por haber obrado en virtud de obediencia debida. En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación de autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad”. Malamud Goti. Jaime. *op. cit.*, nota 514, p. 42.

En 1987, la ley de obediencia debida fue convalidada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación por asumir que la ponderación realizada entre los bienes verdad, justicia y castigo a los culpables por un lado y la paz social por otro, era privativa del poder político. En el voto del ministro Petracchi se expresan con claridad algunas de las razones de la mayoría: “Por ello, no obstante las graves deficiencias de que adolece la norma en estudio, esta Corte no puede desconocer que, más allá de la letra de la ley, existe una clara decisión política del legislador, cuyo acierto o error no corresponde al Poder Judicial evaluar” y más adelante “Este tribunal asume su deber fundamental de no interferir en las decisiones políticas de los restantes poderes del estado”.⁵¹⁸

Hasta aquí, una muy somera reseña acerca del origen de las leyes del olvido y del primer pronunciamiento de la Corte Suprema. En dicha resolución, la Corte se auto limitó, por considerar que no era ella a quien le correspondía sopesar el mérito y la conveniencia de la amnistía. Se trataba de una facultad reservada al Congreso y por ello exenta de su ámbito de control. El hecho de haber convalidado la ley, indica que el Tribunal actuó en consonancia con los restantes poderes, respetando la iniciativa del Ejecutivo y la zona de reserva del Congreso para dictar amnistías generales.

Casi veinte años después, la Corte daría un giro de timón respecto al mismo asunto en ocasión de fallar en la causa “Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad etc. -causa N 17.768” La causa inició con motivo de la querrela presentada por la abuela de la niña Claudia Victoria Poblete, quien había sido secuestrada junto a sus padres, con la finalidad de ubicar su paradero y que le sea restituida. De acuerdo a diversas denuncias y a la información y registros suministrados por las Abuelas de Plaza de Mayo, la menor se hallaría inscrita como hija de un militar retirado de nombre Ceferino Landa y su esposa y que viviría con ellos. El fiscal amplió el requerimiento de instrucción para investigar a los culpables del secuestro de la menor y de sus padres. De tal forma, fue

⁵¹⁸ Versión tomada de Gil Domínguez, Andrés. *op. cit.*, nota 516, pp. 138 y ss.

identificado, entre otros, como presunto culpable, Julio Simón. El juez de primera instancia dictó el procesamiento de Simón y los demás implicados por haber secuestrado, retenido y ocultado a la menor. Posteriormente la alzada, al confirmar el procesamiento, indicó que la investigación debería abarcar también a los hechos ilícitos de que habían sido víctimas los padres de la niña.

El juez de primera instancia para poder procesar a Simón y demás responsables por la desaparición de los padres de la menor, debió declarar la invalidez de las leyes de obediencia debida y punto final y lo hizo, por considerarlas contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1, 2, 8 y 25), Declaración Americana de Derechos Humanos (art. XVIII, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2 y 9) entre otros instrumentos internacionales y finalmente, el art. 29 de la Constitución Argentina.

La Cámara Nacional de Apelaciones confirmó la decisión del a quo y contra tal decisión, la defensa de Simón presentó recurso extraordinario federal, contra cuya inadmisibilidad se presentó la respectiva queja quedando la decisión en manos de la Corte Suprema.

De entre todas las defensas esgrimidas por Simón, y a los fines del presente trabajo, nos interesa detenernos en una: argumentó que la constitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final no es tema justiciable pues al Poder Judicial no le es dado, de acuerdo al art. 75. Inc. 20 de la Constitución Nacional, juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones adoptadas en la zona de reserva de los demás poderes del estado y que tales leyes de amnistía, debido al alto propósito que perseguían de lograr la concordancia social y política, no son susceptibles de ser declaradas inconstitucionales.⁵¹⁹ Sobre esta alegación de la defensa de Simón, la Corte decide alejarse diametralmente de lo establecido en su previo pronunciamiento y se avoca entonces a revisarlo.

⁵¹⁹ “Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad etc. -causa N 17.768” Sentencia del 14 de junio de 2005.párrafo, 6.

Comienza por sostener que desde su anterior resolución a la fecha, el derecho argentino ha cambiado y que estos cambios se han dado principalmente debido a la evolución del derecho internacional y regional de los derechos humanos, el cual goza, a partir de la reforma constitucional de 1994, de rango constitucional. De acuerdo a la Corte Suprema, dichos cambios, en este caso han generado fuertes limitaciones sobre el ejercicio de la facultad de dictar amnistías generales del Congreso Nacional. Concretamente, la Corte Argentina para fundar estas limitaciones a la facultad de amnistiar, se apoya en las directivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en el caso “Barrios Altos”, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por considerar a las resoluciones de ambas instancias “imprescindibles pautas de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención”.

La Comisión Interamericana, en su informe 28/92,⁵²⁰ dictaminó que las leyes aquí comentadas eran incompatibles con el art. 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Derecho de Justicia) y contraria a los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Obligación de respetar los derechos, garantías judiciales y protección judicial respectivamente).

Por su parte, la Corte Interamericana, en el caso “Barrios Altos”⁵²¹ sostuvo que: “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos”. Asimismo estableció que estas leyes, contravienen lo dispuesto por los arts. 1, 8 y 25 de la Convención y que por tanto: “las mencionadas leyes (de amnistía), carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables”.⁵²²

⁵²⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 28, del 2 de octubre de 1992.

⁵²¹ CIDH. Caso Barrios Altos. Sentencia del 14º de marzo de 2001. Serie C No 75.

⁵²² La Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteró estos criterios en el caso Almonacid Arellano y otros, vs. Chile Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del

De acuerdo a la Corte Suprema, a partir del caso Barrios Altos, se han impuesto severos límites a la facultad de amnistiar hechos como los alcanzados por las leyes de obediencia debida y punto final. Atacando directamente la ratio legis de ambas leyes y los argumentos torales de su anterior decisión, sostuvo que:

Toda regulación de derecho interno que, invocando razones de pacificación nacional, disponga el otorgamiento de cualquier forma de amnistía que deje impunes violaciones graves a los derechos humanos, es contraria a claras y obligatorias disposiciones de derecho internacional y debe ser efectivamente suprimida⁵²³.

En consecuencia, la Corte decidió invalidar las leyes de obediencia debida y punto final y así impedir que ellas se erijan como obstáculo para perseguir penalmente a los autores del secuestro y desaparición de los padres de la menor. De este modo, dispuso que los autores de los hechos, no podrán invocar el amparo de las leyes comentadas ni otras garantías tales como la prohibición de retroactividad de la ley penal más benigna ni la cosa juzgada.

La resolución de la Corte tiene un matiz que debe ser remarcado. Tanto en su resolución de 1987, como en la que ahora comentamos, la Corte no contradijo lo determinado por el Congreso de la Nación. En el fallo del 87 se abstuvo de invalidar las leyes por considerarlas materia exenta de control jurisdiccional. En

26 de septiembre de 2006. Serie C No 154. Es menester aclarar que tanto en el caso Barrios Altos como en Almonacid Arellano, la CIDH impugnó la validez de dos leyes de autoamnistía, es decir, amnistías otorgadas por los gobiernos responsables al momento de la comisión de las graves violaciones a los derechos humanos. En el caso Simón, no se perseguía la impugnación de leyes de autoamnistía sino de amnistías, otorgadas por el gobierno democrático entrante. Esta diferencia fue advertida por la Corte Suprema de la Nación Argentina, sin embargo, consideró que el argumento de fondo que llevó al Tribunal Interamericano a descalificar ambas leyes, no consistió en que el régimen hubiera intentado beneficiarse a sí mismo y en forma directa con la impunidad de los delitos que él mismo cometió. El vicio fundamental radica en razones materiales y que por tanto, amnistías como las concedidas por las leyes del olvido en la argentina, también deben ser alcanzadas y ser declaradas inválidas.

⁵²³ "Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad etc. -causa N 17.768" Sentencia del 14 de junio de 2005, párrafo, 26.

esta resolución, las declaró inválidas pero previamente, el Congreso argentino había sancionado la ley 25.779 por medio de la cual, declaró nulas ambas leyes. En definitiva, ni en aquel entonces ni ahora, la Corte se opuso a lo resuelto por los cuerpos políticos y en tal sentido se podría afirmar que no invadió esferas de los otros poderes y en consecuencia, este caso no plantearía un problema para la categoría de las cuestiones políticas no justiciables.

Sin embargo, esta posible interpretación presenta a su vez matices importantes. Si bien es cierto que en ninguno de los casos se contradijo a lo establecido previamente por los cuerpos políticos, es diferente hacerlo por auto restricción que por pronunciamiento ya sea este favorable o contrario. Es decir, en el primer pronunciamiento, la Corte tenía ante sí dos opciones, la primera, abstenerse de juzgar la constitucionalidad de las leyes –camino por el que optó- o no abstenerse, en cuyo caso, se abrían a su vez dos opciones: pronunciarse a favor o en contra de la ley.

En la resolución del caso Simón, a diferencia del pronunciamiento previo, la Corte eligió una opción diferente y decidió no auto restringirse sino pronunciarse y en tal caso, lo hizo en contra de las leyes. Al hacerlo, introdujo la idea según la cual, el ejercicio de las facultades privativas de los cuerpos políticos si está sujeto a límites, en este caso, materiales.

Retomando las ideas expuestas, no es lo mismo entonces evitar pronunciarse por vía de la auto restricción, considerando que se trata de una materia en la cual el poder judicial no puede juzgar, que hacerlo y además, introducir la idea de los límites materiales y además aceptar que dichos límites vienen impuestos desde el derecho gestado en instancias interamericanas, es decir, límites establecidos por una instancia transnacional.

En tal sentido y en lo que más nos interesa para demostrar el debilitamiento de la categoría de las cuestiones políticas no justiciables, La Corte ha establecido a partir de este caso, que una facultad privativa como lo es la de declarar amnistías generales, no está exenta de límites materiales y en consecuencia, las

opciones resolutorias al respecto, deben respetarlos. Pero además, en caso de que dichos límites no sean respetados, el acto debe ser purgado del sistema.

La particularidad del caso consiste en que de ahora en más, el control jurisdiccional no solamente puede enfocarse sobre aspectos de procedimiento respecto al ejercicio de dictar amnistías generales. Ahora, existen también límites sustanciales o materiales a los cuales debe ceñirse el ejercicio de dicha facultad. De aquí en más, el control jurisdiccional podrá ejercitarse sobre ambos tipos de limitaciones.

3.4.2- La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y la revisión de las relaciones exteriores

El 19 de marzo de 2003, el Poder Ejecutivo de la República de Costa Rica, emitió un comunicado de apoyo a la alianza internacional, encabezada por Estados Unidos, Gran Bretaña y España y surgida luego de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, que estaba llevando a cabo acciones bélicas contra Irak. Este comunicado, motivó que Costa Rica fuera incluida en la lista de países que conforman la coalición que realiza operaciones armadas en Irak.⁵²⁴

⁵²⁴ El texto del comunicado dice así:

Considerando

Que Costa Rica tiene una tradición de paz reconocida en el mundo; que ha abogado por la solución negociada de los conflictos y el irrestricto respeto a los derechos humanos.

Que nuestra vocación de paz y neutralidad no debe interpretarse como una conducta de indiferencia ante el terrorismo, la producción y utilización de armas químicas y bacteriológicas y la sistemática violación de los derechos humanos;

Que desde el once de septiembre de 2001, a raíz de los atentados terroristas contra los Estados Unidos de América, el Poder Ejecutivo y la Asamblea Legislativa, con el más amplio respaldo de la ciudadanía, se pronunciaron a favor de la alianza antiterrorista encabezadas por las más sólidas democracias del mundo;

Que ante el conflicto provocado por el régimen de Saddam Hussein, el Gobierno de Costa Rica ha demandado el cumplimiento oportuno, efectivo y real de las resoluciones de las Naciones Unidas, dictadas desde hace más de 12 años y reiteradas a lo largo del tiempo –y aun recientemente- por el Consejo de Seguridad, en el sentido de que ese régimen se deshaga de las armas prohibidas como requisito para evitar desarmarlo por la fuerza con la clara advertencia de que, de no hacerlo, enfrentaría graves consecuencias;

Contra este acto, el Defensor del Pueblo, el Colegio de Abogados de Costa Rica y algunos ciudadanos, presentaron sendas acciones de inconstitucionalidad que fueron acumuladas para su tratamiento por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Los accionantes adujeron diversas violaciones a la Constitución de Costa Rica, así como también al derecho internacional. Entre ellas cabe mencionar las siguientes: i) El acto violó el derecho del pueblo costarricense a la autodeterminación y el principio democrático pues desde 1949, el pueblo de Costa Rica ha elegido autodeterminarse como un pueblo pacifista; ii) Los arts. 140 inc 6 y 149 de la Constitución, al poner en peligro la tranquilidad de la Nación, ello, por cuanto este acto se puede equiparar con una declaración de guerra en contra de Irak que además escapa a las atribuciones del Poder Ejecutivo, con lo cual además se violaría el art. 121 inc 6 y 147 inc. 1 de la Constitución; iii) el art. 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prohíbe la propaganda a favor de la guerra, iv) Resultó también violado el art. 7 de la Constitución pues

Que no obstante tales instancias, una vez más el día de ayer, al igual que desde hace doce años, Saddam Hussein ha expresado su intención de no cooperar para lograr una solución pacífica ni cumplir las demandas que la comunidad internacional le ha formulado por medio de Naciones Unidas.

Por tanto

El Gobierno de Costa Rica:

Reitera su llamado a la paz, en particular a Saddam Hussein, para que cumpla las resoluciones dictadas por Naciones Unidas para que se desarme o en su defecto, atienda la demanda formulada por países miembros de la Liga Árabe y del Gobierno de Estados Unidos en el sentido de que se retire del gobierno de su país y abandone su territorio. En caso contrario será el dictador Hussein el único responsable del conflicto militar en Irak.

Reitera de manera inequívoca su respaldo a la alianza internacional contra el terrorismo, definido desde los hechos del 11 de septiembre de 2001, por el Poder Ejecutivo, las representaciones parlamentarias de los partidos políticos y por la ciudadanía.

Manifiesta que nuestra vocación de paz, no debe ser interpretada como indiferencia o tolerancia ante el terrorismo. Además, en el conflicto entre la paz y el terrorismo no somos neutrales. Costa Rica es y será una aliada leal, firme y decidida a favor de quienes buscan la paz, la libertad, la democracia y el respeto al derecho internacional.

Ante la inminencia de un conflicto armado entre Irak y la alianza internacional encabezada por Estados Unidos, Gran Bretaña y España, abogamos por el respeto al derecho internacional humanitario –aun en tiempos de guerra– y la contribución determinante de Naciones Unidas para lograr restablecer los equilibrios y la paz en Irak.

Instruye al personal de nuestras misiones diplomáticas en particular a nuestra misión ante la Organización de Naciones Unidas, para que den a conocer este pronunciamiento a la comunidad internacional y contribuyan, en lo que sea menester, para velar por el respeto del derecho humanitario internacional y procurar la restitución de la paz en esta región del planeta.

este acto va en contra de la proclama de neutralidad suscrita por el Estado en 1993. Por último, se alegó que este acto es incongruente en relación a los lineamientos de la política exterior de Costa Rica. En función de su historia, Costa Rica es un país pacifista y que el valor paz debe ser un parámetro de constitucionalidad por ser una condición esencial para el disfrute de los derechos fundamentales y por tanto integra el derecho de la constitución.

La Sala decidió aglutinar los diversos conceptos de violación esgrimidos en dos puntos torales. En primer lugar, analiza si el acto impugnado es o no una declaración de guerra⁵²⁵. En segundo lugar, se interroga si la paz es efectivamente un valor constitucional y en tal caso, si el mismo ha sido violado por el Poder Ejecutivo⁵²⁶.

En relación al primer asunto, la Sala entiende que el acto no ha consistido en una declaración de guerra, ni siquiera de forma implícita, como pretendían los accionantes. Concentró entonces su estudio en establecer si el acto se ajusta “con el derecho de la Constitución en su aspecto material” a la luz de la posible vulneración de la paz como valor constitucional⁵²⁷.

La Sala identifica en los argumentos de las diversas acciones acumuladas la presencia de la paz como un valor constitucional que informa el ordenamiento constitucional, pero no solo a nivel textual, sino además, como parte de la “constitución viva” entendiendo por tal, la forma en la que “el bloque normativo constitucional es entendido y actuado en la realidad por la sociedad”.

La Sala concuerda con esta alegación y lo hace en función de ciertos hechos y decisiones institucionales que han marcado el devenir histórico de Costa Rica. Al respecto, apunta que el pueblo costarricense, ha decidido desde 1949, adoptar la paz como valor rector de la sociedad, que dicho compromiso ha sido apuntalado por diversas decisiones de este tribunal y que mediante la ratificación

⁵²⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2004-09992, Sentencia del 8 de septiembre de 2004. numeral III.

⁵²⁶ *Ibidem*, numeral IV

⁵²⁷ *Ibidem*, numeral IV párrafo 2.

de diversos instrumentos internacionales, Costa Rica ha reafirmado la presencia del valor paz como principio fundante de su ordenamiento.

A la luz de estas premisas, la Sala no duda que la paz ha sido erigida como “parámetro constitucional vigente y válido para confrontar y juzgar lo actuado por las autoridades”⁵²⁸. Hasta aquí, al Tribunal solo le resta dilucidar si el acto del Poder Ejecutivo ha violado el valor paz y en consecuencia, la constitución viviente de Costa Rica.

Del análisis de las alegaciones de los actores y de las defensas del gobierno, surge que los primeros señalan que el acto del Ejecutivo viola la constitución viviente por vulnerar el valor paz. Sin embargo, el gobierno alega que el acto impugnado es más bien una concreción de dicho valor por constituir un llamado a la paz y al respeto al derecho humanitario. En síntesis, todos concuerdan en que: “existe un valor constitucional consistente en la promoción de la paz y que las acciones del ejecutivo deben en todo caso apegarse a dicho valor y respetarlo en sus actuaciones; la discrepancia radica entonces en si las actuaciones discutidas en particular son o no consonantes con ese valor de rango constitucional”⁵²⁹

Para ello, la Sala propone distinguir entre los fines de la alianza y los medios empleados por ella para consecución de aquellos. Al respecto, indica que debemos aceptar que la existencia de fines constitucionalmente justos no valida ni justifica cualquier medio para conseguirlos. Por ello, aunque el fin sea legítimo, siempre deben analizarse los medios empleados y su concordancia con los valores constitucionales. Estos deben irradiar sobre fines y medios por igual. En el caso, el Poder Ejecutivo ha apoyado de manera explícita e incondicionada a la alianza y no se aprecia que el Gobierno hubiera diferenciado entre los medios y los fines, brindando su apoyo a estos últimos y guardando reserva en cuanto a los primeros. Por ello, se debe asumir que el apoyo fue tanto a medios como a fines. Esto resulta de fundamental importancia pues uno de los medios empleados por la

⁵²⁸ *Ibidem*, numeral VI.

⁵²⁹ *Ibidem*, numeral VII.

alianza han sido las acciones bélicas. De esta forma, mediante el acto impugnado, el gobierno de Costa Rica ha dado su apoyo a la alianza, no solo en cuanto a fines sino también en cuanto a los medios, debido a que en el acto no se efectuó distingo alguno⁵³⁰.

Así, y dado que la no diferenciación entre medios y fines se debe traducir como un apoyo a los medios empleados por la Alianza y dado que uno de los medios empleados es el de las acciones bélicas, a la luz del ordenamiento costarricense y en virtud de la tradición pacifista de la Nación, la Sala declaró inconstitucional al acto del Poder Ejecutivo y ordenó al gobierno que en el futuro, respete los mecanismos internacionales para apoyar acciones armadas.⁵³¹

4- Razones de la expansión funcional de la jurisdicción constitucional en materia de derechos sociales

4.1- Introducción

En este apartado, presentaremos algunas ideas en relación a las razones de la expansión funcional de la jurisdicción constitucional pero específicamente en materia de derechos sociales. Para ello, expondremos algunas ideas en relación a la erosión que la globalización ha generado en el proceso de toma de decisiones políticas y jurídicas. A continuación, analizaremos la forma en que dicha labor de erosión afecta la eficacia constitucional de las normas sobre derechos sociales. Las ideas que aquí expondremos pretenden sugerir que la labor de la jurisdicción constitucional en materia de derechos sociales, que en los últimos tiempos se ha visto incrementada, se debe en parte a la inactividad de los restantes poderes en tales materias, debido a razones vinculadas a la pérdida de espacios políticos motivada por los procesos relacionados a la globalización. Para encarar esta

⁵³⁰ *Ibidem*, numeral XI.

⁵³¹ *Ibidem*, numeral X.

explicación, nos valdremos de dos narrativas coexistentes en la actualidad acerca del presente de las constituciones.

4.2- Dos narrativas acerca de la constitución

En torno a la Constitución, se aprecia en la actualidad una narrativa predominante que podríamos denominar *narrativa optimista*. De acuerdo a ésta, la Constitución vive su mejor momento.

Luego de los orígenes revolucionarios, sobrevinieron tiempos difíciles para la Constitución tanto en el ámbito europeo como latinoamericano. El siglo XIX es en cierta forma, oscuro para las Cartas Magnas, especialmente en lo relacionado a la vigencia de las mismas, salvo algunas contadas y en ocasiones breves experiencias a uno y otro lado del Atlántico, de mayor o menor influencia temporal y geográfica.

Sin embargo, el siglo XX, en diversos momentos, abrió sus puertas para la revalorización constitucional. Las constituciones de la posguerra europea, las cartas surgidas de la ola democratizadora europea de los años setenta, las nuevas democracias constitucionales surgidas a partir de la caída del muro de Berlín y, en cuanto a Latinoamérica, la oleada democratizadora de los años ochentas y noventas dan cuenta de ello.

El proceso descrito, estuvo acompañado, como hemos reseñado, del desarrollo de la jurisdicción constitucional y otros mecanismos de control, que han permitido creer que vivimos tiempos distintos, tiempos en los que impera la soberanía de la Constitución o mejor dicho, en los que vivimos con una Constitución sin soberano⁵³².

La narrativa constitucional optimista, de fuerte signo neo constitucionalista, se apoya en la revalorización de tres conceptos: el de supremacía constitucional, de acuerdo al cual, y en palabras de García de Enterría, “la Constitución está

⁵³² Gustavo Zagrebelsky. *op. cit.*, nota 369, p 13.

dotada de un valor normativo superior, inmune a las leyes ordinarias y determinante de la validez de éstas”⁵³³. Es decir, que ocupa el peldaño superior en el sistema de fuentes del sistema jurídico; el concepto de fuerza normativa de la Constitución en virtud del cual, toda norma constitucional tiene un valor normativo inmediato y directo, cuya vigencia no requiere necesariamente de mediación legislativa⁵³⁴ y el concepto de control, entendido como un elemento esencial del concepto mismo de Constitución⁵³⁵.

En ese sentido, la jurisdicción constitucional, cuyo desarrollo es paralelo al proceso de fortalecimiento constitucional y asentamiento de los conceptos enunciados, a través de sus diversas configuraciones o modelos, ha colaborado, sin lugar a dudas, para generar esta narrativa optimista de acuerdo a la cual vivimos una verdadera constitucionalización del ordenamiento jurídico.

La visión optimista tiene parte de razón. En el ámbito latinoamericano, los tribunales constitucionales, cortes supremas y salas constitucionales han llevado a cabo en muchos casos, más no en todos, una loable tarea en torno al ejercicio de la jurisdicción constitucional de la libertad y de la jurisdicción constitucional orgánica, apuntalando la vigencia de las constituciones en sus partes dogmática y orgánica⁵³⁶.

Junto a la narración optimista presentamos otra, que podríamos denominar *narrativa pesimista* y que, de acuerdo a ella, la vigencia constitucional se ve afectada entre otras causas, porque las decisiones políticas y constitucionales que se deben tomar en seguimiento de los postulados constitucionales, no son

⁵³³ Eduardo García de Enterría, *op. cit.*, nota 431, p. 50.

⁵³⁴ *Ibidem.* 63.

⁵³⁵ En este sentido, afirma Manuel Aragón: “El control, es el elemento que, al poner en conexión precisamente, el doble carácter instrumental y legitimador de la Constitución, impide que ambos caracteres puedan dissociarse. El control pasa a ser así, un elemento inseparable de la Constitución, del concepto mismo de Constitución. Cuando no hay control, no ocurre solo que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible su realización, ocurre simplemente que no hay Constitución”. Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 437, pp. 50 y ss.

⁵³⁶ Para el estudio de los conceptos de jurisdicción constitucional de la libertad y jurisdicción constitucional orgánica, ver Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 3ª ed, Porrúa, México, 2003, pp. 207 y ss.

adoptadas de manera autónoma por parte de los Estados y actores que lo conforman y, se vinculan a postulados diferentes a aquellos contenidos en la Constitución. Particularmente nos interesa concentrar nuestra atención en los contenidos de carácter social de las constituciones, específicamente, en los derechos sociales y en las directrices y principios económicos constitucionales.

En un sugerente trabajo, Dieter Grimm se interroga acerca del futuro de las constituciones y se pregunta acerca de si en torno a ellas no están aumentando los indicios en relación a su creciente debilidad interna⁵³⁷. Estos interrogantes se manifiestan en relación a las secciones constitucionales referentes al Estado Social de Derecho y sus preguntas van en el sentido de señalar que, quizá, el derecho constitucional, también las constituciones, no representan un instrumento adecuado para la implantación del Estado de bienestar y, en consecuencia, ante un déficit que se da por sentado, adelanta que las constituciones no pueden recuperar su fuerza normativa en la medida en que cuenten en su texto con el lastre de los derechos sociales.⁵³⁸

El discurso pesimista se apoya fundamentalmente en las influencias que la globalización ha generado en relación a la vigencia de las normas constitucionales y, principalmente, a la expropiación de la que ha sido víctima y artífice el Estado en cuanto al poder de decisión, especialmente sobre aquellos temas constitucionales en materia económica. En la sección siguiente desarrollaremos esta idea.

4.3- La Constitución ante la globalización

La globalización es un fenómeno complejo y polifacético por cuanto contempla dimensiones económicas, sociales, políticas, culturales, religiosas y

⁵³⁷ Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, trad. de Raúl Sanz Burgos y José Luís Muñoz de Baena Simón. Madrid, Trotta, 2006, pp. 175 y ss.

⁵³⁸ *Ibidem.* p. 176.

jurídicas⁵³⁹. Es, además, un fenómeno contradictorio porque ha generado, por un lado, el surgimiento de una fuerza homogeneizadora en el nivel externo, pero al mismo tiempo ha despertado el reconocimiento de la diversidad en el nivel interno. Esto ha provocado, un sentimiento de irresistibilidad de cara a las imposiciones externas, lo que genera, a su vez, un sentimiento de opresión. Pero, por otro lado, la toma de conciencia de la diversidad y su reivindicación han generado, en el medio local, un sentir emancipatorio⁵⁴⁰

En el campo específicamente jurídico, la globalización replica sus contradicciones bajo la forma de lo que se ha denominado, globalismos localizados y localismos globalizados. Es decir, el impacto específico de las prácticas e imperativos transnacionales en las condiciones locales en el primer caso (libre comercio, internacionalización de los derechos humanos etc.) y el proceso por el cual un fenómeno local dado es globalizado con éxito para el segundo (adopción internacional de las leyes de propiedad intelectual de los EE.UU. sobre leyes de software).⁵⁴¹

El fenómeno que nos interesa remarcar por considerarlo de importancia para la vigencia de la constitución y para la explicación de la narrativa pesimista, es el que tiene que ver con la reducción de los espacios políticos. En otras palabras, con la pérdida del lugar central del Estado- Nación como agente autónomo en la toma de decisiones. En el marco de la economía-mundo, afirma Octavio Ianni, las relaciones continúan articulándose con base en el Estado- Nación, sin embargo su rol se ha modificado:

La superestructura de la economía mundo capitalista es un sistema de estados interdependientes, sistema en el cual las estructuras políticas denominadas estados soberanos son legitimadas y delimitadas. Lejos de

⁵³⁹ De Sousa Santos, Boaventura, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, trad. de César Rodríguez, Colombia, Facultad de derecho, ciencias políticas y sociales. Universidad nacional de Colombia. Instituto latinoamericano de servicios legales alternativos. ILSA, 1998, p. 39.

⁵⁴⁰ *Ibidem.* pp. 55 y ss.

⁵⁴¹ *Ibidem.* p. 57.

significar una autonomía decisoria implica en la realidad una autonomía formal⁵⁴².

De acuerdo al citado autor, el principio de soberanía de los Estados no desaparece sino que es socavado en su base por cuanto las corporaciones transnacionales y los organismos multilaterales anulan las posibilidades de desarrollo de proyectos económicos locales⁵⁴³ realizados con base en el plan trazado por la constitución económica.

En igual sentido, José Antonio Ocampo señala que:

El proceso de globalización, al tiempo que ha promovido la democracia ha erosionado la capacidad de acción de los gobiernos en particular, la efectividad de sus instrumentos de regulación económica. Ha retenido en manos del gobierno la tarea de mantener la cohesión social pero con menos márgenes de acción para hacerlo⁵⁴⁴.

El concepto de condicionalidad internacional en relación a la forma en la cual los organismos internacionales de crédito han cercenado la autonomía de los Estados periféricos aportado por Ocampo es medular para comprender la forma en la cual los estados nación se ven limitados en su accionar. Regularmente, estos organismos deciden atar el apoyo financiero al logro de ciertos objetivos que la comunidad internacional financiera encuentra valiosos, pero que no cuentan con el sentido de pertenencia por parte de la comunidad sobre la cual se quiere aplicar cierta política para perseguir esos fines. La condicionalidad opera a través de cuatro canales:

⁵⁴² Ianni, Octavio, *Teorías de la globalización*, trad. de Isabel Vericat Núñez, 6ª ed, México, Siglo XXI editores, 2004, p. 21.

⁵⁴³ *Ibidem*. pp. 21 y 22.

⁵⁴⁴ Ocampo, José Antonio, "Economía y democracia", en AA.VV, *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. Contribuciones para el debate*. Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo PNUD, Buenos Aires, 2004, p. 374.

a) las condiciones en las cuales está disponible el crédito restringen severamente las opciones de los países; b) en situaciones de crisis, un posible apoyo del Banco Mundial o del Fondo Monetario Internacional afecta las discusiones al interior de los gobiernos y aumenta el poder de negociación de los grupos que se inclinan hacia los puntos de vista de dichos organismos; c) el soporte técnico que las instituciones proveen a los países, también sesga las discusiones internas y d) la participación del equipo técnico de estas instituciones en dichas discusiones tiene un efecto similar⁵⁴⁵.

En cierta forma, y aunque no afirmaremos que esto es así en todos los casos, las presiones de la economía-mundo han erosionado el poder decisorio de los Estados por cuanto como afirma Pedro de Vega García, “al mismo tiempo que la globalización nos ha ofrecido el ensanchamiento y universalización de los espacios económicos y sociales, se reducen y aniquilan escandalosamente los espacios políticos”⁵⁴⁶. El mismo autor, sintetiza con notable claridad el postulado de la narrativa pesimista:

Resulta chocante y aterrador que cuando las constituciones dejan de ser un mero conjunto de principios orientadores de la vida pública, como sucedía en el siglo XIX y se convierten en un verdadero sistema de preceptos con fuerza jurídica vinculante y cuando son las propias constituciones las que establecen los más escrupulosos mecanismos de control del poder, sea justamente cuando nos convirtamos todos en testigos de excepción del singular espectáculo de la impotencia generalizada del estado⁵⁴⁷.

Ante los nuevos canales transnacionales, el Estado, decíamos, ha perdido su rol protagónico aunque continúa desempeñando un papel legitimador. Actualmente, escapan al Estado, una serie de comportamientos de sujetos

⁵⁴⁵ *Ibidem.* pp. 404-405.

⁵⁴⁶ De Vega García, Pedro, *op. cit.*, nota 102, p. 167.

⁵⁴⁷ *Ibidem.* p. 185.

privados que, por su volatilidad, resultan imprevisibles; por otro lado, esos sujetos evaden su órbita reguladora debido a su carácter transnacional o supraestatal⁵⁴⁸.

La forma en la cual el Estado se comunica con los agentes de la globalización se ha transformado, por cuanto estos, ya no se entienden en una relación de subordinación respecto a aquel y, en consecuencia, la coacción deja de ser la forma típica de relación. Esta ha sido reemplazada por recursos de carácter no imperativo que actúan de modo indirecto. El Estado, para influir en la conducta privada, debe recurrir ahora a políticas de condicionamiento e incentivo. Esto abre la puerta a las denominadas políticas de regateo explica Dieter Grimm, a partir de las cuales los actores privados pueden permitir que el estado remunere su disposición a obedecer⁵⁴⁹.

Proponemos en este punto un ejercicio de síntesis acerca de los postulados de la narrativa pesimista en torno a la Constitución y su vigencia. Hemos dicho que el estado ha perdido su lugar central en virtud de la pérdida del poder soberano de cara a otros agentes; que su autonomía se ha reducido a una mera formalidad; que el ensanchamiento de los espacios del mercado han implicado la disminución de los espacios de decisión política; que el condicionamiento internacional impide a los Estados la elaboración de proyectos económicos autónomos y que la coacción ya no es el medio relacional del estado por excelencia. Si esto es cierto, por lo menos en parte, estamos obligados a comenzar a comprender a quienes sostienen la narrativa pesimista de la Constitución. Porque si el poder del Estado se ha diluido a tal grado, parece por lo menos difícil que pueda cumplir con los postulados constitucionales, en especial, lo referido a desarrollo económico, bienestar material y derechos sociales. La normativa constitucional, especialmente en lo que toca a los derechos sociales, se torna, en palabras de Bernal Pulido, en una suerte de normatividad débil⁵⁵⁰ o de vigencia restrictiva.

⁵⁴⁸ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 95, p. 234.

⁵⁴⁹ Grimm, Dieter, *op. cit.*, nota 537. pp. 194-195.

⁵⁵⁰ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 95, *Idem*.

4.4- Una aparente paradoja constitucional.

Afirma Bernal Pulido, e intuitivamente podemos coincidir, que la sola consagración constitucional de los derechos sociales y de los principios de justicia social no implica su efectividad, pues la concreción real del bienestar general y el disfrute individual de los medios materiales necesarios para una vida digna, están supeditados a una serie de decisiones de política económica.

Las Constituciones latinoamericanas, en diversos momentos, han plasmado en sus textos el constitucionalismo social a través de la configuración normativa de los derechos sociales y de diversos principios de justicia social. Sin embargo, la realidad latinoamericana es un test de verdad para la afirmación de Bernal Pulido. Si echamos un vistazo a los datos que miden la situación de los derechos económicos, sociales y culturales en México comprobaremos que éstos derechos gozan de una normatividad débil y que su sola plasmación normativa no implica su efectividad. De acuerdo al diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México, que realizó en el año 2002 la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, 24.2% de la población se encuentra en situación de pobreza alimentaria es decir, que sus ingresos no le permiten cubrir sus necesidades de alimentación; 31.9 % de la población no cuenta con recursos suficientes para cubrir sus necesidades de alimentación, educación y salud (pobreza de capacidades) y 54% de la población no cuenta con recursos para cubrir los fines de la política social⁵⁵¹ (pobreza de patrimonio). En materia de salud, de acuerdo al mismo informe, el gasto público de salud como porcentaje del gasto total se encuentra 1 punto porcentual por debajo de los niveles registrados en 1994⁵⁵². El déficit de viviendas en México es de 4.290.665⁵⁵³

Indicadores como los enunciados pueden encontrarse, guardando las proporciones, a lo largo de toda América Latina. Para colmo de males y en

⁵⁵¹ AA.VV. *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*. Oficina del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos en México. México. 2003. 69.

⁵⁵² *Ibidem*. p. 94.

⁵⁵³ *Ibidem*. p.102.

atención a las nuevas coordenadas de actuación del Estado, la solución a esta situación no está enteramente en sus manos. Esto nos coloca de frente a una gran paradoja: aparentemente, el cumplimiento de los postulados y normas constitucionales que democráticamente nos hemos dado, o que pacíficamente hemos consentido y que decidimos cumplir, no depende, por lo menos en cierta medida, de nuestra propia acción. En otras palabras, la vigencia de la Constitución depende de condiciones que ella misma no puede asegurar⁵⁵⁴.

4.5- Jurisdicción constitucional y derechos sociales.

Afirmamos al principio de esta sección que la jurisdicción constitucional estaba desempeñando en América Latina un apreciable trabajo en torno a dotar de vigencia de los derechos sociales o, lo que es lo mismo, en pos de la vigencia de la Constitución. Como estudiaremos en el capítulo siguiente, diversas jurisdicciones constitucionales, especialmente en el ámbito de América Latina, han desarrollado distintas estrategias para dotar de exigibilidad a los derechos sociales.

Para dar cuenta del crecimiento en la tramitación de las causas sobre derechos sociales en algunos países de la región, podemos mencionar a Colombia, cuya Corte Constitucional atiende unas 1200 causas anualmente y de ellas, 60% tratan sobre derechos sociales⁵⁵⁵.

En Argentina, luego de la aguda crisis que afectara a dicha nación en el año 2001, los reclamos sobre salud, vivienda y alimentación han comenzado a proliferar convirtiendo al poder judicial en un nuevo y creciente centro de reclamos acerca de derechos sociales incumplidos por parte de la administración. (Se trata de una realidad que confirma la tendencia iniciada en los años 90 a partir de casos ya famosos como Asociación Benghalensis, Viceconte y Campodónico de Beviaqua).

⁵⁵⁴ Arango, Rodolfo, *op. cit.*, nota 88. p. 62.

⁵⁵⁵ *Ibidem*. p. 114.

Ante este proceso de judicialización de los derechos sociales, se pueden realizar algunas reflexiones aun preliminares. En primer lugar, podemos afirmar que el poder judicial, allí donde existe el control difuso o en donde exista una jurisdicción constitucional concentrada o en sistemas mixtos, ha asumido un nuevo rol respecto a la vigencia de los derechos sociales. En segundo lugar, podemos especular que quizás esto se ha debido a la inacción de la administración y la legislación para dotar de efectiva vigencia a los derechos sociales y a los principios rectores de la política social, quienes por encontrarse de manos atadas ante el designio globalizador, no pueden establecer políticas acordes con los postulados del estado social.

La especulación anterior es coincidente con la afirmación hecha en este trabajo líneas arriba en el sentido de afirmar que los espacios de la política se han reducido, ante lo cual, interviene aquel poder que justamente no dialoga ni negocia por cuanto no es propio de su racionalidad resolutive, sino que adjudica.

En consecuencia, como los espacios políticos se han visto reducidos, entra en acción aquel poder que si bien no es ajeno a la política, si puede y más bien debe prescindir de las formas resolutivas de la política.

Este nuevo papel de la jurisdicción constitucional, generado por el estrechamiento del campo de acción de la política que se traduce en una ineficiente labor en pos de respetar el texto constitucional en materia de derechos sociales, es apreciado por algunos como un paliativo, y por otros, como un error. Las razones para criticar el activismo judicial en materia de derechos sociales son variadas.

Para quienes no entienden a los derechos sociales como verdaderos derechos, la labor de la jurisdicción constitucional en esta materia adolece de generalidad y arroja resultados casuísticos⁵⁵⁶. Afirmamos en el capítulo segundo de este trabajo que de acuerdo a la posición tradicional el juez adjudica y en consecuencia, no trabaja de acuerdo a un pensamiento comprensivo, tomando en

⁵⁵⁶ Grimm, Dieter, *op. cit.*, nota 537, p. 208.

consideración las implicancias generales de sus decisiones. Bajo esta idea, la actividad judicial, puede hacer peligrar la capacidad de planeación del Estado y, en consecuencia, generar mayores perjuicios⁵⁵⁷. Se dice también, en relación al punto anterior que el poder judicial carece de la capacidad técnica suficiente para entender en estos complejos asuntos. Se afirma también que el activismo en materia de derechos sociales y en consecuencia, a la postre, en materias de presupuesto, políticas públicas y planeación económica, son temas de la agenda democrática y en consecuencia, estas intromisiones, erosionan el grado de democracia de la sociedad. Estas son solo algunas de las críticas que se dirigen contra este activismo judicial de ribetes peligrosos. Los capítulos siguientes estarán dedicado a demostrar que estas críticas maximalistas carecen de fundamento.

4.6- Nuevamente sobre la narrativa optimista

Si bien no podemos dejar de admitir que algunas de las críticas dirigidas contra la jurisdicción constitucional con ocasión de su activismo en materia de derechos sociales, son dignas de atención no podemos dejar de pensar en la narrativa optimista que describiéramos al principio de esta sección. Nos cuestionamos de la siguiente manera: Si después de todo, la jurisdicción constitucional es un mecanismo de control establecido en las constituciones que tiene como finalidad mantener incólume el sistema de derechos establecido en las mismas constituciones que pudiera verse afectado ante la acción u omisión de los demás poderes, ¿No resulta un deber ineluctable para la jurisdicción constitucional atender los reclamos en materia de derechos sociales? ¿Al actuar en terrenos en los cuales los otros poderes no actúan por imposibilidad o connivencia, la jurisdicción constitucional no está cumpliendo con su labor fundamental consistente en dotar de vigencia al texto constitucional y en convertir la normatividad débil en fuerte y así coadyuva al sostenimiento y desarrollo del Estado Constitucional?

⁵⁵⁷ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 95, p. 241.

Si la respuesta a estas preguntas resultara afirmativa, entonces podemos calmar a quien suscriba la narrativa pesimista y explicarle que la propia Constitución, a través de la jurisdicción constitucional, está, por lo menos en algunos países, utilizando sus propios medios para luchar por su vigencia y su supremacía y que en consecuencia la paradoja como tal no existe.

Si la respuesta resultare negativa, propondríamos a los objetores que antes de cercenar este proceso de auto regeneración de la supremacía que la propia Constitución establece, vuelquen la mirada sobre el actuar de los restantes poderes y analicen si en cada caso, realmente hacen todo lo necesario por la vigencia de la Constitución.

Por nuestra parte, decidimos inclinarnos por la narrativa optimista y entender que al presenciar el activismo judicial en materia de derechos sociales, estamos en realidad observando como la Constitución lucha por prevalecer.

5- Recapitulación

Luego de transitar un largo camino, la justicia constitucional al parecer, ha superado lo que Sagüés denominó el “test de aceptación”. Dicha aceptación se ha generado, más que por méritos propios, imposibles de gestar a priori, por el impulso que los actores políticos han dado a las diversas reformas que en Latinoamérica, han permitido lo que aquí hemos denominado el desarrollo institucional de la justicia constitucional.

A partir de su afincamiento, la justicia constitucional ha ido expandiendo sus ámbitos de decisión. Para testear esta afirmación, hemos elegido como campo de prueba a las cuestiones políticas no justiciables, por conformar quizá la frontera más lejana e impenetrable a la labor jurisdiccional. Sin embargo, en los casos comentados, hemos podido constatar la permeabilidad de dicha frontera y su debilitamiento resulta inversamente proporcional a la expansión de la jurisdicción constitucional. Ahora bien, respecto a las razones de dicho debilitamiento, o de

dicha expansión, según se quiera ver, solo hemos pretendido esbozar algunas ideas, todas ellas tentativas y no determinantes. Probablemente Hirschl tiene algo de razón y este proceso goza del impulso de las elites políticas y en definitiva, la justicia constitucional tendría para la clase política un sentido instrumental. Pero se puede afirmar también que ciertos cambios en nuestras concepciones acerca del Derecho y su práctica han influido en este proceso expansivo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico, el desarrollo del derecho internacional y regional de los Derechos Humanos y otros cambios de corte epistémico, tales como la búsqueda por la validez sustancial del derecho, a los que hemos referido en el capítulo 5, han provocado la necesidad de adecuar las decisiones y actos con criterios materiales y ya no solo estrictamente formales. La necesidad de adecuación referida es lo que en los casos comentados, llevó a ambas Cortes, más allá del ámbito acostumbrado.

Si los jueces constitucionales profundizan su actividad en aras de lograr la adecuación de leyes y actos con los criterios materiales dadores de validez sustancial, y en consecuencia, la expansión de su actividad, promueve la expansión de los Derechos Humanos, la jurisdicción constitucional estará cumpliendo el rol que institucionalmente le corresponde. Sin embargo, debemos hacer notar que cabe el riesgo de que la justicia constitucional, lejos de asumir este rol, se instrumentalice al servicio de fines diversos y ajenos. Si esto ocurriese, no solo se debilitaría el Estado Constitucional de Derecho, sino la misma justicia constitucional, perdiendo así la posibilidad de legitimarse por la vía de ejercicio.

La justicia constitucional está ingresando en un terreno complejo y asumiendo un nuevo rol institucional y de relación con los restantes poderes. En este nuevo escenario, resulta de vital importancia que no pierda de miras su misión esencial, consistente en coadyuvar a la efectiva tutela de los derechos fundamentales.

CAPÍTULO OCTAVO

LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN LA EXPERIENCIA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMPARADA

1- Planteamiento

Del análisis de la estructura de los derechos sociales y de su gradualidad en materia de contenido, podemos concluir que estos derechos ofrecen diversas posibilidades de exigibilidad aunque también presentan severos inconvenientes. En ocasiones, la imposibilidad de efectividad obedece a la forma de los enunciados en los cuales están expresados los derechos sociales fundamentales. En otros casos, los problemas de justiciabilidad se relacionan con situaciones de hecho como por ejemplo la escasez de recursos presupuestales. También se han señalado problemas del tipo de la posible invasión de poderes que se pudiera generar si el poder judicial o la magistratura constitucional intervinieran en asuntos presupuestales, muchas veces necesario para brindar protección a derechos sociales de tipo prestacionales.

Sin descuidar estos problemas a algunos de los cuales haremos referencia en este trabajo, las jurisdicciones constitucionales de diversos sistemas jurídicos han dado un impulso importante a los derechos sociales generando fecundos criterios y parámetros interpretativos a cuyo tratamiento nos avocaremos a continuación. Para su desarrollo, tomaremos como referencia el modelo de articulación jurisdiccional elaborado por Courtis y Abramovich en su seminal trabajo⁵⁵⁸.

⁵⁵⁸ No referimos a la obra de Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

2- La protección de los derechos sociales por vía del reforzamiento de la obligación de progresividad y de la prohibición de regresividad.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su Art. 2.1 que:

Cada uno de los estados parte del presente pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, 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

Misma obligación es establecida para el ámbito interamericano por el Art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Art. 1 del Protocolo de San Salvador. De la interpretación de las normas reseñadas puede concluirse que la obligación de progresividad para los estados significa que estos “asumen la obligación de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales”⁵⁵⁹.

Pero el deber de progresividad implica además de lo mencionado, la prohibición de regresividad consistente en el deber para el Estado de no adoptar medidas que impliquen empeorar la situación de los derechos económicos sociales y culturales de los que disfrutaba la población antes de las medidas regresivas⁵⁶⁰. A su vez, es posible diferenciar dos significados de regresividad. La regresividad de resultados, consistente en la regresión en relación a los resultados de una política pública determinada y la regresividad normativa que implica la pérdida de extensión en la protección otorgada por ciertos derechos. Para constatar la primera, es preciso recurrir a indicadores empíricos y para el análisis, a un punto de partida temporal de aplicación de una determinada política pública.

⁵⁵⁹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 89, p. 93.

⁵⁶⁰ *Ibidem.* p. 94

Para la verificación de la segunda clase de regresividad, debemos recurrir al contraste de la nueva norma con la norma anterior⁵⁶¹

Como es de suponer, la asunción por parte de los Estados al firmar y ratificar los documentos internacionales mencionados dota a la justicia de un interesante margen de control de constitucionalidad de las leyes. En este sentido, y en abierta contraposición con el discurso tradicional en la materia, el legislador del Estado constitucional de derecho no tiene pleno arbitrio para establecer el contenido de los productos legislativos. Esto es especialmente importante en materia de derechos sociales pues la obligación referida ofrece un baremo objetivo de control a los tribunales.

Diversas instancias jurisdiccionales han tenido la oportunidad de poner en práctica esta obligación. A modo de ejemplo, comentaremos dos casos, el primero, proveniente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el segundo de la Corte Constitucional de Colombia.

2.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cinco Pensionistas

En el caso conocido como *Cinco Pensionistas* tramitado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁶² que tiene a Perú como Estado demandado, el citado tribunal tuvo ocasión de explayarse acerca del contenido de esta obligación de progresividad y no regresividad. Sucintamente los hechos del caso fueron los siguientes. Las víctimas, eran antiguos empleados de la administración pública y habían cumplido los requisitos para gozar de retiro y jubilación de acuerdo al Dec Ley 20530 del año 1974, vigente al momento de efectivizarse dicho retiro. De acuerdo al mencionado decreto, las víctimas gozarían de una pensión nivelable progresivamente de conformidad con la

⁵⁶¹ Courtis, Christian, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en, Courtis Christian (comp), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Argentina, Editores del Puerto, Centro de Asesoría Legal, Centro de Estudios legales y sociales, 2006, pp. 3-4.

⁵⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. (Fondo, reparaciones y costas), Sentencia del 28 de febrero de 2003. Serie C. N 98.

remuneración de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías que ocuparan el mismo puesto o función análoga. Las víctimas percibieron su pensión de acuerdo a este régimen hasta el año 1992 momento en el cual sus pensiones se vieron reducidas sin previo aviso entre un 75% y 78%. Ello, por cuanto les aplicaron las nuevas disposiciones en materia de pensiones adoptadas por el Decreto ley 25792 emitido el mismo año en octubre que modificaba las pautas para el cálculo de las pensiones con un criterio evidentemente diferente al del Decreto que regulaba el régimen jubilatorio anterior para las víctimas. Las víctimas se ampararon y todas las instancias declararon fundadas sus pretensiones. El problema se presentó al momento de ejecutar las sentencias de amparo. La administración solo cumplió con pagarles a los pensionistas las diferencias entre la pensión recibida a partir de la instauración del nuevo régimen y la que recibían anteriormente pero solo en lo referente al período comprendido entre los meses que dejaron de percibir las pensiones niveladas (abril y septiembre de 1992) y octubre, es decir, el mes en que entró en vigor la nueva ley. Algunas víctimas presentaron denuncias penales contra el incumplimiento de las sentencias que obligaban a la autoridad a pagar las cantidades completas y devengadas y para el futuro, a pagar a los demandantes el monto calculado de acuerdo al régimen anterior. La administración emitió en 1995 sendos actos administrativos para dar cumplimiento a la sentencia de amparo, pero dichas resoluciones no fueron cumplidas.

El asunto llegó al Tribunal Constitucional del Perú en los años 1998 y 2000 y dicho cuerpo resolvió que la administración debía cumplir con los actos emitidos en 1995. En 2002 la administración emitió cinco resoluciones con las cuales daba cumplimiento a las expedidas en 1995 y se pagó a los pensionistas todo lo debido, sin embargo, ello no incluyó el pago de intereses y gastos realizados en la tramitación de la causa. Además, las víctimas habían sufrido graves daños por la alteración significativa en su nivel de vida motivada por la disminución de sus pensiones. Por último, aunque el Estado Peruano cumplió con las sentencias en 2002, lo hizo condicionado a lo que resuelva la Corte Interamericana y se reservó el derecho a repetir contra los pensionistas en el supuesto de que la mencionada

Corte determine que lo adeudado era en realidad menor⁵⁶³. Ello motivó la presentación ante la Corte Interamericana, la cual, luego de sustanciar el procedimiento, condenó al Estado Peruano a pagar intereses, costas, daño inmaterial y gastos. En su resolución, consideró violados los derechos a la propiedad privada de las víctimas y el derecho a la protección judicial. Sin embargo, entendió que no había sido violado el Art. 26 de la Convención Interamericana al haber adoptado el Estado Peruano medidas regresivas por considerar que las circunstancias de un muy pequeño grupo de pensionistas que han sufrido una afectación de esta clase, no permite extender un juicio semejante a partir del cual se pueda considerar que la obligación impuesta por el artículo 26 de la Convención hubiere sido violado⁵⁶⁴.

La resolución de la Corte no brindó la protección esperada al artículo 26, sin embargo, en el fallo que analizaremos a continuación podremos apreciar un tratamiento más proactivo.

2.2 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-177/05

La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C- 177/05 dictada con motivo de la presentación de la demanda de inconstitucionalidad contra el Art. 16 del Código sustantivo laboral, sentó una serie de pautas tendientes a desarrollar el contenido del principio de progresividad y no regresividad y estableció una serie de limitaciones al legislador. Sostuvo que

El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida al menos en un aspecto. Todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Ahora bien, como los estados pueden enfrentar

⁵⁶³ Para un estudio pormenorizado acerca de los hechos tenidos como probados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ver texto de la sentencia numeral VI.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, numeral XIII

dificultades que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que ha sido alcanzado, es obvio que la prohibición no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable y por ello, estar sometido a un control judicial más severo⁵⁶⁵.

En esta interesante resolución la Corte Constitucional de Colombia, amén de reconocer la plena vigencia del principio en comento, indica una serie de principios y actitudes interpretativas en materia de derechos sociales: en primer lugar, que toda ley regresiva se presume inconstitucional y que el test de constitucionalidad deberá ser necesariamente más severo y agregaríamos, restrictivo, ello, pues la Corte entiende que si bien su labor debe partir de una deferencia al legislador, cuando se trata de medidas regresivas, la deferencia debe ser reducida.

2.3 Comentarios de los casos

De los fallos comentados que interpretan los principios de progresividad y no regresividad podemos extraer la siguiente idea: Los estados tienen el deber de adoptar medidas progresivas en materia de derechos sociales y consiguientemente de no adoptar medidas regresivas. La obligación de progresividad puede ser entendida como una obligación prima facie pues las condiciones económicas pueden imponer, en situaciones excepcionales cierto grado de regresión que nunca puede vulnerar los derechos mínimos. La falta de recursos no es razón suficiente para justificar un retroceso y si bien se reconoce deferencia al legislador para adoptar medidas, una ley regresiva debe ser considerada inicialmente como inconstitucional y por ende, endurecer el test de constitucionalidad. En materia de prueba ante una norma regresiva se operaría del modo que explica Courtis. En primer lugar, el demandante afectado por una norma

⁵⁶⁵ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C- 177/05 párrafo 22. El mismo criterio en relación al principio de progresividad fue seguido por la Corte Constitucional de Colombia en anteriores resoluciones entre ellas: C- 251 de 1997, SU-624 de 1999, C- 1165 de 2000, y C- 671 de 2002.

regresiva tiene la carga de probar que efectivamente la nueva norma implica un retroceso⁵⁶⁶. Una vez acreditado este extremo por el demandante, es el Estado quien tiene que demostrar que a pesar de la regresividad, la norma se encuentra justificada⁵⁶⁷. En cuanto al tribunal, éste deberá someter a la norma regresiva y en función de su invalidez presumible, a un escrutinio estricto, de acuerdo al cual, en caso de duda acerca de la constitucionalidad de la medida, se deberá presumir su invalidez⁵⁶⁸.

3- Protección de los derechos sociales por su conexidad con otros derechos fundamentales.

Los tribunales también han brindado protección a los derechos sociales por su estrecha relación con otros derechos que presentan menos dudas en cuanto a su efectividad. Abramovich y Courtis denominan a esta vía como una estrategia de exigibilidad indirecta y que opera “cuando se trata de aprovechar las posibilidades de justiciabilidad y los mecanismos de tutela que brindan otros derechos de modo de permitir por esa vía el amparo del derecho social en cuestión”⁵⁶⁹. Los autores han comprobado que es posible lograr la defensa jurisdiccional de los derechos sociales a través de la interposición de solicitudes de protección con respecto, principalmente a dos derechos: la no discriminación y el debido proceso.

3.1- Conexidad con el derecho a la no discriminación.

Diversos textos internacionales en materia de derechos humanos recogen el derecho a un trato no discriminatorio al igual que la mayoría de las constituciones en la actualidad. El Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce este derecho en los siguientes términos:

⁵⁶⁶ Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 561, p. 32.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, p. 33.

⁵⁶⁸ *Idem*.

⁵⁶⁹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 89, p. 168

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas igual protección y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

En igual sentido, la Convención Interamericana de Derechos Humanos establece en su Art. 24 que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección ante la ley”. En definitiva, se trata de apelar a la igualdad y a la no discriminación para exigir la protección de derechos sociales respecto a grupos excluidos de la protección brindada a otros grupos.

3.1.1 Tribunal Constitucional Español. Sentencia 103/83

En esta resolución, el Tribunal Constitucional Español, entendió que el Art. 160.2 de la Ley General de Seguridad Social de acuerdo al cual al fallecimiento del varón, la viuda accedía a la pensión por viudedad y a la muerte de la mujer, el varón solo accede a la misma pensión en caso de acreditar que se encontraba incapacitado para el trabajo y dependía económicamente de la viuda, viola el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación del viudo que en este caso solicitaba su pensión pues en igualdad de condiciones, establecía para el varón, el cumplimiento de ciertas condiciones no exigidas a la mujer. Dijo, que para efectos de otorgar la pensión a la mujer, el artículo impugnado “establecía una presunción iure et de iure apoyada en datos sociológicos que de por sí, no daban elementos suficientes para realizar semejante distinción en relación al

disfrute de la pensión”. En consecuencia, declaró inconstitucional la norma cuestionada.⁵⁷⁰

En este caso, el Tribunal Constitucional utilizó las denominada sentencias aditivas para extender la protección a un grupo discriminado. De acuerdo a Fernández Rodríguez las sentencias aditivas son aquellas por medio de las cuales:

No se busca eliminar la norma impugnada o establecer la interpretación que es conforme a la constitución, sino que se altera el significado de la norma a través de la declaración de ilegitimidad de aquello que no está previsto en la ley y que tenía que haberlo sido. Se incorpora un nuevo elemento al enunciado legal al llevarse a cabo una extensión del contenido normativo del precepto fiscalizado, que pasa a abarcar un supuesto de hecho no contemplado inicialmente⁵⁷¹.

En el caso en cuestión, se elimina los requisitos discriminatorios para así extender la protección al grupo inicialmente no incluido en el ámbito de la norma.

3.2 Conexidad con el derecho al debido proceso

3.2.1 Corte Constitucional de la India. Caso Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation

La Corte Suprema de la India en la causa *Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation* del año 1985, tuvo ocasión de dar cierto grado de protección al derecho a la vivienda a través del derecho al debido proceso.

El caso trató de un grupo importante de personas que habitaban en las calles de la Ciudad de Bombay en instalaciones precarias que habían ido construyendo con el correr del tiempo. Muchas de estas personas eran antiguos habitantes de zonas rurales que habían tenido que abandonar el campo por

⁵⁷⁰ Tribunal Constitucional Español. Sentencia 103/1983.

⁵⁷¹ Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 446, p. 127.

razones económicas para conseguir sustento y trabajo en la ciudad. La Municipalidad de Bombay, con apoyo en un estatuto de 1888, comenzó un proceso de desalojos precedidos de sendos anuncios en los periódicos informando la medida que se tomaría consistente en realizar desalojos forzosos y reinstalar a esas personas en sus zonas rurales de origen, -en las que por cierto, la situación económica no ofrecía posibilidades económicas de subsistencia- y por ultimo proceder a la demolición de las viviendas precarias. De este modo, los habitantes de las calles de Bombay resultaron privados de trabajo y por ende de las condiciones mínimas de subsistencia. Los demandantes no alegaron el derecho a la vivienda pues el mismo no está previsto en la Constitución de la India, sin embargo, alegaron el derecho a la vida previsto en el Art. 21 de la Constitución de la India, de la cual nadie puede ser privado sin mediar el procedimiento establecido por la ley⁵⁷². Su erradicación de la Ciudad de Bombay que les ofrecía trabajo, afectaba seriamente sus posibilidades de poder sustentar su existencia. Por su parte las autoridades alegaron el libre acceso a los lugares públicos y la libertad de tránsito de las personas⁵⁷³. La Corte, para poder acoger la pretensión de los actores procedió en primer lugar a enlazar el derecho a la vida con otros derechos como el derecho al trabajo y a otros derechos conformadores de un mínimo existencial para luego de comprobada argumentativamente la afectación que se producía a la vida a través del menoscabo de otros derechos, proceder a proteger el derecho al debido proceso por cuanto, de acuerdo al Art. 21 de la constitución, las privaciones del derecho a la vida solo pueden realizarse mediando los procedimientos establecidos por ley para tal fin y así dar un cierto grado de protección a las precarias viviendas. Dijo la Corte:

“The right to live and the right to work are integrated and interdependent and, therefore, if a person is deprived of his job as a result of his eviction from a slum or a pavement, his very right to life is put in jeopardy” “If the right to livelihood is not treated as a part of the constitutional right to life, the

⁵⁷² Olga Tellis and others VS Bombay Municipal Corporation and Others. Date of Judgement: 10/07/1985, p. 2.

⁵⁷³ *Idem*.

easiest way of depriving a person his right would be to deprive him of his means of livelihood to the point of abrogation”⁵⁷⁴.

Luego, en relación al reglamento que sustentaba el accionar de la Municipalidad de Bombay señaló:

“It is contended that it is the responsibility of the courts to reduce inequalities and social imbalances by striking down statutes which perpetuate them. One of the grievances of the petitioners against de Bombay Municipal Corporation Act 1888 is that it is a century old antiquated piece of legislation passed in an era when pavement dwellers and slum dwellers did not exist and the consciousness of the modern notion of a welfare state was not present to the mind of the colonial legislation”⁵⁷⁵

Así el Alto Tribunal entendió que el estatuto debía ser rechazado por cuanto no establecía mínimos contenidos del derecho al debido proceso tales como audiencia previa, notificación formal, previa y oportuna ⁵⁷⁶, que debía ser atendido por las autoridades cuando se afectan derechos fundamentales. Entonces, acogió la petición de los demandantes por comprender que el derecho a la vida puede resultar afectado cuando se vulneran los elementos mínimos de subsistencia y sin aceptar que el Estado tenga la obligación de brindar una vivienda a todos los afectados ni que ellos tengan un derecho a vivir en las aceras, decidió que la forma en la cual estaban siendo llevados a cabo los procedimientos de desalojo vulneraban ciertos aspectos del debido proceso y en consecuencia ordenó una serie de medidas tendientes a no alterar en grado sumo las mínimas condiciones de subsistencia de los afectados. Así, dictaminó: que los desalojos no podrían proceder sino hasta un mes luego de finalizada la temporada de monzones; que el Estado debería brindar residencia temporal y para aquellos afectados que habitaran en casas con mejoras y más de 20 años de residencia, se

⁵⁷⁴ *Ibidem.*, pp, 2-3.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p.14.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, p.24.

debería establecer un proceso de expropiación mediando interés público, indemnización y re-localización⁵⁷⁷.

4- Protección a los derechos sociales por su carácter de condición necesaria para el disfrute de otros derechos fundamentales

Hemos dicho que si fundamentamos a los derechos sociales en el principio de autonomía, podremos comprender con facilidad que la cobertura de ciertas condiciones materiales mínimas resulta indispensable para el disfrute de otros derechos considerados fundamentales sin dificultad alguna como la libertad y la vida. En ciertos sistemas jurídicos, en los cuales se consideran como fundamentales a aquellos derechos que están protegidos mediante una acción especial, a los derechos sociales no se les reconoce tal carácter justamente por no estar dotados de una protección especial de la que si gozan aquellos. Concretamente es, entre otros, el caso de Colombia en donde los derechos sociales no resultan protegidos normativamente por la acción de tutela, mecanismo tuitivo propio de los derechos fundamentales⁵⁷⁸.

La Corte Constitucional de Colombia ha realizado esta conexión entre derechos sociales y derechos fundamentales que tiene como principal pretensión

⁵⁷⁷ *Ibidem*, p.29.

⁵⁷⁸ El Art. 86 de la Constitución Política de Colombia establece que “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción y la omisión de cualquier autoridad pública”. Por su parte, la constitución establece en el capítulo 1 del título II, entre los artículos 11 a 41 los derechos considerados fundamentales y entre ellos no se encuentra el derecho a la salud enunciado en el capítulo 3 del mismo título, referido a derechos sociales, económicos y culturales y fuera del capitulado sobre derechos fundamentales y por ende, excluido normativamente de la protección de la acción de tutela. La Constitución española establece un sistema similar por cuanto el Art. 53.3 establece que ciertos derechos sociales contenidos en el capítulo destinado al tratamiento de los principios rectores de la política social y económica como el derecho a la salud informarán la legislación positiva. La práctica judicial y la actuación de los poderes públicos pero los excluye de la protección especial brindada por el amparo por cuanto este se concede a la protección de los derechos fundamentales contenidos en el Art. 53.2 que remite al art. 14 y a la sección primera del capítulo segundo.

el convertir a los derechos sociales en derechos fundamentales y en consecuencia, hacerlos objeto de la acción de tutela.

4.1 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 177/99

En la causa *X contra La Secretaría de Salud Pública de la Municipalidad de Cali s/ Acción de tutela* tramitado con ocasión de una acción de tutela interpuesta contra la Secretaría citada, la Corte tuvo oportunidad de realizar la conexión aludida. Se trató de una acción de tutela decíamos, interpuesta por el representante de una persona que padecía HIV a quien le fue denegada la hospitalización argumentando la autoridad, que no contaba con los recursos económicos para atenderlo. Luego de esta primera negativa, la persona fue admitida en el hospital pero bajo la advertencia de que no podrían proporcionarles los medicamentos necesarios pues además, el enfermo no pertenecía a ningún sistema de seguridad social. En lo que más interesa diremos que la Corte decidió admitir la acción de tutela pues si bien, constitucionalmente no se prevé que dicha acción pueda dar protección al derecho a la salud, “el derecho a la salud es uno de aquellos derechos que por su carácter inherente a la existencia digna de los hombres, se encuentra protegido, especialmente en las personas que por su condición económica, física o mental se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta” “este derecho, así entendido, busca el aseguramiento del fundamental derecho a la vida, por lo cual, su naturaleza asistencial impone un tratamiento prioritario y preferencial por parte del poder público y el legislador con miras a su protección”⁵⁷⁹.

4.2 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 884/03

⁵⁷⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-177/99.

En la causa *Rosa Delia Pico Delgado c/ la Secretaría Municipal de Salud de Barrancabermeja* estableció que:

La exclusión de los derechos sociales del amparo constitucional no es de ningún modo absoluta puesto que en eventos concretos es posible que de la satisfacción de aquellos dependa la protección y el goce efectivo de los derechos fundamentales, relación de subordinación que se acredita a través de la comprobación de determinadas condiciones fácticas en cada caso. Una vez realizada esa labor probatoria por el juez constitucional está facultado para emitir órdenes de amparo tendientes a restituir al afectado en el ejercicio del derecho a la prestación y con ello, proteger el derecho fundamental vulnerado⁵⁸⁰.

En ambos casos, El Alto Tribunal Colombiano de constitucionalidad, ha realizado una conexión directa entre el derecho a la salud y el derecho a la vida para luego poder extender a la salud, la protección brindada por la acción de tutela. A diferencia de los casos planteados en el acápite anterior, se procede a ampliar el objeto de protección de un mecanismo procesal determinado que normativamente no contemplaba dicho objeto.

5. Los derechos sociales como derechos subjetivos

Hemos afirmado que los derechos sociales implican grados y diversas posibilidades de exigibilidad. Pues bien, en ocasiones, los derechos sociales operan como verdaderos derechos subjetivos, especialmente en aquellos casos en los cuales existen las estructuras y organizaciones necesarias para dar cobertura a los derechos en cuestión. Lo dicho es ya un principio aceptado, especialmente en materia de salud, así, la Corte Constitucional Colombiana estableció en la causa *“Alejandro Moreno Álvarez contra el Estado- Ministerio de Salud y Colmena Salud. E.P.S”* que:

⁵⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 884/03.

“Según lo ha expresado la jurisprudencia constitucional, estos derechos (los derechos sociales) son prestacionales propiamente dichos, para su efectividad se requieren normas presupuestales, procedimientos y organización, que hagan viable el servicio público de salud y que sirvan además para mantener el equilibrio del sistema. La jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en la que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del estado, la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces en una realidad concreta a favor de un sujeto determinado”⁵⁸¹.

Cuando la actividad exigible al Estado esta legislativamente determinada no existe inconveniente teórico alguno para lograr la exigibilidad. Se trata de casos en los cuales la actividad demandada al estado se encuentra predeterminada y en consecuencia el estado está obligado a cumplir. Nos referimos principalmente al derecho a la salud respecto al cual normalmente existen leyes generales de salud con deberes claros a cargo del Estado como por ejemplo el proveer medicamentos, sostener el sector público de salud, ser el garante del servicio de salud, etc. En el derecho comparado y nacional podemos encontrar diversos casos de esta clase.

5.1 Corte Suprema de la Nación Argentina. Caso Asociación Benghalensis

En el caso conocido como *Asociación Benghalensis* que tramitara ante los estrados judiciales argentinos, una serie de asociaciones presentaron un recurso de amparo en contra del Ministerio de Salud y Acción Social, para que provea de medicamentos en forma completa y oportuna a los enfermos de SIDA registrados en los diferentes centros de tratamiento del País. En este caso, de acuerdo a la ley de Salud, el Estado se encontraba obligado a entregar estas provisiones de medicamentos y se habían observado ciertas irregularidades en dicha provisión por lo que el Estado incurrió en un obrar omisivo. Sin embargo, al ser interpelado

⁵⁸¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU. 819/99.

por la Justicia adujo que había cumplido con su obligación de entregar los medicamentos a los efectores de las diversas jurisdicciones provinciales y que en todo caso eran las jurisdicciones provinciales las que no habían cumplido entregando a tiempo “la información necesaria para brindar adecuada atención a los enfermos de ese mal”. La Corte respondió que el deber del Estado no se agota en la entrega de los medicamentos sino en además, asegurar la regularidad y continuidad de la provisión y por tanto confirmó la sentencia de la Cámara de apelaciones que había condenado al estado nacional a “dar asistencia y tratamiento a aquellos enfermos de SIDA así como también al suministro de la medicación en forma regular, oportuna y continua”⁵⁸².

5.2 Corte Suprema de la Nación Argentina. Caso Campodónico de Beviacqua

En *Campodónico de Beviacqua*, también de la jurisdicción argentina, la Corte Suprema acogió un pedido de protección del derecho a la salud por vía de recurso de amparo. El menor Adelqui Santiago Beviacqua, padecía una enfermedad ósea denominada enfermedad de Kostman. Las drogas para el tratamiento estaban siendo suministradas por el Banco Nacional de drogas neoplásicas. En 1998 le informan a los padres del niño que ya no darían la provisión de las drogas aduciendo que hasta el momento las habían brindado por razones humanitarias pero que no siendo la enfermedad del niño del tipo de las oncológicas, el Estado podía interrumpir la provisión sin más y los afectados, recurrir a la obra social que les brinde cobertura médica. Tanto la primera como la segunda instancia, ampararon al niño afectado y la Corte Suprema de Justicia convalidó estas resoluciones por considerar entre otras, las siguientes premisas: que el estado debe asumir la organización del sistema sanitario; que el principio de actuación subsidiaria del estado (cuando no puedan actuar las instituciones prestadoras de los servicios de salud) debe ser articulado con la regla de

⁵⁸² Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Sentencia del 1 de junio de 2000 dictada en autos “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social- Estado nacional s/ Amparo Ley 16. 986.

solidaridad social; que ante la imposibilidad por parte de la obra social de suministrar la droga y ante la precariedad de la situación de la familia del niño, es el Estado Nacional el que debe intervenir subsidiariamente para dar efectiva tutela a los derechos del afectado. El ministerio respectivo pretendía evadir sus responsabilidades ante este caso aduciendo que el suministro debería ser asumido por la entidad prestadora de los servicios de salud a la cual estaba afiliada la familia. Sin embargo, la Corte, entendiendo que el estado no pierde su carácter de último garante del sistema y continua entonces obligado a proveer el medicamento condenó al Estado⁵⁸³.

Uno de los mayores obstáculos que se presentan para la eficacia de los derechos sociales radica en que para lograr su exigibilidad, los tribunales a veces tienen que intervenir en cuestiones normalmente reservadas a la administración o a la labor legislativa. Es comprensible que la puesta en práctica de los derechos sociales pueda requerir en ocasiones, un dominio técnico especializado que los jueces no poseen y por otro lado, y tomando en cuenta el carácter prestacional que -aunque no siempre- tienen estos derechos, también las medidas protectoras requieran afectar diseños presupuestales realizados por el legislador. En definitiva, los jueces se sienten naturalmente inhibidos de intervenir en el diseño de lo que podríamos denominar genéricamente políticas públicas y debemos decir que estamos de acuerdo con esa restricción que por otro lado tiene serio fundamento constitucional. Sin embargo, los derechos sociales ciertamente imponen restricciones al legislador y a la administración en el diseño de tales políticas, imponen mínimos, vías de acción, materias indisponibles y la vigilancia de su cumplimiento en el estado constitucional de derecho está encargada entre otras instituciones, a la jurisdicción constitucional. En este sentido, si bien debemos ser cuidadosos y sin ánimo de pretender alentar un excesivo activismo del poder judicial y de la magistratura constitucional en esta materia, resulta interesante traer

⁵⁸³ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Sentencia del 24 de octubre de 2000 en la Causa Campodónico de Beviacqua, Ana Cecilia c/ Ministerio de Salud y Acción Social- Secretaria de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas. S /Recurso de Hecho.

a colación algunos criterios y posiciones que han adoptado algunas magistraturas en cuanto al control de la actividad estatal y los derechos sociales.

5.3 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU. 819/99

La Corte Constitucional Colombiana en la ya mencionada sentencia SU.819/99, afirmó que “El estado colombiano carece de los recursos suficientes para hacer efectivo a plenitud el acceso al servicio público de salud, por lo que es necesario para garantizar la prevalencia del interés general hacer uso adecuado y racional de los recursos destinados a la seguridad social en salud, en aras de permitir que toda la población, pero en especial, los más vulnerables tengan acceso a las prestaciones mínimas de salud”

En el caso, la Corte analizó la acción de tutela impetrada por el padre de un niño que padecía una dolencia –leucemia mieloide crónica- que solo podía ser tratada mediante una intervención realizada en el extranjero, pues el sistema de salud colombiano no contaba con la tecnología necesaria y los obligados inmediatos a la prestación del servicio de salud, no aceptaban cubrir el total de los gastos que se erogarían sino solamente el monto equivalente a la operación similar que pudiera realizarse en territorio colombiano. La Corte Constitucional concedió la tutela al menor con apoyo en el plan nacional de desarrollo que establecía un trámite y supuestos de procedencia para la atención médica en el extranjero pero además, sentó bases para la atención en todos los casos, de personas que no se encuentren incluidas en el programa obligatorio de salud, entre ellos los siguientes: que debe existir una situación de riesgo inminente para la vida; si se trata de un procedimiento a realizarse en el extranjero, su eficacia debe estar científicamente comprobada; que el usuario acredite la incapacidad económica, entre otros, esto con la finalidad de “ordenar las asignaciones de recursos en materia de salud y preservar la filosofía y viabilidad del sistema y garantizar los principios constitucionales de seguridad, del estado social de derecho y de la prevalencia del interés general”. Como podemos apreciar, la Corte

hizo algo más que tutelar al menor en cuestión, además pinceló un aserie de parámetros que podríamos denominar de racionalidad, para la asignación de recursos de personas no integradas al sistema de salud.

5.4 Cámara Contencioso Administrativo Federal. Sala V. Caso Viceconte

En una zona de Argentina se ha desarrollado una enfermedad denominada fiebre hemorrágica argentina con un índice elevado de potenciales afectados cuyo número ronda los 3.500.00 habitantes. Para su prevención existe una vacuna denominada Candid I que, lamentablemente por tratarse de una enfermedad localizada, su producción no resulta rentable a los laboratorios. En consecuencia, el Estado Argentino encargó su producción a un laboratorio norteamericano que luego de la fabricación de 200.000 dosis decidió no continuar por no resultarle rentable. Tiempo después del cese en la fabricación comenzaron a detectarse casos de la enfermedad. Ante esto, el Estado Argentino había iniciado la construcción de un laboratorio para la fabricación de la vacuna pero al momento de presentarse la acción de amparo, las obras se encontraban detenidas. Justamente, la acción de amparo tuvo como finalidad que se ordenara la continuación de las obras para completar la producción necesaria. En primera instancia el amparo fue rechazado pues el estado contestó que se dispondría de una partida presupuestaria para concluir las obras. La demandante, no conforme con la respuesta del Estado, apeló. El asunto se radicó en la Cámara de lo Contencioso Administrativo Federal Sala V y se ordenaron inspecciones oculares que demostraron que las obras mantenían un significativo retraso. La Instancia citada resolvió en el sentido de amparar a la demandante por entender afectado el derecho a la vida para cuya protección el derecho a la salud es una precondition necesaria, con base en los siguientes argumentos: que ante la falta de actores privados que protejan la salud, corresponde al estado en su calidad de garante del sistema, hacer frente a las enfermedades; que al haber asumido el estado el compromiso de fabricar la vacuna ahora puede serle exigido dicho cumplimiento y ordena a las autoridades que cumplan con el cronograma de obras presentado en

el expediente por la parte demandada de acuerdo al cual, las obras finalizarían en 1999, para culminar el laboratorio sin dilaciones y además responsabilizó en forma personal a los Ministerios de Salud y Acción Social y Economía y Obras y Servicios Públicos. Por último, encomendó al defensor del pueblo el seguimiento del asunto.

Luego de constatarse, en el año 2000, que no había avances en el cumplimiento de lo ordenado por la justicia, se solicitó la fijación de astreintes (medidas conminatorias de carácter pecuniario) de \$300 diarios y se ordenó el embargo del presupuesto de la nación para el año 2001⁵⁸⁴.

En el año 2000, se concluyeron las obras pero no se contaba aún con personal e insumos para la fabricación de la vacuna. En 2003 se interrumpió el suministro por agotarse las partidas remanentes. Durante el 2005, se realizaron las pruebas que arrojaron resultados positivos. En 2006 el Gobierno anunció que había concluido el proceso de experimentación de la vacuna y que la misma comenzaría a suministrarse y se incluiría en el plan nacional de vacunación.

Resulta interesante remarcar de este caso, que a partir del inicio de la ejecución de la sentencia, la Cámara asumió la conducción de dicho proceso, ordenando la incorporación del defensor del pueblo como contralor, disponiendo la celebración de audiencias e informes para así, controlar el trámite y vigilar el proceso de cumplimiento. Como señalan Mouriño, Nino y Sigal, “estas correctas intromisiones del Poder Judicial, en la gestión del Ejecutivo”, estuvieron plenamente justificadas, por cuanto se enmarcaron en un proceso concreto, a fin de lograr el cumplimiento de una sentencia y de brinda tutela a un derecho fundamental⁵⁸⁵

⁵⁸⁴ Viceconte, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional- Ministerio de Salud y Acción Social s/ Amparo Ley 16.986. Cámara Contencioso Administrativo Federal. Sala V. Sentencia del 2 de Junio de 1998.

⁵⁸⁵ Maurino Gustavo, Nino Ezequiel, Sigal Martín, *Las Acciones Colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*, Argentina, Lexis Nexis, 2005 p. 121.

6- Recapitulación

De los casos analizados puede concluirse que el Derecho comparado conoce claros ejemplos de articulación jurisdiccional exitosa en materia de derechos sociales. Aquellos casos en los cuales la actividad de la administración se encontraba pre diseñada a partir de los compromisos asumidos, la labor judicial, podría decirse, fue menos compleja. Nos referimos a aquellos casos que siguiendo el esquema de Cruz Parceró analizado en el capítulo sexto, estaban apoyados en reglas de acción o en principios prima facie.

En todos los casos analizados se va clarificando un papel racionalizador de parte de la justicia constitucional, consistente en controlar la adecuación de los medios empleados por la administración, de cara a los fines planteados constitucionalmente al establecer derechos sociales.

CAPÍTULO NOVENO

LOS DERECHOS SOCIALES ANTE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL MEXICANA

1- Planteamiento

Se podría afirmar que en México pese a ser cuna del constitucionalismo social⁵⁸⁶, impera el denominado discurso tradicional en relación a la eficacia jurisdiccional de los derechos sociales fundamentales. Sin embargo, en los últimos años, y ante los primeros reclamos sobre derechos sociales fundamentales, la jurisdicción constitucional mexicana ha comenzado a realizar algunos trazos en pos de apuntalar la eficacia de estos derechos.

A partir del estudio realizado hemos constatado que la Suprema Corte de Justicia de México ha dado protección a diversos derechos sociales principalmente por dos medios. Primero, ha acogido reclamos tratando a estos derechos como verdaderos derechos subjetivos; en segundo lugar, les ha brindado protección por vía indirecta, mediante la protección del derecho a la no discriminación⁵⁸⁷.

2. Derechos sociales como derechos subjetivos

2.1- Amparo en revisión 2231/1997

⁵⁸⁶ Para analizar la evolución de la recepción normativa de los derechos sociales en México, Ver: Soberanes, José Luís, "Los Derechos Económicos y Culturales en México", en: Zapatero Virgilio, Garrido Gómez, M^a Isabel, Los Derechos Sociales como una exigencia de justicia, Madrid, Universidad de Alcalá, Defensor del Pueblo, Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, 2009, pp. 59-85.

⁵⁸⁷ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 89, pp. 168 y ss.

México nos ofrece un caso de exigibilidad directa en materia de salud en el amparo promovido por *José Luís Castro Ramírez* que resolvió en revisión la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Los hechos del caso son los siguientes: La parte quejosa era derecho habiente del Instituto Mexicano del Seguro Social y era tratado por hemofilia tipo A. De acuerdo a sus declaraciones que no quedaron acreditadas en el expediente, con motivo de su tratamiento fue contagiado del síndrome de inmunodeficiencia adquirida en las instalaciones del IMSS. Como consecuencia de ello requirió ser tratado con una serie de específicos retrovirales que no se encontraban incluidos en el cuadro básico de medicamentos por lo cual, pese a encontrarse en el mercado, no le pudieron ser prescritos y suministrados. Su pretensión consistió entonces en solicitar a la justicia que obligue al IMSS a tratarlo con los medicamentos mejor indicados para su dolencia. En primera instancia el amparo le fue negado al quejoso por entender el juez que el Art. 4 constitucional que establece el derecho a la protección de la salud no estaba siendo conculcado por las autoridades sanitarias. En opinión del juez, no existía norma en el sistema jurídico mexicano que obligara a las autoridades administrativas del sector salud a brindar al quejoso los medicamentos específicos que estaba solicitando y por ende no existía en cabeza del quejoso derecho subjetivo alguno. La Suprema Corte, al revisar la sentencia del juez advirtió que en realidad, si existía tal norma que contemplaba la pretensión del quejoso en el Art. 27 de la ley general de salud al establecer que “Para los efectos del derecho a la protección de la salud se considerarán servicios básicos entre otros, la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud”. En consecuencia, la Corte dando acogida a la pretensión, interpreta este artículo en el sentido que los pacientes pueden exigir los medicamentos que pretendan cuando ese medicamento sea esencial para su salud y lo será cuando ellos sean aquellos que produzcan los mayores beneficios⁵⁸⁸.

⁵⁸⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 2231/1997. P. XIX/2000” SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4º CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS

3- Protección de los derechos sociales por vía de la protección al derecho a la no discriminación

3.1- Amparo en revisión 2543/1998

Un grupo de mujeres trabajadoras de la Comisión del Derechos Humanos del Distrito Federal y como tales, derecho habiente del subsistema de seguridad social del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), solicitaron a las autoridades de dicho instituto que registraran como familiares derecho habientes de los servicios de salud proveídos por dicho Instituto a sus esposos. Las autoridades, notificaron la negativa a dicha solicitud, debido a que, de acuerdo a la ley del ISSSTE, para proceder al registro de los esposos de las trabajadoras al servicio del estado, es necesario que ellos cuenten con más de 55 años o que se encuentren incapacitados física o psicológicamente o que dependan económicamente de ellas y, en ninguno de los casos objeto de solicitud, se cubren dichos requisitos. Las mujeres, impetraron sendas acciones de amparo aduciendo que los requisitos mencionados no se encuentran previstos para el caso de la inscripción de familiares derecho habientes de los hombres trabajadores al servicio del estado. Para proceder a la inscripción de las esposas de los trabajadores, la ley solo exige acreditar tal calidad y no algún otro requisito adicional como la edad o la incapacidad, que se exigen para los esposos familiares de trabajadoras. Adujeron que la distinción que efectúa la ley del seguro social, es violatoria del principio de igualdad y en consecuencia, discriminatoria, por exigir mayores requisitos a los trabajadores- mujeres que a los trabajadores- hombres para asegurar a sus respectivos cónyuges el seguro de salud.

En lo fundamental, la Suprema Corte de Justicia, por unanimidad de sus miembros presentes, confirmó las anteriores resoluciones que habían concedido el amparo a las quejas por considerar que el trato diferenciado establecido por la ley en este caso, evidencia una violación a la garantía de igualdad establecida en

DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS". Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XI, Marzo de 2000, p. 112.

la Constitución porque “si una trabajadora desempeña la misma labor que su compañero de sexo masculino, cotiza de igual forma para tener acceso al servicio de salud y su estado civil también es el mismo, tiene derecho a que sus familiares disfruten de los servicios asistenciales que la institución proporciona en la misma forma que lo tiene un trabajador varón”⁵⁸⁹

3.2- Amparo en revisión 259/2005

Este caso, corresponde a un conjunto de acciones de amparo resueltas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el año 2007 e interpuestas individualmente por un grupo de militares del ejército mexicano que fueron dados de baja de dicha corporación por haber contraído HIV. El planteamiento central de estos amparos consistió en que la decisión del ejército mexicano de dar de baja a los quejosos, en función de la “inutilidad” acaecida por haber contraído HIV y de acuerdo a lo establecido por el art. 246, segunda categoría, fracción 45 de la ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, violó su derecho a la igualdad y de no discriminación por razón de salud, previstas en el art. 1 constitucional en relación con el art. 4 constitucional.

En esta acción en concreto, el planteamiento de la parte quejosa fue un tanto particular pues, en lugar de atacar el acto de autoridad por el cual se procedió a efectuar la baja del ejército, por tratarse de un acto discriminatorio vedado por la constitución, optó por atacar los artículos de la ley mencionada que establecían las prestaciones a las que, operada la baja, tendría derecho el militar. De acuerdo a la ley del Instituto de Seguridad Social de las fuerzas armadas mexicanas, un militar que fuera dado de baja, solo tendría derecho a una pensión vitalicia y a la atención médica permanente, siempre que hubiera cumplido 20 años de servicio al momento de la baja. En el caso, el quejoso había cumplido al

⁵⁸⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 2543/1998. P. LIX/99 “TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. EL ART. 24 FRACCIÓN V, DE LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD CONTENIDA EN EL ART. 4 CONSTITUCIONAL. Semanario judicial de la Federación y su Gaceta X. Agosto de 1999. p. 58.

momento de la baja 12 años de servicio, como consecuencia de lo cual y de acuerdo a la citada ley, una vez operada la baja, solo tendría derecho a una compensación económica equivalente a 18 meses de salarios.

De acuerdo a la parte quejosa, la discriminación tenía lugar, debido a que en otros subsistemas de salud con la antigüedad de 12 años, gozaría de la pensión y de la asistencia médica requerida. Esta distinción, de acuerdo al aparte quejosa, carece de fundamento constitucional, pues el art. 123 de la Carta Magna mexicana prevé diversos regímenes de seguridad social sin realizar distinción alguno entre ellos. Así comprendió la Suprema Corte el reclamo objeto del amparo, a pesar del confuso planteamiento: “Precisado lo anterior, debe señalarse que del escrito inicial de demanda y de las ampliaciones relativas, se advierte que lo que fundamentalmente alega el quejoso es que los preceptos legales impugnados violan las garantías de igualdad, no discriminación y protección de la salud que consagran los artículos 1, y 4 tercer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que privan a los militares que son colocados en situación de retiro por inutilidad adquirida en actos fuera del servicio y que tienen menos de 20 años de servicio, del derecho de recibir una pensión vitalicia, así como atención médica y suministro de medicamentos que, en el caso específico, le son de vital importancia en tanto padece del virus de inmunodeficiencia humana”.

Tras una tambaleante y dudosa argumentación, la Suprema Corte entiende que en el caso, no se verifica la violación sostenida por la parte quejosa por considerar que entra dentro de la esfera permitida al legislador, el establecimiento de subsistemas de salud con requisitos diversos para gozar de las prestaciones. Sin embargo, endereza los agravios y entiende que la discriminación si se produjo como consecuencia de la baja operada contra el militar en virtud de haber contraído HIV. De este modo, ordena que se deje insubsistente el procedimiento de retiro instaurado al quejoso, se le reincorpore con todas las consecuencias legales en activo, se le cubran los haberes caídos y se le continúe proporcionando asistencia médica.

De este modo, la Suprema Corte atacó el acto que motivó la pérdida de atención médica al quejoso por considerarlo contrario al principio de igualdad y en consecuencia, discriminatorio⁵⁹⁰.

4- El caso Mini Numa

4. 1- Antecedentes

Mini Numa es una comunidad Na Savi (Mixteca) del Municipio de Metlatónoc en el Estado de Guerrero. Se trata de una de las zonas más pobres del País. Algunos datos atestiguan la dura realidad que allí se vive: Uno de cada cuatro niños muere antes de cumplir los seis años de edad. Estos decesos generalmente se deben a la acción de las denominadas enfermedades de la pobreza, parásitos, desnutrición y la falta de infraestructura médica que imposibilita un diagnóstico oportuno y el debido tratamiento. Para dar cuenta de la carencia de infraestructura basta mencionar que toda la región es atendida por un hospital con capacidad para 40 camas y que carece de servicios de radiodiagnóstico y de atención permanente por parte de especialistas médicos.

Mini Numa se encuentra a hora y media a pie de la cabecera municipal de Metlatónoc o lo que es lo mismo, a hora y media a pie de un centro de salud de la índole que sea. La componen 321 personas que en su mayoría, viven o malviven del campo.

En los últimos años y como consecuencia de la inexistencia de servicios médicos en la comunidad (con excepción de las visitas para campañas de vacunación y de provisión de alimentos para mujeres embarazadas o en período de lactancia) y la falta de servicios de salud adecuados en la clínica de la cabecera municipal, ocurrieron una serie de decesos principalmente de niños y debido a causas vinculadas con infecciones intestinales.

⁵⁹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Amparo en revisión 259/2005. Resuelto el día 6 de marzo de 2007.

En el año 2003, la comunidad de Mini Numa solicitó al Gobierno del Estado la creación de un centro de salud con el personal y los insumos necesarios. Tiempo después, el Gobierno les respondió que no podía enviar personal médico porque la comunidad no contaba con una casa de salud en la cual el personal pudiera prestar sus servicios.

Ante la respuesta negativa de la autoridad, en el año 2005, la comunidad construyó una casa de salud de adobe y lámina. El gobierno no cumplió con el envío de personal médico.

El 4 de enero de 2006, el delegado municipal y el comité de salud de Mini Numa, solicitaron al jefe de la jurisdicción sanitaria, dependiente de la Secretaría de Salud de Estado el envío de un prestador de servicios médicos que pudiera atenderlos de lunes a viernes. Ante este pedido formal, la autoridad se limitó a responder extraoficialmente que no había recursos para atender tal solicitud.

El 7 de mayo de 2007, las autoridades de la comunidad solicitaron el apoyo del Centro de Derechos Humanos de La Montaña Tlachinollan. Se trata de una organización no gubernamental dedicada a la defensa y promoción de los Derechos Humanos en la región. Los representantes de la comunidad dirigieron una nueva petición, ahora al Gobernador del Estado, con copia al Presidente de la República, en la cual solicitaron la construcción de una unidad médica y la provisión de personal e insumos para su funcionamiento.

El 19 de julio de 2007, el Secretario de Salud del Estado de Guerrero, respondió mediante oficio 4083, que de acuerdo a los lineamientos establecidos por el Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS) para construir un centro de salud, la localidad debía contar con una población de entre 2500 y 3000 habitantes por núcleo básico a una distancia de 15 Km y un tiempo de 30 minutos de recorrido al centro de salud más cercano. Como la comunidad de Mini Numa no cumplía a cabalidad con estas condiciones, le fue negada la petición.

Ante esta respuesta, el 13 de agosto la comunidad interpuso un recurso de inconformidad, junto a una queja formal y al mismo tiempo, se solicitaron medidas cautelares a la Comisión Estatal de Derechos Humanos.

El 16 de octubre del 2007, el Secretario de Salud, mediante oficio 0751 desechó el recurso de inconformidad, cerrando así las vías recursivas ordinarias y dejando abierta la vía del Juicio de Amparo⁵⁹¹.

4.2 Amparo 1157/2007- II

Contra el oficio que les negó la construcción de la unidad médica, los miembros de la comunidad Mini numa presentaron recurso de amparo ante el Juez séptimo de Distrito en el Estado de Guerrero por considerar violado su derecho a la salud en atención a las reiteradas negativas de las autoridades del Estado en orden a construir un centro de salud. A continuación, procederemos a analizar aquellos aspectos que consideramos relevantes de la decisión judicial

4.2.1 La cuestión acerca de la legitimación activa

Luego de solventar algunos planteamientos referidos a la posible improcedencia del amparo esgrimidos por las autoridades demandadas, el juez se adentró en el tratamiento del primer obstáculo para la procedencia de la acción: la legitimación activa de los peticionarios.

El amparo fue presentado por David Montealegre Hernández, en su carácter de delegado municipal y por Nieves Solano Montealegre, Aurelia Viterno Moreno, Amalia Aguilar Pausano y Marcelina Rojas Álvarez, todas ellas, como integrantes del comité de salud de la comunidad de Mini Numa, Municipio de Metlatónoc, Guerrero. El aludido carácter de integrantes del mencionado comité no fue probado en el expediente. El primer escollo procesal que el juez tuvo que

⁵⁹¹ Información suministrada por el Centro de Derechos Humanos de la montaña Tlachinollán. WWW.tlachinollan.org/cas.htm

sortear es el consistente en que de acuerdo a la Ley Orgánica del Municipio Libre y Soberano de Guerrero, ni el delegado municipal ni comité alguno tiene la representación legal de una comunidad.

Lo primero que habría que apuntar es que en el caso, los quejosos en realidad impetraron un amparo fundando su pretensión en un interés legítimo no previsto por la legislación mexicana al momento de fallar. Afirmamos lo dicho, apoyándonos en las siguientes consideraciones. Si asumimos que existe una clara diferencia entre el derecho de fondo del que puede ser titular una persona o un grupo de ellas y la posibilidad práctica de reclamarlo ante los tribunales⁵⁹², es posible distinguir entre el Derecho y la legitimación activa para impetrar su defensa. En cuanto al Derecho conculcado en este caso, se trató del derecho a la salud, contemplado por el artículo 4 constitucional. Para quien necesite de las categorizaciones, se trata de un derecho de los denominados “sociales” o, económicos sociales y culturales, de acuerdo al nomen iuris propio del derecho internacional de los derechos humanos.

El reconocimiento y aceptación de las situaciones de expectativa jurídica que trascienden o exceden el marco estrictamente individual ha generado un verdadero caos terminológico que ha impedido ofrecer una denominación pacífica para estas nuevas posiciones jurídicas. Así, las posiciones jurídicas que exceden el marco individual han sido denominadas con diversos adjetivos: derechos colectivos, difusos, sociales, de clase, de grupo, de categoría, de sector, de incidencia colectiva, transpersonales, supraindividuales, etc.⁵⁹³

El tratar de entender qué tipo de Derecho es el que está en cuestión en este caso no es tarea sencilla. Las confusiones terminológicas reseñadas son, en alguna medida causantes de ello.

⁵⁹² Gordillo, Agustín, *Derechos Humanos*, 5 Edición. Buenos Aires, Fundación de derecho administrativo, 2005, p. VIII- 1.

⁵⁹³ Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa. 2004, p. 7.

Procederemos a soslayar estas complejidades terminológicas, no porque las minusvaloremos sino porque su tratamiento excedería el marco propuesto para este trabajo. Sin embargo, lo que es claro es que en el caso que estamos comentando, el derecho a la salud y considerando el marco circunstancial en el que la afectación se produce, nos encontramos ante una afectación que excede el ámbito individual de quienes presentaron el amparo. A efectos del presente estudio, asumir esta situación será suficiente.

Ahora es preciso que concentremos nuestra atención en las posiciones jurídicas que tradicionalmente han sido reconocidas con respecto a ciertos bienes y el grado de legitimación que consecuentemente corresponde a cada posición.

La primera y más fuerte posición jurídica reconocida es el interés jurídico, identificado con el derecho subjetivo. Se suele decir que una persona es portadora de un derecho subjetivo o tiene un interés jurídico cuando su pretensión respecto al objeto es *uti singuli*, para una o más personas, pero para cada una de ellas. Es decir que lo que caracteriza esta posición jurídica es su individualidad-exclusividad⁵⁹⁴. Esta explicación no excluye la pluralidad de afectaciones, pero cada una de ellas debe ser escindible. A esta situación se refiere la fórmula que materializa uno de los principios fundamentales de la acción en materia de amparo en México. El interés jurídico entraña la presencia de un agravio personal y directo. Desglosando esta fórmula, por agravio debemos entender todo menoscabo a la persona, patrimonial o no y que sea material, es decir, apreciable objetivamente⁵⁹⁵. Dicho agravio debe ser personal, es decir, debe recaer sobre persona determinada, “no ser abstracto ni genérico”⁵⁹⁶ y por último, ser de ocurrencia pasada, presente o inminente⁵⁹⁷.

La posición de interés legítimo –en lo que más nos interesa- se caracteriza por la concurrencia, inescindible, inseparable de varias personas en la

⁵⁹⁴ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo. La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2005, T II. p

⁵⁹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Manual del Juicio de Amparo*, 2 Edición, México, Themis, p, 32.

⁵⁹⁶ *Idem.*

⁵⁹⁷ *Idem.*

pretensión⁵⁹⁸. Es decir que la pretensión no puede individualizarse en forma exclusiva en cabeza de una sola persona. Para explicarlo en los términos de afectación, en el interés legítimo, así como en el ámbito del interés jurídico, el daño existe sobre la persona, ocurre que en el interés legítimo, a diferencia del interés jurídico, la pretensión de uno de los integrantes del grupo o sector afectado, no puede individualizarse de las demás.

Continuando con este degrade de posiciones jurídicas, la figura del interés simple se materializa en la pretensión de una persona consistente en el restablecimiento de una situación de iure sin alegar vulneración directa alguna “más que la que otorga la condición de ciudadano interesado en custodiar el orden público”. Esta posición jurídica no suele recibir protección jurisdiccional⁵⁹⁹. La figura del interés simple se identifica con las acciones populares pudiendo ser impetradas por cualquier persona. La razón de ser de una acción semejante puede ser sencillamente el interés en la mera legalidad⁶⁰⁰.

Junto a estas posiciones es posible encontrar los denominados intereses colectivos, también llamados difusos. Aunque esta última denominación es confusa pues lo difuso no es el objeto de la pretensión sino la representación de dichos intereses⁶⁰¹.

Los problemas que esta última categoría ha ocasionado, han sido solucionados de diversas maneras. En unos sistemas, estos intereses colectivos han sido reconducidos a la categoría de intereses legítimos⁶⁰². En otros, la inclusión de los derechos de incidencia colectiva⁶⁰³, ha permitido reconducir estos derechos colectivos en dicha categoría, aunque en estricto sentido, existe una importante diferencia entre los derechos colectivos y aquellos denominados de

⁵⁹⁸ Gordillo, Agustín, *op. cit.* nota 594, p. III- 15.

⁵⁹⁹ Gozáini, Osvaldo, *El derecho de amparo*, 2 edición, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 115.

⁶⁰⁰ Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004, p. 123.

⁶⁰¹ Quiroga Lavié, Humberto, *El amparo colectivo*, Buenos Aires. Rubinzal Culzoni Editores, 1998. p. 90.

⁶⁰² Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *op. cit.* nota 593, p. 125.

⁶⁰³ Nos referimos a derechos tales como; el derecho a la paz, al desarrollo, a la protección del patrimonio común, al medio ambiente sano, a la autodeterminación de los pueblos, etc.

incidencia colectiva, pues los primeros solo podrían ser ejercidos por un grupo humano y no podrían ser incoados por un individuo aislado. En cambio, los segundos, pueden ser ejercidos individualmente aunque sus efectos tengan incidencia en toda la comunidad⁶⁰⁴

Volviendo a nuestro caso, el amparo en México requiere que la legitimación activa se sustente en el denominado interés jurídico, que a su vez se caracteriza por la presencia de un agravio personal y directo, que significa, entre otras cosas y de acuerdo a la caracterización que hemos realizado, una pretensión individualizada, en una o más personas, pero en cada una de ellas.

En el caso, esta condición de individualidad- exclusividad no está presente. Recordemos que en la figura del interés legítimo, la pretensión no puede individualizarse, es concurrente e inescindible. Ahora bien, la pretensión de los accionantes consistió en solicitar la construcción de una unidad de salud, es decir, de establecer un centro médico que preste servicio a toda la comunidad de Mini numá. Es evidente que la construcción del centro médico beneficiaría a todos los habitantes de la comunidad, hubieran o no sido parte en la acción de amparo. En este caso, la onda expansiva de la sentencia que eventualmente recaería, indica la indivisibilidad de la pretensión o, en otros términos, su necesaria concurrencia. Es decir que la situación de hecho y la pretensión por ella motivada, genera en los accionantes un interés legítimo y no un interés jurídico, siguiendo la clasificación comentada.

El juez, decide reconocer interés jurídico a los accionantes en lo individual y no en su carácter de representantes⁶⁰⁵.

El análisis acerca de los efectos de la sentencia permite comprender lo dicho hasta aquí. El juez afirma que con sujeción a los principios que rigen el juicio de amparo específicamente el de instancia de parte agraviada por virtud del cual

⁶⁰⁴ Sabsay, Daniel y Manili, Pablo, *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Separata, comentario al art. 43, párr. 2, Argentina, Hammurabi. 2007.

⁶⁰⁵ Sentencia de amparo 1157/2007- II, p. 34.

el amparo tiene un carácter eminentemente individualista y su finalidad se agota en conceder protección al sujeto que la solicita, el amparo solo beneficia a quienes lo solicitaron. Es decir que la sentencia que en el caso recaiga no tendrá efectos generales sino que solo protegerá a quienes solicitaron el amparo y no a quienes no fueron parte en él⁶⁰⁶.

En el caso, esta afirmación es inexacta. Y en el análisis de esta cuestión se aprecia con claridad qué tipo de posición jurídica tenían los demandantes. Es claro que la sentencia tendría efectos sobre los restantes miembros de la comunidad que no fueron “parte” en el juicio de amparo. Esta irradiación de los efectos de la sentencia, era inevitable, considerando que el bien objeto de la pretensión era indivisible o, si se nos permite, imposible de disfrutar de modo fraccionado o solo por algunos miembros de la comunidad, pues se trata de un centro médico y como tal, pasible de ser catalogado como un bien público. Esta indivisibilidad del bien objeto de la pretensión, coloca a los accionantes en el marco del interés legítimo.

Ahora bien, valdría la pena preguntarse si estas forzadas argumentaciones del juez en aras de incardinar su estudio de la legitimación activa de los accionantes en la rígida y limitada técnica del amparo tal como se encuentra hoy configurada, consistieron en errores de técnica o en una desesperada búsqueda de argumentos para evitar una decisión injusta y que dejaría a los accionantes sin el remedio que solicitaban de manera desesperada.

Podríamos también preguntarnos lo siguiente: ¿el hecho de que la naturaleza del bien objeto de la pretensión impidiera que la sentencia de amparo que eventualmente recaería, no beneficiara a personas extrañas al proceso, era razón suficiente para negar la procedencia de la acción?, ¿La irresistible expansión de la cosa juzgada motivada por la naturaleza del bien objeto de pretensión, excluye el hecho de que los accionantes y sus hijos estaban en situación potencial de sufrir un daño inminente en su salud y eventualmente en su vida? El juez pudo haberse hecho preguntas como estas y la respuesta podría haber sido la siguiente: Si bien es cierto que el bien objeto de pretensión es, en

⁶⁰⁶ *Ibidem.*, p, 33.

cuanto a su disfrute indivisible, es cierto también que las afectaciones o daños que eventualmente se pudieran producir en los accionantes y sus familias eran perfectamente divisibles, por ser su eventual padecimiento, absolutamente personal y directo.

De este modo, las licencias interpretativas que el juez pudo haberse tomado, fueron guiadas por un compromiso mayor consistente en garantizar a los accionantes el disfrute de un derecho fundamental a la salud. Antes esto, el juez entendió que, interpretaciones como las sugeridas mediando, la estricta y opresiva técnica que no permite responder a las exigencias garantistas actuales, puede eventualmente flexibilizarse. En definitiva y considerando los decesos ocurridos de manera previa a la presentación del amparo y que asimismo lo motivaran, el juez consideró que los accionantes se encontraban en peligro inminente de sufrir un daño personal y directo, entendiendo por personal, el daño que pudieran eventualmente sufrir todos y cada uno de los miembros de la comunidad por no contar con un centro médico que les brinde atención médica mínima.

4.2.2- Estudio sobre el fondo. La violación al derecho a la protección de la salud

Habiendo superado el difícil escollo referido a la legitimación activa, el juez se avocó al estudio del segundo acto reclamado en la acción de amparo consistente en la violación al derecho a la protección de la salud contenido en el art. 4 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos en perjuicio de los accionantes.

La argumentación del juez no comienza bien. Tras afirmar que el artículo 4 constitucional es una norma programática, sostiene que en ella se contiene un derecho subjetivo. Sus afirmaciones resultan contradictorias por cuanto en esencia, las normas programáticas consisten en programas para la acción

legislativa, directrices para la acción del legislador que en principio no pueden ser accionables en sede judicial⁶⁰⁷.

Esta contradicción quizás se explique por la preeminencia que todavía tiene en el medio jurídico mexicano el llamado discurso tradicional que ve en los derechos sociales más allá de la forma del enunciado normativo que los contenga, siempre y en todo lugar, una norma programática. Sin embargo, el juez se sobrepone a este titubeante inicio.

El contenido obligatorio que surge de las normas aplicables al caso fue reconstruido por el juez de la manera que a continuación explicaremos. La piedra de toque es el artículo cuarto constitucional que establece el derecho fundamental a la protección de la salud⁶⁰⁸. Como mencionamos, a pesar de establecer que este artículo contiene una norma programática, el juez fue capaz de extraer de ella un cierto contenido normativo consistente en que el Estado tiene la obligación de promover leyes reglamentarias que aseguren la adecuada atención de los servicios de salud y, por otro lado, las personas deben contar con la posibilidad de acceder a servicios de salud dignos que les atiendan en cualquier caso y bajo cualquier circunstancia⁶⁰⁹. Asimismo, de acuerdo a lo establecido por los artículos 1 y 2 apartado B párrafo tercero, que contienen respectivamente el principio general de igualdad y no discriminación y el acceso a los servicios de salud a los pueblos indígenas, el acceso a dichos servicios debe ser en condiciones de igualdad⁶¹⁰.

⁶⁰⁷ *Ibidem.* p. 44.

⁶⁰⁸ Art. 4 párrafo 3: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general conforme a lo que dispone la fracción XVI del art. 73 de esta Constitución”.

⁶⁰⁹ Sentencia de amparo 1157/2007- II. p 45.

⁶¹⁰ Art. 1 párrafo 3: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. Por su parte, el Art. 2. Apartado B párrafo 3 dispone:” Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la

En segundo término el juez cita un precedente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el ya comentado amparo en revisión 2231/1997 en el cual el Alto Tribunal estableciera que el derecho consagrado en el Art. 4 constitucional, implica, entre otras manifestaciones la recepción de medicamentos básicos y su suministro por parte de las autoridades y dependencias que prestan servicios de salud.

Posteriormente, el Juez continúa en la búsqueda de apoyo normativo para su decisión. Y Establece como fundamentos a la Ley General de Salud, de la cual innecesariamente transcribe una cantidad importante de artículos, pero de entre los cuales parece prestar especial importancia al artículo 77 del cual se extraen entre otras, las siguientes obligaciones para las autoridades: 1. De incorporar a todos los mexicanos al sistema de protección social en salud sin importar su condición social, 2. Que el servicio de protección a la salud deberá contemplar como mínimo los servicios de consulta externa en el primer nivel de atención , así como de consulta externa y hospitalización para las especialidades básicas de medicina interna, cirugía general, ginecobstetricia, pediatría y geriatría en el segundo nivel de atención y por último, 3. Para contar con esta cobertura, es requisito no ser derechohabientes de la seguridad social.

Asimismo, en el orden estatal, la ley de salud del Estado de Guerrero impone al Gobierno del Estado, la obligación de vigilar que las instituciones que presten servicios de salud en la entidad, apliquen el cuadro básico de insumos para el primer nivel de atención médica y un catálogo de insumos para el segundo y tercer nivel y de acuerdo al art. 44 de dicha ley, los servicios públicos de salud a la población en general, se prestarán a los habitantes del Estado que lo requieran y de acuerdo a los criterios de universalidad y gratuidad.

Pues bien, tal como lo afirma el juez, estas leyes establecen el entramado orgánico de acuerdo al cual se disponen las autoridades públicas que deben prestar los servicios de salud. Ciertamente estas normas hacen algo más que lo

medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación , en especial para la población infantil”.

apuntado por el juez. Pero resulta interesante señalar que a efectos de continuar apuntalando sus argumentos y en aras de establecer el contenido material del derecho fundamental a la salud y las condiciones en las cuales este debe ser cumplido, el Juez recurre a otro derecho interno pero de fuente internacional, concretamente al derecho internacional de los Derechos Humanos. Específicamente, recurre a la Declaración Universal de los Derechos Humanos artículos 7 y 25 que establecen respectivamente el principio general de igualdad y el derecho a la salud; a la Convención Americana de Derechos Humanos que en su artículo 24 recoge el mismo principio de igualdad ante la ley y a la Convención sobre los derechos del niño en sus artículos 24 y 25 que recogen diferentes especificidades referidas al derecho a la salud.

Sin embargo el apoyo normativo fundamental para el juez resulta ser el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶¹¹, específicamente su artículo 12 referido al derecho a la salud física y mental⁶¹². Lo más interesante es que el Juez entiende e interpreta este artículo a la luz del trabajo del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que funciona en la órbita de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Se trata de un órgano conformado por expertos internacionales que supervisa el cumplimiento del Pacto por los Estados Partes⁶¹³. A partir del año 1988, el Comité decidió comenzar a elaborar Observaciones Generales referidas a los derechos contenidos en el Pacto y con la finalidad de ayudar a los Estados Parte a aplicar el Pacto en sus territorios. En el año 2000, el

⁶¹¹ El Pacto fue adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 2000 A del 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976. México es parte del Pacto desde el 23 de enero de 1981.

⁶¹² Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “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 los 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”.

⁶¹³ El Comité fue establecido por medio de la resolución 1985/17 del 28 de mayo de 1985, adoptada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

Comité elaboró la Observación General N 14 referida al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud establecido en el artículo 12 del Pacto. Dejando nuevamente de lado la innecesaria transcripción que el Juez realiza de esta Observación entre las páginas 83 a 120 de la sentencia, lo más importante de señalar es, a nuestro juicio que asumiendo como lo hace el juez que los tratados internacionales suscritos y ratificados por México –como es el caso del PIDESC– son de obligatorio seguimiento de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 133 de la Constitución Política, no se está refiriendo exclusivamente al texto del Pacto sino que también entiende que la obligatoriedad se extiende a las condiciones en las cuales dicho instrumento internacional rige, considerando que la interpretación que de dicho Pacto realiza el Comité, es inescindible del texto normativo a secas. En este sentido, nuevamente el Juez ha abandonado los derroteros ortodoxos, asumiendo una posición novedosa en cuanto a la aplicación del derecho internacional de los Derechos Humanos.

Con base en todo este arsenal normativo el juez entiende que tomando en consideración el Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS), antepuesto por el Secretario de Salud del Estado para negarse a atender la solicitud de la comunidad, es cierto que la autoridad no está obligada a construir un centro de Salud en la comunidad de Mini numa por cuanto la comunidad no reúne los requisitos que dicho modelo solicita. En este sentido el Juez fue deferente con la reglamentación administrativa que establece dichos requisitos⁶¹⁴.

Sin embargo, el mismo MIDAS, dispone que para brindar atención médica a las comunidades rurales dispersas, es decir que no cumplen con los requisitos de núcleos urbanos que podrían acceder a un centro de salud, se deben construir casas de salud, es decir, efectores médicos de menor complejidad destinados a servir de enlace con los centros de salud y a prestar una atención médica primaria.

El Juez entiende que en función del plan MIDAS y de acuerdo a aquello a lo que las autoridades se han obligado, estas han sido omisas en cumplir con la construcción y atención de una casa de salud para la comunidad. De hecho, tal

⁶¹⁴ Sentencia de amparo 1157/2007- II. p. 133.

como quedó acreditado en el expediente, la casa de salud había sido construida por los habitantes de la comunidad con materiales de adobe y lámina no cumpliendo con las condiciones mínimas para que los quejosos pudieran recibir atención médica. Entre otras carencias, se señalaron: la inexistencia de agua potable, mobiliario, medicamentos, luz eléctrica entre otros insumos básicos. En tal sentido, las autoridades no han cumplido con el MIDAS.

Pero además, el Juez estimó que el centro de salud que se encuentra en la cabecera municipal de Metlatónoc y al cual deben eventualmente recurrir los habitantes de la comunidad Mini Numa para ser atendidos cuando la complejidad del padecimiento así lo requiera, tampoco cuenta con los insumos necesarios para brindar el servicio de salud adecuado, es decir, no cumple con los lineamientos establecidos en el MIDAS⁶¹⁵.

Como consecuencia de los incumplimientos establecidos por el Juez, este decide conceder el amparo a los quejosos y ordena a las autoridades cumplir con los lineamientos del MIDAS en orden a: 1) Que la casa de salud proporcionada por los habitante de la comunidad sea debidamente acondicionada, con mobiliario y medicinas y que se cumpla con la cartera de servicios establecidos en el MIDAS. Y 2) que el centro de salud de la cabecera municipal sea también debidamente acondicionado y surtido de insumos así como del personal médico adecuado⁶¹⁶.

4.2.3- Comentarios finales sobre el caso

Resulta lamentable comentar que habiendo sido pronunciada una sentencia que al día de hoy ya ha pasado en autoridad de cosa juzgada, la autoridad no le ha dado cabal cumplimiento. Amén de ello, el caso y la decisión judicial nos deben llamar la atención sobre los siguientes aspectos que consideramos relevantes.

⁶¹⁵ *Ibidem.*, p. 153.

⁶¹⁶ *Ibidem.* p. 158.

En primer lugar, la ardua argumentación del Juez para conceder legitimación activa a los peticionarios, es una muestra de la insuficiencia del interés jurídico como única posición reconocida actualmente para la procedencia del amparo. Los diversos proyectos de reformas a la ley de amparo contemplan la inclusión del interés legítimo, que, aunque todavía insuficiente, significaría un avance importante para lograr extender el ámbito tuitivo del juicio de amparo.

En segundo lugar, la interpretación acerca del contenido de los derechos fundamentales a la luz de los criterios sentados por instancias internacionales, significa otro importante avance por cuanto tiende a ampliar la plataforma argumentativa de los jueces y el ámbito protegido por cada derecho.

El caso en cuestión, que por lo menos en sede judicial llegó a buen término, nos alerta entonces acerca de la imperiosa necesidad de adecuar el juicio de amparo a una realidad que lo está superando.

5- Recapitulación

La jurisdicción constitucional ha desarrollado una interesante labor en aras a canalizar favorablemente los reclamos concernientes a derechos sociales. México no escapa a esta tendencia, aunque en la actualidad son pocos los casos en los que la jurisdicción constitucional mexicana ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los derechos sociales. La exigua cantidad de casos, no se debe exclusivamente a la poca apertura que pudieran demostrar los tribunales hacia esta clase de reclamos. Sucede que el discurso tradicional se sostiene aún sobre fuertes cimientos y ello tiende a refrenar este tipo de reclamos. Sin embargo, los casos comentados, permiten avistar un panorama de mayor apertura hacia los planteamientos jurisdiccionales sobre derechos sociales.

CUARTA PARTE

CAPÍTULO DÉCIMO

EL CONTROL JUDICIAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIALES

1 Planteamiento

En los capítulos octavo y noveno, hemos ofrecido una serie de casos tomados de diversos sistemas jurídicos a partir de cuyo estudio es posible apreciar que la articulación jurisdiccional de reclamos concernientes a derechos sociales de ninguna manera es una tarea imposible o cargada de un excesivo grado de dificultad que impida arribar a sentencias satisfactorias del derecho en cuestión. En realidad, y si es posible despojarnos de esquemas maximalista a cuya luz solo aquellos reclamos que son satisfechos de manera total son portadores de verdaderos derechos por un lado y de esquemas reduccionistas de acuerdo a los cuales los derechos posibilitan exclusivamente un curso de acción para ser satisfechos, estaremos en condiciones de apreciar que los casos estudiados, reflejan la riqueza deóntica de la que hablamos en el capítulo sexto de esta investigación. En segundo término a la luz de los casos estudiados hemos podido apreciar que surge para la justicia constitucional, un nuevo rol institucional que aquí denominaremos control de racionalidad de políticas públicas. Este nuevo rol, sin soslayar el ámbito confrontativo que siempre habilita una instancia jurisdiccional permite inaugurar canales de comunicación constitucional diferentes que a su vez habilitan nuevas vías para la eficacia de los contenidos constitucionales. A su estudio dedicaremos el último capítulo de esta investigación.

2- Concepto y determinación de las políticas públicas

Como la mayoría de los conceptos que hemos utilizado en esta investigación, el concepto de políticas públicas tiende a ser impreciso. Lahera Parada nos ofrece dos conceptos de políticas públicas, el que denomina tradicional y aquel por el cual se inclina que podríamos denominar actual. De acuerdo a la posición tradicional, las políticas públicas podrían ser definidas como “aquellas que se corresponden al programa de acción de una autoridad pública o al resultado de la actividad de una autoridad investida de poder público y de legitimidad gubernamental”⁶¹⁷. La crítica que el autor dirige contra este concepto consiste en que le asigna un papel central al Estado como si las políticas públicas fueran materia exclusiva de las autoridades públicas⁶¹⁸. En su lugar propone un concepto más integral de acuerdo al cual:

Las políticas públicas son cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo público definido en forma democrática; los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado. Una política pública de calidad incluirá orientaciones o contenidos, instrumentos o mecanismos, definiciones o modificaciones institucionales y la previsión de sus resultados. El mínimo de una política pública es que sea un flujo de información en relación a un objetivo público, desarrollado por el sector público y consistente en orientaciones⁶¹⁹.

Las políticas públicas así concebidas, son soluciones específicas acerca de la forma en que deben ser abordados los asuntos públicos determinados en la agenda pública⁶²⁰. De esta forma, la determinación de los temas que conformarán la agenda pública, determina a su vez las políticas públicas que el Estado gestionará. En un sistema democrático, los temas de la agenda pública deberían ser determinados mediante el diálogo y la discusión de modo que “la riqueza de

⁶¹⁷ Lahera Parada, Eugenio, *Introducción a las políticas públicas*, Chile, Breviarios, Fondo de Cultura Económica, 2002, p.13.

⁶¹⁸ *Ibidem*, p. 14.

⁶¹⁹ *Ibidem*, pp. 15-16.

⁶²⁰ *Ibidem*, p. 31

una sociedad se puede medir por la complejidad de su agenda pública⁶²¹. En el marco democrático, la determinación de la agenda pública es una labor compleja. Esta complejidad se encuentra determinada por la diversidad de preferencias que se deben contemplar para establecer qué temas deben integrar la agenda pública y en consecuencia, qué políticas públicas sociales deben ser abordadas y entre ellas, cuáles deben ser de atención preferente. El primer dilema es el que genera la dicotomía entre preferencias individuales o de grupo⁶²². Por otro lado, existe una amplia variedad de grupos sociales que tienen concepciones diferentes sobre el “sentido de la vida”⁶²³. En un esquema democrático o mayoritario, la determinación de esta agenda entonces dependerá de un sinnúmero de factores entre los que cabría mencionar la habilidad de los grupos para manipular las elecciones sobre la agenda a su favor, o la prevalencia que el partido político triunfador en un proceso electoral otorgue a ciertos temas de interés público.

Lo expuesto hasta aquí parecería sugerir que existe cierta imposibilidad de determinación de los temas de agenda o más bien, que estos se encuentran sometidos de manera excluyente a la discusión democrática o, lo que es lo mismo, al régimen de mayorías o al sistema de partidos.

Sin embargo, esta reseñada flexibilidad en la conformación de la agenda pública no es tal. En el capítulo quinto de esta investigación sugerimos que en el marco del constitucionalismo actual, la Constitución no solo establece como se organizará el poder y la manera en que los órganos del Estado deben tomar sus decisiones; ella establece además aquello que estos pueden y en ocasiones lo que no pueden decidir. Pero además, la Constitución establece de un modo más o menos fuerte, vías para la acción, fines cuya consecución se deben procurar o, fines constitucionales que se deben obtener, es decir, resultados que la acción de los poderes debe conseguir. Esta determinación es brindada constitucionalmente, aunque no de modo exclusivo mediante los derechos.

⁶²¹ *Ibidem*, p. 37.

⁶²² *Ibidem*, p. 45.

⁶²³ *Idem*.

Existe una muy estrecha relación entre derechos constitucionales y políticas públicas y más específicamente, entre derechos sociales fundamentales y políticas públicas sociales⁶²⁴.

En el marco de la democracia constitucional, entonces, las decisiones o las determinaciones de la agenda pública no está entregada por completo al juego democrático. Cuando la Constitución, impone a las autoridades la consecución de ciertos bienes como salud, educación, vivienda digna etc. está imponiendo temas de la agenda pública más allá de las políticas públicas de un gobierno específico y más allá también de los postulados del partido político que se encuentre al frente del gobierno. En realidad, lo que hace es establecer aquello que en términos de políticas públicas podríamos denominar políticas de Estado por cuanto trascienden a los gobiernos de turno⁶²⁵. Esta idea intenta resumir los postulados básicos de la democracia constitucional o del constitucionalismo actual y entronca perfectamente en los postulados típicamente constitucionales, por cuanto la pretensión de toda Constitución es la estabilidad o perdurabilidad, por ello, la incorporación de medios dificultados de reforma o la existencia del control judicial de la constitución que tienen como finalidad, dotar a la Constitución de esas cualidades.

Lo dicho en el párrafo anterior, de ninguna manera pretende sugerir que la agenda sobre políticas públicas sociales no pueda ser discutida por las instancias

⁶²⁴ A esta conexión se refiere Abramovich cuando afirma que “Los derechos sociales incorporados a la Constitución definen un marco para el desarrollo de políticas y servicios sociales del Estado. El reconocimiento de derecho impone al Estado obligaciones mínimas negativas tales como la prohibición de restringirlos de una manera irrazonable o de implementarlos de forma discriminatoria. En ocasiones los derechos sociales imponen obligaciones positivas, por ejemplo, brindar ciertas prestaciones o servicios a grupos sociales en situaciones de desigualdad estructural, organizar prestaciones básicas para cubrir necesidades de subsistencia, servicios de salud, o de acceso a una vivienda. También el deber de establecer regulaciones que impidan el abuso de las partes más poderosas en las relaciones contractuales entre particulares. Además obligan a respetar ciertas reglas básicas de procedimiento, que inciden en la forma de organizar un servicio y en la gestión administrativa de los programas. De allí que el margen de discrecionalidad administrativa se acota si una política actúa sobre el campo de un derecho social. Abramovich, Víctor, “El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales”, en, Abramovich Víctor, Pautassi, Laura, *La revisión judicial de las políticas sociales*, Argentina, Ediciones del Puerto, 2009, p. 1.

⁶²⁵ Véase, Lahera Parada distingue entre políticas públicas de gobierno y políticas públicas de Estado. Las políticas de Estado son aquellas que abarcan a más de un gobierno. Lahera Parada, Eugenio, *op, cit*, nota 617, p. 17.

democráticas, ni siquiera que los cuerpos políticos y de la administración pública no deban aceptar las preferencias que pudieran determinarse por la vía democrática, ni que éstos no gocen de cierto grado de discrecionalidad para el establecimiento de las políticas públicas. Lo que se quiere afirmar es que, como en todo escenario constitucional, todas las determinaciones enunciadas, deben partir de los bienes predeterminados constitucionalmente y que la agenda pública deberá necesariamente contemplar.

3- Los actores implicados en el diseño e implementación de las políticas públicas. El criterio expansivo horizontal en la fiscalización

Al inicio del punto anterior, mencionamos que el concepto actual de políticas públicas proporcionado por Lahera, es más incluyente que el concepto tradicional, pues permite incluir en el diseño y puesta en práctica de las políticas públicas a una serie de actores como la ciudadanía, los grupos sociales y el sector privado entre otros. La propuesta persigue abandonar la vieja idea de acuerdo a la cual las políticas públicas son materia exclusiva de las autoridades públicas. Esta noción permite por un lado, democratizar a las políticas públicas y por el otro, incluir como se dijo, al sector privado que, en cuanto a la gestión de ciertas políticas públicas o de ciertos aspectos de estas tiene capacidad para ayudar al Estado.

El abandono del concepto tradicional y restrictivo de políticas públicas, nos brinda cierta claridad para proponer ya no un criterio vertical de expansión del concepto en cuanto a la determinación y diseño de las políticas públicas, como el propuesto por Lahera, sino y de manera complementaria, un criterio expansivo horizontal en cuanto a la fiscalización de las políticas públicas.

Tradicionalmente los expertos en políticas públicas tienden a considerar que dicho ámbito no tiene ninguna relación o vinculación con el derecho constitucional y mucho menos con los derechos sociales fundamentales, se trataría, en palabras de Abramovich, de un “campo impermeable y refractario al

derecho constitucional”⁶²⁶. Sin embargo, por lo señalado en el punto anterior, esta exclusividad no puede ser sostenida.

Si aceptamos la ecuación propuesta de acuerdo a la cual, la Constitución establece bienes materializados en términos de derechos y estos bienes no resultan prescindibles al momento de diseñar una agenda pública que a su vez determinará las políticas públicas a confeccionar e implementar, resulta lógico sostener que las políticas públicas tienen mucho que ver con el derecho constitucional y los postulados constitucionales en cuanto a la forma en que estos determinan a aquellas por cuanto las políticas públicas deben tender a realizar los bienes objeto de los derechos.

Ahora bien, una derivación del juicio tradicional de acuerdo al cual las políticas públicas se encuentran desconectadas del derecho constitucional y de los contenidos constitucionales, ha sido el considerar que la justicia constitucional no tiene nada que decir en materia de políticas públicas. En materia de políticas sociales que implementen derechos sociales y su fiscalización por parte de la jurisdicción constitucional, el juicio ha sido aun más categórico pues si a la desconexión aludida agregamos la tradicional concepción de los derechos sociales como principios programáticos sine die destinados al legislador para que éste los desarrolle a su antojo, es fácil concluir que nada tienen que decir los jueces respecto a estos asuntos.

En el ámbito de la reflexión jurídica, Gregorio Peces Barba ofrece un ejemplo de la posición que hemos venido criticando respecto a la relación entre jueces y derechos sociales que aunque su posición no podría ser considerada como integrante del discurso tradicional, su excesiva deferencia a pretéridas concepciones, termina por acercarlo a posiciones tradicionales. Dice lo siguiente:

El juez constitucional no actúa en el marco de la voluntad política, sino que la razón de su intervención afecta a la racionalidad jurídica y se enmarca en

⁶²⁶ Abramovich Víctor, *op., cit.*, nota 624, p. 8.

el ámbito de la interpretación constitucional. Como toda norma, tiene detrás una voluntad, pero en este caso su legitimidad es racional y solo se puede justificar jurídicamente. En las constituciones sociales, sede de los derechos sociales, que no pretenden solo la libertad sino una libertad igualitaria, en relación con el juego de fuerzas –Ley, jueces-, es idéntica a las constituciones liberales. Pero en el ámbito de la igualdad como diferenciación, sede de los derechos sociales, la primacía de su desarrollo corresponde a la Ley y el papel del juez es subordinado en algunos aspectos esenciales. Con la autorización de la Ley, actúan los reglamentos para la creación y el funcionamiento de los servicios encargados de la procura existencial, que distribuyen con los presupuestos los medios económicos. Las razones de esta primacía de la ley son las siguientes: 1. El contexto de escases que supone administrar medios limitados sobre los cuales hay que tomar decisiones generales, 2. La competencia exclusiva del Gobierno y del Parlamento en la elaboración y aprobación del presupuesto y el destino de los fondos públicos y 3. La necesidad de tener una visión sistemática y general de las cuantías y de los afectados por la satisfacción de las necesidades básicas. El juez puede intervenir en el caso concreto, pero no debe, en este ámbito, establecer decisiones que puedan tener un efecto imitativo ni servir de precedente a modificaciones de la distribución general de fondos, lo que podría perjudicar al conjunto de beneficiados por los derechos sociales⁶²⁷

Lo dicho por Peces Barba merece algunos comentarios. Podríamos decir que compartimos la precaución respecto al rol del poder judicial en relación a su actuación en materia de derechos sociales, pero no coincidimos con el quietismo con el que al parecer los jueces tendrían que actuar y sobre todo, con ciertos juicios vertidos que a nuestro modo de ver deben ser corregidos o precisados. La modificación de algunas de sus opiniones permitirá ofrecer un resquicio para la actuación de la justicia constitucional que pretendemos postular en este trabajo.

La primacía que Peces Barba concede a la ley se apoya en las tres razones que ofrece. Si bien, todas ellas tienen cierto peso y deben ser contempladas, su impacto debe ser morigerado. En primer lugar, el contexto de escases en el que opera el legislador –o el administrador- no dice absolutamente nada respecto a la

⁶²⁷ Peces Barba, Gregorio, *La Constitución y los Derechos*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 163-164.

función del juez constitucional en cuanto a si debe actuar o no en materia de derechos sociales, en todo caso, podría ser eventualmente una razón que las autoridades aleguen ante el llamamiento jurisdiccional. Normalmente, ese contexto es el que impera y no solo respecto a los derechos sociales. Pero esa realidad no concede una carta blanca a los poderes políticos respecto a la realización o no de los derechos. La situación de escases nunca puede significar la lisa y llana libertad de parte de esos poderes para la realización de los derechos. En todo caso, la situación concreta de escases debe ser acreditada por las autoridades y el juez constitucional se encuentra habilitado en términos competenciales para verificar dicha situación.

En relación a la competencia exclusiva del Gobierno y el Parlamento en la elaboración del presupuesto, diremos que efectivamente ello es así. Sin embargo, ello tampoco dice nada respecto a si el juez constitucional carece de facultades para fiscalizar el cumplimiento de políticas públicas generadas a partir de los fondos destinados por las autoridades políticas en el presupuesto para tal fin.

Por último y en relación a la carencia de visión comprensiva de los jueces a la que pareciera aludir Peces Barba y que fuera comentada en el capítulo segundo de este trabajo, dicha visión es propia de los cuerpos políticos sí, pero ya hemos dicho que no es correcto desde un punto de vista fenomenológico que los jueces no contemplen en sus decisiones los efectos generales. En todo caso, y dado el carácter *prima facie* de los derechos, el momento en el cual la posible afectación general ocasionada por dar solución a situaciones de afectación de derechos sociales, puede ser el estrado de la justicia constitucional y esa afectación deberá ser alegada y probada por las autoridades. Posteriormente el juez deberá valorar y decidir. Pero de ninguna manera, esa afectación se puede predicar en abstracto.

Peces Barba pide un imposible: que el juez constitucional procure que sus decisiones no tengan un efecto imitativo y/o servir como precedente a modificaciones de la distribución general de fondos. En primer lugar, en ocasiones ello no depende del juez constitucional sino del sistema en el cual este desarrolle

su actividad y de los efectos que cada ordenamiento disponga para las decisiones de la justicia constitucional, amén de otras cuestiones relacionadas con la tradición jurídica que determinen la influencia de los precedentes más allá de si son obligatorios o no. Por otro lado, es posible sugerir que las decisiones que el juez constitucional adopte pueden tener, además de un efecto imitativo, un cariz ejemplificador. Pues como veremos a continuación, en ocasiones la justicia constitucional puede ofrecer argumentos para mejorar la implementación o prestación de los servicios implicados en una política pública y en este sentido, sería deseable que la administración siga los lineamientos ofrecidos por la justicia.

En nuestra opinión, sostener los juicios limitativos que hemos venido comentando es propio de una actitud inconsistente con las características del constitucionalismo en la actualidad y con el rol que la justicia constitucional viene realizando a la luz de su redimensionamiento institucional explicado en el capítulo séptimo. Afirmar que la justicia constitucional no tiene nada que decir respecto a la labor del legislador y del poder administrador en cuanto a la realización de derechos sociales a través de la elaboración de políticas públicas sociales, significaría postular que ciertos segmentos de la Constitución y especialmente ciertos derechos fundamentales quedan fuera del espectro de acción de la jurisdicción constitucional o, en otros términos, que el máximo intérprete constitucional, no puede interpretar la Constitución en su completitud.

Lo dicho hasta aquí es avalado por ciertos sectores de expertos en materia de políticas públicas que al analizar los aspectos de fiscalización de las políticas públicas, ya no solo contemplan la fiscalización interna ejercida por diversos comités, o la fiscalización política que pueden desempeñar los parlamentos, sino que incorporan al poder judicial como agente fiscalizador e inclusive le conceden un rol superlativo en relación al control de los niveles de corrupción que pudieran presentarse en la implementación de las políticas públicas⁶²⁸. En tal sentido, Lahera Parada establece:

⁶²⁸ Lahera Parada, Eugenio, *op. cit.*, nota 617, p. 173.

La calidad del sistema judicial es determinante de la puesta en práctica de las políticas públicas, especialmente cuando no existan instancias de lo contencioso administrativo. El poder judicial provee el cumplimiento coercitivo de las políticas públicas, Sin embargo es necesario evitar la judicialización de dichas políticas, Las modalidades de aplicación de las políticas públicas pueden ser modificadas por procesos o fallos judiciales. Los niveles de corrupción están condicionados por la calidad del sistema judicial⁶²⁹.

A continuación ofreceremos un escenario posible para la actuación de la justicia constitucional en pos de controlar la racionalidad de las políticas públicas, es decir, la adecuación entre los medios discrecionalmente determinados por las autoridades públicas al diseñar políticas públicas, en relación a los fines que por imperativo constitucional, se deben realizar.

4- La justicia constitucional y el control de las políticas públicas

Bajo la denominación de “diversos ámbitos y alcances de las intervenciones judiciales” en materia de políticas públicas, Víctor Abramovich nos ofrece una clasificación de las vías de acción que los jueces de diversos sistemas jurídicos han seguido en materia de fiscalización del diseño e implementación de las políticas públicas sociales⁶³⁰. Con base en los casos tratados en los capítulos octavo y noveno de esta investigación, ejemplificaremos los diversos ámbitos que postula para lo cual procederemos a realizar algunas modificaciones al esquema original.

⁶²⁹ *Idem.*

⁶³⁰ El esquema propuesto por el autor se compone de la siguiente manera: a- decisiones judiciales que invaliden políticas sociales por ser contrarias a estándares jurídicos, b- decisiones judiciales que disponen la implementación de políticas públicas definidas por las instancias políticas y no ejecutadas por las burocracias inferiores o locales, c- decisiones judiciales que obligan a definir políticas públicas o emprender reformas estructurales de los sistemas de protección social a partir de la aplicación directa de normas constitucionales, d- decisiones judiciales que reconfiguran aspectos parciales de las políticas públicas o de los sistemas de protección social en curso, obligando a extenderlos alcances de las prestaciones y servicios a supuestos no contemplados y beneficiarios excluidos, e- decisiones judiciales que ordenan reformular los procedimientos para la elaboración o implementación de políticas, los espacios de participación o los niveles de información pública disponible sobre ellas. Abramovich, Víctor, *op., cit.*, nota 624, p. 50.

4.1 Invalidación de políticas públicas sociales

Mediante este curso de acción, los jueces pueden invalidar políticas públicas en su totalidad o en aspectos particulares, por contravenir parámetros jurídicos normativos superiores. Se trataría de decisiones jurisdiccionales que invaliden leyes contrarias a la Constitución que habiliten a su vez diseños de políticas públicas inconstitucionales o que invaliden reglamentos administrativos que no respetan los patrones señalados en la misma constitución o en leyes.

La sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T- 177/99 dictada en la causa “*X contra la Secretaría de Salud Pública de la Municipalidad de Cali s/Acción de tutela*” que fuera comentada en el numeral 4.1 del capítulo octavo, nos permite ejemplificar esta vía de acción.

El caso trata sobre la acción de tutela que presenta X en representación de Y, enfermo de sida a quien se le había negado asistencia en un Hospital dependiente de la Municipalidad de Cali. La negativa fue reiterada por cuanto se verificó en una primera oportunidad en la que se le negaron tanto la internación como la provisión de retrovirales, y ante la segunda solicitud de asistencia que realizaron los demandantes, Y fue admitido bajo la advertencia de que no se le suministrarían los medicamentos ni los insumos médicos necesarios para el tratamiento de la enfermedad⁶³¹.

De acuerdo a las constancias del expediente, Y padecía de una enfermedad degenerativa y mortal que lo colocaba en la posición de disminuido físico, condición que le había imposibilitado trabajar durante el año previo a la presentación de la demanda judicial, en consecuencia, carecía de ingresos para adquirir lo necesario para su dolencia. Asimismo carecía de un entorno familiar con posibilidades económicas para asistirle.⁶³²

La autoridad administrativa adujo como razón para no prestarle la atención solicitada que Y estaba afiliado al sistema de salud, pero no en el régimen

⁶³¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 177/99, Antecedentes, numeral 1, párrafo 2.

⁶³² *Ibidem*, numeral 2.2, párrafo 1.

denominado subsidiado que le hubiera permitido acceder a las prestaciones solicitadas⁶³³. Aquí vale la pena detenerse en una breve explicación acerca del sistema de salud que rige en Colombia. La Constitución le asignó a las entidades territoriales la ejecución de la política social de carácter asistencial. Una ley posterior obliga a estas entidades para la consecución del fin constitucional, a determinar un proceso de focalización por el cual se garantice que el gasto social se signará a la población más pobre y vulnerable. En seguimiento a esta norma, el órgano denominado “Consejo Nacional de Política económica y social” (Conpes) tiene la función de establecer cada tres años, los criterios en función de los cuales se procederá a la determinación, identificación y selección de los beneficiarios que serán incluidos en el SISBEN (sistema de beneficiarios) y que en consecuencia podrán gozar de la ayuda social. En ejercicio de esta facultad, el Conpes dictó el “Documento conpes social No 22” en el cual determinó que la selección de beneficiarios del SISBEN se haría mediante dos criterios de focalización: geográfica e individual. La focalización geográfica consiste en la localización de las áreas geográficas más necesitadas para aplicar en ella programas de política social en áreas tales como infraestructura, servicios públicos domiciliarios y saneamiento ambiental entre otros⁶³⁴. La focalización geográfica no siempre sirve para identificar a los necesitados y entonces debe ser complementada con el criterio de focalización individual consistente en la confección de un cuestionario denominado “Ficha de clasificación socioeconómica de hogares, familias e individuos” mediante el cual se recaban datos acerca de ingresos, empleo y características de la vivienda de las personas entre otros y que permite la identificación de beneficiarios de los programas de auxilio para ancianos y del régimen subsidiado de seguridad social en salud⁶³⁵.

Una vez recolectada la información de los potenciales beneficiarios, se les asigna un puntaje de acuerdo a la siguiente tabla:

⁶³³ *Ibidem*, numeral 2

⁶³⁴ *Ibidem*, numeral 2.2.a párrafos 9 y 10.

⁶³⁵ *Ibidem*, numeral 2.2.a párrafo 11.

Nivel de Pobreza	Zona Urbana	Zona Rural
SISBEN 1	0 – 36	0 - 18
SISBEN 2	37 – 47	19 - 30
SISBEN 3	48 – 58	31 - 45
SISBEN 4	59 – 69	46 - 61
SISBEN 5	70 – 86	62 - 81
SISBEN 6	87 – 100	82 - 100

Ahora bien, según lo determinó el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en su Acuerdo 77 artículo 9, solo serán beneficiarios del régimen subsidiado de seguridad en salud, la población pobre que no tiene capacidad de pago para cotizar en un régimen contributivo. De acuerdo a la reglamentación mencionada, se presupone que el grupo que se encuentra en esa situación es el que de acuerdo al puntaje obtenido luego de la focalización individual sea ubicado en los niveles 1 y 2 del SISBEN.⁶³⁶

Volviendo a nuestro caso, la razón por la cual a Y le fuera negada la atención es que en función a la política social diseñada desde las instancias administrativas, Y , luego de ser visitado y encuestado, fue ubicado en el nivel 5, es decir, en los niveles en los cuales ya no se gozaba de asistencia gratuita sino mediando cotización⁶³⁷.

Lamentablemente, Y falleció pocos días después de la presentación de la acción de tutela, por lo que el proceso instaurado careció de objeto. Sin embargo, debido a que la Corte entiende que Y no recibió la atención adecuada por que le fueron violados sus derechos fundamentales y con ánimo ejemplificador, y para

⁶³⁶ *Ibidem*, numeral 3

⁶³⁷ *Ibidem*, numeral 2.

que este tipo de violaciones tan gravosas no se sigan produciendo, decide pronunciarse sobre el fondo del asunto⁶³⁸.

La Corte encuentra que la atención que Y requería para su dolencia, le debería haber sido suministrada por cuanto tanto la Constitución como las leyes vigentes confieren especial protección a las personas que padecen sida. Específicamente, el artículo 91 de la Constitución que establece los principios de solidaridad y respeto por la dignidad de las personas, y la ley 100 de 1993 que establece la asistencia básica en salud que será gratuita y obligatoria a través del establecimiento del Plan obligatorio de salud. Este plan tendrá como prioridad la educación y el fomento de la salud, el control del consumo de tabaco y alcohol y sustancias psicoactivas, la complementación nutricional y la planificación familiar. Asimismo atenderá la prevención, detección precoz y control de enfermedades transmisibles como el sida⁶³⁹.

Con base en estas razones normativas, la Corte Constitucional de Colombia se pregunta si la reglamentación administrativa en virtud de la cual se ubicó a Y en un nivel que no le permitió acceder a las prestaciones requeridas y debidas, es eficiente en términos de razonabilidad, es decir, si ella permite otorgar la cobertura a las personas que realmente la necesitan y a quienes les es debida en función de la normativa constitucional y legal. Su respuesta es contundentemente negativa:

Basta este breve resumen de la regulación administrativa aducida por la autoridad demandada para procurar que se juzgue legítima su actuación respecto a Y, para señalar que ella: a) es ineficiente; b) contraría el orden público de la salud en materia de prevención, diagnóstico y tratamiento del sida; y c) da lugar a violaciones sistemáticas del derecho fundamental a la igualdad. La regulación del SISBEN es ineficiente para detectar a las personas pobres que, además, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta debido a las enfermedades que las aquejan, por ejemplo Y, por la simple razón de que no fue diseñada para permitir identificarlas. Ni la estratificación socioeconómica ni la focalización individual -que da cuenta del empleo, el ingreso y las características de la vivienda-, fueron

⁶³⁸ *Idem.*

⁶³⁹ *Ibidem*, numeral 2.2.b.

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; de hecho, el Secretario de Salud de Cali pudo -aunque no lo hizo-, haber practicado las encuestas a Y una y mil veces sin que el resultado variara, mientras el evaluado pasaba de persona expuesta al riesgo de contagio, a portador asintomático, y luego a enfermo de sida y a moribundo, porque 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. Tampoco con esas pruebas clasificó, ni podía calificar como beneficiaria del programa de auxilios para ancianos indigentes, la madre de Y. 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. La regulación del SISBEN es ineficiente, por la misma razón por la que resulta contraria al orden público de la salud, no sólo en materia de sida, sino en todo lo que tiene que ver con la prestación del servicio público de atención en salud a la población pobre: el Estado, a través del CONPES, en su afán por focalizar la política social en proteger a aquellas personas que por su condición económica se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta, ignoró otra obligación -igualmente importante-, que debe cumplir como parte de esa política social: proteger especialmente a aquellas personas que, a más de una condición económica precaria, tienen una condición física o mental que, por sí sola, les pone en innegable circunstancia de debilidad manifiesta. La regulación del SISBEN es ineficiente y contraria al orden público de la salud, por las mismas razones que la hacen dar lugar a violaciones sistemáticas del derecho a la igualdad: a) no permite recolectar los datos relevantes para diferenciar las personas que están expuestas al riesgo de sufrir una u otra enfermedad, de las que han sido efectivamente contagiadas o contraído la enfermedad por otra vía, y no posibilita distinguir entre las personas que sufren un padecimiento, a las afectadas de manera temporal de las enfermas crónicas, permanentes y terminales; de esa manera, el funcionario departamental o municipal encargado de decidir a quiénes se otorgará la calidad de beneficiarios del régimen subsidiado de seguridad social en salud, no puede -aunque quiera hacerlo-, promover *"las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva"*, ni adoptar *"medidas a favor de grupos discriminados o marginados"*; b) hace nugatorio el derecho de defensa de quienes resultan discriminados o pertenecen a uno de los grupos que lo vienen siendo, pues para cambiar su calificación, sólo les permite solicitar una nueva aplicación de los mismos formularios, que no puede arrojar resultados distintos a los originales hasta que el daño sea irremediable. En el caso de Y, el paciente murió sin el tratamiento médico que requería, y sin que variara para nada su calificación como aspirante a beneficiario del SISBEN; más aún, si se

vuelven a aplicar los cuestionarios a su anciana madre, ésta tampoco ahora calificaría para beneficiaria⁶⁴⁰.

En las consideraciones expuestas, de manera resumida diremos que la Corte entiende que el sistema establecido por la reglamentación administrativa no permite identificar a las personas necesitadas, es decir, resulta inservible para cumplir con los fines constitucionales y legales a los cuales debe propender.

En sus puntos resolutivos se encuentran los aspecto más interesantes en relación a lo que hemos venido diciendo en este capítulo, en atención a que esta clase de control o fiscalización sobre las políticas públicas permite redefinir los roles institucionales de los jueces y materializa las limitaciones impuestas constitucionalmente que afectan a la discrecionalidad administrativa en el diseño de las políticas públicas:

PREVENIR al representante legal del Hospital Universitario del Valle para que esa institución no vuelva a negarle a los enfermos de sida que carecen de medios económicos para pagar por su tratamiento y no son afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, la atención médica que requieren, so pena de las sanciones previstas en el Decreto 2591 de 1991 para el desacato.

PREVENIR al Secretario Municipal de Salud Pública de Cali para que no vuelva a negar la calidad de beneficiarios del sistema subsidiado de seguridad social, a quienes, siendo pobres, constitucionalmente tienen derecho a una protección especial en materia de salud, so pena de las sanciones previstas en el Decreto 2591 de 1991 para el desacato.

ORDENAR al CONPES que proceda a revisar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de este fallo, el sistema de selección de los beneficiarios del régimen subsidiado de la seguridad social en salud (Ley 100/93 arts. 211-217), a fin de garantizar que su aplicación no dé como resultado, la violación sistemática de los derechos fundamentales de los

⁶⁴⁰ *Ibidem*, numeral 2.2.a.

titulares de ese derecho que, enfermos, no pueden pagar por el diagnóstico y tratamiento de la clase de enfermedad epidémica que sufrió Y⁶⁴¹.

4.2 Implementación de políticas públicas definidas pero no ejecutadas

Este supuesto abarca los casos en los cuales la propia administración ya ha diseñado políticas públicas que, por razones diversas no implementa. Los casos tratados que nos permiten ejemplificar esta vía de acción son los casos Viceconte y Mini Numa abordados en los numerales 5.4 del capítulo octavo y 4 del capítulo noveno. En ambos, la justicia no estableció obligaciones en cabeza de la administración generadas ex novo o por imaginación judicial. Lo que permite vincular ambos casos es que en ellos, la justicia conminó a las autoridades a cumplir con obligaciones que surgen de políticas públicas diseñadas por ellas y a cuya consecución se habían obligado.

En el caso Viceconte que trató acerca de la construcción interrumpida de un laboratorio destinado a la fabricación de una vacuna para luchar contra una enfermedad denominada fiebre hemorrágica argentina, el tribunal que resolvió sentó esta idea con claridad:

Que surge claramente de autos, que el Estado Nacional, a través del ministerio demandado ha asumido el compromiso de producir la aludida vacuna a efectos de combatir la fiebre hemorrágica argentina. La cuestión a decidir radica entonces en determinar si la demandada ha cumplido puntualmente con sus obligaciones o si, por el contrario, ha incurrido en omisiones lesivas del derecho a la salud de la población potencialmente afectada por la mentada enfermedad⁶⁴²

⁶⁴¹ *Ibidem*, decisión.

⁶⁴² Cámara Contencioso Administrativa Federal, sala V, Viceconte, María Cecilia c/ Estado Nacional- M de Salud y Acción Social- s/ amparo ley 16.986, considerando XII.

En el caso conocido como Mini Numa, el juez nuevamente no se avocó a diseñar una política pública, lo que hubiera claro excedido su competencia. Tampoco reestructuró el diseño de la política por no responder esta a los lineamientos establecidos desde por ejemplo los parámetros constitucionales. Los lineamientos y las obligaciones de las autoridades administrativas ya estaban establecidas en la Constitución y prediseñadas y legislativamente, La argumentación del juez se encaminó a explicar a las autoridades que en función de las determinaciones normativas preexistentes. Ellos estaban obligados a llevar adelante un determinado curso de acción.

4.3 Redefinición de políticas públicas excluyentes

En ocasiones, la actividad de control desempeñada por los jueces constitucionales ha llevado a invalidar normas secundarias que han permitido desarrollar políticas públicas excluyentes en relación a ciertas personas que no cumplían ciertas características o requisitos necesarios para ser abarcados por el supuesto normativo. En consecuencia, esta invalidación de la norma que sustenta la política pública ha ocasionado la redefinición de la política pública resultado de esa norma.

El caso del Tribunal Constitucional Español resuelto por la sentencia 103/83 resolvió la cuestión de constitucionalidad planteada y en la cual se objetó la constitucionalidad de una norma de la seguridad social que imponía a los viudos una serie de requisitos adicionales para gozar de la pensión de viudedad que en relación a lo que se establecía para los viudos, el Tribunal Constitucional decretó la inconstitucionalidad de dicha norma por considerar que era discriminatoria en relación a los viudos. Si bien la resolución carece de efectos generales y por tanto se podría dudar de los efectos de la misma para redefinir la política pública en materia de seguridad social, sería deseable que la administración aceptara el criterio constitucional ofrecido por el Alto Tribunal.

El amparo en revisión 2543/1998 resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, presenta importantes similitudes con el caso anterior. La Corte resolvió que violaba el principio de igualdad, una norma de la ley del ISSSTE que establecía requisitos más gravosos para que los esposos de las trabajadoras mujeres pudieran gozar de cobertura médica que en relación a los requisitos que la misma norma establecía para que las esposas de los trabajadores hombres gozaran de idéntica prestación. En este caso al igual que en el anterior, en función de los efectos particulares de la sentencia de amparo, la fuerza del caso es menor como para modificar la política pública aludida. Sin embargo nuevamente es preciso señalar que la jurisdicción constitucional está ofreciendo a los legisladores un criterio constitucional sobre el cual deberían incardinar posteriores reformas.

4.4 Reformulación de procedimientos para la implementación de políticas públicas

Esta especie comprende los casos en los cuales la justicia “no obliga a crear un sistema de prestaciones sociales o una nueva política respecto de una cuestión no cubierta por la acción pública, sino que reconfigura o modifica parcialmente aspectos de una política pública o de un sistema de asistencia social en ejecución”⁶⁴³.

El caso “Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation” fallado por la Corte Constitucional de la India y que fuera analizado en el punto 3.2.1 del capítulo octavo, nos ofrece un ejemplo de esta forma de acción de los jueces constitucionales frente a las políticas públicas. La Municipalidad de la Ciudad de Bombay había decidido, llevar adelante una política pública de mejoramiento de la urbanización de la ciudad. Para ello, era preciso desalojar de las calles a aquellas personas que, durante varias decenas de años y con motivo de las migraciones

⁶⁴³ Abramovich, Víctor, *op., cit.*, nota 624, p. 54.

internas que habían ocasionado que los habitantes de zonas rurales se trasladaran a la Ciudad en busca de mejores oportunidades vitales, se habían asentado paulatinamente en ellas y relocalizarlas en sus zonas rurales de origen. La gravedad del caso se puede apreciar si se considera que muchas de las construcciones realizadas en las aceras no eran precisamente transitorias y por otro lado, que la permanencia de las personas a desalojar y relocalizar se debía a que en la Ciudad habían encontrado sus medios de subsistencia. La relocalización implicaba privarlos de dichos medios.

La Corte Constitucional no objeta la política en términos generales, sino la forma mediante la cual ésta se estaba llevando a cabo. Específicamente la ausencia de debido proceso. Por ello, lo que el Tribunal hace, es someter la política pública a criterios procesales acordes con los mandatos constitucionales. Así, estableció medidas como las ya comentadas: establecimientos de albergues transitorios hasta que se efectivice la relocalización, indemnizaciones para ciertos casos, prohibición de realizar los lanzamientos en épocas de monzones y sobre todo, citar debidamente a los afectados por la medida, notificarles debidamente la misma y otorgarles derecho de audiencia con la finalidad de que las personas puedan manifestar lo que convenga a su interés.

La Corte Constitucional de Colombia en la causa “*Rosa Delia Pico Delgado c/ la Secretaría Municipal de Salud de Barrancabermeja*” resuelto en la sentencia T- 884/03 que comentáramos en el punto 4.2 del capítulo octavo, procedió a modificar ciertos aspectos de una política de salud.

Nuevamente la Corte Constitucional se pronuncia acerca de la ineficiencia de una política pública determinada tal como lo hiciera, aunque con alcances diversos, en el caso resuelto mediante la sentencia T- 177/99 ya comentado.

Los hechos del caso fueron los siguientes. La Sra. Rosa Delia Pico Delgado sufría de una dolencia auditiva grave que requería medicación y cirugía y que le

producía dolor constante e incapacidad de trabajar⁶⁴⁴. Ella pertenecía al SISBEN (Sistema de Beneficiarios de Programas Sociales) en el nivel socioeconómico 2 y por tanto, tenía derecho a percibir el tratamiento para su dolencia

A pesar de contar con la afiliación aludida, la demandante no fue atendida inicialmente aduciendo las autoridades diversas razones de tipo administrativo. Lo que produjo una mora en la atención médica requerida. Ante estas negativas, la Sra. Pico Delgado presentó acción de tutela. Luego de presentada esta acción judicial, la demandante comenzó a recibir la atención médica solicitada. Por esta razón, el juez de primera instancia denegó la acción de tutela y específicamente por considerar que la mora en la práctica del tratamiento médico se había debido a la ausencia de solicitud de la propia accionante⁶⁴⁵.

Como en el caso de la sentencia T 177/99, en la cual la causa se había quedado sin objeto pues la persona había fallecido, en este caso, cuando la Corte decide entender en la tutela, también existía carencia de objeto debido a que la Sra. ya había comenzado a recibir el tratamiento requerido. Sin embargo, y al igual que en el caso anterior, la Corte decide entender de la tutela por considerar que había existido violación de los derechos fundamentales de la demandante y que con efecto preventivo -para que dicha violación no vuelva a cometerse en casos similares futuros-, resulta necesario pronunciarse acerca de la incorrección de la política pública en el aspecto de su implementación que propiciara la violación.

En este caso, la Corte apunta su mirada ya no sobre ciertos aspectos regulativos que instrumentan una política pública, sino sobre los procedimientos que siguen los agentes del sector público salud para canalizar adecuadamente a las personas necesitadas de atención. Es allí en donde radica la causa de la demora en la atención debida a la demandante.

Para analizar las prácticas o procedimientos administrativos que motivaran la demora, la Corte toma como punto de referencia normativo a la Observación

⁶⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 177/99, numeral 1.1.

⁶⁴⁵ *Ibidem*, numeral 4.

General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que ofrece la interpretación que dicho comité ofrece del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (mismo documento del cual parte el juez del caso Mini Numa). En dicha observación, el Comité establece el concepto de accesibilidad a los servicios de salud que los Estados deben procurar. La accesibilidad tiene cuatro dimensiones superpuestas:

1. La no discriminación, según la cual los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles *“a los sectores más vulnerables y marginados de la población”*, sin que pueda haber discriminación en razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/sida), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud.

2. La accesibilidad física, componente que obliga, de un lado, a que los establecimientos, bienes y servicios de salud deban estar al alcance, desde el punto de vista geográfico, a todos los sectores de la población, en especial los que han sido tradicionalmente excluidos; y del otro, que *“los sectores médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua potable y los servicios sanitarios adecuados, se [encuentren] a una distancia geográfica razonable”*.

3. La accesibilidad económica, también denominada asequibilidad, entendida como la obligación de fijar los costos del servicio de salud bajo un criterio de equidad, bien si la atención es suministrada por entidades públicas o por privadas. La asequibilidad, igualmente, *“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”*.

4. El acceso a la información, consistente en el *“derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud”*. El ejercicio de este derecho, a juicio del Comité, se realizará sin perjuicio de la protección de la confidencialidad de los datos personales relativos al estado de salud de las personas⁶⁴⁶.

⁶⁴⁶ *Ibidem*, numeral II, 8

La Corte entiende que los inconvenientes que se presentaron en el caso, contradicen las dimensiones expuestas acerca de la accesibilidad a los servicios de Salud. Específicamente, el principio de accesibilidad fue vulnerado en sus variantes de no discriminación y acceso a la información⁶⁴⁷. Nos interesa detenernos en la violación al principio de accesibilidad en su variante de acceso a la información. El Tribunal comprende que las demoras en el tratamiento, que de por sí implican una violación a los derechos fundamentales de la demandante, se debió a que en ninguna de las diversas instancias a las cuales se acercó a solicitar la atención, le fue debidamente informado el procedimiento que debía seguir para obtener la satisfacción a su pedido. Esta falta de información, en muchos casos como en éste, hace verdaderamente nugatorio el disfrute del derecho a la salud.

Con base en las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional resolvió por un lado, confirmar la sentencia del a- quo pero además, prevenir a la autoridad administrativa para que en el futuro den estricto cumplimiento a sus obligaciones relativas a la atención de la salud de la población⁶⁴⁸.

5- Relaciones entre la estructura de los derechos sociales y las vías de acción para la jurisdicción constitucional en ejercicio del control de políticas públicas

El esquema propuesto por Abramovich que hemos seguido en la sección anterior con leves modificaciones, nos ha permitido comprobar que la articulación jurisdiccional de derechos sociales abre una nueva vía de acción para la justicia constitucional en materia de control o fiscalización de políticas públicas sociales.

Sin embargo, del análisis generado no resulta posible obtener un juicio plausible acerca de la corrección constitucional de la actuación de la justicia constitucional en este campo, si bien y como lo hemos considerado, existen

⁶⁴⁷ *Ibidem*, numeral II, caso concreto.

⁶⁴⁸ *Ibidem*, resolución, punto resolutivo segundo.

fuertes razones para apoyar esta actividad jurisdiccional. La clasificación adoptada, ha sido generada a partir de la práctica de los tribunales pero esta debe ser contrastada con las normas de los diversos sistemas en los que operen los órganos de justicia constitucional y que habilitarían los cursos de acción adoptados. Por ello es necesario destinar algunas explicaciones referentes a la actuación de los jueces en relación a la estructura de las normas de derechos sociales que oportunamente analizáramos en el capítulo sexto de esta investigación, especialmente con la clasificación que distingue entre normas de acción y normas de fin.

De acuerdo a lo visto al explicar la estructura de las normas de derechos sociales, afirmamos que los derechos ofrecen un haz de posiciones jurídicas que se cristaliza a partir del paso de la generalidad con la cual los derechos son enunciados a la concreción de las diversas posiciones explicitadas principalmente a partir de la labor interpretativa.

Las opciones de concreción sobre todo de cara a la labor de los jueces se encuentra mediada por las variables vinculante/no vinculante, subjetivo/ objetivo, definitivo/ prima facie. Asimismo, los límites impuestos a la actividad jurisdiccional sobre todo de cara a la deferencia que deben tener hacia la actuación de los restantes poderes, están esbozados por la distinción entre normas e medios y normas de fin.

Anteriormente establecimos que las normas pueden ser enunciadas bajo la forma de reglas y de principios. A su vez dijimos que las reglas pueden subdividirse entre reglas de acción y reglas de fin. Por su parte los principios pueden ser sub clasificados en principios en sentido estricto y directrices, estableciendo los primeros una conducta y los segundos una finalidad. Cruzando el esquema sugerido, las reglas de acción y los principios en sentido estricto establecen una conducta determinada o determinable. Las reglas de fin, y las directrices no determinan la conducta del destinatario; ambos tipos de normas establecen fines. Las primeras enlazan la consecución del fin a un calificativo

deóntico, es decir, que dado el estado de cosas establecido por la norma, el fin debe ser perseguido. Solo dejan librada a la discrecionalidad técnica del agente la selección de los medios (ello, en función de la indeterminación de la conducta). Las directrices por su parte no determinan de antemano las condiciones de aplicación o el estado de cosas que debe detonar la consecución del fin. Por ello, el momento de su consecución queda librado a la decisión del agente quien en ese caso gozaría de discrecionalidad política. Adelantamos en el capítulo sexto que posiblemente los límites para la actividad jurisdiccional se encuentren en el control sobre la ejecución de las directrices.

Combinando el esquema estructural propuesto para los derechos con las vías de acción para la jurisdicción constitucional en materia de control de las políticas públicas, podemos ofrecer el siguiente análisis:

En los casos de invalidación de políticas públicas analizados, vimos que en cumplimiento de los fines constitucionales tendientes a brindar la protección a la salud de las personas, las autoridades legislativas dictaron leyes que establecieron reglas de acción y de fin y la autoridad administrativa implementaron reglamentaciones para dotar de mayor eficacia a los contenidos constitucionales y legislativos. El accionar de la justicia constitucional se centró en el control de racionalidad de los medios empleados, es decir, en verificar si los medios implementados por las autoridades administrativas eran los aptos para cumplir los fines constitucionales y las reglas legales. Al concluir que el sistema no era apto, ordenó a la autoridad a revisar la reglamentación administrativa. En este caso, el accionar de la justicia constitucional no fue invasivo con respecto a las facultades de la autoridad administrativa.

Los casos referidos a implementación de políticas públicas no ejecutadas, no revisten complicación alguna puesto que la jurisdicción constitucional actuó en función a principios y reglas de acción preexistentes e incluso, solo se limitó a obligar a la administración a implementar los medios que en ejercicio de la

discrecionalidad técnica, la propia administración había diseñado y se había autoimpuesto.

Los casos sobre redefinición de políticas públicas excluyentes versaron sobre la utilización por parte de los tribunales de principios en sentido estricto para resolver acerca de la invalidez de las normas secundarias sobre cuya base se habían estructurado políticas públicas de seguridad social. En los casos analizados, el principio en cuestión es el de no discriminación.

Por último, en la vía de acción consistente en la reformulación de los procedimientos de implementación de las políticas públicas, los jueces se avocaron a someter la implementación de una política pública a las vías de acción indicadas por principios en sentido estricto (debido proceso en el caso de la India y accesibilidad vinculada a la protección de la salud en el caso colombiano) y a racionalizar los medios que en ejercicio de su discrecionalidad técnica las autoridades habían determinado por cuanto estos no permitían cumplir con los fines constitucionales y legales.

6- El control de las políticas públicas y la fuerza normativa de la Constitución

Hemos sostenido a lo largo de esta investigación, que la jurisdicción constitucional tiene un claro rol que desempeñar en aras a afianzar la fuerza normativa de la Constitución por vía de la eficacia de los contenidos constitucionales. Este trabajo ha versado específicamente sobre los derechos sociales.

El nuevo rol que se habilita para el juez constitucional a partir de ejercer el control jurisdiccional sobre las políticas públicas, trasciende con mucho el cásico papel de adjudicador que se le ha reconocido en relación a una disputa jurídica determinada. Damaska considera que la imagen tradicional del iudex como adjudicador en la resolución de disputas es solo una de las caras de la

adjudicación⁶⁴⁹. Sin embargo, en la actualidad, la labor de adjudicación implica mucho más que la resolución de disputas:

Es importante reconocer que la prolongada asociación de adjudicación con resolución de conflictos ejerce una posición fuerte en la imaginación legal, especialmente en aquellas culturas legales en que la posición del Estado (real o ideológicamente proclamada), tiende a ser de un tipo más reactivo que activista. Tal fue el caso en el nacimiento de la Europa moderna, cuando apenas emergían los Estados centrales de su limitado papel de custodios de la paz de la endémica contienda de los clanes. También fue cierto en el siglo diecinueve, cuando el *laissez faire* llegó a su apogeo en el continente. La mejor disposición de la mentalidad legal angloamericana para asociar adjudicación con resolución de disputas puede atribuirse en parte diría, a la insuficiencia de las preocupaciones administrativas del Estado en la tradición inglesa. Para resumir, si en estos vagabundeos de cultura en cultura, un comparatista tuviese que emplear el estrecho concepto analítico de adjudicación se escaparían muchas actividades ampliamente percibidas como instancias de adjudicación. Del mismo modo debe ajustar sus conceptos y expandir la idea de adjudicación; para él, la justicia ha de tener las caras de Jano. En su visión, los objetivos del proceso judicial han de comprender no solo la resolución de disputas, sino también el cumplimiento del derecho, en última instancia, la implementación de la política de Estado⁶⁵⁰

Damaska tiene razón, la labor de adjudicación y especialmente de la adjudicación constitucional, implica mucho más que la resolución de disputas. Lo expuesto en este capítulo da prueba de ello. Sin embargo, nos permitiremos modificar en algo su idea. Cuando Damaska afirma que el proceso judicial no solo ha de comprender la aplicación del Derecho y, en última instancia, la implementación de la política de Estado, en realidad y para nosotros, está hablando de lo mismo, por cuanto la política de Estado debe estar, necesariamente sometida al Derecho.

⁶⁴⁹ Damaska, Mirjan, R, *Las caras de la justicia y el poder del Estado, Análisis comparado del proceso legal*, trad, Andrea Morales Vidal, Chile, Editorial jurídica de Chile, 2000, pp. 154 y ss.

⁶⁵⁰ *Ibidem*, p. 157.

Pero además, la labor de la jurisdicción constitucional en el control de adecuación de políticas públicas, especialmente cuando es desempeñado por las Altas Cortes, permite habilitar un nuevo espacio comunicativo que habilita diversas opciones cognitivas para las autoridades⁶⁵¹. Es decir, cuando de acuerdo a las diferentes vías de acción analizadas, el juez constitucional racionaliza la actividad de la administración, lo hace con miras a que esta adecue su accionar a los dictados jurisdiccionales para casos futuros. Es decir, le está haciendo saber la luz bajo la cual deben orquestarse los medios por ella arbitrados para así poder cumplir con los postulados constitucionales. El juez constitucional sabe que la judicialización excesiva de políticas públicas no es un camino óptimo, como no lo es el recurso a cualquier instancia confrontativa. Por ello cuando el juez resuelve disputas como las aquí tratadas, además de controlar políticas públicas y racionalizar la actividad administrativa tendiente a la ejecución de éstas, está procurando inaugurar un canal comunicativo a futuro tendiente a motivar la generación de políticas públicas constitucionales y en última instancia a incrementar el grado de fuerza normativa de la Constitución.

7- Recapitulación

El estudio de casos ofrecidos por la experiencia comparada y los casos de la jurisdicción mexicana realizado en los capítulos octavo y noveno, permite comprobar que la articulación jurisdiccional de derechos sociales es posible y que posibilita la satisfacción de reclamos concretos en relación a esos derechos.

Por su parte, el esquema propuesto por Abramovich y que fuera seguido en el punto anterior con leves modificaciones, permite comprobar que mediante la articulación de derechos sociales, se habilita otra función adicional para la jurisdicción constitucional, consistente en el control de racionalidad de las políticas públicas sociales.

⁶⁵¹ Riso, Guido, *Comunicación constitucional y fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 11.

La aplicación del esquema estructural de los derechos sociales fundamentales a las vías de acción de la jurisdicción constitucional para el control de las políticas públicas, nos ha permitido comprobar que dicho accionar, en todos los casos se ha mantenido en los causes constitucionales óptimos y por tanto no es posible referir a este accionar como invasivo respecto a las funciones y competencias de los restantes poderes.

CONCLUSIONES GENERALES

Primera: El escenario aporético confeccionado a partir de las denominadas objeciones de primer orden que postula la posición tradicional, solo adquiere entidad si de manera previa se asume que la Constitución establece un orden normativo estático y a- histórico es decir, clausurado a los cambios sociales. Este postulado es erróneo por cuanto el constitucionalismo es un movimiento dinámico y abierto al cambio que a lo largo de su evolución, ha ido incorporando valores y bienes bajo la forma de derechos que han incrementado el espectro de situaciones que deben ser amparadas y fomentadas desde la Constitución. Los derechos sociales fundamentales conforman los contenidos materiales incorporados por el movimiento constitucionalista a las Constituciones en una de sus etapas evolutivas.

Segunda: Una de las principales debilidades de los derechos sociales se ha generado a partir de considerar que ellos fueron el resultado de la conformación de un tipo de Estado, el Estado social y que fuera de dicho escenario, los derechos sociales carecen de legítima existencia. El abandono de esta visión estatalista nos permite concebir a los derechos en el marco de la Constitución y no del modelo de Estado, al cual ella debe influenciar y prediseñar. Con base en esta consideración, la crisis del modelo de Estado social de Derecho que ha implicado, entre otras cosas, la disminución de las actividades de procura existencial por parte del Estado, no significa o no debería significar la minusvaloración de los derechos sociales como verdaderos derechos fundamentales. Desde la Constitución, ellos siguen informando la actividad del Estado y en todo caso, actuarán como parámetros a partir de los cuales juzgar si la actividad de este se ajusta a los contenidos trazados constitucionalmente.

Tercera: Las objeciones que habitualmente se esgrimen contra los derechos sociales y que hemos denominado de segundo orden, apuntan a señalar ciertas deficiencias congénitas en ellos. Dichas deficiencias son explicadas a partir de una

cierta discriminación selectiva por cuanto los defectos apuntados pueden ser atribuidos a los derechos constitucionales en general y no exclusivamente a los derechos sociales. Por tanto, dichos defectos no pueden ser tomados en cuenta para negar selectivamente el carácter de derechos a los derechos sociales.

Cuarta: Todos los derechos contemplados en la Constitución, y entre ellos, los derechos sociales, ofrecen a partir de la forma en la que estén enunciados, un haz de posiciones jurídicas que deben ser identificadas y concretadas interpretativamente. La estructura de los derechos, en relación a si son enunciados como reglas de acción, reglas de fin, principios en sentido estricto o directrices, ofrecerán al intérprete constitucional, las posibilidades y al mismo tiempo los límites para la identificación de las posiciones jurídicas. Por ello, no es posible predicar en general de los derechos sociales fundamentales, que se trata de meras normas programáticas que no ofrecen las posibilidades indicadas. Para poder realizar un juicio tal, será preciso atender al enunciado normativo que el constituyente de un sistema jurídico dado haya elegido para reconocer derechos sociales. Pero aun en sistemas en los cuales se ha optado por esta forma de plasmación, el intérprete constitucional ha podido extraer algún tipo de posición jurídica articulable jurisdiccionalmente.

Quinta: Las conclusiones ofrecidas hasta aquí, nos permiten corroborar la hipótesis h1 por cuanto se ha reafirmado por un lado, el pedigree constitucional de los mismos y por el otro, que ellos y en virtud de su estructura deóntica compleja, ofrecen de cara a su articulación jurisdiccional, una amplia gama de posiciones jurídicas.

Sexta: En relación al segundo término de nuestra ecuación, la justicia constitucional, hemos demostrado que las falencias o incapacidades que la posición tradicional suele atribuir a los jueces para asumir reclamos acerca de los derechos sociales fundamentales, adolecen del mismo problema que las objeciones de segundo orden presentadas como defectos de los derechos: su selectividad. Por ello, consideramos que carecen de fuerza para impedir la

actuación judicial en materia de derechos sociales. Sino concluimos esto, nos veriamos en la necesidad de concluir que los jueces no podrían asumir la resolución de ninguna clase de asuntos.

Séptima: El constitucionalismo actual depara para los jueces constitucionales un lugar central en pos de mantener la vigencia de los postulados constitucionales, por cuanto una característica central y definitoria de este nuevo constitucionalismo es la de la existencia de constituciones garantizadas y en específico, jurisdiccionalmente garantizadas. La constatación de esto la hayamos en el proceso de expansión institucional de la justicia constitucional.

Octava: El proceso de expansión anteriormente mencionado, ha sido complementado con lo que aquí hemos denominado la expansión funcional de la justicia constitucional, consistente en el proceso a partir del cual, los jueces constitucionales han comenzado a resolver asuntos antes vedados a su conocimiento. La permeación que actualmente sufre la categoría de las cuestiones políticas no justiciable es una prueba del proceso mencionado.

Novena: La judicialización de conflictos que tienen por objeto a los derechos sociales es una prueba más del proceso expansivo aludido, y que ha perseguido el mantener la indemnidad de los postulados constitucionales referidos a derechos sociales.

Décima: A partir del análisis de los casos examinados en esta investigación, se ha podido constatar que la justicia constitucional ha podido lidiar con los derechos sociales y que lo ha hecho de manera imaginativa, es decir, aprovechando la riqueza estructural que estos derechos ofrece. De esta forma, se ha corroborado la corrección de la hipótesis h2.

Décimo primera: El estudio más profundo de los casos estudiados nos ha permitido apreciar que a partir de las resoluciones de los jueces constitucionales en casos referidos a derechos sociales fundamentales, la justicia constitucional ha comenzado a controlar la constitucionalidad de las políticas públicas referidas a

temas sociales. Con base en estudios previos, se han identificado diversas vías o supuestos para desempeñar esa labor de control y en todos los casos analizados, hemos encontrado que la labor de control lejos de ser invasiva, se ha mantenido en los cauces adecuados, por cuanto la labor de control ha tenido base normativa para su acción: reglas de acción y reglas de fin por un lado que desarrollan derechos sociales fundamentales y principios en sentido estricto, que habilitan la competencia de la jurisdicción constitucional. En los dos últimos supuestos, el control se centra en la discrecionalidad técnica de las autoridades que diseñan e implementan políticas públicas sociales.

Décimo segunda: El límite que tendría la justicia constitucional para ejercer el control de las políticas públicas podría estar trazado por las directrices que establecen normas de fin para los poderes del Estado pero someten la consecución de esos fines a la discrecionalidad política de las autoridades. Ahora iel si esas directrices han sido desarrolladas legislativamente y este desarrollo ha generado la reglamentación de la actividad administrativa y el desarrollo de políticas públicas sociales, la justicia constitucional se encuentra habilitada para desarrollar su labor de control.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV, *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*, México, Oficina del alto Comisionado de las Naciones unidas para los derechos humanos en México, 2003.
- ABRAMOVICH Víctor, COURTIS, Christian, *Los Derechos Sociales como Derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ABRAMOVICH, Víctor, PAUTASSI, Laura, *La revisión judicial de las políticas sociales*, Argentina, Editores del Puerto, 2009.
- ABRAMOVICH, Víctor, “El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales”, en, ABRAMOVICH, Víctor, PAUTASSI, Laura, *La revisión judicial de las políticas sociales*, Argentina, Editores del Puerto, 2009.
- ACKERMAN, Bruce, ROSENKRANTZ, Carlos, F, “Tres concepciones de la democracia constitucional”, En *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. AAVV. Cuadernos y debates. 29 Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991.
- ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la Constitución y Jurisdicción constitucional, Fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998.
- AGUDO, Miguel, *Estado Social y felicidad, La exigibilidad de los derechos sociales en el constitucionalismo actual*, España, Laberinto, 2007.
- AGUILÓ, Josep, *La Constitución del Estado Constitucional*, Bogotá, Palestra Temis, Lima, 2004.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdez, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- , “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, trad. Alfonso García Figueroa, en CARBONELL, Miguel, (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- ANZUÁTEGUI ROIG, Javier, “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en ZAPATERO, Virgilio, GARRIDO GÓMEZ, M^a Isabel, Madrid, Universidad de Alcalá, Defensor del Pueblo, Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, 2009.
- AÑON ROIG, María José, GARCÍA AÑON, José, (Coord), *Lecciones de Derechos sociales*, 2^a ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.

- ARAGÓN, Manuel, *Constitución y control del poder, Introducción a una teoría constitucional del control*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- ARANGO, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- ATIENZA, Manuel, RUÍZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel Derecho, 1996.
- ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, México, Fontamara, 2000.
- , *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.
- ATRIA, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, *Derechos Sociales, Discusiones* Año IV, N^o 4, 2004, www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/discusiones.shtml, consultado el 8 de septiembre de 2009.
- BALDASARRE, Antonio, *Los Derechos Sociales*, trad. Santiago Perea Latorre, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N 20, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- BAYÓN, Juan Carlos, “Derechos, democracia y constitución”, En CARBONELL, Miguel, (ed) *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- BAZÁN, Víctor, “La reconfiguración del rol institucional de la Corte Suprema de justicia argentina y el camino hacia su consolidación como tribunal constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 2008, Konrad Adenauer Stiftung, 2008.
- BENDA, Ernesto, “El Estado Social de Derecho”, *Manual de Derecho Constitucional*, AA.VV, 2^a ed., trad. Antonio López Pina, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- , *El neo constitucionalismo a debate*, Temas de Derecho Público, N^o 76, Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006.

- BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianápolis, Bobbs- Merrill Educational Publishing, 1980.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. El derecho constitucional de la libertad*, T I, Argentina, Ediar, 1989.
- , *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, El Derecho Constitucional del Poder*, T II, Argentina, Ediar, 1989.
- , *La Constitución Económica*, México, Fundap, 2002.
- , *Teoría General de los Derechos Humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- BIDART CAMPOS, Germán, CARNOTTA, Walter, *Derecho Constitucional comparado*, Argentina, Ediar, T. 1, 2001.
- BOBBIO, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi, España, Debate. 1998.
- , *Estado, Gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, trad. José Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- , *Liberalismo y democracia*, trad, José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000.
- BOROWSKI, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad, Carlos Bernal Pulido, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BRETONE, Mario, *Derecho y tiempo en la tradición europea*, trad. Isidro Rosas Alvarado, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- BREWER CARÍAS, Allan R, “La Jurisdicción Constitucional en América latina”, en, GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, (coord.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

CABO MARTÍN, Carlos De, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado Constitucional y el constitucionalismo del Estado Social*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.

-----, “La función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones”. en CARBONELL, MIGUEL. (comp). *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

-----, “La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho”, Madrid, Trotta, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antonio A, *El derecho internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, 2ª ed., Chile, Jurídica de las Américas, 2008.

CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

CARPIZO, Jorge, COSSÍO DÍAZ, José Ramón, FIX ZAMUDIO, Héctor, “La Jurisdicción Constitucional en México”, en *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, (Coord.), Madrid, Dykinson, 2001.

CASCAJO CASTRO, José Luís, *La Tutela constitucional de los derechos sociales*, Cuadernos y Debates, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

CASCAJO CASTRO, José Luís, GARCÍA ÁLVAREZ, Manuel, *Constituciones Extranjeras Contemporáneas*, Madrid, Tecnos, 1994.

CASTAN TOBEÑAS, José, *Los Derechos del Hombre*, 3ª ed., Madrid, Reus, 1985.

CELOTTO, Alfonso, *El Derecho Juzga a la política*, trad., Gastón Federico Blasi, Argentina, Ediar, 2005.

CIFUENTES MUÑOS, Eduardo, “La Jurisdicción Constitucional en Colombia”, en *La jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, (Coord), Madrid, Dykinson, 1997.

CIANCIARDO, Juan, *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Argentina, Ad-Hoc, 2007.

- COMANDUCCI, Paolo, "Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico", trad, Miguel Carbonell, en: CARBONELL, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Estado Social y Derechos de Prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- COURTIS, Christian, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en COURTIS, Christian (comp), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Argentina, Editores del Puerto, Centro de Asesoría Legal, Centro de Estudios legales y sociales, 2006.
- , *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los Derechos, ensayo para una teoría estructural de los Derechos*, Madrid, Trotta, 2007.
- DALLA VÍA, Alberto, "Los jueces frente a la política" en *Isonomía*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N^o 22, abril de 2005, ITAM, Fontamara, México, 2005,
- DAMASKA, Mirjan R, *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, trad, Andrea Morales Vidal, Chile, Editorial jurídica de Chile, 2000.
- DÍAZ, Elías, "Estado de Derecho", en *Filosofía Política II. Teoría del Estado. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Edición de Elías Díaz y Alfonso Ruíz Miguel, Madrid, Trotta, Consejo Superior de Investigaciones científicas, 1996.
- , "Estado de Derecho y legitimidad democrática", en, DÍAZ, Elías, COLOMER, José Luís, *Estado, justicia y derechos*, Madrid, Alianza editorial, 2002.
- DÍEZ MORENO, Fernando, *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2004.
- DÍEZ PICAZO, Luís María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2^a ed., Navarra, Thomson- Civitas, 2005.
- DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, trad. Martha Guastavino, Barcelona, Ariel, 1999.
- ELSTER, Jon, "Régimen de mayorías y Derechos Individuales", en, SHUTE, Stephen, HURLEY, Susan, *De los derechos humanos, La Conferencia*

Oxford Amnesty de 1993, Trad. Hernando Valencia Villa, Madrid, Trotta, 1998.

-----, *Ulises desatado, Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, trad. Jordi Mundó, Barcelona, Gedisa, 2002.

FAURÉ, Christine, *Las Declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, trad. Diana Sánchez y José Luís Núñez Herrejón, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Fondo de Cultura Económica, 1995.

FAVOREU, Louis, *Los Tribunales Constitucionales*, trad. Vicente Villacampa, Barcelona, Ariel, 1994.

FERNÁNDEZ, Ma Encarnación, “Los Derechos Económicos, sociales y culturales”, en José Justo Magiás Quirós (Coord.). *Manual de Derechos Humanos, Los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Navarra, Thomson Aranzadi, Cátedra Garrigues, 2006.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La Justicia Constitucional Europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “La Jurisdicción Constitucional en Guatemala”, en *La jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Coord), Madrid, Dykinson, 1997.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, en, GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, (coord), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

-----, “La Jurisdicción Constitucional en América Latina. Evolución y problemática desde la independencia hasta 1979” en: FERRER MAC GREGOR, Eduardo, (coord). *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 2003.

-----, “La jurisdicción constitucional en la reforma de la constitución de Bolivia de 1994”, en: *La jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Coord), Madrid, Dykinson, 1997.

-----, *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo kelseniano*, México, UNAM, 2004.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, 4ª ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruíz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 2000.

-----, *Derechos y Garantías, La ley del más débil*, 2ª ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2001.

-----, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, trad. Miguel Carbonell, En CARBONELL, Miguel, (Ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

-----, “Sobre los derechos fundamentales”, trad. Miguel Carbonell, en CARBONELL, Miguel. (ed), *Teoría del neoconstitucionalismo, Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, Instituto de investigaciones jurídicas-UNAM, 2007.

-----, “La democracia constitucional”, trad de Christian Courtis, en FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.

-----, “Garantía”, trad. Gerardo Pisarello y Antonio de Cabo en CARBONELL, Miguel (ed), *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.

FERRER MAC GREGOR, Eduardo, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002.

-----, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2004.

-----, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, Comisión Nacional de los Derecho Humanos, 2004.

FERREYRA, Raúl Gustavo, *Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001.

-----, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 3ª ed., trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2000.

FIX ZAMUDIO, Héctor, VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 3ª ed., México, Porrúa, 2003.

- FIX ZAMUDIO, Héctor, "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del Derecho Procesal Constitucional" en: FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord), *Derecho Procesal Constitucional*. 3ª ed., México, Porrúa, 2004.
- FORSTHOFF, Ernst, *El Estado de la Sociedad Industrial*, trad. Luís López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz, Colección Civitas, Madrid, Centro de Estudio Políticos, 1975.
- GARCIA BELAUNDE, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Temis, 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1983.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 3ª ed., España, Alianza Universidad, 1982.
- , "Estado legal y estado constitucional de derecho", en GARCÍA PELAYO, Manuel, *Obras completas*, Vol. III., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- , *Derecho constitucional comparado*, España, Alianza Universidad Textos, 1993.
- GARGARELLA, Roberto, *La Justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.
- , *Crisis de la representación política*, México, Fontamara, 1997.
- , *Las Teorías de la justicia después de Rawls*, España, Paidós, 1999.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Constitución y Derechos Humanos. Las normas del olvido en la República Argentina*, Buenos Aires, Ediar, 2004.
- , *Escritos sobre neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Ediar, 2009.
- GÓMEZ CANOTILHO, José Joaquim, *Teoría de la Constitución*, trad, Carlos Lema Añón, Madrid, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2004.
- GONZALEZ MORENO, Beatriz, *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*, Madrid, Universidad de Vigo, Civitas, 2002.

- GONZALEZ NAVARRO, Francisco, *El estado social y democrático de derecho*, Pamplona, Eunsa, 1992.
- GORDILLO, Agustín, *Derechos Humanos*, 5ª ed., Buenos Aires, Fundación de derecho administrativo, 2005.
- , *Tratado de Derecho Administrativo. La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2005.
- GOZAÍNI, Osvaldo, *El derecho de amparo*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1998.
- GRASSO, Prieto Giuseppe, *El Problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, trad. Juan Bms. Vallet de Goistisolo y Miguel Ayuso Torres, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, trad, Raúl Sanz Burgos y José Luís Muñoz de Baena Simón, Madrid, Trotta, 2006.
- GUASTINI, Riccardo, “La “Constitucionalización” del ordenamiento jurídico”, trad. José María Lujambio, en *Neconstitucionalismo(s)*, CARBONELL, Miguel (Ed), Madrid, Trotta, 2003.
- HÄBERLE, Peter, *Pluralismo y Constitución, Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. Emilio Mikunda- Franco, Madrid, Tecnos, 2002.
- HABERMAS, Jürgen, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, trad, Etcheverry, J. L, Buenos Aires, Amorrortu, editores, 1975.
- , *Facticidad y validez, Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John, *El Federalista*, trad México, Fondo de Cultura Económica, 1982.
- HARO, Ricardo, *Constitución, Poder y control*, México, UNAM, 2002.
- HAYEK, Friedrich, A, *Los fundamentos de la libertad*. 8ª ed., España, Unión Editorial, 2008.
- , *Derecho, Legislación y Libertad*, Vol. II. *El espejismo de la justicia social*, trad. Luís Reig Albiol, España, Unión Editorial, 1988.

- , *Camino de Servidumbre*, trad. José Vergara Dorcel, San José, Universidad Autónoma de Centroamérica, 1986.
- , *Democracia, justicia y socialismo*, España, Unión editorial, 1977.
- HESSE, Konrad, “Constitución y Derecho Constitucional”, en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed., trad, Antonio López Pina, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- HIERRO, Liborio. L. “Los Derechos Económico- Sociales y el principio de igualdad en la Teoría de los Derechos de Robert Alexy”, en ALEXY, Robert, *Derechos Sociales y ponderación*, Edición a cargo de Ricardo García Manrique, Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo, 2007.
- HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*, EE.UU, Cambridge, Harvard University Press, 2007.
- HOLMES, Stephen, SUNSTEIN Cass R, *The Cost of Rights. Why liberty depends on taxes*, New York, W.W. Norton & Company, 1999.
- IANNI, Octavio, *Teorías de la globalización*, trad. Isabel Vericat Núñez. 6ª ed., México, Siglo XXI editores, 2004.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El Constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos de derecho constitucional*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2003.
- KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Mainez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.
- KENNEDY, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, trad. Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Colombia, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre editores, 2001.
- KRIELE, Martín, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, trad. Eugenio Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- LACLAU. Martín, *La historicidad del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.
- LAHERA PARADA, Eugenio, *Introducción a las políticas públicas*, Chile, Breviarios, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- LANDA, César, *Estudios sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006.

- LORA, Pablo De, ZUÑIGA FAJURI, Alejandra, *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva*, Madrid, Iustel, 2009.
- LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel Derecho, 1986.
- MAGALDI, Nuria, *Procura existencial, Estado de Derecho y Estado Social*, Argentina, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- MALAMUD GOTI, Jaime, *Justicia y terror en la Argentina*, Argentina, Ediciones La Flor, 2000.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, José, *Políticas de Bienestar. Un estudio sobre los Derechos Sociales*, Madrid, Tecnos, Universidad de la Rioja, 1998.
- , *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid, Tecnos, 2001.
- , “Los Derechos Sociales: unos Derechos controvertidos” en, ZAPATERO, Virgilio, GARRIDO GÓMEZ, M^a Isabel, *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Madrid, Universidad de Alcalá, Defensor del Pueblo, Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, 2009.
- MASSINI, CORREAS, Carlos Ignacio, *La desintegración del pensamiento jurídico en la edad moderna*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980.
- MAURINO, Gustavo, NINO Ezequiel, SIGAL Martín, *Las Acciones Colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*, Argentina, Lexis Nexis, 2005.
- MENDONCA, Daniel, GUIBOURG, Ricardo A, *La Odisea Constitucional. Constitución, Teoría y Método*, Madrid, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, 2004.
- MILLER, Jonathan. M. GELLI, María Angélica, CAYUSO, Susana, *Constitución y poder político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y Técnicas para su aplicación*, T I, Buenos Aires, Astrea, 1995.
- MORELLI RICO, Sandra, *La Corte Constitucional. Un papel institucional por definir, Santa Fe de Bogotá*, Ediciones Academia Colombiana de jurisprudencia, 2001.
- NINO, Carlos, S, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1998.

- , “*Liberalismo conservador: ¿Liberal o conservador?*”, en *Derecho, moral y política II. Los escritos de Carlos Nino*, MAURINO, Gustavo, ed., Argentina, Gedisa Editorial, 2007.
- , “*Sobre los Derechos Sociales*”, en *Los escritos de Carlos S. Nino. Derecho, moral y política II*, MAURINO, Gustavo ed., Argentina, Gedisa Editorial, 2007.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La Jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales en Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Porrúa, 2004.
- NOHLEN, Dieter, “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”, en AAVV, *Tribunales constitucionales y consolidación de la democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007.
- NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, trad. Rolando Tamayo, México, Fondo de cultura económica, 1990.
- OCAMPO, José Antonio, “Economía y democracia” en *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. Contribuciones para el debate*, Buenos Aires Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo PNUD, 2004.
- OTTO, Ignacio, De, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, 2ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 1998.
- PAINE, Thomas, “Los Derechos del Hombre parte II”, en *Escritos Políticos de Paine*, Bruce Kuklick Editor, trad. Elsa Ruth Martínez Conde, México, Gernika, 1992.
- PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La Constitución y los Derechos*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- , “Los Derechos Sociales: Apuntes políticos y jurídicos”, en ZAPATERO Virgilio, GARRIDO GÓMEZ, Mª Isabel, Ed., *Los Derechos Sociales como una exigencia de justicia*, Cuadernos Democracia y Derechos Humanos, Madrid, Universidad de Alcalá, Defensor del Pueblo, Cátedra de Democracia y Derechos Humanos , 2009.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Lecciones de teoría constitucional*, México, Editorial Porrúa, Universidad Panamericana, 2005.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 1998.

-----, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 2001.

-----, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Serie de teoría jurídica y filosofía del Derecho, N. 23, 2002.

-----, “Los Derechos Sociales y su significación actual” en, ZAPATERO Virgilio, GARRIDO GÓMEZ, M^a Isabel, *Los Derechos Sociales como una exigencia de la justicia*, Madrid, Universidad de Alcalá, Defensor del Pueblo, Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, 2009.

PÉREZ TREMPES, Pablo, *Escritos sobre Justicia Constitucional*, México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 8, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2005.

PISARELLO, Gerardo, *Los Derechos Sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2006,

PRIETO SANCHÍS, Luís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990.

-----, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.

-----, “Los derechos sociales y el principio de igualdad”, en CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan Antonio, VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derechos Sociales y Derechos de las minorías*, Porrúa, UNAM, México, 2004.

-----, “Constitucionalismo y garantismo”, en CARBONELL, Miguel, SALAZAR, Pedro (ed). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Instituto de Investigaciones jurídicas- UNAM, Madrid, 2005.

-----, “El Constitucionalismo de los derechos”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría del neoconstitucionalismo Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *El amparo colectivo*, Buenos Aires. Rubinzal Culzoni Editores, 1998.

RISSE, Guido, *Comunicación constitucional y fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 2006.

- ROSENKRANTZ, Carlos, “La pobreza, la ley y la Constitución”, *El Derecho como objeto e instrumento de transformación*, SELA, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y política 2002, Argentina, Editores del Puerto, 2003.
- RUÍZ MIGUEL, Alfonso, *Una Filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2002.
- SABSAY, Daniel, “Los Derechos colectivos y los intereses difusos. El medio ambiente”, en *Derecho Constitucional*. ALBANESE, Susana, DALLA VÍA, Alberto, GARGARELLA Roberto, HERNÁNDEZ, Antonio, SABSAY, Daniel, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004.
- SABSAY, Daniel, MANILI, Pablo, *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Separata, comentario al art. 43, párr. 2, Argentina, Hammurabi. 2007.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La Interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998.
- , *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001.
- , *El Tercer Poder. Notas sobre el perfil político del poder judicial*, Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2005.
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, trad. Manuel Sánchez Sarto, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1998.
- SILVA, José Alfonso Da, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, trad. Nuria González Martín, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- , “O controle de constitucionalidade das leis no Brasil”, en: *La jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, GARCÍA BELAUNDE, Domingo, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Coord), Madrid, Dykinson, 1997.
- SOBERANES, José Luís, “Los Derechos Económicos y Culturales en México”, en: ZAPATERO Virgilio, GARRIDO GÓMEZ, M^a Isabel, *Los Derechos Sociales como una exigencia de justicia*, Madrid, Universidad de Alcalá, Defensor del Pueblo, Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, 2009.
- SOLA, Juan Vicente, *Control judicial de constitucionalidad*, Argentina, Abeledo Perrot, 2001.

- SOUSA SANTOS, Boaventura De, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, trad. César Rodríguez, Colombia, Facultad de derecho, ciencias políticas y sociales, Universidad Nacional de Colombia, Instituto latinoamericano de servicios legales alternativos, ILSA, 1998.
- SUÁREZ, Fernando “Informe español”, en: Crisis del estado de bienestar y derecho social, A. MARZAL (ed), España, Esade, Facultad de Derecho. J.M. Bosch, Editor, 1997.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Manual del Juicio de Amparo*, 2ª ed., México, Themis, 1997.
- TARUFFO, Michele, “Jueces y Política: de la subordinación a la dialéctica”, en Isonomía N° 22, Abril de 2005, ITAM, Fontamara, México, 2005,
- UPRINMY, Rodrigo, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, Colombia, Precedente. Anuario Jurídico, Facultad de derecho y humanidades, Universidad Icesi, 2001,
- VÁZQUEZ, Rodolfo, Comp. “Corte, Jueces y Política”, México, Fontamara, Nexos, 2005.
- VEGA GARCIA, Pedro De, “Mundialización y derecho constitucional. La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual” en CARBONELL, Miguel, VÁZQUEZ, Rodolfo (comp), *Estado Constitucional y Globalización*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, 2001.
- VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, Valencia, PUV, Universitat de Valencia, 2006.
- VIGO, Rodolfo Luís, *De la Ley al Derecho*, México, Porrúa, 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, 4ª ed, trad de, Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2002
- , *Historia y Constitución*, trad. Miguel Carbonell, Madrid, Mínima Trotta, Trotta, 2005.

CASOS JUDICIALES

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. (Fondo, reparaciones y costas), Sentencia del 28 de febrero de 2003. Serie C. N 98.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.. Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia del 14º de marzo de 2001. Serie C No 75.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros, vs. Chile (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No 154.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C- 177/05.

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C- 251/97

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-624/99

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 1165/00

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 671/02

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-177/99

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 884/03

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU. 819/99

Tribunal Constitucional Español. Sentencia 103/1983

Corte Constitucional de la India. Causa: Olga Tellis and others VS Bombay Municipal Corporation and Others. Date of Judgement: 10/07/1985.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Sentencia del 1 de junio de 2000 dictada en autos "Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social- Estado nacional s/ Amparo Ley 16. 986.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Sentencia del 24 de octubre de 2000 en la Causa Campodónico de Beviacqua, Ana Cecilia c/ Ministerio de Salud y Acción Social- Secretaria de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas. S /Recurso de Hecho.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y

otros s/ privación ilegítima de la libertad etc. -causa N 17.768” Sentencia del 14 de junio de 2005

Cámara Contencioso Administrativo Federal. Sala V. Sentencia del 2 de Junio de 1998. Viceconte, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional- Ministerio de Salud y Acción Social s/ Amparo Ley 16.986.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Amparo en revisión 2231/1997. P. XIX/2000”SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4º CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS”. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XI, Marzo de 2000, p. 112.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Amparo en revisión 2543/1998. P. LIX/99 “TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. EL ART. 24 FRACCIÓN V, DE LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD CONTENIDA EN EL ART. 4 CONSTITUCIONAL. Semanario judicial de la Federación y su Gaceta X. Agosto de 1999

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Amparo en revisión 259/2005. Resuelto el día 6 de marzo de 2007.

Poder Judicial de la Federación. Sentencia de amparo 1157/2007- II.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia del 8 de septiembre de 2004. Res. 2004-09992

DOCUMENTOS NORMATIVOS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Constitución de los Estados Unidos de América

Constitución Política de Colombia

Constitución Española

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador"