UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Facultad de Derecho
Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo acuerdo número 985162 de fecha 17 de agosto de 1998.

«DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *DEBIDAS FUNCIONES Y ADJUDICACIONES*. UNA PROPUESTA TEÓRICA PARA ENTENDER Y REMEDIAR LOS DESCA A PARTIR DE UN ENFOQUE OBLIGACIONAL»

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN SOBRE LA REMEDIACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, DESDE UNA PERSPECTIVA TEÓRICA CENTRADA EN SUS OBLIGACIONES

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

SUSTENTA:
MTRO. ISIDRO EMMANUEL MUÑOZ ACEVEDO
DIRECTOR DE TESIS:
DR. JUAN MANUEL ACUÑA ROLDÁN

CIUDAD DE MÉXICO 2020

A Dios, Iliana, Carlo y Leo

Y he visto como la sabiduría sobrepasa
a la necedad, como la luz a las tinieblas

Eclesiastés 2:13 RVR1960

La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales,
como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento

John Rawls.

Agradecimientos

La culminación de este trabajo de investigación no hubiese sido posible sin la ayuda de diversas personas. En principio, agradezco al Dr. Juan Manuel Acuña quien, lejos de limitarse a revisar la tesis, ejerció propiamente una función de dirección que permitió darle orientación y forma a la teoría que se construye en este trabajo. También quiero agradecer al Ministro Pérez Dayán el cual no sólo participó en el otorgamiento de la Beca que me fue otorgada para poder estudiar el Doctorado, sino que siempre me ha empujado a ser un mejor servidor público y abogado, al tiempo que me ha permito concebir al Derecho como *un "amor absorbente".* A Ili y Carlo que me permitieron tener un pequeño paraíso en casa, gracias al cual, la elaboración de la tesis ha sido mucho más llevadera y apacible. El recuerdo de trabajar entre pilas de libros mientras escuchaba las risas de mi esposa y mi hijo será una de las memorias más añoradas de este proceso de investigación.

A Lety e Isidro, quienes desde pequeño me inculcaron la pasión por el Derecho y me enseñaron la importancia y valía de buscar la excelencia en la vida familiar y profesional. Su tierno ejemplo de vida me sigue impulsando para honrarlos en mis acciones diarias. Finalmente, todo lo anterior no podría haber tenido lugar sin mi padre celestial y mi salvador Jesucristo, quien nunca me ha dejado de sorprender con su amor incomprensible, sabiduría y su eterna gracia que se renueva día a día en mi vida. A ti bendito Padre, Gracias por mi existencia y por todas tus promesas que siempre me fortalecen, me brindan paz, gozo, prudencia y valentía: "*Y todo lo que hagáis, hacedlo de corazón, como para el Señor y no para los hombres"* -Colosenses 3:23-.

CONTENIDO

Introducción i

Capítulo Primero. Re-pensado los derechos sociales como un sistema de soluciones o respuestas al sufrimiento humano 1

Capítulo Segundo. La eficacia remedial de las sentencias DESCA como tema preponderante para la justiciabilidad de los derechos a la exclusión o reducción del sufrimiento humano 60

Capítulo Tercero. Análisis de la experiencia jurisprudencial atinente a la remediación de obligaciones complejas en materia de DESCA 197

Capítulo Cuarto. Hacia la eficacia remedial de las sentencias DESCA. Parte primera: replanteando el paradigma del diseño de las medidas remediales 336

Capítulo Quinto. Hacia la eficacia de las sentencias remediales de los DESCA. Parte segunda: replanteando el paradigma del seguimiento e implementación de las medidas remediales 408

Conclusiones. Hacia la comprensión y superación de los problemas de la remediación judicial de los DESCA 470

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN i

El camino hacia el entendimiento de los problemas de remediación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales i

Capítulo Primero. Re-pensado los DESCA como un sistema de soluciones o respuestas al sufrimiento humano. ..... - 1 -

1. Los DESCA como un sistema de respuestas al sufrimiento y dolor humano. ..... - 5 -

1.1. La libertad de vivir sin penuria. ..... - 7 -

1.2. La concepción de Natoli y Ferrajoli respecto a los DESCA ..... - 10 -

1.3. La profundización de los DESCA como soluciones al sufrimiento humano (una visión Tomista) ..... - 18 -

1.4. La profundización de los DESCA como respuestas al sufrimiento humano (una visión Finnista) ..... - 26 -

1.4.1. El derecho a la educación como componente de protección del bien humano básico al conocimiento y a la experiencia estética. ..... - 31 -

1.4.2. Los derechos a la salud y a la alimentación como componentes de protección del bien humano básico a la vida. ..... - 36 -

1.4.3. El derecho al trabajo como componente de protección del bien humano básico a la excelencia en el trabajo y el juego. ..... - 40 -

1.5. La demostración de que los DESCA constituyen un sistema de respuestas jurídicas al sufrimiento humano. ..... - 45 -

2. Un México sufriente. Algunas reflexiones sobre la ausencia del goce de los DESCA en el Estado mexicano. ..... - 50 -

Capítulo Segundo. ..... - 60 -

La eficacia remedial de las sentencias DESCA como tema preponderante para la justiciabilidad de los derechos a la exclusión o reducción del sufrimiento humano. . - 60 -

3. Primera etapa de justiciabilidad de los DESCA: ¿son los DESCA verdaderos derechos humanos? ..... - 64 -

3.1. El prejuicio de corte histórico sobre los DESCA. ..... - 68 -

3.1.1. El prejuicio de corte histórico sobre los DESCA, bajo la perspectiva del constitucionalismo moderno ..... - 69 -

3.1.1.1. La crítica a la posición tradicional de la Constitución que concibe a los DESCA como intrascendentes ..... - 72 -

3.1.1.2. La crítica a la supuesta ajenidad de los DESCA en los albores del constitucionalismo moderno..... - 76 -

3.1.1.3. La crítica a la concepción histórica de los DESCA que soslaya que tales derechos estuvieron presentes incluso en forma previa al constitucionalismo moderno. ..... - 77 -

3.1.1.4. La crítica a la tesis generacional de los derechos en el plano constitucional... - 79 -

3.1.2. El prejuicio de corte histórico sobre los DESCA en el plano convencional. . - 81 -

3.1.3. Algunas reflexiones finales sobre el análisis histórico del origen de los DESCA. - 86 -

3.2. El prejuicio de corte estructural sobre los DESCA. ..... - 91 -

3.2.1. La falsedad de la diferenciación de los DESCA, atendiendo al contenido de sus obligaciones jurídicas..... - 93 -

3.2.1.1. La refutación del prejuicio de corte estructural, en su vertiente obligacional, a partir del entendimiento de los derechos subjetivos como posiciones jurídicas…. - 103

3.2.2. La falsedad de la diferenciación de los DESCA, atendiendo a los costes que conlleva su cumplimiento. ..... - 106 -

3.2.1. Consideraciones finales respecto a la diferencia estructural de los DESCA atendiendo a sus costes ¿destinar recursos para el cumplimiento de tales derechos debe percibirse ineludiblemente como un gasto? ..... - 111 -

3.2.3. La falsedad de la diferenciación estructural de los DESCA, atendiendo a su vaguedad normativa. ..... - 117 -

3.3. El prejuicio de corte filosófico-axiológico sobre los DESCA. ..... - 126 -

3.3.1. Los DESCA como componentes integrales de la libertad en sus acepciones positiva, negativa y fáctica. ..... - 127 -

3.3.2. Libertad e igualdad: principios protegidos tanto por los DESCA, como por los derechos civiles y políticos..... - 131 -

3.3.3. Los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos como superación del prejuicio filosófico y axiológico. ..... - 137 -

3.3.4. Algunas reflexiones finales acerca del prejuicio de corte filosófico-axiológico sobre los DESCA. ..... - 140 -

4. Segunda etapa de justiciabilidad de los DESCA ¿los jueces cuentan con legitimidad y capacidad técnica para adjudicar tales derechos? ..... - 143 -

4.1. La crítica contra la carencia de legitimación de los jueces para adjudicar los DESCA. ..... - 145 -

4.1.1. La crítica contra la carencia de legitimación democrática de los jueces para adjudicar los DESCA. ..... - 148 -

4.1.2. La crítica contra la carencia de legitimación de los jueces para adjudicar los DESCA, atendiendo al principio de división de poderes..... - 162 -

4.1.2. La crítica contra la carencia de capacidad de los jueces para adjudicar los DESCA. ..... - 171 -

4.1.2.1. La falacia de la supuesta carencia de pericia, información y conocimiento de los jueces..... - 172 -

4.1.2.2. La falacia de la supuesta carencia de los juzgadores para atender cuestiones “policéntricas”. ..... - 179 -

5. El problema del cumplimiento de las sentencias DESCA como una tercera etapa de su justiciabilidad. ..... - 189 -

Capítulo Tercero..... - 197 -

Análisis de la experiencia jurisprudencial atinente al cumplimiento de obligaciones complejas en materia de DESCA..... - 197 -

6. Reflexiones preliminares. Contra la percepción de los DESCA como derechos complejos. ..... - 197 -

6.1. Elementos objetivos a examinar en la adjudicación de los DESCA. ..... - 200 -

6.2. Elementos subjetivos a examinar en la adjudicación de los DESCA. ..... - 201 -

6.3. La correspondencia entre el grado de complejidad de la obligación demandada y el diseño remedial plasmado por las Cortes..... - 203 -

6.4. La triada de principios remediales como instrumentos para la superación de los problemas de adjudicación de los DESCA ..... - 206 -

6.5. Elementos objetivos y subjetivos adjudicatorios como parámetros de valoración jurisprudencial. ..... - 208 -

6.6. Razones de la elección de los casos a estudio..... - 209 -

7. La presentación de los casos a estudio. ..... - 211 -

7.1. Análisis del caso *Gobierno de la República de Sudáfrica y otros Vs Grootboom y otros* -CCT11/00- ..... - 212 -

7.2. Análisis del caso Ministro de Salud y otros Vs *Treatment Action Campaign* y otros (No 2) -CCT8/02- ..... - 224 -

7.3. Análisis del amparo en revisión 378/2014 (Caso “Pabellón 13”). ..... - 236 -

7.4. Análisis del amparo directo 9/2018 (Seguridad social para las trabajadoras del hogar)..... - 245 -

7.5. Análisis del amparo indirecto 1157/2007-II (Caso Mini Numa)..... - 254 -

7.6. Análisis de la tutela T-025 de 2004 (Desplazamiento Interno de Personas) ... - 262 -

7.7. Análisis de la tutela T-60 de 2008 (restructuración del sistema de salud)..... - 275 -

7.8. Análisis del caso People's Union for Civil Liberties vs Union of India y otros -Writ petition (civil) N° 196 de 2001-. ..... - 291 -

7.9. Análisis del caso Mendoza, Beatriz Silva y otros vs Estado Nacional y otros. . - 309 -

7.10. Análisis del caso Brown vs Plata -sobrepoblación carcelaria-..... - 324 -

Capítulo Cuarto..... - 336 -

Hacia la eficacia remedial de las sentencias DESCA. Parte primera: replanteando el paradigma del diseño de las medidas remediales ..... - 336 -

8. Reflexiones preliminares y desarrollo del presente capítulo. ..... - 336 -

9 ¿Derechos complejos u obligaciones complejas? Hacia un mejor entendimiento de los elementos sustantivos que inciden en el cumplimiento de las sentencias DESCA. - 340 -

10. Obligaciones complejas. Análisis taxonómico de los débitos en materia de derechos humanos. ..... - 353 -

10.1. La obligación de respetar. ..... - 360 -

10.2. La obligación de proteger. ..... - 361 -

10.3. La obligación de garantizar..... - 363 -

10.4. La obligación de garantizar y la introducción de problemas complejos/estructurales en materia de derechos humanos en sede judicial. ..... - 369 -

11. El principio de congruencia remedial. Una propuesta crítica a los enfoques adjudicatorios basados en prejuicios dicotómicos/estructurales entre los derechos humanos. ..... - 376 -

11.1. El principio de congruencia remedial. Distintos modelos de adjudicación para distintos tipos de obligaciones. ..... - 382 -

11.2. La justiciabilidad de las obligaciones de “respetar” y “proteger” los derechos humanos a la luz del modelo de resolución de conflictos. ..... - 385 -

11.3. El modelo de reforma estructural y su aplicación al deber de garantizar los derechos humanos. ..... - 392 -

11.4. La justiciabilidad de la obligación de “garantizar”. Directrices que se derivan de la remediación de obligaciones complejas en materia de derechos humanos. ..... - 397 -

Capítulo Quinto..... - 408 -

Hacia la eficacia de las sentencias remediales de los DESCA. Parte segunda: replanteando el paradigma del seguimiento e implementación de las medidas remediales. ..... - 408 -

12. El principio de ductilidad remedial. ..... - 409 -

13. El principio de participación social en la implementación y seguimiento del remedio. - 423 -

13.1. Hacia la innovación dialógica en la remediación de obligaciones complejas en materia de derechos humanos: ¿debemos repensar la forma en que los Tribunales hablan y escuchan? ..... - 434 -

14. Reflexiones sobre los principios remediales y las limitaciones a su aplicación en el juicio de amparo. ..... - 442 -

14.1. El principio de congruencia remedial y su observancia en el juicio de amparo. - 455 -

14.2. Los principios de ductilidad remedial y participación social en la implementación del remedio, y su observancia en el juicio de amparo. ..... - 461 -

CONCLUSIONES ..... - 470 -

Hacia la comprensión y superación de los problemas de remediación judicial de los DESCA. ..... - 470 -

INTRODUCCIÓN
El camino hacia el entendimiento de los problemas de remediación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales.

Cuando uno se da a la tarea de investigar acerca de los derechos económicos, sociales y culturales -en adelante DESCA-, advierte que ese estudio casi, invariablemente, tendrá que transitar *por el análisis de los distintos prejuicios y estereotipos que le han sido y le son atribuidos a estos derechos humanos*. A su vez, el análisis sobre los distintos juicios pretéritos acerca de los DESCA puede llevar a la determinación de una suerte de "Ley de la conservación del prejuicio". Es decir, los prejuicios sobre los DESCA, *aunque se crean, no se destruyen -al menos no del todo-, sólo se transforman*.

En efecto, la primera clase de prejuicios sobre los DESCA -el prejuicio originario-, implicó aseverar que éstos, a diferencia de los derechos civiles y políticos, *no eran verdaderos derechos humanos*, sino simples aspiraciones o "buenos deseos" constitucionalizados. Este prejuicio, con el tiempo, probó ser del todo errado. La segunda clase de prejuicios se dirigió a señalar que, pese a que los DESCA pueden ser considerados como verdaderos derechos humanos, lo cierto es que *no pueden o no deben ser justiciables*, ya que los Tribunales carecen de legitimación y de capacidad para adjudicarlos. Esta segunda clase de juicios pretéritos también probó carecer de veracidad.

Actualmente, ha surgido una tercera clase de prejuicios sobre los DESCA conforme a la cual se asume que, si bien los DESCA son verdaderos derechos humanos y los Tribunales cuentan con capacidad y legitimación para adjudicarlos -o al menos, que las barreras para su justiciabilidad no resultan insuperables-, lo cierto es que estos derechos son *difícilmente remediables*, ya que -a diferencia de la supuesta "sencillez" que depara remediar las violaciones a los derechos civiles y políticos-, los DESCA presentan *una "complejidad intrínseca" para poder ser reparados judicialmente.* En esa inteligencia, los

problemas atinentes al *compliance* de las sentencias DESCA se pretenden explicar a partir de la supuesta dificultad "ontológica" de cumplimentar y remediar estos derechos humanos.

El presente trabajo de investigación pretende refutar esta ulterior clase de prejuicios y, a partir de ello, *ofrecer una teoría de adjudicación que resulte más apta y congruente para explicar los problemas que derivan de la remediación judicial de los DESCA y*, con base en ésta, *proponer algunas plausibles soluciones a dicha problemática*. Esa pretensión teórica implica comprobar que, contrario a lo que podría suponerse, no existen "derechos humanos complejos" -de cumplimentar o remediar-, sino que, en realidad, lo que existen son "obligaciones complejas" -que son compartidas tanto por los DESCA, como por los derechos civiles y políticos- y, a partir de ello, brindar una guía jurídica para comprender *y eficientar la remediación de los débitos complejos en materia de derechos humanos.*

Para ello, la metodología que se empleará en la presente investigación es, a grandes rasgos, la siguiente: **Primero,** se analizarán las nociones y fundamentos de los DESCA. **Segundo**, se examinarán las etapas de justiciabilidad de tales derechos. **Tercero,** se realizará un análisis jurisprudencial acerca de diez *leading cases* de diversas jurisdicciones estatales, que versan sobre remediaciones complejas en materia de derechos humanos. **Cuarto,** se refutará el prejuicio atinente a la concepción de los DESCA como "derechos complejos" de cumplimentar y de remediar y, en su lugar, se propondrá una visión adjudicatoria que permita brindar congruencia y eficiencia al diseño de las órdenes remediales -sobre todo tratándose de la adjudicación de obligaciones complejas en materia de derechos humanos. **Quinto,** se establecerán dos propuestas para maximizar la eficacia e impacto del procedimiento de implementación y supervisión de las órdenes remediales dictadas por los Tribunales -en tratándose de la adjudicación de obligaciones complejas en materia de derechos humanos-.

En esa inteligencia, la secuencia de los temas referidos será empleada para dar contenido a cada uno de los cinco capítulos que conforman el presente trabajo de investigación. Es decir, a cada capítulo le corresponderá abordar los cinco temas o

ideas centrales que se han identificado sintéticamente en el párrafo anterior. La exposición temática a la cual nos hemos referido intenta allanar el camino para los razonamientos más detallados que se plasmarán a continuación.

En efecto, una vez explicado en forma sintética los distintos temas que serán abordados en la presente investigación, nos permitimos explicar de manera más concreta el contenido del capitulado de este trabajo doctoral, a fin de que el lector pueda identificar, desde ahora, los razonamientos que serán abordados en cada uno de éstos.

En el **capítulo primero** del presente trabajo analizaremos las *nociones y fundamentos* de los DESCA, proponiéndose que, desde un punto de vista *iusfilosófico,* éstos pueden concebirse *como un conjunto de derechos que son funcionales para erradicar o disminuir el sufrimiento humano* –como lo son la hambruna, la miseria, la enfermedad o la ignorancia–. Así, a partir del uso de la razón práctica, se argumentará que el Derecho puede y debe proporcionar *respuestas o soluciones a tales aflicciones de la humanidad,* a través de los DESCA: *a la hambruna, a través del derecho a la alimentación, a las enfermedades, a través del derecho a la salud, a la miseria a través del derecho al trabajo y, a la ignorancia a través del derecho a la educación.* Todo ello genera una consideración reforzada de la importancia de que las sentencias remediales de los DESCA puedan contar con un impacto y eficacia real en el sistema jurídico -al constituirse como fallos que puedan dar respuestas o soluciones al sufrimiento humano-.

En el **capítulo segundo** nos ocuparemos de examinar el tema de *la justiciabilidad* de tales derechos. Así, se desarrollarán las dos primeras etapas de justiciabilidad de los DESCA, a saber: **(I)** la primera, que se centró en el debate atinente a si los DESCA *son verdaderos derechos* y por ende, si *resultan justiciables*; y **(II)** la segunda que consistió en responder si, al hacer justiciables los DESCA, las Cortes *pueden inmiscuirse en las políticas públicas y consecuentemente, si cuentan con legitimidad y capacidad técnica para ello.*

La superación de tales etapas, argumentaremos, ha llevado a la conclusión de que los DESCA *son verdaderos derechos humanos* -ya que de hecho, estructuralmente, no pueden diferenciarse de los derechos civiles y políticos-*; que sí resultan justiciables y, finalmente, que los jueces sí cuentan con la legitimidad y capacidad necesaria para adjudicarlos.* Desde luego que la justiciabilidad de los DESCA no se ha estancado en tales temas, sino que es una materia que continúa evolucionando ante las nuevas problemáticas y retos que, precisamente, ha deparado la experiencia judicial en cuanto a su adjudicación en las últimas décadas.

En esa inteligencia, sugerimos que *nos encontramos ante una tercera etapa de justiciabilidad de los DESCA* referente a los problemas relacionados con la eficacia remedial de las sentencias adjudicatorias tales derechos humanos*.* En otras palabras, esta ulterior etapa de justiciabilidad de los DESCA tiene como objeto responder a la siguiente pregunta: *¿cómo lograr la eficacia remedial de las sentencias adjudicatorias de los DESCA?*

Para tratar de responder a tal interrogante -objeto de esta investigación-, se comenzará por replantear la "fuente" de la problemática judicial de la remediación de los DESCA. Así, sustentaremos, como hipótesis central, que los problemas subyacentes a las remediaciones judiciales de los DESCA *no atienden en realidad a razones ontológicas-estructurales de éstos,* como podría suponerse -ya que estos derechos en realidad no resultan distinguibles de los civiles y políticos por lo que a su justiciabilidad se refiere-*, sino que en realidad tiene que ver más con otras razones* atinentes*:* **(I)** al *complejo entramado obligacional* al que se enfrente el Tribunal -elemento sustantivo/objetivo de la adjudicación-; **(II)** a la forma en cómo el Tribunal *decide reparar tal complejo entramado obligacional, esto es, el diseño del remedio* -elemento subjetivo adjudicatorio-; y **(III)** así como *el seguimiento que se dé a la implementación de la orden remedial* -elemento subjetivo supervisorio-.

A partir de la identificación de tales elementos adjudicatorios, en el **capítulo tercero** se examinarán diez *leading cases* emitidos en India, Sudáfrica, Estados Unidos, Argentina, Colombia y México, atinentes a la adjudicación y remediación de entramados complejos obligacionales -tanto en materia de DESCA, como civiles y políticos-.

En cada uno de esos precedentes se elaborará una *tabla valorativa jurisprudencial* donde se plasmen: **(I)** el elemento objetivo -entramado complejo obligacional-; **(II)** el elemento subjetivo adjudicatorio -orden remedial-; **(III)** el elemento subjetivo supervisorio -seguimiento e implementación del remedio-; y **(IV)** el cumplimiento del fallo.

En el **capítulo cuarto**, a partir del análisis jurisprudencial en referencia, así como a las conclusiones derivadas de las primeras dos etapas de justiciabilidad de los DESCA, se propondrá confrontar la idea de "derechos complejos" contra la diversa de "obligaciones complejas", estableciéndose las razones por las cuales debe imperar ésta sobre aquella. En ese sentido, se desarrollará una teoría adjudicatoria *enfocada en las obligaciones* -y no en los derechos mismos-, estableciéndose que, si bien existe más de un modelo para remediar los derechos humanos, lo cierto es que *la aplicación de alguno de los modelos remediales, no depende del derecho en juego, sino de la obligación violada por el actuar estatal.*

Por ende, se propondrá que lo que determina la naturaleza del remedio *no es la naturaleza del derecho -DESCA vs Civil y político-, sino la naturaleza de las obligaciones violadas*. Así, nuestra propuesta es que el tipo de adjudicación implementada depende del tipo de obligación que se demande cumplir a la autoridad, de tal suerte que, lo que se exige, es que el *diseño de la medida remedial sea un reflejo adecuado y congruente con ese grado de complejidad obligacional*. En ese sentido, precisaremos que existe una interacción o necesaria correlación entre el elemento sustantivo/objetivo -entramado complejo obligacional- y el elemento subjetivo atinente a la arquitectura remedial dictada por el Tribunal.

Finalmente, en el **capítulo quinto**, dedicaremos las últimas páginas de la investigación a reflexionar sobre el segundo elemento subjetivo en la adjudicación de los DESCA: a saber, *la manera en cómo se decide dar seguimiento a la implementación de la medida remedial.* Derivado del análisis jurisprudencial realizado en el capítulo tercero, deducimos *dos principios adjudicatorios* que pueden ser empleados por los Tribunales para superar o al menos mitigar los problemas que se deriven *en la implementación del remedio.*

Finalmente, a partir del desarrollo del anterior capitulado, se establecerán las conclusiones del presente trabajo de investigación. El objetivo que nos guía es elaborar una teoría remedial sobre los DESCA -y de hecho, aplicable a los derechos humanos en su conjunto- que se presente como una alternativa viable a las diversas doctrinas remediales que se encuentran construidas sobre la base de prejuicios y estereotipos sobre tales derechos fundamentales.

Si no superamos la visión estereotipada de los DESCA *en el sentido de que su adjudicación resulta, en sí y por sí misma, compleja, policéntrica y problemática para los principios democráticos y de división de poderes*, difícilmente podremos ofrecer una teoría que permita atender en forma adecuada el problema de la efectividad e impacto de la remediación de tales derechos humanos en la sede judicial.

El hecho de que cada vez más Estados democráticos se sumen a la justiciabilidad de los DESCA y, consecuentemente, emitan sentencias significativas en cuanto a su contenido, alcance y operabilidad, es sin duda un gran avance para su realización, empero, *ante la ausencia de estrategias e instrumentos de adjudicación que aseguren el debido impacto y eficacia de los fallos respectivos, la promesa de su goce y efectividad se ven gravemente disminuidas.* El fenómeno creciente de la ausencia de debida implementación y eficacia de las sentencias sobre tales derechos humanos merece ser debidamente examinado, *tanto lo relativo a sus causas, como a las plausibles soluciones a tal problemática jurídica.*

Encontrar una “fórmula” que sea capaz de potencializar el impacto y eficacia de las sentencias remediales de los DESCA, es una empresa que apareja diversos retos tanto conceptuales, como empíricos, lo cual implica un largo camino por recorrer para la dogmática jurídica, así como para la consecución de una mayor madurez en la experiencia jurisprudencial en la materia. Sin embargo, consideramos que empezar construir una teoría de remediación de los DESCA que se encuentre desembarazada de los prejuicios y estereotipos que se le imputan a éstos, es una buena manera de lograr que el camino sea más llevadero y más encauzado.

Para lograr que los DESCA puedan convertirse en una “verdad viviente”, esto es, que tales derechos humanos puedan tener una incidencia real en la vida de la población, fuerza es que tales derechos no sólo resulten justiciables, sino que las sentencias reparatorias que al efecto emitan los Tribunales, *permitan facilitar las transformaciones que demanda la sociedad, es decir, que permitan corregir aquellos status quo institucionales que amenazan o transgreden nuestros valores constitucionales o convencionales.* Las sentencias adjudicatorias de los DESCA no pueden reducirse al papel, sino que tales decisiones judiciales deben *resultar eficaces para generar los efectos reparadores y transformadores a los que aspira y está llamada toda la justicia en esta materia.*

En suma, resulta imperativo generar herramientas, desde la dogmática jurídica, que coadyuven a que las órdenes remediales dictadas por los Tribunales puedan tener un impacto y eficiencia real en la población y la sociedad. De por medio no sólo están en juego la relevancia de las Cortes como defensoras de los derechos fundamentales y la conservación del principio supremacía constitucional, sino la posibilidad de que el Derecho pueda brindar respuestas o soluciones -al menos en un grado- al sufrimiento humano a través de los DESCA.

Capítulo Primero. Re-pensado los DESCA como un sistema de soluciones o respuestas al sufrimiento humano.

El buen Derecho es aquel que excluye o reduce el sufrimiento humano. Para poder ser concebido como una de las actividades más necesarias y elevadas que ha producido la cultura, el Derecho debe ser capaz no sólo de resolver las disputas que se generan en la sociedad de manera pacífica y justa, sino debe también resultar funcional para *dar respuestas o soluciones, al menos en algún grado, al dolor que padece la humanidad.*

En efecto, en vano resulta hablar acerca de la dignidad ontológica de la persona, como base y eje primordial de los derechos humanos, si *no se permite que el hombre, a través de ciertos principios de indisponibilidad jurídica, se encuentre "liberado" de ciertos tipos de sufrimiento*. Esta forma de libertad, es decir, a la supresión o reducción de determinadas aflicciones del ser humano, debe constituir una base primordial que sostenga el Estado de Derecho a fin de establecer un paradigma holístico de las libertades necesarias para asegurar una vida en condiciones de dignidad para las personas, al tiempo que esa noción libertaria de ciertos sufrimientos es susceptible de aportar un sentido más amplio y profundo a los contenidos materiales o morales mínimos en la que deba estructurarse la comunidad política. Esto es, para lograr la plenitud del ser y generarse las mejores condiciones para el desarrollo de un proyecto de vida digna, resulta menester que *la privación de ciertos bienes humanos sea evitada y, con ello, la generación del sufrimiento en el ser humano.*

Así, en el presente capítulo se expresarán diversos argumentos con base en los cuales estimamos que es dable concebir a los llamados DESCA[1] como un sistema de "respuestas o soluciones" al dolor y sufrimiento humano, es decir, a nuestro

[1] Para efectos de este trabajo de investigación, se entienden por DESCA todos y cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

juicio, *es dable interpretar a los DESCA como un conjunto de derechos fundamentales que tienen como propósito esencial excluir o reducir el sufrimiento que padece la humanidad* –como lo son la hambruna, la miseria, la enfermedad o la ignorancia–, todo lo cual se erige como una consideración reforzada de la importancia de que las sentencias remediales de los DESCA puedan contar con un impacto y eficacia real en el sistema jurídico -al constituirse como fallos que pueden erradicar o mitigar el sufrimiento humano-.

En otras palabras, si bien el presente capítulo pretende constituirse como una introducción a los DESCA, lo cierto es que también tiene como propósito persuadir al lector acerca de las razones por las cuales se encuentra justificado, como un tema preponderante para el Estado de Derecho, *volver a reflexionar y profundizar acerca de la importancia de que los DESCA sean debidamente cumplimentados y que sus sentencias adjudicatorias sean debidamente acatadas.* Como lo ha señalado Sandra Fredman, la aceptación continua de los DESCA requiere más que el ser etiquetados como derechos humanos, *"también precisa re-caracterizar los valores detrás de los derechos humanos y, en particular, de la relación entre el individuo, la comunidad y el Estado*[2]*":*

Para ello, se analizarán dos grandes tópicos: **(I)** la importancia de los DESCA como un sistema respuestas al sufrimiento y dolor humano; y **(II)** la paradoja que se deriva entre el "pionerismo" constitucional mexicano de 1917, respecto al reconocimiento de tales derechos fundamentales y el hecho de que, a más de cien años de su promulgación, *al menos la mitad de la población, estadísticamente hablando, carezca de un verdadero goce de los DESCA.*

Se han elegido esos dos tópicos a efecto de que, desde el inicio de esta obra, se facilite al lector comprender la dimensión de la importancia de los DESCA en el Estado de Derecho y del grave problema que genera la *ausencia de su goce y justiciabilidad* especialmente, respecto de quienes más los necesitan para poder

[2] Fredman, Sandra. *Comparative Human Rights Law.* Oxford University Press. Oxford. 2018. pág. 76

acceder a una vida en condiciones de dignidad, *misma que precisa, al menos en un grado, encontrarse liberada de dolor y sufrimiento.*

Asimismo, previo al desarrollo de los temas que atañen a este capítulo, estimamos oportuno precisar que haremos alusión, en forma ilustrativa, a los siguientes DESCA: **(I)** a la salud; **(II)** a la alimentación; **(III)** a la educación; y **(IV)** al trabajo. Es evidente que los anteriores derechos fundamentales no agotan los derechos económicos, sociales y culturales que han sido reconocidos por diversos tratados internacionales ni por los textos constitucionales. Empero, los DESCA a los que haremos referencia son utilizados simplemente como una *guía ilustrativa* en este primer capítulo para la construcción de una teoría sólida de interpretación *iusfilosófica* de tales derechos como un sistema de respuestas o soluciones al sufrimiento humano.

Es decir, el empleo de tales DESCA resulta *instrumental para demostrar que los derechos resultan funcionales para excluir o reducir el dolor humano*, por lo que en forma alguna pretenden constituirse como una lista exhaustiva o limitativa, ni mucho menos, restarle importancia o seriedad a otros derechos que tienen la connotación o naturaleza de económicos, sociales y culturales.

En segundo lugar, cuando hacemos referencia a los citados derechos lo hacemos *lato sensu y reconociendo la interdependencia entre los DESCA.* Por ejemplo, por el derecho a la salud entenderemos *todos aquellos aspectos que atañen al estado de bienestar general del ser humano*, por lo que abarca, a su vez, otros derechos sociales, como lo son los derechos a *las condiciones sanitarias adecuadas, al agua para uso doméstico e higiénico, al acceso a un ambiente sano, a la seguridad social y a la vivienda digna*, en tanto que, como lo ha reconocido el propio Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho a la salud "*abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las persona pueden llevar una vida sana"*[3].

[3] ONU. Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud: 11/08/2000.E/C.12/2000/4, CESCR OBSERVACION GENERAL 14, párrafo 5.

Es decir, para efectos del presente capítulo, el derecho a la salud debe entenderse como el desarrollo y otorgamiento de una amplísima gama de bienes y servicios que pueden ir *desde el débito del saneamiento de lagos y ríos, como de la posibilidad del ser humano de vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte, la preservación de recursos naturales para las próximas generaciones, o bien, el acceso a un tratamiento médico adecuado y de calidad a través de sistemas de seguridad social.* Esto es, entiendo el término de "sanidad" o "salud" en un sentido sumamente amplío –comprendiendo el derecho a la vivienda, al agua, a la seguridad social y a u medio ambiente sano–.

En esa misma inteligencia, cuando se hace alusión al derecho a la alimentación nos referimos no *sólo a los alimentos en estricto sensu*, sino a la combinación de productos nutritivos para el crecimiento físico y mental, el desarrollo y el mantenimiento, y la actividad física que sea suficiente para satisfacer las necesidades fisiológicas humanas en todas las etapas del ciclo vital y según el sexo y la ocupación; *lo que desde luego, abarca por ejemplo, la posibilidad de que el hombre disponga de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el consumo personal.*

Asimismo, cuando hablamos del derecho a la educación, lo entenderemos *no simplemente como la educación académica o familiar que se otorga al educando,* sino también el derecho que tienen los hombres *para participar en una vida cultural, a través de la transmisión de sus valores, religión, costumbres, lenguas y otras referencias culturales, y que contribuye a propiciar un ambiente de comprensión mutua y respeto de los valores culturales*.

En ese mismo sentido, entendemos por el derecho al trabajo no sólo la libertad del hombre para dedicarse a la ocupación o profesión de su elección –y todos los aspectos atinentes a la seguridad, estabilidad y otras condiciones dignas de trabajo digno–, sino también como el *derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora y el derecho a la indispensable libertad para la investigación científica y la actividad creadora.*

En suma, para efectos de la elaboración de la presente *teoría iusfilosófica* se hace referencia en términos sumamente amplios a los derechos la salud; a la alimentación; a la educación; y al trabajo, no demeritando las listas o especificaciones prestablecidas en Cartas de Derechos Humanos, *sino enriqueciendo la interdependencia y el carácter holístico de tales derechos inherentes al hombre por virtud de su humanidad.*

Por ello, aunque reconocemos que, aunado de los citados derechos humanos, existen muchas otras formas de derechos económicos, sociales y culturales que han sido reconocidos en normas generales, sugerimos que, al analizar los DESCA a los que hacemos referencia, *se verá que los muchos otros derechos son susceptibles de ser incluidos en algunas de las categorías a las que nos hemos venido refiriendo, o bien, encontrarse reconocidos mediante la combinación entre dos o más de los DESCA en comento*. Máxime que, como se ha explicado, la categoría de los DESCA en cita simplemente pretende ser instrumental para ilustrar la conexión entre Derecho y dolor y, por ende, *el carácter funcional o performativo de los DESCA como respuestas o soluciones al sufrimiento de la humanidad* –sin afán alguno de ser reduccionista–.

1. Los DESCA como un sistema de respuestas al sufrimiento y dolor humano.

La vinculación filosófica entre el dolor y el derecho no es del todo novedosa[4], pero su profundización o recuperación *ius filosófica* sí resulta oportuna para justificar la necesidad imperante de lograr el pleno goce y justiciabilidad de los derechos económicos y sociales, así como para reforzar las razones justificatorias pre-existentes que diversos juristas ya se han dado a la tarea de plantear sobre la importancia de los DESCA y su recta adjudicación.

Por ende, previo a examinar: **(I)** los retos que los DESCA han enfrentado en diversas épocas y las razones por las cuales se estima que el cumplimiento de las sentencias

[4] Ver Ferrajoli, Luigi, *Garantismo Penal*, México, ed. Facultad de Derecho de la UNAM, 2016, p. 85. Consultable en su versión digital en el siguiente enlace: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4122/8.pdf

de adjudicación de los DESCA constituye el principal problema latente para el pleno goce de tales derechos –capítulo segundo–; **(II)** las sentencias paradigmáticas de adjudicación de los DESCA y su ejecución por los órganos políticos –capítulo tercero– ; y **(III)** la comprensión y superación de los problemas de la remediación de los DESCA –capítulos cuarto y quinto–; *fuerza es generar una teoría racionalmente sólida respecto a la funcionalidad de tales derechos fundamentales.*

Al respecto, se parte de la premisa de que la teoría jurídica debe dirigirse hacia una profunda vocación práctica. La acepción de "teoría práctica" pareciere un oxímoron, pero en realidad no es una noción de esta naturaleza. Si bien para algunos la teoría es una mera descripción de la realidad, para otros *la teoría intenta ir más allá de lo descriptivo* y se propone desplegar un proceso que hace real lo que estaba latente "*y proyecta claridad sobre una suerte de pasaje de penumbras"*[5]. En efecto, con el uso de la teoría o razonamiento práctico se pretende descubrir o determinar *"qué hacer, alcanzar, tener o ser"*[6].

Teorizar sobre los derechos humanos, como lo son los DESCA, entonces, precisa no ya de meras descripciones acerca de los textos constitucionales o convencionales que contienen tales derechos *ius fundamentales*, sino requiere de una *re-valoración de su sentido práctico para la existencia humana.* En ese sentido, se pretende justificar la importancia de los DESCA y, por ende, su justiciabilidad y adjudicación, no ya a partir de un mero análisis descriptivo de su contenido y alcance en distintas convenciones internacionales y textos constitucionales –así como de su interpretación por organismos y tribunales tanto nacionales como internacionales–, sino a partir de la noción de que, tales derechos fundamentales, en realidad, *son*

[5]´Ver Álvarez Gardiol, Ariel, *La prueba de los hechos y las teorías de la argumentación*, En Carlos Alarcón y Rodolfo Luis Vigo (coord), *Interpretación y argumentación jurídica*. Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2011. págp. 57.

[6] Tapia Infante, Vicente, *El conocimiento práctico de la naturaleza humana en el pensamiento de John Finnis desde Fundamentals of Ethics hasta el Postcript de la segunda edición de Natural Law and Natural Rights*, Pontificia Universidad Católica de Valparaiso, Chile, 2016, consultable en http://opac.pucv.cl/pucv_txt/txt-8000/UCD8052_01.pdf

consustanciales para responder o solucionar diversas especies del sufrimiento humano.

Para ello, se parte, en principio, de dos ideas: **(I)** la enunciación de la "libertad de vivir sin penuria" de Roosvelt; y **(II)** la concepción que Salvatori Natoli y Luigi Ferrajoli han establecido respecto a la naturaleza de los DESCA. Enseguida, a partir de esas premisas, el presente capítulo profundiza sobre la necesaria conexión entre DESCA y dolor a través del pensamiento de Santo Tomas de Aquino y su correlación con la noción de bienes humanos básicos del profesor John Finnis.

1.1. La libertad de vivir sin penuria.

Franklyn Delano Roosvelt en su famoso discurso de las cuatro libertades, pronunciado el 6 de enero de 1941, adujo que el hombre no sólo requiere de la libertad de expresión, la libertad de creencias y de la libertad de vivir sin miedo, sino además de la *"libertad de vivir sin penuria"* –freedom from want[7]–. Esta libertad, como una de las cuatro libertadas humanas esenciales, fue entendida, por el propio Roosvelt, como la realización de los acuerdos económicos que aseguren a toda nación *"una vida en paz y con salud para sus habitantes"*[8].

Sin embargo, el derecho esencial humano a encontrarse libre de la "penuria" o "miseria", "escasez" o "necesidad", es susceptible de encerrar un significado *ius filosófico* mucho más profundo, en especial, si lo confrontamos frente al resto de las libertades enunciadas por el propio Roosvelt. En efecto, ¿de qué sirve al hombre poder manifestarse libremente –freedom of speech–, creer en lo que a su juicio convenga –freedom of worship– y encontrarse protegido frente a estadios de guerra o violencia entre las naciones –freedom from fear–, *si no se encuentra libre del hambre, de las enfermedades, de la indigencia o de la ignorancia*? Como aducía Alexy,

[7] Consultable en https://www.americanrhetoric.com/speeches/fdrthefourfreedoms.htm
[8] Ídem.

"existen libertades muy diferentes que tienen que ser interrelacionadas para poder llegar a una situación de total libertad justificable"[9].

Lo anterior significa que, la libertad de vivir "*sin penuria o escasez"*, para ser tal, requiere de salvaguardas jurídicas que aseguren a la persona niveles dignos de acceso y goce a la salud, la alimentación, la educación y el trabajo, pues sólo de esa forma, es que podemos concebir, razonablemente, una existencia liberada de *"miseria".*

El anterior aserto se corrobora si se parte de la base de que, el discurso de las cuatro libertades esenciales de Roosvelt generó una fuerte influencia en la promulgación de algunas de Convenciones Internacionales que son la base del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos[10], se establece, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, se encuentre liberados de *"la miseria".*

Asimismo, en el preámbulo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos y Sociales –en adelante PIDESCA–, se considera que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, *"no puede realizarse el ideal del ser humano […] liberado […] de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales"* [11].

En ese sentido, la libertad de *"vivir sin penuria"* a que se refiere el ya mencionado discurso de Roosvelt, aunado al ideal plasmado en las citadas Convenciones Internacionales, respecto a la necesidad de que el hombre se encuentre liberado de la *"miseria",* en realidad, da cabida a que desde una perspectiva *ius filosófica*, se puedan interpretar a los DESCA como instrumentos tendientes a aliviar el sufrimiento y dolor, generado, entre otros, *por la hambruna, la indigencia, la enfermedad y la ignorancia, o a contrario sensu*, a excluir o reducir el sufrimiento

---

[9] Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdez, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madird, 2002. pág. 367

[10] Visible en su versión digital en http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/

[11] Consultable en su versión digital en https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx

derivado de la privación, carencia o escasez de la educación, la salud, la alimentación o el trabajo.

Máxime que tales sufrimientos generan una afectación culminante en la dignidad del ser humano que es precisamente lo que se pretende evitar mediante el reconocimiento y tutela de los DESCA, como instrumentos que permitan el advenimiento de un mundo "*libre de miseria"* al que se refieren los preámbulos de las Convenciones internacionales ya examinadas.

En efecto, como fue elocuentemente afirmado por los jueces interamericanos A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, en sus votos particulares en llamado caso "Niños de la Calle", una persona que vive en la humillación de la miseria, sin la menor condición siquiera de crear su proyecto de vida, ***"****experimenta un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual; la muerte física que a ésta sigue, en tales circunstancias, es la culminación de la destrucción total del ser humano"*[12]*.*

Sin salud, sin educación, sin alimento y sin las posibilidades de realización personal a través de una determinada actividad creativa o productiva, la existencia de la persona es reducida y degradada a un perpetuo ciclo de aflicción que hace ilusoria la generación de un "proyecto de vida", mismo que es consustancial al derecho a la existencia y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, seguridad e integridad de la persona humana.

En suma, un proyecto de vida que respete la dignidad del ser humano precisa de seguridades necesarias *para que pueda exaltar su espíritu*[13] –es decir, poder decidir su propio destino y dentro de esas seguridades o condiciones que garanticen una existencia digna–, y tal exaltación se ve seriamente comprometida y mermada si la existencia humana *se encuentra inmersa en el dolor y sufrimiento generado por la hambruna, la enfermedad o la ignorancia*, esto es, si no se logran las condiciones necesarias para

[12] Cfr. Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. Voto concurrente conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli. Párrafo 9.

[13] La noción de un "proyecto de vida" envuelve plenamente el ideal de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, de *exaltar el espíritu como finalidad suprema y categoría máxima de la existencia humana .*

que el ser humano se encuentre *liberado de la miseria*; he ahí una primera aproximación a la vinculación entre DESCA y dolor.

1.2. La concepción de Natoli y Ferrajoli respecto a los DESCA

Una vez precisado lo anterior, debe tenerse en cuenta que la idea de que los DESCA funcionen como un sistema de derechos humanos que pretenda dar "respuestas o soluciones" al sufrimiento y dolor humano, es una concepción formulada por Ferrajoli y, rescatada a su vez, de un ensayo de Salvatore Natoli, intitulado *"Dal potere caritatevole al Welfare State"*[14] .

Ferrajoli, en el capítulo que intitula *"Derecho y dolor"* dentro su obra *"Garantismo Penal"*[15]*,* aduce que, de hecho, todos los derechos sociales *"pueden ser concebidos como expectativas positivas, o sea a prestaciones públicas dirigidas a reducir el dolor sufrido, en un sentido amplio natural, como las enfermedades, la indigencia, la ignorancia, la falta de medios de subsistencia"*[16]*.*

Para Ferrajoli, entonces, el Estado Social de Derecho, en el cual se tutelan los llamados DESCA se ha desarrollado como un verdadero *"sistema de respuestas al dolor sufrido y por así llamarlo 'natural' a las enfermedades a través del derecho a la salud, a la ignorancia a través del derecho al estudio, a la indigencia a través de los derechos a la asistencia y a la previsión"*[17].

Así, el paradigma del Estado de derecho es siempre el mismo: el desarrollo de una esfera pública, que tutele el conjunto de derechos fundamentales estipulados en esos pactos fundadores de la convivencia social que son las constituciones, "*como objetivo o razón de ser del derecho y del Estado"*[18]*.* Lo revelador de esa concepción jurídica de los DESCA es que se les presenta como consustanciales para evitar o

---

[14] *Natoli, Salvatore. Dal potere caritatevole al Welfare State*, en *Nuove frontiere del diritto: Dialoghi su giustizia e verità*. (introducción de Pietro Barcellona), Bari, Dedalo, 2001, págs.. 129-145

[15] Ver Ferrajoli, Luigi. *Garantismo Penal*. Ed. Facultad de Derecho de la UNAM. México. 2016. Primera Edición. pág. 85.
https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4122/8.pdf

[16] ídem.

[17] Ibídem, p. 86

[18] Ídem.

reducir el sufrimiento humano y, por ende, indispensables para que sus detentores, en virtud de su humanidad, puedan acceder a condiciones de dignidad, la cual al menos desde el aspecto de diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, es la base del reconocimiento de todo derecho humano.

La existencia digna del hombre, entonces, precisa de una serie de prestaciones públicas encaminadas resolver los sufrimientos que el hombre padece en el ámbito social, como lo es la hambruna, la ausencia de educación, las enfermedades y la indigencia entre otros.

Siendo importante mencionar que, para Ferrajoli, el sufrimiento y dolor que relaciona con los DESCA es de carácter *"natural*", en oposición al dolor *"inflingido*". Esto es, existen dos figuras o vertientes de dolor y sufrimiento, a saber: **(I)** el "*sufrido" y;* **(II)** *el "inflingido*". El primero natural, el otro producto de los hombres[19]. Así, el derecho a la vida y a la integridad personal –consistentes todos en expectativas negativas o en inmunidades de lesión– son interpretables como "*derechos dirigidos a prevenir el dolor inflingido, o sea el mal provocado por los hombres"*[20] a través del derecho penal y la regulación y minimización de la reacción punitiva al delito. Por otro lado y, como se ha dicho, los DESCA se relacionan al dolor *"sufrido",* esto es, al generado *"natural o inevitablemente"*[21]*.*

Ahora bien, en tanto Ferrajoli no profundiza acerca de la vinculación necesaria entre dolor y Derecho, ni entre la referida propuesta de división del dolor –entre inflingido y sufrido, el primero atinente al derecho penal y el segundo a los DESCA–, sino que simplemente basa sus planteamientos en los asertos de Natoli, es menester atender a este último autor italiano para comprender tal conexión. Natoli considera que cuando se habla de *"polis"* y dolor, de Derecho y dolor, la conexión no resulta inmediatamente intuitiva. Sin embargo, razona que, si se parte de la premisa de que la sociedad debe ser una condición a través del cual el hombre alcance la felicidad y si el

[19] Ibídem. p. 85.
[20] Idem.
[21] Ídem.

Derecho resulta funcional para la consecución de esa finalidad, entonces, "*el Derecho debe, inevitablemente y en algún modo, evitar el dolor*"[22].

En otras palabras, la conexión entre *dolor y Derecho* –más propiamente, entre la función del Derecho para aliviar el dolor humano–, se deriva de la vinculación entre *felicidad y Derecho*, misma que sí resulta "intuitiva" e inclusive reconocida, al menos, por algunos documentos fundantes, como lo es la Declaración de Independencia de los E.E.U.U. de 1776, en la que se plasman, como verdades evidentes, que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables y que entre éstos están la vida, la libertad y *"la búsqueda de la felicidad"*[23].

En similares términos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece en su preámbulo que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas políticas, rectoras de la vida en sociedad, "*tienen como fin principal […] la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad*"[24]. Por ende, para alcanzar la felicidad, se dice que el Derecho debe ser capaz de excluir o reducir, al menos en algún grado, el sufrimiento humano,

Precisado lo anterior, Natoli considera que aunque el modo de sufrir es múltiple, resulta dable encontrar un denominador común. En ese sentido, hace una distinción entre dos especies de dolor: **(I)** el dolor "*necesario, sufrido, inevitable*", esto es, aquel que proviene de la naturaleza; y **(II)** el dolor "*inflingido, arbitrario*", es decir, aquel que el hombre procura uno al otro[25].

---

[22] S. Natoli, *Dal potere caritatevole al Welfare State, en Nuove frontiere del diritto […]* op. cit., pág.129.
[23]Consultable en su versión digital en:
http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/decla_1776.pdf
[24] Consultable en
https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf
[25] Ibídem. p. 130.

El dolor "inevitable" –natural– requiere del apoyo social para ser aliviado. Para Natoli, ello se plasma y forma parte de la cultura del *oikos* –la "casa" o unidad básica de la sociedad en la mayoría de las ciudades-estado de la antigua civilización griega– dado que era una función natural del *oikos* apoyar y curar la condición de indigencia o miseria, porque la comunidad, como tal, no existiría ni sobreviviese si los miembros más vulnerables "*no fueran alimentados y cuidados*"[26]. Por ello, una sociedad se reproduce y, por ende, sobrevive, siempre y cuando se ocupe del apoyo y resguardo de sus miembros más débiles.

Así, la cura del dolor *"natural o inevitable",* en general, no se relaciona con el sufrimiento propiamente, sino que se dirige a eliminar el estado de indigencia. Por ende, para Natoli, la dimensión del *oikos* y luego de la *polis,* con relación al dolor, es la dimensión "*del apoyar, del aliviar y también de acompañar en la muerte"*[27]. Ello, ya que en tal civilización antigua, la pérdida de un miembro era percibida como una verdadera herida para la sociedad, como tal.

A partir de ello, es decir, de la necesidad de curar al débil o al vulnerable, de acompañarlo y de sanarlo, se colige que, cuando del sistema del *"oikos"* se entra al sistema de la *"polis",* el poder estatal debe, necesariamente, atender al tema central de la miseria pública[28]. Un Estado "*que no es beneficioso y que no elimina el hambre, es un estado que ha fracasado*"[29].

Con base en los anteriores razonamientos es que se da luz a la división del dolor que planteaba Ferrajoli, esto es, entre dolor *"sufrido"* e *"inflingido"*; pues para Natoli, el primero de ellos adquiría esa noción, en tanto atendía a la función *"natural"* del *"oikos"* de preservar la vida y de cuidar a sus miembros más vulnerables, a efecto de lograr la continuidad de la sociedad misma. En otras palabras, el dolor "*natural"* es aquél que se asocia al estado de indigencia o miseria social, que debía ser

[26] Ibídem. p. 131
[27] Ídem.
[28] Ídem.
[29] Ibídem, p. 132.

atendido por la comunidad, misma que tenía la obligación de apoyar y aliviar el sufrimiento de sus miembros.

A partir de lo anterior, genera un poco más de sentido entender que, como lo aduce Ferrajoli, los DESCA se dirijan, precisamente, a excluir el dolor *"sufrido o natural",* si se toma en cuenta que éste se relaciona con padecimientos "*de carácter social"* que atañen a la miseria, la indigencia, la hambruna o la enfermedad de aquellos que se encuentran en estado de vulnerabilidad y, cuyo destino o responsabilidad, recaía, primero en el hogar *"oikos"* y, en último término, en la *"polis".* En suma, atendiendo a los raciocinios de Natoli, existe un deber de cuidado por parte de la comunidad respecto a sus miembros más vulnerables, lo que puede ser traducido como un *débito social de aliviar el dolor de los más débiles.*

Al respecto, estimamos que esa posición, respecto a la división de dolor sostenida por ambos autores italianos encuentra una crítica y oposición, *prima facie*, atendiendo simplemente a las nociones contemporáneas de los DESCA –sin perjuicio de que, posteriormente, se razone el por qué, a partir de la razón práctica, la concepción de dolor natural resulta verdaderamente problemática–. Es así, pues pretender sostener que los sufrimientos generados por la ausencia de los DESCA, son de una naturaleza "natural*"*, no sólo resulta errado, sino además innecesario.

En efecto, si bien acorde a un paradigma del *oikos* pudiese ser razonable concebir al estado de hambruna, miseria o indigencia, como un sufrimiento *"natural, necesario o inevitable"*, lo cierto es que en la actualidad, el desarrollo de los DESCA y del propio paradigma del Estado Constitucional de Derecho, pone en tela de juicio que muchos de los males o sufrimientos "sociales" –dígase la enfermedad, la desnutrición o la ignorancia, entre otros–, *puedan ser percibidos como elementos connaturales y necesarios en toda sociedad.*

En efecto, atendiendo a la Carta Internacional de Derechos Humanos, la mísera se concibe como una condición humana que se caracteriza "*por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder*

necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado"[30]. En similares términos, puede entenderse a la extrema pobreza como *"una combinación de escasez de ingresos, falta de desarrollo humano y exclusión social, en que una falta prolongada de seguridad básica afecta a varios ámbitos de la existencia al mismo tiempo"[31].*

En esa inteligencia, como lo ha reconocido Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, el estado miseria "*no es inevitable. Es, al menos en parte, una situación creada, propiciada y perpetuada por acciones y omisiones de los Estados y otros agentes económicos"[32].* Al dejar de lado a las personas que se encuentran en tal condición, las políticas públicas han transmitido la mísera "*de generación en generación"[33].*

En esa tesitura, resulta, al menos cuestionable, concebir a la hambruna, a la enfermedad, a la indigencia o a la ignorancia como dolores *naturales, necesarios o inevitables* en toda sociedad, pues no puede soslayarse la participación y el papel preponderante que el propio hombre, *incluso a través de medios institucionales, ha generado en el desarrollo y perpetuación de tales sufrimientos de la humanidad.* Por ende, el dolor que pretenden excluir o reducir los DESCA en forma alguna debe concebirse como *natural o inevitable*, esto es, como *sufrimientos inherentes a toda sociedad*, sino que atañen al daño "inflingido" por el actuar humano, ya a través del Estado, ya a través de ciertos agentes privados, que han propiciado, permitido o potencializado, sea deliberada o indeliberadamente, la generación de tales aflicciones en el hombre.

Para ilustrar lo anterior, vale la pena emplear algunos ejemplos. Así, en principio, si bien podríamos concebir a la enfermedad como una especie dolor generado *"naturalmente o de manera inevitable",* lo cierto es que es dable pensar en una serie

---

[30] ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: la pobreza y el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, aprobada por el el 4 de mayo de 2001. párr. 7 y 8.
[31] ONU. Consejo de Derechos Humanos. *Proyecto final de los Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, presentado por la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona*", aprobado el 18 de julio de 2012. párr. 2.
[32] Ibídem. Párrafo 5.
[33] Ídem.

de escenarios en que los dolores o sufrimientos que pretende excluir o reducir el derecho al nivel más alto posible de salud física y mental, son en realidad perpetuados o potencializados por la actuar humano –y no por cuestiones generadas por la naturaleza –.

Como lo ha planteado Amartya Sen, el tema relativo a la equidad en el derecho a la salud no concierne únicamente a la salud vista aisladamente –esto es, como un fenómeno natural y, por ende, inherente a la existencia del hombre–, sino *"que debe abordarse desde el ámbito más amplio de la imparcialidad y la justicia de los acuerdos sociales, incluida la distribución económica"*[34]. No debe soslayarse que *"el mundo social constituye diferencias por el simple hecho de diseñarlas"*[35].

Cuestiones estas que son constructos del hombre y no derivadas de un *estado necesario e inevitable de cosas en las sociedades contemporáneas*. De donde se colige que existen diversos sufrimientos asociados con enfermedades que son, realmente, el resultado de acciones perpetuadas por el actuar humano que han propiciado o impulsado esas aflicciones –o bien, estando en posibilidad de evitarlas o reducirlas, se han decantado por la omisión de aliviarlas o darles tratamiento–. En tales casos, el derecho a la salud no pretenderá excluir o reducir meramente un dolor *"natural", sino "inflingido".*

Retomando a Sen, lo que resulta particularmente grave como injusticia es que "*algunos pueden no tener la oportunidad de alcanzar un buen nivel de salud, debido a acuerdos sociales"* [36] y no por una decisión personal de no preocuparse particularmente por la salud. En ese sentido, una enfermedad que "*no es prevenida ni tratada por motivos sociales y no por una elección personal, tiene una repercusión particularmente negativa en la justicia social"*[37].

---

[34] Sen, Amartya, *¿Por qué la equidad en Salud?".* En *Primero la gente: una mirada desde la ética del desarrollo a los principales problemas de mundo globalizado*. Sen, Amartya y Kligsberg, Bernardo ed. Deusto. Barcelona. 2007.*pág*. 62.
[35] Ibídem. pág. 41.
[36] Ibídem, pág. 64
[37] Ídem.

Lo mismo acontece, por ejemplo, con el caso de la hambruna, pues aun en el supuesto no concedido de que pudiese concebirse a ésta como una cuestión connatural o necesaria en un momento dado y en una cierta región del planeta, por ejemplo, al carecer determinada sociedad de alimentos suficientes y de calidad para la totalidad de la población, lo cierto es que el dolor que depara esa carencia alimentaria también puede ser *"inflingido*" por el actuar del hombre.

Como lo ha aseverado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho a una alimentación adecuada no puede verse aisladamente, sino que es *"inseparable de la justicia social, pues requiere la adopción de políticas económicas, ambientales y sociales adecuadas, en los planos nacional e internacional, orientadas a la erradicación de la pobreza"*[38].

En ese sentido, el dolor generado por la hambruna o la desnutrición no participa de un dolor *"sufrido"* –natural–, sino *"inflingido"* –producto de los hombres–, sobre todo, si se tiene en cuenta que las raíces del problema del hambre y la malnutrición "*no están en la falta de alimento sino en la falta de acceso a los alimentos disponibles, por parte de grandes segmentos de la población del mundo entre otras razones, a causa de la pobreza"*[39].

Por ende, respecto a la concepción de los DESCA como un sistema de derechos fundamentales que pretenden dar respuestas o soluciones al sufrimiento humano, resulta más adecuado *prescindir de la división sobre la "fuente" de la aflicción* –esto es, si es sufrida o inflingida–, *para en su lugar atender a la "especie de dolor*" que pretende erradicarse o mitigarse a través de cada uno de los derechos DESCA y, desde luego, de su necesaria interrelación.

De tal suerte que, atendiendo a la "especie" de sufrimiento humano, es dable analizar *qué respuestas o soluciones pretende dar el Derecho a través del reconocimiento y la tutela de los DESCA.* Así, se pueden citar los siguientes ejemplos: **(I)** *a la ignorancia* se le soluciona con el derecho a la educación; **(II)** *a las*

[38] ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 12, "El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)", 20º período de sesiones, 1999, U.N. Doc. E/C.12/1999/5 (1999), párrafo 4.
[39] Ibídem, párrafo 5.

enfermedades se les da respuesta a través del derecho a la salud; y **(III)** *a la hambruna y malnutrición*, con el derecho a una alimentación adecuada y de calidad. Lo anterior permite concebir al denominado Estado de Bienestar –welfare state–, en un sentido verdaderamente literal, en tanto se deberá procurar la salvaguarda de determinados *bienes humanos* –los DESCA– que permitan dar respuesta o solucionar o ciertos *males* –dolor y sufrimiento–.

Una vez planteado este acercamiento a la concepción de los DESCA como un conjunto de derechos que tienen como propósito excluir o reducir el sufrimiento humano –sin hacer divisiones entre aflicciones naturales e infligidas –, es menester profundizar sobre dicho entendimiento, a fin de generar una verdadera teoría de la función y naturaleza de los DESCA como respuestas al dolor.

Al respecto, se recuerda que acorde con Natoli –y en consecuencia para Ferrajoli, que únicamente formula sus planteamientos a partir de los asertos de aquél–, la conexión entre DESCA y dolor se infiere o es intuitiva, a partir de la vinculación entre Derecho y felicidad; pues si el Derecho es funcional para alcanzar ésta, *el Derecho debe, inevitablemente y en algún modo, evitar el dolor.*

Empero, estimamos que la vinculación a que se ha hecho referencia no debe partir del Derecho hacia el hombre, *sino del hombre hacia el Derecho.* En otras palabras, resulta menester generar una base racional que demuestre *por qué los DESCA son susceptibles de aliviar el sufrimiento humano*, o a *contrario sensu*, *qué hace, desde el punto de vista de la razón práctica, que la carencia de los DESCA generen dolor en el hombre*. Para ello, se procede a re-formular la vinculación entre DESCA y sufrimiento a través del pensamiento de Santo Tomas de Aquino y su correlación con la concepción de bienes humanos básicos que ha elaborado John Finnis.

1.3. La profundización de los DESCA como soluciones al sufrimiento humano (una visión Tomista)

En el presente capítulo se han ido explicando y desarrollando las razones por las cuales es dable interpretar a los DESCA como un conjunto de derechos fundamentales que tienen como objeto excluir o reducir ciertos ámbitos del dolor y

sufrimiento humano. Ahora, fuerza es que, partiendo de esa concepción funcional de los DESCA, se profundice acerca de esa vinculación entre derechos fundamentales y sufrimiento.

Para ello tomaremos como base, en principio, a Santo Tomás de Aquino, en tanto dicho filósofo ha plasmado una concepción racional de suma importancia respecto al entendimiento del dolor, la cual se retoma para generar una teoría sólida respecto a los DESCA como respuestas al dolor y sufrimiento del ser humano[40].

En principio, Aquino considera que todo dolor exige dos cosas: *"la unión con algún mal* –que es mal por lo mismo que privación de un bien– *y la percepción de esta unión"*[41]. En ese sentido, todo dolor o sufrimiento, para ser tal, requiere cumplir con dos condiciones: **(I)** en primer lugar, la consecución de un mal y; **(II)** en segundo lugar, el discernimiento de que ha acontecido éste.

Por ende, así como, con el nombre de bien, entendemos la perfección del ser, "*con el nombre de mal no entendemos nada más que la privación de esta perfección"*[42]. De ahí que si la privación propiamente de tal perfección, es la privación de un bien debido, "*es evidente que denominamos mala una cosa porque está falta de una perfección que debe tener"*[43]. Por tanto, "*todo género de mal, sea natural o voluntario, produce, en último término, sufrimiento"*[44].

Atendiendo a lo anterior, es dable sostener, como primera conclusión, que *el sufrimiento humano es la consecuencia de la privación de un bien*, el cual, en términos Tomistas, se aprecia por la *"plentitud del ser"*[45]. Asimismo, como se ha dicho, aunado a esa privación o *"deformación de la plenitud del ser"*, para que ese

---

[40] En ese sentido, se procede a examinar cinco temas planteados por el Aquinate respecto al sufrimiento: (I) la concepción del dolor; (II) las especies de aprehensión del dolor y sus distinciones; (III) las especies de dolor interno y sus características; (IV) las causas del dolor y; (V) los efectos del dolor.

[41] S. Th., I-II, 1. 35 a. 1

[42] Torralba, F. *Aproximación a la esencia del sufrimiento.* Anales Sis San Navarra [online]. 2007, vol.30, suppl.3, págs.23-37. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_isoref&pid=S1137-66272007000600003&lng=es&tlng=es

[43] Ídem

[44] Ídem.

[45] S. Th., I-II, 1. 18 a. 2

mal genere un dolor o sufrimiento es menester que el ente sea capaz de percibirlo como tal. Por tanto, "*el hombre sufre en la medida en que percibe un mal, que puede ser de diferentes formas: físico –corporal–, espiritual –anímico–"*[46].

En ese sentido, el dolor por la pérdida del bien demuestra la bondad de la naturaleza, no porque el dolor sea un acto del apetito natural, sino porque "*la naturaleza apetece algo como bien, y cuando se percibe que se pierde, resulta la pasión del dolor en el apetito sensitivo"*[47]. Por tanto, "*el sufrimiento está íntimamente vinculado a la búsqueda del bien"*[48].

Asimismo, la *"aprehensión"* del dolor puede ser de dos tipos: **(I)** interior; y **(II)** exterior. La aprehensión del dolor exterior es aquella que percibimos con los sentidos externos –especialmente con el tacto–, en tanto que la interior tiene que ver más con las facultades internas del ser humano –la razón y la imaginación–. Por tanto, el dolor interno se extiende a mayor número de cosas que el dolor externo, "*porque todo lo que cae bajo la aprehensión exterior cae bajo la aprehensión interior, pero no al contrario"*[49]. Así, pues, solamente "*el dolor que es causado por la aprehensión interior se denomina tristeza"*[50]. Y del mismo "*el dolor causado por la aprehensión exterior recibe el nombre de dolor y no el de tristeza"*. Por lo tanto, la tristeza "*es una especie de dolor"*[51].

El dolor interior y el exterior, entonces, difieren: **(I)** en cuanto a la causa –que es el mal presente–; y **(II)** en cuanto a la aprehensión[52]. Así, la causa del dolor exterior "*es el mal presente, que es contrario al cuerpo"*[53]. En cambio, la causa del dolor interior "*es el mal presente, repugnante al apetito*[54]*"*. Por otra parte, en cuanto a la aprehensión, el dolor exterior "*sigue a la aprehensión del sentido, especialmente del*

[46] Ver Torralba, F. *Aproximación a la esencia del sufrimiento*, op. cit.
[47] S. Th., I-II, 1. 35 a. 1
[48] Ídem.
[49] S. Th., I-II, 1. 35 a. 2
[50] Ídem.
[51] Ídem.
[52] S. Th., I-II, 1. 35 a. 7
[53] Ídem.
[54] Ídem.

tacto"[55]. Mientras que el dolor interior "*sigue a la aprehensión interior de la imaginación o incluso de la razón"*[56]*.*

De ahí que bajo la causa, "*el dolor interior sobrepasa al dolor exterior*[57]*"*. Igualmente acontece respecto a la aprehensión, "*porque la aprehensión de la razón y de la imaginación es más elevada que la aprehensión del sentido del tacto"*[58]*.* Por consiguiente, absoluta y propiamente hablando, "*el dolor interior es más fuerte que el dolor exterior"*[59]. Prueba de ello es que hay quien sufre, incluso voluntariamente, dolores exteriores para evitar el dolor interior.

A veces, sin embargo, el dolor exterior está acompañado de dolor interior, y entonces se acrecienta el dolor. Porque "*el dolor interior no sólo es mayor que el exterior, sino también más universal"*[60]. En efecto, todo lo que es repugnante al cuerpo, puede serlo al apetito interior; y todo lo que es aprehendido por el sentido, puede serlo por la imaginación y la razón, pero no viceversa.

Ahora, el Aquinate asigna cuatro especies de tristeza, aplicando a dicho concepto a "algo extraño", lo cual puede ser considerado o por parte de la causa o del objeto, o por parte del efecto[61], a saber: **(I)** la misericordia –que es tristeza del mal ajeno, en cuanto se estima como propio–[62]; **(II)** la envidia –que es la estimación de un bien ajeno como mal propio–[63]; **(III)** la ansiedad –que consiste en el impedimento de la huida del apetito, de tal manera la tristeza agrava el ánimo que no se ve escape alguno; de ahí que por otro nombre se llame a*ngustia*–[64]; y **(IV)** la acidia –que acontece cuando el dolor interno agrava hasta tal extremo que paralice también los miembros exteriores impidiéndoles obrar–[65].

---

[55] Ídem.
[56] Ídem.
[57] Ídem.
[58] Ídem.
[59] Ídem.
[60] Ídem.
[61] S. Th., I-II, 1. 35 a. 8
[62] Ídem.
[63] Ídem.
[64] Ídem.
[65] Ídem.

Partiendo de la anterior perspectiva, es claro que "*el sufrimiento, como cualquier otra realidad, debe tener una determinada causa"*[66]. Si bien el dolor no tiene una realidad física, ontológica, en la medida en que es la percepción del mal y por tanto, la percepción de una privación, también es lícito determinar una causalidad que lo propicia o lo hace posible.

Investigar las causas del sufrimiento "*significa investigar, en último término, las causas del mal"*[67]. Como se ha mencionado, el mal se relaciona, en términos Tomistas, con la privación de un bien que obstaculiza la consecución de una determinada perfección –sea física, espiritual o moral–. Por ende, "*la falta de una virtud o propiedad o capacidad del sujeto genera siempre sufrimiento. Y produce sufrimiento porque significa la falta de una perfección que el sujeto tenía en sí mismo y que ahora, por un motivo accidental, ha perdido"*[68].

Respecto a las causas del mal interno o externo, el Aquinate, señala las siguientes: **(I)** el mal presente –pues del mismo modo que la delectación mira con prioridad al bien conseguido como a su objeto propio, es más propiamente causa de la tristeza o dolor el mal presente que el bien perdido–[69]; **(II)** la concupiscencia –puesto que nos entristecemos "por el retraso del bien deseado o por su total desaparición"–[70]; **(III)** el apetito de la unidad o el amor –en la inteligencia de que, "como *el amor o apetito del bien es causa de dolor, así también lo es el amor o apetito de la unidad"–*[71]*; y* **(IV)** el poder mayor –no en cuanto es agente en potencia, sino en cuanto lo es en

---

[66] Torralba, F. *Aproximación a la esencia del sufrimiento*, op. cit. pág. 32.
[67] Ver Torralba, F. *Aproximación a la esencia del sufrimiento*, op. cit. pág.31.
[68] Ídem.
[69] Ver S. Th., I-II, 1. 36 a. 1. "Así, pues, hallándose la tristeza en los movimientos apetitivos a manera de huida o alejamiento, y la delectación a manera de búsqueda o acercamiento, del mismo modo que la delectación mira con prioridad al bien conseguido como a su objeto propio, así la tristeza mira al mal presente. Pero la causa de la delectación y de la tristeza, es decir, el amor mira antes al bien que al mal. Por lo tanto, del mismo modo que el objeto es causa de la pasión, es más propiamente causa de la tristeza o dolor el mal presente que el bien perdido".
[70] S. Th., I-II, 1. 36 a. 2. "Ahora bien, aquello que es contrario al movimiento del apetito es contristante. Y así, en consecuencia, la concupiscencia resulta causa de la tristeza, en cuanto que nos entristecemos por el retraso del bien deseado o por su total desaparición. Mas no puede ser causa universal del dolor, porque nos dolemos más de la sustracción de los bienes presentes, en los que ya nos deleitamos, que de los futuros que deseamos".
[71] S. Th., I-II, 1. 36 a. 3. "En efecto, el bien de cada cosa consiste en cierta unidad, es decir, en cuanto cada cosa tiene unidos en sí todos aquellos elementos que constituyen su perfección, por lo cual también los platónicos afirmaron que lo uno es principio como lo es asimismo el bien. Por eso cada cosa apetece

acto, es decir*, "mientras produce la unión con el mal destructor"*, esto es, "*la resistencia de la voluntad a un poder más fuerte causa dolor",* pues si no se resistiese, sino que cediese consintiendo, no se seguiría dolor, sino delectación –[72].

Finalmente, Aquino estima que los efectos del sufrimiento –interno o externo– son los siguientes: **(I)** impide al hombre aprender alguna cosa –en tanto se requiere estudio y esfuerzo con una gran atención para aprender algo nuevo–[73]; **(II)** acapara el ánimo –por lo mismo que es opuesto al movimiento de la voluntad, en cuanto le impide disfrutar de lo que quiere–[74]; **(III)** impide cualquier operación –pues lo que hacemos con tristeza nunca lo hacemos tan bien como lo que hacemos con delectación, por eso, cuando la operación misma es la que contrista, necesariamente se debilita la acción–[75]; y **(IV)** perjudica más al cuerpo que a todas las pasiones –ya que la tristeza se opone a la vida humana en cuanto a la especie de su movimiento y no sólo en cuanto a su medida o cantidad, como las otras pasiones del alma[76]–.

Una vez analizados los anteriores tópicos del dolor y sufrimiento humano en el pensamiento Tomista, lo procedente es partir de tales consideraciones para generar una teoría racional respecto a la interpretación de los DESCA *como derechos fundamentales que tienen como función dar respuesta o solución al sufrimiento humano.*

En ese tenor, como primera premisa, debe señalarse que, si se parte de las ideas de Santo Tomas de Aquino, la conexión entre DESCA y dolor no se deriva ya simplemente de la vinculación entre Derecho y felicidad –como adujo Natoli–, sino de *la necesaria conexión entre privación de bienes ontológicos y dolor.* En efecto, es a partir de la idea de que, lo que genera dolor al hombre –ya interno, ya externo – *es la privación de ciertos bienes*, es dable construir un fundamento *iusfilosófico* más

naturalmente la unidad lo mismo que la bondad. Y por esta razón, como el amor o apetito del bien es causa de dolor, así también lo es el amor o apetito de la unidad".

[72] S. Th., I-II, 1. 36 a. 3.
[73] S. Th., I-II, 1. 37 a. 1.
[74] S. Th., I-II, 1. 37 a. 2.
[75] S. Th., I-II, 1. 37 a. 3.
[76] S. Th., I-II, 1. 37 a. 4.

sólido respecto a *la vinculación entre DESCA y dolor, así como la funcionalidad de estos derechos como excluyentes o reductores al sufrimiento humano.*

Al respecto, es indispensable precisar que no toda privación de bienes genera sufrimiento en el ser humano. Debe distinguirse entre la ausencia de bienes "privativa" de la meramente "negativa". Las carencias propias de los límites que constituyen a una cosa en su propia naturaleza son meramente negativas, mientras que "*aquellas carencias que privan al sujeto en el que radican de alguna perfección que le correspondería tener en virtud de su naturaleza"*[77], se llaman privativas.

Por ende, el carecer de alas no es un mal para un hombre ni, por ende, genera sufrimiento, porque no corresponde a su naturaleza el poder volar, mientras que la ceguera sí es un mal para el hombre, ya que por naturaleza debería estar provisto de la capacidad de ver. El mal "*no es entonces una mera negación, es decir, cualquier ausencia de bien o perfección, sino que es propiamente la privación de un bien debido"*[78], esto es, la ausencia de una perfección que a un sujeto le corresponde por naturaleza poseer.

El mal está en la substancia cuando "*ésta carece de lo que debe tener por naturaleza"*[79]. Toda privación, por tanto, tomada propia y estrictamente, "*es de algo que uno tiene y debe tener por naturaleza"*[80]. Luego, "*la privación, entendida de esta manera, siempre incluye la razón del mal"*[81] y, por ende, del sufrimiento en el hombre. Por ende, "*si la privación es mal respecto al sujeto en que está, tenemos un mal absoluto"*[82]; en caso contrario, será mal de alguna cosa. Por ejemplo, es un mal absoluto que el hombre esté privado de una mano, pero que la materia lo esté de la forma de aire no es mal absoluto, sino mal de aire –de alguna cosa–.

---

[77] Echavarría, Agustín. *Tomás de Aquino y el problema del mal: la vigencia de una perspectiva metafísica*, anuario filosófico 45/3 (2012) 521-544, España, Departamento de Filosofía de la Universidad de Navarra, p.541.
[78] Ídem.
[79] Contra Gentiles, Libro tercero, cap. VI.
[80] Ídem.
[81] Ídem.
[82] Ídem.

En tal sentido, hay que decir que el mal y, por ende, el sufrimiento humano, "*es peor y se manifiesta con más crudeza cuanto mayores son los bienes [naturales] que corrompe*"[83]. Su dramatismo estriba precisamente en el carácter corrosivo y parasitario de su modo de existencia. Lo relevante aquí, entonces, es tener en cuenta que el sufrimiento y dolor en el hombre se generan, precisamente, ante la privación de los bienes o perfecciones que inherentemente le corresponden a la persona en virtud de su humanidad. *Naturaleza, mal y sufrimiento*, son nociones estrechamente interrelacionadas para entender tales tópicos.

En suma, podemos entender que, desde el punto de vista Tomista, la privación del bien humano –que es la generación de un mal– y, por ende, la aprehensión del sufrimiento en el hombre, es un verdadero "*desgarramiento o empobrecimiento ontológico, una auténtica pérdida de ser o perfección de las criaturas, introducida por ellas mismas"*[84]*:* El ser humano sufre en cuanto deja de "ser", en tanto es privado de aquellos bienes o perfecciones que ontológicamente le corresponden.

En ese sentido, cabe cuestionarse, ¿tienen los DESCA como fundamento u objeto la tutela de bienes debidos?, es decir, ¿pretenden los DESCA salvaguardar *el orden ontológico de la perfección de la persona*? El planteamiento de tales interrogantes es un punto central en el presente estudio, pues sólo en el caso de ser contestadas afirmativamente, es *que podrán ser considerados los DESCA como instrumentos jurídicos tendientes a dar respuestas o soluciones al sufrimiento humano.*

La premisa del anterior análisis no debe partir de si la hambruna, la ignorancia, la enfermedad o la indigencia *son males*. Antes más bien, habrá que cuestionarse si el alimento, la educación, la alimentación, la salud o el trabajo *son bienes ontológicos y*, por ende, tendientes al perfeccionamiento del hombre. Es así, pues como afirma el Aquinate "*conocido el bien, se conoce el mal opuesto"*[85].

[83] Echavarría, Agustín. *Tomás de Aquino y el problema del mal: la vigencia de una perspectiva metafísica, op.cit.* p. 542
[84] Ibídem, p. 5444
[85] Contra Gentiles, Libro primero, cap. LXXI.

A ese respecto, debe tenerse en cuenta que, según Aquino, se dice que una cosa es buena por razón de su propia virtud, "*porque la virtud hace bueno a quien la posee y convierte en buena su operación"*[86]. El bien es lo que todas cosas apetecen y, por ende, "*la perfección de cada ser es su propia bondad"*[87]*.* La razón de bien consiste *"en la perfección, luego, la razón de mal consiste en la imperfección*[88]. Por ende, se "*huye del mal y se busca el bien"*[89]. Luego, "*lo natural de una cosa es su bien"*[90]*.*

Entonces, debe procederse a determinar y justificar el por qué el alimento, el conocimiento, la salud o el trabajo *constituyen verdaderos bienes,* ontológicamente hablando, esto es, *cuestiones que el ser humano debe tener por naturaleza*, en otras palabras, deberá dilucidarse por qué los DESCA se encuentran vinculados con *las dimensiones centrales de la perfección humana.* Para ello, fuerza es retomar y aplicar la teoría elaborada por John Finnis respecto a la noción de *"*bienes humanos básicos" –que se apoya en gran medida en el pensamiento Tomista–.

1.4. La profundización de los DESCA como respuestas al sufrimiento humano (una visión Finnista)

En principio, es pertinente precisar que, para Finnis, lo que es bueno para el ser humano "*es aquello que realiza sus potencialidades o capacidades, y éstas son comprendidas al identificar el objeto de los actos que las expresan"*[91]. El ser humano tiene una disposición natural "*hacia aquellos objetos (bienes) que actualizarán sus potencialidades"*[92]. Uno ejerce la razón práctica cuando se cuestiona "*qué es bueno ser, perseguir, hacer o tener"*[93]*.*La razón práctica trata sobre los objetos de los actos humanos y cómo participar en ellos al identificar primariamente los fines básicos de

[86] Ibídem. Libro primero, cap. XXXVII
[87] Ibídem. Libro primero, cap. XXXVIII
[88] Ídem.
[89] Ibídem. Libro tercero, cap. III
[90] Ibídem. Libro tercero, cap. VII.
[91] Tapia Infante, Vicente. *El conocimiento práctico de la naturaleza humana […].* op. cit., pág. 9.
[92] Ídem.
[93] Finnis John. *Fundamentals of ethics,* Georgetown University Press, Washignton D.C..,1983, pág. 12.

nuestras acciones como objetivos deseables, "*en tanto formas básicas de plenitud humana –human fulfillment–"*[94].

Es decir, para discernir cuáles son los bienes humanos básicos y qué es lo que vale la pena perseguir, obtener o ser, el hombre debe cuestionarse, entonces, *"qué sería bueno, digno de hacer, alcanzar, tener y ser*"[95]. Cuando pensamos conforme a la razón práctica entendemos que "*existen ciertos bienes humanos en cuya participación vemos una oportunidad de perfeccionar nuestro ser"*[96]. Ello es así ya que, según Finnis, "*el objeto de todo deseo humano es la perfección, lo que es discernible por la inteligencia"*[97]. La característica sobresaliente de estas razones o bienes es que "*su bondad es intrínseca, al quererse como fines en sí mismo"*[98]. No son instrumentos o medios para alcanzar otros fines; de ahí su carácter "básico".

En ese sentido, "*los aspectos básicos del bienestar humano son real e incuestionablemente buenos"*[99]. No son formas abstractas, "*sino aspectos analíticamente distinguibles del bienestar, real o posible"*[100] de individuos de carne y hueso. Así, los bienes humanos básicos captados por el entendimiento o razón práctica son lo que es bueno para los seres humanos acorde a su naturaleza.

Los bienes humanos básicos no son meros hechos contingentes de la sicología humana ni accidentales a la historia de la humanidad. En su lugar, "*siendo aspectos para la plenitud de las personas, estos bienes corresponden a las complejidades inherentes de la naturaleza humana"*[101], tal y como se manifiesta tanto en el individuo como en diversas formas de la comunidad.

---

[94] Tapia Infante, Vicente. *El conocimiento práctico de la naturaleza humana […]*, op. cit., pág. 9.
[95] Finnis John, *Fundamentals of ethics,* op.cit., p.12
[96] Tapia Infante, Vicente, *El conocimiento práctico de la naturaleza humana […],* op. cit., p. 5.
[97] Ibídem, p.12
[98] Ibídem, p. 13
[99]Garzón Vallejo, Ivan, *Bien común, pluralismo y derechos*, en *Ley, moral y razón: estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley y derechos naturales*, Etcheverry, Juan Bautista (editor), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 664. Ciudad de México. 2013, pág.153.
[100] Ídem.
[101] Grisez, Germain; Boyle, Joseph; Finnis, John, *Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends*, en The American Journal of Jurisprudence, Volume 32, Issue 1, 1987.pág. 107.

Asimismo, es conveniente precisar que *uno participa* en tales bienes humanos básicos. Al participar en ellos de la manera que cada uno elige, uno espera alcanzar no sólo *"el placer*" de la actividad exitosamente consumada y la satisfacción de los proyectos completados con éxito, sino también la "felicidad" en el sentido más profundo, y menos popular de la palabra, que significa, a grandes rasgos*, "una plenitud de vida, un cierto desarrollo como persona, una plenitud de la propia existencia"*[102]*.*

Para conocer los bienes humanos básicos Finnis plantea que, cada uno de nosotros, en uso de la razón práctica, deberíamos cuestionarnos lo siguiente: *¿cuáles son los aspectos de mi bienestar?* Pues en tal interrogante cada uno, por muy amplio que sea nuestro conocimiento sobre los intereses de otras personas o culturas, "*se encuentra sólo en su propia captación inteligente de los primeros principios indemostrables –evidentes– de su propio razonamiento práctico".* De la propia capacidad "*para comprender inteligentemente las formas básicas del bien como que-han-de-ser-buscadas"*[103] y, a contrario sensu, las formas de mal que han de ser evitadas.

Los bienes humanos básicos especifican las formas básicas de bien y mal, respecto de las cuales "*cualquier persona en edad de razonar puede entender, pues son racionales, per se nota e indemostrables"*[104]. Estos principios "*son inferidos a partir de la experiencia sensitiva de cada uno"*[105], no se deducen de principios metafísicos sobre la naturaleza humana, sobre la naturaleza del bien y el mal, ni sobre alguna concepción teleológica de la naturaleza, ni sobre cualquier otra concepción posible de la naturaleza. Estos primeros principios de la razón práctica "*son premorales y racionales al mismo tiempo"*[106] *y* se infieren de la experiencia sensitiva.

---

[102] Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 2000, p.127.
[103] Ibídem, p.117.
[104] Trujllo Werner, Augusto, *De la ontología a la ética en John M. Finnis y tonás de Aquino*, Publicaciones y Divulgación Científica. Universidad de Málaga, España, 2017, p.14.
[105] Ídem.
[106] Ídem.

La concepción Finnisiana parte del principio primerísimo de que, *se ha de hacer el bien y evitar el mal* –bonum est faciendum et proseuendum et malum vitandum–, el cual es uno de los primeros principios de la razón práctica, sosteniendo que éstos y, a su vez, los correspondientes bienes humanos básicos "*son evidentes de suyo y no requieren demostración, aunque sí experiencia pues no son innatos"*[107]. En ese mismo sentido, tales bienes "*son igualmente primarios e inconmensurables entre sí, es decir, ninguno es más básico que los otros"*[108], esto es, no existe una jerarquía objetiva entre tales bienes –sino simplemente subjetiva atendiendo al plan de vida concreto que la razón le ordene al sujeto–.

Así, todos los bienes humanos básicos son igualmente fundamentales, en tanto: **(I)** cada uno "*es una forma de bien igualmente evidente"*[109]; **(II)** ninguno puede ser reducido analíticamente a ser sólo un aspecto de alguno de los otros, es decir, "*a ser meramente instrumental" en* la búsqueda de otros; y **(III)** cuando nos concentramos en alguno o cualquiera de ellos, "*puede razonablemente ser considerado como el más importante".*

Finnis inicialmente identificó siete bienes humanos o "formas básicas" del bien humano: **(I)** la vida; **(II)** el conocimiento; **(III)** el juego; **(IV)** la experiencia estética; **(V)** la sociabilidad –amistad–; **(VI)** la razonabilidad práctica y, **(VII)** la religión[110]. Luego modificó su enumeración distinguiendo dos categorías de bienes, *los sustantivos,* que brindan razones para actuar; sus instanciaciones, aunque causadas por acciones, no se relacionan con elecciones –esto es, todos compartimos bienes sustantivos incluso antes de deliberadamente perseguirlos o elegir su prosecución– *y los reflexivos* que se relacionan con las deliberaciones o reflexiones que el agente aspira para fomentar diversas formas de armonía –es decir, las instanciaciones de estos bienes reflexivos incluyen las elecciones por las cuales uno actúa para perseguir u obtener determinado grado armónico–[111].

---

[107] Orego S, Cristobal. Estudio preliminar en *Ley Natural y Derechos Naturales*, John Finnis, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 2000, p.19.
[108] Ídem.
[109] Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales,* op.cit, p.123
[110] Ibídem. pp.117-121.
[111] Grisez, Germain, et.al., *Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends*, op.cit. p 107.

Los *sustantivos* son: **(I)** la vida; **(II)** el conocimiento; **(III)** la experiencia estética; y **(IV)** la excelencia en el trabajo y el juego. Los *reflexivos* en cambio son: **(V)** la armonía interpersonal –amistad, paz, fraternidad–; **(VI)** la armonía interior –auto-integración, autenticidad–; y **(VII)** la armonía entre las personas y la fuente última de significado y valor[112].

Finnis reconoce, expresa y explícitamente, una dependencia, en el orden ontológico, de los bienes humanos —y por consiguiente de las normas y principios que conducen a ellos— con respecto a los rasgos esenciales de la naturaleza humana. Esto significa que "*la vida es un bien humano porque el hombre es un ser viviente, el conocimiento lo es porque el ser humano es un ser cognoscente, la sociabilidad es un bien básico porque el hombre es constitutivamente social, y así sucesivamente"*[113].

Ahora, en el presente trabajo de investigación no se pretende ni tampoco resulta necesario examinar el alcance y contenido de cada uno de los referidos bienes humanos básicos, ya sustantivos, ya reflexivos, sino simplemente, se pretende demostrar que *los DESCA, a los que nos hemos referido, tienen por fundamento u objeto la tutela bienes básicos de y para el bienestar humano* y, por ende, que su privación, en tanto ausencia ontológica, *indefectiblemente genera alguna forma de sufrimiento en el hombre, a la cual debe hacer frente el Derecho*, en el sentido de aliviar dicho dolor humano a través de tales derechos fundamentales.

En otras palabras, lo relevante no es, en sí y por sí mismo, demostrar que los DESCA tienen como objeto salvaguardar bienes humanos básicos, sino más bien, a partir de la intelección de que tales derechos fundamentales tienden a la protección y se relacionan con algunas *de las formas básicas de plenitud humana* –*human fulfillment*–, será dable sostener, racionalmente, que la tutela y goce por parte de los DESCA *es consustancial o funcional para excluir o reducir el sufrimiento*

[112] Ibídem. pp. 106-108.
[113] Massini Correa, Carlos I, "Sobre razón práctica y naturaleza en el iusnaturalismo. algunas precisiones a partir de las ideas de John Finnis", en "Ley, moral y razón: estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis […]", op. cit, p. 28.

humano. Por ello, la demostrabilidad de los DESCA, como tutela de bienes humanos básicos, *es instrumental* para acreditar la interpretación de tales derechos como un sistema de respuestas al dolor y sufrimiento del hombre.

En ese sentido, como pretendemos demostrar enseguida, los DESCA a los que aludimos en el presente trabajo tienen como fundamento u objeto, respectivamente, la tutela de diversos bienes humanos básicos, como lo son: **(I)** la vida; **(II)** el conocimiento; y **(III)** la excelencia en la propia realización. En otras palabras, como se procede a razonar en los siguientes sub apartados del presente capítulo, el derecho a la salud y la alimentación *se relacionan con el bien humano básico a la vida*; por su parte, el derecho a la educación se vincula con *el bien humano básico al conocimiento y a la experiencia estética*; en tanto que el derecho al trabajo se relaciona con el bien humano básico *a la excelencia en el trabajo y el juego* – excellence in performance –.

1.4.1. El derecho a la educación como componente de protección del bien humano básico al conocimiento y a la experiencia estética.

Para Finnis los seres humanos, en tanto *seres racionales*, pueden entender la realidad y apreciar la belleza, así como todo aquello que intensamente se involucra con sus capacidades para conocer y sentir. Por ende, "*el conocimiento y la experiencia estética son otra categoría de un bien [humano] básico"*[114]*.*

El profesor de Oxford inicialmente consideraba el conocimiento y la experiencia estética como bienes humanos básicos separados, sin embargo, entre los cambios y modificaciones que sufrió el primer catálogo de bienes humanos básicos previstos en su obra "Ley Natural y Derechos Naturales", se encuentra el relativo a que "*la experiencia estética se incluye, ahora, como una parte del bien básico del conocimiento"*[115]*.*

[114] Grisez, Germain, et. al. *Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends*, op.cit. pág. 107.
[115] Orego S, Cristobal. Estudio preliminar en *Ley Natural y Derechos Naturales*, op.cit, pág.27.

Bajo la concepción Finnisiana, el bien del conocimiento "*es evidente, obvio. No puede ser demostrado, pero asimismo no necesita demostración"*[116]. Para alguien que fija su atención en las posibilidades de alcanzar el conocimiento y, en el carácter del hombre abierto, de ideas claras y sabio, el "*valor del conocimiento es obvio"*[117]. Por ende, el conocimiento es un bien que se ha de ser buscado y la ignorancia ha de ser evitada.

Esto es así, porque resulta evidente que un hombre que está bien informado, simplemente "*está en una mejor situación que un hombre que está confundido, engañado y es ignorante"*[118], asimismo, porque resulta obvio que el estado del primero es mejor que el estado del segundo no en un caso particular o específico, "*sino en todos los casos, en cuanto tales, universalmente"*[119].

En esa inteligencia, el hecho de que el conocimiento sea considerado como un bien humano básico es un juicio racional sobre "*una forma general de bienestar humano, sobre la realización de una potencialidad humana"*[120], de tal suerte que, para evitar tal juicio, "*ten[emos] que ser arbitrario[s]"*[121]. Por ende, constituye un principio de la razón práctica que la verdad debe ser perseguida y que la ignorancia ha de ser evitada.

El conocimiento es entonces "*un bien intrínseco que se considera deseable por sí mismo"*[122] y no meramente algo buscado instrumentalmente para otros propósitos, como lo es el filisteísmo cultural, la demostración de nuestras creencias o, como algo que contribuya a la supervivencia. En suma, decir que el conocimiento es un bien humano básico significa que la búsqueda del conocimiento "*hace inteligible cualquier caso particular, de la actividad y del empeño humano, en tal búsqueda"*[123].

---

[116] Finnis, John, *Ley Natural y Derechos* Naturales, op.cit, pág.96.
[117] Ibídem, pág.102.
[118] Ídem.
[119] Ídem.
[120] Ibídem, pág. 103.
[121] Ídem.
[122] Ibídem, pág.94.
[123] Ídem, pág.94.

Con relación a lo anterior, un componente básico para la realización del ser humano, estriba en la *experiencia estética*. Para Finnis en la experiencia estética no se persigue propiamente la realización de alguna acción, sino que, *"lo que se busca y valora por sí mismo puede ser simplemente la forma bella 'fuera de uno', y la experiencia 'interna' de la apreciación de su belleza"*[124]. Habida cuenta que, a menudo, la experiencia que se valora se encuentra en "*la creación y/o en la apreciación activa de alguna obra significativa y agradable"*[125].

A fin de evitar que la experiencia estética caiga en el subjetivismo, Finnis estimó necesario clarificar que dicha experiencia, en realidad, "*es sólo una forma [más] de conocimiento"*[126]. Esta postura se relaciona con las reflexiones que el maestro de Oxford previamente había realizado en su obra *"Reason and Passion: The Constitutional Dialectic of Free Speech and Obscenity (1967)"*, en el sentido de que el carácter del arte es tal que "*expresa o transmite ideas sobre emociones"*[127], lo cual es una forma de conocimiento. Asimismo, las obras de arte dan comienzo a las experiencias estéticas, generando con ello un tipo de conocimiento "artístico" o sobre "la belleza fuera de uno"[128].

En ese sentido, la experiencia estética genera dos formas o vías de conocimiento: **(I)** el de *la belleza* y; **(II)** el de *la transmisión de ideas o emociones* a partir de la contemplación de la beldad. Desde luego, la referida experiencia estética no se agota en el arte ni en su creación, sino que incluye también la apreciación de la belleza de los objetos en la naturaleza y, por ende, el conocimiento que deriva de su contemplación[129].

A partir de la noción del anterior bien humano básico, es dable colegir que, como lo ha sostenido Massinni, *el "derecho a la educación tiene por fundamento el bien*

---

[124] Ibídem. pág. 119.
[125] Ídem.
[126] Spicher, Michael R., *The Distinct Basic Good of Aesthetic Experience and Its Political Import*, 2013, American Catholic Philosophical Quarterly, Vol. 87, No. 4 pág. 711.
[127] Ibídem, p. 712.
[128] Ídem.
[129] Ídem.

humano del conocimiento".[130] En efecto, el derecho a la educación –en sentido lato– participa del bien humano básico del conocimiento, en tanto precisamente, tiende a proteger aquellas actividades cognoscentes del ser humano que resultan necesarias para aspirar a un cierto desarrollo como persona, a una plenitud de la propia existencia. Así, resulta in*cuestionablemente buena la obtención de la educación,* pues al ser parte de la perfección del hombre, esto es, al discernir inteligentemente que en la educación vemos una oportunidad de perfeccionar nuestro ser, es evidente que *la educación ha de ser buscada y la ignorancia ha de ser evitada.*

Al respecto, se reitera que cuando se hace referencia *al derecho a la educación*, se entiende no simplemente la educación o formación académica o familiar que se otorga al educando o hijo, sino también a la transmisión del conocimiento de sus valores, religión, costumbres, lenguas y otras referencias culturales, *que permiten al hombre ser partícipe de una vida cultural.*

Así, si uno se cuestiona ¿cuáles son los aspectos de mi bienestar?, indefectiblemente, la propia captación inteligente nos conduce a responder que dentro de tales aspectos de nuestro bienestar se encuentra *el conocimiento,* siendo consustancial a ello *la prosecución y obtención de la educación como aspecto de tal bien cognoscente,* en tanto que resulta obvio que un hombre que está bien educado simplemente está en una mejor situación que un hombre que está confundido, engañado y es ignorante , asimismo, porque resulta obvio que el estado del primero es mejor que el estado del segundo no en un caso particular o específico, sino en todos los casos, en cuanto tales, universalmente.

No en vano se ha reconocido, desde el punto jurídico de los derechos humanos, el *"carácter crucial de la educación para el desarrollo humano"*[131], lo cual se ve fuertemente robustecido, si se considera que *"el fin último de la educación es*

---

[130]Massini Correas, Carlos I., *Derechos humanos y bienes humanos. Consideraciones precisivo-valorativas a partir de las ideas de John Finnis,* en *Ley, moral y razón: estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis […]*,op.cit., p. 63.

[131] ONU. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Kishore Singh. 18 de abril de 2011. Párrafo 6.

dignificar la vida, en todos sus sentidos"[132]. De ahí que se ha considerado que la enseñanza debe estar orientada a *"desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima"*[133].

Inclusive, algunos tribunales constitucionales han afirmado que *"el establecimiento de centros públicos de enseñanza figura entre las más altas funciones del Estado"*[134] y que la *"educación es quizás la función más importante de los gobiernos estatales y locales"*[135]. Lo fundamental, en tanto que valor permanente de la organización política en el ámbito educativo, estriba en garantizar al ser humano las "*oportunidades para desplegar el pleno potencial de la personalidad de cada uno"*[136].

En suma, se colige que el derecho a la educación *tiene como fundamento y propósito tutelar y proteger el bien humano básico al conocimiento*, al exigir el respeto, protección y garantía de las amplias actividades y facultades que permiten al ser humano adquirir el conocimiento –en sus amplísimas formas– *para lograr la plenitud y perfección del propio ser.*

Esto es, atendiendo a la razón práctica y al primerísimo principio *bonum est faciendum et proseuendum et malum vitandum*, es que se reitera que si el conocimiento ha de buscarse y la ignorancia ha de evitarse, luego, el derecho a la educación debe ser respetado para asegurar que toda persona pueda perseguir el referido bien intrínseco que *resulta deseable por sí mismo, en tanto el hombre tiene una inclinación natural que apetece la consecución del conocimiento, como una de las dimensiones centrales o básicas del perfeccionamiento humano.*

---

[132] ONU. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz, relativo a su Misión a México. 2 de junio de 2010. Párrafo 103.
[133] ONU. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva. 25 de noviembre de 2016. Párrafo 15.
[134] Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483, 74 S.Ct.686, 98 L.Ed.873 (1954), citado en Education Law, Education Series, capítulo 4, 'Students Rights', Law Journal Press, Nueva York, 2002.
[135] Wisconsin v. Yoder, 406 U.S.205, 92 S. Ct. 1526, 32 L.Ed.2d 15 (1972).
[136] Km. Chitra Ghosh and Another v. Union of India and Others, (1969) 2 SCC 228.

1.4.2. Los derechos a la salud y a la alimentación como componentes de protección del bien humano básico a la vida.

Desde la percepción Finnisiana el bien humano básico a la vida es correspondiente "*al impulso hacia la propia preservación"*[137], esto es, "*cada uno de los aspectos de la vitalidad –vita– que hacen que el ser humano esté en buenas condiciones para la autodeterminación"*[138]. En ese sentido "*incluye la salud corporal –incluyendo la cerebral– y la ausencia del dolor que presagia un daño o mal funcionamiento del organismo"*[139].

Para Finnis el bien humano básico a la vida se refiere a aspectos variadísimos de la vitalidad, pues al dirigirse a la auto preservación y a las condiciones para la autodeterminación, se puede relacionar, entre otros, con el trabajo en equipo de cirujanos, la red completa de su personal de apoyo, las escuelas de medicina, los programas y leyes de seguridad en carretera, "*las expediciones para aliviar la hambruna; la agricultura, la ganadería y la pesca; el mercado de alimentos"*[140], entre otros.

Como se aprecia, este bien básico incluye todo lo relacionado con la preservación de la vida en general, como "*la salud, comida, bebida, el grupo de médicos y otros profesionales de un hospital [o] las facultades de medicina"*[141]. Ello, desde luego, deriva del principio de la razón práctica atinente a "la *inclinación y deseo natural de la voluntad al bien universal y ontológico [de] preservar la propia vida"*[142]. El hombre naturalmente quiere no sólo el objeto de la voluntad, sino también lo que conviene a las otras potencias, como "*el ser, el vivir y otras cosas semejantes, que se refieren a la consistencia natural"*[143].

---

137 Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, op.cit, pág.117.
138 Ídem.
139 Ibídem, pp. 118-119.
140 Ibídem, p.119.
141 Trujllo Werner, Augusto, *De la ontología a la ética en John m. Finnis y Tomás de Aquino, op.cit, p.84.*
142 Ibídem. p. 61.
143 S. Th., I-II, q.10 a. 1

En ese sentido, es dable colegir que tal y como expresamente lo reconoce el propio Finnis, *la obtención y prosecución de la alimentación y la salud son impulsos para la propia preservación* y, por tanto, aspectos de la vitalidad que hacen que el ser humano esté en buenas condiciones para la autodeterminación. En tanto que, si los seres humanos son sustancias orgánicas, "*la vida misma –su preservación y reproducción–, la salud y la seguridad son una categoría de un bien básico"*[144]*.*

Resulta en sí mismo evidente que *la alimentación y la salud constituyen componentes básicos en cuya participación vemos una oportunidad de perfeccionar nuestro ser.* Pues en términos Finnisianos, si uno se cuestiona ¿cuáles son los aspectos de mi bienestar? Indefectiblemente, la propia captación inteligente nos conduce a responder que dentro de tales aspectos de nuestro bienestar se encuentra *la preservación de la vida*, para lo cual se requiere, entre otros aspectos, de la *necesaria obtención o prosecución de la salud y la alimentación,* como aspectos de la vitalidad –vita– indispensables para aspirar a una plenitud de nuestra propia existencia.

A partir de la noción del anterior bien humano básico, es dable colegir que, tanto el derecho a la salud, como el derecho a la alimentación, *tienen como objeto o fundamento el bien humano básico a la vida,* más aún si como el propio Finnis lo reconoce, *tanto la salud, como la alimentación*, son componentes de la vitalidad. En efecto, primeramente, se dice que el derecho a la salud participa del bien humano básico a la vida en tanto tiende a salvaguardar la realización de ciertas actividades del ser humano para que *esté* en buenas condiciones para la autodeterminación, *a través de un determinado estado de bienestar general, tanto físico como mental* –e inclusive social–

Al respecto, debe reiterarse que por, el derecho a la salud, deben entenderse todos aquellos aspectos que atañen a *un estado de verdadero bienestar general* –y no el reducto a la simple ausencia de enfermedad–, como lo son, entre otros, el acceso *a las condiciones sanitarias adecuadas, al agua para uso doméstico e higiénico, a un*

[144] Grisez, Germain, et.al., *Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends*, op.cit. p 107.

ambiente sano y el acceso a una vivienda adecuada. Es decir, tal derecho *abarca una amplia gama de factores socioeconómicos y sociales que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana*.

En esa inteligencia, es dable colegir que el derecho a la salud tutela *un aspecto ontológico del hombre y, por ende, un bien humano básico*, en tanto se erige como una barrera de protección jurídica para los diversos aspectos de la "vitalidad" a la que se ha referido el profesor de Oxford. Atendiendo a la inclinación racional a la preservación de la vida que tiene toda persona, se deduce que el derecho a la salud es un componente fundamental para la tutela y protección del bien humano básico a la vitalidad y, por ende, consustancial para evitar su privación, es decir, *para excluir o reducir la generación de enfermedades y demás afectaciones en el estado de bienestar del ser humano* –físicos y sicológicos–, así como el sufrimiento que éstas deparan.

Máxime si se tiene en cuenta que, atento a la propia naturaleza de la vitalidad humana, el derecho de salud va más allá de la mera prevención y tratamiento de enfermedades, en tanto comprende "*aspectos externos e internos, como el buen estado mental y emocional del individuo, es decir, se traduce en la obtención de un determinado bienestar general integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona, del que deriva […] la integridad físico-psicológica"*[145]*.*

Claro está, pensar en la salud como componente del bien humano básico a la vida, no significa pensar que la consecución de la salud es igualmente valiosa para toda persona; tampoco que ésta tiene prioridad sobre otros componentes de la "vita" a que se refiere Finnis; ni tampoco que la salud deba ser buscada por todos, en todo tiempo y en cualquier circunstancia o que constituya un "valor moral".

Simplemente quiere decir que la salud, como tal, en tanto parte de la vitalidad humana, *es un bien intrínseco que se considera deseable por sí mismo,* y no un

[145] Tesis P. LXVIII/2009, intitulada: "DERECHO A LA SALUD. NO SE LIMITA AL ASPECTO FÍSICO, SINO QUE SE TRADUCE EN LA OBTENCIÓN DE UN DETERMINADO BIENESTAR GENERAL", emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXX, Diciembre de 2009, Página: 6. Novena Época.

simple valor instrumental para lograr otras finalidades. Decir que la salud, como aspecto integrante de la propia preservación y existencia, forma parte de un bien básico humano, significa afirmar que su búsqueda hace inteligible –aunque no necesariamente razonable consideradas todas las cosas–, cualquier caso particular de la actividad y del empeño humano en su prosecución –esta explicación es igualmente aplicable a todos y cada uno de los bienes humanos básicos a los que nos referimos en la especie–.

En esa misma inteligencia, se colige que el derecho a la alimentación también *tiene como fundamento u objeto salvaguardar el bien humano básico a la vida* y a lograr las condiciones necesarias para que, a través del acceso y disponibilidad de los alimentos, *el* ser humano esté en buenas condiciones para la autodeterminación*,* esto es, en términos Finnisianos, en la obtención de alimentos *vemos una oportunidad para perfeccionar nuestro ser y alcanzar la plenitud humana.*

Al respecto, es necesario reiterar que, por el derecho a la alimentación, no debe entenderse el simple insumo de ciertas cantidades calóricas y nutrimentales, sino la combinación de productos nutritivos para el crecimiento físico y mental, el desarrollo y el mantenimiento, y la actividad física que sea suficiente, precisamente, *para satisfacer las necesidades fisiológicas humanas en todas las etapas del ciclo vital, y según el sexo y la ocupación*; lo que desde luego, abarca por ejemplo, la posibilidad de que uno disponga, entre otras cuestiones, *de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el consumo personal.*

En esa inteligencia, el derecho a la alimentación tiende *a la preservación de la vida*, ya que la alimentación es indispensable para la subsistencia de la persona y para lograr la plenitud del ser humano. En otras palabras, el derecho a la alimentación, en tanto componente de tutela del bien humano básico a la vida, *pretende salvaguardar la obtención de alimentos indispensables para que la persona pueda encontrarse en aptitud de perfeccionarse.*

En suma, tanto el derecho a la alimentación, como el derecho a la salud, tienen como fundamento u objeto la tutela del bien humano básico a la vida, en tanto que *todo hombre apetece de salud y alimentación para la auto preservación y como*

condiciones primarias básicas para lograr la plenitud y perfección del propio ser. Esto es, atendiendo a la razón práctica y al primerísimo principio *bonum est faciendum et proseuendum et malum vitandum*, es dable concluir que la inteligencia de cada uno nos conduce a firmar que: *la salud y la alimentación han de ser buscadas, en tanto que la enfermedad y la hambruna han de ser evitadas.* Los derechos a la salud y a la alimentación, por tanto, son consustanciales para lograr la prosecución de tales aspectos de la vitalidad y para reducir el sufrimiento humano que deriva de su privación.

Luego, el derecho a la salud y a la alimentación deben ser respetados para asegurar que toda persona pueda perseguir el referido bien intrínseco que resulta deseable por sí mismo, en tanto el hombre tiene una inclinación natural que apetece las condiciones óptimas de su vitalidad, como una de las dimensiones centrales o básicas del perfeccionamiento humano.

1.4.3. El derecho al trabajo como componente de protección del bien humano básico a la excelencia en el trabajo y el juego.

Finnis afirma que cada uno de nosotros puede ver el sentido de ocuparse en determinadas actuaciones –performances– "*que no tienen otro sentido que la realización misma, que se disfruta por sí misma*"[146]. Esta actuación, desempeño o ejecución de cierta actividad puede ser solitaria, social, intelectual, física, extenuante o relajante, altamente estructurada o relativamente informal. Este elemento de juego "*puede entrar en cualquier actividad humana"*[147], pero es indispensable que siempre se analíticamente distinguible de su contexto "serio"; habida cuenta que algunas actividades, empresas e instituciones son total o primariamente puro juego. Por tanto, "*[e]l juego […] tiene y es un valor en sí mismo"*[148]*.*

Esta concepción del juego, como bien humano básico, también fue motivo de reflexión y evolución, pues Finnis considera que el juego debe concebirse

[146] Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, op.cit, p.119.
[147] Ídem.
[148] Ídem.

conjuntamente con el trabajo, "*como uno de los aspectos de un bien humano más amplio, la 'excelencia en la realización –excellence in performance–"*[149]. En tanto simultáneamente racionales y animales, los seres humanos pueden transformar el mundo natural mediante el uso de realidades, comenzando con el propio uso del cuerpo, "*a fin de expresar significados y cumplir con propósitos"*[150]. Esta significación–dación y valor-creación puede ser realizada en diversos grados. De ahí que "*la excelencia en la propia realización es una categoría de bien humano básico"*[151].

La plenitud –fullfilment– y la perfección –flourishing– las encontramos "en la acción". Para Finnis el placer –ajeno o independiente al desarrollo de la actuación– no es el sentido de la existencia humana, ya que, haciendo alusión a Aristóteles, *"una vida de placer no puede contar realmente como una vida plena"*[152]. El cómo vivamos "internamente", esto es, la adquisición de "experiencias" o "placeres", no es lo único que –realmente – importa, si atendemos a la razón práctica –qué vale la pena hacer, alcanzar, tener o ser–.

Los sentimientos, sin importar que tan refinados o complejos sean, *"no son los constituyentes básicos, ni las guías analíticas de las formas de bien humano básico"*[153]. El que algo resulte placentero, satisfaciente y, en ese sentido, deseable, resulta casi intrínseco a alguna forma de aproximación de un bien humano que vale la pena perseguir o elegir, "*pero aún más fundamental a ese valor es que el objetivo(s) conlleve plenitud, a un aspecto de perfeccionamiento humano"*[154].

Por ende, la acción tiene un sentido en sí misma. El bien, para Finnis "*es encontrado mediante la actividad"*, la vida de *eudaimonia* aristotélica "*es el resultado de toda una vida de actividad"*[155], el principio de subsidiaridad jesuita encontró inspiración

[149] Orego S, Cristobal. Estudio preliminar en *Ley Natural y Derechos Naturales*, op.cit., p.27.
[150] Grisez, Germain;et. al, *Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends*, op.cit, p. 107.
[151] Ídem-
[152] Finnis John, *Fundamentals of ethics*, op. cit., pág.37.
[153] Ibídem, pág. 38
[154] Ídem.
[155] Ídem.

en esta concepción aristotélica: "*la plenitud humana se encuentra en la acción"*[156]. La actividad humana –aunque se dirija a producir algo distinto– *encuentra su propósito en su propia realización.*

A partir de los anteriores raciocinios, es dable colegir que el derecho al trabajo –lato sensu– tiene como fundamento u objeto tutelar una forma de bien humano básico, a saber: *la excelencia en la realización –excellence in performance–.* Es así, pues precisamente, a virtud del referido derecho social se pretenden salvaguardar las condiciones necesarias para que toda persona pueda dedicarse a la profesión, industria, comercio o trabajo que les acomoden, acorde a su propio proyecto de vida. Es decir, para que *pueda emprender aquellas actividades que permitan su propia realización.*

En efecto, los artículos 6, párrafo 1, y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, consagran el *"derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado"***,** y el derecho *"al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias".*

En ese sentido, el derecho al trabajo tiende a proteger la prosecución de aquellas actividades del ser humano que tienden a la transformar el mundo natural, a fin de cumplir u obtener determinados logros –achievements– y que se presentan como oportunidades para perfeccionar al hombre –flourishing– y lograr su plenitud –fullfilment– . Habida cuenta que, difícilmente, podríamos aspirar a un grado de excelencia en el trabajo o en el juego, *si no se aseguraran ciertas condiciones de dignidad en la realización de tales actividades productivas o creativas.*

De ahí que el derecho al trabajo exige a los Estados que elaboren políticas de seguridad e higiene en la realización de todo trabajo, profesión, empleo o comercio, en la que se aborden aspectos como el diseño, ensayo, elección, reemplazo, instalación, acondicionamiento, utilización y mantenimiento de los componentes materiales de trabajo; la relación entre los principales elementos de trabajo y la

[156] Ibídem, pág.39

capacidad física y mental de los trabajadores, incluidos los requisitos ergonómicos; la formación del personal pertinente; y la protección de los trabajadores y de las organizaciones que los representan contra medidas disciplinarias cuando hayan actuado de conformidad con la política nacional, por ejemplo en respuesta a un peligro inminente y grave[157].

Aunado a que, para cumplir con los propósitos del derecho al trabajo, fuerza es que las personas, sin importar su género, condición, raza u otros aspectos accidentales del ser humano, *"han de tener las mismas oportunidades de empleo productivo y remunerado en el mercado de trabajo"[158],* lo que resulta indispensable para poder cumplir con los propósitos de tal actividad humana.

Al respecto, debe reiterarse que el derecho al trabajo se entiende en sentido amplio, de ahí que no se limita a la mera realización de determinada actividad a cambio de una remuneración económica –que dejaría fuera al elemento del juego, que no tienen otro sentido que la realización misma de una determinada actuación, que se disfruta por sí misma–. Esto es, por el derecho al trabajo se entiende no sólo la libertad del hombre para dedicarse a la ocupación o profesión de su elección –y todos los aspectos atinentes a la seguridad, estabilidad y otras condiciones dignas de trabajo digno–, sino también como el derecho de toda persona *a beneficiarse de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora y el derecho a la indispensable libertad para la investigación científica y la actividad creadora.*

Es así, pues mediante la producción de tales obras es dable a la persona transformar el mundo natural mediante el uso de realidades, comenzando con el propio uso del cuerpo, *"a fin de expresar significados y cumplir con propósitos";* y cuya participación productiva se disfruta por sí misma, es decir, en cuya participación encontramos al "juego". El ser humano, ontológicamente, ha sido dotado de una verdadera capacidad "creativa" o "productiva", en cuya realización

---

[157] ONU. Observación general núm. 23 (2016) sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 27 de abril de 2016, Párrafo 25.

[158] Observación General Número 5, emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. párr.22.

puede encontrar oportunidades para *perfeccionarse y alcanzar su plenitud*, de ahí la *excelencia en la realización –excellence in performance–,* ya del juego, ya del trabajo, constituya un bien humano intrínseco.

Forma de bienestar humano o bien básico que, precisamente, es tutelada por el derecho al trabajo, cuya significación–dación y valor-creación, puede ser realizada en diversos aspectos y contextos de la vida humana –las artes, la labor profesional, la realización de un determinado deporte, etc–; de ahí que la actuación o la actividad del hombre tenga un "valor" en sí misma al permitirle perseguir y alcanzar ciertos objetos o logros que conlleven *una plenitud de vida, un cierto desarrollo como persona, una plenitud de la propia existencia .*

En efecto, en términos Finnisianos, si uno se cuestiona ¿cuáles son los aspectos de mi bienestar? Indefectiblemente, la propia captación inteligente nos conduce a responder que dentro de tales aspectos se encuentra la posibilidad de realizar ciertas actividades "creativas" o "productivas" en las cuales vemos oportunidades de perfeccionamiento de nuestro ser y que doten de cierto sentido a nuestra existencia.

Habida cuenta que tanto la posibilidad como el desarrollo de tales funciones laborales o lúdicas deben tener un grado de protección social que evite que terceros, ya entes privados, ya autoridades, afecten o incidan indebida y arbitrariamente, en las posibilidades de desplegarlas y de poder ser realizadas con un grado de excelencia. Por tanto, se colige que el derecho al trabajo tiene como objeto tutelar esta forma de bien humano básico, esto es, *a la excelencia en la realización del trabajo o el juego.*

Luego, el derecho al trabajo debe ser respetado para asegurar que toda persona pueda perseguir el referido bien intrínseco que resulta deseable por sí mismo, en tanto el hombre tiene una inclinación natural que apetece *la excelencia en la realización de ciertas actividades "productivas" o "creativas"*, como una de las dimensiones centrales o básicas del perfeccionamiento humano.

1.5. La demostración de que los DESCA constituyen un sistema de respuestas jurídicas al sufrimiento humano.

A partir de los anteriores raciocinios se demuestra que los DESCA se erigen como un conjunto de derechos fundamentales que son funcionales para excluir o reducir el sufrimiento humano. Ello, a partir de la siguiente línea de pensamiento:

(I) Todo dolor o sufrimiento requiere cumplir con dos condiciones: en primer lugar, la consecución de un mal, *que no es otra cosa que la privación de un bien debido* y; en segundo lugar, el *discernimiento de que ha acontecido éste*. Por ende, así como con el nombre de bien entendemos la perfección del ser, con el nombre de mal o sufrimiento *no entendemos nada más que la privación de esta perfección.* La falta de una virtud o propiedad o capacidad del sujeto genera siempre sufrimiento y se dice que produce sufrimiento porque *significa la falta de una perfección que le corresponde ontológicamente.*

(II) Los bienes humanos básicos constituyen *formas básicas de plenitud humana, en cuya participación vemos una oportunidad de perfeccionar nuestro ser.* Entre tales bienes intrínsecos encontramos: la vida, el conocimiento y excelencia en la realización –*excellence in performance*–. De tal suerte que la privación y aprehensión de cualquiera de estos bienes básicos generan siempre sufrimiento en el ser humano, precisamente, porque *despojan al hombre de participar en las dimensiones centrales de la plenitud y perfeccionamiento que le corresponden en virtud de su propia humanidad.*

(III) Luego, si los DESCA –a la salud, alimentación, educación y trabajo–, tienen como fundamento u objeto la tutela de los referidos bienes humanos básicos –la vida; el conocimiento y la excelencia en la realización–, entonces, resulta evidente que tales derechos fundamentales *son funcionales para dar soluciones o respuestas al sufrimiento humano* –al proteger a las personas contra las eventuales privaciones a sus bienes humanos básicos y resguardándolas contra la generación de sufrimiento y dolor que se generaría por esa negación de las dimensiones centrales de sus perfecciones ontológicas-. Es decir, los DESCA resultan consustanciales para permitir, al menos en cierto grado, que el ser humano se encuentre en buenas posibilidades de participar en diversas formas básicas de su perfeccionamiento –human flourishing– y plenitud humanas –human fulfillment– y *en esa medida, encontrarse "liberado" del dolor o sufrimiento.*

Como se aprecia de lo anterior, si bien existe algo "intuitivo" respecto a la noción de que el Derecho debe dar respuestas al sufrimiento humano –como sostienen Ferrajoli y Natoli–, el empleo de la razón práctica permite arribar a la conclusión de que esa intuición se encuentra sólidamente soportada en el hecho de que ciertos derechos fundamentales, como lo son los DESCA, *tienen como función evitar que el ser humano sea privado de diversos bienes intrínsecos en cuya participación encuentra las posibilidades de su perfección y cuya denegación genera en el hombre algún tipo de dolor* –ante la pérdida de su ser, de sus capacidades y potencialidades de plenitud humanas–.

La tutela y goce por parte de los DESCA, entonces, resulta *funcional para excluir o reducir diversos tipos de sufrimiento humano,* ya que a través de estos derechos fundamentales se pretenden proteger ciertos bienes humanos básicos –como lo son la vida, el conocimiento y la propia realización o excelencia en el juego y el trabajo–, *cuya privación es siempre fuente de algún tipo de dolor en el hombre* –ya interno, ya externo–. Así, por ejemplo, si como se ha expresado, la ignorancia genera sufrimiento en el ser humano en *tanto evita su perfección como ser cognoscente,* luego, el derecho a la educación *pretende solucionar o dar respuesta a dicha aflicción,* a través de los medios y mecanismos que permitan al hombre perseguir la perfección y plenitud de su ser mediante la obtención de información y conocimiento. Lo que desde luego constituye una forma de individualización del primerísimo principio de la razón práctica *bonum est faciendum et proseuendum et malum vitandum*, en el sentido de que: *el conocimiento ha de ser buscado y la ignorancia ha de ser evitada.*

Por ende, la ausencia del goce de los DESCA o lo que es igual, *de salvaguardas jurídicas que tiendan a proteger al ser humano contra la privación de sus bienes básicos*, genera un verdadero desgarramiento o empobrecimiento ontológico, una auténtica pérdida de ser o perfección del hombre. El ser humano sufre en cuanto deja de "ser" al verse privado de aquellos bienes o perfecciones que ontológicamente le corresponden, como lo son la vida –para lo cual se requiere del acceso a la salud y alimentación–, el conocimiento –que precisa de acceso a la educación, en términos

amplios– y la excelencia en la propia realización –que exige de acceso al trabajo y al juego en condiciones dignas–.

Hay entonces, mediante el uso de la razón práctica, *una íntima conexión entre DESCA y la exclusión del sufrimiento humano,* en tanto que el reconocimiento y protección de tales derechos fundamentales es consustancial para evitar que la persona sea privada de aquellos bienes intrínsecos necesarios para alcanzar su perfección –human flourishing– y plenitud –human fulfillment– ontológicas.

La especificación del contenido de los DESCA, entonces, viene dada "*por los bienes que son su objeto, concebidos como integrando un todo armónico de dimensiones del perfeccionamiento humano"*[159], mediante la determinación de aquellas dimensiones o circunstancias que aparecen como estrictamente necesarias "*para el respeto, concreción o realización de los bienes humanos básicos que constituyen las dimensiones centrales de la perfección humana"*[160]*,* y cuya ausencia, denegación o privación, como se ha reiterado, generan siempre un sufrimiento en el hombre.

Finalmente, resta precisar que el sufrimiento que pretenden excluir o reducir los DESCA en forma alguna tiene el carácter de dolor "natural o inevitable" –como señalaban Natoli y Ferrajoli–. Ello, en virtud de que, como se ha expuesto, el sufrimiento es el resultado de la aprehensión de un mal –que no es otra cosa que la privación de un bien– y, por ende, para que el sufrimiento pudiese ser considerado como una cuestión "natural o inevitable" tendría que demostrarse que el mal se encuentra en la "naturaleza", cuestión que es inadmisible desde la perspectiva Tomista.

En efecto, el mal "*no puede atribuirse esencialmente a cosa alguna*"[161], carece de sustancia, pues la razón de mal consiste más bien *en la imperfección de la sustancia*, en la privación de un bien ontológico –lo que por naturaleza el ser tiene y debe

---

[159] Massini Correa, Carlos I, *Sobre razón práctica y naturaleza en el iusnaturalismo. algunas precisiones a partir de las ideas de John Finnis*, en *Ley, moral y razón: estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis […]*, op. cit, p. 63.
[160] Ídem.
[161] Contra Gentiles. Libro Primero. Cap. XXXIX.

tener–. Todo lo que existe, en cuanto es ser, necesariamente es bueno, pues cada uno ama su ser y desea conservarse en él –y la señal es que cada cual lucha contra su desintegración– y el bien es lo que todos apetecen. Es por ello que se dice que toda naturaleza huye del mal por el hecho de apetecer el bien. El mal, pues, en todo ser, "*es violento y antinatural en la medida que le es mal"*[162] y por ende, atenta contra el movimiento del apetito natural.

Según se ha dicho, el mal no es sino privación de lo que un ser tiene y debe tener por naturaleza –es decir, un bien–. Ahora bien, la privación no es una esencia, sino más bien la "*negación de substancia"* [163]. Luego el mal "*no es ninguna esencia en la realidad"*. Cada cual es según su esencia y cuanto tiene de ser tiene de bien; porque, si lo que todos los seres apetecen es el bien, entonces, es necesario *que la esencia sea bien*. Según esto, es bien lo que tiene esencia, luego, "*ninguna esencia es mala"*[164].

Toda esencia es lo natural de una cosa. Si está incluida en el género de substancia, es la misma naturaleza del ser. Si está en el de accidente es necesario que sea causada por los principios de alguna substancia y así será natural a dicha substancia aun cuando quizá no sea natural a otra; por ejemplo, el calor es natural al fuego y no lo es al agua. Ahora bien, "*lo que es malo de por sí no puede ser natural a nada, pues el mal es la privación de aquello que uno tiene y debe tener por naturaleza*[165]*"*.

Como el bien tiene razón de fin, "*el mal no puede caer bajo la voluntad, sino por aversión del fin"*[166]. El mal no puede provenir en un efecto cualquiera si no es al margen de la intención del agente, por tender todo agente al bien. Luego "*el mal no tiene causa por si, sino que acontece accidentalmente en los efectos de las causas"*.[167] La privación no tiene agente propio, porque todo agente obra en cuanto

[162] Ídem.
[163] Ibídem, Libro Segundo. Cap. VII.
[164] Ídem.
[165] Ídem.
[166] Ibídem, Libro Primero. Cap. XCV
[167] Ídem.

tiene forma y así es necesario que el efecto propio del agente tenga forma, puesto que el agente hace lo semejante a sí.

Queda, en conclusión, que "*el mal no tiene causa agente propia, sino que acontece accidentalmente en los efectos de las causas que obran por sí"*[168]*.*Ahora bien, todo móvil tiende de por sí a un bien; "*pero al mal, accidentalmente y al margen de su intención"*[169]. Esto se ve indudablemente en la corrupción y generación. Por lo tanto, "*todo lo que se mueve intenta en su movimiento alcanzar el bien y sólo llega al mal al margen de su intención"*[170].

Toda causa es, o materia, o forma, o agente, o fin, dice Aquino. El mal no puede ser ni materia ni forma, porque que *"tanto el ente en acto como el ente en potencia es bien"*[171]. Tampoco puede ser agente, puesto que "*todo agente obra en cuanto está en acto y tiene forma"*[172]. Ni tampoco puede ser fin, pues "*el mal no se intenta directamente"*[173], sino al margen de la intención, pues todo ser apetece el bien –y es imposible, a no ser por error de la facultad cognoscitiva, que se aprehenda como mal lo que es bien– Luego, no pudiendo ser causa de nada, es preciso que, si el mal tiene causa, ésta sea el bien, en el entendido de que "*el bien no puede ser causa activa del mal sino accidentalmente"*[174]*:*

Como se aprecia de lo anterior, el sufrimiento que pretenden excluir o reducir los DESCA, en forma alguna puede caer bajo la noción de un sufrimiento "natural" al hombre, pues el sufrimiento es consecuencia del mal, que no es otra cosa que la aprehensión de un bien, siendo que el mal no está en la naturaleza ni tiene sustancia, sino que, precisamente, *constituye la privación de la naturaleza o negación de la substancia,* misma que acontece accidentalmente en los efectos de las causas, por aversión al fin –que es el bien y que todas cosas apetecen–. Lo que es malo de por sí no puede ser natural a nada, pues el mal es la privación de aquello que

[168] Ídem.
[169] Libro Segundo, Cap. IV
[170] Ídem.
[171] Ibídem, Libro Segundo, Capitulo X.
[172] Ídem.
[173] Ídem.
[174] Ídem.

uno tiene y debe tener por naturaleza, como lo es la vitalidad –protegida por los derechos a la salud y la alimentación–, el conocimiento –que es materia de tutela del derecho a la educación– y la excelencia en la propia realización –fundamento del derecho al trabajo–.

2. Un México sufriente. Algunas reflexiones sobre la ausencia del goce de los DESCA en el Estado mexicano.

Una vez demostrado el carácter funcional o performativo de los DESCA como respuestas o soluciones al sufrimiento humano, resulta oportuno hacer una aproximación al estado de cosas constitucionales, respecto al goce de tales derechos fundamentales. Para ello, se considera menester examinar el pasado para poder justipreciar el presente. En efecto, las Constituciones de nuestro tiempo "*miran al futuro teniendo firme el pasado, esto es, atendiendo al patrimonio de experiencia constitucional que quieren salvaguardar y enriquecer"*[175].El pasado y el futuro se ligan en una única línea, "*al igual que los valores del pasado, orientan la búsqueda del futuro, así también las exigencias del futuro obligan a una continua puntualización del pasado"*[176]. En suma, la historia constitucional no es un pasado inerte sino la continua y perpetua reelaboración de las raíces constitucionales que se nos demanda por las exigencias del futuro.

En esa inteligencia, no puede inadvertirse la profunda vocación social que desde sus orígenes marcó el movimiento constitucional mexicano post-revolucionario. El Poder Constituyente de 1917 fue pionero en el reconocimiento de los derechos sociales a nivel mundial; el verdadero logro del Constituyente de Querétaro fue la "visión de justicia social" con la cual dotó a la Norma Suprema. En palabras de Moyn, *"la pionera Constitución mexicana de 1917 dio inicio a un momento global ascendiente para los derechos sociales en las constituciones*[177]*".*

De ahí que la Constitución Política de 1917 *"marcó una etapa histórico-social para México, no sólo en la materia laboral y sin marginar la importancia de la reforma que*

[175] Acuña, Juan Manuel, *Justicia Constitucional […]*, op.cit. pág. 11.
[176] Ídem.
[177] Moyn, Samuel. *Not Enough: Human Rights under an unequal world*. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge. 2019.pág.35.

en general irrumpió en el sistema económico y político nacional […] abrió un área social bajo la influencia humanista"[178]: Aunque en dicha Constitución no hubo referencias, propiamente, a los derechos humanos como tema conceptual, lo cierto es que el criterio que se impuso estaba fundado en el reconocimiento constitucional de tales derechos, en primer lugar los de los individuos –con las llamadas garantías individuales– *"y en segundo los de una clase social integrada por trabajadores, lo cual confirma que la cuestión social mexicana estuvo siempre presente como una de las preocupaciones fundamentales [del constituyente]"*[179].

Esto es, a virtud de la inclusión y reconocimiento de salvaguardas en materia educativa, agraria y laboral, el Poder Constituyente de 1917 plasmó una primera "declaración de garantías sociales" en el sistema jurídico mexicano. De ahí que *"[l]a responsabilidad social, visión sin precedentes, le permitió a muchos de los congresistas mexicanos suplir los conocimientos jurídicos con el sentido común y de vocación humanista denotando una alta responsabilidad enfocada a la realización de la justicia social"*[180]:

Así, el Estado de bienestar –welfare state– se hizo presente en México *"generando la necesidad de atemperar la fuerza del positivismo jurídico cuando deben equilibrarse las relaciones sociales para buscar precisamente la justicia; que ahora será justicia social"*[181]. La necesidad de alcanzar una justicia social jugó un papel destacado en la elaboración de la Constitución vigente. Incluso el auto proclamado Jefe del Ejército Constitucional, Venustiano Carranza, sostuvo en los debates del Constituyente de Querétaro que *"[e]l pueblo ha vivido ficticiamente, famélico y desgraciado, con un puñado de leyes que en nada le favorecen. Tendremos que removerlo todo. Crear una nueva Constitución cuya acción benéfica sobre las masas, nada, ni nadie, pueda evitar"*[182].

---

[178] Kurczyn Villalobos, Patricia *Las fuentes históricas del artículo 123*. En *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones*. Cámara de Diputados (coord.). ed. Porrúa. 2006, México, Séptima Edición. Tomo XX, p. 391.
[179] Ídem.
[180] Kurczyn Villalobos, Patricia *Las fuentes históricas del artículo 123*. En *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones*. op.cit., p. 396.
[181] Ibídem, p. 395.
[182] Consultable en http://cronica.diputados.gob.mx/DDebates/46/3er/Ord/19661201.html

La Constitución de 1917 logró dar origen a un verdadero movimiento de "constitucionalismo social" que beneficiara a las "masas", a través de sus artículos 3, 27, 28, 123 y 130. Movimiento constitucional al cual se sumaron, posteriormente, la Constitución rusa de 1918 y la alemana de Weimar de 1919. A partir de ellas, *"se abrió paso definitivamente al constitucionalismo social en muchas leyes fundamentales"*[183]. La existencia del Estado de bienestar, reconocido en tales textos constitucionales, resulta fundamental porque significó un cambio en la manera de concebir a los bienes sociales, "*ya no asociados con la filantropía, el asistencialismo o la buena voluntad […] sino como exigencias de justicia planteadas en términos de derechos"*[184].

En su origen, o desde su origen, la constitucionalización de los derechos sociales en México erigió varias cláusulas que nos suministraron un consistente techo ideológico: democracia social y educación; derecho al trabajo y previsión social, agrarismo y función social. A este reconocimiento de los derechos se le sumó una ola de derechos sociales, principalmente, a partir de la década de los setentas, como lo fue el reconocimiento del derecho a la alimentación, a la salud y a la vivienda. Ese modelo de constitucionalismo social, además, se vio fuertemente robustecido por la incorporación de diversos tratados internacionales en la materia, que han permitido la construcción de un verdadero bloque de derechos sociales que establecen el camino que debe emprender el Estado mexicano.

Como lo sostuvo la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver llamado "Caso Pabellón 13", la inclusión expresa de derechos económicos, sociales y culturales en la Norma Suprema tiene un claro objetivo: *"mejorar la calidad de vida de los gobernados a través de la consolidación de una nueva estructura de justicia social"*[185]. La Constitución "*es el documento que refleja las*

---

[183] Fix Zamudio, Hector et. al. *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Ed. Porrúa. México, Séptima Edición, 2010, pág. 596.

[184] Aragón Rivera, Alvaro et. al*, ¿Qué significa pensar los derechos sociales y la justicia desde el horizonte normativo y las expectativas ciudadanas? A manera de presentación*. En *Los derechos sociales desde una perspectiva filosófica*. Aragón Rivera, Alvaro et. al (Coord). ed. Tirant lo blanche, México, 2017, pág.13.

[185] Amparo en Revisión 378/2014. Fallado el quince de octubre de dos mil catorce. por mayoría de tres votos de los señores Ministros Alberto Pérez Dayán (ponente), José Fernando Franco González Salas y Presidente

aspiraciones del pueblo y permite a éste trazar su propio destino"[186], por ende, si el Poder Constituyente incorporó todo un conjunto de derechos humanos que tienen como finalidad lograr mejores estadios de justicia social, fuerza es que tales principios constitucionales tengan una incidencia real en la población y se traduzcan en medidas estatales concretas y deliberadas, tendientes a lograr el pleno goce de los DESCA.

Ahora bien, atendiendo a estas importantes raíces constitucionales, resulta pertinente cuestionarnos qué tanto se ha avanzado respecto al goce de los DESCA al paso de un poco más de cien años de este movimiento de "constitucionalismo social". Es decir, es menester realizar un diagnóstico entre las referidas aspiraciones constitucionales y *las consecuencias reales que ha tenido en la población mexicana la inclusión de los DESCA.*

Para realizar tal valoración, entre el texto constitucional y su aplicación en la vida cotidiana de la población mexicana, es pertinente estar a las estadísticas existentes en este tema, en tanto dichos análisis constituyen un instrumento verdaderamente útil y orientador para dilucidar, *prima facie*, cuál es el estado de goce de los DESCA en nuestro país. Precisamente, entre los documentos existentes en la materia, debe destacarse el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veinte de mayo de dos mil trece, en tanto dicho texto recopila diversos estudios estadísticos de órganos públicos diversos –como lo es el INEGI y el CONEVAL– y, con base en ellos, plasma o pretende plasmar el grado de ejercicio y goce de los DESCA en la población mexicana.

En ese sentido, acorde con ese documento oficial, el *"46.2% de la población vive en condiciones de pobreza y el 10.4% vive en condiciones de pobreza extrema*". Lo anterior significa que casi la mitad de la población mexicana no dispone de ingresos suficientes para adquirir los bienes y servicios que requiere para satisfacer sus necesidades *"y no ejerce al menos uno de los siguientes derechos sociales:*

Luis María Aguilar Morales. La señora Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos emitió su voto en contra. Ausente el señor Ministro Sergio A. Valls Hernández.

[186] Ídem.

educación, acceso a los servicios de salud, a la seguridad social, calidad y espacios de la vivienda, a servicios básicos en la vivienda y acceso a la alimentación".

Aunado a lo anterior, el 10.4% de la población nacional se encuentra en pobreza extrema, esto es, "*carece del ingreso mínimo necesario para adquirir una canasta alimentaria, además de no poder ejercer tres o más derechos sociales":* Peor aún, según cifras del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social –CONEVAL– citadas en el referido Plan Nacional de Desarrollo, *"en 40% de los municipios del país el porcentaje de la población en situación de pobreza es mayor al 75%".*

En otras palabras, conforme a estadísticas oficiales, *1 de cada 2 mexicanos no goza ni ejerce uno o más derechos sociales* –a la educación, la salud, seguridad social, vivienda y alimentación–, en tanto que *al menos 1 de cada 10 mexicanos se encuentra imposibilitado para ejercer tres o más derechos sociales y además se encuentra en pobreza extrema alimenticia,* lo cual implica no sólo que carezca de alimentos nutritivos y de calidad, sino que *vive en situación de hambruna*. El hambre, como lo reconoce tal Plan de Desarrollo, es la expresión más lacerante de la pobreza, ya que "*cuando afecta a los niños pequeños genera daños físicos e intelectuales irreversibles que los condenan a repetir el mismo ciclo de pobreza que sufrieron sus padres"*.

Las anteriores estadísticas no sólo constituyen una afrenta a la justicia social a la que aspiraba la Constitución de 1917, sino que dan cuenta de la gravedad de la ausencia del goce de los DESCA, en tanto prácticamente, *la mitad de la población mexicana carece de la posibilidad de ejercer de manera plena dichos derechos fundamentales.* El problema jurídico y humano que deriva del inejercicio de tales derechos humanos se ve agravado si se tiene en cuenta el carácter funcional o performativo de los DESCA como respuestas o soluciones al sufrimiento humano.

Al carecer de una adecuada protección a través de los DESCA, el hombre se ve abandonado a merced *de la privación de sus bienes humanos básicos a la vida, al conocimiento o a la propia realización a través del trabajo y el juego* y, con ello, al

sufrimiento que les es generado a consecuencia de la privación o deformación de sus capacidades y potencialidades para lograr su plenitud humana. Al dejar en un papel relegado a los DESCA, el Estado mexicano, ya por incapacidad, ya por renuencia, carece de aptitud de *iure* y de *facto* para proporcionar soluciones al sufrimiento generado por las *enfermedades, la hambruna o la ignorancia.*

El estado de cosas presente no ha podido salvaguardar ni enriquecer el patrimonio constitucional en materia de derechos sociales que fue inmerso por el Poder Constituyente de 1917. Existe una deuda histórica respecto a la prosecución de la justicia social mexicana, *una promesa constitucional incumplida hasta ahora*. En efecto*, ¿qué valor práctico puede tener para la persona el hecho de que se haya reconocido a nivel constitucional el derecho a la alimentación, cuando ésta se encuentra sumida en la humillación de encontrarse famélica?* Esa es, precisamente, la situación en que se encuentran, al menos, 28 millones de mexicanos según cifras del citado Plan Nacional de Desarrollo –mismas que no ejercen el derecho a la alimentación.

No debemos olvidar que el sufrimiento humano es peor y se manifiesta con más crudeza *cuanto mayores son los bienes intrínsecos que corrompe.* La falta de alimentos genera un estado de aflicción en el ser humano que corroe toda posibilidad real de que éste cuente con una oportunidad de alcanzar la "felicidad" en el sentido más profundo, y menos popular de la palabra, que significa, a grandes rasgos, *una plenitud de vida, un cierto desarrollo como persona, una plenitud de la propia existencia.*

La posibilidad de alcanzar esa perfección del ser –human flourishing– y la plenitud de la existencia humana –human fulfillment– resultan ilusorias para esas millones de personas que viven en hambruna y se ve aún más agravado cuando esas privaciones a un bien humano básico –esto es, a la vitalidad–, generan daños y sufrimientos irreversibles que acompañan toda una existencia y que, incluso, pueden "heredarse" de generación en generación, provocando un ciclo absurdo y denigrante de aflicción humana.

La privación o denegación de cuestiones como la salud, la alimentación o la educación generan un verdadero desgarramiento y empobrecimiento ontológico en el hombre, una auténtica pérdida del ser que "*pesa sobre el ánimo como una lápida de mármol, [que] aplasta psicológicamente a la persona*"[187]. Quien está padeciendo el peso del sufrimiento –como acontece por quien se ve privado reiteradamente de sus bienes humanos básicos–, "*no tiene iniciativa, ni fuerza, ni puede tomar decisiones, ni se arriesga a emprender ninguna acción […] queda encerrado en su mundo, en su pena, encerrado como si habitara dentro de una fortificación"*[188].

El sufrimiento *"consume al hombre, cuando la fuerza del mal entristecedor afecta completamente al hombre, de tal manera que quita toda esperanza de huir de él"*[189]. En términos Tomistas, el dolor aumenta en la medida en que disminuye la esperanza de huir del mal. Si la fuerza del mal, esto es, de la privación de un bien intrínseco, crece hasta tal punto que quita cualquier posible esperanza de huida, "*entonces el impulso del alma angustiada encuentra tantas dificultades que no puede explayarse en nada"*[190].

El sufrimiento impide al hombre encontrarse en aptitud de ejercer sus propias capacidades cognitivas, de tener claridad en sus pensamientos. El dolor, entonces, también disminuye la actividad intelectual, la comprensión de la realidad, de uno mismo y de los otros, esto es, es susceptible de privar al hombre de la facultad de aprender. Incluso, puede ser tan intenso que, "*mientras persista el dolor, el hombre tampoco sea capaz de meditar aun en lo que antes sabía"*[191]. Como nos ilustra el libro de Job *"[m]is ojos se oscurecieron por el dolor, y mis pensamientos todos son como sombras"*[192].

Si la voluntad está alterada por el sufrimiento, si está desencantada a causa de un mal que afecta al sujeto, entonces su potencialidad también disminuye, y por tanto,

---

[187] Torralba, F. *Aproximación a la esencia del sufrimiento*, op.cit., pág.34
[188] Ídem.
[189] S. Th., I-II, q. 37, art. 2.
[190] Torralba, F. *Aproximación a la esencia del sufrimiento*, op.cit,, pág.34
[191] S. Th., I-II, q. 37, art. 1..
[192] Job. 17:7 Reina Valera 1960.

pierde la posibilidad real de realizar sus capacidades y participar en aquellos bienes en donde encuentra la oportunidad de perfeccionarse, de aspirar a una plenitud de vida. Quien sufre, paraliza su actividad, su dinámica vital. Tiende a instalarse y a quedarse quieto.

De hecho, "*el dolor se opone al motor que nos fuerza a realizar una determinada actividad"*[193]*.* Así, el sufrimiento debilita toda actividad, hecho que genera una pérdida ontológica relevante para el ser humano; una verdadera denegación de su sustancia –de sus bienes básicos–, pues como razonan Finnis y Aristóteles, la plenitud –fullfilment– y la perfección –flourishing– *las encontramos en la acción.*

El Derecho, como se ha razonado, debe ser capaz no sólo de resolver las disputas que se generan en la sociedad de manera pacífica y justa, sino debe ser funcional *para dar respuestas o soluciones, al menos en algún grado, al dolor que padece a humanidad*. El Derecho puede y debe evitar la privación de los bienes humanos básicos que le permiten a la persona alcanzar una plenitud de vida, un cierto desarrollo como persona, una plenitud de la propia existencia. Esto es, el Derecho debe proporcionar la "ruta de escape" o solución a diversas especies de sufrimiento humano, precisamente, a través de los DESCA: *a la hambruna, a través del derecho a la alimentación, a las enfermedades, a través del derecho a la salud y a la ignorancia, a través del derecho a la educación.*

De lo contrario, la persona que se ve privada de la salud, alimentación, educación o de las posibilidades de realizarse a través de ciertas actividades –el trabajo o el juego en términos Finnisianos–, se encontrará atrapada en una fortificación o prisión generada por el peso del sufrimiento que depara el que se le prive de las dimensiones centrales de su perfeccionamiento y plenitud humanas. El sufrimiento, cuando no encuentra respuesta ni solución, cuando el Derecho y el Estado son incapaces de hacerle frente, "*monopoliza a la persona y la arrastra hacia él"*[194]*.* Es por ello que el

[193] Torralba, F. *Aproximación a la esencia del sufrimiento*, op.cit pág. 35
[194] Ibídem, pág. 35.

sufrimiento "*se opone a la vida humana, contrariando lo que de específico tiene el movimiento vital"*[195]*.*

En ese sentido, si como se ha reiterado, *los DESCA son funcionales para dar respuestas o soluciones al sufrimiento humano, es evidente que su pleno goce y justiciabilidad no pueden constituir un tema marginal para el Estado mexicano*. En tanto no se asegure el pleno goce de los DESCA se permite que el ser humano quede a merced de la privación indebida de sus bienes básicos –ya por autoridades, ya por entes privados–, lo cual siempre genera algún tipo de sufrimiento, precisamente, porque significa *la pérdida de las oportunidades que la persona tiene para acceder a las dimensiones centrales de su perfeccionamiento –human flourishing– y para aspirar a una plenitud de existencia –human fulfillment–*.

Para estos propósitos, esto es, para lograr un cierto desarrollo como ser humano y permitirle alcanzar a éste un cierto grado de perfeccionamiento, se requiere de la necesaria obtención de cada uno de los aspectos de la vitalidad que hacen que el ser humano esté en buenas condiciones para la autodeterminación –protegido por los derechos humanos a la salud y a la alimentación–; de la posibilidad de obtener información y conocimiento –tutelado por el derecho a la educación–, así como de las condiciones óptimas para la realización de actividades que permitan al ser humano su propia realización –protegido por el derecho al trabajo–.

Ante ello, la pregunta indispensable que se nos presenta es la siguiente *¿cómo hacer más efectivos los DESCA?* El presente trabajo de investigación pretende dar respuesta a esa interrogante centrándose *en lo relativo a la efectividad e impacto de las remediaciones a tales derechos dictadas en la sede judicial*. Si una persona, que se encuentra sumida en el sufrimiento y dolor por la carencia de sus bienes humanos básicos –a la vida, al conocimiento y a la excelencia en la propia realización–, decide elevar una contienda jurisdiccional con el propósito de que una autoridad judicial emita un fallo en el cual dilucide si ha existido una vulneración por parte de las autoridades estatales, respecto al respeto, protección o garantía de los DESCA y,

[195] Ídem.

consecuentemente, para obtener una reparación a esa violación a su esfera jurídica, *fuerza es que tal condena reparatoria no se quede en papel, sino que sea debidamente acatada y cumplimentada por las autoridades responsables.*

En efecto, como se demostrará en los siguientes capítulos, *uno de los mayores derroteros que encuentran los DESCA hoy en día estriba en la ausencia del impacto y eficacia las remediaciones judiciales a las violaciones de tales derechos fundamentales.* Por ende, es preciso proporcionar a los jueces y Tribunales de las directrices y técnicas necesarias para advertir cuáles son los mayores problemas que pueden encontrar las sentencias de los DESCA y, sobre todo, cómo lograr superar tales dificultades a fin de asegurar, en la medida de lo posible, *que sus decisiones judiciales sean debidamente cumplimentadas y con ello, poder lograr los efectos reparadores y transformadores a los que aspira y está llamada toda adjudicación en materia de derechos sociales.*

En suma, es imperativo hacer reales los estadios justicia social plasmados en la Constitución vigente a través del reconocimiento de los DESCA. De por medio no sólo están en juego el principio de supremacía constitucional y la efectividad práctica de los medios de control constitucional, *sino la posibilidad de que el Derecho pueda aliviar el sufrimiento humano.*

Capítulo Segundo.
La eficacia remedial de las sentencias DESCA como tema preponderante para la justiciabilidad de los derechos a la exclusión o reducción del sufrimiento humano.

Reflexionar sobre la eficacia de los DESCA y sobre su impacto real en la vida de la población precisa deliberar, a su vez, *sobre las dificultades que conlleva la justiciabilidad y cumplimiento de las adjudicaciones de tales derechos en un sistema jurídico determinado*. Mucho se ha avanzado en las últimas dos décadas respecto al reconocimiento y fuerza jurídica de los DESCA, empero, como se pretende demostrar a continuación, *la remediación judicial de los DESCA constituye actualmente uno de los principales problemas latentes para lograr la plena justiciabilidad de tales derechos fundamentales.*

Existe una zona de penumbras respecto a la manera más adecuada en que los Tribunales pueden lograr que sus remediaciones puedan ser eficaces, lo cual genera siempre el riesgo latente de "revivir" viejos fantasmas relacionados con la concepción de los DESCA *como derechos que no pueden ser verdaderamente justiciables o que no deberían serlo*. En ese sentido, en el presente capítulo se expondrán y analizarán, de manera cronológica, las diversas etapas en que estimamos que se ha desarrollado la justiciabilidad de los DESCA; concretamente, *los supuestos "derroteros" que se han ido planteando en distintas épocas respecto a la posibilidad de que los referidos derechos puedan resultar justiciables, así como las respuestas o soluciones que se han brindado a tales críticas.*

Es oportuno aclarar, en principio, que cuando se hace referencia a la "justiciabilidad" de los DESCA, nos estamos refiriendo *a la posibilidad de reclamar, ante un juez o tribunal* –que realice funciones materialmente jurisdiccionales–*, el cumplimiento, al menos en un grado, de las obligaciones derivadas de un derecho de esta índole.* En ese sentido, al hacer alusión a la justiciabilidad de los DESCA, se hace referencia

específica a *la intervención de los jueces y órganos jurisdiccionales en la exigencia del cumplimiento de los DESCA.*

Atendiendo a lo razonado en el anterior capítulo, el hacer justiciables a los DESCA, entonces, implica que una persona o grupo de personas que se encuentran sufriendo por la enfermedad, la hambruna, la ignorancia u otra privación de sus bienes humanos básicos tutelados por los DESCA, *puedan elevar una contienda jurisdiccional ante los tribunales estatales, en los términos que establezcan las leyes, a fin de exigir que el Estado, a través de las autoridades respectivas, dé cumplimiento a las obligaciones que le son impuestas a virtud de tales derechos fundamentales, con la correlativa posibilidad de emitir una condena que, en la medida de lo posible, repare esas aflicciones* –ya sea con efectos individuales o colectivos–

Al respecto, consideramos que, tanto a nivel convencional como constitucional, el debate acerca de la justiciabilidad de los DESCA se ha presentado en dos grandes etapas**: (I)** la primera, que se centró en el debate atinente a si los DESCA *son verdaderos derechos* y por ende, si *resultan justiciables*; y **(II)** la segunda que consistió en responder si los Tribunales, al hacer justiciables los DESCA, *pueden inmiscuirse en las políticas públicas y consecuentemente, si cuentan con legitimidad y capacidad técnica para ello.*

A partir del análisis de las anteriores etapas se sugiere que, actualmente, la justiciabilidad de los DESCA *se encuentra en una tercera etapa de justiciabilidad* atinente a los problemas relacionados con *el cumplimiento de las sentencias* de adjudicación de los DESCA. En otras palabras, esta ulterior etapa de la justiciabilidad de los DESCA tiene como objeto responder a la siguiente pregunta: *¿cómo lograr la eficacia remedial de las sentencias adjudicatorias de los DESCA?*

Aunque dicha interrogante no será contestada sino hasta los capítulos cuarto y quinto de la presente investigación, estimamos que es del todo necesario que el lector tenga en mente y pueda discernir, a partir del presente capítulo, *cómo se han superado los derroteros o supuestas barreras de justiciabilidad de los DESCA en cada una de las referidas etapas y* el por qué en la actualidad, la eficacia remedial

de las sentencias de los DESCA constituye uno de los principales problemas para lograr su plena justiciabilidad.

De esa forma, el lector podrá identificar**: (I)** cuáles han sido los "impedimentos", "barreras" o "derroteros" que se han planteado respecto a la justiciabilidad de los DESCA, en distintas épocas; **(II)** cómo éstos han sido superados; y **(III)** la nueva problemática que entraña la implementación judicial de los remedios atinentes a los DESCA.

Desde luego, a medida que se avanza en la sucesión de las etapas de justiciabilidad de los DESCA, se observará que se van *sofisticando* las razones contra la posibilidad de que los jueces y tribunales puedan examinar las violaciones a tales derechos, así como la pertinencia de que, una vez detectada tal vulneración, puedan emitir condenas obligando a las autoridades estatales a actuar en un sentido determinado para reparar al individuo o grupo de personas cuya esfera jurídica haya sido afectada por la inobservancia estatal de algún derecho de esta índole.

Sin embargo, como se pretende demostrar en los siguientes capítulos, en esta tercera etapa de justiciabilidad de los DESCA la problemática para lograr la eficacia de las sentencias remediales atinentes a los DESCA no radica, propiamente, en la "noción" o "naturaleza" de tales derechos, *es decir no se está ante problemas "intrínsecos" al tipo de derechos tutelados, sino derivados, en realidad, del entramado complejo obligacional atinente a la violación aducida* -el cual puede derivarse indistintamente de derechos civiles y políticos o DESCA-*, así como la forma en cómo el juzgador decide emitir la medida reparatoria y se supervisa su acatamiento*.

Ello, toda vez que en esas etapas ya se ha acreditado que los DESCA, en realidad, *no resultan distintos de los llamados derechos civiles y políticos, por lo que a su justiciabilidad se refiere,* de lo que se deduce que, si esto es así, luego, el argumento de "distinción" de los DESCA con otro tipo de derechos humanos *no podría volverse a emplear para sustentar o explicar el diverso problema de acatamiento de las sentencias emitidas en esa materia* –pues ello implicaría negar o regresar a sendos

argumentos que las referidas etapas ya han superado, al demostrar su inviabilidad, falsedad o incoherencia–.

De ahí que la elaboración del presente capítulo no sólo tiene como finalidad ilustrar al lector acerca de los supuestos impedimentos para la justiciabilidad de los DESCA que se han planteado en dichas etapas, *sino que también tiene una función propiamente performativa*, que estriba en ir sentando las bases para que, en los últimos capítulos de la presente investigación, se pueda comprender por qué los problemas subyacentes al cumplimiento de los DESCA *no radican ni derivan propiamente del hecho de que se trate de la adjudicación de este tipo de derechos* –en oposición a los civiles y políticos–, *sino en otras razones que tienen que ver más con la forma en cómo los jueces ejercen y definen sus facultades decisorias* y, con base en ello, se generen algunas plausibles soluciones a tal problemática.

Por ende, estimamos que, contrario a lo que pudiera pensarse, el hecho de que en la actualidad subsistan diversos problemas relacionados con el cumplimiento de las sentencias atinentes a los DESCA, *no debe concebirse como un debilitamiento de la concepción de tales derechos como plenamente justiciables*, sino que, en cambio, debe dar lugar *a un verdadero fortalecimiento de saberes y técnicas relacionadas con la manera en cómo los jueces ejercen sus labores decisorias*, *a fin de permitir que las sentencias en materia de derechos fundamentales, entendidos como un todo* -tanto derechos civiles y políticos, como los DESCA-*, tengan una eficacia e incidencia real en la población*.

Irónicamente, el lector pudiera advertir, no sin razón, que la finalidad última de este trabajo va más allá de la defensa de la justiciabilidad de los DESCA –aunque, desde luego, este es uno de los propósitos deseados en la presente investigación–. La presente investigación pretende también dar cuenta de la necesidad de "re-pensar" la manera en que se ejerce y puede ejercerse la labor jurisdiccional en materia de derechos humanos, esto es, reflexionar acerca de cómo los jueces deben realizar sus facultades decisorias en tratándose de la adjudicación de obligaciones complejas en materia derechos humanos, a fin de lograr su mayor eficacia e implementación en el Estado de Derecho.

3. Primera etapa de justiciabilidad de los DESCA: ¿son los DESCA verdaderos derechos humanos?

Una vez precisado lo anterior, es menester analizar el desarrollo de las etapas de justiciabilidad de los DESCA que ya fueron brevemente mencionadas. En ese sentido, debemos iniciar precisando que la primera etapa de justiciabilidad de los DESCA se ha contextualizado o caracterizado, *como una etapa centrada en un problema puramente ideológico, en un plano teórico y especulativo*[196].

Es decir, al debatirse en antaño respecto a si los DESCA resultaban justiciables, los "detractores", "oponentes" o al menos "escépticos" de tales derechos fundamentales –entre otros, Aryeh Neier[197], E.W. Vierdag[198], D. Kelley[199], J. Feinberg[200], J. Griffin[201]-, basaron sus planteamientos en *diversos mitos* respecto a la historia, axiología y estructura o "pedigrí" de los DESCA, todos los cuales, ideológicamente hablando, tenían un frente común: *afirmar que los DESCA no son verdaderos derechos y por ende, tampoco susceptibles de adjudicación jurisdiccional* –en oposición a lo que acontece con los llamados derechos civiles y políticos–.

Como aduce Pisarello, "*esta percepción devaluada de los derechos sociales se asienta, sobre todo, en prejuicios de tipo ideológico"*[202]. En efecto gran parte de la tradición constitucional en materia de derechos sociales "*se caracteriza por la repetición de tópicos que, a la luz de la experiencia internacional y de la ya considerable acumulación de precedentes nacionales, han demostrado ser*

---

[196] Vid. Yusuf, Salma. *The Rise of Judicially Enforced Economic, Social, and Cultural Rights--Refocusing Perspectives.* Seattle Journal for Social Justice: Vol. 10: Iss. 2, Article 3. págs. 763-764.
[197] Vid. *Social and Economic Rights: A critique.* Human Rights Brief 13, no. 2 (2006).
[198] Vid. *The legal nature of rights granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rigths.* Netherlands Yearbook of International Law, Vol. IX (1978). Págs 69-105.
[199] Vid. *A life of one's own: individual rights and the welfare state*. Cato Institute . Washington, DC. 1998.
[200] Vid. *Social Philosophy*. Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N.J.: 1973.
[201] Vid. *The Presidential Address: Discrepancies between the Best Philosophical Account of Human Rights and the International Law of Human Right*s. Proceedings of the Aristotelian Society, vol. 101, 2001.
[202] Pisarello, Gerardo. "*Los derechos sociales y sus garantías*". Ed. Trotta. España. 2007. pág.14.

prejuicios de tipo ideológico, antes que argumentos sólidos de dogmática jurídica"[203]*.*

Ahora bien, en tanto la primera etapa de justiciabilidad de los DESCA se desarrolló en un plano fuertemente ideológico, sobre todo, en el contexto de *la postulación de profundos prejuicios acerca de tales derechos,* se estima oportuno realizar algunas reflexiones respecto a ello. Para esos propósitos, nos parece de gran utilidad recurrir al pensamiento de Hanna Arendt, en específico, a la forma en que, a la luz de esta autora, debemos aproximarnos *a la refutación de los prejuicios reinantes en los saberes humanos.*

En efecto, acorde a Arendt, los prejuicios –en su buen sentido– no contienen, en sí y por sí mismos, una connotación negativa, ni debemos aspirar a que se supriman ni se erradiquen de los saberes humanos. Es así, pues el hombre, simplemente, *"no puede vivir sin prejuicios, y no sólo porque su buen sentido o discernimiento no serían suficientes para juzgar de nuevo todo aquello sobre lo que se pidiera a lo largo de su vida, sino porque una ausencia tal de prejuicios exigiría una alerta sobrehumana"*[204]*.*

El problema, en realidad, estriba cuando el prejuicio *no es asumido como tal*, esto es, cuando al prejuicio se le concibe y se le trata *como si fuese un verdadero juicio* Es ahí, en tales circunstancias, cuando los prejuicios generan todo tipo de problemas cognoscitivos y, desde luego, llevan a sus detentores a formarse una afirmación basada en la ignorancia o en el error. Si "*en sociedad no pretendemos juzgar en absoluto, esta sustitución del juicio por el prejuicio, resulta peligrosa"*[205]*,* ya que en diversas áreas del saber humano -como desde luego lo es el Derecho-, no podemos prescindir de los juicios, porque el pensamiento "*se basa esencialmente en la capacidad de juzgar"*[206]*.*

---

[203] Abramovich Victor y Courtis Christian. *"Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*". En "*La protección judicial de los derechos sociales".* Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (Editores). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito.2009. págs.3-4.
[204] Arendt, Hannah. *La promesa de la política*. ed. Paidós, Barcelona, 2008. pág. 137.
[205] Ibídem. pág 138.
[206] Ídem.

Así, el peligro del prejuicio -en su sentido indebido- reside, precisamente, en que siempre está anclado en el pasado y por eso *se anticipa al juicio e impide su formulación*. Así, para Arendt, si queremos disolver o erradicar los prejuicios, *"debemos redescubrir los juicios pretéritos que contienen, es decir, mostrar su contenido de verdad"*[207]. Si ello se soslaya, ni batallones enteros de ilustrados oradores ni bibliotecas enteras pueden conseguir nada contra ellos.

Atendiendo a lo anterior, estimamos que para clarificar esta primera etapa de justiciabilidad de los DESCA, lo procedente es: **(I)** identificar los *distintos prejuicios* que se han esgrimido para pretender fundamentar que *los DESCA no son verdaderos derechos* -ni por ende, susceptibles de justiciabilidad-; y **(II)** *redescubrir los juicios pretéritos* que éstos contienen, esto es, *mostrar su falsedad*. Con base en ello, el lector podrá comprender, con mayor facilidad y claridad, tantos los problemas gnoseológicos de los DESCA, así como las soluciones o superaciones jurídico-racionales que han sido aportadas en esta etapa inicial de justiciabilidad de tales derechos.

Al respecto, consideramos menester advertirle al lector que, la superación o refutación lógica de los referidos prejuicios sobre la justiciabilidad de los DESCA, en forma alguna representa una cuestión novedosa para el saber jurídico -ni es el propósito principal de esta investigación-. Existe ya un consenso, al menos académicamente hablando, en el sentido de que los asertos relativos a que los DESCA no constituyen verdaderos derechos ni pueden ser exigibles ante las Cortes, *atienden a un debate ya superado*.

En efecto, como señala Philip Alston, "*el debate acerca de la justiciabilidad de los derechos sociales ya ha alcanzado su plena madurez"*[208]. O en palabras de Jeff King, *"[e]n derecho internacional y en filosofía [del derecho] el debate [sobre si los DESCA son derechos humanos y por tanto, justiciables] está prácticamente*

[207] Ídem.
[208] Alston, Philip. *Foreword*. En *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Malcom Langford (Editor). Cambridge University Press. Inglaterra.2008. pág. ix.

acabado"[209]. En años recientes, ante el incremento del número de países que han reconocido diversos DESCA dentro de sus constituciones, "*la tendencia ha sido que el debate ha concluido y que los derechos económicos y sociales han probado ser justiciables"*[210].

Aunado a lo anterior, debe destacarse el papel relevante que los Tribunales y las Cortes han desempeñado en la superación de los prejuicios sobre la supuesta injusticiabilidad de los DESCA. Acorde a Langford, si uno tuviese que especular acerca del número de decisiones juridiciales que se han emitido a nivel mundial en las últimas dos épocas y en las cuales se hayan invocado DESCA contenidos en provisiones constitucionales e internacionales, "*la cifra de […] doscientos mil [sentencias] podría ser la indicada"*[211]. De ahí que la constante expansión de las sentencias en materia de DESCA ha ciertamente influido e impactado en el debate académico sobre su justiciabilidad, pues *"el mero peso de la jurisprudencia hace difícil argumentar contra la posibilidad de hacer justiciables los derechos sociales"*[212].

En suma, podría aseverarse que, si bien el debate sobre si los DESCA resultan justiciables no está del todo muerto*, lo cierto es que sí se encuentra enterrado*. Aún subsisten algunos ecos contra la posibilidad de que los Tribunales adjudiquen tales derechos humanos, pero tales resonancias pertenecen a una concepción del pasado que difícilmente puede sostenerse ante la extensa y contundente evidencia empírica que ha mostrado *no sólo la posibilidad, sino la capacidad de los jueces y Tribunales para adjudicar tales derechos humanos*, así como los numerosos escritos académicos que han expuesto la fragilidad e incoherencia de los

[209] King, Jeff, *Judging Social Rights*, Cambridge University Press. Inglaterra. 2012. pág 1.
[210] Nolan Aoife et. al., *The Justiciability of Social and Economic Rights: An Updated Appraisal,* Challenges in International Human Rights Law, Irlanda, 2007. Pág. 3.
[211] Langford Malcolm. *Domestic adjudication and economic, social and cultural rights: a socio-legal review"* International journal on human rights. v. 6. Num. 11. Diciembre. 2009. p. 91. Visible en su version digital en: www.surjournal.org.
[212] Langford Malcolm. *The justiciability of Social Rights: From Practice to Theory"*. En *Social Rights Jurisprudence […].* op. cit. pág. 29

argumentos esgrimidos contra los DESCA como verdaderos derechos susceptibles de ser justiciables.

Una vez precisado lo anterior, lo procedente, para efectos prácticos, es clasificar o catalogar *los distintos prejuicios en que se ha basado la supuesta injusticiabilidad de los DESCA en esta primera etapa.* Al respecto, consideramos que los prejuicios respecto a que los DESCA no constituyen derechos humanos ni por ende, resultan justiciables, pueden catalogarse o resumirse bajo tres grandes rubros: **(I)** prejuicios de corte *histórico*; **(II)** prejuicios de corte *estructural*; y **(III)** prejuicios de corte *filosófico-axiológico.*

Desde luego, cada uno de estos rubros no resultan del todo autónomos, sino que frecuentemente se entrelazan o interrelacionan por sus detentores *como las partes argumentales de un "todo" que pretende, en última instancia, distinguir los DESCA de los derechos civiles y políticos, a fin de asentar que aquéllos no cuentan con un verdadero carácter de "derechos",* en el sentido de generar obligaciones concretas a la autoridad ni, por ende, susceptibles de adjudicación por los órganos judiciales.

Pese a esa interconexión argumental, estimamos que la referida clasificación tiene una importante utilidad pedagógica en tanto *permite redescubrir cuáles son los juicios pretéritos* que se encuentran contenidos en cada una de esas formas o tipos de prejuicios sobre los DESCA y, con base en ello, *ir mostrando su contenido de falsedad*. Por ende, procedemos a examinarlos en su individualidad.

3.1. El prejuicio de corte histórico sobre los DESCA.

Este primer prejuicio atiende, sobre todo, a un argumento de tipo cronológico, a saber: *los DESCA son derechos posteriores, de segunda o tercera generación, respecto a los derechos civiles y políticos*, por lo que *ese reconocimiento tardío*, históricamente hablando, da cuenta de su diferencia, de su deficiencia normativa o de subordinación jerárquica respecto a los derechos "tradicionales". Así, es dable aseverar que, en la historia del Derecho, como en la sociología jurídica, la

percepción dominante de los DESCA "*es posiblemente la que los considera como parte de una generación posterior a los civiles y políticos"*[213]*.*

El referido prejuicio o percepción mitificada de los DESCA, a su vez, *se presenta en dos planos*: **(I)** por una parte, en la supuesta *tardanza de* las Constituciones modernas de reconocer esos derechos como fundamentales *y de otorgarles verdadera trascendencia para el constitucionalismo* y, por otra; **(II)** en la diversa concepción respecto a los DESCA, *como derechos de "segunda o tercera generación" en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. A partir de esa visión lineal de la historia del Derecho, se pretende sustentar la preeminencia de los derechos civiles y políticos sobre los DESCA, *tanto en el plano Constitucional, como en el Convencional.*

Aunque el planteamiento es similar en ambos planos, sobre todo en tratándose del supuesto reconocimiento "tardío" de los DESCA, consideramos que para una mejor concepción de las posturas que sustentan el prejuicio de corte histórico de tales derechos, es oportuno *examinar primeramente el prejuicio asentado sobre la historia constitucional* y, posteriormente, abordar el diverso prejuicio atinente a la *historia convencional*, ya que los juicios pretéritos en los cuales se sustentan tales "derroteros" de los DESCA, no son uniformes ni del todo asimilables entre ambos planos; de ahí que se estudien de manera autónoma.

3.1.1. El prejuicio de corte histórico sobre los DESCA, bajo la perspectiva del constitucionalismo moderno.

Por lo que hace al plano nacional, se ha considerado que, durante la primera era de constitucionalización de los DESCA, éstos no sólo fueron de incorporación posterior a los derechos civiles y políticos, sino que además *tales derechos fueron considerados como intrascendentes o incluso ajenos al constitucionalismo y a la propia idea de la Constitución*. Tan es así, que en las Constituciones modernas los

[213] Pisarello, Gerardo. "*Los derechos sociales […]"* op.cit. pág.19.

DESCA fueron concebidos "*como meros principios de optimización para el gobierno, sin carácter vinculante*"[214].

Es decir, las constituciones que pertenecieron al primer constitucionalismo liberal si bien incluyeron disposiciones que reconocían algunos DESCA, lo cierto es que dichos derechos, a diferencia de los civiles y políticos, *eran meramente declarativos*; esto es, derechos que no podían hacerse exigibles ante los tribunales. Así ocurrió "*en casi todas las constituciones de América Latina que se expidieron en la primera parte del siglo XX"*[215]

Lo mismo se dijo respecto a la Constitución de Weimar de 1919, la cual, si bien contenía una larga lista de derechos sociales, "*carecían de todo contenido vinculante legal"*[216]. Así, la jurisprudencia y los doctrinantes más representativos, cuyas voces fueron influyentes en América Latina, consideraron las disposiciones que reconocían a los DESCA como derechos desvinculados a los derechos "tradicionales" -esto es, civiles y políticos-, ya que a diferencia de los derechos basados en las libertades humanas, los DESCA se circunscribían a simples *"enunciados programáticos -Programmsätze-. Como tales, no imponían obligaciones que fuesen exigibles judicialmente, ni al legislador ni al ejecutivo"*[217].

No sin razón, se ha postulado que, históricamente, los derechos sociales no lograron el respeto, protección y garantía que desde un inicio se otorgaron a los derechos civiles y políticos. Bajo el paraguas conceptual de que "*se trataba de derechos de realización progresiva, programáticos o de otro tipo de generación –sin claridad de plazos ni indicadores de progreso– la práctica común fue la ausencia de medidas adecuadas, tales como las políticas públicas, para promover su efectivo*

---

[214] Contiades, Xenophon et. al. *Social Rights in the Age of Proportionality. Global economic crisis and constitutional litigation:* International journal of constitutional law (forthcoming 2012). Oxford University Press & New York University School of Law. pág. 12.
[215] Pulido, Bernal. *Los derechos constitucionales en América Latina*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Julio-Diciembre 2017. Núm. 5. Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación. pág. 7.
[216]. Contiades, Xenophon et. al. *Social Rights in the Age of Proportionality.* op.cit. pág.5
[217]Pulido, Bernal. *Los derechos constitucionales en América Latina*. op.cit. pág.8

goce, pero también la inexistencia de mecanismos internos e internacionales para exigir su vigencia"[218].

Por ende, se ha sostenido que en el siglo XX a los DESCA les fue dado el carácter de *fines u objetivos sociales*, para cuya realización se requiere de normas jurídicas que impongan obligaciones positivas a las autoridades públicas, "*lo cual excluyó la posibilidad de hacerlos exigibles directamente ante los Jueces de manera individual"*[219]. De ahí que, pese a la existencia y reconocimiento de ciertos DESCA en los albores del constitucionalismo moderno, "*la ampliación del lenguaje de los derechos para abarcar una nueva generación de derechos que vendría a complementar a los derechos liberales de corte individualista, no fue suficiente para alcanzar el reconocimiento de derechos con [verdadero] rango constitucional [en el sentido de imponer verdaderas obligaciones a las autoridades estatales]"*[220].

Como se aprecia, los DESCA, bajo esta postura, serían derechos "tardíos" que vinieron a ser reconocidos una vez que *los diversos derechos civiles y políticos fueron satisfechos por los Estados respectivos* y que, aunado a esa tardanza en la incorporación a las Constituciones, *los DESCA resultaron "intrascendentes" o incluso "ajenos" al constitucionalismo moderno y a la propia idea de la Constitución, misma que sólo aceptaría como verdaderos derechos a los relacionados con las libertades del individuo*; de ahí que, a la luz de ese contexto histórico, así como del tratamiento por parte de las Constituciones del siglo pasado, que los discriminó y distinguió de los derechos civiles y políticos, *los DESCA no podrían ser considerados, propiamente, como verdaderos derechos fundamentales.*

Respecto a tales objeciones o prejuicios de corte histórico de los DESCA, me parecen verdaderamente ilustrativas las contra-argumentaciones planteadas tanto por Pisarello, como por Acuña, *quienes dan cuenta de la debilidad y falacia de esta noción de la tardanza o devaluación histórica de los DESCA*. En efecto, para mostrar

---

[218] Hermida, José Manuel. *Presentación*. En *La protección judicial de los derechos sociales*. op.cit. pág. ix-x.
[219] Arango, Rodolfo. *Derechos sociales. Un mapa conceptual*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Julio-Diciembre 2017. Núm. 5. Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación. pág. 499
[220] Ibídem. pág. 500

la falsedad de los referidos juicios pretéritos que contiene el prejuicio de corte histórico de los DESCA -esto es, el reconocimiento tardío y la intrascendencia constitucional de tales derechos-, los autores en cita razonan lo siguiente: **(I)** tales postulados se basan, en realidad, en una posición sumamente "tradicional" y específica del concepto de la Constitución -fundamentada, a su vez, en la filosofía política del liberalismo decimonónico; en la filosofía jurídica del iusnaturalismo racionalista y en la postura iusfilosófica racional normativa-; **(II)** contrario a lo que se aduce, la noción de los DESCA ha estado presente desde los inicios del constitucionalismo moderno; **(III)**; junto a la historia del Constitucionalismo del siglo XX, no puede soslayarse la rica "prehistoria" de instituciones que salvaguardaron derechos sociales; y **(IV)** finalmente, la tesis "generacional" de los DESCA se basa a menudo en un abordaje en exceso lineal de los derechos, misma que además suele ser de carácter excluyente. Al respecto, nos permitimos abordar tales críticas o demostraciones sobre la falsedad de los juicios pretéritos contenidos en el prejuicio de corte histórico de los DESCA en el plano constitucional, en los siguientes apartados.

3.1.1.1. La crítica a la posición tradicional de la Constitución que concibe a los DESCA como intrascendentes.

En primer lugar, estimar que los DESCA son intrascendentes o ajenos al constitucionalismo, *implica de suyo adherirse una percepción filosófica específica que haga permisible la desvinculación entre tales derechos y la Norma Suprema*. Esto es, tal preposición descansa en un paradigma verdaderamente "tradicional" del concepto de la Constitución. La Constitución, bajo esta perspectiva podría entenderse a *grosso modo* de la siguiente manera**: (I)** los únicos derechos que tienen cabida son los "liberales" del individuo, por ser ellos concebibles de manera previa al Estado; **(II)** la Constitución es ajena a todo proceso histórico y comunicativo; y **(III)** por ende, es un constructo institucional estático e inmutable.

Sin embargo, esa visión sumamente *rígida* de la Constitución implica, de suyo, introducir a la Norma Fundamental "dentro de una fortaleza petrificada" en un momento histórico determinado, a fin de "preservarla en su estado original" y

mantenerla ajena a todo proceso comunicativo, así como a los desarrollos políticos y sociales que tengan lugar en forma posterior a esa emisión normativa.

Esta posición ideológica, desde luego, no se encuentra libre de reproches, de hecho, *tal estatismo constitucional parecería ir en una contradicción frontal con el dinamismo y evolución que han tenido diversos principios constitucionales en nuestra época, sobre todo en tratándose del contenido, alcance y entendimiento de los derechos fundamentales en este siglo XXI.*

La Constitución no *puede pretender recluirse de todo desarrollo histórico* y permanecer atada en un determinado contexto político-social al grado de que, una vez plasmado su contenido "originario", toda incorporación o reconocimiento *ex post* de otros bienes, valores o principios constitucionales, por ese simple hecho, deba ser considerado como ajeno, contrario o intrascendente para la Norma Fundamental. Esa visión estática de los contenidos constitucionales y de la propia idea de la Constitución, en última instancia, *no implica sino la negación categórica de la variabilidad histórica de los derechos humanos, lo cual de suyo ya resulta bastante cuestionable.*

Es así, pues debemos tener presente que la Constitución, de hecho, no sólo es un producto normativo, *sino también histórico* en cuanto a que se sitúa en el tiempo y en el espacio, cuyo nacimiento obedece a razones incrustadas en un momento histórico determinado *"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 y su apertura al futuro"*[221].

Como aduce Acuña, resulta del todo inexacto concebir a la Constitución como un constructo petrificado en un momento histórico dado y, con base en tal paradigma, pretender negar la importancia de los DESCA para el constitucionalismo, pues el proceso de constitucionalización de los DESCA se debió, justamente, *"al*

[221]Acuña, Juan Manuel, "Justicia Constitucional […]".Op.cit. pág.10

entendimiento de la Constitución como un producto sintético de la historia y tiempo […] que está abierta al presente y con los ojos puestos en el futuro"[222].

El constitucionalismo, por tanto, *no es una ideología inmutable, inerte y aislada a todo cambio social*, sino que cuenta con una profunda vocación *dinámica y evolutiva atinente a cada uno de los procesos político-sociales que lo acompañan y de los cuales se nutre axiológicamente*: los principios, bienes y valores que conforman Constitución no se agotan una vez que ésta es promulgada ni se encuentran escritos en piedra, sino que *también constituyen un reflejo y una necesaria consecuencia evolutiva de los continuos cambios en el desarrollo histórico en que se encuentra inmersa y que enriquece su contenido axiológico* -ya formal o materialmente-. Es precisamente esa capacidad dinámica la que permite que sus postulados puedan tener una incidencia eficaz en la cotidianeidad. Por ello, es dable afirmar que, de hecho, "*los valores de justicia se realizan atendiendo a la circunstancias constitucionales, históricas, sociopolíticas y jurídicas"*[223].

Como lo ha establecido la Segunda Sala de la Suprema Corte, al resolver el amparo en revisión **964/2015**, los contenidos constitucionales van más allá de meras palabras, pues son sobre todo un acto soberano *que está llamado a cobrar un significado real para la sociedad*, por lo que es menester velar porque los preceptos fundamentales cuenten con un sentido y alcance apegado a la concepción contemporánea de la dignidad humana; "*de ahí que sea dable sostener que la Constitución Federal es un 'instrumento vivo', en cuanto a que sus preceptos no son estáticos, sino que deben corresponder al progreso y desarrollo de los derechos que atañen a los hombres en virtud de su humanidad"*.

Se dice que la Constitución es un verdadero "instrumento vivo", precisamente, en tanto su entendimiento tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, lo cual se relaciona, a su vez, con el llamado *effet utile* -a veces denominado principio de la efectividad-, en virtud del cual *hay que asegurar a las*

[222] Ibídem. pág. 15
[223] Ibídem. pág. 10.

disposiciones constitucionales sus efectos propios en el Estado, en especial, la protección eficaz de los derechos humanos.

De ahí que el hecho de que, en un momento dado, la Constitución no haya reconocido ciertos valores o principios, o bien, éstos hayan sido percibidos como intrascendentes o disvaliosos, *en forma alguna implica que por ello ya no puedan ser dotados posteriormente de verdadera importancia para la Norma Fundamental, para su función, o para su propia noción.* En el entendido de que *"las transformaciones operadas en el concepto de Constitución no sólo se refieren a posibles contenidos materiales que, se expresan en términos de derechos, principios y valores […] los cambios han sido también conceptuales"*[224]*.*

Por ende, aunado a la ya referida concepción "tradicionalista" y "rígida" del constitucionalismo -atado a un pasado inerte y sin posibilidad de nutrirse con el presente y poner la mira hacia el futuro-, el constitucionalismo también puede concebirse de otras formas, entre ellas, *como un movimiento evolutivo que no resulta indiferente a los cambios históricos,* por el contrario, responde y atiende a éstos, tanto material, como conceptualmente, nutriéndose de tales experiencias sociales y políticas, a fin de que sus postulados mantengan un sentido y eficacia que los haga aptos para atender o responderá a los desarrollos y retos que se van presentando en sociedad.

De ahí que, atendido hasta lo aquí expuesto, se concluye que concebir a los DESCA como *derechos intrascendentes al constitucionalismo*, implica sujetarse, indispensablemente, a una visión específica del concepto de la Constitución que *implica negar que ésta es un producto histórico;* soslayándose con ello que, el Derecho mismo -y por ende la Constitución-, está llamado a desarrollarse en un ambiente social para las personas que conviven en éste, consecuentemente, *en un ámbito espacial y temporal determinado, por ende, resulta connatural, lógico y acaso inevitable, que ese desarrollo sea y tenga que ser histórico-evolutivo.*

[224] Ibídem. pág. 66.

3.1.1.2. La crítica a la supuesta ajenidad de los DESCA en los albores del constitucionalismo moderno.

En segundo lugar, contrario a lo expresado por los escépticos, opositores o detractores de los DESCA, debe tenerse en cuenta que, de hecho, *la noción de los DESCA sí ha estado presente desde los inicios del constitucionalismo moderno.* Ello pues: **(I)** en el documento intitulado "*Preliminares de la Constitución, Reconocimiento y Exposición razonada de los Derechos del Hombre y Ciudadano"* de 1789 -emitido en los albores de las deliberaciones sobre la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano-, se establecía que *"[t]odo ciudadano que se encuentre en imposibilidad de subvenir sus necesidades, tiene el derecho de ayuda de sus ciudadanos"*; **(II)** la Constitución francesa de 1791 dispuso la creación de un establecimiento general de asistencia pública para niños abandonados, ancianos, enfermos y pobres; y **(III)** en la Declaración de Derechos de la Convención de dictada en la Francia revolucionaria de 1793 se encuentra un reconocimiento positivo de los derechos al trabajo, a la protección contra la indigencia y a la educación[225].

De ahí que, como aduce Acuña, esos casos de inclusión de los DESCA, ya sea en textos jurídicos o en los debates relacionados a éstos, permiten colegir que el prejuicio histórico de la ausencia de tales derechos en los albores del Constitucionalismo moderno es falaz. De ahí que *"los derechos sociales sí estuvieron presentes en los primeros textos constitucionales, aunque se debe conceder que esta no fue una tendencia generalizada"*[226].

Esto es, el prejuicio de corte histórico de los DESCA que pretende sustentarse en el juicio pretérito del supuesto "reconocimiento tardío" de tales derechos, *se basa en un entendimiento selectivo y parcial de la historia*, en tanto inadvierte, al menos, los referidos ejemplos del reconocimiento de tales derechos fundamentales en el origen y formulación de diversos textos jurídicos y constitucionales de tal época,

[225] Ibidem. págs. 12-13.
[226] Ibídem. pág.13

mismos que dan cuenta que los DESCA no estuvieron ausentes en los inicios del constitucionalismo moderno, sino que, por el contrario, tales derechos acompañaron a los diversos civiles y políticos.

3.1.1.3. La crítica a la concepción histórica de los DESCA que soslaya que tales derechos estuvieron presentes incluso en forma previa al constitucionalismo moderno.

En tercer lugar, aunado a la falacia de la supuesta "ajenidad" de los DESCA respecto a los albores del constitucionalismo moderno, es menester precisar que tal prejuicio de corte histórico de los DESCA pierde de vista que, junto a la historia del constitucionalismo moderno, *se encuentra inmersa una rica "prehistoria" de instituciones que salvaguardaron derechos sociales*. Como aduce Pisarello, si bien desde una perspectiva formalista los DESCA sólo adquirieron presencia generalizada en el constitucionalismo de manera posterior a la segunda guerra mundial del siglo XX, lo cierto es que, desde un punto de vista material*, la extensión de los DESCA se reivindicó de manera simultánea a la expansión de los derechos civiles y políticos*.

En ese contexto, "*los derechos sociales fueron vistos como un requisito indispensable para dar contenido material a los derechos civiles y políticos, al tiempo que estos últimos actuaron como instrumentos indispensables para asegurar los derechos sociales"*[227]*.* De hecho, esa "prehistoria" se remonta mucho antes del surgimiento del Estado moderno y guarda ciertas similitudes con las reivindicaciones contemporáneas de los DESCA.

El prejuicio histórico de los DESCA, como se ha razonado, tiene como uno de sus juicios pretéritos el supuesto "reconocimiento tardío" de tales derechos respecto de los diversos civiles y políticos, en los inicios del constitucionalismo moderno. Empero, la historicidad de los derechos fundamentales *no puede fijarse aisladamente o descontextualizada a la historia o tradición que tuvo lugar en forma*

[227] [227] Pisarello, Gerardo. "*Los derechos sociales […]". Op.cit. pág.25*

previa a tal suceso o movimiento constitucional; pues si lo que sostiene el referido juicio es la supuesta "tardanza" de los DESCA, *fuerza es verificar si tales derechos tampoco estuvieron presentes de manera previa a las constituciones modernas.*

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, tanto en la antigüedad, como en el medioevo "*existieron mecanismos institucionales […] orientados a paliar situaciones extendidas de pobreza y a asistir a los colectivos más necesitados"*[228]. Ello fue también replicado en los albores del constitucionalismo moderno a virtud de políticas públicas orientadas a socorrer a los pobres y a controlar las condiciones de reproducción de las estructuras laborales y productivas.

El auxilio y apoyo a los más necesitados, derivado de la caridad o discrecionalidad pública o privada, fue transformándose en beneficios concretos correspondientes a los derechos de los ciudadanos. Así, la *"reivindicación de los derechos de asistencia y de acceso a recursos como la tierra o los alimentos básicos apareció como una exigencia de los sectores populares casi siempre acompañada de la demanda simultánea de la extensión de los derechos de participación"*[229].

Algunos de estos ejemplos, como adecuadamente expone Pisarello, los constituyeron: **(I)** el reclamo de derechos participativos de reparto de tierra y de asistencia a los más vulnerables en la Inglaterra del siglo XVII; **(II)** las cláusulas y derechos de asistencia a las clases desfavorecidas que fueron establecidas en las colonias norteamericanas del siglo XVII, como lo fue el artículo 79 del *Body of Liberties* de Massachusetts de 1641, que preveía *"si un hombre al morir no deja a su mujer una pensión suficiente para su estado, aquélla será ayudada tras presentar reclamación ante la Corte General";* **(III)** la Constitución Francesa de 1791 que incluyó el derecho a la instrucción y a la asistencia de los pobres; **(IV)** la Declaración de Derechos que precedió a la Constitución Jacobina de 1793, misma que 21 y 22 consagraban el "*deber de instaurar socorros públicos que velaran por la subsistencia delos ciudadanos desgraciados"* y de "*asegurar a todos la instrucción pública";* y *(***V)** el preámbulo de la Constitución francesa de noviembre de 1848 que

[228] Ibídem. pág. 20.
[229] Ibídem. pág. 21.

estableció el deber de la república de asegurar *"la existencia a los ciudadanos necesitados, bien procurándoles un trabajo, en los límites de sus posibilidades, bien otorgando, en defecto de la familia, asistencia a los que no están en situación de trabajar"*[230].

Como se puede advertir, el prejuicio de corte histórico de los DESCA, basado en el juicio pretérito del supuesto reconocimiento tardío de tales derechos, también resulta falaz en cuanto que soslaya que, junto a la historia del constitucionalismo moderno, *se encuentra inmersa una nutrida "pre-historia" de diversas instituciones, derechos y deberes que, de hecho, tendieron a salvaguardar los DESCA.* No en vano, Samuel Moyn ha señalado que "*la historia de los derechos económicos y sociales […] ha sido desdeñada por los historiadores*[231]*".*

3.1.1.4. La crítica a la tesis generacional de los derechos en el plano constitucional.

Finalmente, en cuarto lugar, aunado a las inadecuaciones históricas a las que ya se ha hecho referencia y que demuestran la falsedad e incoherencia de los juicios pretéritos que dan sustento al prejuicio histórico de los DESCA en el plano constitucional, es menester precisar que la tesis "generacional" de los DESCA *se basa a menudo en un abordaje, en exceso lineal, de los derechos.* Esa percepción parece sugerir la existencia *de una única vía institucional de reconocimiento de los DESCA*, así como su automática expansión a otros contextos temporales y espaciales.

El problema estriba en que esa concepción lineal de los DESCA *deja fuera diversas realidades, factores y actores que permiten explicar y dar cuenta del surgimiento y evolución histórica de tales derechos.* En efecto, el desarrollo del Estado social no fue simplemente facilitado por constituciones sociales, sino *"por leyes aprobadas gracias a la presión social y a la más o menos abierta desconstitucionalización del carácter absoluto del derecho de propiedad privada y de las libertades*

[230] Vid. Ibídem. págs. 21-23.
[231]. Moyn, Samuel. *Not Enough: Human Rights under an unequal world*.op.cit.pág.3

contractuales"[232]*.* Asimismo, ahí donde ni la vía de las reformas legales e institucionales de fondo, ni las vías de ruptura, lograron imponerse, *se suscitaron intentos fallidos de ampliación tanto de derechos políticos, como sociales y de límites al mercado.*

Esto es, frente al "relato lineal" que intenta ofrecer la tesis generacional de los derechos, se encuentra también *"la proliferación de múltiples focos de arbitrariedad pública y privada que se valieron, a menudo, de prácticas decisionistas y opacas que excluían o estigmatizaban a los grupos en mayor situación de vulnerabilidad"*[233]. Ante la ceguera respecto a todas estas cuestiones, la tesis lineal referida no resulta adecuada ni profunda para dar cuenta de que, pese a que los DESCA han seguido ocupando un papel relevante en constituciones y tratados internacionales, "*las reformas que habían permitido su ampliación en el pasado han cambiado de signo"*[234]*.*

El cuidadoso análisis de la historia de los derechos fundamentales, como son los DESCA*, difícilmente puede circunscribirse y limitarse al estudio del desarrollo cronológico de una sola fuente normativa o al contenido formal de un único texto legal,* como lo es la Constitución; pues con ello se pierde toda oportunidad y capacidad de otorgar una adecuada explicación respecto al reconocimiento y desarrollo histórico de tales derechos, en tanto éstos no sólo se reducen a "textos jurídicos", *sino que se relacionan y desentrañan con otros factores políticos y sociales que van dotando de significancia a tales derechos en un momento determinado, no sólo para el constitucionalismo, como tal, sino sobre todo para la sociedad en su conjunto.*

Ello permite escudriñar la historia en sus justas dimensiones, pues sería del todo errado minimizar a los DESCA o afirmar que su supuesto "reconocimiento tardío" implica que tales derechos sean "menos derechos" que los civiles y políticos*, pese al reclamo reiterado y generalizado de ciertos grupos o clases, en determinados*

[232] Ibídem. pág. 25.
[233] Ibídem. pág. 29
[234] Ídem.

momentos de la historia, de que se reconociesen o respetasen tales derechos, siendo que ello no aconteció a virtud de regímenes autoritarios o indiferentes a las condiciones marginales de vida de aquéllos.

La supuesta "tardanza" en el reconocimiento de los DESCA para el constitucionalismo moderno, en suma, no puede ni debe traducirse en una condenación de tales derechos, *sino en todo caso en una condenación y reproche histórico hacia aquellas autoridades y poderes que, pese los reclamados de diversos sectores, fueron reticentes en incorporar tales bienes humanos básicos en sus Constituciones*, mismos que, como se ha expuesto en el capítulo precedente, *resultan indispensables para brindar respuestas o soluciones a diversos sufrimientos de la población y, por ende, consustanciales para que las personas pudiesen alcanzar su perfección –human flourishing– y plenitud –human fulfillment– ontológicas.*

En suma, la tesis generacional de los DESCA atiende a una visión o paradigma de la historia excesivamente formalista y plana, pero también segmentada y selectiva, pues aunado a las críticas que se han venido exponiendo, pierde de vista que los derechos fundamentales "*lejos de ser el producto de una evolución armónica e inevitable, fueron el resultado de conflictos, a veces encarnizados por la abolición de privilegios y la transferencia de poder y recursos de unos sectores a otros"*[235]*.*

3.1.2. El prejuicio de corte histórico sobre los DESCA en el plano convencional.

Una vez analizado el prejuicio de corte histórico en el plano constitucional, se procede a examinar el referido prejuicio en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De manera muy similar a lo aducido en el plano nacional, se ha postulado que *los DESCA son derechos internacionales de segunda o tercera generación respecto a los derechos civiles y políticos*, por lo que ese reconocimiento

[235] Ibídem. pág.36.

tardío, históricamente hablando, da cuenta de su diferencia, de su deficiencia normativa o de subordinación respecto a aquéllos.

Esto es, se ha afirmado que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, *"primero figuraron los derechos civiles y políticos -bajo el discutido título de 'primera generación de los derechos humanos'-, y sólo más tarde -y con notoria reticencia- [se reconocieron] los sociales, económicos y culturales -bajo el rubro de 'segunda generación de los derechos humanos', un concepto que a veces parece denotar derechos de 'segunda clase'"*[236]. Así, los derechos civiles y políticos serían concebidos como derechos atributivos o derechos de libertad y de primera generación*, "en tanto los DESCA son créditos contra el Estado y corresponderían a derechos de segunda generación"*[237]. Los derechos "clásicos", "originales" o "primarios", serían las libertades de acción, en tanto los DESCA serían derechos posteriores y tendientes al bienestar, de ahí que son derechos a ciertos bienes y equivalen a necesidades.

De acuerdo con estos postulados*, es posible distinguir entre derechos de primera, segunda o tercera generación* —cada una de las cuales correspondía con momentos históricos claramente diferenciados— que agrupaban derechos de naturaleza distinta. Por ello se razonaba que "*los derechos civiles y políticos pertenecían a una primera generación, vinculada a las revoluciones liberal/individualistas del siglo XVIII, mientras que los sociales se impulsarían posteriormente, a partir de las luchas de campesinas y campesinos o bien de trabajadores y trabajadoras a finales del siglo XIX y principios del XX"*[238].

---

[236] García Ramírez, Sergio. *Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales.* Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional, [S.l.], jan. 2003. ISSN 2448-4881. pág. 129.

[237] Figueroa García-Huidobro, Rodolfo. *Justificación del rol de las cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la protección de la salud*. Revista Chilena de Derecho, vol. 36 N0 2. Pág. 315

[238] Gutiérrez Rivas, Rodrigo. *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos*. En *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?: debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos.* Coordinadores Magdalena Cervantes Alcayde…et al. México: Suprema Corte

Ahora bien, son varios los reproches que se pueden plantear al "mito" o "fantasía" de la tesis de las generaciones de los derechos humanos y *que pretende establecer, artificiosamente, una brecha dicotómica que separa a los derechos civiles y políticos de los DESCA*, no sólo para distinguirlos desde un enfoque cronológicos o histórico, *sino para pretender aseverar que los DESCA son derechos "de segunda".*

En principio, el juez interamericano Cançado Trindade ha sostenido que, mientras en tratándose de los seres humanos se verifica la sucesión generacional, en el ámbito de los derechos se desarrolla más *bien un proceso de acumulación*, lo que permite colegir que *"los seres humanos se suceden, los derechos [en cambio] se acumulan y se sedimentan"*[239].

Esto es, "*la invocación de la imagen del suceder de las generaciones, por analogía a lo que ocurre con los seres humanos, se torna inadecuada e infeliz cuando es dirigida a los derechos, a los cuales no se aplica"*[240]. Es cierto que los derechos existentes se encuentran en constante evolución; pero es igualmente cierto que mientras, por un lado los seres humanos se suceden en el tiempo, nacen, viven y en su mayoría procrean, y mueren, los derechos existentes, en cambio, "*no tienen la fuerza, la luz, de 'generar' otros nuevos derechos que vengan a sustituirlos"*[241].

Solamente *una visión atomizada o fragmentada del universo de los derechos humanos* puede conducir a la aceptación de la teoría de las "generaciones de derechos". Su aparente poder de persuasión mucho debe a comentarios apresurados y descuidados con que cuenta para propagarse. Aunque a primera

---

de Justicia de la Nación: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2014. Serie estudios jurídicos; 230. Pág.92.

[239] Bazán, Víctor. *Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 2005. ISSN 1510-4974 Ed. Fundación Konrad-Adenauer. Montevideo. Tomo II. pág. 551. Visible en su versión electrónica en: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=25b02320-7cbc-3adf-9482-7b2c7ae42aa7&groupId=271408

[240] Cançado Trindade, Antonio Augusto. *Derechos de Solidaridad.* En *Estudios de Derechos Humanos,* Tomo I Asdrúbal Aguiar Aranguren et al.; compilado por Rodolfo Cerdas Cruz y Rafael Nieto Loaiza. San José. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 1994.pág.64.

[241] Ídem.

vista parezca atrayente para fines didácticos, "*dicha teoría, desde el punto de vista de la ciencia del derecho, en nada es convincente y no resiste a un examen más cuidadoso de la materia"*[242]*.*

Por otra parte, aunado a lo inadecuado o infortunado que resulta el pretender equiparar el proceso generacional del ser humano al campo jurídico de los derechos, debe tenerse en cuenta que, desde el punto de vista de la evolución del derecho internacional, la analogía de la "sucesión generacional" de los derechos *no parece ser correcta en términos históricos, y*a que los progresos logrados en este sentido dentro de los derechos interno e internacional, *no parecieran haber sucedido a la par.*

En efecto, si bien en el derecho interno pudiese aseverarse -no sin reproche como se ha razonado- que el reconocimiento de los derechos sociales en muchos países fue posterior al de los derechos civiles y políticos, *no ocurre lo mismo en el plano internacional,* como queda demostrado por las diferentes convenciones laborales internacionales -a partir del establecimiento de la Organización Internacional del Trabajo en 1919-, algunas de las cuales "*precedieron a la adopción de convenciones internacionales más recientes dedicadas a los derechos civiles y políticos"*[243]*.*

En tales Convenciones fueron establecidas, entre otras, las horas laborales máximas permisibles -Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1)-, el seguro contra el desempleo -Convenio sobre el desempleo, 1919 (núm. 2)-, el derecho de las mujeres de ausentarse del trabajo por un periodo de seis semanas previas al parto, con el otorgamiento de prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene, y el derecho a ausentarse durante un período de seis semanas después del parto -Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3)-*;* así como la proscripción de emplear menores de catorce años -Convenio sobre la edad mínima (industria), 1919 (núm. 5)-.

[242] Ibídem. pág. 65.
[243] Bazán, Víctor. *"Los derechos económicos, sociales […]" op. cit. pág. 551*

En tercer lugar, debe decirse que, si bien la teoría de las generaciones pudiese tener una cierta utilidad pedagógica o didáctica, lo cierto es que "*de ella no es posible extraer conclusiones sobre la fuerza normativa y jerarquía de los derechos"* [244]. En efecto, de la supuesta sucesión cronológica del reconocimiento internacional de los DESCA, *no es dable sustraer, a su vez, su subordinación con los derechos civiles y políticos, ni mucho menos puede funcionar como un sustento lógico-jurídico para pretender negar el carácter de derechos humanos de los DESCA*, máxime cuando dicho planteamiento no resiste un análisis crítico desde el punto de vista historiográfico -lo que de suyo derriba o anula el argumento central de tal tesis, en el sentido de que los DESCA son convencionalmente posteriores o tardíos a los derechos civiles-, como lo es el inadvertir, deliberada o indeliberadamente, la existencia de los diversos Convenios de 1919 emitidos por la Organización Internacional del Trabajo, a los que ya se ha hecho referencia *y que ponen en tela de juicio el pilar del "reconocimiento tardío" de los DESCA.*

Finalmente, en cuarto lugar, al igual que se planteó al momento de examinar el prejuicio de corte histórico de los DESCA en el plano constitucional, la tesis de las generaciones de los derechos humanos, desde la perspectiva convencional, *también se basa en una concepción excesivamente lineal y formalista, que centra todo su análisis y fortaleza en un único evento histórico jurídico, a saber: la positivización de los derechos humanos en tratados o convenciones internacionales.*

En efecto, ese enfoque histórico resulta sumamente "lineal", "selectivo" y "formalista"; y su incompletitud, por ende, lleva a falsas interpretaciones de la historia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al sugerir la existencia *de una única vía institucional de reconocimiento de los DESCA y, por ende, dejando fuera diversas realidades, factores y actores que permiten explicar y dar cuenta del surgimiento y evolución histórica de tales derechos.*

---

[244] Gutiérrez Rivas, Rodrigo. "*La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos*". En "*¿Hay justicia para los derechos económicos […]". op. cit. pág.92*

Esto es, el momento de la formalización jurídica de los derechos *no puede ni debe ser considerado como un factor determinante* -el año "0" de su reconocimiento-*, sino más bien una de las muchas influencias a considerar en el proceso de surgimiento y la determinación de las prerrogativas fundamentales.* El proceso de reconocimiento de derechos, "*no consiste en un proceso que debe considerar única y exclusivamente el momento [en que se concede] su protección legal"*[245]*,* pues éste se encuentra influenciado y determinado también por otros factores, *incluyendo los de carácter antropológico, sociológico y políticos, ente otros.*

Todas estas consideraciones, hacen ver por qué el prejuicio de corte histórico de los DESCA, como derechos de reconocimiento tardío, "generacionalmente" hablando, se basa en erradas interpretaciones de la historia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que a su vez, *conllevan a falaces e indebidas conclusiones respecto a la jerarquía o naturaleza de éstos, como "sub-derechos", "derechos de segunda" o inclusive, como derechos inauténticos:* he ahí el contenido de falsedad de sus juicios pretéritos.

3.1.3. Algunas reflexiones finales sobre el análisis histórico del origen de los DESCA.

Finalmente, sin perjuicio de lo hasta aquí razonado, nos parece indispensable, como última reflexión sobre este tópico, ubicar el prejuicio de corte histórico de los DESCA dentro de un contexto o problema académico más amplio: *la enorme dificultad que conlleva el pretender establecer un punto específico de partida para determinar el origen histórico de los derechos humanos* -sean DESCA o civiles y políticos-.

Al respecto, resulta verdaderamente ilustrativo el análisis que Philip Alston realiza sobre los distintos enfoques que pueden emplearse para llevar a cabo el análisis histórico de los derechos humanos. Dicho jurista resume los paradigmas o visiones de estudios históricos de los derechos humanos, bajo tres grandes categorías: **(I)**

[245] Maldonado Dias, Norton. *Crítica al pensamiento de Karel Vasak y Norberto Bobbio en la aparición de los derechos humanos en relación con los tratados y convenciones internacionales*. Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 31: 59-80, julio - diciembre de 2017. pág. 79.

las narrativas de progreso lineal -linear progress narratives-; **(II)** las *teorías que se basan en un lapso temporal específico* -precise timeframe theories-; y **(III)** *los nuevos revisionistas* -new revisionists-.

Las narrativas de progreso lineal, como lo indica su nombre, conciben que, históricamente hablando, el progreso de los derechos humanos ha sido de carácter lineal, esto es, *se presenta en forma continua e ininterrumpida desde la antigüedad hasta el presente.* Las narrativas progresistas de este tipo saltan de un momento histórico a otro, "*con muy poco o si acaso algún intento de demostrar su casualidad [relación entre un momento a otro], demostrar líneas de transición [históricas] o explicar las políticas económicas involucradas"*[246]*.* Por ello, sobrestiman la coherencia y continuidad de la historia, marginalizando por ende, otros entendimientos o alternativas de comprensión históricas. Así, por ejemplo, se corre el riesgo de que, la historia de los derechos humanos, se convierta en la historia de la civilización occidental.

Por su parte, las teorías que se basan en un lapso temporal específico constituyen una alternativa a la visión lineal-progresiva, *al identificar un punto de partida cronológicamente específico para el análisis histórico de los derechos humanos*. Algunos académicos han fijado tal punto de partida en la Carta Magna de Inglaterra, otros en cambio, se han enfocado en el renacimiento europeo, la ilustración o bien, la revolución francesa o americana, así como el llamado *Bill of Rights*. Sin embargo, "el *punto de partida más común para el análisis de la historia moderna de los derechos humanos es la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948"*[247]*:*

El principal académico americano, que representa esta visón histórica, es el profesor Louis Henkin, quien en el contexto del cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos sostuvo: *"[m]edio siglo de derechos humanos ha sido la causa, el resultado o ambos, del cambio radical del*

[246] Alston, Philips. *Does the past matter?* Book review of: *On the origins of human rights the slave trade and the origins of international human rights law.* Harvard Law Review. Vol. 126:2043, 2013. pág. 2063.
[247] Ibídem. pág. 2065.

sistema estatal internacional, bajo el carácter del derecho internacional y su relación con las constituciones nacionales"[248]*.*

Finalmente, los nuevos revisionistas son aquellos que presentan la más radical versión de la tesis *de la discontinuidad histórica*. Es decir, *constituyen el extremo contrario a las narrativas de progreso-lineal*. Destacándose, como principal exponente de esta línea de pensamiento, el profesor Samuel Moyn -con su obra intitulada "La última utopía"-. Acorde a este autor, la frase "derechos humanos" no se incorporó en el idioma anglosajón sino hasta inicios del siglo XX, aunque el origen o punto "real" de partida de los derechos humanos se ubica a partir de la década de los setentas [249] -ello, basado en dos acontecimientos históricos: el hecho de que a Amnistía Internacional le haya sido otorgado el Premio Nobel y la elección de Jimmy Carter como presidente de E.E.U.U., ante lo cual *los derechos humanos se convirtieron, por primera vez, en el enfoque central de las políticas internacionales*-.

Moyn y otros autores académicos como Stefan-Ludwig Hoffmann, para efectos de ubicar el origen de los derechos humanos, desdeñan todo movimiento histórico precedente a 1970, realizando una crítica profunda a todo historiador que haya ubicado el origen de tales derechos previo a esa época[250]. Tal crítica histórica puede resumirse de la manera siguiente: **(I)** la Carta Magna de Inglaterra es un ejemplo de un discurso aristocrático de los derechos; **(II)** los derechos proclamados en la Ilustración fueron tan distintos en sus resultados fácticos que, de hecho, se traducen en una concepción del todo diferente a tales proclamaciones; **(III)** las Constituciones Francesa y Americana del siglo XVIII, si bien consagraron ciertos derechos, lo cierto es que tales textos se traducen en meras "prerrogativas de los ciudadanos" que son invocadas frente al Estado -siendo que, en cambio, los derechos humanos deben ser externos al Estado, como derechos que, incluso, contradicen la idea de la soberanía nacional-estatal, desde arriba y externamente, en lugar de servir a su fundamento, en suma, los derechos humanos son supra estatales-; **(IV)** por lo que hace al siglo XIX, los derechos humanos no se encontraron

[248] Ibídem. pág. 2066
[249] Ídem.
[250] Ibídem. págs. 2068-2069

"en el horizonte", de hecho, casi desaparecieron enteramente del discurso político y legal; **(V)** la época de la Liga de las Naciones nada aportó a los derechos individuales, en oposición a los derechos de las minorías; **(VI)** a pesar de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la década de los cuarentas no resulta significativa, dado que la ONU, después de un fugaz interés en los derechos humanos, centro toda su atención en la Guerra Fría, olvidando por completo la promoción de tales derechos; e **(VII)** incluso después de la adopción de los Pactos Internacionales en materia de DESCA y civiles y políticos, en 1968 cuando tuvo lugar la primera Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, tales derechos permanecieron "periféricos" conceptualmente y casi "inexistentes" como movimiento político-social[251].

Es derivado de tales divergencias, respecto a los distintos enfoques de análisis histórico-jurídico de los derechos humanos, que Marc Bloch asienta que "*en la mayor parte de las realidades históricas, la sola noción de un punto de partida [de origen de los derechos humanos] resulta singularmente elusiva"*[252]. Estos paradigmas de análisis histórico, que compiten entre sí y que no resultan compatibles, dan cuenta de que, como concluye Alston, *"el intento de identificar un único origen [histórico de los derechos humanos] es un enfoque defectuoso"*[253].

El análisis histórico de los derechos humanos es una materia intrínsecamente compleja, en tanto "*sus orígenes se encuentran en diferentes y múltiples lugares, y éstos no pueden ser útilmente remontados hacia una única fuente [histórica] ni [pueden desprenderse] de la evolución de un solo tema, proceso o institución"*[254]. Como se puede apreciar, hablar acerca de los orígenes de los derechos humanos, históricamente hablando, resulta un tema verdaderamente perplejo, sino acaso "místico". La pluralidad y diversidad de las variables históricas que se encuentran inmiscuidas en este tema -legales, sociales, políticas y filosóficas, entre otras- hacen que

[251] Ídem.
[252] Ibídem. págs. 2070-2071.
[253] Ibídem. pág. 2066.
[254] Ibídem. pág.2078.

resulte inviable *fijar un único punto de partida específico*, a partir del cual se estime que los derechos humanos nacieron a la historia de la humanidad.

Por ende, en lugar de hablar del *origen* de los derechos humanos, bien valdría la pena hacer referencia en cambio a los *orígenes* de tales derechos fundamentales, a fin de dar cuenta de los diversos factores que se entrecruzan, suceden e integran para precisar sus raíces históricas. Lo anterior, sin perjuicio de reconocer que, el mismo análisis histórico se encuentra fuertemente influenciado por la propia "idea" o "noción" que se tenga respecto a los derechos humanos, todo lo cual conlleva a una multiplicidad de fuentes temporales, sociales, espaciales, legales y políticas, acorde a la postura *iusfilosófica* que tenga acerca de tales derechos.

Ahora bien, lo anteriormente aseverado no implica, ni quiere decir necesariamente, al menos a nuestro juicio, que habrá que rendirse ante un relativismo histórico y, por ende, renunciar a toda posibilidad de asentar, objetivamente, los orígenes de los derechos humanos. Pero sí implica, desde luego, reconocer que el origen histórico de los DESCA, así como de los derechos civiles y políticos, *es mucho más complejo e insondable de lo que pretende hacernos ver el relato plano en el cual se sustenta el prejuicio de corte histórico de los DESCA*, y que como se ha razonado, pretende asentar el reconocimiento tardío de tales derechos y su cualidad histórica como derechos subordinados a los civiles y políticos, e inclusive, su ajenidad o intrascendencia histórica para el constitucionalismo moderno.

La propia seriedad y dificultad que acompaña a cualquier análisis histórico de los derechos humanos, *da cuenta de que el relato generacional de los derechos, así como las posturas que pretenden fijar un único suceso o fuente histórica como origen de éstos, deben apreciarse con toda reserva académica*, pues tal postura simplista de la historia nos dirigirá hacia una concepción que *en forma alguna es apta para aportarnos una explicación completa y coherente respecto a los orígenes históricos de los derechos humanos, mucho menos para permitirnos emitir juicios adecuados acerca de su naturaleza y justiciabilidad.*

3.2. El prejuicio de corte estructural sobre los DESCA.

Una vez redescubiertos los juicios pretéritos que dan contenido al prejuicio de corte histórico de los DESCA, así como la demostración de su falsedad, se procede a examinar el diverso prejuicio de corte estructural sobre tales derechos. Dicho prejuicio puede entenderse, a *grosso modo*, de la forma siguiente: *los DESCA, a diferencia de los derechos civiles y políticos, no constituyen verdaderos derechos, atento a la naturaleza de las obligaciones jurídicas que imponen, a los costes que conlleva su acatamiento, así como a la vaguedad conforme a la cual se encuentran expresados normativamente.*

Esta valoración tripartita entre *obligaciones, costos y vaguedad* de los DESCA, constituye *el prejuicio por antonomasia* contra tales derechos fundamentales. Es decir, el prejuicio de corte estructural de los DESCA constituye "el prejuicio de todos los prejuicios", en tanto constituye el argumento principal y, por ende, el de mayor proliferación para pretender sustentar, normativamente, que los DESCA no constituyen verdaderos derechos ni, por ende, resultan susceptibles de ser justiciables.

Al igual que el prejuicio de corte histórico, el presente prejuicio tiene como finalidad última *establecer, artificiosamente, una brecha dicotómica que separa a los derechos civiles y políticos de los DESCA*, pero en la especie a partir de sus diferencias "estructurales", de las cuales supuestamente se desprende que sólo los civiles y políticos cuentan con el estatus de "derechos", mientras que los DESCA *serían meros ideales o buenos deseos constitucionalizados, sin posibilidad alguna de que las personas puedan exigir su cumplimiento ante las autoridades jurisdiccionales,*

Irónicamente, el prejuicio de corte estructural *es el más refutable de todos los prejuicios*: su gran popularidad y propagación, *es inversamente proporcional a su solidez argumental*. Esto es, pese a su gran proliferación, de todos los prejuicios, el de corte estructural es *el que presenta más deficiencias y debilidades jurídico-racionales*. Como el lector podrá advertir en las siguientes páginas, el referido

prejuicio *no sólo conlleva una profunda ignorancia de los DESCA, sino sobre todo, un hondo desconocimiento de la propia estructura y funcionamiento de los derechos civiles y políticos.* En suma, adherirse al prejuicio de corte estructural requiere desconocer, tal vez deliberadamente, que los presuntos vicios que se pretenden imponer a los DESCA, en realidad, son compartidos por todos los derechos humanos, en general.

En otras palabras, las deficiencias que los detentores de tal prejuicio denuncian respecto al coste, obligaciones y vaguedad de los DESCA, conforme a los cuales se pretende negar su carácter de verdaderos derechos, así como la posibilidad de su adjudicación, *resultan igualmente aplicables a los derechos civiles y políticos.* Luego, lo relevante no es tanto "desenmascarar" las incoherencias y falacias de los juicios pretéritos que dan contenido al prejuicio de corte estructural, sino que, a partir de la demostración jurídico-racional de que *los DESCA son estructuralmente iguales a los derechos civiles y políticos*, se permite generar una sólida comprensión de la materia de los derechos humanos, al tiempo que permite desentorpecer el análisis de las plausibles causas relativas a la problemática actual del recto cumplimiento de las adjudicaciones de los DESCA -dejando de poner la atención en el "tipo de derecho", para en su lugar, poder enfocar la atención en el "tipo de adjudicación"-.

Ahora, como se ha expresado, el prejuicio de corte estructural de los DESCA se encuentra basado en la supuesta diferenciación entre éstos y los derechos civiles y políticos, *atendiendo a las siguientes diversidades normativas-estructurales*: **(I)** la imposición de obligaciones positivas de los DESCA -en oposición a las obligaciones negativas que generan los derechos civiles y políticos-; **(II)** el costo presupuestario de los DESCA -a diferencia de la gratuidad de los derechos civiles y políticos-; y **(III)** la vaguedad normativa de los DESCA -en contraste con el lenguaje claro y preciso de los derechos civiles y políticos-. En seguida, para su mejor solución y claridad, se examina el contenido de falsedad de cada uno de esos juicios pretéritos.

3.2.1. La falsedad de la diferenciación de los DESCA, atendiendo al contenido de sus obligaciones jurídicas.

La primera diferenciación estructural entre los DESCA y los derechos civiles y políticos se basa en el tipo de obligaciones jurídicas que imponen tales derechos. Así, se ha considerado que los derechos civiles y políticos generan *"exclusivamente obligaciones negativas o de abstención, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales implicarían el nacimiento de obligaciones positivas que en la mayoría de los casos deberían solventarse con recursos del erario público*[255]".

La traducción de ese argumento, en términos comunes, se expresaría de la siguiente manera: los derechos civiles y políticos únicamente le exigen al Estado una obligación *de "no hacer*". Así, por ejemplo, para cumplir con el derecho a la libertad de expresión, *basta que las autoridades "se abstengan" de limitar o censurar las ideas u opiniones manifestadas por los particulares en los medios respectivos*.

Esa visión acerca de los alcances de las obligaciones impuestas a virtud de tales derechos, circunscribiría el actuar estatal *a que "no se entrometa" en el ejercicio de los derechos de los particulares*. Entendidas y limitadas así tales exigencias legales, se podría colegir que las obligaciones negativas derivadas de los derechos civiles y políticos *resultarían de fácil cumplimiento para el Estado,* en tanto que, para ello, *bastaría que se abstenga de actuar o interferir en diversas esferas de la vida pública y privada de los gobernados.*

En cambio, los DESCA siempre imponen al Estado una obligación *de "hacer*". De tal forma que, para cumplir con el derecho humano a la salud, por ejemplo, es necesario que las autoridades *realicen una multiplicidad de actuaciones* tendientes a proporcionar toda una gama de servicios de la salud a la población -como lo es la construcción de hospitales, la adquisición de medicamentos, la emisión de normas de sanidad, el desarrollo de campañas de vacunación, la supervisión de establecimientos que puedan afectar la

[255] Abramovich Victor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles.* ed. Trotta. Madrid. 2004. pág. 21.

integridad física de las personas, entre otras-. Concebidos de esta forma los débitos impuestos por los DESCA, se podría concluir que las obligaciones de *carácter positivo* derivadas de tales derechos, *serían de difícil cumplimiento para las autoridades estatales*, ya que *implican diversas y complejas exigencias de actuación*.

Ahora, el contenido de falsedad de tales distinciones estructurales, entre DESCA y derechos civiles y políticos, *es casi auto evidente*. No en vano Jeff King ha considerado que ese argumento artificioso, ya que las supuestas divergencias estructurales entre ambos derechos, *al ser enfrentadas contra la basta evidencia en la materia de los derechos humanos, resultan embarazosas*[256]. La distinción estructural, en tratándose del tipo de obligaciones que imponen ambos derechos, carece de seriedad lógica-jurídica, o al menos, *implica un importante desconocimiento de los débitos generados por los derechos humanos, entendidos como un todo*.

El invocar la distinción entre obligaciones positivas y negativas, con la finalidad de apoyar el aserto de que los DESCA no constituyen verdaderos derechos, a diferencia de lo que acontece con los civiles y políticos, "*implica adherirse seriamente a una visión sobre-simplificada"*[257]*.* En efecto, para refutar esa distinción artificiosa, tanto la academia, como los tribunales y órganos internacionales, han evidenciado dos realidades: **(I)** los DESCA no sólo imponen obligaciones positivas a la autoridad, *sino también negativas*; y **(II)** paralelamente, los derechos políticos y civiles *no se agotan con un débito de abstención estatal*, sino que, para su debito cumplimiento, *imponen una obligación "de hacer"* a las autoridades.

Respecto a la primera cuestión, esto es, la relativa a la existencia de obligaciones "negativas" derivadas de los DESCA, resulta ilustrativa la Observación General N° 3 emitida por el Comité DESCA, en la cual se precisa que, conforme al Pacto

[256] Vid. King, Jeff *"Judging Social Rights*". op.cit.pág.4.
[257] Scott, Craig y Macklem, Patrick. *Constitutional ropes of sand or justiciable guarantees? Social rights in a new South African constitution.* University of Pennsylvania. Law Review. Vol. 141 Noviembre 1992 No. 1. pág. 46.

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -en adelante PIDESCA-, se imponen débitos de cumplimiento "inmediato" a los Estados parte, siendo uno de ellos el relativo a que los Estados se comprometan a que los DESCA se ejerzan *"sin discriminación*"[258].

En ese sentido, *todos y cada uno de los DESCA que reconoce tal instrumento* internacional *imponen una obligación a las autoridades nacionales de "no hacer" distinciones arbitrarias e injustificadas entre la población, respecto al ejercicio y goce de tales derechos*. En otras palabras, el Estado debe de *"abstenerse"* de discriminar contra las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, por lo que a la obtención de los DESCA se refiere.

Desde luego que el débito de "no discriminar" constituye la obligación negativa por antonomasia de los DESCA, *pero en forma alguna la agota.* La doctrina y la praxis jurisdiccional han dado cuenta, desde ya hace largo tiempo, "*que los DESCA no sólo requieren de acción gubernamental, sino también de un deber de abstención"*[259]*.* Existen una pluralidad de obligaciones de carácter negativo que son exigidas a los Estados en tratándose del cumplimiento de tales derechos humanos. Para ofrecer algunos ejemplos respecto a las obligaciones de "no hacer" que derivan de tales derechos fundamentales, piénsese simplemente en los derechos humanos a un medioambiente sano, al agua, a la vivienda y a la alimentación.

En ese sentido, el derecho a un medio ambiente sano impone una obligación negativa a la autoridad estatal, consistente en *abstenerse de realizar actos contaminantes,* por ejemplo, con desechos procedentes de instalaciones pertenecientes al Estado o mediante el empleo y los ensayos de armas. El derecho al agua conlleva el débito para el Estado de "*abstenerse de toda práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad, de inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de*

[258] ONU. Comité DESCA. Observación general 3. "La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)". Quinto período de sesiones, 1990, U.N. Doc. E/1991/23 (1990). Párrafo. 1.
[259] Langford Malcolm. *"The justiciability of Social Rights: From Practice to Theory"*. En "Social Rights Jurisprudence […]". Op. cit. pág. 30.

distribución del agua […] *y de limitar el acceso a los servicios e infraestructuras de suministro de agua*[260]*".* El derecho a una vivienda adecuada, entre otras cuestiones, establece *la proscripción de realizar desalojos o desahucios forzosos e ilegales*[261]. El derecho a la alimentación, por su parte, requiere que *los Estados no adopten medidas de ningún tipo que tengan por resultado impedir el acceso a una alimentación adecuada*[262]*.*

Luego, contrario a lo estimado por los detractores, opositores o escépticos de los DESCA, estos derechos en forma alguna se agotan en obligaciones positivas. Por el contrario, al igual que en el caso de los derechos civiles, "*cuando los titulares hayan ya accedido al bien que constituye el objeto de esos derechos –salud, vivienda, educación, seguridad social– el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar conductas que lo afecten*[263]*"*. El Estado afectará los DESCA cuando, a través de su actuar, prive indebidamente a las personas del goce y ejercicio de tales derechos; de ahí que, en esos escenarios, *los DESCA imponen y requieren abstenciones del Estado*, es decir, *le exigen, "una obligación de "no interferir, "no privar", "no entorpecer", "no afectar".*

En suma, los DESCA, al igual que los derechos civiles y políticos, *contienen obligaciones negativas y, por ende, de "fácil" cumplimiento por parte de las autoridades estatales*, en tanto no requieren del despliegue de ciertas acciones concretas y deliberadas tendientes a lograr el pleno cumplimiento del derecho respectivo, *sino que, simplemente, se les demanda una abstención* de aquella conducta que se estima lesiva a tales derechos consustanciales a la reducción y erradicación del sufrimiento humano. Así, la existencia de este tipo de obligaciones elimina las supuestas barreras para la justiciabilidad de los DESCA, pues tales

---

[260] ONU. Comité DESCA. Observación general Nº 15 (2002), "El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales". E/C.12/2002/11. 20 de enero de 2003. párr. 2

[261] ONU. Comité DESCA. Observación general Nº 4. "El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)". 6° período de sesiones (1991). párr. 18

[262] ONU. Comité DESCA. Observación general 12. "El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)". E/C.12/1999/5. 12 de mayo de 1999. párr. 15

[263]Abramovich Victor y Courtis Christian. *"Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*". En "*La protección judicial de los derechos sociales".* op.cit. pág. 5.

débitos negativos *establecen límites a la actuación de la autoridad* y, por ende, la materia del fallo respectivo *sencillamente vincularía al ente estatal a que se abstenga de realizar aquella acción no respetuosa de dichos derechos.*

En segundo lugar, aducir que los derechos civiles y políticos exclusivamente imponen obligaciones de carácter negativo, como pretenden hacer ver los opositores de los DESCA, es una afirmación que carece de todo sustento y seriedad jurídica. Concebir a tales derechos como meros débitos negativos contra el actuar estatal, "*sobre simplifica la naturaleza de la protección que éstos brindan"*[264]. Hoy en día resulta incontrovertible que tales derechos exigen *no sólo débitos de abstención*, sino que, para su adecuado cumplimiento, *imponen múltiples débitos de carácter positivo.*

Para ofrecer algunos otros ejemplos respecto a las obligaciones de "hacer" que derivan de tales derechos fundamentales, piénsese simplemente en los derechos humanos a la vida, a la libertad y seguridad personales, a la libertad de expresión y a en el derecho a votar y a ser elegido.

El derecho a la vida no sólo implica que las autoridades estatales deban abstenerse de privar indebidamente de la vida a las personas, sino que también exige al Estado el débito positivo de "*establecer una marco jurídico para asegurar el pleno goce del derecho a la vida para todas las personas"*[265]. Asimismo, dicho derecho humano impone a las autoridades estatales la obligación de "*adoptar todas las leyes apropiadas u otras medidas necesarias a fin de proteger la vida ante cualquier amenaza razonablemente previsible, incluidas las amenazas derivadas de personas y entes particulares [como lo es la delincuencia organizada]".*

Por su parte, conforme a los diversos derechos a la libertad y seguridad personales, el Estado tiene la obligación positiva de "*adoptar medidas apropiadas para proteger el derecho a la libertad personal contra privaciones de ese derecho por parte de*

[264] Scott, Craig y Macklem, Patrick. "Constitutional ropes of sand or justiciable guarantees…" op.cit. pág. 71.

[265] ONU. Comité de derechos Humanos. Observación General No. 36 (2018) sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 30 de octubre 2018. CCPR/C/GC/36. párr.18

terceros"[266]*.* Esto implica, entre otras cuestiones, el débito positivo de "*proteger a las personas contra secuestros o retenciones llevadas a cabo por delincuentes o grupos irregulares, incluidos grupos armados o terroristas, que operen en su territorio*"[267].

En cuanto a la libertad de expresión se refiere, tal derecho humano no sólo entraña el deber de que el Estado se abstenga de censurar e imposibilitar la expresión de ideas, difusiones o publicaciones, sino que además conlleva la obligación positiva de que las autoridades "*garanticen el derecho a la libertad de expresión, incluido el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin limitación de fronteras"* [268]*.*

Asimismo, conforme a tal derecho humano, se debe *"garantizar que los servicios públicos de radiodifusión funcionen con independencia […] y proporcionarles financiación de un modo que no menoscabe su independencia"*[269]*.* Para dar efecto al derecho de acceso a la información, "*los Estados partes deberían proceder activamente a la incorporación al dominio público de la información del gobierno que sea de interés público. Los Estados partes deberían hacer todo lo posible para garantizar un acceso fácil, rápido, efectivo y práctico a esa información"*[270]*.*

Finalmente, por lo que hace al derecho de todo ciudadano a participar en la dirección de los asuntos públicos, el derecho a votar y a ser elegido, los Estados partes "*deben adoptar medidas eficaces para asegurar que todas las personas que tengan derecho a votar puedan ejercerlo"*[271]. De igual forma, deberán adoptarse "*medidas positivas para superar toda dificultad concreta, como el analfabetismo, las barreras lingüísticas, la pobreza o los obstáculos a la libertad de circulación que*

---

[266] ONU. Comité de derechos Humanos. Observación general Nº 35 Artículo 9 (Libertad y seguridad personales). CCPR/C/GC/35. 16 de diciembre de 2014. párr. 7.
[267] Ídem.
[268] ONU. Comité de derechos Humanos. Observación general Nº 34. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión: CCPR/C/GC/34. 12 de septiembre de 2011. párr. 11.
[269] Ibídem. párr. 16.
[270] Ibídem. párr. 19.
[271] ONU. Comité de derechos Humanos. Comentario General Nº 25(57). CCPR/C/21/Rev.1/Add.7
27 de agosto de 1996. Párr. 11.

impiden a las personas con derecho de voto ejercer sus derechos en forma efectiva"[272]. Otra de las diversas obligaciones positivas que le son impuestas al Estado, estriba en "*el deber de establecerse una junta electoral independiente para que supervise el proceso electoral y garantice que se desarrolla en forma justa e imparcial"*[273]*.*

La existencia de tanto obligaciones negativas, como positivas, generadas a virtud de los derechos civiles y políticos, *ha sido reconocida por el propio Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*, a través de la interpretación que se realice del artículo 2, párrafo 1, del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos[274], conforme al cual los Estados no sólo se encuentran constreñidos a "respetar" tales derechos, sino que además deben "*garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto*".

Algunas Constituciones también puntualizan las diversas obligaciones que emanan de los derechos humanos ahí reconocidos. Tal es el caso de la Constitución Federal mexicana, en tanto en su precepto 1, párrafo tercero, prevé que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de "*promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos*". Así, la Norma Fundamental se refiere a cuatro tipos de obligaciones. La de "respetar" que implica una obligación negativa, consistente en "no interferir" o "no poner en peligro los derechos", y por otra parte, las diversas de promover, proteger y garantizar, *que generan obligaciones de carácter positivo.*

En efecto, la obligación de "promover" puede ser entendida, a grandes rasgos, como el deber estatal de proveer a las personas toda la información necesaria para asegurar que sean capaces de disfrutar el derecho. Es decir, el Estado mexicano tiene la obligación de que las personas conozcan sus derechos y los mecanismos

[272] Ibídem. párr.11.
[273] Ibídem. párr. 20
[274] ONU. Comité de derechos Humanos. Observación General No. 36 (2018) sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 30 de octubre 2018. CCPR/C/GC/36. párr.21.

de defensa, pero también el deber de garantizar que sepan cómo ejercer mejor esos derechos. La obligación de "proteger" en cambio, consiste en crear el marco jurídico y la maquinaria institucional necesarios para prevenir las violaciones a derechos humanos cometidas por particulares. Finalmente, la de "garantizar" puede ser concebida como el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

En síntesis, la estructura de los derechos civiles y políticos "*puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual"*[275]. Todos los derechos, no sólo los DESCA, constituyen bienes públicos que se vuelven posibles a través de instituciones públicas; de ahí que la *"necesidad de la acción positiva del Estado para la realización de los derechos civiles y políticos, actualmente ha generado una creciente jurisprudencia acerca de las obligaciones positivas dentro de esta materia*"[276].

Por ejemplo, al resolver el amparo en revisión **476/2014**, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que, de la Constitución Federal, así como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se desprende que todas las autoridades se encuentran obligadas a cumplir con el mandato constitucional y convencional "*de respeto y garantía -dentro de esta última se encuentra la obligación de reparar- de los derechos humanos"*. El deber de "respeto" presupone obligaciones negativas, es decir, que las autoridades no perpetren violaciones de derechos humanos. Por su parte, el deber de "garantía" presupone *"obligaciones positivas, que implica que las autoridades tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos humanos".*

[275] Abramovich Victor y Courtis, Christian. *"Los derechos sociales como derechos exigibles". op.cit. pág.24.*
[276] Langford Malcolm. *"The justiciability of Social Rights: From Practice to Theory"*. En "Social Rights Jurisprudence […]". Op. cit. pág. 31.

Por otra parte, en el caso *R v Secretary of State for the Home Department, ex p Limbuela*, Lord Brown sostuvo, en lo que interesa, lo siguiente: *"me parece generalmente de poca utilidad tratar de analizar las obligaciones generadas por el artículo 3 [el derecho a no ser sujeto a tratos crueles o inhumanos] como negativas o positivas [...] El tiempo ha mostrado una y otra vez que ello constituye una falsa dicotomía"*[277].

Como ha sido demostrado por la experiencia judicial, en tratándose de los derechos civiles y políticos, *"el hecho de que tales derechos involucren la imposición de obligaciones positivas al Estado, no ha actuado como una barrera para juzgar y asegurar su cumplimiento"*[278]. Conforme a lo anteriormente expuesto, resulta evidente que los derechos sociales no tienen el monopolio de las obligaciones positivas de actuar ya que "*los derechos civiles y políticos pueden igualmente exigir de los Estados la aprobación de medidas. Por otra parte, el respeto de los derechos sociales supone asimismo obligaciones de abstención"*[279]. Por ello, la idea de un carácter heterogéneo de los DESCA, diferente al resto de los derechos humanos, resulta totalmente falaz. Ni los derechos civiles y políticos, *"pueden caracterizarse sólo como derechos negativos, de abstención, ni los derechos sociales actúan como derechos positivos, de prestación"*[280].

Desde la teoría "*se han ofrecido cientos de explicaciones y ejemplos en relación con el hecho de que tanto de los derechos sociales como de los civiles se desprenden obligaciones positivas y negativas"*[281]. Todos los derechos humanos son complejos en la medida en que son vectores de distintas obligaciones estatales, a veces

---

[277] Ídem.

[278] Scott, Craig y Macklem, Patrick. "Constitutional ropes of sand or justiciable guarantees…" op.cit. pág. 71.

[279] Nivard, Carole. *La Justiciabilidad de los derechos sociales en el Consejo de Europa.* Revista Jurídica de los Derechos Sociales "Lex Socialis". Junio-diciembre 2016. Vol 6. Núm. 2/2016. pág. 14. Consultable en https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/1962

[280] Pisarello, Gerardo. "*Los derechos sociales…"* op.cit. pág.60.

[281] Gutiérrez Rivas, Rodrigo. "*La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos*". En "*¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?* op. cit. pág. 95.

exigiendo un “no hacer”, otras demandando el despliegue de diversas conductas tendientes a proteger o garantizar el derecho respectivo.

Por ende, la distinción positiva-negativa “*debe aplicarse más bien a las obligaciones que emanan de los derechos que a los derechos mismos”*.[282] Si lo que se busca es que los derechos, entendidos como un todo, sean plenamente cumplimentados, es indispensable e indiscutible que sean satisfechos tanto los débitos “de hacer”, como de “no hacer”, por parte de las autoridades estatales. Se requiere tanto acción, como abstención. La distinción entre obligaciones es útil para determinar y examinar si determinada acción u omisión del Estado, comporta una violación a un determinado derecho humano, pero como se ha razonado, *resulta totalmente inocua para pretender distinguir los DESCA de los civiles y políticos, ni mucho menos para negarle el carácter de “verdaderos derechos” a estos últimos.*

En suma, todos y cada uno de los derechos humanos *“imponen un abanico de obligaciones positivas y negativas”*[283]. Ni los DESCA, ni los derechos civiles y políticos ofrecen un modelo único de su cumplimiento. Tampoco puede reducirse algún derecho humano a una única obligación que deba realizar la autoridad. La complejidad de la materia de los derechos humanos, implica que existan tanto débitos positivos, como negativos, para su plena realización dentro de un determinado sistema jurídico.

Etiquetar a un grupo de derechos como “obligaciones de abstención” y a otro como “obligaciones de actuación”, esboza una visión simplificada no sólo sobre la estructura y operabilidad de los DESCA, sino sobre los derechos humanos en su conjunto. Tal falsa dicotomía, sencillamente, no resulta sostenible bajo al entendimiento de nociones básicas de los derechos inherentes a la persona en virtud de su humanidad.

---

[282] Figueroa García-Huidobro, Rodolfo. *Justificación del rol de las cortes* […]. op.cit. pág. 322.

[283] International Commission of Jurists. *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative experiences of justiciability*. Human rights and rule of law series: N°. 2. Ginebra. 2008. pág. 10.

3.2.1.1. La refutación del prejuicio de corte estructural, en su vertiente obligacional, a partir del entendimiento de los derechos subjetivos como posiciones jurídicas.

Aunado a lo anterior, resulta oportuno tener en cuenta que los DESCA, al igual que los derechos civiles políticos, pueden concebirse como *posiciones jurídicas,* lo cual no sólo permite demostrar *la paridad obligacional* entre unos y otros grupos de derechos, sino que además brinda una plausible solución a la conflictiva noción de *derecho subjetivo* –en tanto parece que la discusión de éste no ha llevado a un verdadero consenso[284]–. Para ello, es dable afirmar que, en una teoría estructural de los derechos fundamentales, "*lo que importa sobre todo son las cuestiones analíticas[285]"*, siendo que, a partir de éstas, podemos distinguir entre *normas y posiciones*.

Las normas se expresan mediante enunciados normativos del tipo "*toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna"*. Para Alexy, las normas pueden ser consideradas "*como cualificaciones [propiedades] de personas o acciones[286]*". En el ejemplo citado, puede decirse que, la norma que confiere a "x" el acceso a información plural y oportuna, *le confiere la propiedad de ser alguien a quien se le debe reconocer ese libre acceso informativo.*

Lo interesante, siguiendo a Alexy, es cuando "*no se trata de propiedades [como acontece con las normas] sino de relaciones[287]".* Estas relaciones pueden expresarse por predicados diádicos como *"x" tiene derecho de acceso a la información plural y oportuna, frente a la autoridad mexicana*. O bien, por predicados triádicos como *"x" tiene, frente a la autoridad mexicana, un derecho de acceso a la información plural y oportuna.* Precisamente, a juicio de este jurista, "*es aconsejable concebir a los derechos subjetivos como posiciones y relaciones de este tipo[288]".*

Así, el fruto más importante de la discusión de los derechos subjetivos consiste, bajo esta óptica, en el *"análisis y clasificación de aquellas posiciones jurídicas que, tanto*

---

[284] Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* op. cit. pág. 173.
[285] Ibidem. pág. 177.
[286] Ibidem. pág. 178.
[287] Ídem.
[288] Ídem.

en el lenguaje ordinario como en el técnico, son llamadas 'derechos[289]*".* Entre las calificaciones posibles, importa, para efectos de la presente investigación, la relativa al "derecho a algo".

El derecho a algo puede ser entendido como "*una relación triádica cuyo primer miembro es el portador o titular del derecho (a), su segundo miembro, el destinatario del derecho (b) y su tercer miembro, el derecho (G)"*[290]*.* Lo importante, no sólo es entender que, bajo esta concepción, existen relaciones o posiciones que presentan diferencias muy importantes dependiendo de quiénes interactúen como titulares de derechos, destinatarios y cuál sea el derecho en juego, sino sobre todo distinguir que el derecho tiene, a su vez, *un objeto,* el cual se plasma en *"acciones positivas u omisiones*[291]*".*

Es decir, el derecho que forma parte de esta relación triádica *"es siempre una acción [positiva o negativa] del destinatario […] Si el objeto no fuera ninguna acción del destinatario no tendría sentido incluir al destinatario en la relación*[292]*".* Y es el hecho de que estas particularidades de la relación triádica no son expresas ni detallas en los textos legales que reconocen derechos fundamentales.

Es decir, los textos jurídicos hacen alusiones del tipo: "*toda persona tiene derecho a una alimentación adecuada y nutritiva"*, y no a que *la persona* –titular del derecho– *tiene, frente al Estado* –destinatario–*, un derecho a una alimentación adecuada y nutritiva* –derecho–*, el cual obliga a las autoridades estatales a llevar a cabo las acciones positivas y negativas* –objeto del derecho– *necesarias y tendientes a su plena realización.*

La diferencia entre acciones negativas y positivas, entonces, "*es el criterio principal para la división de los derechos a algo según sus objetos*[293]*".* En el ámbito de los derechos frente al Estado, los derechos a acciones negativas corresponden a

[289] Ibidem. pág. 183.
[290] Ibidem. pág. 187.
[291] Ídem.
[292] Ídem.
[293] Ibidem. pág. 187.

aquello que suele llamarse "*derechos de defensa*[294]*".* En cambio, los derechos a acciones positivas corresponden a lo que suele denominarse como *"derechos a prestaciones [en sentido amplio]*[295]".

Es decir, son derechos a prestaciones en sentido amplio porque reclaman tanto *acciones positivas fácticas* –adoptar o implementar medidas de "hecho", como lo son, por ejemplo, que las instituciones escolares adopten ajustes razonables para que las personas con discapacidad cuenten con una educación inclusiva–*, como positivas normativas* –adoptar o implementar medidas de "derecho", como lo son la emisión de normas secundarias que reconozcan que las personas con discapacidad tienen acceso a la educación básica "normal" u "ordinaria", y no confinarlos a una educación "especial"–[296].

En esa inteligencia, es claro que los derechos a prestaciones en sentido amplio *"son complejos, pues se componen de un haz de posiciones jurídicas que implican prestaciones fácticas pero además prestaciones normativas*[297]*".* En esa relación triádica, *"la clave para el análisis de la correspondencia entre derecho y deber es que la relación triádica de los derechos es lógicamente equivalente a una relación triádica del deber o del mandato*[298]*".* Es decir, las acciones implicadas en un derecho a algo, "*son variadas y el plexo obligacional contenido en ellos complejo*[299]*".*

Todo lo anterior, nos lleva a concluir que el prejuicio de corte estructural, que pretende reducir a los derechos civiles y políticos a la realización de obligaciones negativas y, a su vez, a los DESCA en obligaciones positivas, resulta del todo errado, en tanto reproduce "*un esquema reduccionista […] pues un clásico derecho civil como el derecho a la vida precisa para su adecuada protección, no sólo que el Estado no lo mate […] sino por ejemplo que proteja su vida a través del*

---

[294] Ídem.
[295] Ídem.
[296] Ibidem. pág. 195.
[297] Ibidem. pág. 201
[298]. Acuña, Juan Manuel, *Justicia Constitucional […]* op.cit. pág. 131.
[299] Ídem.

establecimiento de normas personales que sancionen a quienes dañan la vida de otras personas[300]*".*

En suma, como se ha reiterado, todos los derechos se componen d*e un haz de posiciones que demandan, tanto conductas negativas, como positivas para su realización.* He ahí la utilidad del entendimiento de los derechos subjetivos como *posiciones jurídicas*, en tanto permite comprender, adecuadamente, la complejidad que emana del reconocimiento de un derecho fundamental, no ya meramente desde el aspecto normativo –que nos dice muy poco sobre la estructura y funcionalidad del derecho de que se trate–, sino como verdaderas *relaciones entre el titular, destinatario y el derecho en cuestión, mismas que nos permiten determinar y delimitar las distintas posiciones y, sobre todo, objetivos que emanan de tales derechos, en tanto derechos de defensa y de prestación en sentido amplio*.

Al final, parece que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos le ha dado la razón a Alexy respecto a esta concepción más sofisticada de los derechos subjetivos, en tanto que, como se ha expuesto anteriormente, los Comités de Derechos Humanos –tanto los emanados del PIDESC como del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, entre otros– han sido expresos en reconocer que el Estado –destinatario– tiene, frente a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción–titulares–, la obligación de realizar acciones positivas y negativas –objeto del derecho–, para proteger, respetar y garantizar los DESCA y derechos civiles y políticos –derechos– que se reconocen dentro de su sistema jurídico.

3.2.2. La falsedad de la diferenciación de los DESCA, atendiendo a los costes que conlleva su cumplimiento.

La segunda divergencia de carácter estructural que se ha formulado contra los DESCA consiste a grandes rasgos, en la afirmación generalizada de que el cumplimiento de los DESCA, al implicar la realización de diversas obligaciones positivas, *genera un alto costo al Estado*, mientras que el acatamiento de los derechos civiles y políticos, al reducirse a conductas de abstención, *no se traduce*

[300] Ibidem. pág. 132.

en la erogación de recursos públicos. En otras palabras, mientras los DESCA *serían derechos costosos*, los derechos civiles y políticos prácticamente *tendrían una caracterización de gratuidad.*

La ejemplificación de tal aserto podría ser formulada de la manera siguiente: el derecho a la salud *resulta altamente costoso*, en tanto para su cumplimiento el Estado deberá destinar diversos recursos para la creación y operación de diversas instituciones públicas que presten servicios de salud; debe pagar al personal de tales instituciones, subsidiar los medicamentos respectivos, así como los tratamientos que al efecto deban otorgarse a los pacientes. En tanto que, por ejemplo, para el cumplimiento de la prohibición de tortura y tratos crueles e inhumanos -que se caracteriza como un derecho civil y político-, el Estado, a través de sus agentes y oficiales, no necesita *sino abstenerse* de torturar y llevar a cabo actos que se consideren crueles e inhumanos, *lo cual no le genera costo alguno*.

La anterior diferencia estructural *se traduce en una visión caricaturizada tanto de los DESCA, como de los derechos civiles y políticos*. Unos -los DESCA- serían excesivamente gravosos para las finanzas del Estado, al punto de que, exigir su cumplimiento ante las Cortes lo llevaría a una crisis financiera, en detrimento del cumplimiento de otras funciones estatales. Otros en cambio -los civiles y políticos-, no depararían coste alguno para las autoridades estatales, por lo que su justiciabilidad, en forma alguna afectaría o incidiría en la hacienda pública. *Gratuidad contra onerosidad,* serían las características que hagan ver a unos derechos como héroes y otros como villanos, por lo que a las sanas finanzas públicas se refiere.

Ahora bien, la falsedad de tales juicios que dan contenido al prejuicio de corte estructural, en su vertiente de la diferencia en los costes, en primer lugar, estriba en el hecho de que, como se ha razonado, tanto los DESCA, como los derechos civiles y políticos, *imponen obligaciones positivas a las autoridades*, lo cual de suyo implica que, *para dar cumplimiento a todos los derechos humanos en conjunto, será necesario que se eroguen y destinen recursos públicos para tales propósitos.*

En efecto, en todo derecho humano *se involucran aspectos tanto prestacionales, como no prestacionales.* Retomemos el ejemplo del derecho a encontrarse libre de torturas y tratos crueles e inhumanos. Respecto a ese derecho civil y político, es claro que los Estados no dan cumplimiento a tal derecho simplemente por abstenerse de infligir tales actos sumamente reprochables contra los particulares, ni tampoco meramente con la aprobación leyes que prohíban la tortura.

Se requiere mucho más*:* el Estado se encuentra conminado *a construir, adaptar o remodelar los centros de detención de personas*, de manera tal que satisfagan los estándares internacionales acerca de la detención, así como *establecer programas de entrenamiento* para los policías y otros oficiales del Estado que estén a cargo de las cárceles, así como los que se encuentran facultados para hacer el uso de la fuerza pública y llevar a cabo arrestos. Pues bien, no cabe duda que hacer eso "*requiere la intervención del Estado –no mera abstención– y es muy caro –no es gratuito, y estamos hablando de un derecho civil–"*[301]*.*

Otro ejemplo sería el derecho a la propiedad que, contrario a la concepción clásica liberal, no se agota con la mera abstención estatal de "interferir" o "privar" a la persona de su propiedad, sino que necesariamente conlleva *"un sinnúmero de prestaciones públicas, con frecuencia costosas"*[302], lo cual puede ir desde la creación de registros públicos de la propiedad, hasta la financiación de fuerzas de seguridad que puedan garantizar el goce y salvaguarda del patrimonio de las personas frente a interferencias indebidas por parte de terceros. Qué decir del derecho a votar y ser votado, el cual implica toda una instrumentación compleja de instituciones, servicios y bienes, e incluso la creación y mantenimiento de tribunales en materia electoral, *que conlleva destinar recursos nada menores para poder cumplimentar con tal derecho.*

Como se aprecia, contrario a lo aducido por los oponentes de los DESCA, el cumplimiento y realización de los derechos civiles y políticos, "*también requiere de*

[301] Figueroa García-Huidobro, Rodolfo. *Justificación del rol de las cortes […].* op.cit. pág. 324.
[302] Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales […].* op.cit. pág.60.

la erogación de recursos significativos por parte del Estado[303]". De ahí que, como señalan Nolan y Langford, el aserto de que el cumplimiento de un grupo de derechos es gratuito, mientras que el otro involucra el gasto de recursos públicos, *"es claramente insostenible"[304]*. El que un derecho resulte o no costoso "*dependerá de la obligación analizada, en lugar de la clasificación del derecho que imponga tal débito, sea de naturaleza civil y político o social"[305].*

Por ello, "*la protección de todos los derechos, incluso de las libertades civiles, tiene costos económicos y supone un arbitraje entre usos alternativos de recursos escasos"[306].* Como lo han mostrado Sunstein y Holmes, los derechos *"no se pueden proteger o hacer cumplir sin la financiación y el apoyo públicos[307]".* Tanto los DESCA, como los civiles y políticos generan costes públicos para su realización, siendo que "*el derecho a la libertad de contratación tiene un costo público no menor que el derecho a la salud, el derecho a la libertad de expresión no menos que el derecho a una vivienda digna[308]".* En suma, *"[t]odos los derechos hacen exigencias al erario público"[309].* Todos los derechos *"son costosos porque todos los derechos presuponen el financiamiento por parte de los contribuyentes de un mecanismo de supervisión efectivo para el monitoreo y cumplimiento [de los derechos][310]".*

La división tajante entre los DESCA y los derechos civiles y políticos, atendiendo a los costes que conlleva su realización, por parte del Estado, resulta totalmente artificiosa, pues como se ha expuesto, el cumplimiento de diversas obligaciones positivas que entrañan los derechos civiles implican en diversas circunstancias la

---

303 Landau, David. *The Reality of Social Rights Enforcement*. Harvard International Law Journal. Vol. 53. N° 1, diciembre 2012. pág. 195.
304 Nolan, Aoife y Langford, Malcom. *The Justiciability of Social and Economic Right[…].* op.cit. pág. 10
305 Ídem.
306 Uprimny, Rodrigo. *Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía.* Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo? - Germán Burgos S. (Ed.) Colección Textos de aquí y ahora. ILSA. Bogotá, Colombia, 2003. pág. 344
307 Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. W. W. Norton & Company. New York. 2000. pág. 15
308 Ídem.
309 Ídem.
310 Ibídem. pág. 44.

erogación de gastos públicos, tal y como acontece con algunos de los débitos de "hacer" impuestos por los DESCA.

En segundo lugar y, corolario a lo anterior, como también fue demostrado en el anterior sub apartado, los DESCA no imponen meras obligaciones positivas, *sino que también entrañan obligaciones de abstención*, mismas que, *o bien son gratuitas, o resultan de bajo costo*. En efecto, piénsese en el derecho a la huelga; en su vertiente de "respetar", el Estado no tiene sino que *abstenerse de interferir o proscribir que los trabajadores puedan ejercer tal derecho*. Asimismo, conforme al derecho a la vivienda digna, le está vedado al Estado *realizar desahucios forzosos*. Por otra parte, el Estado tiene una obligación de *"no interferir" o "no impedir"* a las personas ejercer su derecho a participar en la vida cultural.

La realización de tales obligaciones negativas derivadas de los citados DESCA, *de ninguna manera se traduce en la erogación de cuantiosas cantidades para el Estado y para el aparato administrativo*, incluso, como acontece con la obligación negativa del derecho a huelga, *no depara virtualmente costo alguno.* En suma, no existen "derechos costosos" y "derechos gratuitos o de bajo costo", ello constituye una falsa dicotomía que resulta insostenible para la dogmática jurídica, pues como se ha demostrado, "*todos los derechos tienen un costo y ameritan de una estructura estatal que, al menos, los proteja de las posibles violaciones perpetradas por terceras personas"*[311]*.* Así, las divergencias entre los DESCA y los derechos civiles y políticos *"son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales"*[312]*.*

En suma, es dable colegir que la capacidad de hacer respetar un derecho "*no es una condición contingente del derecho sino parte de lo que constituye al derecho en derecho. Siendo así, los recursos son relevantes para ambos tipos de derechos"*[313], por lo cual la divergencia estructural en análisis resulta falaz. Todos los derechos, en definitiva, entrañan una cierta dimensión distributiva. Ello, *no en función de la*

[311] Carbonell, Miguel. *Eficacia de la Constitución y derechos sociales, esbozo de algunos problemas.* En *La protección judicial de los derechos sociales.* op.cit. pág. 72
[312] Abramovich Victor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles.* op.cit. pág.25.
[313] Figueroa García-Huidobro, Rodolfo. *Justificación del rol de las cortes* […], op.cit. pág. 325.

naturaleza del derecho, sino en la naturaleza de la obligación recaída al derecho respectivo.

De ahí que el argumento del coste de los DESCA no puede ser empleado, ni sirve como sustento alguno para diferenciarlos desde el punto de vista estructural de los derechos civiles y políticos, *ni mucho menos para negarles el carácter de verdaderos derechos y, por ende, no susceptibles de ser adjudicados por las Cortes y Tribunales.*

Si el costo de los derechos fuera un obstáculo infranqueable para lograr su vigencia, como bien apunta Acuña, *"la misma debería de estar supeditada en todos los casos y tratándose de cualquier clase de derechos a la disponibilidad de fondos"*[314]. Cierto que el coste del ejercicio y protección de un derecho genera diversas implicaciones tanto para la autoridad estatal, como para su exigencia jurisdiccional, pero el hecho que determinada obligación de algunos de los derechos humanos reconocidos por el sistema jurídico, comporte un cierto gasto al erario público, *no puede privar en forma absoluta el cumplimiento de tales débitos por parte del Estado, ni la revisión judicial que recaiga a ese acatamiento.*

3.2.1. Consideraciones finales respecto a la diferencia estructural de los DESCA atendiendo a sus costes ¿destinar recursos para el cumplimiento de tales derechos debe percibirse ineludiblemente como un gasto?

Como se ha explicado anteriormente, la academia ha refutado la supuesta diferenciación estructural de los DESCA, basada en los costos que conlleva su cumplimiento, atendiendo a dos razones fundamentales: **(I)** al igual que los derechos civiles y políticos, los DESCA contienen obligaciones negativas *cuyo cumplimiento no resulta oneroso* e inclusive a veces no requiere de erogación de recurso alguno; y **(II)** al igual que los DESCA, los derechos civiles y políticos *también cuentan con obligaciones positivas de carácter prestacional* que requieren de la aportación de sumas significativas por parte del erario público.

[314] Acuña, Juan Manuel, *Justicia Constitucional […]*.op.cit. pág.40

Al respecto, estimamos que podría añadirse o complementarse una diversa razón por la cual el coste del cumplimiento de los DESCA no puede ser percibido, en sí y por sí mismo, *como una cuestión negativa y gravosa para el Estado y las finanzas públicas*. Dicha razón podría formulase de la manera siguiente: el que el Estado asigne determinados recursos para el cumplimiento de los DESCA no puede ser percibido, inexorablemente, como un gasto, ya que ello frecuentemente se traduce *en una inversión que, incluso, puede generarle réditos y ganancias significativas desde el punto de vista económico.*

Como lo ha señalado Ferrajoli, "*si es cierto que los derechos fundamentales cuestan, también es cierto que cuestan mucho más sus violaciones y su falta de satisfacción. Y este es un hecho normalmente ignorado*[315]*".* Ello, pues los derechos humanos, en especial los DESCA "*constituyen factores o condiciones de crecimiento económico. Inversamente, sus violaciones e incumplimientos […] se resuelven también siempre en una destrucción de energías y en una reducción de la productividad y de la riqueza*[316]*".* Es decir, los derechos a la educación, la salud, la alimentación y al trabajo, resultan "*esenciales para el desarrollo de la seguridad y la economía*[317]*".*

Como se verá en seguida, el invertir en los DESCA, en diversos escenarios, no perjudica a las finanzas estatales como quisiesen hacer ver sus opositores, sino que, por el contrario, *esa inversión inicial, a corto o a largo plazo, constituye un acicate para el desarrollo y el crecimiento económico;* de ahí que, aún desde el punto de vista meramente monetario, el cumplimentar con los débitos derivados de los DESCA, en su aspecto prestacional, *lejos de percibirse como algo negativo o nocivo para la hacienda pública, resulta benéfico para las finanzas estatales.*

Para demostrar tal aserto, resulta ilustrativo tomar en cuenta que, acorde al economista y sociólogo Bernardo Kliksberg, en el contexto del escenario económico

---

315 Ferrajoli, Luigi. *Derechos sociales y esfera pública mundial*. En *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional*. Espinoza de los Monteros, Javier y Ordoñez, Jorge (Coord.), ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. pág.54.

316 Ibídem. pág. 55

317 Ídem.

mundial presente, además de otros factores, en la valoración del desempeño nacional se está tomando en cuenta *la calidad de la población de un país*. Por ello, la acumulación de capital en el ámbito de la salud y educación "*se ha mostrado como una palanca clave del desarrollo de las economías más exitosas de las últimas décadas, como las nórdicas y algunas del Sudeste Asiático"*[318]*.*

Asimismo, el estudio intitulado "Macroeconomía y Salud" elaborado en el 2002 por la Organización Mundial de la Salud, enseña que *"todos los países [económicamente] exitosos han hecho previamente grandes inversiones en el mejoramiento de la salud pública"*[319]*.* Esto es, las mejoras en la salud pública constituyen *"un prerrequisito del desarrollo, y no una mera consecuencia del mismo"*[320]*.*

Por ende, la realización del derecho humano a la salud aparece crecientemente *como una regla esencial para saber si realmente hay progreso económico* en un Estado y, al mismo tiempo, *como un medio decisivo para obtenerlo*. La salud, como inversión pública, *"ha demostrado ser una palanca y no una mera consecuencia de un crecimiento sostenible"*[321]. De hecho, atendiendo al estudio de la OMS ya referido, la rentabilidad de una inversión bien gerenciada en salud *"puede sextuplicar la inversión original"*[322].

Esto es, la premisa de que el desarrollo y cumplimiento de las obligaciones prestacionales derivadas de los DESCA sólo puede ser *realizado a expensas del crecimiento económico,* se basa en una concepción falaz, en tanto tal afirmación *inadvierte o, al menos, subestima los beneficios financieros que conlleva la inversión pública en sectores como la salud, la educación y la alimentación, mismos que aparecen constantemente como propulsores del desarrollo económico.*

---

[318] Sen, Amartya y Kligsberg, Bernardo*. Primero la gente: una mirada desde la ética del desarrollo a los principales problemas de mundo globalizado.* ed. Deusto. Barcelona. 2007. pág. 122
[319] ídem.
[320] ídem.
[321] Ibídem. pág. 166.
[322] ídem.

En efecto, acorde al Primer Informe de Desarrollo Humano de 1990, publicado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo -en adelante PNUD-, la recuperación de la inversión estatal en educación básica fue, de hasta el 43 % en África, 31 % en Asia y 32 % en América Latina[323]. Incluso, los montos de recuperación, respecto a la educación básica de las niñas y mujeres, resultaron aún más altos[324] –en términos de reducir la fertilidad, la mortandad infantil, el abandono de la educación y en mejorar la nutrición familiar y bajar el crecimiento de la población–.

Más aún, en el diverso Informe de Desarrollo Humano de 1996, intitulado "Crecimiento Económico y Desarrollo Humano", el PNUD precisó que una considerable inversión en educación, alimentación y salud, *impulsa significativamente el crecimiento económico*, pues el resultado de tales inversiones se traduce en una población más saludable y educada que, por ende, *"resulta capaz de ser económicamente más productiva"*[325]. Algunos de los beneficios económicos más claros respecto a la inversión en los DESCA, en un nivel primario o básico, se deriva del hecho de *"hacer a los trabajadores, especialmente a los trabajadores más pobres, más productivos a través de mejorar su nutrición, salud y educación"*[326].

Por ejemplo, en tratándose del derecho a la alimentación, algunos estudios económicos han indicado que incrementar el consumo calórico de los trabajadores puede derivar en *el incremento de la productividad laboral hasta en un 47%*[327]. Otros estudios han indicado beneficios a largo plazo, por ejemplo, en el caso de Chile, el proporcionar a los niños y niñas suplementos nutricionales *"generó [en su adultez] beneficios productivos de seis a ocho veces mayores al costo de tal inversión"*[328].

---

[323] Alston, Philip y Goodman, Ryan. *International Human Rights.* ed. Oxford University Press, Oxford, 2013. pág. 320.
[324] ídem.
[325] ONU. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. "*Informe de Desarrollo Humano 1996*". Ed. Oxford University Press. Oxford. 1996. pág. 66. Consultable en su version digital en el enlace: http://www.hdr.undp.org/sites/default/files/reports/257/hdr_1996_en_complete_nostats.pdf
[326] Ibídem. pág. 76.
[327] Ídem.
[328] Ídem.

Por su parte, la correlación entre la inversión en el derecho a la salud y el crecimiento económico *se ha hecho evidente*. En un estudio realizado a diversos países, "*el incremento de la expectativa de vida la población [derivado de mejoras en el derecho a la salud] ha provocado un crecimiento estimado del 1% del PIB"*[329]*.* Finalmente, por lo que hace al derecho a la educación, la investigación en esa materia sugiere que, incrementar un año de escolaridad a la educación promedio de la fuerza laboral, *"incrementa el PIB hasta en un 9%"*[330]*.*

Los beneficios de la inversión en el derecho a la educación también se tornan evidentes mediante una comparación intra-estatal. En 1960 Paquistán y la República de Corea contaban con ingresos nacionales similares. Empero, el hecho de que el primero de los países contara con una inscripción del 30% de los niños, niñas y adolescentes, en los planteles de educación básica, mientras que en el segundo país tal cifra era de un 94%, *"es una de las razones principales por las cuales en los 25 años siguientes, el PIB per cápita de la República de Corea creció tres veces más que el de Paquistán"*[331]*.*

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el cumplimiento del deber Estatal de asegurar que los DESCA *se ejerzan sin discriminación*, también involucra importantes réditos económicos para los Estados. De lo que se deduce, *a contrario sensu*, que la *falta de una adecuada inversión pública para cumplimentar con tales débitos,* se deriva en pérdidas importantes para el crecimiento económico, en su conjunto.

En un estudio de la Organización Internacional del Trabajo de 2009, se estimó que el costo de excluir a las personas con discapacidad del sector laboral "*podría equivaler a entre el 1% y el 7% del producto interno bruto de un país"*[332]*.* Siendo que, en realidad, tales porcentajes podrían estar subestimados, ya que "*no tienen en cuenta los costos derivados de la reducción del horario de trabajo y el salario de*

[329] Ídem.
[330] Ídem.
[331] Ídem.
[332] ONU. Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de las personas con discapacidad, Catalina Devandas-Aguilar. A/71/314. 9 de agosto de 2016. párr. 15.

los miembros de la familia que son responsables del cuidado de familiares con discapacidad, debido a la falta de apoyo o del entorno".

Como se puede apreciar de lo anterior, el prejuicio sobre los DESCA como derechos "costosos", no sólo resulta errado conforme a la equiparación que se ha realizado con los derechos civiles y políticos -que contrario a lo esgrimido, también involucran obligaciones positivas que requieren de la asignación importante de recursos públicos-, sino que también resulta desacertado al concebir a toda erogación de dineros públicos para el desarrollo y goce de los DESCA como una "pérdida" económica, siendo que, de hecho, esa asignación presupuestaria *es susceptible de depararle al Estado, ya importantes montos de recuperación de la inversión inicial, ya beneficios económicos significativos que superan las cantidades previamente erogadas.*

Luego, los DESCA no sólo son un fin en sí mismo, sino que también son *un medio del desarrollo no sólo civil sino también económico*. Conforme a las anteriores estadísticas macroeconómicas es dable aseverar que, una buena política económica -aquella que resulte más eficaz para promover el desarrollo-, es una política social dirigida a garantizar los DESCA, con "*la consecuencia de que el gasto público a tal fin necesario no debe concebirse como un costoso pasivo en los presupuestos públicos, sino como la forma de inversión pública seguramente más productiva*[333]*".*

Desde luego que lo anterior no significa que, siempre y en todos los casos, el *coste* que conlleve el cumplimiento de los DESCA, se deba concebir como la panacea de las inversiones estatales. No pretendemos establecer una visión romantizada de tales derechos ni asegurar que la asignación presupuestaria para el pleno goce de los DESCA constituye una fórmula mágica para el crecimiento económico -aunado a que ello excedería el alcance de la presente investigación-.

Empero, sí consideramos que los datos económicos a los que nos hemos referido *sirven como base para re-pensar a los DESCA como "derechos costosos"*. Ello, pues como se ha expuesto, existen diversas evidencias económicas de que, las

[333] Ferrajoli, Luigi. *Derechos sociales y esfera pública mundial*. En *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional*. op.cit. pág. 56

erogaciones presupuestarias destinadas a los sectores públicos de salud, educación, alimentación y al trabajo, *no pueden concebirse meramente como "un gasto" o como cuestiones nocivas para la hacienda pública,* sino que, por el contrario, *son susceptibles de aparejar ganancias para las finanzas del Estado;* redituando las inversiones iniciales que se destinan para esos propósitos. En suma, lejos de considerarse como una *carga* para el erario público, *los DESCA pueden y han llegado a constituirse como propulsores para el desarrollo y crecimiento económico.*

3.2.3. La falsedad de la diferenciación estructural de los DESCA, atendiendo a su vaguedad normativa.

Finalmente, la tercera supuesta diferenciación estructural entre los DESCA y los derechos civiles y políticos, se basa en la formulación normativa de sus contenidos. Así, se ha considerado que "*la naturaleza y extensión de las obligaciones que tienen los Estados, bajo el derecho internacional, provenientes de los DESCA, poseen un alto grado de imprecisión"*[334]*,* de tal suerte que la ausencia de una clara y expresa redacción respecto a su ámbito*,* contenido y obligaciones, tiene como consecuencia que tales derechos se tornen legalmente inoperantes y no puedan ser susceptibles de adjudicación.

En cambio, los derechos civiles y políticos *establecerían obligaciones legales claras y concretas* que permitirían saber tanto a sus beneficiaros, como a las autoridades, el contenido y alcance de tales débitos jurídicos; de ahí que en estos derechos, los gobernados sí pueden demandar, ante los tribunales, la realización de una conducta específica por parte de los entes estatales.

La traducción de ese argumento, en términos comunes, se expresaría de la siguiente manera: los DESCA, a diferencia de los derechos civiles y políticos, *serían derechos vagos e indeterminados*. Así, por ejemplo, las locuciones de "vivienda digna", "nivel más alto posible de salud física y mental", así como "nivel de vida

[334] Figueroa García-Huidobro, Rodolfo. *"Justificación del rol de las cortes[…],* op.cit. pág. 318.

adecuado", resultan tan abstractas y subjetivas que *no permiten desprender obligaciones concretas a las cuales se deba de ceñir la autoridad para lograr su cumplimiento* y, por ende, tales derechos *no son susceptibles de adjudicación ante las Cortes.*

Al igual que los ya examinados juicios pretéritos que dan contenido al prejuicio de corte estructural sobre los DESCA, la supuesta divergencia entre estos derechos y los civiles y políticos, atendiendo a la "vaguedad" de su redacción, nos presenta una *dicotomía del todo artificiosa y falaz*. Ello, pues por una parte, la determinación del contenido obligacional de los derechos, lejos de ser una deficiencia exclusiva de los DESCA, constituye *"una dificultad típica de toda norma constitucional motivada por la textura abierta del lenguaje en el cual están expresados los derechos constitucionales en general"*[335].

Un cierto grado de vaguedad semántica no sólo es un rasgo inherente al lenguaje jurídico, sino que en el caso de derechos consagrados en textos constitucionales o en tratados internacionales, *"puede incluso llegar a ser una exigencia derivada del pluralismo político, ya que una regulación detallada del contenido y de las obligaciones que los derechos entrañan podría cerrar en exceso el espacio de discusión democrática en torno a su alcance"*[336].

Como atinadamente razona Soriano Cienfuegos, los problemas que presenta el lenguaje común -como lo es la vaguedad o ambigüedad-, también *"se presentan en el discurso jurídico, pues participa de aquél"*[337]. El discurso jurídico no posee una precisión matemática porque sigue expresándose en lenguaje natural, *"instrumento que no es idóneo en la conformación de discursos formalizados y sistemáticos, pues presenta notas de ambigüedad, vaguedad y textura abierta"*[338]. Aún los textos legislativos que puedan reputarse como los más claros, resultarán insuficientes para

[335] Acuña, Juan Manuel, *Justicia Constitucional […].* op.cit. pág. 36.
[336] Abramovich Victor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles.* op.cit. pág.66.
[337] Soriano Cienfuegos, Carlos. *Discurso jurídico y pensamiento formal: lógica y lenguaje en el sistema continental*. Ed. Liber Iuris Novum. 2014. Ciudad de México. pág. 117.
[338] Ibídem. pág. 112.

resolver o solventar problemas futuros que no podía haber previsto el legislador. En ese sentido, *todo lenguaje jurídico es vago en potencia*[339].

En esa tesitura, si la vaguedad de los DESCA fuese una razón válida para no otorgarle el estatus de derechos, entonces, "*tendríamos que prescindir de muchos otros conceptos legales, como razonabilidad, justicia, despido injustificado, mucho del derecho regulatorio […] todas las cartas de derechos y gran parte de la división constitucional de poderes*"[340]. El reproche acerca de la vaguedad, oscuridad o contenido indeterminado de los DESCA *resulta igualmente aplicable a los derechos civiles y políticos:* ¿qué significa ser "sometido a torturas"?, ¿qué constituyen las "seguridades personales"?, ¿qué alcance tiene la "libertad de pensamiento"?

En efecto, en cuanto a la naturaleza abstracta de los DESCA, debe tenerse en cuenta tales derechos *"no se encuentran fraseados de manera distinta que los civiles y políticos; el derecho a la libertad de expresión, no resulta más concreto, en cuanto a su formulación, que el derecho a la seguridad social"*[341]*:* Asimismo, es dable argumentar que la "textura abierta" tanto de los DESCA, como de los derechos civiles y políticos, es algo favorable y debe ser buscado por el redactor de la norma, toda vez que, derivado de tal amplitud semántica, *"las Cortes son capaces para responder adecuadamente a las circunstancias individuales así como a los desarrollos históricos, al momento de concretar su significado [de los derechos humanos] a través del tiempo"*[342]*.*

En efecto, mediante la justiciabilidad de los derechos humanos se genera un mejor entendimiento acerca de los contenidos, alcances y obligaciones que de ellos derivan, por lo que, con independencia de la vaguedad o textura abierta de los textos jurídicos que los reconocen, *la jurisprudencia se erige como un instrumento útil para facilitar ese proceso semántico-operativo.*

---

339 Ibídem. pág. 117.
340 King, Jeff *"Judging Social Rights*". op.cit.pág.5.
341 Langford Malcolm. *"The justiciability of Social Rights: From Practice to Theory". En "Social Rights Jurisprudence […]"*. op. cit. pág. 30.
342 Ídem.

Ello implica que la "deficiencia" estructural de los DESCA, atendiendo a su vaguedad normativa, no sólo es igualmente reprochable a los derechos civiles y políticos, sino que, aplicado aisladamente a aquéllos, constituiría una verdadera petición de principio: *como los DESCA son indeterminados, no pueden ser justiciables, siendo q*ue, *al no resultar justiciables, justamente, se impide su determinación a través de la interpretación jurisdiccional que permita ir desentrañando su alcance y operabilidad.*

Tanto los DESCA como los derechos civiles y políticos han sido positivizados en términos vagos y esta característica "*hace que el ejercicio hermenéutico en uno y otro caso no comporte diferencias sustanciales en la determinación de sus contenidos y alcance, así como en la labor de determinación de las obligaciones que el reconocimiento de los derechos exige"*[343].Por ende, en lugar de formular el referido prejuicio de corte estructural, "*sería más preciso hablar de problemas de determinación del contenido de los derechos en general y se debería precisar que dicho contenido resulta determinable por la vía interpretativa"*[344].

De donde se colige que la supuesta "deficiencia" estructural de los DESCA a la que se ha venido refiriendo, constituye "*una vaguedad sólo relativa, que no equivale a ininteligibilidad y que es deber de los operadores jurídicos colmar, bien mediante una hermenéutica controlada y debidamente motivada, bien mediante el perfeccionamiento del propio lenguaje constitucional"*[345]. La práctica judicial sigue proveyendo precisión a tales derechos y resolviendo diversos problemas que se van presentado.

En consecuencia, tanto los DESCA, como los derechos civiles y políticos, *"están sujetos a la práctica constitucional y a la interpretación, un proceso que incrementa*

---

[343] Núñez Uribe, Andrea Liliana*. La exigibilidad de los derechos sociales: la prohibición de regresividad en el ámbito del derecho a la educación en la jurisprudencia constitucional colombiana,* Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2017. Ciudad de México. pág. 172.
[344] Acuña, Juan Manuel, *Justicia Constitucional […].*op.cit. pág. 36.
[345] Pisarello, Gerardo. *Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales.* Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Núm. 15, octubre 2001. pág. 99. Consultable en su versión digital en: www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmccv4v7

la precisión de tales derechos a través del tiempo"[346]*.* Esa dotación de significado, además, no resulta estática, sino que es dinámica a fin de que los postulados de tales derechos puedan ser útiles y eficaces ante los nuevos retos o problemáticas que se van generando en la sociedad -por lo cual la vaguedad del texto jurídico, lejos de ser un defecto de "fábrica", permite que el operador jurídica, en especial los Tribunales, cuenten con la flexibilidad interpretativa necesaria para hacerlos aplicables a cuestiones novedosas o no previstas al momento de su redacción-.

Como señalan Courtis y Abramovich, existen múltiples razones que militan en favor de tal apertura lingüística, en tanto esa flexibilidad y adaptabilidad ofrece a los órganos encargados de especificar el contenido de los derechos contenidos en esos instrumentos, "*un margen de elección compatible con la prudencia y necesidad de evaluación de la oportunidad que requiere la toma de cualquier decisión política, preserva la brevedad y concisión que hacen de estos documentos el catálogo de principios fundamentales del Estado de derecho*"[347].

Del reconocimiento de la deseable generalidad del texto de una Constitución o de un tratado de derechos humanos, sin embargo, "*no se sigue la imposibilidad absoluta de señalar casos en los que, pese a la inexistencia de especificación ulterior de su contenido un derecho resulta violado"*[348]*.* Como lo ha razonado Sandra Liebenberg, es mediante la interpretación constitucional y convencional, aplicada a los diferentes casos, que *"el contenido específico y alcance de un derecho emerge con mayor claridad […] el hecho de que el contenido de muchos derechos sociales y económicos se encuentre menos definido que los derechos civiles y políticos, es más el reflejo de su exclusión del proceso adjudicatorio, que de su naturaleza inherente*"[349]. Así, no es de extrañarse que, la mera idea de que los DESCA resultan inherentemente indeterminados, al grado de que exista una imposibilidad de ser adjudicados, "*ha sido severamente desmentida por el incremento del cuerpo*

[346] Figueroa García-Huidobro, Rodolfo*. Justificación del rol de las cortes […].* op.cit. pág. 332
[347] Abramovich Victor y Courtis Christian. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. En *La protección judicial de los derechos sociales.* op.cit. pág. 20.
[348] Ibídem. pág. 21
[349] Ídem.

jurisprudencial relacionado con tales derechos, a nivel internacional, regional y nacional"[350].

Asimismo, resulta pertinente precisar que las Cortes y los Tribunales no se encuentran solos en la labor interpretativa del contenido de los DESCA. El Comité DESCA ha realizado una importante labor para orientar, tanto a las autoridades estatales, como a los órganos jurisdiccionales, *acerca de la naturaleza de las obligaciones que derivan de tales derechos, así como los débitos concretos que comporta su cumplimiento.*

En efecto, en la ya referida Observación General N°3, el Comité precisó la índole de las obligaciones de los Estados Partes, diferenciando entre las obligaciones inmediatas o de comportamiento -la de "adoptar medidas" y la diversa de garantizar el ejercicio de los DESCA sin discriminación-, y las mediatas o de resultado -la de "lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos"-. Por ende, respecto a cada uno de los DESCA, corresponde, por una parte, un débito inmediato del Estado adoptar medidas "*deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto"*[351], sin discriminación y por otra, "*lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos"*[352], con la consecuente prohibición de regresividad en la tutela efectiva de tales derechos.

Resulta de particular relevancia que en tal observación general el Comité haya expresado que *"corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos"*[353]*.* Si el PIDESCA "*se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser"*[354]*.* Aclarando que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima

[350] Nolan, Aoife y Langford, Malcom. *The Justiciability of Social and Economic Rights […].* op.cit. pág. 11.
[351] ONU. Comité DESCA. Observación general 3. *La índole de las obligaciones […].* op.cit. párr. 2.
[352] Ibídem. párr. 9.
[353] Ibídem. párr. 10.
[354] Ídem.

debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata.

Acorde a Alston, en la adopción de la citada observación general, el Comité PIDESCA adoptó una estrategia que resultó *"tanto audaz, como cuidadosa"*[355]. Resultó *audaz* en el sentido de que, por una parte, en ese entonces existían muy pocos precedentes nacionales en la materia conforme a los cuales se pudiesen apoyar para elaborar tal observación y, por otra, por el hecho de precisar un número de obligaciones y provisiones específicas del Pacto que resultan *"de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole"* en los sistemas nacionales, a saber: **(I)** el asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los DESCA, **(II)** el derecho a un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; **(III)** el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección; **(IV)** el derecho de huelga; **(V)** el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición; **(VI)** el derecho a una enseñanza primaria, obligatoria y asequible a todos gratuitamente; **(VII)** la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas; y **(VIII)** el deber de respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

Siendo que la estrategia empleada por el citado Comité, en tal observación, también resultó *cautelosa* en tanto "*otorgó deferencia a los sistemas legales nacionales, en lugar de insistir que todas las jurisdicciones podrían y deberían adoptar dicho criterio de justiciabilidad"*[356]. Con todo, la dimensión más importante de la Observación General N°3 estriba en el hecho de *"resultar de suma importancia en términos de facilitar el avance respecto al debate sobre la justiciabilidad [de los DESCA]"*[357].

[355] Alston, Philip. *Foreword*. En *Social Rights Jurisprudence […].* op.cit. pág. xi.
[356] Ídem.
[357] Ídem.

Asimismo, en cuanto al esclarecimiento de los deberes impuestos a los Estados, respecto a los DESCA, el Comité precisó en la diversa Observación General N° 9, intitulada "El deber de dar efecto al Pacto en el ordenamiento jurídico interno", que si bien corresponde a cada Estado Parte decidir el método concreto para dar efectividad a los DESCA en la legislación nacional, "*los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte"*[358]*.*

Aunado a tales directrices generales sobre los débitos que comportan los DESCA, el Comité ha emitido una serie de observaciones generales que atañen a obligaciones concretas derivadas de tales derechos, como lo son el derecho a la vivienda adecuada -Observación General N°4-, el derecho a la alimentación -Observación General N°12-, el derecho al nivel más alto posible de salud física y mental -Observación General N° 14-, el derecho al agua -Observación General N°15-, el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora -Observación General N° 17-, el derecho a trabajar -Observación General N° 18-, el derecho a la seguridad social -Observación General N° 19-, y el derecho a participar en la vida cultural -Observación General N° 21-.

En esa tesitura, cuando se consultan las Observaciones generales emitidas por el comité DESCA, *"se aprecia el avance y claridad con la que se ha definido el contenido de los derechos, así como las obligaciones que derivan de los mismos"*[359]*.* Las Observaciones Generales dictadas por el Comité "*equivalen a su jurisprudencia en relación con el contenido del Pacto, del cual es el único órgano de aplicación"* [360]. Por ende, "*basta con mirar los estándares internacionales que se han ido construyendo en el derecho internacional de los derechos humanos para descubrir*

[358] ONU. Comité DESCA. Observación general N° 9. *El deber de dar efecto al Pacto en el ordenamiento jurídico interno*. E/C.12/1998/24. 3 de diciembre de 1998. párr.5.

[359] Gutiérrez Rivas, Rodrigo. *De los derechos sociales como derechos programáticos, a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) como derechos humanos.* En *100 años de la Constitución mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos.* Guerrero Galván, Luis René y Pelayo Moller, Carlos María (Coord.). Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2016. Ciudad de México. pág. 155.

[360]

el importante avance que se ha producido en los últimos años para identificar el contenido mínimo de los derechos sociales[361]*.*

Conforme a las razones hasta aquí expuestas, se colige que, desde la lógica-jurídica, el prejuicio de corte estructural de los DESCA, atendiendo a la vaguedad de éstos, resulta insostenible, pues:

(I) Como se ha razonado, la vaguedad, ambigüedad o textura abierta de los enunciados normativos que reconocen los DESCA, *resulta igualmente reprochable a los derechos civiles y políticos*;

(II) Esa amplitud lingüística, lejos de constituir una deficiencia normativa, *constituye un aspecto positivo para la adjudicación de tales derechos,* en tanto permite dotar de la flexibilidad necesaria para que las Cortes puedan responder adecuadamente a las circunstancias concretas del caso, así como a los desarrollos históricos, al momento de concretar su significado a través del tiempo;

(III) La vaguedad, ambigüedad o textura abierta del lenguaje jurídico de los DESCA, *en todo caso, es de carácter "relativo", que no equivale a ininteligibilidad, ya que son determinables en la vía interpretativa*, siendo el deber de los operadores jurídicos desentrañar, mediante una hermenéutica controlada y debidamente motivada, el sentido y alcance de tales enunciados normativos; y

(IV) El Comité DESCA, a través de la emisión de observaciones generales, *ha generado un importante avance respecto al entendimiento de las obligaciones que se derivan de tales derechos fundamentales*, lo cual facilita y enriquece las labores interpretativas que realizan las cortes y tribuales, tanto regionales, como nacionales, dotando de mayor claridad a tales derechos humanos a la exclusión o reducción del sufrimiento humano.

[361] Gutiérrez Rivas, Rodrigo. *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos*. En *¿Hay justicia para los derechos económicos […]. op. cit.* pág.96.

3.3. El prejuicio de corte filosófico-axiológico sobre los DESCA.

Una vez redescubiertos los juicios pretéritos que dan contenido al prejuicio de corte estructural sobre los DESCA, así como la demostración de su falsedad, se procede a examinar el diverso prejuicio de corte filosófico-axiológico. Aunque han existido algunas variantes del referido prejuicio, estimo que el más prominente es aquel que proclama, a *grosso modo*, lo siguiente: *los derechos civiles y políticos se encuentran encaminados a proteger la libertad de las personas, en cambio, los DESCA se adscriben a principios de igualdad.*

Así, en tanto los derechos civiles y políticos permitirían a los hombres asumir responsabilidad sobre su propia existencia y otorgarles un margen de actuación necesario para que ellos mismos satisfagan sus necesidades y desarrollen su proyecto de vida, los DESCA, en cambio, *reflejarían una visión colectivista o comunitaria en detrimento y sacrificio de la libertad y la autonomía*.

Como se aprecia, al igual que los prejuicios de corte histórico y estructural, el presente prejuicio tiene como finalidad última *establecer, artificiosamente, una brecha dicotómica que separa a los derechos civiles y políticos de los DESCA*, atendiendo a los principios o valores que pretenden tutelarse en unos u otros: habría entonces una "lucha ideológica" que implicaría *decidir entre la protección y goce de las libertades, o la tutela y satisfacción de la igualdad entre los hombres*.

En efecto, lo que postula el referido prejuicio, en última instancia, es la necesidad de optar entre unos y otros derechos, esto es, *o se privilegian los derechos civiles y políticos, colocando a los principios de libertad como prioritarios sobre la satisfacción de la igualdad*, o se *está en favor de los DESCA, y por ende, de los principios de igualdad, relegando las libertades del ser humano.*

Ahora, la veracidad de tales juicios pretéritos que dan contenido al prejuicio de corte filosófico-axiológico, se ve racionalmente derribada, atendiendo a los siguientes argumentos: **(I)** la libertad admite diversas acepciones: positiva, negativa y fáctica, siendo que, *en todas ellas, pueden encontrar su lugar los DESCA*; **(II)** todos los derechos humanos -sean civiles y políticos o DESCA- *tutelan tanto principios de libertad,*

como de igualdad; y **(III)** los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos *derriban la supuesta necesidad de que se opte entre libertad o igualdad*, pues lejos de concebirse en términos antitéticos, tales axiomas, de hecho, *necesitan edificarse mutuamente para la adecuada protección del ser humano.*

3.3.1. Los DESCA como componentes integrales de la libertad en sus acepciones positiva, negativa y fáctica.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, desde un punto de vista analítico, "*la idea de libertad puede ser entendida tanto en sentido negativo como positivo"*[362]. La libertad negativa puede ser concebida como *"una esfera de inmunidad por la ausencia de interferencias arbitrarias*[363]*"* ya por parte de la autoridad, ya por parte de particulares. Mientras que la libertad positiva podría ser entendida como "*la posibilidad de definir los planes de vida propios y a participar en la construcción de los asuntos públicos*"[364].

En ese sentido, los DESCA jugarían un papel central en la libertad positiva, en tanto ésta no se limita a impedir las injerencias arbitrarias por parte de terceros, sino que se encuentra ligada a *"recibir aquellos recursos que permiten una vida libre"*[365]. Esto es, no podría aseverarse, válidamente, que una persona se encontrase en verdadera libertad si *se le privara del acceso y protección a la alimentación, salud, educación, agua o vivienda digna, entre otras necesidades básicas, no sólo para la supervivencia, sino para el desarrollo de la existencia en condiciones dignas.*

Como fue analizado en el primer capítulo de la presente investigación, acorde a Roosvelt, el hombre no sólo requiere de la libertad de expresión, de creencias y de vivir sin miedo, sino además de la *"libertad de vivir sin penuria"* –freedom from want–, y precisamente, esa libertad positiva, esto es, la posibilidad de desarrollar un proyecto de vida en condiciones dignas, no podría concretarse, *"a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos,*

[362] Figueroa García-Huidobro, Rodolfo. *Justificación del rol de las cortes […]*, op.cit. pág. 326.
[363] Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales…,* op.cit. pág.43.
[364] Ídem.
[365] Ídem.

sociales y culturales" [366].Así, es del todo dable afirmar, por ejemplo, que no sólo se viola la libertad de la persona cuando se la ataca física o moralmente "*sino también cuando se le priva de los medios de vivir con dignidad y se le niegan los requisitos materiales que le son indispensables para la plenitud de su existencia"*[367].

Sin salud, sin educación, sin alimento y sin las posibilidades de realización personal a través de una determinada actividad creativa o productiva, la existencia de la persona es reducida y degradada a un perpetuo ciclo de aflicción *que hace ilusorio el ejercicio de la libertad en su sentido positivo*, mismo que es consustancial para que la persona se encuentre en aptitud de generar un proyecto de vida. Por ende, como bien apunta Rodolfo Vásquez, el acceso a bienes y recursos *"se presenta entonces como una condición necesaria […] para una vida autónoma y digna"*[368].

Reiterando lo dicho por Alexy, *"existen libertades muy diferentes que tienen que ser interrelacionadas para poder llegar a una situación de total libertad justificable"*[369]. Acorde con dicho jurista, una situación total de libertad, que no es más que la situación correcta o justa de la sociedad, "*no puede agotarse en una maximización de la libertad jurídica negativa que consista en la ausencia de mandatos y prohibiciones"*[370]. Ello, pues esa concepción de la libertad desconocería que el Estado material y social de derecho, no sólo se circunscribe al Estado Interviniente, sino *"también el Estado que realiza prestaciones, previsor, que asegura y constituye la libertad"*[371].

Aunado a lo anterior, aun en la concepción más tradicional de la libertad, es decir, en su sentido negativo, debe tenerse en cuenta que ésta no pudiese realizarse debidamente *si se le sustrajera a la persona de los bienes humanos básicos que*

---

[366]Consultable en su versión digital en https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx

[367] Rodríguez Rescia, Victor. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano: Mecanismos para su protección*, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, XXII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos (derechos económicos, sociales y culturales), Estudios de Casos, Documentos de Referencia. Consultable en http://www.oda-alc.org/documentos/1366924736.pdf

[368] Vázquez, Rodolfo. *Derechos humanos: una lectura liberal igualitaria.* Universidad Autónoma de México. 2015. Ciudad de México. pág. 100.

[369] Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* op. cit. pág. 367

[370] Ídem.

[371] Ibídem. pág.365

son objeto de protección de los DESCA. En efecto, si por libertad negativa entendemos la existencia esfera de inmunidad por la ausencia de interferencias arbitrarias, luego, ésta puede conectarse con el derecho a ser protegido contra aquellas intrusiones *"en el control y disfrute de aquellos derechos sanitarios, laborales, educacionales o habitacionales básicos"*[372]. Por ende, "*sin un cierto grado de ausencia de situaciones económicas deficitarias (libertad negativa social) […] no puede haber ninguna situación total de libertad"*[373].

Como ha razonado Dworkin, los libertarios a ultranza, basados en la filosofía del *"laissez-faire"*, han argumentado que los recursos y bienes que posee un individuo *dependen de sus decisiones, no de las adoptadas por las autoridades estatales*, soslayando que, en realidad, *dependen de ambas.* Es así, pues *"el establecimiento político […] fija las oportunidades y consecuencias decisorias de cada individuo y para cada uno de los conjuntos de opciones relacionados con la educación, entrenamiento, empleo, inversión, productividad y ocio que puedan ser elegidos"*[374]. De donde se colige que, para poder contar con una existencia verdaderamente autónoma o con *una situación de total libertad,* fuerza es contar con aquellos recursos necesarios que permitan *desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad, la autoestima y la perfección del ser.*

Por otra parte, la libertad también ha sido concebida en forma "fáctica o material". Esta acepción libertaria se encuentra relacionada con la *"disponibilidad de los medios para realizar una acción"*[375]. Es decir, la libertad, para ser tal, requiere de las condiciones y recursos necesarios para poder desplegarla "en el mundo real", de lo contrario, los postulados libertarios quedarían en mera retórica en tanto la persona se encontraría imposibilitada para ejercerla día a día. Por ejemplo, se ha dicho, no sin razón, que la pobreza "*impide a los individuos que sufren de tal*

---

[372] Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales […],* op.cit. pág.43.
[373] Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales […],* op. cit. págs. 367-368.
[374] Dworkin, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge. 2011. pág. 353.
[375] Núñez Uribe, Andrea Liliana. *La exigibilidad de los derechos sociales […].* op.cit. pág. 30.

condición el ejercicio de su libertad […] hace reducir o desaparecer la esfera de autonomía moral de las personas"[376]*.*

El mismo Alexy ha defendido esta concepción "fáctica" de la libertad, misma que, incluso, es empleada por tal filósofo para fundamentar los DESCA. Tal acepción de la libertad, acorde al referido jurista, puede sintetizarse con base a la siguiente fórmula: *"la libertad jurídica de 'a' para realizar o no realizar la acción 'h' carece de todo valor, en el sentido de que es inútil, si, por razones fácticas, 'a' no tiene la posibilidad de elegir entre la ejecución o no ejecución de 'h"*[377]*.* De donde se colige que la libertad jurídica, para hacer u omitir algo, "*sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valo*r"[378].

La libertad es sólo real cuando se poseen las condiciones de la misma, los bienes materiales y espirituales en tanto presupuestos de la autodeterminación. Así, "*el derecho de libertad no tendría valor alguno sin los presupuestos fácticos para poder hacer uso de él"*[379]*.* Los derechos, por tanto, son normaciones "*no sólo del poder hacer jurídico, sino también del poder actuar realmente"*[380].

En esa tesitura, es dable colegir que *"las libertades individuales son frágiles y vacías si no se logra igualar a las personas en la satisfacción de necesidades básicas"*[381]*:* Una concepción libertaria, de este tipo, revindica a los DESCA *como elementos indispensables para las posibilidades de autonomía del ser humano* y para poder construir su propio proyecto de vida en condiciones de dignidad. Si la justicia consiste en una distribución igualitaria de la libertad bajo el criterio de que las diferencias de autonomía pueden estar justificadas si la mayor autonomía de unos sirve para incrementar la de los menos autónomos*, "entonces para promover la*

---

[376] Semeño Quezeda, Ángel. *Ciudadanía política, derechos sociales y democracia*. En *Los derechos sociales desde una perspectiva filosófica.* op. cit.pág. 67.
[377] Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op. cit. pág 486.
[378] ídem
[379] Ibídem. pág. 487
[380] Ibídem. pág. 489.
[381] Vázquez, Rodolfo. *Derechos humanos: una lectura […]*. op.cit. pág. XXI.

autonomía de los más débiles son exigibles deberes positivos por parte del Estado"[382]*.*

Sería entonces del todo inconsistente reconocer derechos referidos a la vida, la integridad física o las libertades y, al mismo tiempo, "*no admitir que los mismos resultan violados cuando se omite otorgar los medios necesarios para su goce y ejercicio"*[383]. Por ende, contrario a los opositores, detractores o escépticos de los DESCA, no es verdad que el ejercicio de éstos puedan ser concebidos como derechos que restringen la autonomía de la voluntad, es decir, como derechos contrarios a la libertad, por el contrario, *"la cobertura de ciertos bienes brindada por los llamados derechos sociales, permitiría justamente lo contrario, esto es, incrementarla"*[384]*.*

3.3.2. Libertad e igualdad: principios protegidos tanto por los DESCA, como por los derechos civiles y políticos.

Una vez analizado los diversos sentidos o entendimientos que pueden darse al concepto de "libertad", es menester precisar que, contrario a lo planteado por el prejuicio de corte filosófico-axiológico, *es falso que puedan y deban entenderse a los DESCA y a los derechos civiles y políticos como conjuntos de derechos que protegen, exclusivamente, o la libertad o la igualdad de las personas.*

En efecto, *"del mismo modo que los derechos sociales pueden ser vistos como derechos de libertad, los derechos civiles pueden ser vistos como derechos de igualdad"*[385]*.* Los DESCA, al igual que los derechos civiles y políticos, "*no están limitados a un único patrón formal sino que conllevan una amplia variedad de aspectos: libertades, obligaciones del Estado respecto de otros particulares y obligaciones de adoptar e implementar medidas positivas de variada índole"*[386]*.*

---

[382] Ídem.
[383] Ídem.
[384] Acuña, Juan Manuel*, Justicia Constitucional […].*.op.cit. pág.109.
[385] Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales […].* op.cit. pág.45.
[386] Courtis, Cristian. *Notas sobre la justiciabilidad del derecho a una vivienda adecuada*. En *La protección judicial de los derechos sociales.* op.cit. pág. 192.

Pensemos en el derecho humano al nivel más alto de salud física y mental, tal derecho no se reduce a la obligación estatal de tutelar el acceso a servicios e insumos de salud para toda persona, sin discriminación, sino que también "*entraña libertades"*[387]*.* Entre las libertades figura "*el derecho [de la persona] a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales"*[388].

Lo mismo acontece en tratándose del derecho humano al agua, pues tal derecho fundamental protege diversas libertades personales, como lo son, la libertad de *"acceso a un suministro de agua necesario*[389]*"* y la diversa a encontrarse libre *"de injerencias [en el goce al agua], como por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos".* Por su parte, el derecho humano al trabajo entraña, como una de sus libertades más básicas, el "*tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado"*.

Acorde con el Comité DESCA, esa definición subraya el hecho de que, el respeto a la persona y su dignidad, "*se expresa a través de la libertad del individuo para elegir un trabajo, haciendo hincapié al tiempo en la importancia del trabajo para el desarrollo personal, así como para la integración social y económica"*[390]*.* Luego, incluye el "*derecho de todo ser humano a decidir libremente aceptar o elegir trabajo. También supone no ser obligado de alguna manera a ejercer o efectuar un trabajo y el derecho de acceso a un sistema de protección que garantice a cada trabajador su acceso a empleo*[391]*".* De ahí que, tal derecho social y económico tutela en grado relevante *la autonomía y la libertad* del individuo para prestar sus servicios sólo en

[387] ONU. Comité DESCA. Observación general N° 14. "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)". E/C.12/2000/4. 11 de agosto de 2000. párr.8.
[388] Ídem.
[389] ONU. Comité DESCA. Observación general Nº 15 (2002), op.cit. párr.10.
[390] ONU. Comité DESCA. Observación general N° 18. E/C.12/GC/18. 6 de febrero de 2006. párr. 4.
[391] Ibidem. Párr. 6.

aquellas labores, empleos u oficios que desee realizar, conforme a su propio proyecto de vida.

Otro ejemplo lo constituye el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, misma que entraña, por una parte, la libertad de "*ejercicio de las prácticas culturales"*[392] y, por otra, el libre *"acceso a los bienes culturales"*[393]*.* Así el referido derecho social comprende las libertades a *"la participación en la vida cultural […] el acceso a la vida cultural, y […] la contribución a la vida cultural"*[394]*.* Incluso, el propio Comité DESCA ha sostenido que el "*derecho a participar en la vida cultural puede calificarse de libertad"*[395]*.*

Atento a lo anterior, es evidente que los DESCA no pueden ser concebidos como meros derechos que tutelan los principios de igualdad, como pretende hacer ver el presente prejuicio filosófico-axiológico, sino que, por el contrario, aparecen como *"instrumentos indispensables para dar a la libertad un contenido real y estabilidad en el tiempo"*[396]*,* asegurando las condiciones materiales que la posibilitan.

Análogamente, resulta del todo errado el aserto de que los derechos civiles y políticos *protegen meras libertades, delegando los principios de igualdad*, pues con ello se soslaya que la "*igualdad sustancial se puede promover por medio de la libertad"* [397]*.* Es decir, el ejercicio de la libertad y el respeto a la igualdad, son axiomas jurídicos que "*están íntimamente relacionados entre sí"*[398]*.* De hecho, el carácter universal de los derechos humanos "*conduce a la igualdad, cuyo corolario es la no discriminación"*[399].

---

[392] ONU. Comité de derechos Humanos. Observación general Nº 21. *Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturas)*. E/C.12/GC/21. 21 de diciembre de 2009. párr.6

[393] Ídem.

[394] Ibídem. párr. 15.

[395] Ibídem. párr. 6.

[396] Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales […].* op.cit. pág.45.

[397] Ávila Santamaría, Ramiro. *Los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*. En *La protección judicial de los derechos sociales.* op.cit. pág. 474.

[398] Ídem.

[399] Bazán, Víctor. *Los derechos económicos, sociales […].* op. cit. pág. 581

Como lo ha expuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el principio fundamental de igualdad y no discriminación "*ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico"*[400]. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley, "*constituye un principio básico y general relativo a la protección de [todos] los derechos humanos"*[401].

Lo anterior implica, en términos generales, que todas y cada una de las "libertades" reconocidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *debe respetar omnímodamente el principio de igualdad.* En otras palabras, *las libertades plasmadas en dicho convenio siempre aparejan, a su vez, el cumplimiento y tutela de principios de igualdad*.

La protección del principio de no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley, es tan básico, que se afirma en términos generales en el artículo 2 del citado pacto, en cuanto establece que todos los Estados partes se comprometen a respetar y a garantizar los derechos civiles y políticos *"sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*",

Ese aserto general no sólo se reafirma en el artículo 26 del mismo tratado internacional, sino que además se proyecta hacia cualquier otros derechos o situaciones, al preverse que *"[t]odas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación".*

Aunado a lo anterior, debido a su carácter básico y general, "*el principio de no discriminación así como el de igualdad ante la ley y de igual protección de la ley a*

[400] Corte IDH. Caso *Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310., Párrafo 138.
[401] ONU. Comité de Derechos Humanos. Observación general Nº 18 "No discriminación". 37º período de sesiones (1989). párr.1.

veces se establecen expresamente en artículos relacionados con determinadas categorías de derechos humanos"[402]. El artículo 3 del citado pacto establece que los Estados se comprometen *"a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos"*. El párrafo 1 del artículo 14, que consagra el derecho de acceso a la tutela judicial y a las garantías del debido proceso, establece que todas las personas "*son iguales ante los tribunales y cortes de justicia"* y el párrafo 3 del mismo artículo dispone que durante el proceso toda persona acusada de un delito *tendrá derecho, "en plena igualdad, a las garantías mínimas"*.

Por su parte, el artículo 25 de tal Pacto prevé "*la igualdad de participación de todos los ciudadanos en la vida pública"*, sin discriminación. Debiéndose precisar que la prosecución de la igualdad no se limita en la abstención de injerencias arbitrarias por parte del Estado, sino que además podrán "*adoptarse medidas positivas para promover la igualdad de oportunidades en los casos apropiados a fin de que todos los ciudadanos tengan igualdad de acceso a la función pública"*[403].

Esto es, la obligación de garantizar a las personas todos los derechos civiles y políticos, *en condiciones de igualdad sin discriminación alguna*, conmina a todos los Estados a adoptar "*todas las medidas necesarias para hacer posible el goce de estos derechos y que disfruten de ellos"*[404]. Esas medidas comprenden las de "*eliminar los obstáculos que se interponen en el goce de esos derechos en condiciones de igualdad, dar instrucción a la población y a los funcionarios del Estado en materia de derechos humanos y ajustar la legislación interna"*[405] a fin de dar efecto a las obligaciones enunciadas en el Pacto. El Estado parte no sólo debe adoptar medidas de protección "*sino también medidas positivas en todos los*

---

[402] Ibídem. párr.3.
[403] ONU. Comité de Derechos Humanos. Comentario General Nº 25(57), relativo al derecho de todo ciudadano a participar en la dirección de los asuntos públicos, el derecho a votar y a ser elegido, y el derecho a tener acceso a la función pública. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7 27 de agosto de 1996. párr. 23.
[404] ONU. Comité de Derechos Humanos. Comentario General Observación general N° 28 "La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3)". HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I). 29 de marzo 2000. párr.3.
[405] Ídem.

ámbitos"[406] a fin de garantizar el ejercicio de los derechos en forma efectiva e igualitaria.

Desde esta perspectiva todos los derechos civiles y políticos pueden conectarse *"tanto al principio de igualdad formal, que proscribe la discriminación, como al principio de igualdad sustancial, que obliga a compensar o a remover las desigualdades fácticas"*[407]. Es por ello que tales derechos, al igual que los DESCA, *tienen una profunda vocación igualitaria* que no sólo obliga a las autoridades a una conducta de abstención respecto al establecimiento de distinciones arbitrarias en el acceso y goce de tales derechos, sino que también imponen débitos de acción que tiendan a eliminar todos aquellos obstáculos jurídicos y fácticos que impidan alcanzar la igual consideración y respeto de las personas, esto es, *los derechos civiles y políticos también resultan consustanciales para lograr no sólo una igualdad de iure sino de facto*.

Atento a lo hasta aquí expuesto, es evidente que resulta del todo falsa y artificiosa tanto la caracterización de los DESCA como derechos de igualdad, como la de los diversos civiles y políticos como derechos de libertad. Unos y otros derechos establecen obligaciones complejas para la autoridad *que tienen por objeto tutelar tanto la libertad, como la igualdad jurídica y fáctica del ser humano*. En suma, no existe el supuesto imperativo decisorio para las personas y para el Estado que implique que, forzadamente y en todos los casos, se deba optar entre libertad o igualdad -y de paso calificar a los partidarios de los primeros como de "derechas" y a los segundos de "izquierdas-.

Afortunadamente, una concepción holística y seria de los derechos humanos, no obliga a que se elija entre uno y otro valor, sino más bien, reconoce que *tanto los DESCA, como los derechos civiles y políticos, se encuentran encaminados a lograr, a su vez, tanto la igualdad como la libertad del ser humano.* Es decir, a tutelar tanto el principio de igual trato factico y jurídico, como el principio de autovía de la persona; siendo que cambios principios, lejos de oponerse, se complementan

[406] Ídem.
[407] Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales […].* op.cit. pág.46.

mutuamente. Esa interconexión axiológica, precisamente, dota de contenido al siguiente argumento empleado contra el presente prejuicio.

3.3.3. Los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos como superación del prejuicio filosófico y axiológico.

Finalmente, una vez precisado que la libertad admite diversas acepciones que son congruentes con los DESCA y, que tanto éstos como los diversos civiles y políticos tutelan tanto principios de igualdad como de autonomía, debe tenerse en cuenta que, contrario a lo que pretender sostener los detentores del prejuicio de corte filosófico-axiológico, lejos de percibirse a la libertad y a la igualdad como principios antitéticos, éstos *se erigen como axiomas que necesitan edificarse mutuamente para la adecuada protección del ser humano.*

Esto es, no es dable concebir a los DESCA y a los derechos civiles y políticos, así como a los principios, valores o bienes que estos tutelan, *en términos de exclusión* sino por el contrario, éstos deben ser percibidos *como interdependientes e indivisibles*. En efecto, como fue reconocido en la Declaración y el Programa de Acción de Viena de 1993, todos los derechos humanos *"son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso"*[408].

El carácter de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos también se encuentra reconocida tanto por el PIDESCA como por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos[409]. Y es el caso de que numerosas observaciones generales emitidas tanto por el Comité DESCA, como por el Comité de Derechos Humanos, se adscriben a esa postura. Así, como ha sostenido Brems, *"en el discurso oficial*

[408] Conferencia Mundial de Derechos Humanos. "Declaración y el Programa de Acción de Viena". 25 de junio de 1993. Punto 5.

[409] En ambos preámbulos de los citados pactos, se establece: "Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales".

de los Estados así como en las organizaciones internacionales, existe consenso respecto de los principios de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos"[410]*:*

En otras palabras, actualmente la visión antitética de los derechos humanos y, consecuentemente, su percepción dicotómica, carece de una verdadera *seriedad académica.* Ello, pues como diversos pensadores e instrumentos nacionales e internacionales jurídicos han postulado, entre las dos "categorías" de derechos, "*no puede existir sino complementación e interacción y no compartimentación y antinomia"*[411]. De hecho, la universalidad, la interdependencia y, principalmente, la indivisibilidad, la irreversibilidad y la naturaleza complementaria de los derechos humanos *"parecieran conspirar contra la pulcritud semántica de la tesis que divide [...] a los derechos humanos"*[412]*.*

Existe una relación de interdependencia e indivisibilidad entre todos los derechos humanos, en virtud de los cuales tanto los DESCA, como los derechos civiles y políticos, asumen *"las dimensiones de los derechos subjetivos libertades, potestades, prestaciones e inmunidades"*[413]*.* Los DESCA y los derechos civiles y políticos se necesitan mutuamente para poder lograr su pleno goce, de donde se deduce que la vulneración a uno de ellos, incide y afecta a la totalidad de los derechos en su conjunto: de ahí que, lógicamente, *en el contexto de los derechos inherentes al hombre en virtud de su humanidad, los axiomas de igualdad y libertad, se complementan y se requieren mutuamente para su adecuado desarrollo y efectividad.*

Esta es una prueba de la interdependencia o interrelación de los derechos humanos: las obligaciones derivadas de un derecho humano particular usualmente se superponen a las obligaciones derivadas de otros derechos, "*de tal suerte que, al*

---

[410] Figueroa García-Huidobro, Rodolfo. *Justificación del rol de las cortes […].* op.cit. pág. 328.
[411] Bazán, Víctor. *Los derechos económicos, sociales […].* op. cit. pág. 549.
[412] Ibídem. pág. 552.
[413]. Núñez Uribe, Andrea Liliana. *La exigibilidad de los derechos sociales […].* op.cit. pág. 84.

proteger el primero, también se puede proteger el segundo"[414]*.* Por lo que, el deber de garantizar el ejercicio de algunos derechos civiles, "*conlleva ineludiblemente el deber del Estado de superar los obstáculos de índole económica y social que estorban su goce en plenas condiciones, y en consecuencia, se aproximan los espacios de la acción estatal en relación a una y otra categoría de derechos"*[415]. Por ende, resulta del todo artificiosa la percepción de que tales derechos pretenden tutelar principios irreconciliables.

La interdependencia resulta en ese marco no una mera aspiración teórica, "*sino el fundamento de una interpretación integradora de los textos legales a partir de la cual algunos conceptos que definen derechos civiles extienden su sentido hasta emparentarse con definiciones tradicionales de derechos económicos y sociales"*[416]*.* Así, por ejemplo, en la Declaración de Teherán, de 1968, en ocasión de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, se estableció que: *"[c]omo los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible".*

Como apunta Pisarello, tomarse en serio la tesis de la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos humanos "*supondría aceptar, en el plano axiológico, que todos los derechos, están vinculados a la tutela de valores similares"*[417]. A la expansión de la libertad y de la autonomía, desde luego, pero también al aseguramiento del principio de dignidad. En otras palabras, "*todos los*

---

[414] Courtis, Cristian. *El derecho a la alimentación como derecho justiciable: desafíos y estrategias".* En *La protección judicial de los derechos sociales.* op.cit. pág. 104.

[415] Abramovich Victor y Courtis Christian. *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales.* En *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Abregú, Martín y Courtis Christian (Comp). ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires., 1997. pág. 317.

[416] Ídem.

[417] Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus enemigos: elementos para una reconstrucción garantista"*. En *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis.* Valiño, Vanesa (Coord). ed. Observatori DESCA. Barcelona. 2009. pág. 17.

derechos, en efecto, podrían considerarse axiológicamente vinculados a la igual libertad o a la igual dignidad de sus destinatarios"[418]*.*

Ese carácter generalizable, precisamente, de todos los derechos, es el que justifica su igual fundamentalidad desde el punto de vista valorativo. No podríamos decir que la dignidad humana "*se halla a salvo donde existe, quizás, esmero sobre los derechos civiles y políticos -o sólo algunos de ellos, entre los más visibles- y desatención acerca de los otros"*[419]*.* En suma, el cuidadoso examen de los principios, valores y bienes que son objeto de tutela de los derechos fundamentales, dirige a una firme, y acaso inevitable conclusión: *su carácter integral*. Todos estos derechos, son el escudo protector del ser humano y, por ende, "*se reclaman, condicionan y perfeccionan mutuamente"*[420].

3.3.4. Algunas reflexiones finales acerca del prejuicio de corte filosófico-axiológico sobre los DESCA.

Una vez demostrada la falsedad de los juicios pretéritos que dan contenido al presente prejuicio sobre los DESCA -esto es, que unos derechos protegen exclusivamente la libertad, en tanto otros tutelan la igualdad, debiéndose entonces, optar entre uno u otro grupo de derechos-, estimo que existe una razón adicional por la cual, desde el punto de vista filosófico-axiológico, no es dable relegar a los DESCA en el sistema jurídico, ni subordinarlos a los derechos civiles y políticos, toda vez que aquellos derechos resultan de suma relevancia para efectos de permitir que el hombre desarrolle su existencia en condiciones de dignidad*, atendiendo a su funcionabilidad como instrumentos tendientes a la reducción o exclusión del sufrimiento humano.*

Como se ha razonado en el primer capítulo, a partir de la razón práctica se colige que los DESCA resultan consustanciales para permitir que el ser humano se encuentre en buenas posibilidades de participar en diversas formas básicas de su perfeccionamiento –human flourishing– y plenitud humanas –human fulfillment– y en esa

[418] Ídem.
[419] García Ramírez, Sergio. *Protección jurisdiccional internacional de los derechos […].* op. cit. pág. 131.
[420] Ibídem. Pág.130.

medida, *protegen al hombre, al menos en un cierto grado, contra el dolor y sufrimiento que conllevaría la denegación o limitación de tales bienes intrínsecos, por parte de actuaciones de terceros.*

El ser humano sufre en cuanto deja de "ser" al verse privado de aquellos bienes o perfecciones que ontológicamente le corresponden, como lo son la vida –para lo cual se requiere del acceso a la salud y alimentación–, el conocimiento –que precisa de acceso a la educación, en términos amplios– y la excelencia en la propia realización –que exige de acceso al trabajo y al juego en condiciones dignas–.

Por ende, desde un punto de vista filosófico, resulta evidente que la ausencia del goce de los DESCA, -o lo que es igual, *de* salvaguardas jurídicas que tiendan a proteger al ser humano contra la privación de sus bienes básicos, como lo es la vida, el conocimiento y la excelencia en la propia realización-, genera un *verdadero desgarramiento o empobrecimiento ontológico, que conlleva siempre un sufrimiento en el ser humano.*

Al carecer de una adecuada protección a través de los DESCA, el hombre se ve abandonado a merced *de la privación de sus bienes humanos básicos a la vida, al conocimiento o a la propia realización a través del trabajo y el juego* y, con ello, al sufrimiento que les es generado a consecuencia de la privación o deformación de sus capacidades y potencialidades para lograr su plenitud humana. Al dejar en un papel relegado a los DESCA, el Estado, ya por incapacidad, ya por renuencia, carece de aptitud de *iure* y de *facto* para proporcionar soluciones al sufrimiento generado por las *enfermedades, la hambruna o la ignorancia, entre otras.*

En ese entendido, desde un punto de vista filosófico-axiológico, los DESCA se presentan como instrumentos necesarios para dar respuestas o soluciones, al menos en cierto grado, al dolor y sufrimiento de la humanidad, lo cual, indubitablemente, *se constituye como una razón fuerte para que, en todo Estado de Derecho se les tome en cuenta "seriamente"; se les reconozca el mismo carácter fundamental que los diversos derechos civiles y políticos, tanto normativa como filosóficamente, y se admita la imperante necesidad de lograr su adecuada justiciabilidad en el sistema jurídico.*

Como apunta Rodolfo Vázquez, una sociedad tiene que ser *decente, moderada y justa,* lo cual implica de suyo, entre otras cuestiones, erradicar la crueldad y los daños generados a la población. Por ende, es tarea de una sociedad liberal *"evitar el sufrimiento y construir una sociedad libre a partir de la ausencia de temores y de la eliminación, con todos los instrumentos políticos y legales a la mano, del miedo al miedo"*[421].

Una sociedad decente, se preocupa porque las personas *no sean humilladas y no sufran tratos crueles y degradantes*. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que, si el desempleo, la pobreza, las enfermedades prevenibles y que pueden ser atendidas y curadas con el tiempo, la ignorancia, la imposibilidad de acceder a espacios públicos culturales, el trato al prójimo en forma no humana, *"son situaciones humillantes"*[422], luego, la ausencia total de su combate o erradicación por parte de un Estado, *resulta contraria a la formación de una sociedad decente.* Máxime cuando tales aflicciones no se tratan de desgracias naturales, sino *"acciones u omisiones deliberadas o susceptibles de ser orientadas o reorientadas por la acción humana"*[423].

De hecho, una de las formas más grotescas de humillación "*es pensar que todos esos males son producto de fuerzas naturales contra las que sólo cabe esperar una actitud de resignación"*[424]. Como se ha postulado desde el primer capítulo, el Derecho puede y debe proporcionar la "respuesta" o "solución" a dichas formas de sufrimiento humano, precisamente, a través de los DESCA: *a la hambruna, a través del derecho a la alimentación, a las enfermedades, a través del derecho a la salud, al desempleo a través del derecho al trabajo y a la ignorancia, a través del derecho a la educación.*

De lo contrario, la persona que se ve privada de la salud, alimentación, educación o de las posibilidades de realizarse a través de ciertas actividades –el trabajo o el juego

[421] Vázquez, Rodolfo. *Derechos humanos: una lectura […].* op.cit. pág. 109.
[422] Ibídem. pág. 110.
[423] Ídem.
[424] Ídem.

en términos Finnisianos–, *se encontrará atrapada en una fortificación generada por el peso del sufrimiento que depara el que se le prive de las dimensiones centrales de su perfeccionamiento y plenitud humanas*. Es por ello que el sufrimiento s*e opone a la vida humana, contrariando lo que de específico tiene el movimiento vital.* Tal oposición a la vida humana *debe encontrar alguna resistencia en la sociedad,* al menos, mediante la adecuada protección de diversos bienes humanos básicos o dimensiones centrales de las perfecciones humanas -la vida; el conocimiento y la excelencia en la realización– *que, precisamente, tutelan los DESCA*.

En ese sentido, si como se ha reiterado, los DESCA son funcionales para dar respuestas o soluciones al sufrimiento humano, *es evidente que su pleno goce y justiciabilidad no pueden constituir un tema marginal para el sistema jurídico ni para la filosofía del Derecho.* En tanto no se asegure el pleno goce de los DESCA se permite que el ser humano quede a merced de la privación indebida de sus bienes básicos –ya por autoridades, ya por entes privados–, lo cual siempre genera algún tipo de sufrimiento, precisamente, porque significa *la pérdida de las oportunidades que la persona tiene para acceder a las dimensiones centrales de su perfeccionamiento –human flourishing– y para aspirar a una plenitud de existencia –human fulfillment–*.

4. Segunda etapa de justiciabilidad de los DESCA ¿los jueces cuentan con legitimidad y capacidad técnica para adjudicar tales derechos?

Una vez redescubierto los juicios pretéritos que dan contenido a los prejuicios de corte histórico, estructural y filosófico-axiológico de los DESCA, así como su falsedad, se procede a examinar la segunda etapa de justiciabilidad de tales derechos. A diferencia de la etapa previa que ubicó el debate en un plano puramente ideológico, a partir de concepciones equivocas de los DESCA, la presente etapa se centra ya no propiamente en la naturaleza de tales derechos, *sino en las capacidades y posibilidades normativas y fácticas con las que cuentan los jueces y tribunales para adjudicarlos.*

En otras palabras, la presente etapa centra el debate no ya meramente en la supuesta diferenciación entre los DESCA y los derechos civiles y políticos, *sino en*

los alcances de la función jurisdiccional para examinar las *controversias que se susciten con motivo de las violaciones acaecidas a los DESCA por parte de las autoridades estatales.* De lo que se trata, en suma, *es en cuestionar las aptitudes y credenciales, ya técnicas, ya democráticas, de las Cortes* para dictar fallos que decidan sobre la forma en cómo tales derechos deben ser cumplimentados y, en su caso, las medidas reparatorias que debe realizar la autoridad en tales asuntos.

El "ataque" de los detractores, opositores o escépticos de los DESCA *ya no se dirige únicamente contra los derechos mismos*, sino contra la supuesta *incapacidad de que los jueces puedan pronunciarse sobre las transgresiones alegadas contra el efectivo cumplimiento de tales derechos humanos.* Las deficiencias o los derroteros de la justiciabilidad de los DESCA, entonces, no se ubican, propiamente, en la naturaleza de tales derechos, *sino en la naturaleza de las funciones jurisdiccionales que, supuestamente, harían inviable el que los jueces se entrometan en la elaboración de las políticas públicas, en la asignación o reasignación de recursos presupuestales, o bien, en la forma en cómo puede y debe decidirse la distribución de los dineros destinados a sectores como la salud, seguridad social, educación o alimentación.*

Si los Tribunales no pueden o no deben pronunciarse sobre tales cuestiones, luego, se colige que sería inviable la justiciabilidad de los DESCA, pues éstos, *aunque derechos fundamentales, sólo podrían ser exigibles por vías no jurisdiccionales.* Al respecto, consideramos que las argumentaciones contra la justiciabilidad de los DESCA, planteadas en esta etapa, pueden catalogarse en dos grandes rubros: **(I)** que los jueces carecen *de legitimidad* para esa función; y **(II)** que los jueces carecen *de capacidad técnica* para adjudicar los DESCA.

Luego, el debate planteado en esta segunda etapa de justiciabilidad de los DESCA se encuentra enmarcada en dos nociones respecto a la función jurisdiccional, *la legitimidad y la capacidad*. Tales elementos sirven de sustento para formular sendos razonamientos en contra de la posibilidad de que los DESCA puedan ser susceptibles de adjudicación. Así, es menester atender a tales argumentos, así como a las contra argumentaciones que han reprochado la solidez de aquellos.

4.1. La crítica contra la carencia de legitimación de los jueces para adjudicar los DESCA.

Como se ha mencionado, el primer frente de oposición contra la posibilidad de que hacer justiciables a los DESCA, radica en la supuesta ausencia de legitimación democrática de los jueces. Ese planteamiento se basa en la suposición de que, cuando los jueces deciden sobre cuestiones relacionadas con políticas públicas o normas en materia de la salud, la educación, la vivienda o la alimentación, *se sustituyen en los servidores públicos electos democráticamente, imponiendo su punto de vista sobre el de los representantes del pueblo, en quienes les ha sido depositada primariamente esa responsabilidad social, al tiempo que esa función o intromisión en políticas y leyes de índole sociales y económicas, se traduce en una vulneración al principio de división de poderes.*

La resolución del juzgador, bajo esa concepción, sería *contra-mayoritaria* y, en última instancia, *antidemocrática*. Al adjudicar los DESCA, los tribunales y juzgadores ofenderían los principios democráticos y la doctrina constitucional de la separación de poderes. Ello, pues como lo han manifestado algunos autores, en tan pocos escenarios como en la decisión sobre la *disponibilidad, asignación o reasignación presupuestaria* en materia educativa, de salud, vivienda o alimentación, por citar algunos DESCA, resulta tan necesario y relevante que "*la voz de cada uno [de los ciudadanos] tenga el mismo peso"*[425]*.*

En esos contextos, se ha dicho que resulta indispensable la existencia de una verdadera deliberación democrática tanto al interior de los órganos democráticos, como entre quienes representan al electorado y los propios ciudadanos. Tales decisiones, se argumenta, *no deberían dejarse en manos de los juzgadores, quienes carecen de ese respaldo popular*, sobre todo en cuestiones tan relevantes como en la forma en que debe y puede destinarse el erario público en tratándose de los DESCA.

[425] King, Jeff *Judging Social Rights*. op.cit.pág.5.

En su famoso ensayo, "*Social and Economic Rights: A Critique*", Aryeh Neier sostiene que en temas públicos referentes a la vivienda, educación, seguridad social, derecho al trabajo o la salud, "*nos adentramos en un territorio que resulta inmanejable a través del proceso judicial y que invade un área fundamental donde el proceso democrático debe prevalecer"*[426]*.* Retirar del proceso democrático las cuestiones relacionadas con políticas económicas, *"implica extraer el corazón de la democracia misma"*[427]*.*

Por ende, tales cuestiones deberían ser debatidas en el proceso democrático, con las legislaturas representando al público y con el público influenciando, a su vez, a las legislaturas. Sugerir lo contrario, *"menospreciaría el concepto mismo de la democracia, al privársele de una parte esencial de su función"*[428]*.* Todo ciudadano debería tener la posibilidad de participar en tales discusiones -qué hacer con los recursos públicos y cómo manejar cargas económicas estatales-, por lo que estos debates no deberían ser resueltos por una sola persona que, supuestamente, está ejerciendo una *sabiduría superior a la popular o a la de sus representantes democráticos, esto es, el juzgador.*

La referida crítica no sólo es democrática, sino también institucional. Siguiendo esta línea de argumentaciones contrarias a la adjudicación de los DESCA, cuando los jueces y tribunales deciden sobre la pertinencia las políticas públicas y leyes atinentes a la educación, vivienda, seguridad social o alimentación, entre otras, *invaden la esfera de facultades que le corresponde tanto al Poder Ejecutivo y Legislativo, a quienes les ha sido encomendada la dirección de las decisiones gubernamentales en tales ámbitos*. De ahí que, al fallar y entrometerse en tales materias, *los jueces transgreden activamente el principio de división de poderes* y, consecuentemente, el equilibrio constitucional que debe tutelarse en todo Estado de Derecho.

---

[426] Neier, Aryeh. *Social and Economic Rights: A Critique.* Human Rights Brief 13, no. 2 (2006). pág. 1.
[427] Ibídem. pág. 2.
[428] Ídem.

Como se aprecia, a diferencia de lo acaecido en la primera etapa de justiciabilidad de los DESCA, las referidas argumentaciones no se traducen únicamente en prejuicios o razones artificiosas que carezcan de méritos. Por el contrario, los planteamientos de carencia de legitimación de los jueces para adjudicar los DESCA, *son argumentos razonables y cuentan con la seriedad necesaria para ser analizados con profundidad.*

No se está pues, ante la presencia de meros prejuicios ideológicos, sino de ciertas *preocupaciones legítimas* respecto a las repercusiones que acarrea la justiciabilidad de los DESCA. En suma, las defensas contra los DESCA en esta etapa tienen una connotación más sofisticada y racional. Cuando se habla de la carencia de legitimación de los juzgadores, se genera un debate mucho más interesante y profundo para la dogmática jurídica que, incluso, *cuestiona el rol mismo que deben tener tanto los jueces, como la justicia constitucional, en una sociedad verdaderamente democrática.* Deliberar sobre democracia y adjudicación de derechos humanos, es una ardua tarea.

Sin perjuicio de lo anterior, a lo largo de las últimas décadas se han suministrado una serie de contra-argumentaciones que han demostrado que tales preocupaciones *encuentran una superación jurídica-racional que avala y justifica las razones por las que la adjudicación de tales derechos humanos, en realidad, no afecta los principios democráticos y de división de poderes, sino que por el contrario se conforman a éstos*. De hecho, resulta argumentable que la justiciabilidad de los DESCA *permite preservar y maximizar el principio democrático, al tiempo que logra establecer un sistema de pesos y contrapesos que coadyuva a la formación justa del Estado de Derecho.*

Así, en principio, se analizaran aquellos razonamientos que permiten dar respuesta a las objeciones respecto a la carencia de legitimación democrática de los jueces y, posteriormente, se expondrán los diversos que han permitido solventar la diversa problemática atinente a que los DESCA pudiesen vulnerar el principio de división de poderes.

4.1.1. La crítica contra la carencia de legitimación democrática de los jueces para adjudicar los DESCA.

En principio, atendiendo a lo ya manifestado al momento de analizarse la primera etapa de justiciabilidad de los DESCA, debe partirse de una premisa fundamental: *tanto los DESCA como los derechos civiles y políticos contienen obligaciones positivas, como negativas, tanto onerosas, como gratuitas; de ahí que los problemas que, en su caso, derive de su adjudicación, son de carácter común.*

Todos los derechos humanos *son complejos* en la medida en que son vectores de distintas obligaciones estatales. Asimismo, la protección de todos los derechos, incluso de las libertades civiles, *tiene costos económicos y supone un arbitraje entre usos alternativos de recursos escasos*. En ese sentido, el problema de la carencia de legitimación democrática de los jueces para adjudicar los DESCA, *no se traduce en una problemática exclusiva de tales derechos fundamentales, sino que atañe a la justiciabilidad de los derechos humanos, en su conjunto.*

Ante ese escenario, la defensa inmediata contra el argumento "anti-democrático o contra mayoritario" en análisis, radica en que, por una parte, *las preocupaciones esgrimidas por los opositores de la justiciabilidad de los DESCA, son igualmente aplicables a los derechos civiles y políticos, por lo que su aceptación categórica, implicaría, en última instancia, que los jueces se encontrasen imposibilitados para hacer justiciables los derechos humanos como tal.* Ciertamente, esa posibilidad, *no podría ser admisible ni deseable en ningún Estado de Derecho*. La esfera de la indecible, el coto vedado o barrera infranqueable de juridicidad que deriva de los derechos que detenta la persona en virtud de su humanidad, históricamente hablando, ha demostrado la necesidad indispensable de que los Estados limiten orienten sus acciones dentro del marco de los derechos humanos.

Es cierto que pudiesen existir algunas divergencias entre la adjudicación de los DESCA y los derechos civiles y políticos, pero como se ha expuesto a lo largo de este capítulo, *éstas serían de grado, más que diferencias sustanciales;* de ahí que ese argumento de supuesta carencia de legitimación democrática del juez no resulta

en forma alguna exclusiva de los DESCA*, sino que se trata, en todo caso, de problemas comunes de justiciabilidad de los derechos humanos.*

Asimismo, en esa línea de pensamiento, debe recordarse que, atendiendo a la naturaleza compleja de los derechos humanos que comporta un abanico de obligaciones para las autoridades estatales, se desprende los críticos de los DESCA soslayan que, *no en toda adjudicación de tales derechos se suscitarían problemas relacionados con el cuestionamiento de políticas de índole presupuestario y social y. por ende, con temas que deban ser "debatidos y solventados mediante deliberación democrática".*

En efecto, como ya se ha razonado, en diversos ámbitos de adjudicación de los DESCA, el Tribunal *no requerirá inmiscuirse en cuestiones relacionadas con el presupuesto público, ni en la asignación o reasignación de recursos públicos*. Ello, pues es falso que los DESCA sólo impongan obligaciones positivas y presupuestalmente onerosas, ya que tales derechos fúndateles también imponen una gama de débitos negativos que, *virtualmente, no representan mayores costos al erario público*, como lo son las obligaciones negativas de *no entorpecer o impedir el acceso o disfrute de tales derechos, o bien, abstenerse de discriminar respecto al goce de los DESCA.*

Así, la existencia de este tipo de obligaciones, prima facie, *elimina las supuestas barreras para la justiciabilidad de los DESCA*, pues tales débitos negativos establecen límites a la actuación de la autoridad y, por ende, *la materia del fallo respectivo sencillamente vincularía al ente estatal a que se abstenga de realizar aquella acción no respetuosa de dichos derechos; lo cual no conllevaría la intromisión de la forma en cómo deben erogarse los recursos públicos ni vulneraría el principio democrático.*

En suma, existen una pluralidad de escenarios en los cuales la justiciabilidad de los DESCA atañería al cumplimiento de diversas obligaciones *que en forma alguna exigen la revisión de cómo y en qué forma deben erogarse los recursos públicos,* sino que, simplemente, se verificaría que la conducta estatal sea consecuente con

los débitos negativos que le son impuestos a virtud de tales derechos, como lo es, por citar algunos ejemplos, la proscripción de realizar desahucios forzosos, la prohibición de impedir que los trabajadores ejerzan su derecho a la huelga o la diversa obligación de "no interferir" o "no impedir" a las personas ejercer su derecho a participar en la vida cultural. En esos escenarios, simplemente, *el argumento de la supuesta carencia de legitimación democrática de los jueces, resulta verdaderamente inadecuado.*

Ahora bien, fuera de tales supuestos, es menester cuestionarse si, como lo aducen los detractores, escépticos u opositores de los DESCA, el hecho de que los jueces se pronuncien, revisen y en su caso, invaliden ciertas políticas públicas y normas generales que atañan a la forma en cómo se van a destinar recursos en materia social, o bien, constriñan a la formulación o reformulación de éstas, *en realidad constituye una violación al principio democrático.*

Estimamos que la respuesta a tal interrogante dependerá de la concepción que uno tenga acerca de la democracia. Si partimos de una concepción *simplificada, romantizada o idealizada del principio democrático,* podría argumentarse que, de hecho, toda invalidez de decisiones mayoritarias por parte de los juzgadores, en sí y por sí misma, resultaría anti-democrática. Empero, la democracia, como se explicará en seguida, es *una noción mucho más compleja y sofisticada que la idea de que ésta se reduce simplemente a la voluntad de las mayorías*.

En efecto, la prueba reinante de la existencia de una verdadera democracia, hoy en día, radica en la creciente aceptación y ejecución de la idea de que *"la democracia no es lo mismo que la regla de las mayorías; en una democracia real las minorías son titulares de protecciones legales que tienen forma de Constituciones escritas, mismas que, ni siquiera, una asamblea elegida democráticamente puede cambiar"*[429].

Es cierto que la democracia comporta un compromiso con la "voluntad popular" como pilar fundamental del gobierno, pero también lo es que esa voluntad no se

[429] Yusuf, Salma. *The Rise of Judicially Enforced […]. op.cit. pág. 761*

encuentra depositada en sólo algunas de las instituciones del gobierno, sino que "*se extiende al sistema gubernamental como un todo"*[430].La legitimación democrática de una determinada institución estatal, entonces, no sólo se deriva de su "representatividad popular", sino que también consiste en su capacidad *para realizar o desempeñar la función social que constitucional y legalmente le es encomendada por los ciudadanos*. Así, la legitimación democrática de los jueces, como estima Fiss, deriva de su función social consistente en "*dotar de un significado concreto a los valores públicos contenidos en normas jurídicas"*[431].

Aunado a lo anterior, la democracia, para ser tal, no sólo requiere del respeto de ciertas pre-condiciones para su realización, *sino de diversas directrices y limitaciones que permitan balancear o mitigar las deficiencias inherentes a los procesos democráticos;* es ahí donde la revisión judicial, juega un papel relevante en la conformación de una sociedad democrática.

Como aduce Bobbio, una de las exigencias o requisitos indispensables para la existencia de una verdadera democracia, radica en la garantía de *los llamados derechos inviolables del individuo.* Ello, pues tales derechos "*son el supuesto necesario del correcto funcionamiento de los mismos mecanismos fundamentales procesales que caracterizan un régimen democrático"*[432]. Así, las normas constitucionales que atribuyen estos derechos *"no son propiamente reglas del juego: son reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego"*[433].

En esa inteligencia, los DESCA, en tanto derechos fundamentales, *son concebibles como exigencias sine qua non para la democracia.* Ello, si se parte de la base de que, como se ha razonado, tales derechos se erigen como *"un prerrequisito de la democracia"*[434], pues es del todo argumentable que, entre otras cuestiones, la

---

430 Fiss, Owen. *The New Procedure*. Faculty Scholarship Series. Paper 1213. Yale Law School. 1985. pág. 213.
431 Ídem.
432 Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica. México. 2001. pág. 26.
433 Ídem.
434 Langford Malcolm. *The justiciability of Social Rights: From Practice to Theory*. En *Social Rights Jurisprudence […].* op. cit. pág. 32.

protección y salvaguarda de los DESCA *"provee una base estable a partir de la cual el ciudadano puede realizar su rol político*"[435]. Como lo ha señalado el Tribunal Federal Suizo *"la garantía de las necesidades humanas básicas como la alimentación, vestido y vivienda es la condición para la existencia humana como tal. Al mismo tiempo, es un componente indispensable para una democracia constitucional"[436].*

Las reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego democrático, para usar el lenguaje de Bobbio, no pueden ser cumplimentadas simplemente por la tutela y reconocimiento de llamados derechos civiles y políticos, pues *para que los ciudadanos se encuentren en aptitud, entre otras cuestiones, de participar en la deliberación pública, en votar y ser votado, es indispensable que puedan acceder y gozar de los bienes humanos básicos que permitan desarrollarse en forma real en tales ámbitos socio-políticos.*

El argumento no sólo es filosófico, en cuanto al entendimiento d*e la libertad positiva, negativa y fáctic*a -a las que se ha referido en el presente capitulado-, sino *también parte del reconocimiento del principio de interdependencia de los derechos humanos*. Por ejemplo, en la notable sentencia del caso Brown vs Board of Education, la Suprema Corte de los E.E.U.U. reconoció la "*importancia de la educación para la sociedad democrática"[437]*, en tanto ésta "*es requerida para la realización de las más básicas responsabilidades públicas […] es el fundamento mismo de una buena ciudadanía"[438].*

En esa tesitura, si los derechos humanos, como lo son los DESCA, se constituyen en requisitos o pre-condiciones indispensables para la existencia de la democracia, esto es, no sólo como principios que orientan y regulan los procesos democráticos y sus resultados, *sino como axiomas pre-existentes a éstos y que los posibilitan,* luego, resulta evidente que *la revisión judicial sobre su recto cumplimiento y*

[435] Ídem.
[436] Ibídem. pág.33
[437] Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)
[438] Ídem.

efectividad, lejos de verse como una cuestión anti-democrática, constituye en realidad la garantía del mantenimiento de este tipo de gobierno.

En esa inteligencia, como apunta Dworkin, la justicia constitucional resulta necesaria *"porque son los jueces los encargados de velar por las precondiciones de la democracia"*[439]. Esto es, la función de los jueces "*no consiste en expresar en sus fallos la voluntad popular sino, por el contrario, en poner límites a los posibles extravíos inconstitucionales de los representantes de esa voluntad*"[440].

La Constitución establece cuestiones *que se encuentran fuera del ámbito del debate público y de las decisiones mayoritarias*, *protegiendo así no sólo los requisitos para la existencia de una sociedad democrática, sino para asegurar su adecuado desenvolvimiento;* de ahí que cuando los jueces velan por la protección de tales cuestiones jurídicas, *se constituyen en garantes de la democracia misma*.

Así, la actividad jurisdiccional puede ser entendida *no como un enemigo de la democracia, sino como parte de su sustento y fortalecimiento*. Nos explicamos, la labor que la realizan los juzgadores para obligar a que el Estado cumplimente con los DESCA, *permitiendo impulsar aquellas libertades que requiere el ser humano para poder, si quiera, estar en aptitud de desarrollar un proyecto de vida en condiciones de dignidad,* así como para lograr, el menos en cierto grado, la exclusión o reducción del sufrimiento humano y, por ende, abonar a la construcción de una sociedad decente, puede interpretarse como una labor de vital importancia para *"preservar las condiciones de la democracia, con la cual, el activismo judicial, lejos de poder ser considerado antidemocrático, estaría encaminado al mejoramiento de la calidad democrática"*[441].

El argumento "anti-mayoritario" en análisis parte de una *concepción purista* y, a nuestro juicio, *extremadamente optimista del proceso democrático* y de los servidores públicos electos mediante el voto popular. No debemos subestimar las

[439] Vázquez, Rodolfo. *Derechos humanos: una lectura […]*. op.cit. pág 133.
[440] Ibídem. pág. 134.
[441] Acuña, Juan Manuel, *Justicia Constitucional […].*op.cit. pág. 45.

plausibles deficiencias que acompañan al proceso democrático, así como la necesidad de que, *a la voluntad popular y a la deliberación pública, se impongan ciertas limitantes.* En efecto en las democracias representativas, la tutela de los derechos humanos y de los principios constitucionales, *"no pueden encomendarse de manera exclusiva a los órganos legislativos escasamente sensibles a aquellas demandas que no se traduzcan en beneficios electorales inmediatos o que escapan de la agenda de prioridades políticas"*[442].

Así, el Poder Judicial, si bien no es el órgano primigenio en el cual se deba depositar la realización y cumplimiento de los DESCA, lo cierto es que resulta una *vía subsidiaria* de suma utilidad para *dar voz a quienes, precisamente, no se les ha dado una debida consideración en el proceso democrático*; a quienes se encuentran marginados por decisiones mayoritarias y, en general, para otorgarle al ciudadano un instrumento institucional adecuado para someter al escrutinio constitucional si las decisiones, políticas o normas emitidas por los órganos democráticos se ajustan a parámetros jurídicos que tutelen la dignidad humana y si el Estado está cumplimentando con las obligaciones constitucionales e internacionales que ha adquirido en materia de derechos humanos.

En esa inteligencia, el control judicial de las políticas sociales y económicas podría verse no como una restricción al principio democrático, sino como *"una condición para su mantenimiento en el tiempo y para su adecuación a los elementos nucleares del Estado"*[443]*.* No resulta desventurado afirmar -al menos la experiencia general ha dado cuenta de ello- que los gobiernos y las democracias *no siempre son exitosas en lograr el pleno respeto y protección de los derechos fundamentales*.

Existen diversos defectos en las sociedades democráticas que resultan patentes -mayorías que no prestan atención a los reclamos minoritarios; representantes populares que no velan por los intereses de sus electores; la tendencia partidista de dar prioridad a aquellas cuestiones que tiendan a la preservación en el poder, sobre las necesidades del pueblo, entre otras-, de ahí que la existencia de mecanismos complementarios de rendición de cuentas y de vigilancia

[442] Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales […].* op.cit. pág.93.
[443] Ídem.

de la actuación de los órganos públicos, a través del escrutinio judicial, *resultan indispensables para hacer frente a tales deficiencias del sistema democrático y evaluar que aquello que haya sido excluido o marginado de tal proceso deliberativo, no resulte en una afectación o denegación de la dignidad humana.*

El proceso judicial, entonces, provee un foro complementario de carácter trascendente para que *"los individuos y los grupos puedan hacer escuchar su voz*[444]*"* y no sólo eso, sino que constriñen a los cuerpos políticos a que *ésta sea tomada en cuenta y no quede relegada al olvido o la marginación social.* Asimismo, el proceso judicial no sólo tiene la posibilidad de brindar una plataforma para hacer visibles a ciertos grupos o individuos, *sino también para poner a la vista de las autoridades diversas necesidades públicas que no han sido consideradas, o bien, no se encuentren atendidas debidamente.*

Ciertamente, el Poder Judicial no está llamado a ser el protagonista a la hora de hacer efectivos los DESCA, pues es evidente que tarea recae primariamente en los órganos políticos y sólo, subsidiariamente, en los jueces y tribunales que deberán revisar ya sea la inacción de cumplimentar con tales derechos, o la regularidad constitucional de las medidas que se han emitido para esos propósitos. Empero, sí resulta adecuadamente provocado, el Poder Judicial *"puede ser un poderoso instrumento de formación y al mismo tiempo de desarticulación de algunas políticas públicas en el área social"*[445], con impacto directo en la vigencia de los DESCA.

Los Tribunales constitucionales, en ese contexto, fungen como plataformas o medios institucionales para verificar que los derechos de las personas *no se encuentren a merced de políticas partidistas ni vaivenes electorales*. Por ende, en esa función revisora, aportan a la *"integración y estabilización de los sistemas políticos plurales, pero evitan también que surja una idea de estabilidad e integración que rechace el cambio; [ya que] cuando defienden libertades […] apoyan*

---

[444] Langford Malcolm. *The justiciability of Social Rights: From Practice to Theory*. En *Social Rights Jurisprudence […]*. Op. cit. pág. 33.
[445] Abramovich Victor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles.* op.cit. pág.118.

intereses que no se pueden organizar y que por ello han sido descuidados en el sistema pluralista"[446]*.*

En efecto, los fallos emitidos en materia de los DESCA, pueden constituir importantes vehículos para "*canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, expresadas en términos de afectación de derechos, y no meramente de reclamo efectuado, por ejemplo, a través de actividades de lobby o demanda político-partidaria"*[447]. En esa inteligencia, más que irrumpir o socavar el proceso democrático, la *vía judicial se erige entonces como un medio complementario a éste que permite fortalecer la democracia,* al incluir en los procesos democráticos *diversas demandas que han tenido un trato rezagado o nulo por los poderes políticos, así como al darle importancia a los grupos o clases sociales cuya voz ha quedado marginada en la agenda gubernamental*.

Máxime si se tiene en cuenta que el proceso judicial, en un ejercicio del control del parámetro de la regularidad constitucional, permite *traducir los problemas sociales en un lenguaje de derechos humanos,* lo cual implica verificar que las decisiones mayoritarias y las emitidas por los representantes populares, *se encuentren apegadas a ciertos parámetros de dignidad y decencia que deben ser respetados en todo Estado de Derecho.*

Es decir, las decisiones judiciales pueden tener también efectos simbólicos en el sector social beneficiado, "*a medida que los miembros y las organizaciones adoptan el lenguaje de derechos para estructurar sus reclamaciones futuras"*[448]*.* Por ende, los problemas sociales urgentes, como la malnutrición, el acceso a la educación y los servicios de salud, son redefinidos por los jueces y tribunales como "*violaciones*

---

[446] Grimm, Dieter. *Jurisdicción constitucional en el Sistema democrático.* En *Tribunales Constitucionales y Democracia*. Dirección General de Planeación de lo Jurídico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Comp).ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, Ciudad de México. 2010.pág. 293.

[447] Langford Malcolm. *The justiciability of Social Rights: From Practice to Theory.* En *Social Rights Jurisprudence […].* op. cit. pág. 33.

[448] Rodríguez Garavito, Cesar y Rodríguez Franco, Diana. *Juicio a la exclusión El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. ed. Siglo veintiuno. Buenos Aires. 2015. pág. 47.

de los derechos a la alimentación, la educación, la salud y la vivienda digna, respectivamente"[449]*.*

Dejando a un lado el argumento del equilibrio en el proceso democrático que juega la justicia constitucional, así como la vía judicial como una forma de hacer visibles o relevantes, tanto los temas o necesidades que pudiesen encontrarse marginados públicamente, como los intereses de las minorías, a fin de encontrarse protegidas contra la "tiranía de las mayorías", *debe tenerse en cuenta que la supremacía de los postulados constitucionales, en sí y por sí misma, tiene un importante valor democrático.*

En otras palabras, es argumentable que, el tribunal constitucional, al anular una ley o una política pública, *no está contradiciendo la voluntad popular e imponiendo su criterio sobre los legisladores*, sino por el contrario, "*esa anulación lo único que hace es ratificar una voluntad popular superior encarnada en la constitución, la cual prima sobre los deseos de las distintas mayorías históricas"*[450]*.*

Ello, pues *mientras la Constitución contiene los mandatos del pueblo soberano*, las normas secundarias o que de ésta emanan, simplemente plasman lo decidido por los representantes populares. *Preservar los principios y postulados constitucionales, por ende, tiene un mayor impacto y preeminencia para la democracia y la voluntad popular*, que la diversa de proteger la vigencia de las leyes o políticas públicas que son emanadas por normas secundarias.

Como expresaba Hamilton en el Federalista No. 78, la anulación de las leyes por el tribunal constitucional "*no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos, y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por esta última antes que por las primeras"*[451]*.*

---

[449] Ibídem. pág. 172.
[450] Uprimny, Rodrigo. *Legitimidad y conveniencia del control constitucional […].*op. cit. pág. 337.
[451] Ídem.

Es decir, si la democracia pretende subsistir como tal, debe atarse un poco las manos, esto es, aceptar que ciertos asuntos, y en especial las reglas del juego democrático, *quedan sustraídas del debate democrático*. Y esto es lo que explica los pactos constituyentes, ya que éstos "*representan el acuerdo sobre las reglas del juego democrático, y deben tener supremacía sobre las leyes, pues es la única forma de que esas reglas no puedan ser afectadas por el debate democrático ordinario; y, finalmente, para que esas reglas de juego sean respetadas, es necesario que exista un guardián que las haga cumplir"*[452].

Y como es obvio, ese garante del cumplimiento del juego democrático "*no puede a su vez pertenecer a las mayorías, pues precisamente pretende controlarlas; debe ser un órgano independiente"*[453], esto es, algo parecido a un tribunal constitucional, sin importar el nombre que se le dé. Por ende, si bien no tiene un origen democrático, el juez constitucional "*cumple un papel democrático esencial pues es el guardián de la continuidad del proceso democrático"*[454].

Aunado a lo anterior, otro argumento que se encuentra dirigido a favorecer la intervención judicial en leyes y políticas públicas, radica en que, como se ha razonado, dicha función judicial se erige *como un instrumento adicional o complementario para la rendición de cuentas de los representantes populares*. En efecto, los canales "tradicionales" de rendición de cuentas o mecanismos "verticales" de rendición de cuentas -esto es del servidor público hacia el ciudadano-, son demasiado esporádicos y manipulables para garantizar, por sí mismos, la vigencia del orden democrático y los derechos fundamentales. La rendición de cuentas democrática no consiste sólo en el control electoral de los funcionarios públicos, ni tampoco el principio de separación de poderes impide que los funcionarios electos sean responsables ante entidades estatales no electas

Para el mantenimiento de la democracia y el Estado de derecho, son igualmente importantes los mecanismos "horizontales" de rendición de cuentas, esto es, los

[452] Ibídem. pág. 340
[453] Ídem.
[454] Ídem.

realizados en forma inter-institucional. En ese ámbito, "*los tribunales son los principales agentes de la rendición de cuentas"*[455]*,* al ser responsables de controlar el poder de las ramas ejecutiva y legislativa mediante sus fallos, a través del control de la ley y desde luego, de la Constitución.

Esta clase de dimensión de cuentas horizontal requiere que los tribunales asuman, precisamente, el tipo de acciones que los críticos condenan, esto es, que se involucren en el control de las políticas públicas, actos u omisiones de las autoridades, a fin de determinar si se encuentran de conformidad con el Derecho, en específico, de conformidad con los Derechos fundamentales. *Los jueces han asumido un rol preminente en la función de mantener incólume el orden constitucional y específicamente, los derechos humanos.*

El litigio de derecho público "*rechaza la idea de que la rendición de cuentas puede darse por descontada por el sólo hecho de que una entidad estatal está inserta en una estructura administrativa más amplia que está formalmente encabezada por un funcionario elegido popularmente*"[456]. Así, la adjudicación de los derechos fundamentales, como son los DESCA, *abonan a una sociedad y gobierno más transparente y democrático*, al permitir contar con vías institucionales para demandar el cumplimiento de las tareas constitucionales y legales que les han sido encomendadas, en sus respectivos ámbitos competenciales.

En esa lógica, la adjudicación de los derechos humanos genera *una multiplicación de los "guardianes" del cumplimiento y preservación de los principios democráticos, así como del correcto uso del erario público*. Si bien la garantía del buen uso de los fondos públicos reside principal y primigeniamente en la propia administración, lo cierto es que, al permitir que los beneficiarios o potenciales beneficiarios de una determinada política social puedan reclamar en la vía judicial los incumplimientos o

[455] Rodríguez Garavito, Cesar y Rodríguez Franco, Diana. *Juicio a la exclusión […], op.cit*. pág. 229.
[456] Rodríguez Garavito, Cesar y Rodríguez Franco, Diana. *Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia*. En *La protección judicial de los derechos sociales.* op.cit. pág. 344.

irregularidades de éstas, se logra ampliar "*la cantidad de 'ojos' puestos sobre el empleo lícito y adecuado del gasto social"*[457].

Asimismo, dado que la iniciativa y el poder de reclamo se ponen en cabeza de los beneficiarios, "*la lógica de la garantía de derechos permite discutir situaciones de conflicto o de presunta irregularidad ante una instancia independiente e imparcial, que puede evaluar la razonabilidad de los reclamos y de las justificaciones a partir de un parámetro legal fijado previamente"*[458].

Esto comporta ventajas claras frente a los otros mecanismos, como lo es el "auto-control administrativo", mismo que no resulta del todo confiable, ya que, por una parte, frecuentemente existe en el aparato administrativo un manejo discrecional de los recursos destinados a fines sociales como lo es la educación, vivienda, salud, alimentación o seguridad social, de modo que la "cultura" administrativa en esta materia "*no percibe mayor irregularidad o inadecuación en el manejo habitual que se hace de estos recursos"*[459]

Y, por otra, porque si bien los cuadros técnicos o de carrera son más proclives a detectar decisiones de asignación de recursos motivadas clientelar o políticamente, lo cierto es que *"su subordinación jerárquica a funcionarios políticos –cuya conducta es más proclive a guiarse por criterios de lealtad o rédito político– genera fuertes desincentivos para ejercer cualquier tipo de control*[460]". Frente a ello, las ventajas de que quien tenga poder para presentar un reclamo o una queja, y poder para decidir el reclamo, *sean ajenos a la administración, resultan evidentes.*

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la presión judicial y la rendición de cuentas horizontal son de especial importancia en situaciones de *parálisis o bloqueo institucional*. Es decir, la adjudicación de los DESCA puede no sólo servir a propósitos de justicia y dignidad, sino que también puede generar un "efecto

---

[457] Courtis, Cristian. *Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales. Ideas para una construcción garantista.* Proyecto de Protección de Programas Sociales. PNUD. México. 2007. pág. 20.
[458] Ídem.
[459] Ibídem. pág. 21.
[460] Ídem.

desbloqueador" hacia la propia administración pública. Ello parte de la base de que, en las democracias realmente existentes, hay bloqueos institucionales y políticos recurrentes que impiden la realización de los derechos.

En esas situaciones, a menudo los jueces "*parecen constituir el único órgano estatal independiente y con el poder para romper el bloqueo institucional"*[461]. Si el activismo judicial tiene lugar en las circunstancias apropiadas y mediante mecanismos apropiados, "*sus efectos, en lugar de ser antidemocráticos, podrían revitalizar y promover la democracia"*[462]*.* Esto es, los tribunales "*son las instituciones apropiadas para eliminar los obstáculos al funcionamiento apropiado del Estado y para promover la protección de los derechos"*[463]*.*

En estos contextos, las intervenciones judiciales afectan primero al Estado, "*al sacudir al aparato institucional atrapado en acuerdos disfuncionales"*[464]*.* Ese es el efecto desbloqueador de las demandas y las decisiones judiciales sobre DESCA, en especial cuando éstas atienden a un estado de cosas generalizado. Estos *derechos desestabilizadores* justifican las intervenciones judiciales "*cuando los tribunales hacen que instituciones con un mal desempeño crónico tengan que atenerse a los principios y las normas constitucionales*"[465].

Así concebido, el control constitucional de las políticas económicas y sociales se presentaría como un paradójico límite habilitante, es decir, *"como un instrumento eficaz para desbloquear los canales representativos de toma de decisiones, garantizar el correcto funcionamiento de los procesos democráticos y evitar el naufragio tecnocrático o partidista*[466]*"* en materia de los DESCA.

[461] Rodríguez Garabito, Cesar y Rodríguez Franco, Diana. *Juicio a la exclusión […]. op.cit*. pág. 51.
[462] Ídem.
[463] Ibídem. pág. 38.
[464] Ibídem. pág. 232.
[465] Ídem
[466] Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales […].* op.cit. pág.93

4.1.2. La crítica contra la carencia de legitimación de los jueces para adjudicar los DESCA, atendiendo al principio de división de poderes.

El argumento contra la justiciabilidad de los DESCA, atendiendo al principio de división de poderes, parte de la base de que, cuando los jueces y tribunales hacen justiciables los DESCA, dicha actividad provoca que *las autoridades judiciales ejerzan funciones tradicionalmente asociadas a las otras ramas o poderes públicos, como lo es la de evaluar las políticas públicas, sus implicaciones presupuestales y decidir la forma en que deben destinarse los recursos públicos para la consecución de un determinado fin social*. Por ende, si los DESCA resultaran justiciables, se generaría una verdadera distorsión al principio de división de poderes, *arropándose el poder judicial con funciones que no le son propias.*

Ahora, para responder a tales críticas o preocupaciones, es menester, en principio, precisar *qué se entiende por el principio de división de poderes*. Ello, pues acorde a la concepción o paradigma que se tenga de tal axioma constitucional, dependerá el resultado del juicio que al efecto se emita *sobre la función que los jueces deben realizar en un Estado de Derecho.* Así, una doctrina "purista" de la separación de poderes es aquella que considera que las funciones gubernamentales únicamente deben dividirse entre las ramas del poder público -tradicionalmente, legislativo, ejecutivo y judicial- de forma tal que, *ninguna de esas ramas jamás requiera ejercitar la función encomendada a las otras.*

Sin embargo, no debe soslayarse que, en la práctica, "*tal división funcional jamás ha podido ser realizada, ni tampoco resultaría deseable que lo fuera, ya que ello implicaría una disyuntura en las acciones gubernamentales que resultaría intolerable"*[467]*.* En efecto, no puede encajonarse al principio de división de poderes al grado de que, en ningún caso y bajo ningún supuesto, las funciones encomendadas a los "poderes tradicionales" se entremezclen o ejerzan conjuntamente.

[467] Vile, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers.* Liberty Fund. Indianapolis. 1998. pág. 349.

En palabras de Gargarella, esa concepción "purista" de la separación de poderes, que es empleada por los opositores de la justiciabilidad de los DESCA, de hecho, *"es contradictoria con la que se emplea permanentemente dentro del derecho constitucional (muy en especial, aunque no solamente, en el derecho constitucional que se estudia en América), y desde hace más de doscientos años*[468]*".* En otras palabras, la noción de *frenos y contrapesos* constitucionales, significó, desde un principio, fundamentalmente eso: "*la capacidad de mutua interferencia de un poder sobre otro, la idea de que cada poder contaba con las armas suficientes y necesarias para resistir los seguros embates de los demás*[469]*".*

Es por ello que, resulta sorpresivo que se objete a la judicialización de los DESCA diciendo que, de ese modo, los jueces "invaden" el lugar de los legisladores, se inmiscuyen en tareas para las que no están preparados, y amenazan con tomar el lugar de los políticos, pues dicha objeción *"resulta inconcebible desde la idea de 'frenos y contrapesos', ya que ella convive con, y directamente requiere, la 'mutua interferencia' entre los poderes"*[470]*.*

Como se aprecia, sistema de pesos y contra pesos *no puede aceptar una concepción extremadamente rígida* de la división de funciones públicas que han sido encomendadas a las ramas gubernamentales -pues con ello se pierde su sentido de "ser", que justamente requiere la interferencia entre unos y otros poderes-. Por el contrario, como lo ha señalado el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el principio de división de poderes, en tanto elemento articulador del Estado, *es necesario acudir a sus fines como un instrumento de limitación y de ordenación del poder público* -tanto negativa, en cuanto lo limita, como positiva, en cuanto genera posibilidades creativas de actuación-, para poder apreciar sus consecuencias normativas.

Así, "*al tratarse de un principio evolutivo, con un contenido flexible, puede adaptarse a cada momento histórico y proyectar su ideal regulativo de pesos y contrapesos a*

---

[468] Gargarella, Roberto. *Justicia dialógica y derechos sociales*. En *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional.* op. cit. pág. 112
[469] Ibídem. pág. 113.
[470] Ibídem. pág. 114.

cada arreglo institucional constitucional, toda vez que la arquitectura del poder público no es estática, sino dinámica"[471]. En otras palabras, el principio de división de poderes busca limitar el poder mediante la idea reguladora de pesos y contrapesos, esto es, "*a través de una cierta idea de balances que impida la concentración del poder, al mismo tiempo que posibilite la generación creativa de competencias públicas para la realización del bien común, balance que debe buscarse progresivamente"*[472]*.*

En ese entendido, resulta desacertado el concebir al referido principio *como la delegación de facultades "monopólicas" a determinada rama del poder público*. El principio de división de poderes, para poder tener alguna utilidad práctica, *admite cierta flexibilidad e interseccionalidad entre los diversos órganos públicos reconocidos por la Constitución*, delimitando su actuación no mediante criterios formalistas o rígidos, *sino a través de su relación con las facultades encomendadas a otros poderes, buscando siempre un balance.*

De lo anterior se deduce que el principio de división de poderes implica una distribución de funciones hacia uno u otro de los Poderes del Estado, *referidas preponderantemente a garantizar su buen funcionamiento y a lograr un adecuado balance de pesos y contrapesos.* En esa tesitura, una visión purista de la división de poderes, en donde el Poder Judicial jamás pueda inmiscuirse en políticas públicas o en cuestiones presupuestarias, *vulneraría la funcionalidad que, precisamente, pretende cumplimentar el referido principio, en tanto instrumento de limitación y de ordenación del poder público.*

En efecto, a pesar de que el principio de separación de poderes, es un principio de gran relevancia, lo cierto es que *éste debe ser aplicado en forma consistente con otros principios constitucionales, como lo es el principio de supremacía constitucional.* Bajo este último principio, todos los derechos humanos deben contar con un recurso efectivo que permita remediar, en la medida de lo posible o al menos

---

[471] Controversia constitucional 117/2014, promovida por el Congreso de la Unión por conducto de la Cámara de Senadores. Resuelta el 7 de mayo de 2015.
[472] Ídem.

en cierto grado, sus violaciones y *que ninguna autoridad pública se encuentre exenta de respetar y proteger tales derechos fundamentales.* Por ende, acorde con el principio de supremacía constitucional, las Cortes se encuentran constreñidas a asegurar que la Constitución sea acatada y que "*las demás ramas del gobierno respeten y cumplimenten con sus obligaciones constitucionales, incluidas aquellas relativas a los derechos económicos y sociales"*[473]*.*

Como lo sostuvo la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión **378/2014**, también conocido como el caso "Pabellón 13", si bien en principio los tribunales no deben sustituirse en las funciones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, por cuanto hace a la elaboración de las políticas públicas y en la asignación de recursos, lo cierto es que "*la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exige al Poder Judicial que contraste la actuación de dichos órganos democráticos con los estándares contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados de derechos humanos que forman parte del sistema jurídico mexicano y que, desde luego, vinculan a todas las autoridades estatales"*[474]*.*

La Constitución es el documento que refleja las aspiraciones del pueblo y permite a éste trazar su propio destino, por ello, fuerza es que sus disposiciones no se reduzcan a "buenas intenciones", sino que cuenten con plena eficacia y justiciabilidad, esto es, que tengan máxima fuerza jurídica. La inclusión expresa de derechos económicos, sociales y culturales en la Norma Suprema "*tiene un claro objetivo: mejorar la calidad de vida de los gobernados a través de la consolidación de una nueva estructura de justicia social*[475]*".*

En tal virtud, ante la voluntad del pueblo reflejada en el texto de la Constitución General de la República, mediante la incorporación de derechos humanos que se dirijan a edificar mayores estadios de justicia social, "*debe colegirse que no sólo es*

---

[473] Nolan Aoife et. al. *The Justiciability of Social and Economic Rights: An Updated Appraisal.* op.cit. págs. 13-14.
[474] Amparo en revisión 378/2014, promovido por Adrián Hernández Alanís y otros. Resuelto el15 de octubre de 2014.
[475] Ídem.

jurídicamente permisible que los órganos jurisdiccionales –que realizan un control de la constitucionalidad– vigilen que el actuar de los poderes públicos se ajuste a los principios y valores que la Constitución Federal establece, sino que es obligatorio que lleven a cabo tal función en aras de asegurar que dichos derechos públicos subjetivos tengan una incidencia real en el Estado mexicano; he ahí la función contemporánea del Poder Judicial"[476].

En términos similares, la Corte Constitucional de Sudáfrica, al resolver el caso *"Minister of Health vs. Treatment Action Campaign N°2*", sostuvo que, si bien todas las ramas del poder público deben ser sensibles a la separación de facultades prevista en el texto constitucional, lo cierto es que ello *"no significa que las cortes no puedan o deban emitir ordenes que impacten en las políticas públicas*"[477].

Es así, pues la principal función de los tribunales es velar por la aplicación de la Constitución y la ley y, por ende, cuando una política estatal es impugnada por resultar inconsistente con dicha Norma Fundamental "*las cortes deben considerar si en la formulación o implementación de tal política, el Estado ha cumplimentado con sus obligaciones constitucionales"*[478]. En esos contextos, si bien ello podría ser considerado como una intrusión en el dominio del Poder Ejecutivo, *"esa sería una intromisión autorizada y mandatada por la propia Constitución"*[479].

Así, cuando el Poder Judicial examina la regularidad constitucional de las políticas públicas o decisiones gubernamentales, *lejos de vulnerar el principio de división de poderes, se conforma a éste y al deber que constitucionalmente le es impuesto, a saber: velar porque las actuaciones estatales se encuentren apegadas a los derechos fundamentales en ella reconocidos*. En otras palabras, cuando las Cortes examinan si las normas, políticas o programas gubernamentales resultan conformes a los derechos humanos, esa "intrusión" en las funciones del poder público *"es parte*

---

[476] Ídem.
[477] Minister of Health v Treatment Action Campaign (No 2) [2002] ZACC 15; 2002 (5); SA 721; 2002 (10) BCLR 1033.
[478] Ídem.
[479] Ídem.

de la noción misma de la división de poderes, en las democracias basadas en los derechos humanos"[480]*.*

Por ende, si bien bajo el esquema del Estado legalista decimonónico se había entendido que la efectiva consecución de los DESCA estaba subordinada a actuaciones legislativas y administraciones específicas, en cuya ausencia los Jueces Constitucionales no podían hacer mucho, ahora, en cambio, se parte de la premisa de que, aunque en un Estado constitucional democrático el legislador ordinario y las autoridades gubernamentales y administrativas tienen un margen muy amplio para plasmar su visión de la Constitución y, en particular, para desplegar en una dirección u otra las políticas públicas y regulaciones que deben dar cuerpo a la garantía efectiva de los derechos, "*el Juez Constitucional puede contrastar su labor con los estándares contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados de derechos humanos que forman parte de la normativa y vinculan a todas las autoridades estatales"*[481]*.*

De hecho, otorgar exclusivamente al legislativo o al ejecutivo la potestad de revisar si sus propias actuaciones se ajustan a los derechos humanos, *"equivaldría a dotarles de una función que generalmente está reservada al poder judicial y les conferiría de una potestad sin contrapesos"*[482]*,* lo cual, lógicamente, lejos de fortalecer el principio de división de poderes, *implicaría nulificarlo en áreas de decisión política que resultan de suma importancia para la calidad de vida de la población en general.*

Asimismo, tampoco puede inadvertirse que la revisión judicial se encuentra justificada por "*resultar valiosa como una forma de remediar las violaciones a los derechos que derivan de la formulación de políticas gubernamentales indeseables"*[483]. Por ende, como lo ha afirmado la Comisión Internacional de Juristas, en aquellos casos en donde existen diversas interpretaciones legales de

---

[480] Nolan Aoife et. al. *The Justiciability of Social and Economic Rights: An Updated Appraisal.* op.cit. pág. 14.
[481] Amparo en revisión 315/2010, resuelto el 28 de marzo de 2011, por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
[482] Nolan Aoife et. al. *The Justiciability of Social and Economic Rights: An Updated Appraisal.* op.cit. pág. 14.
[483] Yusuf, Salma. *The Rise of Judicially Enforced […]. op.cit.* pág. 784.

los DESCA, *"asignar a los jueces un rol en el cumplimiento de tales normas es absolutamente compatible con la función tradicionales que es realizada por el poder judicial"*[484].

Es cierto que quienes expresan ciertas preocupaciones respecto a la inclusión del poder judicial en áreas de políticas públicas y decisiones presupuestarios, tienen algo de razón. El Poder Judicial *no debe ser el órgano primario ni principal para efectos de la elaboración y realización de tales tareas estatales*. Empero, ante la ausencia de algún otro control efectivo para revisar las actuaciones de los órganos democráticos y, con ello, evitar que la Constitución y los derechos humanos en ella reconocidos, se vacíen de todo contenido práctico, *"el rol de las cortes como defensoras de los derechos fundamentales debe prevalecer"*[485].

Aunado a lo anterior, no puede soslayarse que actualmente se presenta una clara tendencia global hacia *la expansión de las funciones judiciales.* Dicha expansión se relaciona, preponderantemente, con la infusión de decisiones jurisdiccionales y procesos judiciales *"en arenas políticas donde previamente no eran ejercidas"*[486]. En suma, este fenómeno se refiere a la "*judicialización de las políticas públicas*"[487].

Como indica Acuña, la jurisdicción constitucional está asumiendo un nuevo rol, *"interviniendo en áreas vedadas a su conocimiento, o resolviendo sin la mediación de restricciones auto impuestas*"[488]. Debido la expansión funcional de los jueces, el tratamiento y resolución de muchas cuestiones, "*antes reservadas a los poderes políticos y los órganos democráticos, han pasado a ser materia de los tribunales"*[489]. Con independencia de la multiplicidad de factores que han llevado a esa expansión, lo relevante es tener en cuenta que, actualmente, ésta es una realidad política y que, de hecho, la *"judicialización de las políticas podría convertirse en una de las*

[484] Ibídem. pág. 782.
[485] Vile, M.J.C. Constitutionalism and the separation of powers. op.cit. pág. 403.
[486] Vallinder, Torbjorn. *When the Courts Go Marching In.* En *The Global Expansion of Judicial Power.* Tate C., Neal y Vallinder, Torbjorn. New York University Press. Nueva York. 1995. pág. 13.
[487] Ídem.
[488] Acuña, Juan Manuel, *Justicia Constitucional […].*op.cit. pág.163.
[489] Ibídem. pág. 164.

tendencias más significantes de los gobiernos […] en los inicios del siglo veintiuno"[490].

Cuando el público y los grupos o clases sociales perciben a las instituciones democráticas como inmovilizadas, corruptas o que sólo atienden a sus propios intereses, *"es difícilmente sorprendente que éstas se conformen a la judicialización de las políticas a través de las Cortes, quienes tienen una reputación de rectitud y pericia, e igual o mayor legitimación que el ejecutivo y las legislaturas"*[491]. De tal suerte que, los jueces y tribunales percibidos como órganos independientes, neutrales y ajenos a los vaivenes político-electorales, son *accionados en esos casos como una vía institucional necesaria para corregir una falla o patología en la maquinaria administrativa o legislativa.*

No en vano, algunos autores han afirmado que, la creencia de que la adjudicación de derechos *"es una fuerza de cambio social que se encuentra desembarazada de las restricciones del poder político, ha obtenido en la discusión pública prácticamente un estatus sagrado"*[492]. De uno u otro modo, la expansión funcional de la jurisdicción constitucional *"es un signo de progreso y cambios políticos y jurídicos ciertamente positivos, tendientes al fortalecimiento del Estado de Derecho"*[493].

Así, la expansión de las funciones de las cortes y jueces constitucionales, lejos de percibirse como un menoscabo al principio de división de poderes, se erige en realidad *como una cuestión emancipadora y progresista, en cuanto a la efectiva vigencia de los derechos humanos se refiere y, por ende, para la construcción y fortalecimiento del Estado de Derecho.*

Al mismo tiempo, es menester aclarar que, el hecho de que los tribunales constitucionales revisen la regularidad constitucional de las políticas públicas y de

---

[490] Tate C., Neal y Vallinder, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power: the judicialization of politics.* En *The Global Expansion […].* op.cit. pág.5,
[491] Tate C., Neal. *Why the Expansion of Judicial Power.* En *The Global Expansion […].* op.cit. pág.31,
[492]. Yusuf, Salma. *The Rise of Judicially Enforced […]. op.cit*. pág. 769.
[493] Acuña, Juan Manuel, *Justicia Constitucional […].*op.cit. pág.166.

ciertas decisiones presupuestarias, no implica, como pretenden aseverar con cierta paranoia algunos opositores de los DESCA, que en realidad, *los jueces de hecho se conviertan en los encargados de elaborar tales políticas, ni que las sustituyan con sus propios paradigmas ideológicos.* Más bien, de lo que se trata es de dilucidar si tales políticas cuentan *con alguna justificación jurídica racional que las avale y que su elaboración o implementación no resultan arbitrarias, irrazonables o contrarias a los estándares de decencia y dignidad humanas que deben ser respetados en toda sociedad democrática.*

La adjudicación puede, en tales casos, señalar las deficiencias constitucionales que tienen tales decisiones gubernamentales, sin que ello implique que *deban ser las propias cortes quienes, en el acto, procedan a formular la política pública respectiva, con los elementos que obran en el expediente.* Ese escenario hipotético, aunque reiteradamente utilizado por los opositores de los DESCA para demostrar que tales derechos no deben ser adjudicados, *constituye un escenario de carácter extremadamente excepcional, sino acaso inusitado.*

Es así, pues a la adjudicación de los derechos humanos se encuentran aparejadas cuestiones relacionadas con la "auto restricción judicial", con el dialogo con las otras ramas del poder público y con estándares de escrutinio que dotan de ciertas deferencias a los órganos democráticos, entre otros factores, que complementan la forma en cómo los jueces pueden hacer justiciables tales derechos. No nos ocuparemos por el momento de tales tópicos, ya que éstos atañen a los razonamientos que serán desarrollados en el último capítulo de la presente investigación, en tanto no sólo tienden al adecuado enjuiciamiento de los derechos humanos, *sino que también trascienden a la probabilidad de que el fallo respectivo sea debidamente acatado por las autoridades responsables.*

Basta por ahora señalar que la expansión de la función judicial y el entendimiento evolutivo del principio de división de poderes, han provocado que, prácticamente, *todo acto de autoridad pase por el escrutinio de los derechos que detenta el hombre en virtud de su humanidad, lo cual es un requisito ya característico de los Estados contemporáneos de Derecho*.

La revisión del juez constitucional, de las decisiones, normas y políticas gubernamentales, *es una realidad latente* que está configurando no sólo la manera en que es entendida la función de los derechos humanos y la forma en que los pesos y contra pesos se ejercen en los sistemas jurídicos contemporáneos, sino que también *está renovando los paradigmas de gobernabilidad y legislación que habían prevalecido en gran parte del siglo pasado.* Por ende, es del todo dable afirmar que la expansión de la función judicial *"parece ser un fenómeno que está dando forma y seguirá dando forma a la política global y a las políticas públicas en el futuro cercano"*[494]*.*

4.1.2. La crítica contra la carencia de capacidad de los jueces para adjudicar los DESCA.

Una vez precisado lo anterior, el segundo frente esgrimido contra la justiciabilidad de los DESCA, en la presente etapa, estriba en la supuesta carencia de capacidad técnica de los jueces y tribunales para adjudicar tales derechos humanos. El argumento referido, a nuestro juicio, puede agruparse bajo dos premisas generales:

(I) Los juzgadores carecen *de la pericia, información y conocimientos necesarios para decidir la forma en que deben asignarse, distribuirse o redistribuirse los recursos públicos destinados al cumplimiento de los DESCA* -en tanto ello requiere de una sapiencia especializada en materias que escapan de la función judicial-;

(II) Los Tribunales *carecen de la capacidad necesaria para atender cuestiones "policéntricas"*, tal y como acontece con la implementación estatal de los DESCA -esto es, las Cortes no tienen un panorama sistémico o completo de la política pública impugnada, por lo que su resolución podría generar repercusiones injustificadas e indeseables en terceros que no fueron representados en

[494] Tate C., Neal y Vallinder, Torbjorn. *Judicialization and the future of politics and policy.* En *The Global Expansion […].* op.cit. pág.5,

juicio-; y por ende, las *sentencias judiciales no son un medio eficaz o adecuado para remediar en forma efectiva tales violaciones.*

Como se aprecia, los anteriores argumentos ilustran y agrupan, a grandes rasgos, las dificultades que enfrenta la adjudicación de los DESCA y, con base en las cuales, sus opositores pretenden sustentar la argumentación de la carencia de capacidad técnica-instrumental de las Cortes para hacer justiciables tales derechos humanos.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, si bien tales razonamientos no carecen de cierto respaldo lógico-jurídico que los avala y legítima como *auténticos problemas de justiciabilidad,* lo cierto es que no debe perderse de vista que tales problemáticas *primero, no resultan exclusivas de los DESCA y, segundo, tampoco constituyen obstáculos insuperables para la adjudicación de tales derechos humanos,* como se procede a razonar enseguida.

4.1.2.1. La falacia de la supuesta carencia de pericia, información y conocimiento de los jueces.

La supuesta falta de conocimientos técnicos de los jueces para adjudicar los DESCA, es probablemente el argumento más popular o recurrido por los opositores de la justiciabilidad de tales derechos humanos.

El juez, se argumenta, *no es experto ni perito en materia económica, ni cuenta con el conocimiento necesario para revisar la idoneidad de políticas atinentes a los DESCA,* pues está incapacitado para justipreciar a quién o quiénes debe beneficiar el Estado en materia de salud, alimentación, seguridad social, vivienda, entre otras, y en qué medida o grado. Ante la escasez de recursos de un Estado, *¿cómo determinará el juez si la asignación presupuestaria para una determinada finalidad social constituye la forma más eficaz y adecuada de utilizar los recursos públicos?*

Al respecto, consideramos que resulta *artificiosa* la construcción del anterior argumento contra la justiciabilidad de los DESCA, pues por una parte, para poder sostenerse desde el punto de vista lógico-jurídico, *es indispensable que se acepte*

o parta de la premisa de que el juez, de hecho, decide aisladamente, y con los límites de su propio ingenio o erudición, sobre las cuestiones técnicas, especializadas o científicas que se relacionen con la litis planteada por las partes. Y es el hecho de que tal premisa constituye una representación caricaturizada, no ya de la justiciabilidad de los DESCA, *sino de la propia función judicial y de la forma en cómo se desahogan y resuelven los procesos jurisdiccionales.*

En efecto, la objeción argumental en análisis pierde de vista que los justiciables no acuden a los Tribunales para plantear un problema de índole económico o político, *sino uno de carácter eminentemente jurídico, mismo que, precisamente ,constituye el área de pericia y erudición de los juzgadores.* El justiciable no acude al juez para obtener un pronunciamiento respectivo sobre algún tema atinente a cualesquiera ramas o áreas del conocimiento humano, en el uso de una capacidad "enciclopédica", *sino para obtener un veredicto o juicio de carácter estrictamente legal, sobre determinada contienda en esa específica materia jurídica.*

En otras palabras, las personas *"no acuden a las Cortes como órganos de pericia superior en cuestiones de políticas públicas, sino en su carácter de expertos en revisar las decisiones estatales bajo los requisitos establecidos en el Derecho"*[495]. De ahí que no pueda inadvertirse que 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"*[496].

Por ende, si lo que se busca a través de la promoción de alguna demanda judicial en esta materia, no es el examinar o juzgar, propiamente, sobre la locación de recursos públicos y la formulación de políticas públicas, *sino más bien dilucidar si el Estado ha cumplimentado o no adecuadamente con sus débitos legales, se colige que la justiciabilidad de los DESCA resulta plenamente acorde con el área de competencias, conocimientos y funciones tradicionales que desempeñan los Tribunales en el sistema jurídico.*

---

[495] Nolan, Aoife y Langford, Malcom. *The Justiciability of Social and Economic Rights […],* op.cit. pág. 17.
[496] Acuña, Juan Manuel*, Justicia Constitucional […]*.op.cit. pág.41

Como bien apuntan Courtis y Abrahamovic "*el Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables -y en caso de hallar divergencias- reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia"*[497]*.* De tal suerte que, si como se ha explicado, la litis planteada en materia de DESCA es *eminentemente jurídica*, luego, el centro del debate no es propiamente una cuestión política ni presupuestaria *sino legal;* de donde se infiere que, "*a partir de la propia conducta estatal, resulta posible 'juridificar' una cuestión de 'política pública' o 'técnica', de modo que la cuestión jurídica y fáctica sobre la cual deba juzgar el tribunal quede demarcada de manera clara [en términos jurídicos]"*[498]*.*

En segundo lugar, si bien se acepta que, para resolver un determinado problema jurídico, es frecuente que se requiera del análisis periférico de cuestiones fácticas atinentes a otras áreas del conocimiento humano, *lo cierto es que, en tales escenarios, los jueces no realizan la valoración respectiva conforme a su propia erudición o con base a los conocimientos de cultura general que detenten,* sino que, por el contrario, para esos efectos *son apoyados mediante las valuaciones, informes o dictámenes realizados por expertos independientes*, como lo son las labores e informes de peritos que, precisamente, presentan e ilustran al Tribunal sobre diversas cuestiones técnicas, como lo son la médica, forense, sociológica, psicológica, económica, estadística, tecnológica, ingeniería, entre otras.

En efecto, los jueces *cuentan con diversos medios para allegarse de la información técnica, científica o especializada que sea pertinente para resolver el caso, la cual puede emanar de diversos actores y fuentes*. Así, en principio, serán las partes y sus representantes legales, *quienes tienen la responsabilidad primigenia para asegurar que la información necesaria para acreditar sus pretensiones o excepciones, sea presentada ante el Tribunal*. Una vez presentada esa información

[497] Abramovich Victor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles.* op.cit. pág.251.
[498] Abramovich Victor y Courtis Christian. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. En "*La protección judicial de los derechos sociales.* op.cit. pág. 24.

o medios de prueba, los mismos serán sujetos a contrastación por los diversos exhibidos por la contraparte, *a fin de que la Corte pueda decidir sobre la pertinencia, idoneidad o fuerza persuasiva del material aportado al juicio.*

Más aún, como se ha expresado, el Tribunal generalmente, cuenta con la facultad de requerir información o material adicional para encontrarse en aptitud de resolver la contienda en forma óptima, como lo es el pronunciamiento por parte de expertos o peritos respecto a la cuestión técnica que forma parte del problema legal planteado, o bien, atender a los informes presentados en el carácter de "*amicus curiae"* u otros terceros que coadyuven a la determinación y justipreciación de tales cuestiones.

En esa lógica, la justiciabilidad de los DESCA, no *se dicta ni resuelve en el vacío, ni en forma aislada conforme a los propios conocimientos que detente el juzgador*, como pretenden hacer ver los opositores de tales derechos humanos, sino que *se enmarca dentro de diversas reglas procesales que permiten a los Tribunales encontrarse en aptitud de pronunciarse sobre las cuestiones fácticas que atañen al problema legal que les es planteado; dentro de las cuales se prevé la aportación de informes, documentos, testimonios y pruebas periciales que permiten dilucidar la veracidad de las aseveraciones plasmadas por las partes y con base en ello, resolver conforme a Derecho.*

Como lo ha sostenido Tushnet, la concepción de que los Tribunales, al adjudicar los DESCA, realizan una tarea que *vas más allá de sus capacidades*, es una visión que resulta exagerada, pues si bien los jueces pueden ser incapaces para aprender lo suficiente para estar en aptitud de tomar buenas decisiones respecto a la política económica, lo cierto es que *"sabemos que los Tribunales tienen la capacidad de 'externalizar' el aprendizaje. Pueden nombrar maestros especiales o grupos de asesores para proporcionarles información y experiencia, por ejemplo*[499]*".*

[499] Tushnet, Mark. *The Inadequacy of Judicial Enforcement of Constitutional Rights Provisions to Rectify Economic Inequality, and the Inevitability of the Attempt*. En S. Khurshid, et. al. Bedi (Ed.), *Judicial Review: Process, Powers, and Problems (Essays in Honour of Upendra Baxi)*". Cambridge University Press. Cambridge. 2020. pág.17.

Es pues válido exigir de los jueces que tomen en cuenta los conocimientos técnicos-especializados acerca de las materias sobre las cuales van a tomar una decisión. Pero "*una cosa es exigir esa consulta a expertos, y otra muy diferente es sostener que los jueces sólo pueden decidir en las materias en que sean ellos mismos especialistas*"[500]. Esa concepción y exigencia del alcance del desempeño de los Tribunales, es contraria a la ontología y deontología de la función judicial, *pues lo que resulta exigible al juzgador, es precisamente el ser experto en el saber jurídico; ya que la finalidad de la tarea jurisdiccional no es decidir sobre cuestiones técnicas atinentes a diversas áreas del conocimiento humano* -no es una función enciclopédica-, *sino resolver problemas de índole jurídico, esto es, decidir cómo opera o debe operar el Derecho en una situación determinada.*

En efecto, las Cortes deciden las disputas o controversias que le son elevadas, como lo es en tratándose de los DESCA, *a través de procesos y reglas que limitan su discreción*. Dentro de estos procesos judiciales, *los jueces no valoran las políticas públicas en forma indiscriminada, abierta o a su simple voluntad o capricho*. Si a ello, se le añade un cierto grado de deferencia que usualmente se les otorga a los órganos estatales encargados de la formulación de leyes y políticas públicas en la materia, se colige que todas esas delimitaciones procedimentales *aseguran que los jueces actúen con prudencia y en forma reglada, en tratándose de las adjudicaciones en la materia.* Por ende, *"el riesgo de creación indiscriminada de políticas públicas por parte de los jueces, en materias que van más allá de sus conocimientos, es un supuesto que se encuentra muy alejado del marco legal dentro del cual los juzgadores se desempeñan"*[501].

Así entendida la labor jurisdiccional y la finalidad del proceso adjudicatorio, es dable colegir que los jueces no se encuentran *"menos capacitados para resolver cuestiones relacionadas con DESCA que para cualesquiera otras materias que involucren aspectos técnicos o complejos"*[502]. Máxime que, no toda disputa judicial

[500] Uprimny, Rodrigo. *Legitimidad y conveniencia del control constitucional […].*op. cit. pág. 328.
[501] International Commission of Jurists. *Courts and the Legal Enforcement of Economic […].*op. cit. pág. 91.
[502]Ibídem. pág. 105.

sobre los DESCA, implica el análisis de cuestiones altamente técnicas o especializadas y, en los casos en que ello acontece, como se ha razonado, "*los procedimientos pueden ser ajustados para incluir testimonios de expertos y un mayor rango de sectores u opiniones relevantes"*[503]*.*

Luego, si se tomara en serio la objeción apuntada respecto a la carencia de capacidad técnica de los jueces para resolver controversias respecto a los DESCA, implicaría aceptar, en última instancia que, los jueces en general deberían de inhibirse *"del estudio de casi todos los asuntos de su competencia en los que se encuentren involucrados aspectos técnicos cuyo esclarecimiento es necesario para su resolución"*[504]*,* lo cual resultaría un despropósito y tergiversaría el entendimiento de la función judicial en su conjunto.

En cuarto lugar, estimamos que si bien, como lo han apuntado diversos teóricos, es dable advertir que en tratándose en de políticas públicas y decisiones presupuestarias, subyace una "*idea de pericia administrativa que constituye un concepto crucial en el Derecho Público y que tiene una particular importancia en la adjudicación de derechos sociales"*[505]*.* Esto es, que a la formulación e implementación de las políticas públicas, así como a las decisiones de asignación o reasignación de recursos públicos, *le precede, desde el punto de vista administrativo, el ejercicio de saberes técnicos y especializados que sustentan tales elecciones gubernamentales y que les dota de legitimación.*

Lo cierto es que, si bien no se desconoce la necesidad de que, al momento de revisar tales actuaciones estatales, los Tribunales *reconozcan la pericia administrativa de las autoridades responsables* y, consecuentemente, les otorguen un cierto grado de deferencia en la determinación de tales funciones decisorias de carácter complejo, *"hay ocasiones en que el mito de pericia que se esconde detrás de tantas decisiones públicas, es expuesto y avergonzado a través de la fuerte*

---

[503] ídem.
[504] Acuña, Juan Manuel*, Justicia Constitucional […]*.op.cit. pág.41
[505] King, Jeff *Judging Social Rights*. op.cit.pág.248.

rendición de cuentas que, frecuentemente, sólo puede proveer el Derecho Público"[506]*.*

Así, el control constitucional de las políticas públicas, que conlleva que la pericia administrativa sea examinada y contrastada en el juicio, con base en los diferentes medios de prueba, información, documentación y dictámenes de expertos en la materia, permite tener efectos positivos en términos de transparencia de las políticas públicas, "*pues el debate judicial obliga a quienes toman determinadas decisiones a defenderlas […] ya que deben explicar y convencer a los jueces de la legitimidad constitucional de las estrategias* económicas"[507].

De esa manera, la población tiene también oportunidad de entender mejor cuáles son las razones éticas, políticas y económicas que justifican determinadas decisiones públicas, "*lo cual incrementa el control ciudadano a las autoridades y alimenta el debate y la deliberación política"*[508]. Así, en el proceso judicial y el control de las políticas públicas, *se permite hacer pública la justificación jurídica-racional que sustenta determinada elección gubernamental y con ello, la exposición de la pericia administrativa que fue empleada por el Estado para decidir cómo cumplimentar y hacer efectivos los derechos a la alimentación, salud, vivienda, seguridad social, entre otros DESCA*.

Bajo esta perspectiva, no se trata tanto de cuestionar la capacidad técnica de los juzgadores para hacer justiciables los DESCA, sino más bien, se trata de examinar en la contienda jurisdiccional, con base en informes y dictámenes de expertos en la materia y otros materiales de prueba*, si la autoridad administrativa ha cumplimentado o no con sus deberes constitucionales y legales de formular e instrumentar la política pública, conforme a bases y sustentos técnicos, científicos y especializados, y no en simples caprichos o decisiones arbitrarias que redunden en detrimento de la dignidad de las personas.*

[506] Ibídem. pág. 249.
[507] Uprimny, Rodrigo. *Legitimidad y conveniencia del control constitucional […].*op. cit. pág. 329.
[508] Ídem.

Es claro, desde luego, que el Poder Judicial no debe ser ni el órgano primario, ni la institución principal para adoptar decisiones complejas en materia de políticas sociales; *pero de ello a aceptar que los Tribunales no puedan ni deban intervenir en esa materia, genera una brecha argumental sumamente amplia que, como se ha razonado, carece de argumentos sólidos que la soporten.*

4.1.2.2. La falacia de la supuesta carencia de los juzgadores para atender cuestiones "policéntricas".

Acorde a Fuller un problema policéntrico es aquel que *"se encuentra compuesto por una vasta red o sistema de relaciones, de tal forma que un cambio en alguna de éstas causaría una serie de modificaciones complejas a todas las demás"*[509]. Conforme a ello, los problemas policéntricos aparejan una complejidad inherente, en tanto que resulta verdaderamente complicado, *prever o conocer de antemano, cómo y en qué grado la alteración de alguna de las relaciones afectará a todas las demás.*

Por ende, *la adjudicación de problemas policéntricos resultaría indeseable e indebida*, pues con su resolución *se generarían consecuencias imprevisibles*, al tiempo que los jueces no cuentan con los elementos necesarios, en una contienda *vis a vis, para poder comprender la magnitud de la problemática y las plausibles consecuencias que la modificación de alguna de las relaciones generará en todo el sistema relacional*; de ahí que el proceso judicial es una vía del todo inadecuada para confrontar tales problemáticas.

Conforme a lo anterior, algunos detractores, escépticos u opositores de los DESCA, se han apropiado del concepto de la "policentricidad" *para demostrar que tales derechos humanos no pueden ni deben resultar justiciables*. Por ejemplo, imaginemos que juzgador decide modificar la política que establece los requisitos que debe colmar una persona para que sea susceptible de acceder a un tratamiento de diálisis en hospitales públicos, *¿cómo sabrá de antemano los perjuicios o*

[509] King, Jeff. *Judging Social Rights*. op.cit.pág.190.

consecuencias nocivas que ello tendrá, tanto para las personas a las cuales ya se les otorga ese servicio médico, como a los que resultan potenciales candidatos, e inclusive, respecto la atención de otras enfermedades en establecimientos públicos?

¿No supondría esa determinación judicial aceptar que, si bien con ella se podrían beneficiar a unos cuantos que se encuentren un una situación similar al justiciable, *generaría el riesgo de que esa modificación a la política pública depare diversas carencias o déficits de acceso a servicios médicos,* en perjuicio de personas, clases o grupos que no formaron parte de la contienda jurisdiccional, y cuyos intereses no fueron valorados?

Por ende, la existencia de cuestiones policéntricas, como aduce Langford, constituye *"el argumento más complicado y uno de los más perdurables en el debate sobre la capacidad judicial [para adjudicar los DESCA][510]"*. Sin embargo, estimamos que el argumento de la policentricidad, aunque no puede ni debe ser minimizado o trivializado, *encuentra diversos contra-argumentos que permiten demostrar que, contrario a lo argumentado por algunos críticos, no constituye un obstáculo insuperable para la justiciabilidad de los DESCA.*

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que *la policentricidad no es un problema exclusivo de la justiciabilidad de los DESCA; es más, ni siquiera de la justiciabilidad de los derechos humanos* y de otras cuestiones constitucionales, pues de hecho, la existencia de cuestiones policéntricas, *se encuentra presente en casi todas las contiendas jurisdiccionales.* No en vano, se ha hecho referencia al carácter *"omnipresente de la policentricidad"*[511] dentro del contexto judicial.

En efecto, resulta difícilmente imaginable una disputa en donde, efectivamente, las personas afectadas por una decisión judicial, *se limiten única y exclusivamente a las partes contendientes en el proceso respectivo.* El mismo Fuller reconoció que

---

[510] Langford Malcolm. *The justiciability of Social Rights: From Practice to Theory.* En *Social Rights Jurisprudence […].* op. cit. pág. 36

[511] King, Jeff, *The Pervasiveness of Polycentricity*. 2008. Public Law, págs. 101-124, consultable en su versión digital en: https://ssrn.com/abstract=1027625

"*probablemente, en casi todos los problemas sujetos a la adjudicación, se encuentran elementos policéntricos encubiertos"*[512]*.*

De tal suerte que, para Fuller, la cuestión no es tanto la existencia o presencia de problemas policéntricos en una contienda judicial, sino más bien, *determinar si tales elementos policéntricos son tan significantes o predominantes que conllevarían a superar los límites de la adecuada adjudicación.* Sin embargo, contrario a lo estimado por Fuller, el análisis del "grado" de policentricidad de la disputa, *tampoco puede constituir un criterio o parámetro para limitar la actuación jurisdiccional.*

Es así, pues como Jeff King lo ha demostrado, la presencia de problemas policéntricos significantes o predominantes "*son abundantes tanto en el derecho público, como en el privado"*[513]. Ello, pues muchas *personas, grupos o clases que no forman parte de la controversia judicial, de hecho, se ven afectados cotidianamente mediante las formas más comunes de litigio*, como lo son la responsabilidad contractual y extracontractual civil, el derecho penal y laboral, la competencia económica, así como la materia de quiebras y concursos mercantiles. Por ello, en palabras de Owen Fiss, aceptar la teoría de Fuller respecto a la imposibilidad de adjudicar cuestiones que se relacionen con problemas policéntricos, "*tornaría ilegítima a casi todas las formas de adjudicación -tanto legales, como constitucionales-"*[514]*.*

En segundo lugar y, corolario a las anteriores consideraciones, no puede inadvertirse que Fuller no habla de "áreas policéntricas", sino de "problemas policéntricos". Esa distinción resulta relevante, pues *no puede aducirse que el área de los DESCA sea en sí misma policéntrica*, como artificiosamente lo señalan los críticos de la justiciabilidad de tales derechos humanos. Lo que existen *no son materias policéntricas, sino problemas policéntricos y es el hecho de que éstos,*

[512] King, Jeff *Judging Social Rights*. op.cit.pág.193.
[513] Ibídem. pág.194.
[514] Ídem.

como se ha razonado, pueden presentarse expresa o encubiertamente, en cualquier rama del Derecho.

Así, la policentricidad *en forma alguna puede servir como base o sustento jurídico-racional para proscribir o negar la adjudicación de los DESCA*, pues es claro que en la justiciabilidad de tales *derechos pueden o no generarse problemas policéntricos y, en su caso, en menor o mayor grado, como acontece en cualesquiera otras áreas del Derecho*. Ello implica que la teoría policéntrica es una problemática *atinente a la complejidad de las cuestiones que las partes plantean a los tribunales, no a una determinada materia o rama jurídica*, por lo que la noción misma de policentricidad, es inocua para demostrar que los DESCA no son o no deben ser sujetos de adjudicación.

En tercer lugar, suponiendo sin conceder que se aceptara plenamente la teoría de Fuller, debe tenerse en cuenta que, al centrarse ésta *en la naturaleza de la disputa* y *no en la naturaleza del órgano, institución o autoridad que debe resolverla*, se carecen de elementos o argumentos necesarios para sostener que, de hecho, "*el poder legislativo o el legislativo se encuentran en una mejor posición y aptitud para resolver tales decisiones [policéntricas]"*[515]. En efecto, la crítica de Fuller no se dirige a las capacidades o aptitudes de los órganos judiciales, propiamente, *sino a la complejidad inherente que aparejan los problemas policéntricos*; por lo que, de ello, no se deriva que *otras ramas del poder público sí cuenten las credenciales o competencias necesarias para atenderlos debidamente.*

En ese sentido, aun cuando se pueda aducir que el poder judicial no tiene todas las capacidades, instrumentos o competencias para resolver problemas altamente policéntricos, de cualquier modo, *esa tarea puede y debe serle asignada cuando las alternativas de resolución son inclusive menos deseables.* Como aduce Fiss, el proceso político o democrático, también presenta diversas limitaciones y problemáticas, por lo que, si bien tales procesos juegan un rol importante en nuestras vidas, *"lo cierto es que es difícil creer que alguno de ellos potencializa el*

[515] Yusuf, Salma. *The Rise of Judicially Enforced […]. op.cit. pág. 765.*

poder real o efectivo -en oposición al formal- de aquellos individuos que son abusados por grandes organizaciones del Estado moderno; por el sistema escolar; por el de salubridad; por el de seguridad social o, aún peor, por el sistema penitenciario"[516]*:*

Corolario a lo anterior, la vía judicial, como ya se ha razonado, *provoca y potencializa un proceso deliberativo interinstitucional, el cual no debe ser subestimado ni minimizado, mucho menos en tratándose de la solución de situaciones sociales altamente complejas.* La adjudicación, apareja las ventajas de *"mejorar la rendición de cuentas gubernamentales; otorga voz a justiciables que de otra forma serían silenciados y, en un cierto número de casos, da como resultado el otorgamiento de bienes y servicios básicos a quienes se les ha dejado en completa marginación y olvido"*[517]*.*

En cuarto lugar y, a nuestro juicio, de mayor relevancia en la materia, debe tenerse en cuenta que la existencia de problemas policéntricos, más que concebirse como barreras u obstáculos insuperables para la justiciabilidad de los DESCA o de los derechos fundamentales, *debe y puede concebirse, en su lugar, como un fuerte estímulo para la innovación judicial que, lejos de generar efectos perniciosos para la vasta red o sistema de relaciones que interactúan en un ambiente policéntrico, permita la creación de un modelo o sistema dialógico e interinstitucional, que potencialice la adecuada resolución de tales problemas complejos.*

En efecto, como se ha razonado, los problemas policéntricos no atañen ni se circunscriben a determinada rama o área del Derecho, sino que pueden "aparecer" en prácticamente cualquier materia adjudicatoria, como lo son los DESCA. En ese sentido, la complejidad de los problemas altamente policéntricos no se traduce ni debe traducirse en la imposibilidad de su resolución mediante el proceso judicial, sino más bien *debe dar lugar a un cambio de paradigma en la forma en cómo se*

---

[516] King, Jeff *Judging Social Rights*. op.cit.pág.208.

[517] Davis, D.M. *Socio-Economic Rights*. En *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Rosenfeld, Michel y Sajó, András (Editors). Oxford University Press, Oxford. 2012. Consultable en su version electronica en http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28784.pdf

concibe la formulación de las decisiones jurisdiccionales, de tal manera que se generen medidas de implementación adjudicatorias que permiten resolver tales cuestiones en forma adecuada y aceptable.

Esto es, la policentricidad, *lejos de concebirse como un fenómeno que haga claudicar las funciones judiciales, provoca más bien que los jueces y tribunales sean conscientes de que, en determinados casos, es indispensable adoptar procesos, modelos y resoluciones de adjudicación que permitan atender tales problemas, en forma tal que se supriman, en el mayor grado posible, la generación de efectos nocivos e indebidos respecto de terceros que no formaron parte en la contienda jurisdiccional.*

Como aduce, Salma Yusuf, tal vez lo que se necesite en tales casos es "*un análisis más sofisticado de la competencia judicial"*[518], o bien, *"redefinir la doctrina judicial de forma más consistente con el rol de las cortes en las sociedades contemporáneas*"[519]. Las cuestiones policéntricas resultan problemáticas especialmente debido a las consecuencias involuntarias que genera su resolución. Por ello, el *grado de flexibilidad o adaptación o que se dé a la medida remedial o reparatoria establecida por el juzgador*, es de suma relevancia. Esa flexibilidad remedial "*puede atenuar el peso que se le otorga a la existencia de policentricidad en los procesos adjudicatorios"*[520]*.*

Por ejemplo, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo **9/2018**, se pronunció respecto a la discriminación jurídica que resentían las trabajadoras del hogar *al encontrarse excluidas del régimen obligatorio de seguridad social.* La resolución no sólo implicaba declarar inconstitucional la norma discriminante, sino que, desde su aspecto remedial, conducía a establecer que el *Estado mexicano debía permitir que tales trabajadoras accedieran al régimen de seguridad social obligatorio, en condiciones no menos*

[518] Yusuf, Salma. *The Rise of Judicially Enforced […].* op.cit. pág. 765.
[519] Ídem.
[520] King, Jeff *Judging Social Rights*. op.cit.pág.209.

favorables que para otros trabajadores -esto es, debían proporcionárseles los seguros de: riesgos de trabajo; enfermedades; maternidad; guarderías y prestaciones sociales; invalidez y vida; así como retiro, cesantía en edad avanzada y vejez-.

El problema referido *es un ejemplo prototípico de policentricidad significante o en grado predominante*. El constreñir a las autoridades estatales a que diesen acceso a las trabajadoras del hogar al régimen obligatorio de seguridad social mexicano, *era susceptible de generar impactos significantes, tanto en la capacidad operativa del Instituto Mexicano del Seguro Social* -en adelante IMSS-, *como en su estabilidad presupuestaria,* pues a virtud de un fallo judicial, se le constreñía a brindar una pluralidad de servicios médicos, de maternidad y de pensión, *a todo un sector de la población que se encontraba excluido de tal sistema.*

Más aún, de incluirse a tales trabajadoras al régimen obligatorio, *sus patrones se encontrarían obligados a pagar las cuotas de aportación social respectivas al referido Instituto; lo cual generaría un detrimento en su bolsillo, que era inexistente al momento de su contratación*. Asimismo, el establecer la obligación de que el empleador aportara dinero para esos fines, *podría inhibir la contratación de esa labor o bien, reducir su sueldo a efecto de que los empleadores no resintieran tales afectaciones económicas.*

Para dar solución a tales probables consecuencias nocivas, al tiempo de impedir que quedase impune un problema de discriminación sistémica e histórica, que afectaba, precisamente, a uno de los sectores más vulnerables y marginados, tanto social, como laboralmente, como lo son las trabajadoras del hogar, la Segunda Sala dotó a su adjudicación *de un carácter flexible y dialógico que permitió dotar de deferencia, tanto al legislativo, como al propio IMSS, a efecto de que fueran éstos quienes decidieran la manera más adecuada de solventar tal violación sistémica a los derechos humanos de las trabajadoras del hogar y se aplicara una medida holística en donde se tomaran en cuenta todas las relaciones que intervenían e interactuaban en tal sistema.*

En efecto, por una parte, la Sala planteó que dentro de un plazo prudente -de un año contado a partir de la emisión de la sentencia-, el IMSS debería implementar un "programa piloto" –y solicitando para ello las partidas presupuestales que se estimen necesarias en el ejercicio de la referida anualidad– que tuviese como fin diseñar y ejecutar un régimen especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar.

El régimen social propuesto debía tomar en cuenta *las particularidades del trabajo doméstico, como lo es que las trabajadoras laboran en algunos casos para más de un patrón y que las relaciones laborales usualmente no están establecidas mediante un contrato de trabaj*o. El régimen especial debía ser de carácter obligatorio y no voluntario. Asimismo, debía *de resultar de fácil implementación para los patrones, para lo cual se deberá considerar la posibilidad de excusar que los patrones se encuentren inscritos ante el Servicio de Administración Tributario.*

Por otra, se precisó que la finalidad de la implementación de tal programa piloto, consistía en que, en un plazo no mayor a 18 meses a partir de la implementación del referido programa, el IMSS *se encontrase en posibilidades de proponer al Congreso de la Unión las adecuaciones legales necesarias para la incorporación formal del nuevo sistema especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar*, y en ese sentido, *en un plazo no mayor a tres años, se lograra obtener la seguridad social, efectiva, robusta y suficiente a la totalidad de las empleadas domésticas en el país.*

Como se aprecia, el anterior fallo fue fijado, en forma tal, *que la plausible generación de efectos indeseados o nocivos de la adjudicación, pudiesen ser debidamente atendidas por las propias autoridades responsables,* de tal suerte que sean éstas, quienes, con base en determinados lineamientos dictados por el Tribunal, determinaran cuál era la mejor forma de erradicar el problema de discriminación sistémico detectado, en materia de seguridad social, *al tiempo que no se generaran afectaciones nocivas en la capacidad operativa y presupuestaria del Instituto, en detrimento de otros derechohabientes y pensionados.* De hecho, el programa piloto permitía que, antes de hacer adecuaciones legislativas vinculantes y permanentes, *se realizara un proceso de "prueba" o "experimentación" para dilucidar la forma más*

idónea de incorporar a las trabajadoras del hogar en ese complejo sistema médico-jubilatorio.

Tal flexibilidad adjudicatoria ejemplifica y demuestra que la policentricidad *en forma alguna constituye un obstáculo insuperable para la adjudicació*n, sino más bien, conlleva a la necesidad de que, *al enfrentarse a problemas policéntricos, las Cortes aporten también soluciones policéntricas,* lo cual, como aconteció en tal precedente, puede lograrse, entre otras consideraciones, mediante la deferencia a las autoridades encargadas del cumplimiento de la sentencia, para que sean éstas mismas las que, siguiendo determinadas directrices constitucionales establecidas por la Cortes*, dilucidaran en un plazo amplio y prudente cuáles son las medidas y políticas públicas concretas que se pueden o deben emprender para tales efectos, acorde con sus propias capacidades técnicas, operativas y presupuestales, es decir*, que *sean estas las encargadas de valorar, acorde a su pericia y experiencia institucional, cuál es la forma más óptima de solventar tal problemática.*

En términos similares, la Corte Constitucional Sudafricana, al resolver el caso "*Treatment Action Campaign N°2",* que se relaciona con el problema de VIH/SIDA en ese Estado, así como las medidas implementadas por las autoridades sanitarias para hacerle frente, sostuvo, en lo que interesa, lo siguiente:

> "Las Cortes Sudafricanas **cuentan con un margen amplio de facultades a su disposición para asegurar que la Constitución sea cumplimentada. Estos incluyen interdictos vinculantes y estructurales. La forma en que deban ejercer tales facultades depende de las circunstancias de cada caso.** Así, debe atenderse debidamente a la función de las legislaturas y del ejecutivo en una democracia. Lo que resulta claro, sin embargo, es que **cuando resulta apropiado, las Cortes pueden y deben usar sus amplias facultades para emitir mandatos que afectan las políticas públicas y las leyes.**
>
> Un factor que requiere ser tomado en cuenta estriba en que **las políticas públicas son y deben ser flexibles. Éstas pueden ser modificables en cualquier tiempo y el ejecutivo se encuentra en libertad de cambiarlas cuando así lo considere apropiado**. La única limitación consiste en que las políticas públicas deben ser consistentes con la Constitución y las leyes. **Los mandatos judiciales relacionados con decisiones sobre políticas públicas adoptadas por el**

Ejecutivo, deben ser formulados en forma tal que no impidan al Ejecutivo poder realizar tales elecciones legítimas"[521].

Así, los problemas policéntricos, se insiste, no generan un obstáculo insuperable para la justiciabilidad de los derechos humanos, *sino que aparejan y constriñen a la generación de un entendimiento más sofisticado sobre la forma en cómo las Cortes y Tribunales pueden remediar situaciones que entrañen tal grado de complejidad*. Desde luego, si se piensa, como parece que lo hacen los detractores, opositores o escépticos de los DESCA, *que las formas adjudicatorias "tradicionales" son la única manera en que se puede emitir un mandato judicial, luego entonces, es cierto que la jurisdicción encontrará diversas limitaciones para poder hacer frente a la policentricidad.*

Sin embargo, como se ha razonado, el paradigma de la remediación judicial aún tiene mucho camino por avanzar, en cuanto a su concepción, diversificación, flexibilidad, instrumentación y seguimiento se refiere -todas estas cuestiones serán materia de un análisis exhaustivo en los últimos capítulos de la presente investigación-. Diversas Cortes han empezado a establecer nuevas formas de atender a reclamos sociales altamente complejos; *la adjudicación está en una constante evolución y dinamismo.*

La expansión de la función judicial, por ende, *parece estar acompañada a su vez de la expansión e innovación de instrumentos y medidas resarcitorias o reparatorias* que permitan que, ese "voto de confianza" depositado en los jueces y tribunales, y ese nuevo "rol" de las Cortes, como instituciones potencializadoras de cambios sociales y supervisoras del cumplimiento y maximización de los derechos humanos, *no queden atrapadas o frustradas ante criterios tradicionales de adjudicación que resulten anacrónicos o inadecuadoss para hacer frente a esos nuevos retos jurídicos*.

[521] Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (No 2) (CCT8/02) [2002] ZACC 15; 2002 (5) SA 721; 2002 (10) BCLR 1033 (5 July 2002). párr.113-114.

5. El problema del cumplimiento de las sentencias DESCA como una tercera etapa de su justiciabilidad.

En el presente capítulo ya se han analizado las dos primeras etapas de justiciabilidad de los DESCA, a saber: **(I)** la primera, que se centró en el debate atinente a si los DESCA *son verdaderos derechos* y por ende, si *resultan justiciables*; y **(II)** la segunda que consistió en responder si, al hacer justiciables los DESCA, las Cortes *pueden inmiscuirse en las políticas públicas y consecuentemente, si cuentan con legitimidad y capacidad técnica para ello.*

De tal valoración, se ha demostrado, a grandes rasgos: **(I)** que, desde el punto de vista histórico, filosófico-axiológico y estructural, *los DESCA no son distintos de los derechos civiles y políticos*, por el contrario, esa aparente dicotomía atiende a diversos prejuicios que se encuentran basados, a su vez, *en juicios pretéritos falsos*; y; **(II)** que si bien son válidas algunas preocupaciones concernientes a la legitimidad y capacidad con las que cuentan las Cortes para adjudicar los DESCA, lo cierto es que, por una parte, *tales problemáticas no son exclusivas de tales derechos, sino que son preocupaciones comunes a la justiciabilidad de los derechos humanos* y, por otra, *que tales cuestiones no se traducen en obstáculos insuperables para su justiciabilidad;* de ahí que no puedan pretextarse para negar la protección de tales derechos humanos en la vía jurisdiccional.

Luego, la superación de tales etapas ha llevado a la conclusión de que los DESCA *sí son verdaderos derechos humanos; sí resultan justiciables y, finalmente, que los jueces sí cuentan con la legitimidad y capacidad necesaria para adjudicarlos.* Desde luego que la justiciabilidad de los DESCA no se ha estancado en tales temas, sino que es una matera que continua evolucionando ante las nuevas problemáticas y retos que, precisamente, ha deparado la experiencia judicial en cuanto a su adjudicación en las últimas décadas.

Sugerimos que, actualmente, *nos encontramos ante una tercera etapa de justiciabilidad de los DESCA* referente a *los problemas relacionados con el cumplimiento de las sentencias sobre tales derechos humanos*. En otras palabras,

esta etapa de justiciabilidad de los DESCA tiene como objeto responder a la siguiente pregunta: *¿cómo lograr la eficacia remedial de las sentencias adjudicatorias de los DESCA?*

En efecto, contrario a lo que se cuestionaba en las anteriores etapas de justiciabilidad de los DESCA, la pregunta que se plantea actualmente *ya no es si los DESCA pueden o no ser justiciables, sino cómo hacerlos justiciables.* Dentro de esa segunda interrogante, estimamos que tiene un lugar destacado el cuestionarnos *la forma en cómo las medidas reparatorias o resarcitorias pueden lograr su mayor impacto o eficacia en el orden jurídico, en otras palabras, cómo superar los problemas que presenta la remediación judicial de los DESCA.*

El problema no es menor, de poco serviría que, a lo largo de las últimas décadas, se hayan superado los supuestos derroteros respecto a la justiciabilidad de los DESCA, para que, una vez siendo permisible y admisible ello, los fallos que al respecto emitan las Cortes y Tribunales *sean incumplidos por las autoridades; volviendo "estéril" a todo el proceso judicial.* La utilidad o provecho de que se haya aceptado que lo DESCA resultan tan justiciables, como cualquier derecho humano, se ve minimizada sino acaso, nulificada, si al momento de emitirse los fallos respectivos, las sentencias resarcitorias o reparatorias *carecen de toda efectividad e incidencia en el sistema jurídico.*

La justiciabilidad de los DESCA no puede reducirse a una declaración judicial que sólo sirva a propósitos académicos o teóricos, *debe cumplimentar con la función a que está llamada, a saber: lograr el debido cumplimiento de las obligaciones impuestas a virtud de tales derechos fundamentales y, con ello, mejorar la calidad de vida de la población a través de la consolidación de nuevos estadios de justicia social.* Así, consideramos que no sería aventurado afirmar que el destino sobre el cumplimiento de los DESCA, en un Estado constitucional, *pasa a su vez, por el destino del cumplimiento, eficacia e impacto de las sentencias remediales de tales derechos.*

Si en un sistema de derecho respectivo, los fallos que emiten las Cortes en la materia son frecuentemente incumplidas por las autoridades o infructíferas para remediar las violaciones a los DESCA, *difícilmente podría aseverarse que dichos derechos humanos cuentan con un grado de eficacia real en tal sistema legal*. Como aducía el Juez del Reino Unido, Stephen Sedley, *"la existencia de derechos, sin su remediación [correspondiente], resulta de poca valía*[522]*".*

El hecho de que las sentencias remediales sobre los DESCA carezcan de un grado importante de eficacia, *exige analizar y cuestionar los paradigmas existentes sobre la justicia de los derechos humanos*, así como la necesidad de generar *nuevos entendimientos sobre la manera en que pueden y deben establecerse los efectos adjudicatorios en la materia, así como los instrumentos o medidas de seguimiento y supervisión de tales fallos*. No en vano, se ha planteado la urgencia de que se esgriman *"mayores guías de actividad judicial en esta área"*[523]*.*

En efecto, como se ha expuesto a lo largo de este capítulo, en las últimas dos décadas no sólo se ha presentado una expansión de la función del poder judicial, *sino una expansión significativa, a nivel global, respecto al número de sentencias que al efecto se han emitido por diversas cortes en materia de DESCA* -la cifra, como ya se ha señalado, es de alrededor de doscientos mil sentencias, acorde a Langford-.

Ese vasto cuerpo jurisprudencial presenta diversos aspectos positivos respecto a la justiciabilidad de los DESCA. Sin embargo, *la traslación de tal emisión jurisprudencial, hacia la generación impactos reales sobre el pleno goce de tales derechos, aún tiene mucho por avanzar.* Ello, pues como bien advierten Byrne y Hossain, *"muchas decisiones judiciales significantes [sobre DESCA] no son plenamente implementadas, o bien, ni siquiera parcialmente cumplimentadas*[524]". De ahí que el progreso jurisprudencial en la materia "*requiere urgentemente ser acompañada de acciones tendientes a asegurar el cumplimiento, por parte de todas*

[522]Durbahc, Andrea. *The right to legal aid in social rights litigation.* En *Social Rights Jurisprudence […].* op. cit. pág. 68
[523] Yusuf, Salma. *The Rise of Judicially Enforced […]. op.cit. pág. 789.*
[524] Byrne, Iain y Hossain, Sara. *Economic and Social Rights Case Law of Bangladesh, Nepal, Pakistan and Sri Lanka.* En *Social Rights Jurisprudence […].* op. cit. pág. 143

las autoridades concernientes, de los fallos y órdenes dictadas por las cortes nacionales"[525]*.*

La madurez de la jurisprudencia de los derechos económicos y sociales, en diversas jurisdicciones, ha generado interrogantes acerca de su eficacia. Tanto abogados, como académicos "*han alertado que un número significativo de sentencias sobre los [derechos económicos y sociales] siguen sin implementarse*[526]*".* Existen diversas críticas entorno a que "*fallos innovadores [sobre los DESCA] han sido implementados de manera pobre o deficiente en la práctica*[527]*".* En ese sentido, los litigantes han batallado para "*transformar la jurisprudencia progresista en resultados [prácticos] progresivos*[528]*".*

La problemática acerca de la ausencia de implementación de los fallos emitidos en materia de los DESCA, como se advierte, no es meramente teórica, *sino que se erige como una cuestión que, en la práctica, se encuentra minando el acatamiento de los débitos internacionales que los Estados han suscrito y que derivan de tales derechos humanos y con ello, la eficacia de tales instrumentos internacionales.*

Esa situación es patente en el Estado mexicano, pues como el propio Comité DESCA lo estableció en sus "Observaciones finales sobre a los informes periódicos quinto y sexto combinados de México", una de las principales causas de preocupación de tal órgano internacional estriba en *"la falta de cumplimiento efectivo de las sentencias emitidas en juicio de amparo en las que se han encontrado violaciones a derechos económicos, sociales y culturales"*[529]*.*

La falta de eficacia de las sentencias remediales de los DESCA afecta en forma directa y más prominentemente a las víctimas del caso, pero desde luego, *también*

---

[525] Ídem.
[526] Langford, Malcom, et. al. *Introduction: From Jurisprudence to Compliance*. En *Social Rights Judgements and the Politics of Compliance*. Langford, Malcom et. al. (Ed.) Cambridge University Press. Cambridge. 2017. pág. 3.
[527] Ídem.
[528] Ibídem. pág. 4.
[529] ONU. Comité DESCA. *Observaciones finales sobre a los informes periódicos quinto y sexto combinados de México.* 17 de abril de 2018. E/C.12/MEX/CO/5-6. párr.5.

impacta en grado predominante en el sistema de justiciabilidad de los DESCA, en su conjunto, esto es, en su significación y utilidad real para el goce de tales derechos fundamentales a la exclusión o reducción del sufrimiento humano.

El hecho de que cada vez más Estados democráticos se sumen a la justiciabilidad de los DESCA y, consecuentemente, emitan sentencias significativas en cuanto a su contenido, alcance y operabilidad, es sin duda un gran avance para su realización, empero, *ante la ausencia de estrategias e instrumentos de adjudicación que aseguren el debido impacto y eficacia de los fallos respectivos, la promesa de su goce y efectividad se ven gravemente disminuidas.* El fenómeno creciente de la ausencia de debida implementación de las sentencias sobre tales derechos humanos merece ser debidamente examinado, *tanto lo relativo a sus causas, como a las plausibles soluciones a tal problemática jurídica.*

Aunque en este apartado no nos avocaremos a dilucidar cuáles son los factores que han provocado que las sentencias DESCA no sean debidamente implementadas, lo cierto es que, atendiendo a lo ya razonado en las anteriores etapas de justiciabilidad, es dable sostener como una primera conclusión que, *el problema de desacato de los fallos sobre los DESCA, en forma alguna puede sustentarse en el "tipo" o la "naturaleza" de tales derechos humanos.*

Es así, pues el desarrollo y superación de las primeras dos etapas de justiciabilidad de los DESCA, conforme a lo anteriormente expuesto, son las que, precisamente, *dan cuenta que el problema de cumplimiento de tales derechos a la exclusión o reducción del sufrimiento humano, no puede fundamentarse o pretextarse en el "tipo" de derecho adjudicado*. Ello, toda vez que en esas etapas ya se ha acreditado que los DESCA, en realidad, *no resultan distintos de los llamados derechos civiles y políticos, por lo que a su justiciabilidad se refiere*.

De lo que se deduce que, si esto es así, luego, el argumento de "distinción" de los DESCA con otro tipo de derechos humanos *no podría volverse a emplear para sustentar o explicar el diverso problema de acatamiento de las sentencias emitidas*

en esa materia –pues ello implicaría negar o regresar a sendos argumentos que las referidas etapas ya han superado, al demostrar su inviabilidad, falsedad o incoherencia–.

Por ende, estimamos que, contrario a lo que pudiera pensarse, el hecho de que en la actualidad subsistan diversos problemas relacionados con la remediación de las sentencias atinentes a los DESCA, *no debe concebirse como un debilitamiento de la concepción de tales derechos como plenamente justiciables*, sino que, en cambio, debe dar lugar *a un verdadero fortalecimiento de saberes y técnicas relacionadas con la manera en cómo los jueces ejercen sus labores decisorias*, *a fin de permitir que las sentencias en materia de derechos fundamentales, entendidos como un todo* -tanto derechos civiles y políticos, como los DESCA-*, tengan una eficacia e incidencia real en la población*.

Como lo ha aducido la Corte Constitucional de Sudáfrica, resulta indispensable que cuando se haya advertido la violación a un derecho humano, éste sea efectivamente reivindicado. De ahí que "*las cortes tienen una responsabilidad particular a este respecto y se encuentran obligadas a 'forjar nuevos instrumentos' [adjudicatorios] y crear medidas remediales innovadoras, si es necesario, a fin de cumplir con esta finalidad"*[530]*.*

Por ende, en esta tercera etapa de justiciabilidad de los DESCA, más que reflexionar sobre las particularidades, notas o características de tales derechos humanos, se debe dar cuenta de *la necesidad "re-pensar" la manera en que se ejerce y puede ejercerse la labor jurisdiccional en materia de derechos humanos*, *esto es, reflexionar acerca de cómo los jueces deben realizar sus facultades decisorias en tratándose de la adjudicación de derechos humanos, a fin de lograr su mayor eficacia e implementación en el Estado de Derecho.*

Para ello, en el siguiente capítulo se procederá a examinar diversas sentencias adjudicatorias de los DESCA y de otros derechos humanos que estimamos de relevancia en cuanto a sus efectos adjudicatorios y a su grado de acatamiento por

[530] Fose v Minister of Safety and Security (CCT14/96) [1997] ZACC 6; 1997 (7) BCLR 851; 1997 (3) SA 786 (5 June 1997). párr. 69.

las autoridades responsables. A partir de ello, se irán exponiendo *las fortalezas y debilidades que llevaron a que tales sentencias fueran o no debidamente cumplimentadas por las autoridades respectivas, según el caso.*

Luego, con base en esa experiencia jurisprudencial, se analizarán y propondrán en el cuarto y quinto capítulo *las estrategias y métodos que estimamos, pueden ser empleados por las Cortes y Tribunales para optimizar el grado de debido acatamiento de sus fallos*. Desde luego, aunque podrían aplicarse tales propuestas a la justiciabilidad de los DESCA en otros sistemas jurídicos distintos al mexicano, estimo prudente señalar que en esta investigación, si bien se establecerán directrices sobre las nuevas formas de adjudicación que *pueden resultar "comunes" a la labor jurisdiccional*, lo cierto es que también se hacen señalamientos a cuestiones "adjetivas-procesales" *que son propias a la justicia constitucional mexicana, sobre todo en sede concentrada, y que atañen a las particularidades del llamado juicio de amparo y la forma en que se encuentra regulado el procedimiento de ejecución de sus sentencias.*

Sin perjuicio de lo anterior, insistimos en que la expansión de la función judicial, a nivel global, tiene que estar *acompañada de la expansión de herramientas y medidas adjudicatorias que resultan apropiadas para lograr esa nueva labor asignada a los jueces en los Estados democráticos contemporáneos.* Si es verdad, como se pretende, que las Cortes jueguen un papel relevante en la generación de cambios sociales, sobre todo en la construcción de nuevos estadios de justicia social a través de la exigencia de cumplimiento de los DESCA, en el siglo XXI, *fuerza es que los efectos reparatorios o resarcitorios que se otorguen a sus sentencias, permitan, en el mayor grado posible, asegurar su debido acatamiento por las autoridades responsables y, con ello, su indecencia real y efectiva en el sistema legal.*

La *idoneidad del remedio*, entonces, se erige como una de las cuestiones jurídicas de mayor relevancia no sólo para el quehacer judicial, *sino para la eficacia del principio de supremacía constitucional y para el funcionamiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aplicado en sede interna.* Los jueces y

Tribunales, mediante sus sentencias, deben buscar no sólo reconocer y dotar de contenido y alcance a los derechos fundamentales, como lo son los DESCA, *sino hacerlos -a través del remedio-, una realidad práctica.* Los subsecuentes capítulos de la presente investigación, entonces, tienen como propósito brindar propuestas *para superar los problemas relacionados con el debido cumplimiento de las sentencias DESCA, lo cual, a su vez, se encuentra aparejado con las formas y estrategias para diseñar el remedio respectivo y, desde luego, con su instrumentación y seguimiento.*

Capítulo Tercero
Análisis de la experiencia jurisprudencial atinente al cumplimiento de obligaciones complejas en materia de DESCA.

6. Reflexiones preliminares. Contra la percepción de los DESCA como derechos complejos.

En los primeros dos capítulos nos hemos encargado de reflexionar acerca de las nociones y fundamentos de los DESCA -proponiendo que éstos pueden ser concebidos como un conjunto de derechos a la exclusión o reducción del sufrimiento humano-, así como las etapas de su justiciabilidad -la primera que se centró en prejuicios respecto a si los DESCA son o no verdaderos derechos humanos y la segunda relativa a si los jueces cuentan con legitimidad o capacidad para hacerlos justiciables-. Asimismo, conforme al anterior capítulo, propusimos que actualmente nos encontramos ante una tercera etapa de justiciabilidad de los DESCA *atinente a los problemas de eficacia las sentencias reparatorias de tales derechos humanos.*

Al respecto, debe tenerse en cuenta que las etapas de justiciabilidad de los DESCA se vinculan entre sí mismas, de tal suerte que cada etapa ulterior atiende y resulta congruente con los avances y progresos que ha tenido la etapa previa, respecto a la superación de las supuestas barreras o límites para la adjudicación de tales derechos humanos. Es por ello que el desarrollo y superación de las primeras dos etapas de justiciabilidad de los DESCA, *dan cuenta que, el problema de cumplimiento de las sentencias en esta materia, en realidad, no puede fundamentarse o pretextarse en el "tipo" o "naturaleza" del derecho adjudicado* -en otras palabras, en que se trate de DESCA y no civiles y políticos-, ya que en cada una de esas etapas ya se ha demostrado que los DESCA, en realidad, *no resultan distintos de los llamados derechos civiles y políticos, por lo que a su justiciabilidad se refiere*.

De ahí que, atendiendo a un principio de congruencia, el argumento dicotómico de los DESCA con otro tipo de derechos humanos *no podría volverse a emplear para sustentar ni explicar el diverso problema de acatamiento de las sentencias emitidas en esta materia* –pues ello implicaría negar o regresar a sendos argumentos que las referidas etapas ya han superado, al demostrar su inviabilidad, falsedad o incoherencia–.

Luego, el problema del debido cumplimiento de la sentencias DESCA, no atiende ni puede derivar del tipo o naturaleza del "derecho en juego", sino que tiene que ver con otra razones que, de hecho*, son comunes a la adjudicación de los derechos humanos, entendidos como un todo.* Esto es, *se relaciona con elementos objetivos y subjetivos que pueden presentarse* -y de hecho se presentan- *tanto en la justiciabilidad de los DESCA, como en la diversa de los derechos civiles y políticos.*

Así, al dejar de concebir a los DESCA y a los derechos civiles y políticos, en términos dicotómicos, es dable enfocar el análisis del cumplimiento de las sentencias DESCA, en sus justas dimensiones, a saber: *como una problemática que no debe inferirse a partir del "tipo", "grupo" o "clase" de los derechos humanos en juego, sino de otros elementos tanto sustantivos, como adjetivos, que interactúan en la adjudicación de todos y cada uno de los derechos humanos.* Lo que queremos decir con ello es que, del hecho de que se presenten ciertas dificultades con el cumplimiento de las sentencias en materia de DESCA, *no se deduce, necesariamente que, tales derechos sean, en sí y por sí mismos, más difíciles de remediar que los llamados civiles y políticos* -y si bien pueden llegar a presentarse ciertas variaciones entre unos y otros, éstas no son suficientes para explicar los problemas de cumplimiento de los DESCA-.

En esa inteligencia, es indispensable abandonar la idea de que *los fallos en materia de DESCA tienen problemas de acatamiento, precisamente, por tratarse de este "tipo" o "grupo" de derechos humanos* -en oposición a los civiles y políticos-. Ello, pues como se ha explicado en el capítulo precedente, no existen, propiamente hablando, *grupos o clases de derechos humanos más fáciles de remediar que otros derechos* -no al menos en forma significativa, para poder hacer una diferenciación tajante entre unos y otros para efectos de su remediación-. En cambio, lo que sí se presentan son *tipos de*

obligaciones -que derivan de todos y cada uno de los derechos humanos- *más difíciles de cumplimentar y reparar que otras.*

Con ello, no pretendemos concluir tajantemente que el derecho humano específico que es materia de adjudicación, no tenga alguna incidencia ni trascendencia alguna al momento de que los jueces emiten sus fallos y establezcan la forma en que la autoridad debe proceder a reparar esa violación, sino más bien pretendemos aclarar y dejar por sentado que, por lo que a su cumplimiento y adjudicación se refiere, *no debe hablarse de "derechos humanos complejos", sino más bien de "obligaciones complejas" en materia de derechos humanos.*

Ello se explica por una sencilla razón que ya fue ampliamente estudiada al momento de analizar *el prejuicio de corte estructural de los DESCA* -y que atañe a la primera etapa de justiciabilidad de tales derechos-, a saber: *que todos los derechos humanos se componen de un amplio abanico obligacional, toda vez que imponen tanto débitos positivos, como negativos, onerosos como no onerosos, de realización individual, como de adopción de medidas estructurales o institucionales.*

Ni los DESCA, ni los derechos civiles y políticos *ofrecen un modelo único de su cumplimiento,* precisamente, porque *ningún derecho humano, ni grupos o clases de derechos humanos pueden reducirse al cumplimiento de única obligación que deba realizar la autoridad*. Por ende, *el concebir a los DESCA como derechos complejos* y, a su vez, a los derechos civiles y políticos como *derechos sencillos,* en términos remediales, soslaya -tal vez deliberadamente- el amplio cuerpo de instrumentos internacionales en la materia; los extensos análisis académicos sobre la naturaleza de los DESCA, así como la vasta jurisprudencia internacional, regional y nacional que *refutan de manera contundente esa visión anacrónica del andamiaje estructural de los derechos humanos* -a las que nos hemos referido en el capítulo precedente-.

6.1. Elementos objetivos a examinar en la adjudicación de los DESCA.

Lo anterior conlleva a concluir que, si bien pueden existir y de hecho, existen elementos "sustantivos/objetivos" que inciden en el debido acatamiento de las sentencias en materia de derechos humanos, lo cierto es que éstos *conciernen más bien al tipo de obligación específica que se trate de cumplir y no al derecho mismo, propiamente hablando.* Por ende, más que analizar y concentrarnos en el tipo o grupo al que pertenece el derecho humano "en juego" -DESCA o civil y político-, *fuerza es analizar el contenido o tipo de obligación respectiva que se exige al Estado cumplimentar a través de la vía jurisdiccional.* Es así, pues si bien, como se ha razonado, no hay derechos humanos más "difíciles" de remediar que otros -en tanto todos comparten o exigen diversos débitos al Estado-, lo cierto *es que sí hay obligaciones dimanantes de los derechos humanos que resultan más complejas que otras por lo que a su adjudicación, cumplimiento y reparación se refiere.*

Para ilustrar lo anterior, pensemos en el derecho humano a una vivienda adecuada a que se refiere el artículo 11 del PIDESCA. La obligación *negativa* que emana de tal derecho humano consistente en la *"*prohibición de desahucios forzosos", en forma alguna es asimilable *al grado de complejidad* que conlleva la diversa obligación *positiva* de "*crear subsidios para los que no pueden costearse una vivienda, así como establecer formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda".*

En el caso de la *obligación negativa* en comento, bastará, generalmente, con que el Estado se abstenga de llevar a cabo desahucios forzados o de emitir legislación que autorice o permita la misma. En cambio, en tratándose de la referida *obligación positiva*, el Estado deberá desplegar *toda una serie de medidas institucionales, políticas públicas, locaciones y decisiones presupuestarias* tendientes a la generación de tales subsidios para la adquisición de vivienda, u otras formas de financiación para aquellas personas que no se encuentren en aptitud de costearla.

Luego, si ambos débitos son materia de controversia jurisdiccional y adjudicación, es válido concebir que, la condena y medida reparatoria tendiente a hacer efectiva

la obligación *positiva de "garantizar"* el derecho a la vivienda, mediante la generación de subsidios, *presentará un grado de complejidad mucho mayor* a la diversa resolución y condena atinente a la *obligación negativa de "respetar" la prohibición de desahucios forzados.*

En esa inteligencia, se sugiere que la problemática "sustantiva/objetiva" del cumplimiento de los fallos judiciales en la materia *deriva, en realidad, del entramado complejo obligacional* que emane del derecho fundamental respectivo -que como ha sido reiterado, puede derivarse indistintamente de cualquier derecho humano, sea DESCA o civil y político-, *y no de la naturaleza del derecho humano adjudicado.*

De tal suerte que, a *mayor grado de complejidad* que represente para el Estado cumplimentar con un determinado débito dimanante de un derecho fundamental, *mayores serán las problemáticas que pueda suscitar la adjudicación y cumplimiento de una sentencia judicial que lo conmina a hacer efectiva tal obligación.* Así, atender a la obligación respectiva, en lugar de enfocarnos en el grupo o tipo de derechos en juego, *permite generar una teoría más apta y congruente para explicar y dar respuesta a los problemas de adjudicación y cumplimiento de los DESCA* -y de hecho, de los derechos humanos entendidos como un todo-.

6.2. Elementos subjetivos a examinar en la adjudicación de los DESCA.

Una vez precisado lo anterior, estimamos que las dificultades que derivan el cumplimiento de obligaciones complejas que emanan de los derechos humanos -aspecto sustantivo-, también se ven potencializadas o mitigadas, según sea el caso, por elementos de carácter "subjetivo". Cuando hablamos de *elementos subjetivos*, nos referimos, en esencia, a dos cuestiones: **(I)** a la inteligencia, prudencia y estrategia empleada por el juzgador o tribunal, al momento de *diseñar la medida remedial*; y **(II)** a la manera en que ordena que se *dé seguimiento institucional* -o no- *a las acciones emprendidas por la autoridad para acatar el remedio.*

Desde luego que estos elementos no resultan autónomos e independientes, ya que *los elementos subjetivos, a su vez, están intrínsecamente relacionados o predestinados por los elementos objetivos*. Aunque será hasta el siguiente capítulo

cuando se explique con profundidad estas aproximaciones teóricas al problema de justiciabilidad de los DESCA, es oportuno que desde ahora el lector tenga en cuenta que *la deferencia o libertad que,* en su caso, otorgue el juzgador a la autoridad responsable para proceder a reparar la violación aducida en el juicio, *debe resultar congruente con el grado de complejidad que deriva de la obligación incumplida en esta materia.*

Es decir, la forma en que el Tribunal *diseña la reparación respectiva y, por ende, la forma o proceso que deberá seguir la autoridad para acatar la ejecutoria*, *debe comportarse con el tipo de obligación que fue inobservada por la autoridad y no con el tipo o grupo al que pertenezca el derecho humano* -si es DESCA o civil y político-, *como erróneamente lo han propuesto algunos autores.*

Es por ello que en el siguiente capítulo nos ocuparemos de realizar algunas observaciones y críticas al modelo establecido por Tushnet respecto a la interacción de *"cortes débiles/derechos fuertes"*. En efecto, sugerimos que *resulta teóricamente incorrecto hablar de adjudicaciones "débiles o fuertes", como parámetro dicotómico de adjudicación entre los DESCA y los derechos civiles y políticos*. Lo que hay, se insiste, *son obligaciones complejas* derivadas de ambos tipos de derechos y, por ende, las medidas reparatorias, más que ser pensadas en términos de "debilidad" o "fortaleza", *deben ser entendidas en, su lugar, en términos de "congruencia" o "correspondencia" con el grado de complejidad de la obligación específica que se exija cumplimentar al Estado,* de tal suerte que la medida remedial ordenada por el Tribunal *sea apta y conducente para atender a ese grado de complejidad del débito que se le demanda cumplimentar a la autoridad.*

Esta nueva visión paradigmática sobre la compaginación entre la complejidad de la obligación y la complejidad del remedio, es lo que se denominará más adelante como el *"principio de congruencia remedial"*, el cual será desarrollado en el siguiente y último capítulo de la presente investigación -dicho axioma pretende brindar a los Tribunales una teoría de mayor solidez jurídica para superar los problemas del cumplimiento de las ejecutorias en materia de derechos humanos, al encontrarse libre de prejuicios y estereotipos estructurales y adjudicatorios sobre los DESCA-.

6.3. La correspondencia entre el grado de complejidad de la obligación demandada y el diseño remedial plasmado por las Cortes.

Conforme a las razones anteriores, al momento de examinar los casos jurisprudenciales que son materia de análisis en el presente capítulo, no se hará referencia a las adjudicaciones "débiles o fuertes", como lo han hecho ya algunos autores al momento de examinar temas de *compliance e*n la materia de los DESCA. En su lugar, estimamos que resulta teóricamente más adecuado hablar de *elementos de "coherencia" o "correspondencia*" *entre el entramado obligacional que se considera violado por la autoridad estatal y la medida remedial que a éste debe sucederle* -principio de congruencia remedial-.

En suma, la tesis que se propone resulta disidente a la postura generalizada de que el tipo de adjudicación que deben implementar las Cortes depende *del tipo de derecho adjudicado* -si es DESCA, adjudicación débil, si es civil, adjudicación fuerte-. Contrario a ello, nuestra propuesta es que el tipo de adjudicación implementada depende *del tipo de obligación* que se demande cumplir a la autoridad, de tal suerte que, a nuestro juicio, lo que se exige es que *el diseño de la medida remedial sea un reflejo adecuado, coherente y congruente con ese grado de complejidad obligacional.*

De ahí que a mayor dificultad, complejidad o grado de policentricidad que depare la adjudicación de una determinada obligación en materia de derechos humanos, *mayor deberá ser el grado de sofisticación, innovación, deferencia, prudencia y flexibilidad que debe ser empleada por el Tribunal para determinar cómo debe proceder la autoridad estatal a cumplimentar y reparar dicha violación.* En eso radica la interacción entre los elementos *objetivos y subjetivos* en la adjudicación de los derechos humanos, a los que nos hemos referido.

Este esquema es el que, a nuestro juicio, permite valorar la *idoneidad del remedio*, el cual se consagra como un instrumento necesario para *hacer a los DESCA una realidad viviente.* En efecto, como se argumentó en el capítulo precedente, esta tercera etapa de justiciabilidad de los DESCA debe dar lugar *a un verdadero fortalecimiento de saberes y técnicas relacionadas con la manera en cómo los jueces ejercen sus labores decisorias*, *a fin de permitir que las sentencias en materia*

de derechos fundamentales, entendidos como un todo -tanto derechos civiles y políticos, como los DESCA*, tengan una eficacia e incidencia real en la población.*

La expansión de la función judicial tiene que estar *acompañada de la expansión de herramientas y medidas adjudicatorias que resultan apropiadas para lograr esa nueva labor asignada a los jueces en los Estados democráticos contemporáneos.* Si es verdad que las Cortes pretenden tener un papel relevante en la generación de cambios sociales, sobre todo en la construcción de nuevos estadios de justicia social a través de la exigencia de cumplimiento de los DESCA en el siglo XXI, *fuerza es que los efectos reparatorios o resarcitorios que se otorguen a sus sentencias, permitan, en el mayor grado posible, asegurar su debido acatamiento por las autoridades responsables y, con ello, su incidencia real y efectiva en el sistema legal.*

Si no superamos la visión estereotipada de los DESCA, *en el sentido de que su adjudicación, en sí y por sí misma, resulta compleja, policéntrica y problemática con principios democráticos y de la división de poderes*, *no podremos ofrecer una teoría aceptable ni racional que permita atender al problema del cumplimiento de sus sentencias, en sus justas dimensiones.* Seguir generalizando y concibiendo a tales derechos humanos como "complejos", *implica continuar adscribiéndonos a un anacronismo teórico-jurídico que nos retrotrae a la primera de las etapas de justiciabilidad de los DESCA y, por ende, a la ya superada postura dicotómica entre los DESCA y los derechos civiles y políticos.*

Si queremos, por tanto, ofrecer una teoría con mayor solidez para que los jueces y las Cortes puedan mitigar o erradicar los plausibles problemas y conflictos que derive la adjudicación de los derechos fundamentales, como lo son los DESCA, *fuerza es que,* lejos de centrarnos en el "tipo" o "grupo" al que pertenece el derecho humano en juego, *se distinga e identifique el tipo de obligación que se demanda cumplir a la autoridad en el caso concreto, a fin de que, a partir de la naturaleza y tipo del débito exigido a la autoridad,* el juzgador pueda emitir una condena y reparación que *sea coherente y apta para atender al grado de complejidad que depara esa obligación a las autoridades estatales.*

Así, como se razonará con mayor detalle y profundidad en el siguiente y último capítulo del presente trabajo de investigación, la condena y reparación que emita la Corte *no es susceptible de "encajonarse" o "circunscribirse a un sólo modelo para la adjudicación de los* DESCA -como si todos estos derechos ofrecieren un modelo único de su cumplimiento o un solo débito que deba realizar el Estado-; mucho menos cuando éste parte de ideas estereotipas o prejuiciosas de corte estructural. Por el contrario, la adjudicación de los DESCA, como de cualesquiera derechos humanos, debe ser más bien concebida como un "traje a la medida" que deberá ser elaborado por el juzgador atendiendo al *tipo y grado de complejidad de la obligación que en el caso concreto fue inobservada por la autoridad responsable.*

No se trata pues de *"derechos fuertes/adjudicaciones débiles*", sino de *"obligaciones complejas/adjudicaciones complejas".* Por ello, a diferencia de lo que hemos percibido con otros teóricos en la materia, para la interacción entre los elementos subjetivos -la forma en que el Tribunal diseña la medida remedial y le da seguimiento- y objetivos -el tipo de obligación exigida- a los que se ha referido, no partiremos de la teoría de Tushnet, sino que nos apoyaremos en la diversa propuesta por Owen Fiss, en la cual, para efectos de la adjudicación y la implementación de la medida remedial, se distingue entre el modelo de *"resolución de disputas"* y el diverso de "*reformas estructurales*".

Así, en el siguiente capítulo explicaremos por qué en tratándose de *obligaciones "no complejas*" o "simples" -por el ejemplo, negativas no onerosas- el elemento subjetivo y el paradigma que tiene el juez es atinente al modelo de *resolución de disputas*. En tanto que, en tratándose de casos donde la Corte se enfrenta a un entramado complejo obligacional -obligaciones positivas, onerosas y de índole institucional-, el paradigma a seguir, *mutatis mutandis*, es el diverso de *reforma estructural*.

En suma, lo que pretendemos construir, a partir de lo concluido en los capítulos precedentes, es una teoría de adjudicación que se encuentre *centrada en el tipo obligación dimanante del derecho humano, y no en el derecho mismo.* Así, las problemáticas de la adjudicación de los DESCA tendrán que atender a, a su vez, a la problemática o complejidad que deparen las obligaciones dimanantes de todos y

cada uno ellos, en tanto derechos humanos, a saber**: (I)** respetar; **(II)** proteger y **(III)** garantizar.

Desde luego, en el presente trabajo no pretendemos centrarnos en el estudio de obligaciones "no complejas" -generalmente, obligaciones negativas no onerosas, de "respetar"-, sino en las diversas de *"garantizar"*, en virtud de las cuales, justamente, se exige al Estado el cumplimiento e implementación de medidas positivas, onerosas y de índole institucional o sistémicas*;* ello a fin de plantear la forma en cómo los tribuales pueden hacerle frente a tales débitos complejos, de tal manera *que se mitiguen o erradiquen las posibles barreras para el debido acatamiento del fallo que demanda su cumplimiento al Estado.*

Como se podrá anticipar, nuestra tesis es que los problemas subyacentes al cumplimiento de los DESCA *no radican ni derivan propiamente del hecho de que se trate de la adjudicación de este tipo de derechos* –en oposición a los civiles y políticos–, *sino en otras razones que tienen que ver más con:* **(I)** el *complejo entramado obligacional* al que se enfrente el juzgador en materia de derechos humanos; y **(II)** la forma *en cómo los jueces deciden que se debe reparar tal complejo entramado obligacional, así como el seguimiento que se dé al cumplimiento de la sentencia reparatoria.*

6.4. La triada de principios remediales como instrumentos para la superación de los problemas de adjudicación de los DESCA

Ya nos hemos referido al *principio de congruencia remedial* al hacer alusión a la interacción entre el *elemento objetivo* de la adjudicación de los DESCA -el entramado complejo obligacional- y el *elemento subjetivo atinente al diseño de la medida remedial*. Con base al principio de congruencia remedial, *lo que determina la naturaleza del remedio, no es la naturaleza del derecho* -DESCA vs Civil y político-*, sino la naturaleza de las obligaciones violadas*. Ahora nos ocuparemos de hacer referencia a otros dos principios remediales que, a nuestro juicio, son útiles para atender *al segundo elemento subjetivo* de la adjudicación de los DESCA, esto es, *el atinente al seguimiento o supervisión de la implementación del remedio*.

A partir de los casos jurisprudenciales que se exponen en el presente capítulo, deducimos dos axiomas remediales que pueden ser empleados por los Tribunales al momento de precisar la forma en que se supervisará o dará seguimiento a la medida remedial, a saber: *el principio de ductilidad remedial y el principio de participación social*. El primero, presupone que la *implementación del remedio debe resultar dúctil*, de tal suerte que el Tribunal tenga *la responsabilidad continua de evaluar la eficacia y las consecuencias de la reparación ordenada.*

Así, el remedio no debe entenderse "escrito en piedra", sino que debe ser flexible y sujeto a modificaciones, *considerando los cambios en las circunstancias políticas, económicas y de otro tipo y, en esa medida, aprovechar las oportunidades para reparaciones más efectivas.* La policentricidad se va desentrañando a medida que se van instrumentando las órdenes remediales, de ahí que al "poner en descubierto", a través del proceso de implementación del fallo, las cuestiones que no se habían tomado en cuenta en el litigio o que sólo se apreciaban de forma periférica, *resulta sumamente útil que, a luz de estas cuestiones no examinadas, el remedio admita ser alterado o complementado* -ya en su contenido, ya en sus plazos- *para atender a éstas eficazmente.*

El segundo principio, al cual se denomina como de participación social, postula la necesidad de que la "voz" de las personas, grupos o clases interesadas -tanto demandados, como otros sectores sociales más amplios- sea tomada en cuenta a lo largo del procedimiento de implementación remedial que pretende modificar *el status quo* institucional/burocrático respectivo. En ese sentido, los demandantes, víctimas o destinatarios/beneficiarios de aquellas estructuras burocráticas que son objeto del litigio, lejos de ser meros espectadores pasivos del remedio ordenado, *se convierten en importantes colaboradores del Tribunal por lo que hace a la transformación del status quo institucional, es decir, se erigen como verdaderos agentes de cambio.*

En esa inteligencia, estimamos a partir de los casos judiciales en análisis, es dable desprender una triada de principios adjudicatorios que, a mi juicio, son susceptibles de superar los plausibles problemas que conlleva el cumplimiento de las sentencias DESCA. Así, en el siguiente capítulo nos dedicaremos, entre otras cosas, a explicar

y fundamentar *los principios de congruencia remedial, ductilidad en la implementación del remedio y participación social.*

6.5. Elementos objetivos y subjetivos adjudicatorios como parámetros de valoración jurisprudencial.

Los elementos sustantivos -entramado complejo obligacional- y subjetivos -diseño de la medida remedial y modelo de supervisión- a los que se ha referido, serán objeto de un análisis minucioso en el siguiente capítulo. Por ahora, basta hacer referencia a los mismos *como lineamientos conforme a los cuales se procede a realizar un análisis jurisprudencial en la materia*.

Así, tales elementos serán empleados *como factores comunes para el estudio de todos y cada uno de esos casos.* En otras palabras, las cuestiones sustantivas y subjetivas a las que se ha referido, *constituyen el eje metodológico conforme al cual se evaluarán los precedentes judiciales a estudio y, consecuentemente, son el parámetro a partir del cual se establecerán ciertas conclusiones.* De tal suerte que se empleará la siguiente tabla valorativa jurisprudencial, al finalizar el análisis de cada una de las jurisprudencias que son materia del presente capítulo, en donde se reflejen cada uno de estos elementos.

Ejemplo de la Tabla valorativa jurisprudencial.

Caso	**Elemento objetivo (entramado complejo obligacional)**	**Elemento subjetivo adjudicatorio (diseño de la medida remedial)**	**Elemento subjetivo supervisorio (seguimiento de la sentencia remedial)**	**Cumplimiento**
Caso “A”	Obligación positiva de hacer “b”	La Corte otorgó deferencia a las autoridades para que emitieran los	La Corte asignó un organismo especializado de seguimiento y supervisión.	La sentencia fue cumplimentada en su totalidad, a partir de las siguientes

		correctivos a la política pública “e”		acciones: “f”, “g” y “h”.

6.6. Razones de la elección de los casos a estudio.

Precisados los elementos conforme a los cuales serán valorados los casos que son materia de análisis en el presente capítulo, se considera oportuno explicar *las razones por las cuales se eligieron las sentencias a examen en la presente investigación* .En primer lugar, es menester precisar que todos los casos que son materia de análisis en la especie constituyen *leading cases*, es decir, se traducen en *sentencias paradigmáticas en la materia*, *ya por su complejidad, ya por su innovación procesal o por su impacto en el cambio de políticas públicas.*

En segundo lugar, en todos y cada uno de estos fallos se examinan violaciones a derechos humanos que derivan *de un verdadero entramado complejo obligacional que se compone de obligaciones positivas, onerosas y con un grado importante policentricidad.* Algunos autores podrían calificar a estas sentencias como “estructurales”, a lo cual no me opondría, si por tales se entiende a aquellos fallos que tienen como finalidad *modificar o crear arreglos institucionales de índole genérica o sistémica, en aras de que el Estado pueda cumplimentar de manera plena con las obligaciones positivas complejas que derivan de los derechos humanos.*

En tercer lugar, se optó por elegir un número de diez sentencias. Este decálogo de sentencias sobre el cumplimiento de obligaciones complejas no se basa en parámetros cuantitativos, *sino cualitativos,* a saber*: en la importancia de su contenido jurídico y en las repercusiones que las medidas reparatorias generaron en los Estados respectivos.* De ahí que consideramos que el número de sentencias analizadas resulta suficiente y apta para los propósitos de la presente investigación -desde luego, no se plasman todas las sentencias existentes sobre obligaciones complejas en materia de derechos humanos, pero sí todas las sentencias que se examinan en la especie versan sobre obligaciones complejas-.

En cuarto lugar, las sentencias que serán materia de análisis en el presente capítulo se encuentran divididas de la forma siguiente: tres han sido emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y tribunales federales mexicanos, mientras que las siete restantes fueron dictadas por distintos Tribunales nacionales procedentes de Estados Unidos, Argentina, Sudáfrica, India y Colombia. La elección de esos distintos sistemas jurídicos no deriva, en forma alguna, de sus propias especificidades intrínsecas, *sino por haber sido éstos los sistemas jurídicos en donde se emitieron las sentencias paradigmáticas o "leading cases" materia de análisis.*

En quinto lugar, debemos precisar que la elección de los casos no se encuentra basada en el tipo de derecho humano en juego, *sino en el tipo o grado de complejidad que la obligación respectiva depara en la resolución, adjudicación y cumplimiento del derecho humano* de que se trate. De ahí que, por ejemplo, una de las diez sentencias que componen el presente análisis es el célebre caso *Brown vs Plata, que se refiere a violaciones de derechos civiles y políticos*. Por ende, el análisis casuístico no se agota a casos relacionados con los DESCA, sino con asuntos en los cuales *el Tribunal se enfrenta ante la violación de obligaciones altamente complejas y de repercusiones sistémicas o generales*, y *emite remedios igualmente de índole sistémicos, pretendiendo impactar en la política pública*.

Finalmente, se consideró pertinente no examinar jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ello, pues aunque tales Cortes regionales han emitido sentencias vanguardistas y de gran relevancia en materia de derechos humanos, *lo cierto es que los problemas del cumplimiento de tales fallos, tienen sus propias particularidades y especificidades que son atinentes al sistema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*.

Aclarado los anteriores puntos, se precisa que el decálogo jurisprudencial a estudio se compone de las siguientes sentencias:

México	Amparo en revisión 378/2014 (Caso "Pabellón 13") Amparo indirecto 1157/2007-II (Caso Mini Numa). Amparo directo 9/2018 (Caso seguridad social para las trabajadoras del hogar)
Sudáfrica	Gobierno de la República de Sudáfrica y otros Vs Grootboom y otros -CCT11/00- Ministro de Salud y otros Vs Treatment Action Campaign y otros (No 2) -CCT8/02-
Colombia	T25-2009 (caso desplazamiento interno de personas) T60-2008 (caso sistema de salud colombiano)
EEUU	Brown vs Plata
India	People's Union for Civil Liberties Vs Union of India & Ors.
Argentina.	Causa M Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)

7. La presentación de los casos a estudio.

Una vez establecidas las anteriores consideraciones, se procede a examinar los casos que son objeto del presente capítulo. Al respecto, se aclara que, primeramente, se analizarán sintéticamente los hechos, las consideraciones, la decisión y el cumplimiento de cada uno de los casos analizados y, posteriormente, a partir de esa información, será elaborada la tabla valorativa jurisprudencial ya referida, de tal suerte que a partir de ésta se puedan desprender ciertas conclusiones en el siguiente capítulo.

En ese sentido, el esquema metodológico que se empleará para el desarrollo y exposición de los casos a estudio será el siguiente: **(I)** hechos -antecedentes-; **(II)** consideraciones jurídicas -razones decisorias-; **(III)** decisión -medida remedial adoptada-; **(IV)** cumplimiento -seguimiento e implementación de la medida remedial- y **(V)** construcción de la tabla valorativa jurisprudencial.

7.1. Análisis del caso *Gobierno de la República de Sudáfrica y otros Vs Grootboom y otros* -CCT11/00-

Hechos. El presente caso es uno de los más analizados y estudiados en la materia de los DESCA. Los justiciables -cientos de personas en extrema pobreza- residían informalmente en el asentamiento "informal" llamado *Wallacedene*, ubicado en el borde del área municipal de Oostenberg, de la Provincia de Cabo Occidental en Sudáfrica. Las condiciones en las que vivían tales residentes eran lamentables: *todos vivían en chozas; casi la mitad de la población eran niños, todos carecían de agua, servicios de drenaje y de recolección de desechos y solamente un 5% de las chozas contaban con electricidad*[531].

Muchos de los residentes habían solicitado a la municipalidad que se les diera acceso a vivienda de interés social -de bajo costo y subsidiada- y algunos habían estado en la "lista de espera" hasta por siete años. A pesar de numerosas peticiones a la municipalidad, ninguna respuesta definitiva les fue proporcionada. Enfrentados con el probable escenario de mantenerse viviendo en condiciones intolerables de manera indefinida, Irene Grootboom y otras personas -510 niños y 390 adultos- levantaron sus chozas y se asentaron en un terreno privado que se encontraba vacante -destinado a construir vivienda de interés social-. A tal asentamiento le dieron el nombre de *New Rust* -"nuevo cacharro"-[532].

El dueño de tal propiedad privada obtuvo una orden judicial de desalojo contra tales personas. El desalojo fue realizado sin previa mediación, prematura e

[531] Cfr. Constitutional Court of South Africa. Case CCT 11/00. *The Government of the Republic of South Africa et. al. v. Irene Grootboom et. al.* 4 Oct 2000. párr.7.
[532] Ibídem. párr.8

inhumanamente: reminiscente a los desahucios forzosos realizados en la era del *apartheid,* las chozas fueron derribadas con *bulldozers* y después quemadas[533]. Muchos de los residentes que no se encontraban presentes al momento de los hechos, no pudieron ni siquiera recolectar sus pertenencias, previo a la destrucción de sus "hogares".

Como consecuencia de tal evicción, tuvieron que albergarse en un campo de fútbol en *Wallacedene,* bajo "tiendas de plástico". En menos de una semana, empezaron las fuertes lluvias de invierno y los techos de plástico que habían erigido proporcionaban una escasa protección. Ante ello, dichas personas recurrieron a una defensa legal. Su abogado escribió a la municipalidad describiendo las condiciones intolerables en que sus representados vivían y demandó a dicha autoridad que cumpliese con su débito constitucional de proveer una vivienda temporal a dichas personas.

Inconformes con la respuesta obtenida, los justiciables elevaron una aplicación urgente al Tribunal Superior -división del Cabo Occidental-, en la cual se les concedió parcialmente la razón -emitiéndose una orden requiriendo al gobierno proveer a los accionantes con un albergue o vivienda básicos hasta que obtuviesen un hogar permanente-. Contra esa determinación, los demandados -el Gobierno de Sudáfrica, el gobierno de la provincia de Cabo Occidental, el Consejo Metropolitano de Cabo y la municipalidad de Oostenberg-, interpusieron un recurso de apelación, el cual fue del conocimiento de la Corte Constitucional de Sudáfrica, registrándose con el número de expediente **CCT11/00** - Gobierno de la República de Sudáfrica y otros vs Grootboom y otros-.

Consideraciones. Al conocer del caso, la Corte Constitucional sostuvo que el asunto *"nos recuerda las condiciones intolerables bajo las cuales mucha de nuestra población se encuentran viviendo […] también es una advertencia de que, a menos de que la difícil situación de estas comunidades sea aliviada, las personas podrían ser tentadas a hacerse justicia por propia mano a fin de escapar de tales condiciones*"[534]. Esto es, el presente caso ilustra *"la dura realidad de que la promesa*

[533] Ibídem. párr.10.
[534] Ibídem. párr. 2.

constitucional de dignidad e igualdad para todos, constituye para muchos personas un sueño distante"[535]*.*

Al respecto, la Corte determinó, primeramente que *"rechaza el argumento de que el derecho de acceso a una vivienda adecuada, bajo la sección 26 [de la Constitución], incluye un núcleo mínimo […] en términos de que el Estado estuviese obligado de proveer alguna forma de albergue hasta en tanto se implemente el programa para proveer vivienda adecuada"*[536]*.* Ello, pues existirán casos en que tal vez resulte posible y apropiado tomar en cuenta el contenido de los niveles esenciales de los DESCA, para determinar si las medidas adoptadas por el Estado resultan razonables. Sin embargo, aun cuando resulte apropiado tal proceder, no podría emprenderse tal estudio *"a menos de que suficiente información sea puesta ante una Corte para permitir determinar el nivel esencial en un contexto determinado"*[537]*.* Siendo que el caso concreto no se cuenta con tal información, ni resulta necesario analizar el núcleo mínimo.

En ese sentido, *la Corte emprendió su estudio a la luz de un test de razonabilidad*. Al efecto y, de manera cuidadosa, la Corte consideró que, para que una política pública en materia de vivienda *resulte razonable,* para efectos del cumplimiento de las obligaciones positivas previstas en la sección 26 (2), *"no resulta necesario inquirir si existen otras o más favorables medidas que pudieron haber sido adoptadas, o si los recursos públicos pudieron haber sido erogados de mejor manera*"[538]. Sino que es necesario reconocer que "*una amplia gama de medidas posibles pudieron haber sido adoptadas por el Estado para cumplir con sus obligaciones. Muchas de éstas cumplirían con el requisito de razonabilidad. Una vez demostrado que las medidas son aptas para ello, este requerimiento se encuentra satisfecho"*[539]

[535] Ídem.
[536] Ibídem. párr. 15.
[537] Ibídem. párr. 33
[538] Ibídem. párr. 41.
[539] Ídem,

En ese orden de ideas, para la Corte, el Estado debe adoptar medidas legislativas razonables y de otra índole. Es decir, *la adopción de medidas legislativas, por sí mismas, difícilmente podrían agotar el cumplimiento de los débitos constitucionales en la materia.* En suma, *una mera legislación es insuficiente*, en virtud de que el Estado se encuentra obligado a actuar a fin de lograr el resultado pretendido y, por ende, las medidas legislativas, invariablemente, "*tienen que encontrarse soportadas mediante políticas y programas bien orientados que sean implementados por el ejecutivo"*[540]. Así, estas políticas y programas deben ser "*tanto razonables en su diseño como en su implementación"*[541]*.* De otra forma, un programa razonablemente diseñado *"que no resulta razonablemente implementado, no constituirá un cumplimiento de las obligaciones estatales"*[542]*.*

Empero, la Corte no se limitó a establecer tales directrices genéricas, sino que realizó algunas delimitaciones respecto a la razonabilidad de medidas tendientes a cumplimentar con el derecho de acceso a una vivienda adecuada. En ese sentido, para dilucidar si una serie de medidas resulta razonable, será necesario[543]: **(I)** considerar los problemas de vivienda "*en su contexto social, económico e histórico";* **(II)** considerar "*la capacidad de las instituciones responsables"* de implementar el programa de vivienda; **(III)** el programa debe ser flexible y balanceado y "*tomar medidas provisiones para atender "crisis de vivienda, así como necesidades a corto, mediano y largo plazo*"; **(IV)** un programa que excluya a un segmento significante de la población "*no puede decirse que resulte razonable";* y **(V)** las condiciones no son estáticas y, por ende, el programa necesitará de una revisión continua.

A partir de las anteriores consideraciones, la Corte procedió a examinar los programas y políticas públicas de vivienda estatales. Al respecto, la Corte reconoció que existe una medida legislativa de índole nacional, que distribuye las facultades en materia de vivienda de cada una de las esferas de gobierno -National Housing Act-, es decir, establece las funciones del gobierno nacional, provincial y local. Con ello,

[540] Ibídem. párr.42.
[541] Ídem.
[542] Ídem.
[543] Ibídem. párr.43.

el legislador provee el esquema general o nacional en que debe realizarse la política de vivienda.

A juicio de la Corte, dicho programa *"no cumple con las obligaciones impuestas al gobierno nacional en la medida en que no reconoce que el Estado debe proporcionar ayuda a quienes la necesitan desesperadamente"*[544]. Lo anterior, toda vez que no existe un componente que *tienda a la inmediata aminoración de la crisis en que se encuentran los más necesitados* -como lo son los justiciables-. Esa omisión resultaría aceptable o razonable si el programa de vivienda nacional pudiese generar vivienda costeable para la mayoría de las personas *dentro de un periodo razonablemente corto.* Empero, la escala del problema es tal que ello simplemente no puede acontecer. Cada proyecto individual de vivienda puede tomar años en realizarse y la provisión de casas para todos en el área municipal y en Cape Metro probablemente tomará mucho tiempo en realizarse también.

Aquellos en situación extrema serán abandonados a su suerte, a menos que en el programa se estableciese alguna medida temporal o cautelar. De ahí que las autoridades se encuentran imposibilitadas para precisar cuándo estará disponible la vivienda para tales personas en imperante necesidad. El resultado es que a éstas se les deja sin ninguna forma de asistencia y sin posibilidad de saber cuándo podrán acceder a mejores condiciones -de ahí que recurran a establecerse irregularmente en terrenos privados-.

Y si bien ya se ha emitido un programa local para atender a los problemas de vivienda en la región -Cape Metro programme-, el cual abastecería las necesidades de las personas más necesitadas, como lo son los justiciables en el presente caso, lo cierto es que *"la existencia del programa es sólo un punto de partida. Lo que falta es la implementación del programa tomando todas las medidas razonables que sean necesarias para iniciarlo y sustentarlo. Y debe ser implementado con debida observancia a la urgencia de la situación que pretende atender"*[545]. Una efectiva implementación requerirá, al menos, de una adecuada asignación presupuestal por

[544] Ibídem. párr.66
[545] Ibídem. párr.67

parte del gobierno nacional, así como el reconocimiento de las necesidades inmediatas de la población.

En conclusión, el Estado no ha cumplido con la obligación impuesta por la sección 26(2) de la Constitución, por lo que hace a la región de Cape Metro. En específico, porque el programa de vivienda nacional *"no establece provisión alguna para ayudar a las categorías de personas que se encuentran en imperiosa necesidad ya identificadas previamente"*[546].

A partir de lo anterior, la Corte consideró que es falso que la diversa sección 28 de la Constitución implique un derecho de acceso a un albergue para los menores de edad y sus familias. Ello, pues por una parte, aceptar esa premisa *implicaría que sólo quienes tienen niños pudiesen acceder a una vivienda adecuada en términos de la sección 26* -lo cual resultaría en un asimetría irrazonable- y, por otra, porque *son los padres o demás cuidadores quienes tienen la responsabilidad de proveer una vivienda a los menores de edad, lo cual a su vez*, se relaciona con los derechos de los padres de acceder a una vivienda adecuada en términos de la sección 26 constitucional, cuyo alcance ya fue examinado. Así, sólo en caso de que los menores sean abandonados por sus padres o cuidadores, es cuando el Estado directamente debe proveerles de un lugar donde vivir.

Decisión. La Corte constitucional consideró que si bien las condiciones en que viven los justiciables en el campo deportivo de Wallacedene resultan deplorables e incluso *sub-humanas*, lo cierto es que dichas personas *"no se encuentran solas en su desesperación; cientos de miles -probablemente millones- de sudafricanos viven en pésimas condiciones en todo nuestro país"*[547]. Así, a pesar de las condiciones intolerables en las cuales los justiciables viven en Wallacedene, lo cierto es que, *"el efecto de cualquier orden [judicial] que constituya una dispensa especial para los justiciables, basada en sus circunstancias extraordinarias, implicaría validar tal trato preferencial"*[548].

[546] Ibídem. párr.69.
[547] Ibídem. párr.80.
[548] Ibídem. párr.81.

Aunado a lo anterior, la Corte advirtió que los justiciables llegaron a un acuerdo con las autoridades demandadas, las cuales ofrecerían un tipo de remedio, al menos temporal, *"no en cumplimiento de alguna obligación constitucional aceptada, sino en el interés de humanidad y pragmatismo".* El representante legal de los justiciables aceptó tal acuerdo.[549] Luego, lejos de emitir una medida remedial específica para los justiciables, la Corte consideró que era necesario y apropiado emitir una "*orden declarativa".* Dicha orden exige al Estado *"cumplir con la obligación impuesta por la sección 26(2) de la Constitución. Ello incluye la obligación de diseñar, fondear, implementar y supervisar medidas para proveer un remedio para aquellos en imperante necesidad"*[550]*.*

La supervisión del cumplimiento de esa orden fue delegada a la Comisión de los Derechos Humanos -que actuó como amicus curie en el caso-, acorde a la sección 184 (1) (c) de la Constitución que, precisamente, impone la obligación a ese ente de *"monitorear y asesorar en la observancia de los derechos humanos en la República"*[551]*.* En esas circunstancias, la Comisión deberá monitorear y, de ser necesario, reportar en uso de estas facultades, las medidas adoptadas por el Estado para cumplir con la sección 26 de la Constitución, en los términos expuestos por la ejecutoria.

Así, la orden declarativa fue dictada en los siguientes términos:

1. La orden del Tribunal Superior -división del Cabo Occidental-, es removida y, en su lugar, es sustituida por la siguiente:
    a. La sección 26 (2) de la Constitución requiere al Estado *diseñar e implementar, con los recursos que tenga disponibles, un programa*

[549] El mismo consistió en otorgar acomodación temporal a los justiciables en el campo deportivo hasta en tanto puedan acceder a una vivienda de bajo costo en términos de los programas de vivienda; dicha acomodación temporal comprende el sacar a la propiedad del comercio, la provisión de estructuras temporales tendientes a ser a prueba de agua; de servicios sanitarios básicos; de agua y de servicios de manejo de residuos; y su implementación queda a discusión de la comunidad de Wallacedene y los justiciables.
[550] Constitutional Court of South Africa. Case CCT 11/00. *The Government of the Republic of South Africa et. al. v. Irene Grootboom et. al.* 4 Oct 2000. párr.96.
[551] Ibídem. párr.96.

exhaustivo y coordinado para realizar el derecho al acceso a una vivienda adecuada;

b. El programa debe incluir medidas razonables, consistentes pero no necesariamente limitadas, a las previstas en el *"Accelerated Managed Land Settlement Programme",* a fin de proveer ayuda a las personas que no cuentan con acceso a terrenos para construcción de vivienda; que no cuentan con un techo sobre sus cabezas y para quienes viven en condiciones intolerables o en situación de crisis;

c. El programa de vivienda atinente al área del Consejo Metropolitano del Cabo resulta insuficiente para cumplimentar con los requerimientos señalados en el párrafo que antecede, dado que es omiso en prever medidas razonables, con los recursos disponibles, a fin de proveer ayuda a las personas que no cuentan con acceso a terrenos para construcción de vivienda; que no cuentan con un techo sobre sus cabezas y para quienes viven en condiciones intolerables o en situación de crisis.

Cumplimiento. Existe un latente debate académico respecto al cumplimiento de la presente sentencia. Por un lado, se aduce que el hecho desafortunado de que la demandante, Irene Grootboom, "*muriera en una infravivienda mientras esperaba todavía una casa digna, ocho años después de haber obtenido una sentencia favorable, sugeriría que esa sentencia fue inútil, puesto que los efectos materiales directos nunca se produjeron"*[552]. Por otro lado, se aduce que esa conclusión "*no considera los diversos efectos materiales y simbólicos indirectos producidos por la mencionada sentencia como resultado de un flujo continuo de demandas judiciales similares"*[553], interpuestas por comunidades de diferentes partes de Sudáfrica, con las que se consiguió evitar desalojos forzosos y crear políticas de vivienda de emergencia. Máxime que las críticas contra la orden declarativa no derivan de un análisis exhaustivo de los impactos directos e indirectos que generó tal fallo, sino

[552] Rodríguez Garavito, Cesar. *Más allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales*. En *La lucha por los derechos sociales los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*. Langford, Malcom et. al (Ed). De Justicia. Bogotá. 2017.pág. 112.
[553] Ídem.

que se encuentran basadas en el análisis de *"un sólo artículo publicado en un periódico en 2008*"[554].

Con independencia de lo anterior, estimo que para determinar si la sentencia fue cumplimentada y en qué medida, *es necesario evaluar si las políticas públicas sudafricanas fueron transformadas a raíz del fallo*, de tal suerte que, dentro de sus estrategias, contemplaran medidas provisionales o temporales para aquellas personas más necesitadas en materia de vivienda -como lo son los justiciables en el caso Grootboom-. Por tanto, tal y como lo han advertido, Langford y Kahanovitz, la determinación de si las personas que fueron parte del caso Grootboom adquirieron o no vivienda permanente, no determina, en sí y por sí mismo, si el fallo fue o no un fracaso, pues no puede obviarse que el "*acceso a una vivienda permanente no fue una orden de la Corte y ni siquiera fue reclamada por la comunidad en sus peticiones elevadas ante el Tribunal Superior*"[555].

Luego, *en vez de enfocarnos en la situación particular de los justiciables, debemos examinar la situación general de la política de vivienda sudafricana*, pues precisamente, la orden declarativa de la Corte Constitucional *fue trazada en esa precisa dirección estructural, no en una medida de índole individual.* Así, el análisis del cumplimiento de la sentencia debe *partir de las mejoras a la política nacional en materia de vivienda y no de las mejoras que, en su caso, hayan acaecido en Wallacedene.* Éstas últimas deben valorarse y tomarse en cuenta, en tanto producto de aquéllas, es decir, *su análisis es consecuencial o accesorio, no principal.*

En ese sentido, la orden declarativa de la Corte en el sentido de modificar de la política de vivienda nacional -que se insiste, impacta en las tres esferas de gobierno-, ha sido denominada por algunos autores como "*política de vivienda de emergencia"*- emergency housing policy-, para hacer referencia a las medidas tendientes a proveer ayuda a las personas que no cuentan con acceso a terrenos para construcción de

[554] Langford, Malcom y Kahanovitz, Steve. *South Africa: Rethinking Enforcement Narratives*. En *Social Rights Judgements* […]". op. cit..pág. 323.
[555] Ibídem. pág. 324.

vivienda; que no cuentan con un techo sobre sus cabezas y para quienes viven en condiciones intolerables o en situación de crisis.

Luego, el fallo de Grootboom *es una historia de éxito respecto a la creación, diseño y establecimiento de políticas de vivienda de emergencias* -inexistentes en ese Estado previo a la emisión de la sentencia-. En efecto, después de haberse emitido el fallo, una política de vivienda de emergencias fue adoptada a nivel nacional. En agosto de 2003, dos años después de que se emitió la ejecutoria, el Ministro nacional y los de las provincias aprobaron un nuevo programa llamado *Housing Assistance in Emergency Situations* -Asistencia de Vivienda en Situaciones de Emergencia-, el cual expresamente reconoce que fue diseñado a raíz del caso Grootboom[556] y que atañe a las reglas para las para personas que se encuentran, por causas ajenas a ellos, en situaciones de urgencia o excepcional necesidad de acceder a una vivienda.

La necesidad urgente o excepcional fue definida en el Código Nacional de Vivienda como *una situación de vivienda para casos de emergencias -por ejemplo, destrucción o daños mayores a una vivienda existente-, o aquella situación que implica un riesgo de daño inmediato a la vida, salud seguridad de las personas derivado una evicción o riesgo de desalojo de la morada*[557].Aunque el fallo no estableció mayores detalles presupuestarios, se destinó a dicho programa *el 0.8 por ciento del presupuesto anual total en materia de vivienda*[558]. Para asentamientos temporales o provisionales, se establecieron directrices legislativas *que mandan un nivel mínimo de estándares de servicios de ingeniería, así como diversos requerimientos para albergar a las personas en tales situaciones excepcionales o de emergencia*[559].

De ahí que, tal y como lo afirman Langford y Kahanovitz, la adopción de tal política pública de vivienda de casos de emergencia, *"claramente representa un cumplimiento de la sentencia [del caso Grootboom]"*[560]. Empero, como se ha anticipado, *al éxito del diseño de la política pública, no le siguió una adecuada*

[556] Ibídem. pág.327.
[557] Ídem.
[558] Ídem.
[559] Ídem.
[560] Ídem.

estrategia de implementación. Ello, toda vez que el cumplimiento de tal política ha encontrado numerosos obstáculos; *desde la locación de recursos en la práctica; diversos límites o barreras burocráticas, hasta su empleo marginal por parte de las provincias y autoridades municipales*.

Esos entramados burocráticos *se han visto potencializados por la lentitud de las solicitudes de aplicar tal programa,* ya que el procedimiento administrativo, que sólo puede ser incoado por las propias autoridades municipales, *ha llegado a tardar hasta dieciocho meses en resolverse* y, en algunos casos, incluso, *ha dado lugar a negativas bastante cuestionables de la autoridad respecto a lo posibilidad de atender favorablemente a tales peticiones*[561].

Con todo, si bien la implementación de las nuevas reformas y adiciones a la política nacional en materia de vivienda ha enfrentado diversos obstáculos, lo cierto es que los autores a los que me he referido han hecho alusión a una serie importante de beneficios o impactos "indirectos" del fallo que también deben tenerse en cuenta al momento de valorar su cumplimiento[562].

Con independencia de lo anterior, me resulta significativo, sino acaso irónico, que a pesar de que, mucha de la literatura que fue emitida en años inmediatos al fallo, criticaron la trascendencia y cumplimiento de esa ejecutoria porque no trajo beneficios significativos para los demandantes, *lo cierto es que los años subsecuentes han puesto a debate esa concepción, pues los aciertos en la*

---

[561] Ibídem. pág.328.

[562] La sentencia motivó a las municipalidades a proveer servicios temporales de albergue o vivienda, con independencia de que accedan a los recursos nacionales conforme al referido programa de vivienda para emergencias;
Contribuyó a la modificación de nuevos acuerdos de asentamientos informales -la creación del programa de asentamientos informales, reconocido por el capítulo 13 del Código Nacional de Vivienda-;
Generó una de las jurisprudencias más importantes en materia de DESCA. Muchos litigios subsecuentes han sido construidos, en gran parte, bajo los principios desarrollados en Grootboom. Asimismo, la decisión formó el fundamento de un rango extensivo de jurisprudencia en materia del derecho a la vivienda y la proscripción de desalojos forzados;
Modificó la determinación de políticas públicas. La decisión de Grootboom orilló a las autoridades a evaluar sus políticas municipales y provinciales en materias atinentes a derechos sociales -como agua y seguridad social-;
A raíz del fallo, el número de evicciones a gran escala por parte de las autoridades ha disminuido considerablemente, acaso ha cesado;
6Grootboom ha creado una importante herramienta que puede y ha sido empleada en la arena política, ya que ha servido como base para reorientar las políticas al ámbito social, empoderando a grupos marginados o vulnerables para ser tomados en cuenta respecto a sus necesidades.

transformación de la política nacional de vivienda, sin perjuicio de las fallas en su implementación, sí aparejaron beneficios específicos en tal grupo poblacional.

En efecto, pese a que Irene Grootboom murió sin haber accedido a una vivienda permanente, en espera de ser alocada por la autoridad, lo cierto es que para el año 2009 "*la mayoría [de los justiciables] se habían mudado a viviendas permanentes*"[563]. De hecho, en el 2012, *"el 90 por ciento había accedido a viviente permanente*"[564]. Luego, la vasta mayoría de los justiciables logró contar con una vivienda formal. Incluso, esa situación fue reconocida en el funeral de Grootboom, en donde la comunidad le realizó un tributo precisamente por tal situación. En la ceremonia se asentó que Irene "*había hecho mucho por las personas de la comunidad. Si no fuera por ella, ellos no contarían con viviendas en este momento"*[565]*.*

Todo lo anterior, me parece, cuestiona las posturas más críticas al cumplimiento y trascendencia del presente fallo. Ciertamente, Grootboom no es la panacea, *pero obviar las consecuencias y transformaciones que esa ejecutoria conllevó, al menos, en la creación y diseño de las políticas de vivienda en el Estado Sudafricano, así como los cambios actitudinales de las autoridades, y los beneficios concretos que a largo plazo conllevó para la población demandante, sería un grave erro*r.

Tabla valorativa del caso.

Sentencia	**Elemento objetivo**	**Elemento subjetivo adjudicatorio**	**Elemento subjetivo supervisorio**	**Cumplimiento**
Gobierno de la República de	La obligación **positiva** del Estado de *tomar las medidas*	Se **otorgó deferencia a las autoridades** para que sean éstas	La Corte Constitucional dejó en manos la supervisión y el	Se **dio cumplimiento a la ejecutoria**, por lo que hace a la

[563]Langford, Malcom y Kahanovitz, Steve. *South Africa: Rethinking Enforcement Narratives*. En *Social Rights Judgements […]".* op.cit .pág. 326.
[564] Ídem.
[565] Ídem.

Sudáfrica y otros Vs Grootboom y otros - CCT11/00 -	*legislativas –y de otra índole- razonables en función de los recursos que estuvieran a su alcance para proveer la realización progresiva del derecho de acceso a una vivienda adecuada.* **Fundamento convencional o constitucional:** el artículo 26 (2) de la Constitución Sudafricana.	quienes, *diseñen e implementen,* con los recursos que tengan disponibles, un programa exhaustivo y coordinado a fin de proveer ayuda a las personas que no cuentan con acceso a terrenos para construcción de vivienda; que no cuentan con un techo sobre sus cabezas y para quienes viven en condiciones intolerables o en situación de crisis.	reporte del cumplimiento **a la Comisión de los Derechos Humanos de la República de Sudáfrica.**	*creación y diseñó* del programa, el cual tuvo lugar **dos años después** de la emisión del fallo, Empero, por lo que hace a su *implementación,* **el programa ha presentado diversas problemáticas y barreras burocráticas, así como un empleo marginal por parte de las autoridades locales**.

7.2. Análisis del caso Ministro de Salud y otros Vs *Treatment Action Campaign* y otros (No 2) -CCT8/02-

Hechos. El problema de VIH/SIDA en Sudáfrica es grave, al grado tal que el propio Departamento de Salud lo ha calificado como *una calamidad incomprensible que ha tomado la vida de millones de personas, que inflige dolor, tristeza y causa miedo e incertidumbre a la población, al tiempo de que ha amenazado la economía*[566]*.* Como parte de una serie de esfuerzos para responder a esta crisis, el Gobierno diseñó un programa para atender el contagio de VIH *de madre a hijo*, al momento de dar luz,

[566] Constitutional Court of South Africa. Case CCT CCT 8/02. *The Minister of Health et. al. v. Treatment Action Campaign et. al.*. 5 Jul 2002. párr.1.

para lo cual decidió que se le suministrara a la mujer embarazada un tipo de medicina llamada *Nevirapina* -en adelante NVP-.

Sin embargo, debido a cuestionamientos sobre la seguridad y eficacia de ese fármaco, la implementación del programa y su suministro no fue general, sino que el Gobierno decidió que la NVP estuviese disponible *sólo a un número limitado de lugares piloto, esto es, dos sitios piloto por cada Provincia de la República.* La consecuencia de esa decisión, es que los doctores del sector público que no laboren en alguno de esos sitios piloto, *se encuentran imposibilitados para recetar dicha medicina a sus pacientes,* a pesar de que *la misma ha sido ofrecida al gobierno gratuitamente.*

Atento a lo anterior, la organización civil llamada Treatment Action Campaign -TAC-, que fue fundada como un ente activista contra el VIH/SIDA, le solicitó al Gobierno que otorgara una aplicación general a dicho programa, o al menos, permitiese que la NVP estuviese disponible para el sector público de salud. Empero, aduciendo problemas relacionados *con la eficacia y seguridad del fármaco*, el Ministro de Salud señaló *debía de continuar suministrándose el medicamento sólo en los sitios pilotos.*

Como consecuencia de ello, un número de asociaciones y miembros de la sociedad civil, siendo la más importante la TAC, presentaron una acción ante el Tribunal Superior de Pretoria - en 2001-, señalando como demandados al Ministro de Salud y a los miembros del Consejo Ejecutivo -MECs-, responsables de la salud de todas las provincias de la República -salvo el Cabo Occidental-.

El Tribunal determinó que las autoridades no habían adoptado medidas razonables tendientes a reducir el riesgo de que las madres con VIH contagiaran a sus bebes, al momento del parto. En específico, el Tribunal sostuvo que el gobierno había actuado en forma irrazonable, al: **(I)** negarse a hacer la NVP disponible para el sector de salud pública, en aquellos casos en que el médico tratante considerara que debía ser recetado a la paciente; y **(II)** no establecer un plazo para la implementación de un programa de alcance nacional para prevenir la transmisión de VIH de madre a hijo.

Contra ese fallo, las autoridades demandadas interpusieron un recurso de apelación que fue del conocimiento de la Corte Constitucional, registrándose con el número de expediente **CCT8/02.**

Consideraciones. Al conocer del caso, la Corte Constitucional sostuvo que litis consistía en determinar *si las restricciones impuestas por el gobierno para acceder al medicamento NVP resultan irrazonables, a la luz de las obligaciones impuestas por las secciones 7 (2) y 8 (1) de la Constitución de la República.*

En ese sentido, previo a la resolución de la litis constitucional, la Corte realizó algunas precisiones respecto a la justiciabilidad de los DESCA, atendiendo a los precedentes sentados tanto en Soobramoney como en Grootboom. A partir de ese análisis jurisprudencial, se estableció terminantemente que la pregunta en el presente caso *"no es si los derechos económicos y sociales resultan justiciables. Claramente lo son*"[567]. La interrogante, en cambio, consiste en determinar si los accionantes *"han demostrado que las medidas adoptadas por el gobierno para proveer acceso a servicios de salud para las madres seropositivas y sus recién nacidos, no alcanzan a cumplimentar con sus débitos constitucionales"[568].*

Posteriormente, la Corte se enfocó a responder al argumento planteado, en *amici curiae,* en el sentido de que la sección 27 (1) de la Constitución reconoce *un nivel esencial* al cual toda persona tiene derecho. Al respecto, la Corte consideró que los DESCA previstos en la Constitución no deben ser concebidos como derechos subjetivos "*que permitan a las personas exigir que los niveles esenciales de los mismos le sean proporcionados"[569]*. El nivel esencial, por ende, debe ser tratado "*como parte relevante en la determinación de la razonabilidad bajo la sección 26 (2) y no como un derecho autónomo otorgado a toda persona bajo la sección 26(1)"[570].* Lo único que resulta plausible y que, puede esperar del Estado, es que *"actúe razonablemente para proporcionar acceso a los derechos económicos y sociales*

[567] Ibídem. párr. 25.
[568] Ídem.
[569] Ibídem. párr. 34.
[570] Ídem.

identificados en las secciones 27 y 27, de forma progresiva[571]*".* Luego, la función de las Cortes en materia de DESCA *"se encuentra dirigida a asegurar que las medidas legislativas y de otra índole adoptadas por el Estado sean razonables"*[572]*.*

A partir de lo anterior, la Corte cuestionó la razonabilidad de la medida impugnada por los accionantes respecto al programa de prevención de VIH entre madre y recién nacido, el cual como se ha dicho, sólo permite que se recete y suministre el medicamento NVP en los sitios piloto. Al respecto, precisó que la litis implica determinar dos cuestiones jurídicas: **(I)** si la política de restringir el fármaco, en estos términos, resulta razonable; y **(II)** si el gobierno cuenta con una política de prevención exhaustiva en tratándose de la prevención de transmisión de VIH de madre a hijo.

Respecto de la primera, la Corte consideró, en principio, que *el costo del fármaco NVP no era un factor para la determinación de la autoridad de restringir su suministro* -el proveedor del medicamento lo ofreció gratuitamente al gobierno Sudafricano por 5 años-. Aunque las cuestiones adyacentes a su suministro sí jugaron un rol central en esa determinación -por ejemplo, se consideró que los beneficios del NVP podrían ser contrarrestados si la madre daba pecho al menor, por tanto, era menester otorgar a las madres sustitutos de lactancia, así como un paquete de vitaminas y suplementos para la madre e infante, por lo cual si ese paquete no era entregado ni la madre monitoreada, el programa sería ineficaz, de ahí que sólo se suministrara en los sitios piloto-.

En ese sentido, respecto de la *eficacia* del programa, la Corte consideró que, si bien la autoridad adujo que la NVP sería menos eficiente si las madres dieran el pecho a sus infantes, lo cierto es que "*resulta claro de la evidencia que el suministro de nevirapina salvaría la vida de un número significante de infantes incluso si fuese administrada sin el paquete completo* -fórmula para bebes y los vitamínicos-, *y el apoyo de los servicios que están disponibles en los sitios [piloto]*"[573]. La transmisión de VIH de madre a hijo se da durante el embarazo, en el parto y durante la lactancia. El

[571] Ibídem. párr. 35.
[572] Ibídem. párr. 36.
[573] Ibídem. párr. 657

programa analizado atañe a la transmisión tanto pre como post natal. Luego, el peso de la evidencia científica aportada por ambas partes, acredita que la NVP *"resulta al menos en cierto grado eficaz para combatir la transmisión de VIH de madre a hijo incluso si la madre da pecho a su bebé*[574]*".*

Por lo que hace al factor de *resistencia* -a la NVP-, la Corte advirtió que la única situación relevante sería que tanto la madre como el menor tuviesen que someterse a tratamiento en el futuro. Si bien es dable que pueda generarse algún tipo de resistencia al fármaco, esa posibilidad *"pesa poco en comparación a los beneficios que conlleva el suministro de una sola tableta de nevirapina a la madre y unas cuantas gotas al bebé al momento de nacer"*[575]. Las probabilidades de que el menor sobreviva si resulta infectado de VIH y el sufrimiento es tan grave, que hacen que "*el riesgo de manifestarse cierta resistencia en algún momento en el futuro, sea uno que bien vale la pena tomar"*[576]*.*

Respecto a la *seguridad*, la Corte consideró que la evidencia de muestra que las cuestiones atinentes a los riesgos derivados de la administración de la NVP, *no son sino hipotéticos*. De hecho, "*no existe evidencia que sugiera que una dosis de nevirapina tanto a la madre como al menor al momento del nacimiento resultaría en algún daño a alguno de ellos*[577]". Por ello, es que la OMS recomendó su empleo. Es cierto que existe el riesgo de transmisión de madre a infante durante la lactancia, pero también lo es que el mismo existe con independencia de que el fármaco sea administrado. Lejos de ser dañino, *"existe evidencia de que incluso si se da pecho el riesgo de infección se ve materialmente reducido al suministrar nevirapina en el nacimiento*[578]*".* En todo caso, los argumentos del gobierno atañen a cuestiones de eficacia de suministración del medicamente, no de seguridad en su aplicación.

Finalmente, por lo que hace al factor de *capacidad*, la Corte sostuvo que si bien las preocupaciones de las autoridades resultan de relevancia para considerar la aptitud

[574] Ibídem. párr. 58.
[575] Ibídem. párr. 59.
[576] Ídem.
[577] Ibídem. párr. 60.
[578] Ibídem. párr. 61.

del gobierno de proveer del "paquete completo" -NVP, fórmula para bebé y suplementos-, *"no resultan relevantes para determinar si la nevirapina debe ser empleada para reducir la transmisión de VIH de madre a hijo en los hospitales públicos y clínicas fuera de los sitios de investigación*[579]*".*

A partir de lo anterior, la Corte determinó que la política de constreñir el suministro de NVP a los sitios piloto es irrazonable en tanto *"no aborda las necesidades de las madres y sus recién nacidos que no tienen acceso a estos sitios".*[580]*".* Asimismo, *"no distingue entre la evaluación de los programas para reducir la transmisión de madre a hijo y la necesidad de proporcionar acceso a los servicios de atención médica requeridos por aquellos que no tienen acceso a los sitios*[581]*".*

Máxime cuando los accionantes no adujeron que la NVP se suministre indiscriminadamente en todo el sector salud. Ellos mismos aceptaron que el medicamento sólo debe ser suministrado sólo a las madres que efectivamente resulten seropositivas y que no debe ser administrado a menos que resulte medicamente indicado y sólo en aquellas clínicas y hospitales públicos donde sea posible asesorar a la madre a efecto de que pueda tomar una decisión informada sobre si desea someterse a tal tratamiento.

En esa lógica, suministrar el medicamente en esos términos *no generaría costos adicionales significativos*. La administración de NVP es un procedimiento sencillo. Donde ya existe infraestructura y capacidad de asesoramiento médico, la provisión de una sola dosis de NVP a la madre y al menor, resulta sencilla, barata y potencialmente, se traduce en una intervención médica que salva vidas -sobre todo, para aquellas personas que no pueden costear servicios médicos privados y que sufrirían por la restricción de NVP contemplada por la política cuestionada en el presente caso-.

Asimismo, la Corte consideró que la política en cuestión también carece de razonabilidad por lo que hace a los derechos de los menores de edad, reconocidos en la sección 28 de la Constitución. Ello, en virtud de que el suministro de NVP, por

[579] Ibídem. párr. 66.
[580] Ibídem. párr. 67.
[581] Ídem

lo que al infante respecta, es una naturaleza esencial. Sus necesidades son de mayor urgencia y su inhabilidad de acceder al medicamente *"afecta profundamente su capacidad de disfrutar todos los derechos que detentan"*[582].

En suma, siguiendo la línea jurisprudencial de Grootboom, la Corte concluyó que la política gubernamental resultó ser inflexible, por lo que se concuerda con la resolución del Tribunal Superior en el sentido de que dicha política, al restringir el uso de NVP a hospitales y clínicas piloto *"constituye una transgresión a las obligaciones estatales previstas en la sección 27 (2) leída en conjunción con la sección 27(1) (a) de la Constitución"*[583]. Siendo que, respecto a la pregunta de si el gobierno cuenta con un plan exhaustivo para combatir la transmisión de VIH de madre a hijo, debe tenerse en cuenta que *ello se encuentra íntimamente relacionado con la negativa de ofrecer NVP a madres y menores de edad fuera de las clínicas piloto*; cuestión que ya fue considerada como inconstitucional.

Decisión. Previo al dictado de la medida remedial respectiva, la Corte precisó que si bien el principio de división de poderes debe ser respetado por cada una de las ramas gubernamentales, de ello no se sigue que *"las Cortes no deban o no puedan emitir órdenes que tengan un impacto en la política pública"*[584]. Cuando se impugna la regularidad constitucional de una política estatal, la Corte debe verificar que si Estado ha cumplimentado o no con sus débitos constitucionales. Si ello constituye una intrusión en la esfera de facultades otorgadas al Ejecutivo, en todo caso, *"sería una intrusión mandada por la propia Constitución"*[585].

Asimismo, contrario a lo aducido por las autoridades, *no existe una línea tajante entre órdenes declarativas y obligatorias,* pues incluso aquéllas pueden impactar las políticas públicas y conllevar modificaciones presupuestales. Luego, *"el Gobierno se encuentra constitucionalmente obligado a dar efecto a tales órdenes, con*

[582] Ibídem. párr. 78.
[583] Ibídem. párr. 80.
[584] Ibídem. pág. 58.
[585] ídem.

independencia de que afecte o no su política pública y asimismo debe asignar recursos presupuestales para ello"[586]*.*

Cuando existe una violación a cualquier derecho humano, incluyendo los DESCA, "*la Corte se encuentra obligada a asegurar que se otorgue una reparación efectiva*[587]". La naturaleza del derecho infringido, así como del tipo de violación detectada, proveerá las bases para determinar cuál debe ser la medida remedial apropiada. Cuando sea necesario, ésta puede incluir *"tanto el dictado de un mandato judicial* -mandamus-, *como el ejercicio de una supervisión jurisdiccional*[588]*".* Así, en los casos en que sea apropiado, las Cortes deben *"usar sus amplias facultades para dictar órdenes que afecten políticas públicas, como la legislación"*[589]*.*

Atento a lo anterior, en la especie, la Corte revocó la orden del Tribunal Superior y, en su lugar, la sustituyó por la siguiente:

1. Se declara que:

a. Las secciones 27 (1) y (2) de la Constitución requieren al Estado *diseñar e implementar, con los recursos que tenga disponibles, un programa exhaustivo y coordinado para realizar, progresivamente, los derechos de las mujeres embarazados y sus recién nacidos de tener acceso a los servicios de salud para el combate de la transmisión de VIH de madre a hijo;*

b. El programa debe ser realizado *de manera progresiva y con los recursos que se encuentren disponibles*, lo cual debe incluir medidas razonables para: **(I)** la *aplicación de pruebas de VIH* a madres embarazadas; **(II)** *asesorar a las madres embarazadas seropositivas* respecto a las opciones con las que cuentan para reducir el riesgo de transmisión de VIH a sus bebés; y **(III)** *proporcionar el tratamiento adecuado y disponible* para esos efectos;

c. La política de reducción de riesgos de transmisión de VIH de madre a hijo, en los términos formulados por el gobierno, *resultó deficiente para*

[586] Ibídem. pág. 59.
[587] Ibídem. pág. 63.
[588] Ídem.
[589] Ibídem. pág. 67.

cumplimentar con los requisitos señalados en los párrafos (a) y (b) referidos, por el hecho de que:

i. A los médicos del sector público, a excepción de los establecidos en las clínicas y centros de salud piloto, *no les fue permitido recetar NVP para reducir el riesgo de transmisión e VIH entre madre e hijo*, incluso en aquellos casos en que clínicamente fuese indicado y existiesen los servicios necesarios para aplicar la prueba de VIH a la madre y brindar el asesoramiento médico respectivo;

ii. La política también *presentó deficiencias* atinentes a brindar las medidas necesarias para que, el personal médico que se encontrase en clínicas y hospitales distintos a los sitios piloto, *pudiese ser entrenados respecto al uso de NVP como medida para reducir el riesgo de transmisión de transmisión de VIH de madre a hijo.*

2. Se *ordena al gobierno* a que, sin dilación alguna:

a. Remueva *las restricciones que impiden que la NVP resulte disponible para los hospitales y clínicas públicas*, distintas a los sitios piloto, para efectos de reducir los riesgos de transmisión de VIH de madre a hijo;

b. Permita y facilite que uso de NVP para la reducción de riesgos de transmisión de VIH de madre a hijo y haga disponible tal medicamento, para esos propósitos, en los hospitales y clínicas públicas, para aquellos casos en que, a juicio del médico tratante y en acuerdo con el médico superintendente del establecimiento de salud respectivo, resulte medicamente indicado su suministro, mismo que, de ser necesario, debe implicar que la madre embarazada haya sido previamente sometida a prueba de VIH y a un debido asesoramiento médico respecto a tal tratamiento;

c. De ser necesario, entrenar al personal médico que se encuentre fuera de los hospitales y clínicas pilotos, para asesorar adecuadamente respecto al uso de NVP para reducir el riesgo de contagio de VIH de madre a hijo;

d. Tomar las medidas razonables para ampliar la aplicación de pruebas de VIH y el asesoramiento médico respectivo en los hospitales y clínicos de todo el sector de salud pública, a fin de facilitar y agilizar el empleo de NVP para reducir el riesgo de contagio de VIH de madre a hijo;

3. Las órdenes establecidas en el párrafo 3 no impiden al gobierno que adapte su política pública de forma que resulta consistente con la Constitución, siempre y cuando medidas equiparablemente adecuadas o mejores métodos resulten disponibles para la prevención de transmisión de VIH de madre a hijo.

4. El gobierno debe costear los gastos que conlleve el tratamiento de NVP, incluyendo el asesoramiento.

5. Se rechaza la solicitud del gobierno para recolectar y presentar más evidencias en el presente caso.

Cumplimiento. A diferencia de Grootboom, la Corte no se contentó con una orden declarativa, sino mandatoria. Asimismo, aunque no realizó precisiones respecto a la supervisión del cumplimiento de la ejecutoria, la organización civil *TAC se inmiscuyó seriamente en el seguimiento de las medidas adoptadas por el Estado para tales efectos*. Como lo ha sostenido Dixon, en casos como el presente, en donde los procesos constitucionales son elevados por un movimiento social organizado con una considerable habilidad para litigar -TAC- *"los demandantes constitucionales pueden, por sí mismos, contar con la capacidad de supervisar el cumplimento del ejecutivo y elevar otros procedimientos en caso de desacato con la orden judicial"*[590].

De hecho, se ha sostenido que, pese a que la Corte detalló los mecanismos para acceder al tratamiento público de prevención de contagio de VIH de madre a hijo, *"ha sido la labor de la sociedad civil y de los trabajadores de salud, así como la dedicación de hacer disponibles los recursos para el tratamiento de VIH lo que ha asegurado que el fallo no se redujera a meras palabras en papel"*[591].

Aunque, al igual que Grootboom, al tratarse de modificaciones estructurales y de índole nacional, se presentan ciertas complejidades para juzgar el grado de cumplimento de la sentencia, lo cierto es que, acorde a datos y estadísticas con las que se cuenta hoy en día, *es dable señalar que tal fallo sí logró transformar en forma*

[590] Dixon, Rosalind. *Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited*. 2007. International Journal of Constitutional Law, Oxford Journals, Vol. 5, No. 3, pág. 412.
[591] Honermann, Brian y Heywood, Mark. *A judgement that saved a million lives.* IOL News. 15 de julio de 2012. Visible en el siguiente enlace https://www.iol.co.za/the-star/a-judgment-that-saved-a-million-lives-1334636

real y significativa la política pública sudafricana relacionada no sólo con la prevención de transmisión de VIH de madre a hijo, sino incluso permitió sentar las bases para que las autoridades de salud reforzaran sus esfuerzos para otorgar un tratamiento adecuado a mayores sectores y grupos poblacionales.

En efecto, "*inmediatamente después de la decisión, los trabajadores de salud, capaces de suministrar el anti-retroviral Nevirapina dentro en el sistema público de salud, fueron libres de hacerlo*"[592]. Para abril de 2003, el Departamento de Salud incluyó en su presupuesto programas de prevención de contagio de VIH de madre a hijo y para noviembre del mismo año, la "*resistencia burocrática a un programa nacional de anti-retrovirales [para el tratamiento de VIH/SIDA cesó"*[593].

Acorde con un reporte de dos mil quince, preparado por el Departamento de Desarrollo de Justicia y Constitucional de Sudáfrica, el fallo emitido en el presente caso *tuvo una implementación exitosa*. Ello, pues actualmente "*Sudáfrica cuenta con el programa más grande de tratamiento anti-retroviral en el mundo* -aproximadamente 2.7 millones de personas-, *como resultado, en gran medida, del caso [TAC vs Ministro de Salud y otros]"*[594].

El destino al gasto público para reforzar los programas de prevención de VIH/SIDA *creció de 2007 a 2010 a un porcentaje promedio de 4.4%,* estimándose que esa cifra siga incrementándose *a un porcentaje promedio de 18.8*%. Este incremento "*ha tenido un impacto significativo en forma posterior a la adjudicación de la Corte en el caso TAC*"[595]. De ahí que "*resulta evidente que la situación ha mejorado"*[596]*.*

Respecto al caso concreto de prevención de transmisión de VIH de madre a hijo, las cifras son todavía más alentadoras. En un reporte anual de 2013, el Ministro de Salud asentó que *"mientras que hace una década, 70,000 niños en Sudáfrica nacían con VIH cada año, ahora tenemos menos de 8,000 casos anualmente debido al*

---

[592] Ídem,
[593] Ídem.
[594] Department of Justice and Constitutional Development et. al. *Assessment of the Impact of Decisions of the Constitutional Court and Supreme Court of Appeal on the Transformation of Society Final Report*. Sudáfrica. 2015. pág. 106.
[595] Ibídem. pág. 108.
[596] Ídem.

masivo y exitoso programa PMTCP -prevención de transmisión de VIH de madre a hijo-*"*[597]*.* De hecho, se señala que el Departamento de Salud *"planea aprovechar este éxito a mediano plazo hasta que ningún niño nazca siendo VIH-positivo"*[598]*.*

En un artículo publicado por Honerman y Heywood en 2012, en donde se hace une evaluación de los primeros diez años posteriores a la presente decisión judicial, se describe al caso como "*un fallo que salvó un millón de vidas"*[599]. Acorde a data examinada durante esa primera década, *"327,000 niños no han contraído VIH como resultado del acceso al PMTCT* -programa público de prevención de contagio de madre a hijo-, *debido al caso [TAC]"*[600]*.* Así, dichos autores señalan que *"no es común que una Corte tenga la oportunidad de ordenar al gobierno remover los impedimentos para acceder a tratamientos de salud pública y 10 años después, resulta posible calcular lo que este caso ha significado para las personas que se han beneficiado de tal fallo"*[601]*.*

Tabla valorativa del caso.

Sentencia	**Elemento objetivo**	**Elemento subjetivo adjudicatorio**	**Elemento subjetivo supervisorio**	**Cumplimiento**
Ministro de Salud y otros Vs Treatment Action Campaign y otros	La obligación **positiva** del Estado de *adoptar las medidas legislativas –y de otra índole- razonables que estuvieran a su alcance para proveer a la*	Se **otorgó deferencia a las autoridades** para que sean éstas quienes, *diseñen e implementen,* con los recursos que tengan disponibles, un programa	La Corte Constitucional **no hizo mayores alusiones a la forma en que debía supervisarse el cumplimiento.** Empero,	Se **dio cumplimiento a la ejecutoria**, no sólo respecto la permisión de que las madres seropositivas tuviesen acceso a la NVP en las clínicas y

[597] Departamento Nacional de Salud de la República de Sudáfrica. *Annual Report 2013-2014*. 2014. Sudáfrica. pág. 10. :
[598] Ídem.
[599] Honermann, Brian y Heywood, Mark. *A judgement that saved […].* op.cit.
[600] Ídem.
[601] Ídem.

(No 2) - CCT8/02-	*concreción progresiva del derecho de acceso a los servicios de salud.* **Fundamento convencional o constitucional:** Las secciones 27 (1) y (2) de la Constitución Sudafricana.	exhaustivo y coordinado en el cual deben aplicar pruebas de VIH a madres embarazadas, asesorarlas y proporcionar el tratamiento adecuado y disponible para esos efectos.	fácticamente, **ese monitoreo fue realizado por la organización civil TAC.**	sectores de salud, **sino que en su implementación, la política pública ha logrado reducir significativamente la transmisión de VIH de madre a hijo** y, consecuentemente, la mortandad infantil por tal causa.

7.3. Análisis del amparo en revisión 378/2014 (Caso "Pabellón 13").

Hechos. El presente asunto deriva de una solicitud que el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias "Ismael Cosío Villegas" -en adelante INER-, realizó a diversas autoridades en materia de salud para remodelar el "Pabellón 4", en el que se prestaba el servicio médico a quienes padecen del VIH/SIDA, ya que el propio instituto consideró que dicho pabellón 4 no *contaba con los estándares de calidad necesarios para proteger a dichos pacientes y al propio personal.*

El Comité Técnico del Fideicomiso del Sistema de Protección Social en Salud, autorizó la solicitud del INER, otorgándole un monto de $ 61, 738, 445.00 –sesenta y un millones setecientos treinta y ocho mil cuatrocientos cuarenta y cinco pesos 00/100 M.N Sin embargo, a propuesta del propio INER, *dicho proyecto de remodelación, fue sustituido* por el diverso *de construcción* del "Pabellón 13".

Ello, ya que, a juicio del INER, resultaba más conveniente la construcción de un nuevo pabellón para atender a pacientes con VIH/SIDA y otras enfermedades respiratorias que requirieran de asilamiento, que remodelar el Pabellón 4, pues de

lo contrario, tendrían que dejar de atender a los pacientes por un año para poder remodelar el área donde se les brinda atención médica.

Ante tal cambio, el referido Comité Técnico canceló la autorización de recursos y, en su lugar, únicamente se otorgó un monto menor para la elaboración del proyecto ejecutivo del "Pabellón 13" a fin de que, a partir de éste, *se analizara su viabilidad técnica, administrativa y presupuestaria.* Al final de cuentas, ni la remodelación del Pabellón 4, ni la construcción del Pabellón 13, se llevaron a cabo.

Contra la omisión de ejecutar el proyecto de construcción de un nuevo Pabellón hospitalario, diversos pacientes del INER con VIH/SIDA promovieron juicio de amparo, en el que reclamaron, *sustancialmente, que se les impedía el acceso al goce del más alto nivel posible de salud porque las autoridades no habían destinado el máximo de los recursos que disponen para la ejecución del Pabellón 13,* con lo que se violaba también el derecho a la vida, porque los enfermos de VIH/SIDA *se encontraban expuestos a contagios y co-infecciones de enfermedades oportunistas.*

Al conocer del asunto, el Juez de Distrito estableció que no existió violación al derecho humano al disfrute más alto posible a la salud, ya que: **(I)** ello se logra con la atención médica que se les ha brindado a los quejosos y que reciben mes con mes; **(II)** el Estado mexicano ha celebrado diversos actos jurídicos para que quien recibe atención médica en el instituto tenga un servicio óptimo y en instalaciones dignas; **(III)** quedó acreditado que los recursos humanos y económicos con que cuenta el INER se han aplicado en la atención de los enfermos; **(IV)** los quejosos fueron atendidos y dados de alta con mejoría en su salud; y **(V)** no se desprende que el derecho a la salud exija la construcción de un pabellón hospitalario.

Contra ese fallo se interpuso recurso de revisión, el cual fue atraído por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, radicándolo con el número de expediente amparo en revisión **378/2014.**

Consideraciones. Al conocer del caso, la Segunda Sala estimó que sí existió una violación al derecho humano al más alto nivel posible de salud física y mental, tutelado por el artículo 12 del PIDESCA. Ello, pues tal derecho impone *obligaciones*

positivas al Estado, entre otras, que: **(I)** cuente con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, cuya naturaleza dependerá particularmente de su nivel de desarrollo; **(II)** que tales establecimientos estén al alcance de la población y; **(III)** que además de resultar aceptables desde el punto de vista cultural, *"deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad*[602]*".*

Asimismo, el débito positivo de la *"lucha contra las enfermedades"* tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes, en tanto que "*la creación de condiciones que aseguren a las personas asistencia médica y servicios médicos en casos de enfermedad*[603]*",* no se limita al acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, sino *"al tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades"*[604]*.*

Por ello, la obligación de *"cumplir"* con el DESCA en comento requiere que los Estados *"adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud"*[605]*.* En el entendido de que, si el Estado aduce que "*la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento de las obligaciones que ha contraído en virtud del pacto, tendrá que justificar no sólo ese hecho*[606]*",* sino que ha realizado todo lo posible por utilizar al máximo los recursos de que dispone para satisfacer el derecho a la salud.

A partir de lo anterior, del análisis del cúmulo probatorio, se acreditó que el Pabellón 4 del INER, en donde se atendían a los pacientes con VIH/SIDA, *no contaba con los estándares de calidad necesarios para proteger a los pacientes y al propio personal*. Ello, toda vez que las personas con VIH/SIDA compartían las camas con el resto de los pacientes que padecen otras enfermedades respiratorias, aunado a

---

602 Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 378/2014. 15 de Oct 2014. pág. 38.
603 Ídem.
604 Ídem.
605 Ídem.
606 Ídem.

que la ventilación en el lugar era muy poca, lo que desde luego no podía traducirse en que se estuviese dando un tratamiento apropiado y de calidad, conforme al derecho al nivel más alto posible de salud,

Asimismo, por que el propio INER, al solicitar los recursos para la construcción de un nuevo pabellón hospitalario -Pabellón 13-, reconoció que el Pabellón 4 "*no cumple con las recomendaciones de la Organización Mundial de Salud del CDC de Estados Unidos, El Centro de Control y Prevención de Enfermedades, entre otros organismos"*[607]*,* esto es, que las condiciones en que se está atendiendo a pacientes que se tienen que hospitalizar con VIH/SIDA "*no son las apropiadas […] y entonces se requiere, desde luego, de una inversión de esta magnitud para adaptarlo a reglas o normas internacionales y además, independientemente de eso, proteger a los demás pacientes y proteger al personal"*[608]*.*

Atento a lo anterior, la Segunda Sala resolvió que *la adecuación a la infraestructura del INER se encontraba comprendida dentro de las obligaciones que los artículos 2 y 12 del PIDESCA imponen al Estado*, pues éste debe contar con establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, que resulten *apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad,* lo que desde luego abarca las medidas tendientes a evitar, en la medida de lo posible, "*que en los establecimientos de salud pública las personas con VIH/SIDA se encuentren expuestas indebidamente a los riesgos de co-infección de enfermedades oportunas que alarguen su tratamiento médico y que los sometan a mayores sufrimientos, o incluso, que conlleven riesgos para su vida"*[609]*.*

Máxime que, conforme a los diversos artículos 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10 del Protocolo de San Salvador, el Estado mexicano también cuenta con la obligación de fijar una protección especial respecto de los sujetos que se encuentren en una situación de particular vulnerabilidad, como lo son las personas con VIH/SIDA, y en esa lógica, "*debe ejecutar todas las medidas*

[607] Ibídem. pág. 45.
[608] Ídem.
[609] Ibídem. pág. 52.

necesarias para lograr servicios de salud pública de calidad que disuadan cualquiera amenaza al derecho a la vida y la integridad física de las personas con VIH/SIDA sometidas a tratamiento de salud"[610]*,* lo que comprende, como se ha reiterado, la evitabilidad de riesgos de contagio por enfermedades oportunistas.

Por ende, la Sala concluyó que se acreditó la necesidad de "*realizar modificaciones estructurales al instituto responsable [INER], a efecto de que minimice en la medida posible los riesgos de contagios y co-infecciones de enfermedades oportunistas de los pacientes que padecen VIH/SIDA"*[611]*.*

Finalmente, la Sala precisó que, si bien la autoridad argumentó en el juicio que la razón por la cual no se construyó el Pabellón 13, era por falta de recursos, lo cierto es que, correspondía a la autoridad no sólo comprobar dicha situación, sino además debe acreditar que ha realizado todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos que están a su disposición para lograr ese objetivo. Esto es, "*no basta la simple afirmación de limitación presupuestaria por parte del Estado […] pues los entes estatales se encuentran obligados a aportar el material probatorio en que sustente su dicho, pues es precisamente a la autoridad a quien le compete acreditar tal situación financiera*[612]*":*

Ello, pues cuando se aduzca una violación a los DESCA, los juzgadores deben distinguir "*entre la incapacidad estatal para cumplir con las obligaciones que el Estado mexicano ha contraído en materia de derechos humanos y la renuencia de dicho Estado a cumplir esas obligaciones*[613]*"*, pues es precisamente tal situación la que permitirá determinar judicialmente qué acciones u omisiones equivalen a una violación a tales derechos humanos. Lo anterior se sustenta en el hecho de que, si bien en principio *los tribunales no deben sustituirse en las funciones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, por cuanto hace a la elaboración de las políticas públicas y en la asignación de recursos"* lo cierto es que la propia Constitución exige al Poder

[610] Ibídem. págs. 53-54.
[611] Ibídem. pág. 54.
[612] Ibídem. págs. 57-58.
[613] Ibídem. pág. 58.

Judicial que contraste la actuación de dichos órganos democráticos con los estándares contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados de derechos humanos que forman parte del sistema jurídico mexicano y que, desde luego, vinculan a todas las autoridades estatales.

En tal virtud, ante la voluntad del pueblo reflejada en el texto de la Constitución General de la República, mediante la incorporación de derechos humanos que se dirijan a edificar mayores estadios de justicia social, "*debe colegirse que no sólo es jurídicamente permisible que los órganos jurisdiccionales –que realizan un control de la constitucionalidad– vigilen que el actuar de los poderes públicos se ajuste a los principios y valores que la Constitución Federal establece, sino que es obligatorio que lleven a cabo tal función*[614]*",* en aras de asegurar que dichos derechos públicos subjetivos tengan una incidencia real en el Estado mexicano.

Decisión. La Corte otorgó el amparo y condenó a la autoridad para el efecto de que el INER, en coordinación con el Comisionado Nacional de Protección en Salud y Comité Técnico del Fideicomiso en Protección Social en Salud, tomen "*todas las medidas necesarias para salvaguardar el derecho humano al nivel más alto posible de salud de los quejosos, considerando que son portadores del VIH, motivo por el cual deben recibir tratamiento médico en instalaciones separadas del resto de los pacientes, a efecto de evitar el contagio de alguna enfermedad*[615]*".*

Así, el cumplimiento de la sentencia de amparo implicó la posibilidad de que las autoridades responsables "*consideren qué medida resulta más adecuada para poder brindar a los quejosos un tratamiento médico apropiado a su padecimiento, ya sea mediante remodelación del Servicio Clínico 4, en donde actualmente son tratados; o bien mediante la construcción de un nuevo pabellón hospitalario*[616]*".*

Cumplimiento. Una vez dictada la sentencia, el Juez de Distrito requirió a las autoridades responsables su cumplimiento. En ese sentido, por oficio INER/DG/JSH/0670/2014 de 30 de diciembre de 2014, emitido por el Director

[614] Ibídem. pág. 59.
[615] Ibídem. pág. 62.
[616] Ibídem. págs. 62-63.

General del INER, se informó al juzgador que, dada la posibilidad de optar entre la construcción del Pabellón 13, o remodelar el Pabellón 4, *"y con la finalidad de brindar a los pacientes que son atendidos en este instituto, un tratamiento médico apropiado a su padecimiento, específicamente de aquéllos con patologías respiratorias asociadas a VIH/SIDA, se ha optado por remodelar el servicio clínico cuatro"*[617].

Así, el 28 de marzo de 2016, se realizó una inspección judicial en el Pabellón 4 del INER, a efecto de acreditar que la remodelación y equipamiento del área de pacientes, así como el proyecto de fortalecimiento del área para pacientes con VIH/SIDA, salvaguardara el derecho humano al nivel más alto posible de salud de los quejosos. De esa inspección el juez federal concluyó el 11 de mayo de 2016 que la sentencia se encontraba cumplida a cabalidad ya que las autoridades responsables "*remodelaron el servicio clínico cuatro, para poder brindar a los quejosos un tratamiento médico apropiado a su padecimiento, aunado a que se acreditó que las personas que ahí se atienden reciben tratamiento médico en instalaciones separadas del resto de los pacientes, salvaguardando su derecho humano al nivel más alto posible de salud ya que son portadores del VIH*[618]*".*

Los quejosos impugnaron la anterior determinación, mediante un recurso de inconformidad, el cual fue del conocimiento del Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, bajo el número de expediente **15/2016**. En sentencia de 11 de agosto de 2016, dicho Tribunal resolvió que era *infundado* el recurso. Ello, toda vez que, por una parte, al ser el propio INER donde se brinda la atención médica a los quejosos, "*es lógico concluir que esta autoridad es la que cuenta con los mejores elementos a fin de decidir cuál es la opción más adecuada para salvaguardar el derecho a la salud de los quejosos*[619]", esto es, la construcción de un nuevo pabellón, o la remodelación del existente.

---

[617] Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Recurso de inconformidad 15/2016. 11 agosto de 2016. pág. 13.
[618] Ibídem. págs. 14-15.
[619] Ibídem. pág. 33.

Asimismo, el Tribunal consideró que la autoridad responsable había cumplimentado con la ejecutoria *hasta el máximo de los recursos disponibles*, pues si bien al momento de la emisión del fallo, el INER ya contaba con registro vigente en la cartera de Programas y Proyectos de Inversión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público con nombre y número "*Remodelación del Servicio Clínico 4 del INER",* por un monto total de $17'000,000. 00 de pesos, lo cierto es que, de acuerdo a la obligatoriedad de cumplir con la sentencia de amparo, fue preciso realizar modificaciones al proyecto, quedando intitulado como "*Fortalecimiento del área para pacientes con VIH/SIDA",* y el costo del proyecto "*por un total de $26'500,000.00"*[620]*.*

Finalmente, por lo que hace a las condiciones del Pabellón 4, sostuvo que, del contenido de la inspección judicial de mérito, se obtiene el mismo, son atendidos únicamente pacientes portadores del VIH/SIDA con complicaciones respiratorias, y que "*el estado físico que guardan las instalaciones es excelente; que cuenta con instalaciones eléctricas, sanitarias, aire acondicionado, intercomunicación, sistema de llamado de emergencia, funcionando de manera óptima según pruebas aleatorias"*[621].

De hecho, precisó que dicho pabellón "*cuenta con área de hospitalización individual y otra de hospitalización colectiva, separadas en sección varonil y femenil"*[622]*.* El área varonil, cuenta con siete cuartos de hospitalización colectiva –dos camas por cuarto- "*y tres cuartos aislados"*[623]*.* El área femenil, con cuatro cuartos de hospitalización colectiva –dos camas por cuarto- "*y tres cuartos aislados*[624]*"*. Los cuartos de aislamiento "*cuentan con antecámara o esclusas, y baño individual*[625]". En la parte alta de cada cama -de los cuartos aislados y colectivos- existe "*tomas de suministro de oxígeno, de intercomunicación bidireccional y eléctricas"*[626]*.*

[620] Ibídem. pág. 41.
[621] Ibídem. pág. 62.
[622] Ibídem. pág. 63.
[623] Ídem.
[624] Ídem.
[625] Ibídem. pág. 64
[626] Ídem.

Por lo que, si el disfrute del más alto nivel posible de salud es la exigencia de que los servicios en la materia sean apropiados médica y científicamente, esto es, que exista personal capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados, en buen estado así como las condiciones sanitarias adecuadas*, "se concluye que las autoridades responsables han dado cumplimiento a esta exigencia, pues con la remodelación al servicio clínico cuatro, se advierte han quedado satisfechas"*[627].

Tabla valorativa del caso.

Sentencia	Elemento objetivo	Elemento subjetivo remedial	Elemento subjetivo supervisorio	Cumplimiento
Pabellón 13	La obligación **positiva** del Estado de adoptar medidas tendientes a lograr que *los establecimientos, bienes y servicios de salud resulten apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad*. **Fundamento constitucional o convencional:** El artículo 12 del PIDESCA	Se **otorgó deferencia a las autoridades** para que sean éstas quienes decidan *"qué medida resulta más adecuada para poder brindar a los quejosos un tratamiento médico apropiado a su padecimiento".* Ya sea **mediante remodelación del Servicio Clínico 4,** en	La Segunda Sala **dejó en manos de un Juez de Distrito la supervisión y cumplimiento** de la ejecutoria de amparo,	El 11 de mayo de 2016 -en menos de 2 años del dictado de la sentencia- el Juez Federal **declaró cumplida la ejecutoria, atendiendo a las remodelaciones realizadas al Pabellón 4.** Esa determinación fue confirmada por un Tribunal Colegiado el 11 de agosto de 2016.

[627] Ibídem. pág. 67.

		donde actualmente son tratados; o bien mediante la construcción de un nuevo pabellón hospitalario.		

7.4. Análisis del amparo directo 9/2018 (Seguridad social para las trabajadoras del hogar)

Hechos. El presente caso deriva de un juicio laboral en el cual una trabajadora del hogar demandó el despido injustificado por parte de su empleadora. Dentro de las prestaciones reclamadas exigió no sólo el pago de salarios caídos, aguinaldo, vacaciones, prima vacacional, prima de antigüedad y del tiempo extraordinario, sino además *"la inscripción retroactiva ante el Instituto Mexicano del Seguro Social* - IMSS[628]*".*

La Junta de Conciliación y Arbitraje que conoció del asunto, resolvió que dicha trabajadora no acreditó el despido injustificado y, respecto a la inscripción retroactiva ante el IMSS, determinó que, conforme al artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social, "*el patrón no tiene la obligación de hacer la inscripción ante el referido Instituto de dichos empleados"*[629]*.*

En contra de esa sentencia la trabajadora promovió amparo directo, en el cual, entre otras cuestiones, impugnó el artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social, al considerar que *era inconstitucional que, a diferencia de otros empleos, los patrones no estén obligados a inscribir a las empleadas del hogar ante el IMSS y, consecuentemente, carezcan de las prestaciones de seguridad social respectivas* -

[628] Suprema Corte de Justicia de la Nación. Segunda Sala. Amparo directo 9/2018. 5 de Dic 2018. pág. 5.
[629] Ibídem. pág.6.

a saber, riesgos de trabajo; enfermedades; maternidad, guarderías; invalidez y vida; retiro, cesantía en edad avanzada y vejez-.

El asunto, por su importancia, fue atraído por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde se registró con el número de expediente **amparo directo 9/2018.**

Consideraciones. Al conocer del caso, la Segunda Sala estimó que, el hecho de que las empleadas domésticas no se encuentren contempladas dentro del régimen obligatorio del Seguro Social –dirigido a los trabajadores en general**–,** *no atiende a una diferenciación objetiva y razonable, desde la perspectiva constitucional, por lo que resulta discriminatorio.*

Ello pues la diferenciación de trato reclamada y, por ende, la afectación que genera el que la labor del hogar *se encuentre excluida del régimen obligatorio del Seguro Social*, a virtud del precepto 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social, *perjudica de manera desproporcionada a las mujeres,* a pesar de redactarse en términos neutrales desde el punto de vista del género –por cuanto se refiere tanto a los hombres como a las mujeres–, pues estadísticamente la labor del hogar es realizada preponderantemente por mujeres –nueve de cada diez empleadas del hogar son mujeres–; de ahí que *"los efectos de las normas reclamadas tiene un impacto negativo que afecta preponderantemente a las mujeres trabajadoras y, por ende, genera un indicio de un trato discriminatorio contra la mujer"*[630]*.*

Sobre esa base, la Sala estimó que la norma reclamada, al excluir a las trabajadoras del hogar de la protección del régimen obligatorio del Seguro Social, "*se traducen en una discriminación indirecta proscrita por el principio de igualdad,* pues esa diferenciación *no supera el escrutinio constitucional, respecto a su finalidad imperiosa, idoneidad y proporcionalidad"*[631]*.*

Ello, pues no se encuentra justificación constitucional alguna para excluir a las trabajadoras domésticas del régimen obligatorio del Seguro Social, pues en todo

[630] Ibídem. pág.35.
[631] Ídem.

caso, el hecho de que, conforme a la Ley Federal de Trabajo, dichas trabajadoras realicen un “trabajo especial”, en forma alguna implica que, por ese simple hecho, puedan encontrarse privadas de una adecuada cobertura de seguridad social que permita realizar tal actividad productiva en condiciones dignas.

Tan es así que, a virtud de la fracción I del artículo 12 de la Ley del Seguro Social, se permite que diversos trabajadores sujetos al régimen de trabajos especiales, puedan ser inscritos en el régimen obligatorio del Instituto Mexicano del Seguro Social; “*por lo que no se advierte alguna razón que justifique, desde la óptica constitucional, que a diferencia de otros trabajos especiales, la labor doméstica deba estar excluida del referido régimen de seguridad social”*[632]*,* en términos del precepto 13, fracción II, del referido ordenamiento legal. Por el contrario, esa diferenciación implica de suyo, una vulneración del Estado mexicano al principio de accesibilidad del derecho humano a la seguridad social, que se traduce en la máxima de que *"[t]odas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas y los grupos más desfavorecidos o marginados, sin discriminación*[633]*".*

En ese sentido, con el referido trato discriminatorio, las autoridades estatales, lejos de tomar las medidas necesarias para proteger a los grupos más desfavorecidos o marginados, como lo son las mujeres que trabajan en el hogar, al excluirlas del régimen obligatorio del Seguro Social, “*ha generado y permitido que se incremente la condición de vulnerabilidad y marginación de un grupo de la población que, por sus características, es de por sí bastante vulnerable”*[634]*.*

Máxime que el trabajo doméstico *"ha sido tradicionalmente objeto de condiciones de trabajo inadecuadas, extensas jornadas, bajos salarios, trabajo forzoso […] es decir, expuesto a condiciones que están lejos del concepto de trabajo decente*[635]*"***.** Al sumarse, a esos escenarios, la exclusión de una adecuada cobertura y protección

[632] Ibídem. pág.36.
[633] Ídem.
[634] Ídem.
[635] Ibídem. pág.37.

social, provoca que "*las trabajadoras del hogar enfrenten una situación de precariedad y olvido social que abona a su condición de marginación y contribuye al incremento de las desigualdades laborales y sociales entre el hombre y la mujer, así como a la perpetuación de estereotipos y prejuicios respecto a la carencia de valor que tiene el trabajo doméstico*[636]*"***;** todo ello afectando la dignidad de las mujeres que se dedican a dicha actividad productiva.

En ese sentido, "*se aprecia una renuencia estatal de generar los esquemas y políticas de seguridad social necesarios y adecuados*[637]*"* -obligación positiva de garantizar seguridad social-, para que tal grupo altamente vulnerable pueda tener un acceso real a las prestaciones de seguridad social estatales que eviten que tales trabajadoras se vean indebida y desproporcionalmente afectadas, desde una perspectiva económica, en caso de que enfrenten imprevistos y acontecimientos que puedan depararles un riesgo a su proyecto de vida digno –como lo es la enfermedad, la cesantía, la vejez, entre otros–

Siendo que, no sólo la exclusión del régimen obligatorio del Seguro Social comporta una actuación discriminatoria que perpetua y fortalece la marginación social de las mujeres que se dedican al hogar, sino que además, esa violación no puede ser solventada o superada, simplemente porque, conforme al sistema jurídico, dichas trabajadoras puedan acceder al llamado régimen voluntario de seguridad social. Es así, pues en la experiencia internacional *"la cobertura voluntaria resulta ineficaz y, por el contrario, la afiliación obligatoria a la seguridad social resulta altamente conveniente y eficaz para un sector como el del trabajo doméstico*[638]*"* considerado usualmente como parte de los *grupos de difícil cobertura.*

Ello, pues el proceso de afiliación de las trabajadoras domésticas a los regímenes de seguro social voluntarios puede constituir una tarea compleja, debido al carácter atípico de la ocupación. En cualquier situación, es muy importante hacer hincapié en la idea de que **"***la afiliación voluntaria limita por completo cualquier esfuerzo que*

[636] Ídem.
[637] Ídem.
[638] Ibídem. pág.40.

realicen las instituciones para extender la seguridad social a este grupo[639]*".* En efecto, la cobertura voluntaria *"carece de efectividad, toda vez que recarga en la trabajadora doméstica la difícil tarea de convencer al empleador para inscribirse en el seguro social"*[640]*.*

Conforme a lo anteriormente expuesto, se concluyó que el hecho de que las trabajadoras domésticas se encuentren excluidas del régimen obligatorio del Instituto Mexicano del Seguro Social *resulta violatorio del derecho humano a la seguridad social en igualdad de condiciones*, de ahí que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social.

Decisión. La Corte aclaró que, pese a que asistía la razón a la trabajadora, no era posible condenar a su patrón al pago retroactivo de cuotas de seguridad social, ya que legalmente no le era exigible tal obligación. Empero, ello *no implica que el vicio de inconstitucionalidad detectado no depare ningún efecto práctico*. Por el contrario, atendiendo al artículo 1 constitucional, al apreciar la existencia de normas discriminatorias que afectan la dignidad de un sector vulnerable, como lo son las trabajadoras del hogar, "*se encuentra obligado a emitir directrices que orienten a las autoridades estatales competentes, respecto a la necesidad y el deber que tienen de cumplimentar, de manera efectiva, con la protección y goce del derecho humano a la seguridad social de las trabajadoras domésticas*[641]*".*

En efecto, la Corte concluyó que la inconstitucionalidad advertida en la especie, **"***genera un problema estructural, desde el punto de vista institucional"* que implica que las autoridades estatales cuya competencia se vincula con el otorgamiento de una cobertura adecuada, disponible, accesible y suficiente de seguridad social de las trabajadoras del hogar, deban a su vez, "*emprender las medidas necesarias para modificar, estructuralmente, las normas y políticas públicas que atañen a la seguridad social de ese sector altamente vulnerable, a fin de que el Estado*

[639] Ídem.
[640] Ídem.
[641] Ibídem. pág.40.

mexicano pueda cumplimentar con los débitos relacionados con el pleno goce de tal derecho humano[642]".

En ese sentido, "*atendiendo a la trascendencia sistémica y estructural del problema de discriminación detectado[643]"*, lo procedente es que la autoridad administrativa proceda a "*valorar en su propia dimensión el problema jurídico advertido respecto a la indebida cobertura de seguridad social de las trabajadoras domésticas, determinando, acorde con sus capacidades técnicas, operativas y presupuestales, las medidas y políticas públicas concretas que se pueden o deben emprender para solventar, en plazo prudente, la discriminación de la cual son víctimas las trabajadoras del hogar[644]",* respecto al goce de su derecho humano a la seguridad social. Al efecto se emitieron las siguientes órdenes[645]:

1. Se *"debe poner a conocimiento del IMSS la discriminación que genera el excluir a las trabajadoras del hogar del régimen obligatorio del Seguro Social".* Asimismo, para guiar la instrumentación de la política pública que deba emprenderse para solventar el referido problema de seguridad social, *se plantea al IMSS* que, dentro de un plazo prudente, que podría ser al término del año de 2019, "*implemente un programa piloto que tenga como fin último, diseñar y ejecutar un régimen especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar[646]"*.

---

[642] Ibídem. pág.48.
[643] Ídem.
[644] Ibídem. pág.49.
[645] Ibídem. págs.49-52.
[646] 1. El régimen especial de seguridad social debe "contar con condiciones no menos favorables que las establecidas para los demás trabajadores". Esto es, deben proporcionarse los seguros de: (I) riesgos de trabajo; (II) enfermedades; (III) maternidad; (IV) guarderías y prestaciones sociales (V) invalidez y vida; y (VI) retiro, cesantía en edad avanzada y vejez.
2, El régimen social propuesto debe tomar en cuenta las particularidades del trabajo doméstico. Es decir, las especificidades de la labor doméstica implican que tales trabajadoras sean consideradas como un "grupo de difícil cobertura".
3) El régimen especial "debe resultar de fácil implementación para los patrones" en función de maximizar su aplicación en la práctica y evitar que se eluda su cumplimiento.
4) El régimen de seguridad social especial no puede ser de carácter voluntario, sino obligatorio. Ello pues, como se ha expuesto en la presente ejecutoria, debe hacerse hincapié en la idea de que "la afiliación voluntaria limita por completo cualquier esfuerzo que realicen las instituciones para extender la seguridad social a este grupo".
5) El régimen especial "debe ser viable para el propio Instituto, desde el punto de vista financiero". Ello implica que el Instituto deberá tomar en cuenta el principio de progresividad y el deber de cumplimentar con el derecho humano de las trabajadoras del hogar.

2. La finalidad de lo anterior estriba en que, en un plazo no mayor a 18 meses a partir de la implementación del referido programa piloto, el Instituto IMSS "*acorde a sus capacidades técnicas, operativas y presupuestales, se encuentre en aptitud de proponer al Congreso de la Unión las adecuaciones normativas necesarias para la incorporación formal del nuevo sistema especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar, en forma gradual"*, y en ese tenor, "*en un plazo no mayor a tres años",* se logre obtener la seguridad social, efectiva, robusta y suficiente a la totalidad de las empleadas del hogar.

Cumplimiento. La presente sentencia tuvo una aceptación inmediata por parte de la autoridad. El mismo día que fue emitida la sentencia, el entonces Director General del IMSS emitió un comunicado a través de la cuenta oficial de tal instituto, en diversas redes sociales, en la que expresó: *"el Instituto Mexicano del Seguro Social acata inmediata y puntualmente la decisión de hoy de la Suprema Corte de Justicia para incluir a las trabajadoras o empleadas domésticas, en su mayoría mujeres, al régimen obligatorio de protección del seguro social".*

A pesar de que la sentencia fue emitida el 5 de diciembre de 2018 y*, el plazo para la implementación del programa piloto fenecía hasta finales del año siguiente*, *el 1 de abril de 2019 el Director del IMSS anunció formalmente el inició tal programa*, lo cual fue dado a conocer en un evento realizado en la explanada del Hospital de Especialidades del Centro Médico Nacional Siglo XXI[647].

Asimismo, el 2 de julio de 2019 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, la Reforma por la cual se deroga el artículo 13, fracción II, de la Ley del Instituto de Seguridad Social y se reforma el diverso 12, fracción IV, de la misma ley para

---

Para ello, entre otras cuestiones, deberá tomarse un salario base de cotización específico que atienda a la realidad social y al pago promedio que se realiza como contraprestación por la realización del trabajo del hogar.

6) Asimismo, se deberá explorar "la posibilidad de facilitar administrativamente el cumplimiento de las obligaciones que deriven de este régimen a los patrones", tomando en consideración que se trata en su mayoría de jefas de familia, principalmente ponderando que la incorporación al nuevo régimen especial se debe hacer eximiendo a los patrones de encontrarse inscritos ante el Servicio de Administración Tributaria, lo cual se estima viable en tanto que el IMSS en su actuación fiscal, no depende de la referida autoridad, sino que cuenta con las facultades suficientes para fiscalizar, determinar, sancionar y ejecutar cualquier incumplimiento en la materia.

647 https://www.jornada.com.mx/ultimas/sociedad/2019/04/01/imss-empleadas-del-hogar-que-se-afilien-tendran-todo-derecho-8413.html

establecer que: *"[s]on sujetos de aseguramiento del régimen obligatorio […] Las personas trabajadoras del hogar"*[648].

En el artículo segundo transitorio de tal reforma legal se precisa lo siguiente:

> "En cumplimiento con la resolución del Amparo Directo 9/2018 (relacionado con el Amparo Directo 8/2018), emitido por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y *derivado de los resultados que arroje la evaluación del denominado Programa Piloto que ha implementado el Instituto Mexicano del Seguro Social desde el día 1 de abril de 2019,* en términos de la obligación así impuesta por el máximo Tribunal Constitucional al referido Instituto, *éste último deberá compartir con el Legislativo un informe preliminar, una vez transcurridos los 18 meses del referido Programa, en el que incluirá en términos generales los avances logrados y problemáticas encontradas,* mismas que servirán de base para las iniciativas legales *que con mayor detalle definirán en su momento los aspectos de supervisión, inspección, salarios mínimos por oficio, así como las formalidades administrativas que se consideren necesarias para lograr la certidumbre y plena efectividad que se requiere*[649]*".*

En consecuencia, en el Tercer artículo transitorio, se estableció que las disposiciones relativas a la incorporación formal de las personas trabajadoras del hogar al régimen obligatorio de seguridad social "*iniciarán su vigencia una vez que se realicen las adecuaciones y reservas legales necesarias para dar completa operatividad al reconocimiento del derecho a que se refiere este Decreto"*[650], debiendo quedar totalmente concluida "*en un plazo no mayor a 6 meses contados a partir de la culminación del Programa Piloto y entrega al Legislativo del informe aludido en el citado dispositivo que antecede*[651]*".* Hasta en tanto ello acontezca, se precisa que el patrón "*garantizará la atención médica y los gastos por concepto de sepelio*[652]*".*

Tabla valorativa del caso.

---

[648] Visible en su versión electrónica en la página oficial del referido diario, en el siguiente enlace: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5564651&fecha=02/07/2019

[649] Ídem.
[650] Ídem.
[651] Ídem.
[652] Ídem.

Sentencia	Elemento objetivo	Elemento subjetivo adjudicatorio	Problema subjetivo supervisorio	Cumplimiento
Amparo directo 9/2018	La obligación **positiva** del Estado de **asegurar** el derecho de *acceso a los sistemas o planes de seguridad social,* sin discriminación alguna, *en especial para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados.* **Fundamento convencional o constitucional:** el artículo 19 del PIDESCA -Observación general N°19, párr. 59, inciso b)-.	Se **otorgó deferencia a las autoridades** para que: **(I)** sean éstas quienes, acorde con sus capacidades técnicas, operativas y presupuestales, en un plazo prudente -un año-, ***diseñen e implementen un programa piloto*** **(II)** En un plazo no mayor a 18 meses a partir de la implementación del referido programa piloto, **el IMSS, *proponga al Congreso de la Unión las adecuaciones normativas necesarias***. **(III)** En ese tenor, **en un plazo no mayor a tres años,**	La Sala **dejó en manos del Tribunal Colegiado** las gestiones necesarias para la supervisión del seguimiento de la sentencia.	Se **dio cumplimiento a la ejecutoria**, incluso, antes de los plazos fijados para ello, pues, respecto del programa piloto, **se implementó al cuarto mes de la emisión de la ejecutoria**, -pese a que se hasta tenía un año para ello-. Las reformas a la ley se realizaron **seis meses después de la ejecutoria**, estableciendo **que las trabajadoras del hogar se encuentran comprendidas en el régimen obligatorio de seguridad social.** Tales reformas entrarán en vigor en abril de 2021 -conforme al informe del IMSS que se presentará ante el

		se logre obtener la seguridad social, efectiva, robusta y suficiente a la totalidad de las empleadas del hogar.		Congreso en octubre de 2020, respecto a la implementación del programa piloto-.

7.5. Análisis del amparo indirecto 1157/2007-II (Caso Mini Numa)

Hechos. Mini Numa es una comunidad indígena Na Savi -mixteca- de la Montaña de Guerrero, perteneciente al municipio de Metlatónoc, uno de los considerados con mayor índice de marginación en el país -uno de cada cuatro niños muere antes de cumplir seis años-[653]. Ello se debe, generalmente, a las denominadas enfermedades de la "pobreza", parásitos, desnutrición y falta de infraestructura médica que imposibilita el diagnóstico oportuno y debido y tratamiento.

En el año 2003, la comunidad de Mini Numa se organizó para exigir la construcción de un centro de salud, la asignación de un doctor y la dotación de medicinas, ante lo desgastante que resultaba acudir a la cabecera municipal de Metlatónoc -a hora y media a pie-. En el 2005 la comunidad *construyó su casa de salud de adobe y lámina, sin embargo la Secretaría de Salud no envió ningún personal médico*. El argumento de las autoridades del estado era que la comunidad no cumplía con los Lineamientos del Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS) establecidos por la Secretaría de Salud Federal sobre total de población y distancia de otro centro de salud -contar entre 2,500 y 3,000 habitantes por núcleo básico a una distancia de 15 km y un tiempo de 30 minutos de recorrido al centro de salud más cercano-.

Ante esa respuesta por parte de las autoridades, se interpusieron recursos legales ordinarios y, una vez agotados éstos, la comunidad de Mini Numa promovió un juicio

[653] Cfr. Acuña, Juan Manuel. *El caso Mini Numa. Nuevos retos para la protección de los derechos sociales a través del juicio de amparo.* En *El juicio de amparo a 160 años de la primera sentencia.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Oropeza González, Manuel (Coord.) Tomo I. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2011. México. pág. 37.

de amparo el cual, por razón de turno, correspondió conocer al Juez Séptimo de Distrito en el Estado de Guerrero, registrándose con el número de expediente **1157/ 2007-II.**

Consideraciones. Al conocer del caso, la Juez de Distrito, una vez que otorgó legitimación activa a los quejosos, considero que la litis en el juicio consistía en determinar si el actuar del Secretario de Salud del estado de Guerrero, violó el derecho a la salud previsto en el párrafo tercero del artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dado que en materia de Salud, "*el Estado se encuentra obligado a instrumentar acciones tendientes a lograr el bienestar físico y mental de los Mexicanos, prolongar y mejorar la calidad de vida en todos los sectores; a propiciar y expandir en la medida de lo posible, la preservación y conservación de la salud".*

Al respecto, una vez que la juez analizó el alcance de ese derecho humano, a la luz de la Constitución, de diversos Tratados Internacionales, así como las leyes nacionales en la materia -Ley General de Salud-, consideró que, si bien de acuerdo con lo establecido en los lineamientos del Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS), que refiere el Secretario de Salud del estado de Guerrero, la comunidad de Mini Numa, municipio de Metlatónoc, Guerrero, no reúne los requisitos para construir un centro de salud, por lo cual no procede obligar a la autoridad responsable a que realice la construcción de ese centro.

Lo cierto es que, del contenido de los citados lineamientos se advierte que también "*prevé la construcción de casas de salud para comunidades rurales dispersas, ya que los indicados lineamientos tienen como finalidad eliminar las barreras financieras, para asegurar la prestación adecuada y de una nueva arquitectura de los servicios de salud"*. Así, población mediante la eliminación de barreras geográficas, culturales y organizacionales; es decir, pretende romper con un sistema fragmentado y organizado por niveles de atención para lograr la continuidad de los servicios brindados a los usuarios a través de un sistema de redes funcionales.

En atención a ello, el citado Modelo integrador "*prevé la construcción de una casa de salud, que generalmente se trata de un espacio físico proporcionado por los habitantes de una comunidad rural dispersa"*; es el primer contacto en cuanto a salud se refiere, en la red de servicios de salud; "*se trata pues, del único espacio para recibir atención médica en las poblaciones marginadas"*. Es sede de las brigadas móviles que visitan la comunidad periódicamente; sirve de enlace con los centros de salud más cercanos.

En el asunto en estudio, se encuentra acreditado que los habitantes de la comunidad de Mini Numa, municipio de Metlatónoc, Guerrero, cuentan con una casa de salud; empero "*ésta no cumple con las condiciones mínimas en la que los quejosos y demás pobladores de la aludida comunidad rural, puedan recibir atención médica; porque en primer lugar, no cuenta con el mobiliario respectivo; y en segundo lugar, es casi inexistente el medicamento con que cuenta*".

Por tanto, la casa de salud de la Comunidad de Mini Numa, Municipio de Metlatónoc, Guerrero, "*no cuenta con el paquete básico que debe ofertar dicha"* -servicios de salud de manera gratuita-, para hacer frente a las siguientes acciones: (I) desparasitación; (II) enfermedades diarreicas agudas; (III) enfermedades respiratorias agudas; (IV) estado nutricional; (V) vacunación; (VI) saneamiento básico.

Y como consecuencia, "*no se advierte que la casa de salud cumpla con el cuadro básico de medicamentos, que no son más que las claves de los medicamentos que proporciona el sector salud para la atención de los padecimientos primordiales"*; es decir, son los insumos mínimos e indispensables con que debe contar cada unidad médica.

Como se ve, en realidad el mencionado centro de Salud, no cumple con los Lineamientos del Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS), emitido por la Secretaría de Salud, pues sólo existen dos vagones que fueron donados por la fundación "Vamos México", "*que no cumplen con las condiciones mínimas -luz, agua, sanitarios-; es inexistente la prestación del servicio durante las veinticuatro horas de los trescientos sesenta y cinco días del año; no cuenta con servicio de radio*

comunicación, ambulancia o apoyo vehicular; sólo es atendido por un médico que presta sus servicios de lunes a viernes", con un horario de ocho de la mañana a tres de la tarde; por tanto, aún y cuando los habitantes de la comunidad de Mini Numa, tengan que acudir a ese centro de salud, no se satisfacen sus necesidades básicas de atención a la salud.

Por consiguiente*, "es evidente que se vulnera en perjuicio de los aquí quejosos, las garantías contenidas en el tercer párrafo del artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que no tienen posibilidades de acceder ellos y sus hijos, en condiciones de igualdad, a los servicios de salud, que los atiendan en cualquier caso y bajo cualquier circunstanci*a"; no obstante de que se trata de un derecho universal, que protege a todo ser humano y en este sentido, como se trata de un derecho prestacional en la medida en que principalmente implica y conlleva una serie de obligaciones de hacer por parte de los poderes públicos y para hacerlo realidad, el acceso a la salud debe ser universal, equitativo y de calidad; "*sin que en el caso los poderes públicos puedan alegar motivos no justificados, como la escasez presupuestal, para dejar de cumplir con sus obligaciones constitucionales".*

Decisión. Con base en lo anterior, la juez concedió el amparo a los quejosos para el efecto de que las autoridades sanitarias primigenias del estado de Guerrero, Gobernador y Secretario de Salud, "*cumplan de inmediato con el acceso a la salud a que tienen derecho los aquí quejosos"*, bajo los siguientes lineamientos:

I. Que el espacio físico proporcionado por los habitantes de la comunidad de Mini Numa, para la instalación de la casa de salud, "*se le proporcionen los elementos básicos o necesarios para su buen funcionamiento (acondicionamiento, mobiliario y medicamentos adecuados*)"; asimismo, "*se cumpla con la cartera de servicios atinentes a la casa de salud"*, los cuales se encuentran plasmados en el Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS), emitido por las Secretaria de Salud; y

II. Como el centro de salud ubicado en Metlatónoc, Guerrero, no cuenta con las condiciones mínimas establecidas en el Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS); por ende, "*es necesario contar con el inmueble adecuado que en realidad funcione como centro de salud, que cuente desde luego, con los elementos y*

servicios necesarios para su buen funcionamiento (infraestructura, personal adecuado y medicamentos básicos)", atendiendo a los lineamientos previstos en el mencionado Modelo Integrador; sin que para el caso las autoridades sanitarias primarias del estado de Guerrero, puedan alegar falta de presupuesto, pues se trata de un motivo injustificable para cumplir con un imperativo constitucional.

Cumplimiento. La sentencia fue emitida el 11 de julio de 2008. Debido a que ninguna de las autoridades responsables impugnó la decisión -esto es, no interpusieron recurso de revisión en su contra dentro del plazo de 15 días hábiles para ello-, el fallo adquirió firmeza el 11 de agosto del mismo año. Así, a partir de esa fecha hasta el 23 de noviembre de noviembre de 2015 -siete años después de emitida la sentencia- el Juzgado *dictó más de 40 requerimientos de cumplimiento; ninguno de ellos tuvo como resultado que se acatara en su cabalidad la sentencia.*

Luego, ante tal desacato de las autoridades, la Juez ordenó la apertura del *incidente de inejecución de sentencia* el 23 de diciembre de 2015 -a fin de que el Tribunal Colegiado determinara si el fallo se encontraba o no acatado a cabalidad, si existía imposibilidad para ello, y en caso de retardo inexcusable remitir el asunto a la Suprema Corte para que ésta destituye a las autoridades y las consigne penalmente-. Por razón de turno, correspondió conocer del asunto al Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Vigésimo Primer Circuito, registrándose con el número de expediente 1/2016.

Dicho tribunal consideró que era improcedente el incidente, pues si bien aún no se había dado cumplimiento a la sentencia, lo cierto es que ello se debía, en parte, a que la juez federal *"no ha precisado las acciones que las autoridades responsables y su superior jerárquico deberán realizar, de manera real y concreta"*[654]. En ese sentido, el Tribunal estableció que la juez debía requerir a la Secretaría de Salud del Estado de Guerrero, para que "*defina las condiciones mínimas para el buen funcionamiento de la Casa de Salud de la comunidad de Mininuma, Municipio de Metlatónoc, Guerrero (acondicionamiento, personal, mobiliario y medicamentos) y del Centro de Salud de Metlatónoc, Guerrero (infraestructura, personal adecuado y*

[654]Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Vigésimo Primer Circuito. Incidente de inejecución de sentencia 1/2016. 6 de mayo de 2016. pág. 34.

medicamentos), establecidas en el Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS), emitido por la propia Secretaría de Salud del Estado de Guerrero"[655].

Hecho lo anterior, manifestó que "*la propia Secretaría de Salud deberá verificar el estado y condiciones generales en que opera el indicado Centro de Salud, y con esos elementos emitir dictamen especificando qué falta para que ese centro funcione conforme a los estándares establecidos en el Modelo Integrador de Atención a la Salud"*[656]. Lo anterior en el entendido que deberá exhibir los elementos necesarios en que se base el dictamen.

Luego, atendiendo a esa resolución, la juez federal requirió a la Secretaria de Salud para tales efectos. Así, después de múltiples requerimientos -once más-, fue hasta en auto de *29 de agosto de 2017* -nueve años después de la emisión de la sentencia-, cuando se emitió el auto de declaración de cumplimiento. Ello, en razón de que, acorde con los dictámenes periciales exhibidos por la autoridad, se advirtió que la Casa de Salud de la Comunidad de Mininuma, "*cuenta con un edificio funcional y en óptimo estado en todas sus áreas, además, goza de los servicios de agua potable y luz eléctrica, así como de un sistema funcional de radiocomunicación; con respecto al personal, cuenta con 1 médico general y 1 técnico en Atención Primaria a la Salud; asimismo, la citada Casa de Salud dispone de suministros médicos para atender las principales enfermedades periodontales […] el personal, así como medicamento, son suficientes"*[657].

Asimismo, por lo que hace al diverso Centro de Salud de Metlatónoc, las autoridades acreditaron que "*cumple con lo establecido referente a la infraestructura; al funcionamiento los 365 días al año; a la cantidad suficiente respecto al número de médicos y personal de enfermería; además de que cuenta con los servicios de medicina familiar, de especialidades como los servicios de gineco-obstetra, estomatología, servicios de imagenología (ultrasonidos) y servicios*

[655] Ibídem. pág. 35
[656] Ídem.
[657] Jueza Séptimo de Distrito en el Estado de Guerrero.. Auto de 29 de agosto de 2017 emitido dentro del Juicio de amparo indirecto 1157/2007.pág. 23.

de laboratorio"[658]*.* Además, se corroboró que "*tiene capacidad para la atención inicial de urgencias obstétricas; cumple además con suficiencia de medicamentos que se ubican de acuerdo a las necesidades reales existentes; faltando por cumplir al rubro de comunicación y telemedicina"*[659]*.*

Aunado a lo anterior, se estableció que, actualmente la Unidad de Salud de Mininuma no sólo cuenta con un edificio funcional en óptimo estado en todas sus áreas, el cual se integra por una sala de espera, un cuarto con baño, una habitación de recuperación de pacientes, un consultorio de medicina general, un área de atención de parto y un área de medicina preventiva. Sino que esa Unidad se encuentran laborando tanto un Médico General, como un Médico Técnico en Atención Primaria a la Salud.

Finalmente, "*cuenta con los medicamentos básicos necesarios para su atención […] así también […] considerando los criterios del Manual de Organización del Centro de Salud de uno a doce núcleos básicos de servicio de salud, para el área rural, la localidad de Mininuma y su aprobación con la que cuenta, el personal que labora, es decir el médico, técnico en Atención Primaria a la Salud, así como el medicamento que se les proporciona son suficientes y se traduce en una buena atención"*[660]*.*

Por todo lo anterior, la juez federal concluyó que la sentencia de amparo se encontraba cumplida en su totalidad. Siendo que ninguno de los quejosos se inconformó contra ese auto de cumplimiento.

---

[658] Ibídem. pág. 24.
[659] Ídem.
[660] Ibídem. Pág. 25.

Tabla valorativa del caso.

Sentencia	Elemento objetivo	Elemento subjetivo adjudicatorio	Elemento subjetivo supervisorio	Cumplimiento
Amparo indirecto **57/2007-II**	La obligación **positiva** del Estado de *instrumentar acciones tendientes a lograr el bienestar físico y mental de los Mexicanos, prolongar y mejorar la calidad de vida en todos los sectores; a propiciar y expandir en la medida de lo posible, la preservación y conservación de la salud.* **Fundamento convencional o constitucional:** el artículo 19 del PIDESCA - Observación general N°19, párr. 59, inciso b)- .	**No se otorgó deferencia** a las autoridades, sino que se les conminó a las autoridades que tanto la Casa de Salud de la Comunidad de Mininuma, como el Centro de Salud de Metlatónoc, fueran dotadas de una infraestructura médica aceptable, con medicamentos necesarios y el personal médico adecuado.	La Juez de Distrito **no estableció ningún procedimiento de seguimiento de la sentencia en particular,** sino que, atento a la Ley de Amparo, **se limitó a dictar diversos requerimientos a la autoridad**	Se **dio cumplimiento a la ejecutoria, pero hasta nueve años después de haberse emitido la sentencia**, ya que tanto la Casa de Salud de la Comunidad de Mininuma, como el Centro de Salud de Metlatónoc, fueron dotados de una infraestructura médica adecuada; de medicamentes necesarios y de personal médico para tratar a los miembros de tal comunidad.

7.6. Análisis de la tutela T-025 de 2004 (Desplazamiento Interno de Personas)

Hechos. Bajo el expediente T-653010, fueron acumulados otros 108 expedientes, correspondientes a igual número de acciones de tutela interpuestas *por 1150 núcleos familiares, todos pertenecientes a la población desplazada*, con un promedio de 4 personas por núcleo, y compuestas principalmente por mujeres cabezas de familia, personas de la tercera edad y menores, así como algunos indígenas.

Se trataba de *personas víctimas de desplazamiento forzado* por hechos ocurridos en promedio de más de un año y medio previo a la sentencia. Muchos de ellos no habían recibido ayuda humanitaria a pesar de encontrarse inscritos en el Registro Único de Población Desplazada. En muchos casos, había transcurrido un período largo -entre 6 meses y dos años- sin recibir ningún tipo de ayuda de parte de la Red de Solidaridad Social o de las otras entidades encargadas de atender a la población desplazada.

Debido a lo anterior, los demandantes interpusieron acción de tutela contra diversas autoridades por considerar que "*no estaban cumpliendo con su misión de protección a la población desplazada y por la falta de respuesta efectiva a sus solicitudes en materia de vivienda y acceso a proyectos productivos, atención de salud, educación y ayuda humanitaria*[661]*":*

Al conocer de tales tutelas, algunos de los jueces de instancia concedieron la tutela para la protección de los derechos de la población desplazada, entre otras razones, por considerar que en un Estado Social de Derecho *es necesario que se llegue a una solución definitiva del problema del desplazamiento* y, porque el comportamiento omisivo asumido por la Red de Solidaridad y de otras entidades responsables de la atención de la población desplazada, *deja al descubierto la vulneración de las garantías constitucionales de las cuales son titulares los peticionarios.* En revisión, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de

[661] Corte Constitucional Colombiana. Sala Tercera de Revisión. Caso T-025/04. 22 Ene 2004. Apartado I "Antecedentes".

Colombia conoció del caso, registrándose al efecto con el número de expediente T**-025 de 2004.**

Consideraciones. La Sala determinó que, por las condiciones de vulnerabilidad extrema en las cuales se encuentra la población desplazada, así como por la omisión reiterada de brindarle una protección oportuna y efectiva por parte de las distintas autoridades encargadas de su atención, "*se han violado tanto a los actores en el presente proceso, como a la población desplazada en general, sus derechos a una vida digna, a la integridad personal, a la igualdad, de petición, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la educación, al mínimo vital y a la protección especial debida a las personas de la tercera edad, a la mujer cabeza de familia y a los niños*[662]*"*.

Ello, en virtud de que, aunado a las afectaciones intrínsecas que conlleva la situación del desplazamiento interno de personas, las condiciones básicas de vida de dichas personas en el Estado colombiano, distan mucho de satisfacer los derechos reconocidos nacional e internacionalmente. El "*92% de la población desplazada presenta necesidades básicas insatisfechas (NBI), y el 80% se encuentra en situación de indigencia. Igualmente, el 63.5% de la población desplazada tiene una vivienda inadecuada, y el 49% no cuenta con servicios idóneos*[663]*".*

En cuanto a la situación alimentaria de la población desplazada, se concluye que la "*brecha en calorías"* de los hogares desplazados "*es del 57%, es decir, que sólo consumen el 43% de los niveles recomendados por el PMA. Igualmente se encontró que el 23% de los niños y niñas menores de seis años desplazados están por debajo del estándar alimenticio mínimo*[664]*"*. En relación con el grado de acceso a la educación de la población escolar desplazada, "*se observa que el 25% de los niños y niñas entre 6 y 9 años no asiste a un establecimiento escolar, mientras que esta*

[662] Ibídem. Apartado III. "Consideraciones y Fundamentos". 2.2 Resumen del argumento y de la decisión.
[663] Ibídem. Apartado III. "Consideraciones y Fundamentos". 6. Identificación de las acciones u omisiones estatales que configuran una violación de los derechos constitucionales de los desplazados.
[664] Ídem.

proporción para las personas entre 10 y 25 años es de 54%[665]*".* Por último, en relación con la salud de las víctimas del desplazamiento forzado, la "*tasa de mortalidad para la generalidad de la población desplazada es 6 veces superior al promedio nacional"*[666]*.*

Esta violación ha venido ocurriendo de manera masiva, prolongada y reiterada y no es imputable a una única autoridad, "*sino que obedece a un problema estructural que afecta a toda la política de atención diseñada por el Estado, y a sus distintos componentes, en razón a la insuficiencia de recursos destinados a financiar dicha política y a la precaria capacidad institucional para implementarla*[667]*"*. Respecto a la precariedad de la capacidad institucional para implementar la política, la Sala advirtió que *"en todos los niveles de la política pública de atención a la población desplazada existen problemas graves relacionados con la capacidad institucional del Estado para proteger los derechos de la población desplazada*[668]*".*

En cuanto a la insuficiencia presupuestal, se precisó que el gobierno central "*ha destinado recursos financieros inferiores a las necesidades de la política y muchas de las entidades territoriales no han destinado recursos propios para atender los distintos programas*[669]*".* La insuficiencia de recursos "*ha afectado la mayoría de los componentes de la política y ha llevado a que las entidades que integran el SNAIPD no puedan adelantar acciones concretas adecuadas para cumplir los objetivos trazados en la política*[670]*".* Siendo que, desde el punto de vista constitucional, "*es imperioso destinar el presupuesto necesario para que los derechos fundamentales de los desplazados tengan plena realización*[671]*"*. La obligación constitucional del Estado de garantizar una protección adecuada a quienes, por razón del

---

[665] Ídem.
[666] Ídem.
[667] Ibídem. Apartado III. "Consideraciones y Fundamentos". 2.2 Resumen del argumento y de la decisión.
[668] Ibídem. Apartado III. "Consideraciones y Fundamentos". 6.3.1 .Los problemas de la capacidad institucional para proteger a la población desplazada.
[669] Ibídem. Apartado III. "Consideraciones y Fundamentos". 6.3.2. Insuficiencia en la apropiación de recursos para la implementación de políticas de atención a la población desplazada.
[670] ídem
[671] ídem

desplazamiento forzado interno, "*se encuentran en condiciones indignas de vida no puede ser aplazada indefinidamente*[672]*".*

En efecto, si bien el gasto social y de atención a la población marginada es considerado como gasto prioritario, y existe una política estatal de atención a la población desplazada, articulada en una ley de la República, así como un marco reglamentario detallado, y una cuantificación del esfuerzo presupuestal que se requiere para cumplir los mandatos constitucionales y legales, "*las autoridades encargadas de garantizar la suficiencia de estos recursos han omitido, de manera reiterada, adoptar los correctivos necesarios para asegurar que el nivel de protección definido por el Legislador y desarrollado por el Ejecutivo, sea efectivamente alcanzado*[673]*".*

Tal vulneración no es imputable a una sola entidad*, "sino que todas las autoridades nacionales y territoriales con responsabilidades diversas en la atención de la población desplazada, por acción u omisión, han permitido que continúe y, en algunos casos, se agrave la vulneración de los derechos fundamentales de los desplazados*[674]*"*.

Tal situación constituye *un estado de cosas inconstitucional*, por cinco razones fundamentales[675]: **(I)** por la "*gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada";* **(II)** el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas -a la fecha 1200-; **(III)** la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos; **(IV)** la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad, sino de varios órganos del Estado; y **(V)** la vulneración de los derechos de los desplazados

[672] ídem
[673] Ídem
[674] Ibídem. Apartado III. "Consideraciones y Fundamentos". 2.2 Resumen del argumento y de la decisión.
[675] Ibídem. Apartado III. "Consideraciones y Fundamentos". 7.La constatación de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada

reposa en factores estructurales, dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas.

Atento a lo anterior, la Sala procedió a *declarar formalmente un estado de cosas constitucional* relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada. Dicha declaratoria "*tiene como consecuencia que las autoridades nacionales y territoriales encargadas de atender a la población desplazada deben ajustar sus actuaciones de tal manera que se logre la concordancia entre los compromisos adquiridos para cumplir los mandatos constitucionales y legales y los recursos asignados para asegurar el goce efectivo de los derechos de los desplazados*[676]*"*. Esta decisión respeta las prioridades fijadas por el Legislador y por el Ejecutivo y la experticia de las autoridades nacionales y territoriales responsables que definieron el nivel de sus propios compromisos*, "pero exige que éstas adopten a la mayor brevedad posible los correctivos que sean necesarios para que dicho estado de cosas inconstitucional sea remediado*[677]*":*

Decisión. Atento a las anteriores determinaciones, la Sala dictó dos tipos de órdenes: **(I)** de ejecución compleja -relacionadas con el estado de cosas inconstitucional dirigidas a atender progresivamente la problemática general de las personas desplazadas internamente-; y **(II)** de carácter simple -dirigidas a responder las peticiones concretas de los actores en la presente acción de tutela-.

Órdenes de ejecución compleja. La Sala precisó que estas órdenes tienden a superar tanto la insuficiencia presupuestaria, como las deficiencias institucionales. En ese sentido, dictó las siguientes órdenes correctivas respecto a la **insuficiencia presupuestaria**[678]:

1. Al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada -órgano encargado de formular la política y de garantizar la asignación presupuestal para los programas de atención a la población desplazada- se "*le comunicará del estado de cosas inconstitucional para que*

[676] Ibídem. Apartado III. "Consideraciones y Fundamentos". 2.2 Resumen del argumento y de la decisión.
[677] Ídem
[678] Ibídem. Apartado III. "Consideraciones y Fundamentos". 10.1. Órdenes para la superación del estado de cosas inconstitucional.

sea esta instancia la que determine la forma como pueda superarse la insuficiencia de recursos y las falencias en la capacidad institucional". En consecuencia, "*a más tardar el 31 de marzo de 2004 ese órgano defina la dimensión del esfuerzo presupuestal que es necesario para atender los compromisos definidos en la política y establezca la forma como contribuirán a dicho esfuerzo la Nación, las entidades territoriales y la cooperación internacional".*

2. Con este mismo fin, "*es fundamental que al logro de este objetivo concurran el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Director de Planeación Nacional para que contribuyan a que las metas presupuestales que requiere la política de atención a la población desplazada se alcancen*". Para ello, es menester que las autoridades territoriales "*convocarán los Comités de Atención a la Población Desplazada".*
3. Las autoridades territoriales competentes determinarán el volumen de recursos que destinarán a la atención de la población desplazada y definirán los programas y componentes prioritarios de atención que asumirán, lo cual debe ser informado al Consejo Nacional.
4. Si luego de establecer la dimensión del esfuerzo presupuestal requerido y de evaluar los mecanismos de consecución de tales recursos, el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia "*concluye que los compromisos asumidos en la política estatal no podrán ser cumplidos […] podrá redefinir tales compromisos de tal manera que exista concordancia entre las obligaciones jurídicas definidas mediante procesos democráticos por las autoridades competentes, de un lado, y los recursos efectivamente destinados a cumplir tales obligaciones".*

Aunado a lo anterior, por lo que se hace **a las carencias institucionales para implementar la política de desplazamiento forzado interno**, se ordenó lo siguiente[679]:

1. Se ordenará al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia "*que dentro de los 3 meses siguientes a la comunicación de la presente sentencia, adopte un programa de acción, con un cronograma preciso, encaminado a corregir las falencias en la capacidad institucion*al".

[679] Ídem.

2. El Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, en un plazo máximo de 6 meses, contados a partir de la comunicación de la presente sentencia, "*deberá concluir las acciones encaminadas a que todos los desplazados gocen efectivamente del mínimo de protección de sus derechos".*
3. En la adopción de las decisiones relativas a la superación del estado de cosas inconstitucional, "*deberá ofrecerse a las organizaciones que representan a la población desplazada la oportunidad de participar de manera efectiva. Ello implica, como mínimo, conocer con anticipación la decisión proyectada, recibir la oportunidad para hacerle observaciones y que las observaciones que presenten a los proyectos de decisiones sean debidamente valoradas"*.
4. Se prevendrá a las distintas autoridades para que no incurran en la exigencia de promover tutelas previo a que las personas desplazadas puedan acceder a los beneficios que les corresponden por ley.
5. Se ordenará a la Red de Solidaridad Social que instruya a las personas encargadas de atender a los desplazados para que "*les informen de manera inmediata, clara y precisa cuáles son los derechos orientados a garantizarles un tratamiento digno por parte de las autoridades y verifique que ello realmente suceda"*. Estos derechos han sido desarrollados por la ley y conforman una carta de derechos básicos de toda persona que ha sido víctima de desplazamiento forzado interno.

Órdenes de naturaleza sencilla: Precisado lo anterior, la Sala consideró que, por lo que respecta a los justiciables, las autoridades competentes debían atender a las siguientes órdenes[680]: **(I)** dar respuesta a las solicitudes de ayuda; **(II)** adelantar la evaluación de la situación de los peticionarios para determinar si cumplen las condiciones objetivas del desplazamiento y, en caso afirmativo, darles acceso inmediato a las ayudas previstas para su protección*;* **(III)** iniciar la evaluación de las de prórroga de la ayuda humanitaria de emergencia; **(IV)** adelantar de manera coordinada, si aún no lo han hecho, todas las acciones necesarias para garantizar el acceso efectivo de los accionantes al sistema de salud y educativo; **(V)** que se incluya como parte de la información solicitada al desplazado, la relativa a predios rurales que posea o de los que sea propietario, precisando la titularidad de los derechos constituidos y las características básicas del inmueble*;* **(VI)** cada entidad

[680] Ídem.

territorial, dentro de lo dispuesto por las normas vigentes, habrá de determinar la forma como cumplirán con el deber de protección a la población desplazada, lo cual podrá incluir la conformación de los comités territoriales; y **(VII)** en cuanto a la solicitud para una de las personas inscritas bajo un núcleo familiar sea desvinculada de él y se le permita continuar recibiendo la ayuda humanitaria como un núcleo familiar, la Sala, teniendo en cuenta la especial protección de la mujer cabeza de familia según lo indicado en el apartado 3 de esta sentencia, concederá la tutela.

Para asegurar el cumplimiento de estas órdenes por parte de las distintas autoridades, se comunicará la presente sentencia "*al Defensor del Pueblo y al Procurador General de la Nación para que, dentro de la órbita de sus competencias, efectúen un seguimiento del cumplimiento del presente fallo y vigilen la actuación de las autoridades*[681]*".*

Cumplimiento. Garavito y Franco se han ocupado extensa y exhaustivamente sobre este aspecto. Acorde con la información recabada por tales autores, por lo que hace **la superación de las insuficiencias presupuestales**, se aprecia que, si bien la reacción inmediata de la autoridad fue intentar posponer su cumplimiento -solicitando una prórroga de dos años-, lo cierto es que la Corte negó tal solicitud y mantuvo plazos estrictos de cumplimiento, lo que *"obligó al gobierno a realizar su primer cálculo presupuestario riguroso para la política de desplazamiento. La cifra exacta fueron 4,7 billones de pesos (de 2005*)"[682]. La referida cifra resulta significativa, si se tiene en cuenta que en los nueve años anteriores a la sentencia -entre 1995 y 2004- el gobierno *"había invertido menos de un tercio de esa cantidad (1,3 billones de pesos de 2005) para el desarrollo de una política integral para la población desplazada"*[683]*.*

Asimismo, a nivel departamental y municipal, el ministerio "*aprobó directivas especiales para las entidades territoriales"*[684]*:* Así, por ejemplo, Bogotá se convirtió en la primera ciudad del país en adoptar el *Plan Distrital Para la Atención Integral*

---

[681] Ídem.
[682] Rodríguez Garavito, Cesar y Rodríguez Franco, Diana. *Juicio a la exclusión […]. op.cit*. pág. 95.
[683] Ídem.
[684] Ibídem. pág. 96

de los Desplazados, para garantizar por lo menos nueve derechos fundamentales a los cien mil desplazados que estaban registrados oficialmente en la capital -en 2004-, invirtiéndose para esos efectos "*32 000 millones de pesos"*[685]*.*

Por otra parte, la sentencia "*no sólo llevó a la administración a triplicar el presupuesto nacional asignado para programas de PDI [personas desplazadas internamente] en 2004, sino que también tuvo un efecto creciente continuo en el presupuesto de la época"*[686]. Esto es, de 0.33 billones de pesos que se invertían en 2004 -año en que se emitió la sentencia-, la cifra fue incrementándose anualmente hasta llegar a los 3.27 billones en 2014[687]. En suma, el aumento presupuestal para la asistencia a la población desplazada "*fue un efecto tangible, directo, producto de la desestabilización por parte de la CCC de la estructura estatal adormecida"*[688]*.*

Ahora bien, por lo que hace a la superación de las **carencias institucionales para implementar la política de desplazamiento forzado interno**, Garavito y Franco identifican *tres indicadores de cumplimiento*. El primer indicador -la reactivación y la creación de órganos de coordinación- radica en que en 2004, después de dos años de inactividad, el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada volvió a reunirse con el propósito expreso de cumplir con la T-025. Desde ese momento "*asumió el liderazgo del diseño de las políticas públicas y de la coordinación entre las instituciones del sistema nacional y se convirtió en la autoridad a cargo del seguimiento de los avances realizados en cumplimiento de la orden de la Corte"*[689]*.*

Fuera del ámbito nacional, el progreso más claro con respecto a la coordinación, como producto de la intervención de la Corte, "*fue la creación de comités municipales, distritales y departamentales".* Por ejemplo en septiembre de 2006, "*de los treinta y dos departamentos que tiene Colombia, la gran mayoría –veintinueve–*

685 Ibídem. pág. 97.
686 Ídem.
687 Ídem.
688 Ídem.
689 Ibídem. pág. 99.

tenía comités territoriales activos"[690] e incluía la asistencia a la población desplazada en sus planes de desarrollo departamentales.

El segundo indicador -la producción de información básica sobre el desplazamiento-, estriba en el inicio de un esfuerzo por parte de la administración pública "*por producir información básica sobre el desplazamiento*"[691]. Asimismo, en tanto la ejecución de la T-025 fue asignada a la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, en los dos primeros años del seguimiento, "*estos organismos produjeron cuatro informes de seguimiento además de algunos documentos individuales"*[692]*.* Esta reacción inmediata "*se tradujo en la producción de información más detallada y periódica sobre la evolución de la protección de los derechos de la población desplazada"*[693]*.*

El último indicador -la creación de los primeros programas para las personas desplazadas-, consiste en el hecho de que las órdenes de la Corte sirvieron para motivar el aparato estatal a la "*creación de algunos programas o grupos de trabajo para responder a la sentencia"*[694]*.* El ejemplo más completo y claro es la creación del Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, exactamente un año después de la sentencia. Dicho plan tiene como objetivo *"establecer la política general del gobierno y las líneas de acción para la prevención y la atención al desplazamiento forzado interno en Colombia, que permita la restitución de los derechos y las obligaciones de las colombianas y los colombianos afectados por el mismo"*[695]*.*

Otro ejemplo, es que en septiembre de 2006 el Ministro Interior de Justicia "*creó el Grupo de Coordinación y Seguimiento a Departamentos y Municipios en materia de Atención a la Población Desplazada"*[696]. Posteriormente, el Ministro "*creó el Programa de Protección Especial para la Población Desplazada, con el fin de*

---

690 Ibídem. pág. 100.
691 Ídem.
692 Ibídem. pág. 101.
693 Ídem.
694 Ibídem. pág. 102.
695 Ídem.
696 Ídem.

ofrecer garantías no sólo a los líderes, sino a cualquier persona registrada como PDI que se encontrara en riesgo"[697]*.* Respecto al resultado de tales correctivos, Garavito y Franco concluyen que "h*a habido notables progresos en el acceso a los derechos a la salud y la educación. De hecho, siete años después de la T-025, la CCC* [corte constitucional colombiana] *reconoció que el gobierno había superado el ECI* [estados de cosas inconstitucionales] *con respecto al derecho a la salud de la población desplazada"*[698]*.* Empero, reconocen que hay pocas pruebas de un efecto socioeconómico tangible como consecuencia de la sentencia con respecto a los derechos a la alimentación, la vivienda, la asistencia.

En efecto, los resultados han sido mixtos respecto al goce efectivo de tales derechos, pues si bien como se ha mencionado en materia de salud y educación han existido avances notables, lo cierto es que se advierten *"pocas pruebas de un efecto socioeconómico tangible como consecuencia de la sentencia con respecto a los derechos a la alimentación, la vivienda, la asistencia inmediata y humanitaria y el nivel de vida adecuado*[699]".

Finalmente, tales autores estiman que los éxitos en el cumplimiento de tal sentencia se deben, en parte, al hecho de que la Corte adaptó *y modificó la forma de dar seguimiento al fallo,* la cual comprendió cuatro fases. La primera fase de seguimiento "*comprende desde finales de 2004 a 2006, y su característica fue el enjuiciamiento a la política pública. Por consiguiente, las órdenes más importantes de este período evaluaron el grado de cumplimiento de las autoridades a partir de los requisitos establecidos en la sentencia, identificaron las responsabilidades de cada institución sobre el asunto y dictaron órdenes para ayudar a mejorar"*[700]*.*

La persistencia de esas deficiencias en el progreso de asistencia de las personas desplazadas, y en especial la relacionada con la ausencia de indicadores de progreso, "*dio lugar a un giro hacia la segunda fase del proceso de seguimiento en*

[697] Ibídem. pág. 103
[698] Ibídem. pág. 208.
[699] Ídem.
[700] Ibídem. pág. 68.

2007"[701]. Entre comienzos de ese año y mediados de 2008, la Corte "*se concentró en desarrollar indicadores para medir el avance, estancamiento o retroceso en el cumplimiento de los derechos de las PDI*"[702].

Ante la persistencia de las fallas de la política pública y la continuación de la emergencia humanitaria de la población desplazada, "*la tercera fase del proceso, que comenzó a mediados de 2008 con el Auto 92 sobre las mujeres desplazadas internamente, estuvo caracterizada por una vigilancia más cercana de la actuación del gobierno*"[703]. Por un lado, "*las órdenes de este período aumentaron la exigencia de resultados concretos e insistieron en la urgencia de alcanzarlos"*[704]. Por otro lado, la Corte *"hizo sus diagnósticos y sus órdenes más precisas"*[705].

La cuarta etapa "*está caracterizada por la aprobación en 2011 de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (Ley 1448)"*[706], comúnmente conocida como Ley de Víctimas. Sancionada por el presidente Santos en junio de 2011. El nuevo marco jurídico e institucional introducido por la Ley de Víctimas marcó una nueva fase para la Corte. La Sala "*se ha concentrado en garantizar que la nueva norma sea implementada de conformidad con la jurisprudencia y las leyes existentes, y en desatascar los cuellos de botellas específicos de la nueva política que produzcan violaciones de los derechos de las PDI"*[707]. La segunda característica de la cuarta etapa es que la Corte *"pasó de entregar directrices para grupos específicos de la población desplazada, como había hecho durante la tercera fase, a la microgestión de la problemática"*[708].

En resumen, entre las etapas primera y cuarta, *la Corte pasó de juzgar la política pública y proporcionar directrices generales con el fin de mejorarla, a elaborar indicadores para medir el progreso de los esfuerzos para superar el ECI* [estado de

[701] Ibídem. pág. 71.
[702] ídem.
[703] Ibídem. pág. 72.
[704] ídem.
[705] ídem.
[706] ídem.
[707] Ibídem. pág. 74.
[708] Ibídem. pág. 76.

cosas institucionales]"[709]. Ayudó luego a diseñar una nueva política para los grupos especialmente vulnerables dentro de la población desplazada, como mujeres y niños*, "y terminó haciendo seguimiento y microgestión de la situación de las PDI según el nuevo marco institucional y jurídico introducido en la Ley de Víctimas"[710].*

Tabla valorativa del caso.

Sentencia	Elemento objetivo	Elemento subjetivo remedial	Elemento subjetivo supervisorio	Cumplimiento
T-025 de 2004.	Las obligaciones **positivas** del Estado de garantizar, de manera progresiva, el derecho a la vida en condiciones de dignidad, integridad personal, vivienda, salud, alimentación educación, seguridad social, así como un mínimo vital a las personas. **Fundamento convencional o constitucional:** Los Principios Rectores del Desplazamiento	Se **otorgó deferencia a las autoridades** para que sean éstas quienes determinen la forma como pueda superarse la insuficiencia de recursos y las falencias en la capacidad institucional, respecto a la política de atención de la población desplazada.	La Corte Constitucional **dejó el seguimiento del fallo al Defensor del Pueblo y al Procurador General de la Nación**. Asimismo, la propia Corte dio un seguimiento cercano del caso, el cual se desenvolvió en cuatro fases.	Se **ha dado un cumplimiento parcial a la ejecutoria**, en tanto que las autoridades incrementaron el presupuesto de la política de atención a las personas desplazadas, y, emitieron correctivos para superar las deficiencias administrativas, el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada asumió su rol de liderazgo en diseño de políticas y coordinación. Se crearon comités, se recopiló información

[709] Ídem.
[710] Ídem.

	Forzado, los artículos 1, 2, 11, 12, 13, 14, 16 y 17 y 113 de la Constitución Colombiana y los preceptos 2, 9, 11, 12, 13 y 14 del PIDESCA			básica del desplazamiento y se crearon nuevos programas. Empero, los resultados han sido mixtos respecto al goce efectivo de diversos DESCA, pues si bien en materia de salud y educación han existido avances notables, lo cierto es que respecto a los derechos a la alimentación, la vivienda, la asistencia inmediata y humanitaria y el nivel de vida adecuado , aún se aprecia un rezago importante para la PDI.

7.7. Análisis de la tutela T-60 de 2008 (restructuración del sistema de salud)

Hechos. En el presente asunto, la Corte hizo una acumulación de diversos casos en revisión de tutelas en los que se invocó la protección del derecho a la salud –concretamente, el acceso a servicios de salud que se requieren–. Estos casos se refieren a diversas situaciones en las cuales *el acceso a diversos servicios de salud requerido fue negado*[711].

[711] Los cuales pueden caracterizarse de la manera siguiente:
1. Acceso a servicios de salud contemplados en el plan obligatorio de salud -POS-, sometidos a pagos moderadores;
2. Acceso a servicios de salud no incluidos dentro del POS;

Los casos fueron asignados a la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, registrándose con el número de expediente **T-760/08.** A medida que estos fueron llegando a la Corte, fueron solucionados mediante autos en los que se adoptaron como medidas cautelares las órdenes adecuadas y necesarias para garantizar los derechos de las personas, de acuerdo a las reglas jurisprudenciales aplicables. *Los casos en cuestión fueron acumulados entre sí para ser fallados en conjunto, teniendo en cuenta la unidad temática entre éstos*.

El propósito de acumular estos procesos fue doble. Por un lado, "*tener una muestra lo más comprensiva posible del tipo de problemas que han llevado a los tutelantes a acudir a la justicia constitucional para obtener la satisfacción de sus derechos*[712]*"*. Así, los problemas van desde el acceso efectivo al sistema de salud hasta la financiación de los servicios médicos no POS, pasando por la dificultad en resolver los desacuerdos entre los interesados sin acudir a la acción de tutela. Estos problemas, a juicio de la Corte, han llevado a que "*la mayor proporción de acciones de tutela que se presentan en el país versen sobre el derecho a la salud, sin que las órdenes que ha impartido la Corte, caso por caso, así como todos los jueces del país, hayan conducido a la superación de tales problemas*[713]*".* En realidad, los órganos responsables de lo que podría denominarse genéricamente la regulación del sistema de salud "*no han adoptado decisiones que les garanticen a las personas su derecho a la salud sin tener que acudir a la acción de tutela*[714]*"*.

3. Acceso a los servicios de salud que requiere un menor para su adecuado desarrollo;
4. Reconocimiento de incapacidades laborales cuando no se cumplen los requisitos de pago oportuno;
5. Acceso a los servicios de salud en condiciones de integralidad;
6. Acceso a los servicios de salud de alto costo y para tratar enfermedades catastróficas, así como a los exámenes diagnósticos;
7. Acceso a los servicios de salud requeridos por personas vinculadas al Sistema de Salud, en especial si se trata de menores;
8. Acceso a los servicios de salud cuando se requiere desplazarse a vivir en lugar distinto a aquel en que reside la persona;
9. Libertad de elección de la 'entidad encargada de garantizarle el acceso a la prestación de los servicios de salud y duda acerca de la inclusión del lente intraocular en el POS y procedencia del recobro.
10. También fueron repartidos a la Corte casos en los cuales alguna EPS -entidades encargadas de garantizar la prestación del servicio- pedía el reembolso oportuno de los gastos de un servicio médico no cubierto por el POS.

[712] Corte Constitucional Colombiana. Sala Segunda de Revisión. Caso T-60/08. 31 Jul 2008. II. Consideraciones y fundamentos. 2. Planteamiento de los problemas jurídicos y resumen de las decisiones.

[713] Ídem.

[714] Ídem.

De otro lado, la acumulación de procesos permitió a la Corte "*analizar diferentes facetas del derecho a la salud y valorar sus implicaciones siempre con la finalidad de garantizar el goce universal, equitativo y efectivo de este derecho*[715]".

Consideraciones. Al conocer del caso, la Sala de la Corte Constitucional determinó que, de la acumulación de las tutelas, se advierte que se presentan dos tipos de problemas constitucionales a resolver, *los de carácter concreto y los de carácter general.* Las de carácter concreto tenían que ver con las violaciones aducidas específicamente y cada una de las tutelas acumuladas -mismas respecto de las cuales ya existía jurisprudencia de la Corte que resolvía el problema planteado, en beneficio de los tutelantes, y a las cuales se ha hecho referencia en los antecedentes-.

A partir de la determinación de que existieron diversas violaciones en cada uno de los casos acumulados, pese a que existía jurisprudencia de la Corte en el sentido de que tales actuaciones y omisiones resultan inconstitucionales, *la Sala advirtió que existen problemas jurídicos generales o estructurales,* que tienen que ver con la regulación del sistema de protección del derecho a la salud, que afectan la posibilidad de que éste sea gozado efectivamente por las personas en situaciones concretas y específicas.

Todos los problemas generales se pueden reunir en uno sólo, a saber: *¿Las fallas de regulación constatadas en la presente sentencia a partir de los casos acumulados y de las pruebas practicadas por esta Sala, representan una violación de las obligaciones constitucionales que tienen las autoridades competentes de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud para asegurar su goce efectivo*[716]*?*

Concretamente, la Sala identificó en los expedientes acumulados los siguientes problemas generales:

¿Desconoce el Estado el derecho a la salud de las personas al permitir que se mantenga la incertidumbre en relación con los servicios incluidos, los no

[715] Ídem.
[716] Ibídem. II. Consideraciones y fundamentos. 2.2. Problemas jurídicos generales.

incluidos y los excluidos del plan obligatorio de salud, teniendo en cuenta las controversias que esta incertidumbre produce y su impacto negativo en el acceso oportuno a los servicios de salud? Al respecto, la Sala concluyó que el Estado *desprotege* el derecho a la salud de las personas "*al mantener las incertidumbres en torno a la cobertura asegurada por el plan obligatorio de salud, pues así impone cargas elevadas y barreras al acceso a los servicios de salud, en razón a los debates y discusiones administrativas y judiciales previas que generan desgastes considerables e innecesarios de recursos de casi todos los actores del sector[717]"*; además, tales incertidumbres "*impiden adoptar las medidas adecuadas y necesarias para asegurar la financiación de los servicios de salud de tal forma que todos los colombianos pueden acceder de manera oportuna y efectiva a servicios de salud de buena calidad*"[718].

¿Desconoce el Estado el derecho a la salud de las personas, al permitir que la mayoría de las decisiones judiciales que tutelan el acceso a los servicios de salud, tengan que ocuparse de garantizar el acceso a servicios contemplados en los planes obligatorios de salud, ya financiados? Aunque la Corte reconoció los esfuerzos realizados por el Estado en esta materia, consideró que deja de *proteger* el derecho a la salud "*cuando permite que la mayoría de violaciones a éste se presenten en situaciones recurrentes en las cuales se obstaculiza a las personas el acceso a servicios contemplados en los planes obligatorios de salud, es decir, servicios ya financiados por estar incluidos dentro del POS[719]"*.

¿Desconoce el Estado el derecho a la salud de las personas que son beneficiarias del régimen subsidiado, por no haber tomado las medidas para garantizar que puedan acceder a un plan de servicios de salud que no difiera de los contenidos contemplados en el plan obligatorio de salud para el régimen contributivo? La Corte estimó que después de 15 años de haber sido expedida la Ley 100 de 1993, "*es constitucionalmente inadmisible que no se haya previsto superar la desigualdad entre el plan subsidiado y el contributivo y que esta*

[717] Ídem.
[718] Ídem.
[719] Ídem.

diferencia es más gravosa para los menores de edad[720]*"*. El Estado ha desconocido el derecho a la salud de las personas beneficiarias del régimen subsidiado, "*por cuanto no existen actualmente programas ni cronogramas que muestren un esfuerzo para avanzar en ese sentido*[721]*".*

¿Desconoce el Estado el derecho a la salud de las personas que requieren con necesidad un servicio de salud, diferente a medicamentos, al no haber fijado y regulado un procedimiento mediante el cual la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio garantice el acceso efectivo al mismo? Para la Sala, la ausencia de regulación clara que permita hacer efectivos los derechos de los usuarios cuando requieren un servicio de salud, "*diferente a un medicamento, no incluido en el POS, es una de las razones por las cuales la tutela se ha convertido en el mecanismo generalizado para acceder a servicios de salud no incluidos en el POS ordenados por el médico tratante, e incluso muchas veces a medicamentos cuando el médico tratante no presenta la solicitud ante el Comité Técnico Científico*[722]*"*. Esta omisión del regulador representa una gran barrera al acceso a los servicios de salud que requieren las personas, "*lo cual constituye un claro déficit de protección del derecho fundamental a la salud*[723]*".*

Cuando una persona requiere un servicio de salud que no se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Servicios, "*y carece de recursos para cubrir el costo del mismo que le corresponda asumir, las entidades encargadas de asegurar la prestación del servicio (EPS) deben cumplir con su responsabilidad y, en consecuencia, asegurar el acceso a éste*[724]*".* No obstante, es el Estado quien ha de asumir el costo del servicio, por cuanto le corresponde la obligación de garantizar el goce efectivo del derecho. En tal sentido, la jurisprudencia constitucional y la regulación han reconocido a la entidad aseguradora el derecho de repetir contra el

[720] Ídem.
[721] Ídem.
[722] Ídem.
[723] Ídem.
[724] Ídem.

Estado; a través del Fosyga -el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud-.

El adecuado financiamiento de los servicios de salud no contemplados en el POS depende entonces, del correcto flujo de recursos por parte del Estado para cubrir el pago de los recobros que reglamentariamente sean presentados por las entidades que garantizan la prestación del servicio. En la medida en que "*tales costos no están presupuestados por el Sistema dentro del monto que recibe la entidad aseguradora de la prestación del servicio de salud por cuenta de cada uno de sus afiliados o beneficiarios (UPC, unidad de pago por capitación), su falta de pago atenta contra la sostenibilidad del sistema, y en tal medida, al acceso a la prestación de los servicios de salud que se requieran con necesidad*[725]*"*.

Al ser las entidades encargadas de garantizar la prestación del servicio (EPS), o incluso las instituciones prestadoras de salud (IPS), las que suelen asumir los costos de la demora de los pagos de los recobros, "*se genera además, una presión sobre éstas para dejar de autorizar la prestación de servicios de servicios no contemplados en el POS*[726]*".* Así pues, en la medida que la capacidad del Sistema de Salud, para garantizar el acceso a un servicio de salud, "*depende de la posibilidad de financiarlo sin afectar la sostenibilidad del Sistema, el que no exista un flujo de recursos adecuado para garantizar el acceso a los servicios de salud que se requieran con necesidad, no incluidos dentro de los planes de servicio, obstaculiza el acceso a dichos servicios*[727]*"*.

Decisión. Atento a las anteriores determinaciones, la Sala, por lo que hace los problemas estructurales ya identificados en el sistema de salud pública, emitió las siguientes órdenes[728]:

1. **Revisión del POS**. Se ordena a la Comisión Nacional de Regulación en Salud "*la revisión integral de los Planes Obligatorios de Salud (POS)",* garantizando la

[725] Ídem.
[726] Ídem.
[727] Ídem.
[728] Ibídem. II. Consideraciones y fundamentos. 6.1. Ordenes relacionadas con los planes de beneficios

participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud. Como una medida complementaria, se ordena a la Comisión de Regulación en Salud "*la revisión de los Planes Obligatorios de Salud por lo menos una vez al año, con base en los criterios establecidos en la ley"*[729]. La Comisión presentará "*un informe anual a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación*".

2. **Presentación de informes negatorios de salud.** Se ordenará al Ministerio de la Protección Social que adopte medidas para garantizar que "*todas las Entidades Promotoras de Salud"* envíen a la Comisión de Regulación en Salud, a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Defensoría del Pueblo, "*un informe trimestral*[730]*"*. También se ordena al Ministerio de la Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud que adopten las medidas "*para identificar las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios que con mayor frecuencia se niegan a autorizar oportunamente servicios de salud incluidos en el POS [o que se requieran con necesidad":*

3. **Unificación del plan subsidiado y contributivo.** Se ordena a la Comisión de Regulación en Salud "*unificar los planes de beneficios para los niños y las niñas del régimen contributivo y del subsidiado, teniendo en cuenta los ajustes necesarios a la UPC subsidiada de los niños y las niñas para garantizar la financiación de la ampliación en la cobertura".* En caso de que para esa fecha no se hayan adoptado las medidas necesarias para la unificación del plan de beneficios de los niños y las niñas, "*se entenderá que el plan obligatorio de salud del régimen contributivo cubre a los niños y las niñas del régimen contributivo y del régimen subsidiado"* (ver apartado 6.1.2.1.).

---

729 Indicando, durante el respectivo período, (i) qué se incluyó, (ii) qué no se incluyó de lo solicitado por la comunidad médica y los usuarios, (iii) qué servicios pasan a ser suprimidos de los planes de beneficios, indicando las razones específicas por las cuales se toma dicha decisión, (iv) la justificación de la decisión en cada caso, con las razones médicas y de sostenibilidad financiera.

730 En el que se indique: (i) los servicios de salud ordenados por el médico tratante a sus usuarios que sean negados por la Entidad Promotora de Salud sin ser tramitados por el Comité Técnico Científico, (ii) los servicios médicos ordenados por el médico tratante a sus usuarios que sean negados por el Comité Técnico Científico de cada entidad; (iii) indicando en cada caso las razones de la negativa. El primer informe deberá ser enviado en la fecha señalada en la parte resolutiva de esta providencia y copia del mismo deberá ser remitido a la Corte Constitucional antes de la misma fecha (ver apartado 6.1.4.2.).

También se ordenará a la Comisión de Regulación en Salud "*que adopte un programa y un cronograma para la unificación gradual y sostenible de los planes de beneficios del régimen contributivo y del régimen subsidiado"*[731].

4. **Trámite a seguir cuando no se encuentre incluido el servicio de salud en el POS.** Se ordena a la Comisión de Regulación en Salud que adopte las medidas necesarias "*para regular el trámite interno que debe adelantar el médico tratante"* para que la EPS autorice directamente (a) los servicios de salud no incluidos en el plan obligatorio de salud (contributivo o subsidiado), diferentes al suministro de un medicamento y (b) como los medicamentos y demás insumos para la atención de las actividades, procedimientos e intervenciones explícitamente excluidas del Plan Obligatorio de Salud, de tal forma que se respete el principio de integralidad.

5. **Órdenes para no supeditar a la decisión sobre eventual revisión por parte de la Corte la fecha de ejecutoria de la sentencia que amparó el derecho a la salud.** En este caso se ordena al Ministerio de la Protección Social y al administrador fiduciario del Fosyga "*que adopten medidas para garantizar que el procedimiento de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud ante el Fosyga sea ágil con miras a asegurar el flujo de recursos necesario para proteger efectivamente el derecho en el sistema*"[732].

   La EPS debe acatar oportunamente la orden de autorizar el servicio de salud no cubierto por el POS y bastará con que en efecto el administrador del Fosyga constate que la entidad no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC.

---

[731] teniendo en cuenta: (i) las prioridades de la población según estudios epidemiológicos, (ii) la sostenibilidad financiera de la ampliación de la cobertura y su financiación por la UPC y las demás fuentes de financiación previstas por el sistema vigente (ver apartado 6.1.2.2.). Dicho cronograma deberá contemplar la unificación para la fecha en la que indique el mismo regulador, salvo razones imperiosas e insuperables específica y cuidadosamente sustentadas

[732] Dentro de estas medidas por lo menos se tendrán en cuenta las siguientes, cuando se trate de servicios de salud cuya práctica se autorizó en cumplimiento de una acción de tutela: (i) la entidad promotora de salud deberá cumplir inmediatamente la orden de protección del derecho a la salud y podrá iniciar el proceso de recobro una vez el fallo se encuentre en firme, bien sea porque la sentencia de instancia no fue impugnada, bien sea porque se trata de la sentencia de segunda instancia, sin que la autorización del servicio de salud y el procedimiento de recobro pueda ser obstaculizado con base en el pretexto del proceso de revisión que se surte ante la Corte Constitucional; (ii) no se podrá establecer que en la parte resolutiva del fallo de tutela se debe autorizar el recobro ante el Fosyga como condición para autorizar el servicio médico no cubierto por el POS ni para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir.

6. **Órdenes encaminadas a que se adopte un Plan de Contingencia que permita el pago de los recobros atrasados para asegurar el flujo de recursos en las EPS.** Se ordena al Ministerio de la Protección Social y a Fidufosyga 2005, que si aún no lo han hecho, "*diseñen un Plan de Contingencia" para* (i) adelantar el trámite de las solicitudes de recobro que están en mora y (ii) efectuar los pagos de las solicitudes de recobro en las que se verificó el cumplimiento de los requisitos de las resoluciones vigentes que están en mora[733].

   En caso de que no se efectúe el reembolso oportunamente de a lo menos el 50% de las solicitudes de recobro, operará un mecanismo de compensación general para dicho 50%. El resto del monto (50%) deberá haber sido cancelado en su totalidad antes de la fecha indicada en la parte resolutiva de esta providencia. En caso de que posteriormente se verifique que el Fosyga no estaba obligado a realizar determinado reembolso, se deberán adoptar las medidas para compensar esos recursos a cargo de la respectiva EPS.

7. **Órdenes para corregir las fallas en el sistema de financiación de servicios médicos que se requieran con necesidad y no estén cubiertos por el POS**. Se ordena al Ministerio de Protección Social que tome las medidas necesarias para que "*el sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro funcione de manera eficiente, y que el Fosyga desembolse prontamente los dineros concernientes a las solicitudes de recobro"*.

8. **Información sobre derechos de los pacientes**. La Sala ordena al Ministerio de la Protección Social que si aún no lo ha hecho, "*dentro de los seis meses siguientes, adopte las medidas necesarias para asegurar que al momento de afiliarse a una EPS, contributiva o subsidiada, le entreguen a toda persona, en términos sencillos y comprensibles, la siguiente información"*: (i) Una carta con los derechos del paciente; y (ii) Una carta de desempeño. Este documento deberá contener información básica acerca del desempeño y calidad de las diferentes EPS a las que se puede afiliar en el respectivo régimen, así como también acerca de las IPS indicando cuáles trabajan con cuáles. El documento deberá contemplar la información necesaria para poder ejercer adecuadamente

[733] Este plan deberá señalar: (i) metas específicas para el cumplimiento de la presente orden, (ii) un cronograma para el cumplimiento de las órdenes y (iii) las acciones que se llevarán a cabo para el cumplimiento de las metas, individualizando en cada caso el responsable de su cumplimiento.

su libertad de escogencia y acceder oportuna y efectivamente a los servicios de salud.

9. **Cobertura universal**. Por último, la Sala reconoció ordenó al Ministerio de Protección Social que "*adopte las medidas necesarias para asegurar la cobertura universal sostenible del Sistema General de Seguridad Social en Salud en la fecha fijada por el legislador (enero, 2010)".* En caso de que alcanzar esta meta sea imposible, deberá explicarse las razones del incumplimiento y fijarse una nueva meta, debidamente justificada.

Cumplimiento. A la fecha, la tutela no ha sido acatada sino parcialmente y *con un grado de cumplimiento medi*o. En efecto, en diciembre de 2009, el Gobierno del Presidente Uribe -2002 a 2010-, *aprobó una declaración de emergencia social para el sistema de salud* y, tras esa declaración, promulgó una serie de decretos que pretendían cumplir con parte de lo ordenado por la Corte. No obstante, "*esos decretos tuvieron también como fin eludir todo debate democrático sobre la naturaleza de los beneficios de salud a los cuales tienen derecho los colombianos y llevaron a protestas masivas en todo el país"*[734]*.*

De otra parte, el gobierno del Presidente Santos -2010 a 2018-, "*impulsó una reforma del sistema de salud, medidas para enfrentar escandalosos niveles de corrupción*[735] *en el sistema y algunas decisiones dirigidas a controlar a las EPS y desarrollar un control de precios de medicamentos*"[736]. Así, acorde a Parra-Vera y Yamín, durante los primeros cuatro años de implementación del fallo, lo que ha quedado en evidencia *"son las profundas tensiones entre el poder ejecutivo y el poder judicial respecto a los alcances de la intervención judicial para solventar las barreras en el acceso a la salud"*[737]*.*

---

[734] Parra-Vera, Oscar y Yamin, Alicia Ely. *La Sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica,* en Laura Clérico, Liliana Ronconi y Martín Aldao (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud,* ed. Abeledo Perrot, 2013. Buenos Aires, pág. 2593.

[735] El gobierno advirtió que había existido un sistema de corrupción caracterizado, entre otros elementos, por el recobro de medicamentos con sobrecostos superiores al 1.000 por ciento, pagos a nombre de personas que no estaban identificadas o no existían y cobros a nombre de otras que nunca recibían los tratamientos. Ello condujo a intervenciones de control en diversos niveles, incluida la reacción del sistema penal y la intervención de algunas aseguradoras por parte de la Superintendencia de Salud [Parra-Vera, Oscar y Yamin, Alicia Ely, supra. pág. 2620].

[736] ídem.

[737] Ídem.

La Corte decidió supervisar el cumplimiento de las complejas órdenes estructurales de la sentencia mediante *una Sala especial de Seguimiento* -creada en 2009 con la finalidad de supervisar el cumplimiento en observancia de la obligación internacional contenida en el artículo 25.2 literal c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-. Tan sólo durante los primeros cuatro años, la Sala de Seguimiento "*emitió más de 30 autos genéricos y decenas de autos relacionados con las 16 órdenes principales emitidas por la Sentencia"*[738]. En su auto 263 del 16 de noviembre de 2012 la Corte valoró la diversa información allegada en los primeros cuatro años de implementación de la sentencia. A pesar de las 26 resoluciones y decretos emitidos por el Gobierno respecto al procedimiento de verificación control y pago del sistema de recobros, la Corte consideró que "*dicho procedimiento no se había modificado sustancialmente y que persistían demoras irrazonables y requisitos innecesarios"*[739].

Asimismo, determinó lo siguiente[740]: **(I)** que el 53,38% de las acciones de tutela corresponden a servicios incluidos en el plan de beneficios -pago de lo indebido-; **(II)** que existía un detrimento patrimonial por más de 144 mil millones de pesos -ocasionado por hechos relacionados con recobros, sobrecostos en medicamentos, factores anti hemofílicos e inconsistencias en recobros-; y **(III)** que las irregularidades cada vez son mayores y los desfalcos están arruinando las finanzas del sistema. Por lo cual se declaró entonces el "*incumplimiento general de las órdenes relacionadas con este tema y se ordenó el rediseño del sistema de recobros en un plazo de 3 meses*"[741]. Para la Corte, lo que causa el desequilibrio financiero del sistema es la *"indebida destinación de recursos, malversación de fondos y falta de mayor diligencia de algunos órganos de inspección, vigilancia y control"*[742].

Atento a lo anterior, es que Parra-Vera y Yamín coligen que, luego de cuatro años de implementación de la sentencia, en relación con los problemas *de flujo de recursos* en el sistema de salud, "*si se mira sólo desde sus efectos directos e*

[738] Ibídem. pág. 2616.
[739] Ibídem. pág. 2622
[740] Vid. Ibídem. pp. 2622 a 2623.
[741] Ibídem. pág. 2623.
[742] Ídem.

instrumentales […] el balance es excesivamente desalentador"[743]. Sin embargo, también reconocen que, en esos años "*se ha producido un fuerte empoderamiento de algunas instancias de control con fundamento en los derroteros señalados por la Corte"*[744]. Por ejemplo, la Contraloría General de la República ha impulsado investigaciones de control fiscal, "*de tal forma que el dinero que reciben las EPS en relación con la prestación de servicios de salud sea debidamente manejado*"[745]. En suma, la sentencia "*generó espacios de rendición de cuentas que han sido aprovechados por varios organismos de control para impulsar sus tareas de inspección y vigilancia"*[746].

Por lo que hace a los impactos relacionados con la precisión, actualización, unificación y acceso a los planes de beneficios, "*durante cuatro años el gobierno adoptó medidas sobre unificación y actualización del POS y estas medidas han sido analizadas en más de 15 autos específicos emitidos por la Corte"*[747]. Los resultados más relevantes corresponde analizarlos en 2011 y 2012. El 27 de mayo de 2011 la Sala Especial emitió el auto 110 de 2011 donde retomó toda la información recibida y resaltó diversas dificultades que impedían avanzar en el cumplimiento de las órdenes generales. Ante ello, la Sala emitió el Auto 226 de 2011, en el cual "*se fijaron parámetros y niveles de cumplimiento que el Gobierno y la CRES debían seguir cuando realicen las actualizaciones integrales del Plan de Beneficios*":

La actualización se realizó en diciembre de 2011 (Acuerdo 029 de 2011, CRES) y el 1 de julio de 2012, luego de un trabajo conjunto entre los Ministerios de Salud, Hacienda y la CRES, "*finalizó la unificación de los contenidos del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado*"[748]. La Corte emitió un pronunciamiento crítico de los procesos de unificación en el auto 261 del 16 de noviembre de 2012 -en particular, la Corte constató que si bien se había hecho la unificación de

[743] Ibídem. pág. c
[744] Ídem.
[745] Ídem.
[746] Ibídem. pág. 2624
[747] Ibídem. pág. 2624
[748] Ibídem. pág. 2627

los planes de beneficios de los dos regímenes, la CRES había mantenido la diferencia entre la UPC del régimen subsidiado-.

Cabe observar que las órdenes de la Corte *"impulsaron diversos tipos de discusión pública en relación con el sentido de los planes de beneficios y generaron que el ministerio de salud impulsara diálogos con experiencias comparadas en la definición de planes de beneficios"*[749], lo cual constituye unos primeros pasos en el entendimiento de los problemas del derecho a la salud como asuntos de interés público que requieren discusión con los ciudadanos. No en vano, Roberto Gargarella ha descrito la sentencia T-760/08 como "*un ejemplo positivo de contribución judicial a la democracia deliberativa"*[750].

Ahora bien, acorde a un análisis elaborado por diversos economistas respecto a los avances que han tenido las órdenes de la Corte a una década de la emisión del fallo -2008 a 2018-, "*el cumplimiento de estas órdenes es medio, con avances importantes en cuanto a cobertura e igualación del plan de beneficios, pero persisten barreras al acceso y preocupaciones respecto a la sostenibilidad y el flujo de recursos"*[751]*:* Respecto al Plan de Beneficios de Salud -PBS-, a pesar de los avances en su actualización, "*persiste incertidumbre o diferencias de interpretación sobre el contenido del PBS"*[752]*.*

En cuanto a su unificación, la Comisión Reguladora en Salud -CRES- estableció que a partir del 1º. Octubre de 2009 "*los afiliados al régimen subsidiado con edades entre 0 y 12 años disfrutarían del mismo plan del régimen contributivo"*[753]. Luego de varias medidas similares, y teniendo en cuenta el artículo 342 de 2009 de la Corte Constitucional, "*en 2012 se puso en marcha la unificación del PBS para toda la población del país"*[754]*.* Dicha ampliación debería estar acompañada de un ajuste de la UPC -Unidad de Pago por Capitación de los regímenes para financiar los servicios contenidos en

[749] Ibídem. pág. 2629.
[750] Ibídem. pág. 2641.
[751] Restrepo-Zea, Jairo Hmberto et. al. *Cobertura universal y acceso efectivo a los servicios de salud: ¿Qué ha pasado en Colombia después de diez años de la Sentencia T-760?.* Revista de Salud Pública, [S.l.], v. 20, n. 6. 2018. pág.670.
[752] Ibídem pág. 673.
[753] Ibídem pág. 674.
[754] Ídem.

los respectivos planes de beneficios- del régimen subsidiado, "*de manera que esta pasó del 56,3% de la UPC contributiva en 2008 al 89,5% en 2018"*[755]*.*

Respecto a la cobertura y acceso, las cifras de aseguramiento a diciembre de 2018 "*registran 47,1 millones de afiliados, lo que corresponde al 94,4% de la población nacional e indica un avance significativo, a punto de alcanzar el 100%"*[756]*.* De igual forma, si bien la sentencia jugó un papel importante en el desempeño del acceso a los servicios de salud, lo cierto es que "*persisten en el país algunas dificultades que restringen el acceso relacionadas con la estructura del sistema, seguido de algunas características al interior como los tiempos de espera para la atención y los excesivos trámites para las citas, además de las distancias recorridas en el momento de buscar la atención"*[757]*.* En cuanto a la sostenibilidad y flujo de recursos, se precisa que a la par con la evolución de la cobertura "*se ha presentado un aumento considerable de los recursos"*[758]. Entre 2010 y 2018, los recursos destinados a garantizar la afiliación *"crecieron en 68%, y los destinados a reconocer prestaciones no incluidas en el PBS (los recobros) crecieron en 31%"*[759]. En 2018, en "*los dos regímenes se destinaron $ 40,1 billones y para recobros $ 3,5 billones"*[760]*.*

Así, diez años después de la Sentencia T-760 "*se aprecia un cumplimiento medio de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional, destacándose avances importantes en aspectos como la actualización periódica del PBS y su igualación para toda la población, el aumento de la UPC subsidiada para buscar su convergencia con la UPC contributiva, y la afiliación al sistema de casi toda la población del país"*[761]. Se destaca además la consolidación de una cultura sobre el derecho fundamental a la salud, incorporado en la legislación "*mediante la Ley Estatutaria de Salud* [que entró en vigencia en 2015 y que precisamente pretende

[755] Ídem.
[756] Ídem.
[757] Ibídem. pp. 674-675.
[758] Ibídem. pág. 675.
[759] Ídem.
[760] Ídem.
[761] Ídem.

reglamentar el derecho fundamental a la salud], *lo cual se asocia con los aportes de la Sentencia a la construcción de la política pública en salud"*[762]*.*

A pesar de los avances, principalmente en cobertura, "*subsisten hondas preocupaciones en cuanto al acceso y la equidad en la atención, así como atrasos en la generación de información que dé cuenta del goce efectivo del derecho y de varios aspectos relativos a la sostenibilidad"*[763]. Atento a lo anterior, no sería erróneo señalar que la T60-2008 ha sido víctima de su propia ambición transformadora, pues una ejecutoria que pretenda modificar integralmente no a una política en materia de salud, *sino al sistema de salud en su totalidad, inevitablemente se enfrentará a una multiplicidad de factores que retrasen e impidan, al menos gradualmente, su cumplimiento.*

Sin embargo, dicho fallo constituye un hito en el paradigma de protección y acceso a la salud en Colombia y ha permitido un avance importante en las obligaciones estatales que derivan de tal derecho humano, destacándose que permitió vislumbrar que muchos de los problemas deficitarios presupuestales atienden a corrupción y a una falta de optimización y eficiencia del empleo de los recursos. Asimismo, ha conllevado a transformaciones tanto administrativas, como legislativas, destacándose la promulgación de la Ley Estatutaria de Salud, la cual tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que uno de los problemas mayores en el sector salud, era *que su acceso en muchas ocasiones estaba condicionado a la promoción de tutelas.* Al respecto dable colegir que *han existido avances importantes para "desjudicializar" ese sector*. Acorde al informe del 8 marzo de 2019 -informe orden trigésima- presentado por el Ministerio de Salud a la Sala Especial del seguimiento de la sentencia, durante el 2018 fueron atendidas 24, 299, 994 personas, de las cuales *"únicamente el 0.84% tuvo que acudir a la tutela para acceder a los servicios*

[762] Ídem.
[763] Ibídem. pág. 676.

que requerían"[764]*.* De hecho, acorde a una encuesta practicada, el 98% de los usuarios del Régimen Contributivo y el 99.4% de los usuarios del Régimen Subsidiado, *"afirmaron no haber tenido que recurrir a acciones legales para acceder a los servicios de salud que requerían"*[765].

Tabla valorativa del caso.

Sentencia	Elemento objetivo	Elemento subjetivo adjudicatorio	Problema subjetivo supervisorio	Cumplimiento
T-60 de 2008	Las obligaciones **positivas** del Estado de garantizar, de manera progresiva, el derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad. **Fundamento convencional o constitucional:** El artículo 49 de la Constitución Colombiana y el artículo 12 del PIDESCA.	Se **otorgó deferencia a las autoridades** para que sean éstas quienes determinen la forma como pueda superarse los problemas estructurales del sistema de salud pública.	Estuvo **a cargo de la Sala Especial de Seguimiento**, en conjunción **con la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación**	Se **dio cumplimiento parcial a la ejecutoria**, en tanto que, si bien se han realizado avances importantes en aspectos como la actualización periódica del PBS y su igualación para toda la población, el aumento de la UPC subsidiada para buscar su convergencia con la UPC contributiva, y la afiliación al sistema de casi toda la población del país. Lo cierto es que

[764] Ministerio de Salud del Estado de Colombia. "Informe de orden trigésima-Sentencia T60 de 2008". Radicado N° 201911200285891. 8 de marzo de 2019. pág.6.
[765] Ídem.

				subsisten hondas preocupaciones en cuanto al acceso y la equidad en la atención, así como atrasos en la generación de información que dé cuenta del goce efectivo del derecho y de varios aspectos relativos a la sostenibilidad"

7.8. Análisis del caso People's Union for Civil Liberties vs Union of India y otros -Writ petition (civil) N° 196 de 2001-.

Hechos. India ha presenciado periodos de considerable crecimiento económico en las últimas décadas. Pese a ello *"es uno de los países con mayor malnutrición en el mundo, y el estado del sistema de seguridad alimentaria y nutricional sólo puede ser descrito como una falla catastrófica"*[766]. Acorde a un memorando publicado por el Estado de Rajasthan en 1999, el 73.6 % de las comunidades fueron afectadas, en términos de hambruna, por la sequía de ese año[767]. Asimismo, datos nacionales en tal época reportaron *"tasas de malnutrición de casi 50 por ciento de todos los niños en Rajasthan".* Para el tercer año de la sequía, 2001, "*reportes de severa hambruna y muertes famélicas estaban siendo emitidos por todo el Estado"*[768].

Esa situación se vuelve aún más penosa y, ciertamente, contradictoria, si se toma en cuenta el *"superávit en la cantidad de granos para consumo humano que estaban*

[766] Chitalkar, Poovri y Gauri, Varun. *India: Compliance with orders on the right to food*. En *Social Rights Judgements […].* op.cit. .pág. 290.
[767] Ídem.
[768] Idem.

almacenados en los silos de la FCI -Food Corporation of India-*"*[769]*.* De hecho, casi *"50 millones de toneladas de granos quedaron intocados en almacenes de la FCI"*[770]*.* Ello es indicativo de que, el problema de hambruna y las muertes famélicas no se deben meramente a escasez de alimentos, *sino a la ausencia o negligencia de su distribución por parte de las autoridades estatales en la materia.*

Como consecuencia de ello, la organización civil *People's Union for Civil Liberties* -en adelante PCUL-, *elevó una solicitud a la Suprema Corte de la India* -writ of petition- para obligar a que los gobiernos estatales y el gobierno central cumplimentaran con los débitos que le son impuestos legalmente en materia alimenticia. En dicha petición se estipuló que el derecho a la vida consagrado en el precepto 21 de la Constitución de la India, incluye el derecho a la alimentación, tal y como lo sostuvo la propia Suprema Corte en el precedente *Francis Coralie Mullin v. The Administrator,* lo cual significa que el Estado tiene el deber de proveer alimento a personas afectadas por la sequía y por aquellas que no tienen la capacidad de adquirir alimentos -obligación que había sido desacatada por el gobierno-.

En particular, los peticionarios solicitaron que la Corte dictara un *writ of mandamus* -orden judicial para obligar a la autoridad a actuar de una forma determinada- o cualquier otra orden que resultara apropiada para: **(1)** constreñir al gobierno central y estatal que *dieran cabal cumplimiento al Código de Hambruna de Rajasthan de 1962*; **(2)** obligar al gobierno de India y a la FCI para que *liberaran el superávit de granos alimenticios que se encontraban almacenado*s, a fin de ser entregados a las áreas afectadas por la sequía; y **(3)** obligara a todas las autoridades *demandadas a revisar la operabilidad del Public Distribution System* -sistema de seguridad alimentaria, conocido por sus siglas en inglés PDS-, y consecuentemente, "*diseñen un nuevo esquema de distribución pública para lograr una científica y razonable repartición de los granos"*[771]*.*

[769] Birchfield, Lauren y Corsi, Jessica. *Between Starvation and Globalization: Realizing the Right to Food in India.* Michigan Journal of International Law. Vol.31.Issue 4. 2010. pág. 698.
[770] Idem.
[771] Ibídem. 699.

Mediante respuesta de 23 de julio de 2001, la petición fue acordada en sentido favorable por la Suprema Corte y, consecuentemente, el caso "People´s Union vs Union of India y otros" fue oficialmente aperturado, bajo el número de expediente legal *Writ petition (civil) N° 196 de 2001.*

Consideraciones y Decisiones provisionales. A diferencia de los casos examinados anteriormente, el presente asunto tiene la particularidad de que, pese a que la fecha no ha sido dictada sentencia definitiva, lo cierto es que la Suprema Corte *ha emitido más de 40 órdenes provisionales* -interim orders- que han constreñido a las autoridades estatales, en todos los niveles, a dar cabal cumplimiento al derecho a la alimentación en la India. Así, en el presente apartado me ocuparé de analizar las líneas generales que trazó la Corte en materia alimentaria, previo a la orden de 28 de noviembre de 2001 -la más célebre de todas-. Posterior a ello, examinaré las directrices y mandatos de implementación que atañen en forma específica a programas en materia alimentaria[772], conforme a lo establecido en la referida orden y en las subsecuentes.

Consideraciones generales sobre el derecho a la alimentación. En principio, en la primera orden provisional, la Corte señaló que, en caso de hambruna, "*puede haber una carencia de alimentos, pero la situación aquí es que, en su mayoría, existe escasez [distributiva]"*[773]. Una plenitud de alimentos se encuentra disponible, *"pero la distribución de la misma entre los más pobres e indigentes es escasa o inexistente, conllevando a malnutrición, inanición y otros problemas relacionados"*[774].Luego, el deseo de la Corte es que "*los pobres y los indigentes, así como los grupos más vulnerables de la sociedad no sufran de hambre e inanición"*[775].

[772] Por lo que no me ocuparé de analizar los programas que "indirectamente" impactan en la materia alimentaria, como lo es el programa de pensión para adultos mayores [National Old Age Pension Scheme], el programa de beneficios de maternidad [National Maternity Benefit Scheme NMBS] y el programa de beneficios famiiares [National Family Benefit Scheme], simplemente basta dejar por sentado que tales programas también fueron objeto de órdenes provisionales para proteger el derecho a la alimentación

[773] Suprema Corte de India. Caso "People's Union for Civil Liberties vs Union of India y otros -Writ petition (civil) N° 196 de 200-. Orden provisional de 23 de julio de 2001.

[774] Ídem.

[775] Ibídem. Orden provisional de 20 de agosto de 2001.

Siendo que la prevención de tales aflicciones *"es una de las responsabilidades del Gobierno -ya estatal, ya central-. La manera en que ello debe ser asegurado es una cuestión de política pública que es mejor dejarse al gobierno*"[776]. De ahí que, lo que la Corte debe asegurar, es que *"los granos alimenticios que están desbordándose en los depósitos, especialmente en los almacenes de la FCI, en los cuales se encuentran en abundancia, no terminen desperdiciados, tirándose al mar o por ser comidos por las ratas*"[777]. La existencia de meros programas gubernamentales "*sin alguna implementación, carecen de toda utilidad"*[778]*.* Lo que es relevante es que *"la comida llegue a los hambrientos"*[779]*.*

Posteriormente, la Corte sostuvo que el precepto 21 de la Constitución protege el derecho de toda persona a vivir con dignidad. De ahí que *"¿No estaría en peligro la existencia misma de la vida de aquellas familias que están por debajo del umbral de la pobreza por falta de programas [alimentarios] apropiados y su implementación, para proporcionar la ayuda necesaria a tales familias?"*[780]*.* Consecuentemente es el débito de *"cada Estados/Territorios de la Unión prevenir las muertes derivadas de inanición o malnutrición*"[781]. De ahí que, si ocurre una muerte por inanición *"la Corte podría justificadamente presumir que las órdenes no han sido implementadas y que los Secretarios Jefes*[782] *[…] podrían ser imputados por ello"*[783]*.*

Asimismo, la Corte sostuvo que los *Gram Sabhas*[784] *se* encontraban facultados para *"conducir una auditoria social sobre todos los programas alimentarios/empleo y reportar todas las instancias sobre uso indebido de recursos a las respectivas*

[776] Ídem.
[777] Ídem.
[778] Ídem.
[779] Ídem.
[780] Ibídem. Orden provisional. 2 de mayo e 2003.
[781] Ibídem. Orden provisional. 29 de Octubre de 2002.
[782] Puestos de mayor jerarquía en la administración pública.
[783] Suprema Corte de India. Caso People's Union for Civil Liberties vs Union of India y otros -Writ petition (civil) N° 196 de 200-. Orden provisional. 29 de Octubre de 2002.
[784] Sistema de autogobierno local formalizado en la India a nivel de pueblo o pueblo pequeño.

autoridades encargadas de su implementación, las cuales al recibir tales denuncias, deben investigar y tomar las acciones apropiadas conforme a la ley"[785]*.*

Consideraciones sobre programas específicos. Una vez precisado lo anterior, la Corte realizó diversas observaciones y mandatos específicos respecto *a la manera en que deben de conducirse e implementarse los programas existentes en materia alimenticia, a fin de salvaguardar el derecho a la alimentación, así como los débitos que debían de colmar cada una de las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias.*

Al hacer esto, la Suprema Corte no sólo sostuvo que "*programas gubernamentales alimentarios específicos constituían derechos legales bajo el derecho constitucional a la alimentación, estableciendo en detalle los niveles mínimos de locación de granos y nutrientes suplementarios para los pobres en la India, sino que también explicó cómo es que estos programas gubernamentales debían ser implementados"*[786]*.*

En otras palabras, ello implicó que el sistema de seguridad alimentario fue establecido y caracterizado como un verdadero derecho *"y no como asistencia social o un mero principio moral que guíe al gobierno"*[787]*.* Cuando el derecho a la alimentación se protege, legalmente, como un beneficio constitucional *"la opción del gobierno de retroceder en aquellos programas designados para cumplimentar con el derecho a la alimentación, desparece"*[788]*.*

De hecho, en la orden provisional de 27 de abril de 2004, la Corte mandato que, hasta que se emita la sentencia "*ningún programa analizado por las órdenes emitidas por esta Corte […] podrá ser descontinuado o restringido de ninguna manera, sin previa aprobación de esta Corte. En otras palabras, ello significa que,*

---

[785] Suprema Corte de India. Caso People's Union for Civil Liberties vs Union of India y otros -Writ petition (civil) N° 196 de 200-. Orden provisional. 8 de mayo de 2002.
[786] Birchfield, Lauren y Corsi, Jessica. *Between Starvation and Globalization […]. op.cit. pág.693.*
[787] Chitalkar, Poovri y Gauri, Varun. *India: Compliance with orders on the right to food*.. En *Social Rights Judgements […].* op.cit. .pág. 297.
[788] Birchfield, Lauren y Corsi, Jessica. *"The Right to Life Is the Right to Food: People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Others".* Human Rights Brief 17, no. 3 (2010). pág. 16.

hasta que se ordene lo contrario, los programas deberán continuar operando y beneficiando a todos aquellos que se encuentran cubiertos por los mismos"[789]*.* A continuación se expresan las consideraciones y órdenes provisionales atinentes a programas alimenticios específicos analizados por la Suprema Corte en las órdenes provisionales.

Consideraciones sobre el programa PDS. El *Public Distribution System* -sistema de seguridad alimentaria, conocido por sus siglas en inglés PDS-, es un programa para distribuir granos y otros insumos básicos a precios subsidiados mediante "tiendas de precio justo". En 1997 el programa fue modificado para que se expidiesen tarjetas a los hogares "debajo de la línea de pobreza -BPL por sus siglas en inglés-" así como hogares "arriba de la línea de pobreza -APL por sus siglas en inglés-, a fin de comprar ciertas cantidades de grano, con el precio subsidiado respectivo que corresponda[790].

Respecto a dicho esquema alimentario, desde la primera orden provisional de 23 de julio de 2001, la Suprema Corte ordenó a los Estados que *"verifiquen que todas las tiendas PDS, en caso de estar cerradas, se reaperturen y empiecen a funcionar dentro de una semana a partir de hoy, con los suministros regulares"[791].*

Asimismo, en la célebre orden provisional de 28 de noviembre del año en cita, la Corte estableció los siguientes mandatos: **(I)** si alguno de los Estados identifica que no se ha dado cabal cumplimiento a la asignación de granos respecto al programa, el Estado -gobierno central y estatales- "*debe hacer lo necesario para tal débito que sea acatado"[792]*; **(II)** los Estados se encuentran obligados "*a completar la identificación de las familias que estén debajo de la línea de pobreza [BPL]"[793]*, emitiendo las tarjetas respectivas *y "comenzar con la distribución de 25 kg de granos por familia al mes"[794]*, a partir del 1 de enero de 2002; y **(III)** El gobierno de Delhi debe

[789] Suprema Corte la India. Caso "People's Union for Civil Liberties vs Union of India y otros -Writ petition (civil) N° 196 de 200-. Orden provisional de 23 de julio de 2001

[790] Right to Food Campaign. "*Supreme Court orders on the right to food: A Tool for Action"*. Right to Food Campaign Publisher. Segunda Edición. Agosto 2008. India. pág.18.

[791] Suprema Corte la India. Caso "People's Union for Civil Liberties vs Union of India y otros -Writ petition (civil) N° 196 de 200-. Orden provisional de 23 de julio de 2001.

[792] Ibídem. Orden provisional de 28 de noviembre de 2001.

[793] Ídem

[794] ídem

asegurarse que "*los formatos de aplicación para dicho programa se pongan a disposición del público en forma gratuita y se entreguen sin costo"*[795], así como implementar un mecanismo efecto para asegurar medidas de reparación expeditas y efectivas de quejas. Aunado a lo anterior, la Corte ordenó que "*debe otorgarse amplia publicidad [al programa PDS] a fin de que las familias BPL sean conscientes de sus beneficios*"[796].

Por otra parte, la Corte estableció que las licencias de distribuidores de PDS y dueños de las tiendas PDS deberían de ser canceladas si: **(I)** no mantienen sus tiendas *"abiertas durante todo el mes y en el horario estipulado"*[797]*;* **(II)** no proveen granos las familias BPL "*estrictamente a precios BPL y no mayores"*[798]*;* **(III)** se quedan *"con las tarjetas de los hogares BPL"*[799]*;* **(IV)** realizan "*falsos registros en las tarjetas BPL"*[800]; y **(V)** toman parte en *"el mercado negro o sustraigan los granos para ser colocados en el mercado y entregan tales raciones a dichas personas/organizaciones"*[801]*.*

Asimismo, la Corte estableció un Comité de Vigilancia Central para investigar los problemas que afectan el recto funcionamiento de tal programa, así como las medidas remediales respectivas. Para ello, la Corte señaló que el Comité debería, entre otras cuestiones, enfocarse en: **(I)** la manera en que se elijan a los distribuidores PDS; **(II)** la comisión idónea que debe pagarse al distribuidor; **(III)** las modalidades que pueden adoptarse para el mejor funcionamiento del Comité; y **(IV)** las formas en que se puede lograr un ejercicio transparente en el inventario de comida que es vendido en las tiendas[802].

Consideraciones sobre el programa AAY. El programa Antyodaya Anna Yojana - conocido por sus siglas AAY- fue implementado en el año 2000 para brindar asistencia

[795] ídem
[796] Ibídem. Orden provisional de 2 de mayo de 2003.
[797] Ibídem. Orden provisional de 2 de mayo de 2003
[798] ídem
[799] ídem
[800] ídem
[801] ídem
[802] Ibídem. Orden provisional de12 de julio de 2006.

alimentaria especial para familias indigentes. A estas familias se les da una tarjeta especial de racionamiento -tarjeta Antyodaya- y tienen derecho a comprar granos a precios sumamente subsidiados. Al respecto, es importante precisar que *las órdenes relacionadas al PDS también resultan aplicables, en tanto el programa AAY, de hecho, es un componente de aquél*[803].

Luego entonces, la primera orden provisional de 23 de julio de 2001, en donde la Corte ordenó que, *se abrieran todas las tiendas PDS que se encontrasen cerradas, benefició directamente al programa AAY*. Asimismo, en la célebre orden provisional de 28 de noviembre del año en cita, la Corte estableció los siguientes mandatos específicos: **(I)** si alguno de los Estados identifica que no se ha dado cabal cumplimiento a la asignación de granos respecto al programa AYY, el Estado -gobierno central y estatales- "*debe hacer lo necesario para tal débito que sea acatado"*[804]; **(II)** los Estados y Territorios de la Unión deben *"completar la identificación de los beneficiarios, la expedición de las tarjetas y la distribución del grano bajo este esquema, a más tardar el 1 de enero de 2002*"[805]; y **(III)** en tanto se advierte que algunos de los beneficiaros se encuentran incapacitados de adquirir el grano por cuestiones de extrema pobreza, el gobierno central, los Estados y los Territorios de la Unión, en tales casos, deben *"considerar entregar la cuota [de grano] gratuitamente"*[806].

Por otra parte, la Corte consideró que existen diversos sectores de la población que serían elegibles para obtener una tarjeta AYY. En ese sentido, se instruyó al gobierno de la India a que *incluyera dentro del programa a los siguientes grupos*[807]: **(I)** personas mayores, discapacitadas, indigentes, así como mujeres embarazadas y lactantes; **(II)** viudas y otras mujeres solteras que carezcan de soporte económico; **(III)** personas de 60 o más años que carezcan de medios de subsistencia; **(IV)** hogares que cuenten con un adulto con discapacidad que carezca de medios de

---

803 Right to Food Campaign. *Supreme Court orders […].* op.cit. pág.23.
804 Suprema Corte la India. Caso People's Union for Civil Liberties vs Union of India y otros -Writ petition (civil) N° 196 de 200-. Orden provisional de 28 de noviembre de 2001.
805 Ídem
806 Ídem
807 Ibídem. Orden provisional de 2 de mayo de 2003.

subsistencia; **(V)** hogares donde, debido a edad avanzada, carencia de salud física o mental, necesidad de atender a una persona con discapacidad, o por alguna otra razón, ningún adulto esté en posibilidad de conseguir empleo fuera del hogar; y **(VI)** a las tribus del país.

En tanto contar con una tarjeta BPL es innecesaria para ser elegible para el diverso programa de AYY, la Corte instruyó al Gobierno central a que emitiera los lineamientos para esos efectos[808]. Asimismo, instruyó el gobierno a que "*acelerara la expedición de las tarjetas de Antyodaya a tribus primales"*[809], y que emitiera los lineamientos que deberían ser implementados para ello.

Por otra parte, en 2004 se ordenó a los gobiernos estatales que culminaran con la identificación de hogares AAY y la distribución de las tarjetas respectivas *"a finales de año"*[810] y que iniciaran en forma inmediata con la distribución de los granos bajo tal esquema. A más, se mandató que los titulares de las tarjetas AAY "*no deberían ser obligados a pagar, directa o indirectamente, ningún monto adicional al que les corresponde pagar por el suministro obtenido"*[811].

Consideraciones sobre el programa MDMS. El programa escolar de comidas de medio día -Mid-Day Meals Scheme, mejor conocido por sus siglas en inglés MDMS-, fue establecido en 1995 para mejorar el estado nutricional de los niños en edad escolar. Sin embargo, dicho programa fue *"pobremente implementado, alcanzando sólo a un puñado de Estados en todo el territorio*"[812]. Peor aún, el programa "*sólo proporcionaba granos sin cocer, en lugar de una comida nutricionalmente balanceada"*[813].

En la célebre orden provisional de 28 de noviembre de 2001, la Corte estableció los siguientes mandatos específicos: **(I)** si alguno de los Estados identifica que no se ha dado cabal cumplimiento al programa, el Estado -gobierno central y estatales- debe

[808] Ibídem. Orden provisional de 20 de Abril 2004
[809] Ídem.
[810] Ibídem. Orden provisional de 17 de octubre de 2004
[811] Ídem
[812] Birchfield, Lauren y Corsi, Jessica. *The Right to Life Is the Right to Food […].*op.cit.pág. 17.
[813] Ídem

hacer lo necesario para lograr tal acatamiento[814]; **(II)** los Estados y Territorios de la Unión deben *"implementar el programa de comidas de medio día brindando a cada niño, en cada primaria pública y demás escuelas primarias asistidas por el gobierno, una comida preparada a medio día que cuente con un mínimo de contenido de 300 calorías y 8-12 gramos de proteína, cada día de escuela por un mínimo de 200 días""*[815]*;* **(III)** aquellos gobiernos que proporcionen raciones crudas en lugar de comidas preparadas, "*deben dentro de tres meses empezar a proporcionar alimentos cocinados en todas las primarias gubernamentales y asistidas por el gobierno, en la mitad de los distritos estatales -en orden de pobreza- y deben, dentro de un periodo subsecuente de tres meses, extender la provisión de comidas preparadas a las partes restantes del Estado"*[816]*;* y **(IV)** la Unión y la FCI deben asegurar la provisión en tiempo de los granos empleados para el programa, los cuales en promedio, deben contar con una *"calidad adecuada -fair quality-"*[817]. Los Estados, Territorios de la Unión y la FCI deben realizar una inspección conjunta de los granos alimenticios para determinar su calidad.

Eso mandatos fueron secundados en diversa orden de 2004, en donde la Corte, a fin de acelerar la implementación del programa MDMS, instruyó en lo que interesa lo siguiente[818]: **(I)** todos los Estados y Territorios de la Unión que no hubiesen cumplido en su totalidad con la orden de 28 de noviembre de 2001, "*deben cumplir plenamente con tales directrices […] a más tardar el 1ro de septiembre de 2004";* **(II)** la comida "*debe ser proporcionada sin costo alguno. Para la comida no debe ser recolectado dinero de parte de los padres o los niños bajo ninguna circunstancia";* **(III)** en las zonas afectadas por la sequía, las comidas de medio día *"deben ser proporcionadas incluso durante las vacaciones de verano";* **(IV)** el Gobierno central debe tomar las medidas para la construcción de "naves de cocinas" -kitchen sheds-,

[814] Suprema Corte la India. Caso People's Union for Civil Liberties vs Union of India y otros -Writ petition (civil) N° 196 de 200-. Orden provisional de 28 de noviembre de 2001.
[815] Ídem
[816] Ídem
[817] Ídem
[818] Ibídem. Orden provisional de 20 de abril de 2004.

así como contribuir a los costes de cocinar; y **(V)** deben realizarse esfuerzos para *"mejorar la infraestructura y servicios -consumo de agua potable, etc-".*

En seguimiento a esa orden, la Corte advirtió que habían existido algunos progresos importantes por parte de las autoridades estatales, sin embargo, acorde a diversos informes que le fueron presentados, instruyó que "*cada niño elegible para una comida preparada bajo el programa de comidas de medio día en todos los Estados y Territorios de la Unión, le sea proporcionada dicha comida inmediatamente y, en cualquier caso, a más tardar al mes de enero, 2005"*[819]*.*

Consideraciones sobre el programa ICDS. El programa Integral de Servicios para el Desarrollo de los Niños -Integrated Child Development Services, mejor conocido como ICDS por sus siglas-, inició en 1975 y brinda alimentos, educación preescolar, atención primaria de salud, inmunización, control de salud y servicios de derivación a niños menores de 6 años y a sus madres. Los alimentos son proporcionados a los niños a través de los Centros Angawadi -AWCS por sus siglas en inglés-. Las leyes del gobierno de India establecen que debe establecerse un centro AWCS "*por cada mil habitantes"*[820]*.* Es por ello, que el programa ICDS "*tal vez es el más grande de todos los programas de suplemento alimenticio en el mundo"*[821]*.*

Al respecto, en la célebre orden provisional de 28 de noviembre de 2001, la Corte instruyó a los gobiernos de los Estados y de los Territorios de la Unión para implementar en forma plena el programa ICDS y asegurar que cada centro de ICDS en el país otorgue[822]: **(I)** a cada niño de hasta 6 años "*300 calorías y 8-10 gramos de proteína"*; **(II)** a cada niña adolescente "*500 calorías y 20-25 gramos de proteína";* **(III)** a cada mujer embarazada y madre lactante "*500 calorías y 20-25 gramos de proteína";* **(IV)** cada menor malnutrido "*600 calorías y 16-20 gramos de proteína*"; y **(V)** tener un centro de ICDS *"en cada poblado".*

[819] Ibídem. Orden provisional de 17 de octubre de 2004.
[820] Ibídem. Orden provisional de 7 de octubre de 2004.
[821] Ibídem. Orden provisional de 29 de abril de 2004.
[822] Ibídem. Orden provisional de 28 de noviembre de 2001.

En seguimiento a tales mandatos, la Corte emitió una primera orden provisional en 2004[823] donde instruyó al Gobierno de la India a emitir una declaración jurada en donde estableciere "*el periodo dentro del cual propone incrementar el número de AWCS"*. Asimismo, la Corte advirtió que el coste de cada alimento proporcionado a los menores era de una rupia, de ahí que "*el Gobierno de la India debería considerar la revisión de la norma de una rupia e incorporar sus sugerencias en la declaración*". Por otra parte, señaló que los AWCS que ya estuviesen sancionados, "*deben estar operando plenamente para el 30 de junio, 2004*". Finalmente, dichos centros deben proporcionar *"alimentos/suplementos nutricionales a los niños, las adolescentes y las mujeres embarazadas y lactantes, bajo este programa, 300 días al año".*

Luego, en una subsecuente orden de 2004, la Corte instruyó a los Estados y Territorios de la Unión, entre otras cuestiones, lo siguiente[824]: **(I)** deben subir a su página web toda la información del programa ICDS, incluyendo dónde existen AWCS operando, número de beneficiarios y los recursos asignados; **(II)** deben usar el fondo del programa PMGY en adición al diverso ICDS y no como sustituto la asignación presupuestaria; **(III)** deben asignar fondos al ICDS bajo el esquema de una norma por niño al día, 100 beneficiarios por AWCS y 300 días de operación al año; **(IV)** BPL no debe emplearse como criterio de elegibilidad de ICDS; **(V)** los programas y proyectos ya sancionados deben operar bajo los anteriores criterios; **(VI)** deben emplear la totalidad de los recursos asignados para ICDS y, bajo ninguna circunstancia, los mismos deben ser desviados o bien retornados al Gobierno central; y **(VII)** deben asegurarse que todos los recursos asignados sean sancionados a tiempo, a fin de que no haya ninguna afectación en la alimentación de los niños.

Finalmente, en el 2006 la Corte emitió una resolución que se ha caracterizado como punto de referencia para el entendimiento y transformación de este programa, sobre todo al mandatar su "universalización con calidad". En esa determinación, se ordenó, en lo que interesa, lo siguiente[825]: **(I)** el gobierno de la India debe sancionar

[823] Ibídem. Orden provisional de 29 de abril de 2004.
[824] Ibídem. Orden provisional de 7 de octubre de 2004.
[825] Ibídem. Decisión de 13 de diciembre de 2006.

y operar un mínimo de 14 *lakh*[826] AWCS -equivalen a 1,400,000- desde este momento y hasta diciembre de 2008; **(II)** el gobierno debe asegurar que las normas poblacionales para abrir AWCS no sean modificadas bajo ninguna circunstancia. Empero, al mantener el límite máximo de un AWCS por cada 1000 habitantes, el límite mínimo de 300 personas para abrir un nuevo centro debería ser valorado; **(III)** los habitantes comunidades rurales y asentamientos informales -slums- deberían tener acceso a "Angawadis bajo demanda" a más tardar dentro de tres meses a partir de que un determinado asentamiento tenga al menos 40 niños menores de 6 años y carezca de Angawadis; y **(IV)** la universalización del ICDS implica extender todos los servicios -suplementos nutritivos, monitoreo de crecimiento, educación nutrimental y de salud, inmunización y educación prescolar-, para cada niño menor de 6 años, para todas las mujeres embarazadas o lactantes y para todas las mujeres adolescentes.

Asimismo, se establecieron los siguientes mandatos presupuestales para todos los niveles de gobierno[827], en el sentido de asignar y emplear: **(I)** al menos 2 rupias diarias por niño para suplementos nutricionales -de los cuales el gobierno central aportará una rupia-; **(II)** al menos 2.70 rupias diarias por cada niño severamente malnutrido, para brindar suplementos nutricionales -de los cuales el gobierno central aportará 1.35 rupias-; y **(III)** al menos 2.30 rupias diarias por cada mujer adolescente, embarazada o madre lactante, para brindar suplementos nutricionales -de los cuales el gobierno central aportará 1.15 rupias-.

Cumplimiento de las órdenes provisionales. Como se ha expuesto, a diferencia de otros casos, el presente no se basa en una única decisión judicial, sino que una serie, bastante extensa, de órdenes provisionales son dictadas y*, a su vez, su adecuado cumplimiento es revisado por la Corte, previo a que se emita la sentencia fina*l. Es por ello que se ha descrito a este proceso como un "*continuumm*

[826] Un lakh es una unidad en el sistema numérico indio usado con amplitud tanto oficialmente como en otros contextos en Bangladés, Bután, India, Myanmar, Nepal, Pakistán y Sri Lanka. *Un lakh equivale a cien mil*.
[827] Suprema Corte la India. Caso People's Union for Civil Liberties vs Union of India y otros -Writ petition (civil) N° 196 de 200-. Decisión de 13 de diciembre de 2006

mandamus", de hecho, el caso se establece *"como uno de los mandamus más largos de su tipo"*[828].

Precisamente, el cúmulo de órdenes provisionales es lo que llevó al otrora Relator Especial de la ONU sobre el derecho a la alimentación, Oliver De Schutter, a afirmar que *"hasta la fecha, este es el caso más espectacular de protección del derecho a la alimentación por parte de un tribunal"*[829]. En efecto, el presente caso es *"ampliamente percibido como un éxito notable en la historia del litigio de derechos económicos y sociales en la India"*[830]. Como aducen Birchfield y Corsi el caso PUCL no sólo es notable legal y políticamente, sino que *"resulta extraordinario por los tangibles y continuamente crecientes efectos positivos que ha tenido en las vidas de los pobres y los hambrientos"*[831]. Así, el presente caso *"se erige como una de los pocas instancias efectivas de adjudicación nacional del derecho a la alimentación, a pesar de las crisis globales alimenticias, financieras y ambientales"*[832].

Respecto al cumplimiento de las órdenes provisionales, Chitalkar y Gauri que del estudio de éstas se desprenden los siguientes resultados claves[833]: **(I)** primero, existe una variación significativa entre el nivel de cumplimiento de las diversas órdenes de la Corte -mientras que se reportan altos niveles de cumplimiento en el programa de MMDS, otros programas como el PDS encuentran diversos obstáculos-; **(II)** segundo, existe una considerable variación entre los distintos Estados respecto al cumplimiento de las órdenes -ausencia de uniformidad estatal-; y **(III)** tercero, y tal vez el indicador más importante para valorar el cumplimiento, es que "*existe un patrón de mejora, tanto en la implementación de los programas, como en la comunicación entre los Comisionados y los gobiernos estatales, con el paso del tiempo"* -por ejemplo, en el 2003 sólo 16 de los 33 Estados y territorios habían implementado el programa MMDS bajo los términos ordenados por la Corte, pero para el 2004 el número había incrementado a 23-.

---

828 Birchfield, Lauren y Corsi, Jessica.*"The Right to Life Is the Right to Food […].*op.cit.pág. 15.
829 ONU. Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Olivier De Schutter. *El derecho a la alimentación*. 7 de agosto de 2013. A/68/288. párr.23
830 Chitalkar, Poorvi y Gauri, Varun. En *Social Rights Judgements […].* op.cit. .pág. 290.
831 Birchfield, Lauren y Corsi, Jessica. *The Right to Life Is the Right to Food […].*op.cit.pág. 17
832 Birchfield, Lauren y Corsi, Jessica. *Between Starvation and Globalization […]. op.cit. págs.693-694.*
833 Chitalkar, Poorvi y Gauri, Varun. En *Social Rights Judgements […].* op.cit. .págs. 299-300-

De hecho, el programa de MDMS "*es una evidencia del éxito en la implementación de las órdenes de la Corte, resultando en un impacto positivo*"[834]. En efecto, el "*éxito en el programa de comidas de medio día de la india es una excelente ejemplo del poder y utilidad del caso PUCL*"[835]. Como se ha expuesto, el programa era pobremente implementado y, en su caso, se otorgaban granos crudos a los niños en las escuelas primarias, en lugar de una comida nutritiva. Empero, las órdenes provisionales -en especial de la de 28 de noviembre de 2001-, *"galvanizaron la provisión mandatoria de comidas preparadas en las escuelas operadas por el gobierno por en todo el país […] Las órdenes provisionales de la Corte […] revirtieron completamente la no implementación del MDMS"*[836].

En un estudio sobre el impacto del litigio en DESCA, se evidenció que derivado las órdenes provisionales en materia MDMS tuvieron como resultado que se pudiesen "*incorporar 2, 475, 000 niñas a las escuelas, entre 2001 y 2006, cuya mayoría se encontraba en estado de vulnerabilidad*" -el acceder a alimentos preparados, fue un fuerte incentivo para que los padres mandaran a sus hijas a la escuela-[837]. Asimismo, el programa *"incrementó el consumo calórico, proteínico y carbohidratico, entre sus destinatarios, en un 49 a 100 por ciento -dependiendo del micronutriente y especificación econométrica usada-"*[838]. Finalmente, dicho estudio estima que, derivado de las órdenes provisionales de la Corte, el programa "*benefició alrededor de 60.8 millones de niños entre el 2001 y 2006"*[839].

Asimismo, tal vez el ejemplo más destacado de cómo el caso PUCL ha transformado la protección del derecho a la alimentación en la India, estriba en el hecho de que el 5 de julio de 2013, el Gobierno aprobó la *Ordenanza Nacional de Seguridad Alimentaria,* sobre la base de un proyecto de ley presentado inicialmente en 2011. Esta nueva legislación tiene por objeto asegurar el acceso a alimentos "*durante todo el ciclo de vida de dos tercios de la población de la India, mediante*

---

[834] Ibídem.pág. 300.
[835] Birchfield, Lauren y Corsi, Jessica. *The Right to Life Is the Right to Food […].*op.cit.pág. 17.
[836] Ídem.
[837] Chitalkar, Poorvi y Gauri, Varun. En *Social Rights Judgements […].* op.cit. .pág. 300.
[838] Ídem.
[839] Ídem.

una combinación de programas que en lo sucesivo se considerarán derechos protegidos jurídicamente, que hacen poco plausible su supresión aun cuando los vientos políticos cambien de dirección"[840]*.* Acorde al otrora relator de la ONU Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Olivier De Schutter, "*las disposiciones que garantizan la transparencia y la rendición de cuentas en la ejecución de los programas son especialmente dignas de mención"*[841]*.*

En suma, "*tanto en términos de implementación de las decisiones gubernamentales, como también en el impacto más amplio de generar el reconocimiento del derecho a la alimentación, el litigio [PUCL] ha generado una contribución positiva*"[842]. Es por ello que, incluso, se ha aducido que el impacto del caso PUCL se extiende más allá de la India, pues actualmente *"se erige como un modelo para los demás estados que están tratando de concebir e implementar la seguridad alimentaria como un derecho humano"*[843]. La realización del derecho a la alimentación en la India, ofrece *"un paradigma de cómo las iniciativas legales, políticas y de la sociedad civil pueden colaborar para impulsar hacia adelante dicha agenda"*[844]*.*

Finalmente, el éxito en la implementación de las órdenes provisionales de la Suprema Corte, se ha imputado, entre otras cuestiones, al hecho de que la Corte *haya designado dos Comisionados especiales* encargados de supervisar el acatamiento de las autoridades -mediante la orden provisional de 8 de mayo de 2002-. En efecto, para lograr ese objetivo, la Comisión colecta, coteja y analiza la data del gobierno central y de los estados referidas a los programas alimentarios y, posteriormente, dialogan con las autoridades gubernamentales para atender los problemas de implementación respectivos. Asimismo, la Comisión emite reportes en los cuales se plasman sus observaciones respecto al cumplimiento de las órdenes provisionales.

---

[840] ONU. Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Olivier De Schutter. *El derecho a la alimentación*. 7 de agosto de 2013. A/68/288. párr.24.
[841] Ídem.
[842] Chitalkar, Poorvi y Gauri, Varun. En *Social Rights Judgements […].* op.cit. .pág. 301.
[843] Birchfield, Lauren y Corsi, Jessica. *Between Starvation and Globalization […]..* op.cit. pág.763.
[844] Ídem.

Aunado a lo anterior, los Comisionados "*han servido también como un puente entre la Corte, la sociedad civil y el gobierno central y de los Estados, y al realizar esa función también han ayudado a construir una red de aliados que han contribuido aún más en el efectivo acatamiento de las decisiones*"[845]. Así, la efectividad de los Comisionados se debe a sus relaciones diplomáticas con las autoridades, pues la Comisión ha buscado *"líneas de comunicación para alentar la implementación estatal y proponer modificaciones a las políticas alimentarias […] El trabajo de la Comisión se encuentra ampliamente enfocado en construir relaciones con agentes estatales y emplear esas asociaciones exitosamente para resolver quejas y fomentar la implementación de las órdenes de la Corte"*[846].

En adición a lo anterior, Chitalkar y Gauri coligen que el éxito en el cumplimiento de las órdenes de la Corte se deriva de los siguientes factores[847]: **(I)** las decisiones de la Corte no fueron ambiguas ni abstractas, sino concretas y claras, aunado a que no adoptó una sentencia definitiva, sino que permitió que el litigio se continuara desarrollándose a través de órdenes provisionales; **(II)** la Corte trabajó en colaboración con aliados claves en la sociedad civil, *la relación triangular entre el caso, los comisionados y la campaña [PUCL] contribuyó considerablemente en la implementación de las órdenes de la Corte*; **(III)** la opinión pública sobre la crisis alimentaria fue potencializada, visibilizada y orientada hacia la protección del derecho a la salud; y **(IV)** finalmente, el clima político en la India, al momento del inicio y desarrollo del litigio, tuvo un efecto importante para hacer del derecho a la alimentación una prioridad.

Tabla valorativa del caso.

Sentencia	Elemento objetivo	Elemento subjetivo adjudicatorio	Elemento subjetivo supervisorio	Cumplimiento

[845] Chitalkar, Poorvi y Gauri, Varun. En *Social Rights Judgements […].* op.cit. .pág. 303.
[846] Birchfield, Lauren y Corsi, Jessica. Between Starvation and Globalization […]. op.cit. pág.763.
[847] Chitalkar, Poorvi y Gauri, Varun. En *Social Rights Judgements […].* op.cit. .págs. 306-307..

People's Union for Civil Liberties vs Union of India y otros -Writ petition (civil) N° 196 de 2001-.	Las obligaciones **positivas** del Estado de garantizar el derecho a la alimentación. **Fundamento convencional o constitucional:** Los artículos 21 y 47 de la Constitución de la India -en interpretación judicial, en el sentido de que, el derecho a la vida digna, incluye el derecho a a la alimentación-.	Los diseños remediales fueron múltiples y variados, acorde a cada programa específico. En algunos, **se otorgó deferencia** a las autoridades para que determinaran cómo corregir los problemas en la implementación y diseño de los programas. En otros, simplemente **se ordenó que se cumpliesen con los requisitos previstos en ley, respecto a la operabilidad de los programas.**	Existió un seguimiento múltiple. En principio, la **tarea se designó expresamente a los Comisionados.** Asimismo, **se permitió a los Gram Sabhas** para conducir una auditoria social sobre todos los programas alimentarios y presentar denuncias. Tercero, **existió, a través de la Comisión, un vínculo de comunicación y monitoreo de organizaciones sociales y con las propias autoridades**.	Aunque existen niveles diferenciados en el cumplimiento de las órdenes provisionales, atendiendo al programa de que se trate, es dable colegir que **se dio cumplimiento a las órdenes provisionales, en tanto la implementación de los programas alimentarios tuvieron transformaciones positivas en el goce del derecho a la alimentación.**

7.9. Análisis del caso Mendoza, Beatriz Silva y otros vs Estado Nacional y otros.

Hechos. La cuenca Matanza-Riachuelo se encuentra localizada en parte de la ciudad de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires -compuesta por 14 municipios-. Se estima que más de 3 millones de personas viven en el área de la referida cuenca, siendo que la mayoría de ellos "*se encuentra por debajo de la línea de la pobreza y vive en condiciones de insalubridad"*[848]*.* Aproximadamente *"el 25 % de los habitantes de la CMR [cuenca matanza-riachuelo] no posee provisión de agua potable y el 43 % no posee red cloacal".* Aunado a ello, existe una importante presencia de establecimientos industriales -más de 10,000-[849], lo cual ha abonado a la insalubridad y contaminación de dicha área.

En ese contexto, en el año 2002 un grupo de 17 vecinos residentes en el área referida, promovieron demanda ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como 44 empresas, reclamando daños y perjuicios *derivado de la contaminación que presenta la cuenca.*

Al efecto, los demandantes refirieron que: **(I)** entre las fuentes de contaminación se destacan las industrias que vierten, sin depuración al río y al suelo, los líquidos que utilizan, conjuntamente con residuos sólidos tóxicos y peligrosos; **(II)** el río en su parte media está fuertemente contaminado, pero en su parte inferior y zona portuaria está altamente contaminado, -ya que contiene un grado muy elevado de metales pesados y compuestos orgánicos, con fuerte presencia de hidrocarburos totales y pesticidas "organoclorados"-; y **(III)** a todo ello se agrega la inexistencia de sistemas cloacales y la consiguiente vertiente en el río de los desechos correspondientes, como así también de desperdicios de todo orden provenientes de basurales inadecuados.

[848] Crimer A, Pablo. *Importando CERCLA a Argentina: el saneamiento del riachuelo como un caso de derechos destabilizadores.* Revista de Derecho Ambiental de la Universidad Palermo. Año N°1. Mayo de 2012. Pág.168.
[849] Idem.

Luego, los promoventes, en sus pretensiones, adujeron dos tipos de reclamaciones: **(I)** el resarcimiento de la lesión de bienes materiales e inmateriales individuales que sufren como consecuencia indirecta de la agresión al ambiente[850]; y **(II)** la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente y la recomposición de éste -dentro de las cuales se exige la imposición de medidas cautelares de protección al ambiente y el resarcimiento de la cuenca-.

La causa fue admitida por la Suprema Corte, registrándose al efecto con el número de expediente M. 1569. XL, bajo la causa "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)".

Consideraciones y decisiones. Al igual que en el caso PUCL, el presente asunto de la Corte Argentina no se encuentra circunscrito a una única resolución o sentencia final, sino que se encuentra compuesto por un cúmulo de fallos -más de 30- que se han dictado desde 2006. En efecto, la Corte no buscó establecer una única solución a la remediación de la cuenca, en otras palabras, *"no intentó establecer por sí misma un modelo completo de planeamiento, dirección y control. En vez de condenar a los Estados demandados a cumplir con ciertas obligaciones concretas, procedió a establecer algunos criterios generales y luego los obligo a cumplir con ellos"*[851].

Así, como aducen Sigal, Rossi y Morales, la Suprema Corte *"decidió establecer un criterio de seguimiento al definir mecanismos de evaluación y supervisión continuos para las medidas adoptadas y sus impactos"*[852]. El proceso de constante implementación *"fue apoyado por llamados continuos a realizar audiencias públicas,*

[850] Gastos por tratamientos médicos, gastos por nueva radicación, daño moral, daño psíquico sufrido por madres y padres y sus hijos, el daño futuro comprensivo de los gastos que habrá que realizar, según sostienen, para liberar a los niños de la contaminación que portan en su organismo y la pérdida del valor locativo de los inmuebles que habitan según los casos
[851] Crimer A, Pablo. *Importando CERCLA a Argentina […].* op.cit. pág.174.
[852] Sigal, Martín, Rossi, Julieta y Morales, Diego. *Argentina: Implementation of Collective Cases.* En *Social Rights Judgements […].* op.cit. .pág. 164.

ya sea ante el juez encargado de la ejecución de la decisión o ante la Suprema Corte"[853].

En adición a ello, la Suprema Corte *"introdujo un mecanismo de implementación ad-hoc, así como un sistema especial para apelaciones relacionadas con cada uno de los problemas emergentes del proceso de implementación*"[854]. Esto es, como aduce Garaventa, la importancia del presente caso no sólo radica en la trascendencia ambiental del litigio mismo, sino en que en esta causa la Suprema Corte *"parece decirnos que ha establecido -a partir de ella- un nuevo tipo de proceso"[855].* Así, la causa realizó una aportación importante a la construcción jurisprudencial del Derecho ambiental, "*marcando un hito trascendente en su proceso evolutivo con el tratamiento particularizado por el máximo Tribunal del país del proceso colectivo ambiental[856]".*

En ese sentido, la primera resolución de gran relevancia fue el primer fallo de la Suprema Corte dictado el 20 de junio de 2006. En esa resolución, la Corte en principio sostuvo que, respecto a las dos pretensiones de los demandantes -la reparación de bienes individuales y el resarcimiento de la cuenca-, únicamente contaba con competencia legal para atender a lo relativo a la contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales, esto es, la afectación a la cuenca -el reclamo de indemnización de bienes individuales debería de ser re-formulado ante el juez competente-, por lo que estableció que "*la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo [el ambiente]"[857],* a que se refiere el artículo 41 de la Constitución Nacional Argentina.

---

[853] Ídem.
[854] Ídem.
[855] Garaventa, Carlos Adrian. *El caso Mendoza y la creación de un proceso ambiental.* Revista En Letra. Año 1. Número 1. Febrero de 2014. pág.148
[856] Pino Miklavec, Noemí. *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Nación Argentina, Causa: Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/estado nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación del río matanza-riachuelo), 1569/2006-M-40-ORI*. Revista Actualidad Jurídica Ambiental, N° 61. 3 de octubre de 2016. pág.8.
[857] Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina. causa "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)". Fallo de 20 de junio de 2006. Párr.18.

A su vez, respecto a tal cuestión jurídica, la Corte enfatizó que se daría *"prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que —según se alega— en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación*"[858]. Secundariamente, se perseguiría la *"recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento"[859].*

En vista de lo anterior, la Corte emitió cuatro órdenes fundantes[860]: **(I)** requerir a las empresas demandadas información sobre los desechos y residuos de toda naturaleza que arrojan al río; si cuentan con sistemas de tratamiento de dichos residuos; y si tienen seguros contratados; **(II)** ordenar al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al Consejo Federal de Medio Ambiente -Comefa-, para que presenten un plan integrado ambiental[861] **(III)** convocar a una audiencia pública a realizarse en la sede del Tribunal a fin de que las partes informen en forma oral y pública sobre el contenido de la información solicitada; e **(IV)** intimar a la parte actora a fin de que, por un lado, aporte a su demanda información adecuada y actualizada sobre aspectos esenciales de la cuestión litigiosa; y además, para que precise los fundamentos de su reclamación atinente al daño reversible y aporte los elementos necesarios para identificar la obra que, a su entender, cumpla una finalidad satisfactoria con respecto al daño irreversible.

Posteriormente, el 24 de agosto de 2006 las autoridades demandadas reconocieron la dimensión estructural del problema y la necesidad de llegar a su solución. Al efecto, "*acompañaron el Plan Integral para el saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo"[862].* Asimismo, describieron los aspectos principales de este programa,

[858] Ibídem. párr.18.
[859] Ídem.
[860] Ibídem. Puntos resolutivos.
[861] El referido plan integrado que fue mandatado por la Corte, en términos de la Ley 25.675 -denominada Ley General del Ambiente-, obligó a las autoridades a contemplar: (I) un ordenamiento ambiental del territorio; (II) el control sobre las actividades antrópicas; el estudio sobre el impacto ambiental de las empresas demandadas; (III) un programa de educación ambiental; y (IV) un programa de información ambiental .
[862] Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina. causa "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)". Fallo de 8 de julio de 2008. Párr.4.

su contenido político e institucional, lo concerniente al saneamiento y al aspecto social, y expusieron las evaluaciones del impacto ambiental requeridas.

En forma paralela al procedimiento, de manera trascendente, los tres estados demandados y los 14 municipios de la Provincia de Buenos Aires *acordaron crear un ente para implementar atender la situación de la cuenca y cumplimentar con los fallos de la Corte*. Así, por iniciativa del Ejecutivo, el 15 de noviembre de 2006, el Congreso de la Nación aprobó la creación de la Ley N° 26168 -"Ley de la Cuenca Matanza Riachuelo"-, mediante la cual *se creó la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo -ACUMAR-*, como ente de derecho público interjurisdiccional[863], el cual tiene facultades de "*regulación, control y fomento respecto de las actividades industriales, la prestación de servicios públicos y cualquier otra actividad con incidencia ambiental en la cuenca"*[864].

Luego, el 20 de marzo de 2007, tras destacar que la litis se encontraba suficientemente representada la condición de afectados o interesados en cuanto al daño colectivo con los sujetos que tomaron intervención, y que debían adoptarse las medidas ordenatorias que impidieran planteos dilatorios que frustraran la apropiada decisión del caso, se declaró "*definitivamente integrado el frente activo con los demandantes y los terceros cuya actuación había sido admitida"*[865] -a saber, la Defensoría del Pueblo de la Nación[866], Fundación Ambiente y Recursos Naturales; Fundación Greenpeace Argentina; Centro de Estudios Legales y Sociales y Asociación Vecinos de La Boca[867], así como la Asociación Ciudadana por los Derechos Humanos y los sujetos presentantes en la causa V.625.XLII "Verga, Ángela y otros c/ Estado Nacional y otros s/ medida cautelar"[868] .

Después de diversas audiencias celebradas por la Corte, se emitió *la decisión de mayor relevancia en la presente causa*, a saber, el célebre fallo de 8 de julio de

[863] Artículo 1 de la Ley N° 26168.
[864] Ibídem. Artículo 5.
[865] Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina. causa "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)". Fallo de 20 de marzo de 2007.
[866] Ibídem. Fallo de 24 de agosto de 2006.
[867] Ibídem Fallo de 30 de agosto de 2006.
[868] Ibídem. Fallo de 20 de marzo de 2007.

2008. En él, la Corte precisó que "*la presente sentencia resuelve de modo definitivo la específica pretensión sobre recomposición y prevención que ha tramitado por medio de este proceso urgente y autónomo*"[869], siendo que el objeto decisorio "*se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración"*[870].

Al respecto, la autoridad obligada "*a la ejecución del programa, que asumirá las responsabilidades ante todo incumplimiento o demora en ejecutar los objetivos que se precisarán, es la Autoridad de Cuenca"*[871], sin perjuicio de mantener intacta en cabeza del Estado Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la responsabilidad que primariamente les corresponde en función del asentamiento territorial de la cuenca hídrica y de las obligaciones impuestas en materia ambiental.

Así, mediante tal sentencia la Corte obligó a ACUMAR a cumplir con un programa que tiene como objetivos simultáneos: **(I)** la mejora de calidad de vida de los habitantes de la cuenca; **(II)** la recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos); y **(III)** la prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción[872]. Asimismo, la Corte precisó que, para medir el nivel de cumplimiento de esos objetivos "*la autoridad deberá adoptar alguno de los sistemas internacionales de medición que se encuentran disponibles e informar al tribunal competente para la ejecución de esta sentencia en un plazo de 90 (noventa) días hábiles"*[873]. El plan se trazó con base en los siguientes ejes esenciales[874]:

- **Información pública.** Organizar un sistema de información pública digital vía internet para el público en general, que de modo concentrado, claro y accesible, contenga toda la información relevante sobre la cuenca.

[869] Ibídem. Fallo de 8 de julio de 2008. Párr.15.
[870] Ídem.
[871] Ibídem. párr.16
[872] Ibídem. párr.16
[873] Ibídem. párr.17
[874] Ídem.

- **Contaminación de origen industrial.** Realizar inspecciones a todas las empresas de la cuenta; identificar las que se consideren agentes contaminantes e intimar a éstas para que presenten un plan de tratamiento, el cual deberá ser evaluado y en su caso aprobado. Ordenar el cese en el vertimiento de contaminantes por parte de las empresas cuyo plan no haya sido aprobado, y en su caso la clausura total o parcial de éstas; presentar en forma pública, actualizada trimestralmente, del estado del agua y las napas subterráneas, además de la calidad del aire de la cuenca; y presentar en forma pública, detallada y fundada del proyecto de reconversión industrial y relocalización en el marco del Acta Acuerdo del Plan de acción conjunta para la adecuación ambiental del polo petroquímico de Dock Sud.

- **Saneamiento de basurales.** Asegurar medidas necesarias para impedir que se sigan volcando residuos en los basurales que serán cerrados; implementar el programa de prevención de formación de nuevos basurales a cielo abierto presentado ante esta Corte; erradicar las habitaciones sobre los basurales y posteriormente impedir la instalación de nuevas habitaciones sobre los mismos; ordenar la erradicación, limpieza y cierre en el plazo de un año, de todos los basurales ilegales relevados por la Autoridad de Cuenca; y concretar el plan de Gestión Integral de los Residuos Sólidos Urbanos -GIRSU

- **Limpieza de márgenes de río**. Informar sobre la finalización de la etapa de desratización, limpieza y desmalezado de los cuatro sectores individualizados en el Plan Integral Cuenca Matanza-Riachuelo, así como sobre el avance de las obras para transformar toda la ribera en un área parquizada, de acuerdo a lo previsto en el Plan Integral Cuenca Matanza-Riachuelo

- **Expansión de la red de agua potable**. informar públicamente, de modo detallado y fundado, sobre el plan de ampliación de las obras de captación, tratamiento y distribución a cargo de AySA (Aguas y Saneamientos Argentinos) y del Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento (Enohsa), con particular énfasis en la información relativa a las obras que debían ser terminadas en 2007; a las obras actualmente en ejecución; al inicio de la ejecución de las obras de expansión de la red de agua potable en el período 2008/2015.

- **Desagües pluviales.** informar públicamente, de modo detallado y fundado, sobre el plan de obras de desagües pluviales, con particular énfasis en la información relativa a las obras que debían ser terminadas en 2007; a las obras actualmente en

ejecución; y al inicio de la ejecución de las obras para expandir la red de desagües pluviales en el período 2008/2015.

- **Saneamiento cloacal.** públicamente, de modo detallado y fundado, sobre el plan de ampliación de las obras a cargo de AySA, con particular énfasis en la información relativa a las obras que debían ser terminadas en 2007; a las obras actualmente en ejecución, especialmente sobre las previstas para la construcción de la primera etapa de la planta depuradora Berazategui y sus emisarios,; y al inicio de la ejecución de las obras de expansión de la red cloacal en el periodo 2008/2015, detallando las obras contempladas en la construcción de la planta de tratamiento denominada Capital, Ciudad Autónoma o Riachuelo y sus emisarios.

- **Plan Sanitario de Emergencia.** Realizar en un plazo de 90 (noventa) días un mapa sociodemográfico y encuestas de factores ambientales de riesgo a los efectos de: determinar la población en situación de riesgo; elaborar un diagnóstico de base para todas las enfermedades que permita discriminar patologías producidas por la contaminación, de otras patologías no dependientes de aquellos factores y un sistema de seguimiento de los casos detectados para verificar la prevalencia y supervivencia de tales patologías; elaborar un Sistema de Registro y Base de Datos —de acceso público— de las patologías detectadas en la Cuenca; y especificar las medidas de vigilancia epidemiológicas adoptadas en la zona de emergencia.

  Cumplidos dichos requerimientos deberá, en un plazo de 60 (sesenta) días elaborar y poner en ejecución programas sanitarios específicos para satisfacer las necesidades de la población de la Cuenca.

Al respecto, se precisó que sería la Auditoría General de la Nación la que llevaría un control específico de la asignación de fondos y de ejecución presupuestaria de todo lo relacionado con el Plan. Asimismo, para fortalecer la participación ciudadana, se instruyó al Defensor del Pueblo de la Nación, a conformar "*un cuerpo colegiado con los representantes de las organizaciones no gubernamentales que intervienen en la causa en igual carácter de terceros*"[875]. Finalmente, se atribuyó competencia al Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes "*para conocer en*

[875] Ibídem. párr.19.

todas las cuestiones concernientes a la ejecución de este pronunciamiento y en la revisión de las decisiones finales tomadas por la Autoridad de Cuenca"[876].

A juicio de Pino Miklavec, este pronunciamiento definitivo de 2008 "*importó uno de los más trascendentes precedentes respecto a la responsabilidad que tiene el Estado sobre los derechos ambientales de las personas"*[877], por lo que no resulta exagerado decir que "*es el precedente judicial más importante de la historia del Derecho ambiental argentino"*[878]. Esto es, la sentencia "*buscó incentivar el cambio, mediante el rompimiento del status quo, con el fin de lograr el […] rediseño de acuerdos institucionales […] facilitar el cambio y el establecimiento de una nueva estructura institucional"*[879].

La sentencia de junio de 2008 dio lugar a la actualización del *Plan Integral de Saneamiento Ambiental de la Cuenca Hídrica Matanza Riachuelo* -PISA-, en el que participaron más de 200 profesionales, el personal técnico de ACUMAR, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros, así como una pluralidad de autoridades[880]. Si bien la ejecución del fallo quedó en manos de un juez federal, lo cierto es que la Suprema Corte *celebró varias audiencias públicas para controlar la ejecución del plan* -resoluciones del 6 de abril de 2010, 24 de mayo de 2010, 10 de agosto de 2010, 17 Y 22 de febrero de 2011, 19 de abril de 2011, 14 de agosto de 2012, y 18 Y 26 de septiembre de 2012-.

Por ello, superada esta primera etapa en la que *se alcanzaron objetivos de base*, el 19 de diciembre 2012, la Suprema Core emitió otro fallo de gran relevancia, en el que consideró necesario *"acentuar la ejecución, profundizando su control*"[881]. Al respecto puntualizó que, el desarrollo de las audiencias públicas celebradas para controlar la ejecución, "*ha permitido concluir que un aspecto central de todo el plan*

[876] Ibídem. Punto resolutivo 11.
[877] Pino Miklavec, Noemí. *Sentencia del Tribunal Superior […]*. pág. 15.
[878] Ibídem. pág. 22.
[879] Crimer A, Pablo. *Importando CERCLA a Argentina […].* op.cit. pág.174.
[880] ACUMAR. Plan Integral de Saneamiento Ambiental de la Cuenca Matanza Riachuelo. Actualización marzo de 2010. Visible en su versión virtual en el siguiente enlace: http://www.acumar.gob.ar/wp-content/uploads/2016/12/PISA-2010.pdf
[881] Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina. causa "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)". Fallo de 19 de diciembre de 2012. Párr.3.

es la realización de las obras de provisión de agua potable y cloacas y el tratamiento de la basura depositada en la cuenca"[882]*.* Esta circunstancia torna conveniente separar la jurisdicción sobre estas materias que, por su naturaleza y complejidad, requieren de una especial supervisión en su desarrollo.

Así, en "*esta segunda etapa […] se estima conveniente una división transitoria de la ejecución del pronunciamiento"*[883]*.* De tal suerte que la Corte dispuso la siguiente distribución material**: (I)** el control de los contratos celebrados o a celebrarse en el marco del plan de obras de provisión de *agua potable y cloacas* -a cargo de AySA, ABSA y ENROSA- y *del tratamiento de la basura* -a cargo de CEAMSE-, *asi como su nivel de ejecución presupuestaria*, quedarán transitoriamente "*bajo la competencia del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 12"*[884]; y **(II)** todas las restantes competencias atribuidas en la sentencia del 8 de julio de 2008, quedarán transitoriamente "*bajo la competencia del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de Morón"*[885]*.* En ese sentido, se instruyó al diverso juzgado federal de Quilmes poner a disposición de tales juzgados las actuaciones de la causa.

Aunado a lo anterior, en aras de lograr el recto cumplimiento del fallo de julio de 2008 *y para ayudar a la población en situación de riesgo,* la Corte instruyó a los referidos juzgados, en el marco de sus respectivas competencias, hacer especial énfasis en:

- **Relocalización de establecimientos industriales**: deberán supervisar el cumplimiento del plan de relocalización, conforme al desarrollo referido por ACUMAR de un Polo Industrial Curtidor en Lanús -predio ACUBA-;
- **Sistemas de medición de calidad de aire y de agua:** deben considerar la falta de adopción de un sistema de medición de la calidad del aire y del agua sostenido en el tiempo, y que resulte conforme con los estándares vigentes a nivel internacional. En particular, se deberá remediar la ausencia de claridad en los parámetros que

[882] Ibídem. párr.4
[883] Ibídem. párr.3.
[884] Ibídem. párr.4
[885] Ídem.

permiten medir los valores de concentración de las diversas sustancias monitoreadas en el curso de agua principal, sus valores acumulados y el establecimiento de límites máximos tolerables de acuerdo al caudal medio del rio.

- **Detección de conexiones clandestinas**: también la ACUMAR ha considerado prioritaria la conclusión del programa de detección de conexiones clandestinas de origen industrial, domiciliario y cloacal a conductos pluviales para vuelco de sustancias contaminantes en los cursos hídricos de la cuenca.

- **Erradicación y relocalización de barrios de emergencia y asentamientos poblacionales precarios**: deberá instarse el efectivo y completo cumplimiento del plan de erradicación y relocalización de aquellos que se encuentran ubicados sobre el denominado "camino de sirga", aprobado por el juez de ejecución el 22 de febrero de 2011. Asimismo, deberá supervisarse el traslado de los vecinos de Villa Inflamable, resguardando su derecho a participar en las decisiones que las autoridades encargadas adopten en el curso del proceso de reubicación. En todos los casos, deberá preservarse apropiadamente el derecho de todas las personas relocalizadas a acceder, en los nuevos inmuebles que habitaren, a los servicios públicos esenciales, a la educación, salud y seguridad.

- **Planta Depuradora del Bicentenario de Berazategui**: desde su adjudicación en 2008 ha sido objeto de reiteradas. Deberá controlarse el avance de las obras para garantizar su conclusión en tiempo y forma.

- **Planta de Tratamiento Dock Sud**: las obras relacionadas con la construcción de esta planta deberán ser objeto de un adecuado escrutinio, pues las audiencias celebradas ante este Tribunal han permitido advertir una importante demora en el inicio de los trabajos

- **Sistema de Vigilancia Epidemiológica Ambiental:** implementar las medidas necesarias para que los nodos de vigilancia epidemiológica reciban información no solo de los efectores públicos sino también de los privados.

- **Red de Servicios de Salud:** finalizar la puesta en funcionamiento de las unidades sanitarias ambientales que se encuentran en ejecución y avanzar en la licitación de aquéllas aún no adjudicadas. Asimismo, se deberá agilizar la construcción del Hospital de Cuenca Alta en la localidad de Cañuelas.

- **Plan de Reconversión Industrial**: agilizar la aprobación de los planes de reconversión industrial, a cuyo fin deberán tenerse presente las observaciones realizadas en torno a los sistemas de medición ya referidos.

Cumplimiento de los fallos. La implementación de los diversos mandatos que estableció la Suprema Corte, *puede ser cualificada como de resultados mixtos*. Ello, pues en tanto algunas órdenes se han cumplimentado exitosamente, muchas otras en cambio no se han implementado o sólo de forma parcial.

Al respecto, Sigal, Rossi y Morales identifican los siguientes logros positivos de las sentencias[886]: **(I)** un progreso significativo para limpiar las orillas del Riachuelo y las aguas superficiales, incluyendo la remoción de "*17,000 toneladas de residuos en las orillas de la cuenca y 18,600 toneladas dentro del espejo de agua*"; **(II)** un mayor esfuerzo estatal para regular las instalaciones industriales localizadas en el área de la cuenca y la evicción de empresas ilegalmente asentadas en las orillas del río, lo que tuvo como resultado *"una ganancia de 38, 183 metros del camino de sirga"* ; y **(III)** el inicio de un proceso sin precedentes de control y supervisión de las fábricas, enfocada a regular las emisiones contaminantes en la cuenca.

Asimismo, medidas han sido adoptadas para relocalizar a la población que vivía a las orillas del riachuelo. Para julio de 2013, "*449 de 2,389 familias asentadas a las orillas del riachuelo habían sido relocalizadas a casas construidas bajo el Plan Federal de Vivienda[887]"*. También existen algunos progresos notables en la estructuración de un programa de emergencia de saneamiento ambiental, como lo son la inclusión de un reporte del estado de saneamiento basado en el desarrollo de una inspección de riesgos ambientales y un estudio ambiental exhaustivo en áreas de riesgo como la Villa Inflamable[888].

Por otra parte, ACUMAR logró remover aproximadamente unos 100 "basurales a cielo abierto", sobre un total de 360 existentes en la Cuenca. Ello implica "*un paso positivo en dirección a erradicar la acendrada práctica de disposición clandestina de*

[886] Sigal, Martín, Rossi, Julieta y Morales, Diego. *Argentina: Implementation of Collective Cases.* En *Social Rights Judgements […].*. op.cit. .págs. 155-156
[887] Ibídem. pág. 156
[888] Ídem.

residuos que sucede principalmente en los municipios de la Provincia de Buenos Aires, que forman parte de la Cuenca"[889]*.* Finalmente, se logró conformar un nuevo mapa de la cuenca hídrica -aspecto solicitado por la Corte Suprema de Justicia en la resolución del 27 de diciembre de 2012-, el universo total de industrias que conforman la Cuenca quedó conformado de la siguiente forma: "*12.701 establecimientos productivos, de los cuales 6949 son industrias, habiendo sido declarados como Agentes Contaminantes 884, de los cuales 177 han completado los Programas de Reconversión Industrial"*[890]*.*

Empero, en cuanto al incumplimiento de las resoluciones de la Corte se destacan las siguientes observaciones: **(I)** si bien el 45% de las industrias declaradas como Agentes Contaminantes ya han sido reconvertidas, "*no existen avances significativos en cuanto a calidad del agua y aire y que aún continúan vertiéndose en la cuenca más de 1000 Toneladas al año de sustancias tóxicas, metales pesados e hidrocarburos"*[891]; **(II)** las regulaciones adoptadas por ACUMAR "*deberían haber reducido la contaminación, pero no lo han hecho y, por el contrario, la mantienen"*[892]; **(III)** el Plan de Reconversión realizado durante los últimos años consistió en "*relocalizar las empresas almacenadoras de productos químicos, para convertirse en almacenadoras de hidrocarburos*[893]; **(IV)** el Plan de Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios en Riesgo Ambiental de la Cuenca Matanza Riachuelo ha "*tenido un cumplimiento bajo (solo el 35% de los hogares han sido realojados) y reiteradamente se ha incurrido en graves violaciones a los derechos de las personas que han sido relocalizadas"*[894]; y **(V)** no ha logrado identificarse de manera específica "*la población en riesgo, no se generaron capacidades para evaluar la situación de salud ambiental y tampoco se articuló una intervención de las distintas*

---

[889] Nápoli, Andrés. *Riachuelo: a cinco años del fallo de la Corte. Tiempo para consolidar lo hecho y proyectar las soluciones de fondo*. Publicado en la página de FARN, bajo el siguiente enlace: https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2013/07/napoli_riachuelo_5anosdelfallo.pdf

[890] Ídem.

[891] FARN, CELS, Greenpeace Argentina et. al. "9 *años del fallo de la corte una política de estado todavía ausente"*. Julio de 2017. pág.6 consultable en el siguiente enlace: http://greenpeace.org.ar/pdf/riachuelo/9%20A%C3%91OS%20DEL%20FALLO%20DE%20LA%20CORTE%20%281%29.pdf

[892] Ibídem. pág. 7

[893] Ibídem. pág. 8

[894] Ibídem. pág.9.

áreas de ACUMAR para reducir la exposición de poblaciones especialmente vulnerables a amenazas producidas por la contaminación"[895].

Como se puede apreciar de lo anterior, el cumplimiento de los fallos emitidos en el presente caso aún presenta diversos retos en cuanto a su implementación se refiere. Al cumplimiento del primer decenio desde la célebre sentencia de 8 de julio de 2008, no se han logrado obtener los resultados deseados, aunque sí se han materializado diversos logros importantes en la materia. Los años subsecuentes serán claves para determinar el éxito de la implementación de esa causa.

Con todo, como lo reconoce el mismo Cuerpo Colegiado -las ONGs terceras interesadas-, la intervención de la Suprema Corte *"marcó un antes y un después en el devenir histórico del Riachuelo, porque permitió que se pusieran en marcha organismos estatales y políticas públicas tendientes a revertir situaciones de conflictividad y atender los derechos amenazados de la población en riesgo"*[896]*.* Así los aspectos más relevantes para el status de implementación de la decisión "*tal vez son el establecimiento de condiciones institucionales que encontraban ausentes previo a la decisión*[897]*".*

En esa inteligencia, este precedente demuestra, por una parte, la enorme dificultad que conlleva la implementación de decisiones que puedan transformar el estado medioambiental de la cuenca Matanza-Riachuelo y, por otra, amplía la etapa de implementación *"en un proceso extendido, cuyos ejes iniciales incluyen la creación de herramientas, instituciones y mecanismos necesarios para asegurar a la población afectada una seguridad ambiental a mediado o largo plazo"*[898]*.* Previo a la decisión, el problema de la cuenca era un tema totalmente soslayado por las instituciones responsables en la materia, empero, a partir de las decisiones emitidas en este litigio estructural, *"el aparato estatal -con sus insuficiencias, errores y lentitud- ha sido catalizado para producir estrategias que resultan necesarias para*

[895] Ibídem. pág. 15.
[896] Ibídem. pág. 3.
[897] Sigal, Martín, Rossi, Julieta y Morales, Diego. *Argentina: Implementation of Collective Cases.* En *Social Rights Judgements […].* op.cit. .pág. 160.
[898] Ídem.

diseñar y brindar algún tipo de respuesta"[899]*.* Con la *"finalidad de romper el status quo y desatrincherar los arreglos institucionales fallidos, inmunes a las medidas políticas de corrección convencionales, las decisiones de la CSJN crearon un nuevo sistema legal para la CMR [Cuenca Matanza-Riachuelo]"*[900]*.*

Tabla valorativa del caso.

Sentencia	**Elemento objetivo**	**Elemento subjetivo adjudicatorio**	**Elemento subjetivo supervisorio**	**Cumplimiento**
Causa Mendoza, Beatriz Silva y otros vs Estado Nacional y otros.	Las obligaciones **positivas** del Estado de garantizar el derecho a un medio ambiente sano equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas. **Fundamento convencional o constitucional:** Artículo 41 de la Constitución Nacional de Argentina.	Se **otorgó deferencia a las autoridades** para que sean éstas quienes diseñaran un Plan Integral de Saneamiento Ambiental de la Cuenca Hídrica Matanza Riachuelo, así como las demás medidas tendientes a remediar el daño ambiental en tal área.	La Corte Constitucional asignó diversas autoridades y entes para el seguimiento de las órdenes: **(I) el Cuerpo Colegiado** - conformado por las ONGs tercero interesadas-; **(II) el Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes** - cumplimiento genérico-; **(III)** la competencia del **Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 12,** - remediación del plan de obras de provisión de agua potable y cloacas y del tratamiento de la basura-; (**IV) Juzgado Federal en lo**	La implementación de la decisiones **han sido llevadas a cabo en forma dispar; ciertas acciones se han ejecutado exitosamente y otras no se han implementado o se llevaron a cabo en forma insuficiente**

[899] Ídem.
[900] Crimer A, Pablo. *Importando CERCLA a Argentina […].* op.cit. pág.187.

			Criminal y Correccional N° 2 de Morón - cumplimiento genérico provisiona.-	

7.10. Análisis del caso Brown vs Plata -sobrepoblación carcelaria-

Hechos. Las prisiones del Estado de California en los E.E.U.U., se encuentran diseñadas para albergar a una población de casi 80,000 internos. A pesar de ello, a principios del presente siglo, "*la población carcelaria era de casi el doble"*[901]. Las consecuencias de esa severa sobrepoblación carcelaria fueron objeto de análisis en dos acciones colectivas elevadas ante Tribunales. En la primera de ellas, *Coleman vs Brown*, promovida en 1990, la Corte de Distrito advirtió que *los prisioneros que contaban con enfermedades mentales severas no recibían una atención adecuada mínima.* Un *Maestro Especial* asignado para revisar las medidas remediales ordenadas por la Corte, reportó 12 años después que el estado de la atención de salud mental en las prisiones de California se estaba deteriorando debido a la sobrepoblación carcelaria. En la segunda de ellas, *Plata vs Brown,* promovida en 2001, el Estado admitió que las deficiencias en la atención médica a los prisioneros violaba en perjuicio de éstos los derechos previstos en la Octava Enmienda -prohibición de tratos crueles e inhumanos- y se estableció una medida remedial.

Sin embargo, en tanto en el 2005 el Estado no había dado cumplimiento a la referida ejecutoria, la Corte asignó a un funcionario para supervisar la implementación de las medidas remediales. Tres años después, dicho funcionario describió las continuas deficiencias causadas por la sobrepoblación. Estimando que la remediación de la inconstitucional atención de salud física y mental *no podría ser lograda sin reducir la sobrepoblación carcelaria,* los demandantes en los casos *Coleman y Plata*, solicitaron a las Cortes de Distrito respectivas a convocar un Panel

[901] Suprema Corte de Justicia de los E.E.U.U. "*Brown, Governor of California, et. al.v Plata et. al.*". 563 U. S. ____ (2011). Syllabus.

de tres jueces, facultados por la Ley de Reforma de Litigios Penitenciarios de 1995 -Prison Litigation Reform Act of 1995, mejor conocida por sus silgas PLRA-, *para que ordenaran que se redujera la población carcelaria.*

Los jueces en ambas acciones colectivas concedieron dicha petición y ambos asuntos se consolidaron ante una sola Corte conformada por tres jueces. Después de escuchar los testimonios y encontrar diversas evidencias, dicha Corte "*ordenó a California a reducir su población carcelaria a un 137.5 % de su máxima capacidad, dentro de un plazo de dos años"*[902]. Determinándose que, si la capacidad de las prisiones no pudiese ser incrementada a través de la construcción de nueva infraestructura, entonces, necesariamente la población carcelaria debería de reducirse para alcanzar ese máximo porcentaje de ocupación, la Corte *"ordenó al Estado a formular un plan de cumplimiento y someterlo a la Corte para su aprobación"*[903].

Esa decisión fue apelada por el Estado de California. Tal apelación fue sujeta de conocimiento por la Suprema Corte de Justicia de E.E.U.U., bajo el caso *"Brown, Governor of California, et. al., v Plata et. al.".*

Consideraciones. Por una mayoría de 5 votos, la Suprema Corte *confirmó la orden recurrida, ordenando que se redujera la población de las prisiones Californianas en, aproximadamente, 37,000 personas*[904]. La opinión mayoritaria fue escrita por el Juez Kennedy, J., y con ella, la Corte "*dictó una de sus decisiones más controversiales"*[905]. De hecho, en su voto disidente el Juez Scalia caracterizo al presente fallo como "*quizás el mandato judicial más radical emitido por una Corte en la historia de nuestra nación"*[906].

---

[902] Ídem.
[903] Ídem.
[904] Aunque la orden recurrida en la apelación implicaba la reducción de aproximadamente 46, 000 personas en las pisiones californianas, lo cierto es que, para cuando la Suprema Corte emitió el fallo, el Estado de California ya había reducido la población carcelaria en al menos 9,000 personas.
[905] Sullivan, Kyle T. *To Free or Not to Free: Rethinking Release Orders under the Prison Litigation Reform Act after Brown v. Plata*. Boston College Journal of Law & Social Justice. Vol 33. Article 6. 2013. pág.419.
[906] Suprema Corte de Justicia de los E.E.U.U. "*Brown, Governor of California, et. al.v Plata et. al.*". 563 U. S. ____ (2011). Voto disidente del Juez Scalia. pág.1

En principio, en la opinión de la Corte se razonó que los prisioneros "*están provistos de dignidad humana intrínseca a todas las personas"*[907]. El respeto a esa dignidad se encuentra tutelada por la Octava Enmienda que prohíbe las sanciones crueles e inusitadas. A su vez, los prisioneros dependen del Estado para su alimentación, vestido y tratamiento médico. Luego, una prisión que *"prive a los prisioneros de sustento básico, incluyendo tratamiento médico adecuado, es incompatible con el concepto de dignidad humana y no tiene cabida en una sociedad civilizada*"[908].

En esa inteligencia, si bien los Tribunales deben otorgar deferencia a las prisiones, respecto a su administración interna, lo cierto es que las Cortes no deben claudicar con su obligación de hacer cumplir los derechos constitucionales. Así, las Cortes "*no deberían permitir que continúen violaciones constitucionales, simplemente porque el remedio involucraría una intrusión en la esfera de la administración carcelaria*"[909]. De ser necesario, para asegurar el cumplimiento de un mandato constitucional, "*las Cortes pueden dictar órdenes que establezcan límites a la población de una prisión"*[910]*.*

A partir de lo anterior, la Corte se adentró a determinar si el remedio ordenado por el fallo recurrido -de reducir la población de las prisiones californianas de casi un 200 % a un 137.5 % de su máxima capacidad-, resulta ilegal. Para ello, la Corte precisó que, *previo a que un Tribunal pueda ordenar la reducción de la población carcelaria*, la Ley de Reforma de Litigios Penitenciarios de 1995 -Prison Litigation Reform Act of 1995, mejor conocida por sus silgas PLRA-, exige lo siguiente: **(I)** que se haya dictado un remedio menos intrusivo y que a pesar de que la autoridad haya contado con un tiempo razonable para darle cumplimiento, no lo haya hecho; **(II)** que se determine que la sobrepoblación es la causa primaria de la violación a un derecho federal; **(III)** que no existe otra media que pueda remediar esa violación; **(IV)** finalmente, la medida remedial debe encontrarse estrechamente definida; no extenderse más allá de lo

[907] Suprema Corte de Justicia de los E.E.U.U. "*Brown, Governor of California, et. al.v Plata et. al.*". 563 U. S. ____ (2011). pág.12.
[908] Ibídem. pág. 13.
[909] Ídem.
[910] Ídem.

necesario para corregir la violación y; debe ser la medida menos intrusiva para corregir la violación.

Las subsecuentes páginas de la opinión del fallo se emplearon para analizar cada uno de tales requisitos legales. Respecto, al primero de ellos -que se haya dictado un remedio menos intrusivo y que a pesar de que la autoridad haya contado con un tiempo razonable para darle cumplimiento, no lo haya hecho-, la Corte consideró que el mismo se encontraba satisfecho con las órdenes remediales dictadas por las Jueces de Distrito en los casos *Coleman y Plata*. En efecto, en ambos casos los jueces otorgaron un amplio plazo a las autoridades para remediar la violación a la Octava Enmienda -12 años en Plata y 5 años en Coleman-. El Estado no adujo que había remediado la violación constitucional, *sino que los jueces le debieron otorgar mayor tiempo para ello.*

A juicio de la Corte, ello era del todo innecesario. Habiendo esperado la remediación por 5 años en Plata y 12 años en Coleman, las Cortes Distritales no requerían esperar más tiempo para recibir los mismos resultados decepcionantes. Cuando un Tribunal trata de remediar una violación constitucional sistémica, puede ser necesario que emita múltiples órdenes y cada una de ellas debe otorgar un tiempo razonable para ser acatada, pero la "*razonabilidad debe ser juzgada a la luz de toda la historia de esfuerzos remediales de la Corte"*[911]. De lo contrario, se permitiría establecer una mora indebida y continua para poder ordenar límites a la población carcelaria.

Precisado lo anterior, la Corte sostuvo que, por lo que hace al segundo requisito de la PRLA, el fallo recurrido no erró al determinar que *la sobrepoblación era la causa primaria de la violación a la Octava Enmienda.* Ello, toda vez que, por una parte, contrario a lo argumentado por el Estado, esa situación fáctica fue acreditada con el cúmulo de las pruebas aportadas, así como de diversas opiniones periciales. De toda esa evidencia las Cortes Distritales encontraron que la sobrepoblación carcelaria torna a las "*instalaciones médicas y mentales inadecuadas; sobrecarga al limitado personal clínico y custodial; y crea condiciones violentas, insalubres y*

[911] Ibídem. pág. 18

caóticas que contribuyen a las violaciones constitucionales y frustran los esfuerzos para diseñar un remedio"[912].

Y por otra, porque contrario a lo aducido por el Estado, no era necesario que se demostrara *que la sobrepoblación era la única causa de tal violación*, sino que bastaba con que se evidenciara que era la causa primaria -lo que aconteció en la especie-. De lo contrario, la posibilidad de imponer judicialmente límites a la población carcelaria, acorde al PRLA, *se volvería ilusoria*, dejando a los prisioneros sin remedios reales para las violaciones constitucionales que les afligen. Por ende, es suficiente con que se evidencie que la sobrepoblación carcelaria es la causa primaria de una violación, "*pese al hecho de que medidas adicionales serán necesarias para remediar la violación*"[913].

En tercer lugar, la Corte sostuvo que en el caso se encuentra acreditado *que no existe otra medida para reparar la violación a la Octava Enmienda, que aquella que límite la población carcelaria*. Es así, pues resulta poco realista que el Estado pueda remediar las violaciones mediante otras medidas. De hecho, la Corte afirmó que llevan 9 años los intentos para remediar las violaciones en el caso *Plata* y 16 años en *Coleman*. Una "*larga historia de fallidas medidas remediales, en conjunción con evidencia sustancial de los efectos perjudiciales de la sobrepoblación en el suministro de cuidado*"[914], no deja lugar a otra conclusión. De ahí que "*sin una reducción de la sobrepoblación, no habrá un remedio eficaz para el tratamiento inconstitucional de los enfermos físicos y mentales en las prisiones de California"*[915].

En cuarto lugar, la Corte sostuvo que en la especie, la medida remedial dictada por el Panel de tres jueces en el fallo recurrido, se encuentra *estrechamente definida*; *no se extiende más allá de lo necesario p*ara corregir la violación y *constituye la medida menos intrusiva para corregir la violación*. Ello, pues el límite a la población carcelaria no implica que se haya incumplido con tales criterios, simplemente porque permitiría que otros prisioneros ajenos a los demandantes en las acciones

[912] Ibídem. pág.18
[913] Ibídem. pág.29.
[914] Ibídem. pág.32.
[915] Ibídem. pág.33

colectivas, puedan ser liberados. La orden "*otorga al Estado flexibilidad para que determine quién debe ser liberado*[916]".

La orden tampoco va más allá de lo necesario, por el hecho de que atañe a todo el sistema penitenciario, en lugar de atender específicamente a cada prisión. Ello, pues en *Coleman* se encontró "*una violación sistémica y el Estado estipuló un remedio sistémico en Plata*"[917]. En ambos casos se presentaron numerosos reportes que dan cuenta de las "*deficiencias sistémicas en los servicios médicos y el tratamiento de salud mental*[918]". Aunque la orden tenga efectos sistémicos, se otorga flexibilidad al Estado para realizar las modificaciones intra-institucionales. La orden "*tal vez dé forma o controle la autoridad estatal en la esfera de la administración carcelaria, pero deja mucho a la discreción estatal*"[919]. El Estado puede decidir cómo distribuir los prisioneros entre las instituciones; puede decidir cómo incrementar la capacidad de las prisiones a través de construcciones o reducir la población; y, si decide reducir la población, puede decidir qué medidas adoptar para lograr esa reducción.

Finalmente, la Corte consideró respecto al porcentaje necesario para que la sobrepoblación no depare las violaciones constitucionales detectadas -permita un funcionamiento adecuado de los servicios de salud física y mental-, el Panel de tres jueces advirtió que "*la evidencia respalda un límite menor a 145 % [de la capacidad poblacional del sistema penitenciario], pero mayor a 130 %". Por tanto, impuso un límite de 137. 5 %*[920]". La evidencia expuesta por los demandantes estaba dirigida a demostrar que se debía imponer un límite de 130 % y "*el Estado no realizó intento alguno para mostrar que cualquier otra cifra posibilitaría remediar las cosas*[921]". A la luz de lo anterior, es claro que "*el Tribunal de tres jueces cumplimentó con los requerimientos del PLRA en este caso*"[922].

---

916 Ibídem. pág, 35
917 Ídem.
918 Ídem.
919 Ídem.
920 Ibídem, pág.44.
921 Ídem.
922 Ídem.

7.10.3. Decisión. Atento a lo anterior, la Suprema Corte determinó que se debía confirmar la orden recurrida, en el sentido de *obligar al Estado de California de reducir el límite de su población carcelaria a un 137. 5 %*. Al respecto, precisó que el plazo de dos años para dar cumplimiento a ese mandato no debería empezar a correr desde la emisión del fallo apelado, sino *"a partir de que esta Corte emita su sentencia*"[923].

Asimismo, sostuvo que el Panel de tres jueces "*conserva la autoridad y la responsabilidad para realizar futuras modificaciones a la orden existente"*[924]*.* Ello, pues el poder de un Tribunal para modificar un decreto adjudicatorio remedial "*es amplio y flexible"*[925]*.* Una Corte que emplea sus facultades adjudicatorias para remediar una violación constitucional "*mandatando cambios sistémicos a una institución tiene el deber y responsabilidad continua de evaluar la eficacia y las consecuencias de su orden"*[926]*.* La experiencia puede enseñar la "*necesidad de modificar o enmendar un decreto previo"*[927]. Para tal fin, el Panel debe encontrarse abierto a la demostración por parte de cualquiera de las partes, de que la *"orden judicial debería modificarse para garantizar que los derechos e intereses de las partes reciban toda la protección debida y necesaria"*[928]*:*

Asimismo, el respeto apropiado para el Estado y sus procesos gubernamentales requieren que el Tribunal de tres jueces ejerza su jurisdicción para "*otorgarle al Estado una considerable libertad para encontrar mecanismos y hacer planes para corregir las violaciones de manera rápida y efectiva, de conformidad con la seguridad pública"*[929]*.* Así, ese Tribunal debe otorgar debida deferencia a opiniones informadas respecto a lo que requiere la seguridad pública. Por otra parte, una extensión del plazo puede permitirle al Estado "*considerar cambios en las*

[923] Ibídem. pág. 45.
[924]Ibídem. pág. 45
[925] Ibídem. pág. 46.
[926] Ídem.
[927] Ídem.
[928] Ídem.
[929] Ídem.

circunstancias políticas, económicas y de otro tipo y aprovechar las oportunidades para remedios más efectivos"[930].

En ese sentido, el Estado puede pedir que el plazo para la reducción de población carcelaria se extienda a cinco años y el Panel de tres jueces puede admitir tal extensión, siempre y cuando se acrediten diversas precondiciones por parte de la autoridad. Incluso, puede ser necesario liberar a los prisioneros para cumplir con la orden de la corte. Para hacerlo de manera segura, los Estados deberían diseñar sistemas para seleccionar a los prisioneros con menos probabilidades de poner en peligro la seguridad pública. El Tribunal también debería dictar sus órdenes de tal modo que permita al Estado y a sus funcionarios "*contar con la autoridad necesaria para abordar las contingencias que puedan surgir durante el proceso de reparación"*[931].

Cumplimiento del fallo. Aunque la sentencia de la Suprema Corte fue emitida el 23 de mayo de 2011, lo cierto es que no fue notificada al Tribunal de tres jueces sino hasta un mes después, de ahí que dicho Tribunal declaró que el plazo de dos años para dar cumplimiento al fallo empezó a computarse a partir del 27 de junio de 2011 *"otorgando a California hasta finales del 2013 para alcanzar una población [carcelaria] del 137.5%"*[932].

Acorde a Schlanger, a dieciséis meses del dictado del fallo, la población carcelaria de California se había reducido en más de un cuarto, "*lo que sitúa a la población total en aproximadamente el 147% de la capacidad carcelaria*"[933]. Los nuevos convictos que, bajo las anteriores reglas previas a Brown, serían incorporados al sistema estatal, "*en su lugar, están cumpliendo su condena en las cárceles de los condados"*[934]. Asimismo, *"los infractores de su libertad condicional también están*

[930] Ídem.
[931] Ídem.
[932] Schlanger, Margo. *Plata v. Brown and Realignment: Jails, Prisons, Courts, and Politics.* Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review (CR-CL), Vol. 48, No. 1, 2013. Pág.184.
[933] Ibídem. Pág.166
[934] Ídem.

siendo canalizados a las cárceles [de los condados] en lugar de las prisiones [estatales], y sus números, en conjunto, han decrecido significativamente"[935].

De hecho, el Estado de California ni siquiera espero a que la Suprema Corte dictara su fallo para iniciar acciones tendientes a reformar la población carcelaria. Días después de que el Gobernador Brown tomase protesta como tal a finales de 2010, se realizó una propuesta legislativa para tal fin. E l 10 de enero de 2011 el Congreso comenzó a considerar el proyecto de Ley 109 -Bill 109-, intitulado "*Alineación de la justicia penal*", siendo que el Gobernador Jerry Brown "*firmó el proyecto de ley en abril de 2011, seis semanas antes de que la opinión de la Suprema Corte fuese dictada"*[936].

A pesar de ello, la realineación de la justicia penal inició hasta el 1 de octubre de 2011, de ahí que, "*aunque algunas reducciones de la población basadas en reformas anteriores, ya habían tenido lugar al momento de la decisión de la Suprema Corte, las reducciones más pronunciadas, introducidas por realineamiento, ocurrieron más tarde"*[937]. Por órdenes del Tribunal de tres jueces, el Estado debía reportar cada seis meses los progresos en la implementación del fallo. Así, el Estado "*alcanzó la primera meta de seis meses (167% del diseño capacidad) a tiempo y alcanzó la meta de un año (155% de la capacidad de diseño) dos meses antes"*[938]. Como se ha expuesto, para diciembre de 2012 se estaba alcanzando el 147 % de capacidad. Pero el estado se resistió al requisito de que reducir la población para cumplir con los plazos posteriores.

De hecho, el Estado pretendió que el fallo fuese modificado *para establecer un decremento final del 145 %, en lugar del 137.5 %* primigeniamente ordenado. El Panel de tres jueces rechazó terminantemente esa propuesta. Sin embargo, por resolución del 10 febrero de 2014, el Panel sí se inclinó por otorgar una extensión de dos años más para el cumplimiento de la sentencia, estableciendo al respecto que "*si bien somos reacios a extender el plazo por dos años más, también*

[935] Ídem.
[936] Ibídem. Pág. 184.
[937] Schlanger, Margo. *Plata v. Brown and Realignment […].* op.cit. págs.188-189
[938] Ibídem. Pág. 189.

reconocemos que los acusados han acordado que, con tal extensión, implementarán medidas que deberían dar como resultado una solución duradera al hacinamiento en las cárceles de California"[939]*.*

En ese sentido, el Panel estableció que se otorga la extensión solicitada por los demandados, pero solamente "*hasta Febrero 28, 2016, para cumplir con la orden de […] 2011, de reducir la población carcelaria a un 137. 5% de su capacidad"*[940]*.* Asimismo, precisó que los demandados deberían cumplir con los siguientes puntos de referencia de reducción de población provisional y final[941]: **(I)** 143 % de la capacidad para junio 30 de 2014; **(II)** 141. 5 % de la capacidad para el 28 de febrero de 2015; y **(III)** 137. 5 **%** de la capacidad para 28 de febrero de 2016.

Finalmente, acorde con los últimos reportes mensuales que el Departamento de Correcciones y Rehabilitación de California -California Department of Corrections and Rehabilitation, por sus siglas CDCR- ha emitido respecto al cumplimiento del fallo, se advierte que, desde el reporte N° 72 presentado ante el Tribunal de tres jueces, en febrero de 2015, los "*demandados informaron al Tribunal que la población estaba por debajo de la reducción ordenada*"[942]*.* En ese sentido, a la fecha, *"[h]an pasado cinco años desde que los Demandados cumplieron con la orden de reducción de población. A 11 de marzo de 2020, la población carcelaria del Estado es del 134,4% de la capacidad de diseño"*[943]*.*

Como se aprecia de lo anterior, el caso es ejemplificativo que *"el papel de los tribunales en la gestión de las cárceles de los Estados Unidos es vital: mantener los asuntos penitenciarios en el discurso público, eliminar las condiciones degradantes, responsabilizar a los administradores de las prisiones y actuar donde los*

---

939 Jurist. Legal News and Research. *Federal judges grant California extension to reduce prison overcrowding.* 11 de febrero de 2014. Consultable en https://www.jurist.org/news/2014/02/panel-of-federal-judges-grants-california-two-year-extension-to-reduce-prison-overcrowding/

940 United States District Court Composed of Three Judges. *"Ralph Coleman, et. al. v. Edmund G. Brown JR., et.al." y "Marciano Plata, et. al., v. Edmund G. Brown JR., et.al.".* Order granting in part and denying in part Defendants' request for extension of December 31, 2013 deadline. 10 Feb 2014. pág.2.

941 Ídem.

942 Consultable en la página oficial del Departamento de Correcciones y Rehabilitación de California , bajo el siguiente enlace: https://www.cdcr.ca.gov/3-judge-court-update/

943 Ídem.

legisladores carecen de la voluntad o el deseo[944]*".* Si bien, como aduce Parsons, es poco probable que la presente sentencia transforme integralmente a las prisiones americanas, por sí misma, lo cierto es que sí "*conducirá a una mayor conciencia de lo que está sucediendo en las cárceles de Estados Unidos, cómo eso impacta a todos los estadounidenses y lo que es necesario para un cambio real"*[945]*.*

El fallo de la Corte en Brown v. Plata es, al menos, "*el primer paso para estimular la iniciativa para reducir las poblaciones carcelarias. Junto con el pensamiento progresista en estados como Carolina del Sur y California, el sistema de justicia penal estadounidense puede reducir gradualmente el desorden que las sentencias obligatorias mínimas han generado"*[946]. Asimismo, acorde a Newman, otro impacto positivo potencial de la sentencia "*es mejorar la calidad de la atención de salud mental que se brinda a los reclusos. Sin embargo, los efectos generales de la decisión de la Corte Suprema aún no están claros. Sin duda, se harán evidentes en los próximos años"*[947].

Tabla valorativa del caso.

Sentencia	Elemento objetivo	Elemento subjetivo adjudicatorio	Elemento subjetivo supervisorio	Cumplimiento
Brown vs Plata	Las obligaciones **positivas del Estado de cumplimentar con la prohibición de penas crueles**, en su vertiente de proveer "*sustento básico, incluyendo tratamiento médico*	Se **otorgó deferencia a las autoridades** para que sean éstas quienes determinen cómo lograr la reducción al 137. 5 % de la capacidad de	La supervisión del cumplimiento de la ejecutoria **quedó a cargo del Tribunal de tres jueces.** Al respecto, se precisó que el mismo "*conserva la autoridad y la*	La implementación de la decisión **tuvo un éxito temprano**, lográndose la reducción en menos de dos años de casi 200 % al 147 % de capacidad carcelaria. Empero, ante las

[944] Parsons, Joseph N. *A constitutional and political highwire act: the role of Brown v. Plata in solving America's prison crisis.* University of Pittsburgh Law Review. Vol. 75. Fall 2013. Pág.119
[945] Ibídem. pág, 120.
[946] Nauman, Steven, *Brown v. Plata: Renewing the Call to End Mandatory Minimum Sentencing*. Florida Law Review. Vol 65. Issue 3. 2013. Pág. 893.).
[947] Newman, *William J. et. al. Brown v. Plata: Prison Overcrowding in California*. Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online. Vol. 40. Issue 4. 2012. Pág.551.

	adecuado", a los prisioneros. **Fundamento convencional o constitucional:** Octava Enmienda de la Constitución Americana.	las cárceles de California.	*responsabilidad para realzar futuras modificaciones a la orden existente".* Esa facultad fue ejercida al extender el plazo del cumplimiento dos años más.	dificultades de cumplimentar el fallo en el plazo primigenio, el Tribunal otorgó dos años más, **cumpliéndose en su totalidad en 2015** -un año antes de que finalizara la prórroga-.

Capítulo Cuarto
Hacia la eficacia remedial de las sentencias DESCA. Parte primera: replanteando el paradigma del diseño de las medidas remediales

8. Reflexiones preliminares y desarrollo del presente capítulo.

En los capítulos precedentes hemos adelantado que nuestra hipótesis -al menos parte de ella- es que los problemas subyacentes al cumplimiento de las sentencias adjudicatorias de los DESCA *no atienden al hecho de que se trate de este tipo de derechos* –en oposición a los civiles y políticos–, *sino en otras razones que tienen que ver más con:* **(I)** el *complejo entramado obligacional* al que se enfrente el juzgador -elemento sustantivo/objetivo-; y **(II)** la forma en cómo el juzgador *decide reparar tal complejo entramado obligacional*, así como *el seguimiento que se dé a la implementación de la orden reparatoria* -elementos subjetivos-.

En ese sentido, se anticipó que los problemas del cumplimiento de las sentencias DESCA "no derivan de un fallo de origen", esto es, que contrario a ciertas percepciones estereotipadas, *la naturaleza estructural de los DESCA no conlleva, en sí y por sí misma, que tales derechos resulten más difíciles de remediar que otros derechos humanos.* En otras palabras, si bien pueden presentarse problemas en el cumplimiento de las sentencias DESCA, lo cierto es que, de ese hecho, no se deriva ni debe derivarse *que éstos tengan "algo" en su composición u ontología que los distinga de los derechos civiles y políticos y que, consecuentemente, provoque su remediación se vuelva más compleja* -no al menos en forma lo suficientemente significativa, para poder hacer una diferenciación tajante entre unos y otros derechos-.

Se dice lo anterior, pues como fue ampliamente razonado en el segundo capítulo de la presente investigación, la pretendida diferencia estructural entre los DESCA y los derechos civiles *ha sido contundentemente refutada.* En esa inteligencia, si las diferencias estructurales y adjudicatorias entre unos y otros grupos de derechos no son sino "ilusorias", entonces, hemos sugerido que la problemática "sustantiva" del

cumplimiento de los fallos judiciales en la materia deriva, en realidad, *del entramado complejo obligacional* que emane del derecho fundamental respectivo -que como ha sido reiterado, puede derivarse indistintamente de cualquier derecho humano, sea DESCA o civil y político-, *y no de la naturaleza del derecho humano adjudicado.*

En esa inteligencia, en el presente capítulo de la presente investigación nos ocuparemos de profundizar en tal aserto. Es decir, comenzaremos con describir y examinar el problema sustantivo que se presenta en la adjudicación de los DESCA -y de hecho, en cualquier derecho humano-, y posteriormente, analizaremos los elementos subjetivos a los que ya se ha hecho referencia. Así, en principio, se confrontará *la idea de obligaciones complejas, contra la diversa de derechos complejos,* concluyendo que, tanto desde la perspectiva jurídico-racional, como empírica, *debe prevalecer aquélla idea sobre la segunda.*

Luego, nos detendremos en el desarrollo de un análisis taxonómico de los distintos débitos que son exigidos al Estado a virtud de los derechos humanos, haciendo una distinción entre cada uno de ellos no sólo respecto a las conductas demandadas, sino sobre todo, *respecto al distinto grado de complejidad que éstas deparan para el Estado; enfocándonos especialmente en la llamada obligación de "garantizar"* -fulfill-, como el caso prototípico de débitos complejos, policéntricos, positivos y onerosos en materia de derechos humanos.

A partir de esa caracterización obligacional, en conjunción con diversas conclusiones que se derivan del decálogo jurisprudencial examinado en el capítulo precedente, desarrollaremos en este último capítulo lo que hemos denominado como el "principio de congruencia remedial", estableciendo sus características y las ventajas que depara el hecho de que, al analizar los problemas de la adjudicación de los DESCA, los Tribunales se enfoquen *no en el tipo de derecho humano en juego* -DESCA o civil y político-, sino *en el tipo de obligación que se ha sido vulnerada por la autoridad estatal, a fin de que, a partir de la naturaleza y tipo del débito exigido,* la Corte pueda emitir una condena y reparación que *sea coherente y apta para atender al grado de complejidad que depara esa obligación a las autoridades estatales.*

Conforme al principio de congruencia remedial, hemos razonado, *lo que determina la naturaleza del remedio*, no es la naturaleza del derecho -DESCA vs Civil y político-*, sino la naturaleza de las obligaciones violadas*. Así, nuestra propuesta es que *el tipo de adjudicación implementada depende del tipo de obligación* que se demande cumplir a la autoridad, de tal suerte que, la exigencia es que *el diseño de la medida remedial sea un reflejo adecuado y congruente con ese grado de complejidad obligacional.* En ese sentido, precisaremos que existe una interacción o necesaria correlación entre el elemento sustantivo -entramado complejo obligacional- y el elemento subjetivo atinente a la arquitectura remedial dictada por el Tribunal.

Una vez examinado lo anterior, en el quinto capítulo nos dedicaremos a reflexionar sobre el segundo *elemento subjetivo* en la adjudicación de los DESCA: a saber, *la manera en cómo se decide dar seguimiento a la implementación de la medida remedial.* Al respecto, derivado del análisis jurisprudencial realizado en el anterior capítulo, deducimos *dos principios adjudicatorios* que pueden ser empleados para superar o al menos mitigar los problemas que se deriven *en la implementación del remedio.*

El primero lo denominamos como el "principio de ductilidad remedial", conforme al cual se postula que la orden judicial no debe entenderse en términos de rigidez e inmutabilidad, sino que *debe ser flexible y sujeta modificaciones, considerando los cambios en las circunstancias políticas, económicas y de otro tipo y, en esa medida, aprovechar las oportunidades para reparaciones más efectivas.* Así, razonaremos las ventajas que conlleva el aceptar la ductilidad de la medida reparatoria ordenada, a efecto de que la violación al entramado complejo obligacional *pueda ser atendida en forma evolutiva y más eficiente*, atento al redescubrimiento de las cuestiones policéntricas que derivan del cumplimiento e implementación de la sentencia.

Ello no sólo permitiría superar el problema de policentricidad de Fuller, o al menos mitigarlo, sino que también es susceptible de generar un esquema reparatorio *que permita a las autoridades responsables acatar de forma más precisa y efectiva sus débitos constitucionales,* lográndose con ello atajar algunas de las objeciones más comunes al *judicial review* en materia de políticas públicas y otros arreglos

institucionales. Esto es, el principio de ductilidad remedial permite que la orden reparatoria pueda ser transformada y mejorada mediante su "actualización", en tanto dicho axioma adjudicatorio de cabida a la continua valoración respecto *a la pertinencia de modificar o transformar algunas de las órdenes remediales a efecto maximizar su eficacia a medida que se van implementando* y, consecuentemente, conforme a la información que se está recabando por y hacia el Tribunal.

Dicho principio *no implica caer en un relativismo remedial,* sino más bien conlleva la aceptación de que *la medida remedial tiene posibilidades de ser perfeccionada y potencializada* acorde a la evolución cronológica de su implementación y los "nuevos desafíos" que se vayan generando en ese proceso de ejecución. La ductilidad, entonces*, fortalece la eficacia y solidez de la medida remedial, al tiempo que permite atender y adaptarse a las distintas "redes relacionales" que derivan del problema policéntrico que se trate.*

Luego, nos dedicaremos a explicar lo que hemos denominado como el "principio de participación social". Conforme al estudio jurisprudencial desarrollado en el capítulo precedente, se sugiere que el carácter dialógico o colaborativo en el diseño y ejecución del remedio *no se reduce a una relación inter-institucional entre el Tribunal y las autoridades responsables, sino que comprende a las personas, grupos o clases interesadas en el cumplimiento de la medida remedial.*

Así, el principio de participación social postula la necesidad de que la "voz" de las personas, grupos o clases interesadas -tanto demandados, como otros sectores sociales más amplios- sea tomada en cuenta a lo largo del procedimiento de implementación remedial que pretende modificar *el status quo* institucional/burocrático respectivo. En ese sentido, los demandantes, víctimas o destinatarios/beneficiarios de aquellas estructuras burocráticas que son objeto del litigio, lejos de ser meros espectadores pasivos del remedio ordenado, *se convierten en importantes colaboradores del Tribunal por lo que hace a la transformación del status quo institucional, es decir, se erigen como verdaderos agentes de cambio.*

Una vez desarrollados los principios adjudicatorios referidos, se reflexionará sobre las limitaciones que presenta el juicio de amparo, como medio de control constitucional, para dar cabida a tales axiomas remediales y, sobre todo, para hacer frente a la justiciabilidad y remediación de las obligaciones complejas en materia de derechos humanos. Finalmente, nos dedicaremos a formular las conclusiones a las que se arriban en el presente trabajo de investigación.

9 ¿Derechos complejos u obligaciones complejas? Hacia un mejor entendimiento de los elementos sustantivos que inciden en el cumplimiento de las sentencias DESCA.

Como se ha venido sosteniendo en páginas precedentes, cuando los problemas del cumplimiento de las ejecutorias, desde el punto sustantivo, pretenden fundarse en el hecho de que se trata de este "tipo", "clase" o "grupo" de derechos humanos -en oposición a los Civiles y políticos-, se está partiendo de un paradigma basado en prejuicios de corte estructural sobre dichos derechos fundamentales, los cuales de hecho, ya fueron objeto de una robusta deliberación y clara superación desde la primera etapa de justiciabilidad de los DESCA -a la cual se ha referido en el segundo capítulo de la presente investigación-.

En efecto, ese anacronismo teórico pretende sustraer la vieja visión de la supuesta dicotomía estructural entre los DESCA y los derechos Civiles y políticos -propia de la primera etapa de justiciabilidad de los DESCA-, para aplicarla ahora al ámbito específico de la implementación y cumplimiento de las sentencias judiciales -tercera etapa de justiciabilidad de los DESCA-, con el propósito de conceptualizar -o mejor dicho distorsionar- a *los DESCA como derechos que resultan, por sí y en sí mismos, derechos complejos de remediar.* En ese sentido, bajo esa visión, toda adjudicación judicial de los DESCA *tendría un alto grado de policentricidad, implicaría conductas positivas-onerosas por parte del Estado y, por ende, con un inherente riesgo de socavar principios democráticos y de división de poderes*.

Es decir, se parte de la suposición de que, mientras los derechos civiles y políticos serían relativamente "sencillos" de adjudicar e implementar judicialmente, los

DESCA en cambio, *se posicionarían como derechos que, por su "propia naturaleza", requieren de remedios complejos para su reparación.* Así, esa supuesta ontología compleja de los DESCA sería la causa de que sus sentencias adjudicatorias se enfrenten a problemas en su cumplimiento.

Sin embargo, tal percepción ontológica *resulta frontalmente contraria al sistema contemporáneo de derechos humanos* y soslaya -tal vez deliberadamente- décadas enteras donde, a través de diversos análisis doctrinarios; de un vasto cuerpo de sentencias nacionales y supranacionales, así como de una pluralidad de instrumentos internacionales, *se ha venido demostrado consistentemente* -incluso hasta el cansancio- *que no existe una diferencia estructural entre los DESCA y los derechos civiles y políticos* –tal y como se ha demostrado en el segundo capítulo de la presente investigación–. En palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "*[t]oda distinción que se establezca entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales constituye una formulación categorizante que se aparta de la promoción y garantía de los derechos humanos*[948]*"*.

Así, retomando a Arendt, el problema no radica en la mera existencia de prejuicios en los saberes humanos -en este caso el Derecho-, sino en el hecho de que l*os prejuicios no sean asumidos como tales*, esto es, en que *al prejuicio se le conciba y se le trate como si fuese un verdadero juicio.* Cuando en la teoría del Derecho prescindimos de los juicios o, más concretamente, *sustituimos el juicio por el prejuicio*, *sin profundizar ni cuestionar el contenido de verdad o falsedad de éste,* se corre el peligro de que las teorías edificadas con base en tales juicios pretéritos *resulten incapaces o inadecuadas para explicar y resolver un determinado problema jurídico*.

Así, consideramos que diversas teorías sobre la adjudicación de los DESCA, a pesar de haber sido formuladas en años recientes*,* esto es, a finales del siglo XX y principios del presente siglo, *se encuentran conceptual y estructuralmente ancladas al pasado y, por ello, los prejuicios relativos a los DESCA no sólo son libremente*

[948] OEA. CIDH. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993.* OEA/Ser.L/V/II.83. 12 marzo 1993.

empleados por sus detentores, sino que se anticipan al juicio e impiden su adecuada formulación. No en vano Roach advirtió que "*los dobles estándares que tratan los derechos socioeconómicos como de segunda clase, incluso si se rechazan en la etapa de derechos [primera etapa de justiciabilidad de los DESCA], podrían resurgir en las decisiones remediales de los tribunales [tercera etapa de justiciabilidad]*[949]*".*

Esto es, parece que los viejos prejuicios de corte estructural de los DESCA -referidos en el segundo capítulo de la presente investigación- que fueron motivo de extensa deliberación y contundente superación en la primera etapa de justiciabilidad de tales derechos, *pretenden volverse a emplear pero ahora en el área específica de remediación judicial,* de tal suerte que, una vez más, se pretenda establecer una brecha dicotómica entre los DESCA y los derechos civiles y políticos, por lo que a su reparación jurisdiccional se refiere, a saber: *que los DESCA entrañan mayores complejidades para su remediación judicial, que los civiles y políticos.*

Es por ello que como se adelantó en el capítulo precedente, asumimos una postura crítica de la teoría de Tushnet respecto a la idea central de que los DESCA sólo podrían o deberían ser justiciables a través de "adjudicaciones débiles". A nuestro juicio, *al centrarse tal teoría adjudicatoria en el grupo al que pertenece el derecho humano en juego* -o en otras palabras, si es DESCA o civil y político- *en lugar del tipo de obligación que deriva del mismo* y que específicamente se exige tutelar en la vía jurisdiccional, genera falsas conclusiones respecto a la forma en que las Cortes deben proceder a emitir la adjudicación respectiva.

En efecto, Tushnet considera que en tratándose de los DESCA -"welfare rights" o "second generation rights"-, el tipo de adjudicación que debe realizarse, para fortalecer tales derechos, debe ser de carácter "débil". A partir de una sólida lectura y análisis de la doctrina de "acción estatal[950]" -state action-, o del "efecto horizontal" de la

[949] Roach, Kent. *The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-economic Rights.* En *Social Rights Jurisprudence […].* op. cit. pág. 58.

[950] Esa doctrina puede ser entendida a grandes rasgos, como el principio general de que, la Constitución de los Estados Unidos y sus derechos fundamentales, aplican solo a la acción estatal, no a la acción privada. La acción estatal, como cuestión de principio, es toda acción gubernamental, es decir, la acción del poder ejecutivo, legislativo y judicial a nivel estatal y federal; La acción privada es toda acción no gubernamental. El resultado práctico del principio es que, independientemente de cuán fuertemente se haya interferido una actividad protegida como un derecho individual

Constitución, Tushnet argumenta que este paradigma resulta analíticamente idéntico a *la adjudicación judicial de los derechos económicos y sociales.*

Ello, pues cuando el Tribunal advierte la existencia de una acción estatal -en el contexto de relaciones entre particulares- u otorga un "efecto horizontal" a los preceptos de la Constitución, lo que en realidad hace es *"cuestionar los derechos precedentes a la propiedad, la contratación o responsabilidad civil extracontractual y, por lo tanto, implementando alguna perspectiva de los derechos sociales o económicos*[951]*".* Y es el hecho de que, a pesar de ello, *"nadie plantea serios cuestionamientos sobre la capacidad de los Tribunales para desarrollar y hacer cumplir la doctrina de acción estatal o efecto horizontal [de la Constitución]"* [952]*.*

Así, para Tushnet, la oposición al reconocimiento de los DESCA y su adjudicación, atañe en realidad a una cuestión de capacidad judicial, más concretamente, se traduce en la preocupación por *"la capacidad de los tribunales para obligar a las ramas políticas a realizar cambios sustanciales en [...] grandes programas de provisiones sociales que requieren alteraciones significativas en la distribución de la riqueza*[953]". Luego, Tushnet establece que tales preocupaciones derivan de la suposición de que la justiciabilidad de los DESCA debe adoptar la forma de "adjudicaciones fuertes" -esto es, órdenes coercitivas y cerradas que deben ser acatadas sin margen de libertad o discrecionalidad, en donde las Cortes tienen la última palabra-.

Sin embargo, continúa razonado este autor, los DESCA pueden y deben resultar justiciables a través de la llamada "adjudicación débil" a virtud de la cual se otorga deferencia y libertad- órdenes abiertas- a las legislaturas u otras autoridades políticas responsables *para que sean éstas quienes decidan cómo implementar la medida reparatoria* -con lo cual se invita a continuas interacciones entre las autoridades responsables y las cortes acerca de cómo cumplir con tales derechos-. Esto es, la adjudicación débil puede ser conceptualizada como aquella forma o sistema de decisión judicial que "*preserva la*

reconocido, si la interferencia se produjo a través de una acción estatal, la Constitución se aplica con toda su fuerza; si se produjo a través de una acción privada, la Constitución no se aplica en absoluto.

951 Tushnet, Mark. *Weak Courts, Strong Rights*. Princenton University Press. New Jersey. 2009. pág. 226.

952 Ídem.

953 Ídem.

autoridad legislativa[954]*",* en tanto busca "*promover un diálogo en tiempo real entre los tribunales y las legislaturas*[955]*"*, de tal suerte que las Cortes no tengan la última palabra sobre la interpretación constitucional y sobre la determinación del incumplimiento a la misma.

La adjudicación débil, por ende, "*invita a repetidas interacciones entre las legislaturas y los Tribunales sobre el significado de la Constitución*[956]". En esa inteligencia, los sistemas de adjudicaciones débiles *"permiten que las legislaturas respondan a las decisiones judiciales al decir que las Cortes erraron en especificar el contenido de los derechos constitucionales sociales o económicos, o insistieron en modos excesivamente expansivos de hacer realidad dichos derechos*[957]". Consecuentemente para Tushnet, en lugar de rechazar la revisión constitucional de algunos casos sobre la base de que aparejarían el análisis de violaciones a los DESCA, las Cortes -sobre todo las estadounidenses- "*deberían estar ejerciendo la adjudicación débil de manera que inviten a soluciones dialógicas con las legislaturas*[958]*".*

El problema de la teoría de Tushnet, como hemos razonado, es que *parte de una visión generalizada o estereotipada de los DESCA*, en donde éstos *se limitan y circunscriben a establecer obligaciones positivas y onerosas,* cuya adjudicación, por ende, *puede afectar principios democráticos al impactar en las políticas públicas y en la locación presupuestaria*. Es precisamente por ello que, a juicio de Tushnet, la adjudicación de los DESCA debe ser "débil", pues con ello, por una parte, se podrían superar los problemas de la incapacidad judicial para emitir decisiones que impacten en la distribución de la riqueza[959] y, por otra, permitiría que la adjudicación de tales derechos "*no tengan mayores implicaciones para el presupuesto gubernamental,*

[954] Ibídem. Prefacio. pág. xi.
[955] Ibídem. pág.43
[956] Ibídem. pág.66
[957] Ibídem. Prefacio. pág. xi.
[958] Ibídem. pág.75.
[959] Vid. Ibídem. pág. 227-228.

que las decisiones judiciales que adjudican derechos de primera generación [civiles y políticos][960]*":*

De hecho, en un reciente ensayo, Tushnet argumentó que la adjudicación de los DESCA puede resultar *tanto un sueño noble, como una pesadilla.* Esta segunda se presenta no tanto porque las Cortes carezcan de la capacidad para adjudicar los DESCA -pueden hacerlo en forma débil o dialógica-, sino debido a que la mayoría las naciones comprometidas con la implementación de los DESCA *"requirieron un desarrollo económico sustancial -un aumento sustancial en el producto nacional bruto-, antes de que el gobierno tuviera los recursos para proveer derechos económicos y sociales*[961]*".*

Tushnet se adscribe a la idea de que, cumplimentar con los derechos civiles y políticos, desde el punto de vista del gasto público, *aunque no es gratuito, sí es barato,* en cambio, acatar los DESCA *"resulta caro*[962]". Por ende, los derechos constitucionales que tienen impactos fiscales significativos, como los DESCA, *"requieren que alguien recaude los fondos […] para garantizar que los derechos constitucionales se realicen de manera efectiva. Pero los tribunales carecen del poder para recaudar dinero a través de los impuestos. Sólo las legislaturas pueden hacer eso*[963]*".* De ahí que la adjudicación fuerte resulte "*inapropiada para los DESCA*[964]".

Luego, nuestro reproche a la teoría adjudicatoria de Tushnet es que, en su formulación y caracterización de los DESCA, *el prejuicio respecto a la naturaleza estructural de tales derechos, claramente se anticipa al juicio e impide su adecuada formulación*. Esto es, Tushnet no se ocupa de cuestionar el contenido de verdad o falsedad respecto al juicio pretérito consistente en que los DESCA son derechos estructuralmente positivos, costosos, sólo de realización progresiva y cuya

[960] Ibídem. Prefacio. pág. xiii.
[961] Tushnet, Mark. *The Inadequacy of Judicial Enforcement […]".* En S. Khurshid, et. al. Bedi (Ed.), *Judicial Review: Process, Powers […]*.op.cit. pág.17.
[962] Tushnet, Mark. *Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review.* Texas Law Review. 2004. pág. 1896.
[963] Ibídem. pág.1897.
[964] Ibídem. pág.1919.

adjudicación judicial conlleva a toda una clase de problemas presupuestales, democráticos y policéntricos.

Luego, la *plena adscripción o sustitución de tal prejuicio por el juicio*, provoca que la objetividad de su teoría adjudicatoria se vea mermada, al basarse, fuertemente, en *una visión estereotipada respecto a la naturaleza estructural de los DESCA que, de hecho, ha probado resultar contundentemente falaz*. Ello en forma alguna significa que dicha teoría carezca de utilidad o valía. Hay una utilidad intrínseca e intelectualmente valiosa tanto en reconocer que, hay más de un tipo de adjudicación en la materia de los derechos humanos, como en analizar sus características y a partir de ello, aportar una propuesta para solucionar diversos problemas que puede deparar la adjudicación de los DESCA.

Es decir, la teoría de Tushnet *no carece de sofisticación, sino de orientación o dirección.* En efecto, como razonaremos más adelante, las adjudicaciones "débiles" -Tushnet-, "experimentales" -Sabel y Simon- o "estructurales" -Fiss-, no deben dirigirse a algún grupo o tipo de derechos humanos en particular -por ejemplo los DESCA-, *sino más bien a ciertos tipos o clases de obligaciones emanadas de éstos.* Es decir, consideramos que la teoría o sistema de adjudicación débil/fuerte, en lugar de encontrarse orientada en función de los derechos, *deben orientarse más bien en función de las obligaciones violadas* -duty oriented, not right oriented-.

Al respecto, resulta ilustrativo el aserto de Tushnet en el sentido de que es altamente cuestionable "*separar artificialmente los derechos de los remedios […] no tiene sentido hacerlo y, de hacerlo, puede resultar efectivamente engañoso*[965]*".* Aplicando análogamente ese razonamiento, estimamos que *no es dable separar artificialmente las obligaciones de los remedios.* Así, se sugiere que debe existir un principio de congruencia entre *el diseño e implementación de la orden remedial y el tipo de obligación que se estimó violada por el Tribunal*. Esta afirmación forma parte de la tesis que se desarrollará más adelante al momento de explicar lo que hemos denominado como el "principio de congruencia remedial".

[965] Ibídem. pág.1909.

Si no superamos la visión estereotipada de los DESCA, *en el sentido de que su adjudicación, en sí y por sí misma, resulta compleja, policéntrica y problemática con principios democráticos y de la división de poderes*, difícilmente podremos ofrecer una teoría adecuada que permita atender al problema del cumplimiento de sus sentencias, en sus justas dimensiones. Seguir generalizando y concibiendo a los DESCA como derechos intrínsecamente "complejos" -a pesar de que también dan lugar a obligaciones negativas y de baja onerosidad-, *implica continuar adscribiéndonos a un anacronismo teórico-jurídico que nos retrotrae a la primera de las etapas de justiciabilidad de los DESCA y, por ende, a la ya superada postura dicotómica entre los DESCA y los derechos civiles y políticos.*

No nos ocuparemos de repetir e ilustrar el por qué resulta artificiosa la dicotomía estructural entre ambos "grupos de derechos" -a ello nos dedicamos en el segundo capítulo de la presente investigación, al explicar la primera etapa de justiciabilidad de los DESCA-, sino que simplemente estimamos necesario aportar ciertas razones complementarias para profundizar en la superación de esa visión estereotipada*, en aras de construir una teoría de adjudicación que resulte más sólida y congruente* -que la basada u orientada en la naturaleza del derecho en juego- *para explicar los problemas sustantivos del cumplimiento de las sentencias DESCA y dar respuesta a ellos.*

Más concretamente, consideramos menester dejar por sentado que, en tratándose de la adjudicación y remediación de los derechos humanos, *no debemos hablar de derechos complejos, sino de obligaciones complejas que, de hecho, se presentan tanto en los DESCA, como en los civiles y políticos.* De tal suerte que estimamos que, si bien existen elementos sustantivos que inciden en el debido acatamiento de las sentencias en materia de derechos humanos, lo cierto es que éstos *conciernen más bien al tipo de obligación específica que se trate de cumplir y no al derecho mismo.* Por ende, más que analizar y concentrarnos en el tipo o grupo al que pertenece el derecho humano "en juego" -DESCA o civil y político-, *fuerza es analizar el contenido o tipo de obligación respectiva que se exige al Estado cumplimentar a través de la vía jurisdiccional.*

Es así, pues como fue explicado en el segundo capítulo de la presente investigación, las pretendidas divergencias estructurales entre ambos derechos, *al ser enfrentadas contra la vasta evidencia en la materia de los derechos humanos, resultan embarazosas.* Tanto los DESCA, como los civiles y políticos se componen de un rico andamiaje obligacional que *impone tanto débitos positivos, como negativos; tanto costosos, como de baja onerosidad, tanto individuales, como institucionales.* Todos los derechos, no sólo los DESCA, *constituyen bienes públicos que se vuelven posibles a través de instituciones públicas* -y no simplemente mediante conductas de abstención de las autoridades-.

La complejidad en su remediación jurisdiccional, por ende, *no depende del "pedigrí" con el que cuente el derecho en juego* -si es DESCA o civil y político-, *sino del tipo de obligación exigida al quehacer estatal.* Ni los derechos Civiles y políticos pueden caracterizarse sólo como derechos negativos, de abstención no onerosos, ni los DESCA pueden categorizarse como sólo derechos positivos, de prestación y costosos.

Todos los derechos humanos *contienen tanto obligaciones de cumplimiento "sencillo", como de carácter "complejo",* que implican tanto la mera abstención de la autoridad, como una conducta proactiva tendiente a la edificación de instituciones y estructuras públicas destinadas a garantizar tales derechos fundamentales, así como la consecuente asignación de recursos públicos para tales propósitos.

En efecto, contrario a lo aducido por los opositores de los DESCA, existen muchísimos ejemplos de obligaciones negativas derivadas de estos derechos *que pueden ser fácilmente cumplimentadas*, bastando para ello que la autoridad respectiva se abstenga de "interferir" con el ejercicio o goce del DESCA de que se trate -muchos de ellos ya han sido referidos en capítulos precedentes-. Siendo que el cumplimiento de esas obligaciones "sencillas" *no depara costes significativos para el Estado, ni mayores complejidades para su adjudicación por parte de los Tribunales.*

A su vez, la existencia de *obligaciones complejas generadas a virtud de los derechos Civiles y políticos* ha sido expresamente reconocida por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, al interpretar el artículo 2, párrafo 1, del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos conforme al cual, los Estados Parte no sólo se encuentran constreñidos a "respetar" tales derechos, sino que además deben "*garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto*[966]". Ello conlleva *tanto el despliegue de obligaciones positivas, como la erogación de recursos significativos por parte del Estado.*

De ello se deduce que no existen, como tal, grupos o tipos de derechos humanos complejos, *lo que sí existen son obligaciones complejas en materia de derechos humanos y,* es el hecho, que *ningún tipo, grupo o clase de derechos tiene el monopolio sobre éstas*. De ahí que, se insiste, toda explicación acerca de los problemas del cumplimiento de los DESCA, n*o debería prescindir de reconocer la paridad obligacional entre ambos grupos de derechos humanos.*

Más aún cuando la referida concepción dicotómica no sólo resulta errada desde el punto de vista jurídico-racional -por las razones ya expuestas en el segundo capítulo de la presente investigación-, *sino también desde el punto de vista empírico*. Es así, pues la experiencia contemporánea en el cumplimiento de las sentencias en materia de derechos humanos, *resulta antitética* a la visión estereotipada y prejuiciosa de la supuesta complejidad remedial de los DESCA, en oposición a la pretendida sencillez en la implementación y cumplimiento de las sentencias atinentes a los derechos civiles y políticos. Como bien lo afirman Langston, Garavito y Rossi, *"contrario a cierta literatura, la evidencia no sugiere que la implementación de las sentencias de los derechos económicos y sociales sea más difícil respecto a la*

[966] ONU. Comité de derechos Humanos. Observación General No. 36 (2018) sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 30 de octubre 2018. CCPR/C/GC/36. párr.21.

diversa en materia de derechos civiles en políticos[967]". El patrón cumplimiento de ambas clases o grupos de derechos "*presenta una enorme variación*[968]*".*

De hecho, la investigación empírica sobre la implementación de los fallos en materia de derechos civiles y políticos, "*indica que existen considerables desafíos para la ejecución de [dichas] sentencias*[969]*"*. Es por ello que Çali y Koch afirman que, en el ámbito de la implementación judicial de los derechos civiles y políticos, se cuentan con *"abundantes ejemplos de casos que solo pueden realizarse a través de un compromiso estatal activo, prolongado y complejo*[970]". Máxime que la obligación del derecho internacional consuetudinario de prevenir futuras violaciones *"socava aún más el estereotipo de la aplicación de remedios fáciles para los derechos civiles y políticos, e inversamente, remedios complejos para los derechos económicos y sociales*[971]*".*

De tal suerte que, si bien la implementación de ciertos remedios para la violación de los DESCA es susceptible de aparejar un proceso complejo sujeto a la negociación e interacción de una multiplicidad de actores, lo cierto es que "*los remedios para las violaciones graves y sistemáticas a los derechos civiles y políticos también se enfrentan a problemas similares*[972]". El caso Brown vs Plata analizado en el capítulo precedente, acerca del hacinamiento carcelario, es un claro ejemplo de ello.

En estos casos, de obligaciones complejas derivadas de los derechos civiles y políticos, la remediación de su transgresión "*depende crucialmente de la disponibilidad de recursos y pueden requerir decisiones presupuestales que prioricen un área de política pública sobre otra -un requerimiento frecuentemente criticado por los oponentes a la justiciabilidad de los DESCA-*[973]". Por ejemplo, las medidas que han tenido que tomar los Estados para "garantizar" el derecho a la verdad después de

---

[967] Langston, Malcom et al. *Introduction: From Jurisprudence to Compliance*. En *Social Rights Judgements […].* op.cit. pág. 20.
[968] Ídem.
[969] Çali, Başak y Koch, Anne. *Explaining compliance: Lessons learnt from civil and political rights*. En *Social Rights Judgements […].* op.cit. .pág. 46.
[970] Ibídem. pág. 47
[971] ídem
[972] ídem
[973] Ibídem. pág. 48.

graves violaciones a los derechos civiles y políticos, *"demandan un proceso a largo plazo en lugar de remedios únicos, involucrando medidas creativas y a menudo no predeterminadas*[974]*":*

Como lo ha sostenido la Corte Constitucional Sudafricana, las supuestas dicotomías remediales entre ambos tipos de derechos no se sostienen en la práctica, pues si bien es verdad que *"la inclusión de los derechos socioeconómicos puede dar lugar a que los Tribunales dicten órdenes que tengan implicaciones directas en materia presupuestaria. Lo cierto es que, incluso cuando un Tribunal adjudica derechos civiles y políticos [...] la orden que dicte a menudo conllevará tales implicaciones*[975]*".*

En esa misma línea de pensamiento, Roach sostiene que la postura dicotómica sobre la suficiencia de *remedios simples* para las violaciones a los derechos políticos y civiles, y la necesidad de *remedios complejos* para las transgresiones a los DESCA "*subestima dramáticamente las complejidades remediales que se encuentran presentes en la adjudicación de los derechos políticos y civiles*[976]*".* Luego, una dicotomía rígida entre remedios simples para los derechos civiles y políticos, por una parte, y remedios complejos para los DESCA, por otra, "*ignora la creciente interdependencia entre el derecho interno e internacional y el cambió dialógico en el derecho constitucional en muchos países*[977]*".* De ello se desprende que, para ser efectivos, *"[m]uchos derechos políticos y civiles tradicionales requieren un remedio complejo y dialógico con implicaciones distributivas*[978]*".*

Incluso, si bien podría pensarse que, a diferencia de lo que acontece con los derechos civiles y políticos, la adjudicación y el *cumplimiento de sentencias en materia de DESCA se encuentra provista de una cierta resistencia ideológica por parte del Estado*, lo cierto es que la contención de que, implementar los derechos civiles y políticos apareja menos problemas ideológicos que en el caso de los

---

974 Ibídem. pág. 47

975 Liendberg, Sandra. *South Africa. Adjudicating Social Rights Under a Transformative Constitution*. En *Social Rights Jurisprudence […].* op. cit. pág. 77.

976 Roach, Kent. *The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-economic Rights.* En *Social Rights Jurisprudence […].* op. cit. pág. 46.

977 Ídem.

978 Ibídem. pág.58.

DESCA, *tampoco supera un análisis estricto en la materia*. Ello, pues ambos grupos de derechos aparejan tópicos que frecuentemente encuentran una fuerte oposición ideológica, tanto en la sociedad, como por quienes detentan el poder. Casos en materia de derechos civiles y políticos como *matrimonio "igualitario", aborto, despenalización de drogas o acciones afirmativas en beneficio de minorías, difícilmente se encuentran libres de contención ideológica.*

En efecto, tal y como lo sostienen Çali y Koch, la experiencia de la implementación de los derechos civiles y políticos evidencia que, sentencias de casos comunes en la materia, como lo son las relativos a discriminación -raza, religión o preferencia sexual-, objeción de conciencia y al principio de no devolución en materia de refugiados, *"constituyen zonas de fuerte disputa ideológica entre varias facciones políticas dentro de los Estados*[979]". De ahí que, "*[n]o existe evidencia que sugiera que la disputa ideológica por razones culturales, políticas, sociales o morales [civiles y políticas] sea menos significativa que la atinente a la economía política [DESCA]"*[980].

Como se ha visto, el aseverar que los DESCA son "derechos complejos" de remediar, en oposición a la "sencillez" de reparar los derechos civiles y políticos, soslaya -tal vez deliberadamente- el amplio cuerpo de instrumentos internacionales en la materia; los extensos análisis académicos sobre la naturaleza de los DESCA, así como la vasta experiencia jurisprudencia internacional, regional y nacional que *refutan de manera contundente esa visión dicotómica del andamiaje estructural de los derechos humanos.*

Atento a lo anterior, es dable concluir que no existen *grupos o clases de derechos humanos más complejos de reparar que otros, sino lo que en realidad se presentan son tipos de obligaciones más complejas que otras* -y que derivan de todos y cada uno de los derechos humanos-. Por ende, es menester reparar en éstas.

[979] Çali, Başak y Koch, Anne. *Explaining compliance: Lessons learnt from civil and political rights*. En *Social Rights Judgements […].* op.cit. .pág. 48.
[980] Ídem.

10. Obligaciones complejas. Análisis taxonómico de los débitos en materia de derechos humanos.

Una vez que se ha confrontado la idea de obligaciones complejas, contra *la diversa de derechos complejos,* y habiéndose concluido que, tanto desde la perspectiva jurídico-racional, como empírica, *debe prevalecer aquella idea sobre la segunda,* es oportuno hacer algunas reflexiones respecto a los débitos complejos en la materia de los derechos humanos. Con relación a ello y, de manera preliminar, es oportuno tener en cuenta que cuando se hace alusión al vocablo "obligación", desde el punto de vista jurídico, se está haciendo referencia, a grandes rasgos, a la "*condición de una persona [física o moral] a quien la ley le ordena hacer o no un acto*[981]*".* Así, la obligación se traduce en el vínculo jurídico por el cual se le constriñe a una persona realizar una determinada conducta.

Luego, es común que la ley proteja a ciertos derechos "*imponiendo deberes a otras personas, cuyo debido desempeño evitará o tenderá a impedir cualquier menoscabo a estados fácticos jurídicamente protegidos*[982]". De tal suerte que, cuando se impone un deber para proteger un cierto derecho, se dice que *existe una correlación entre ese derecho y el débito respectivo*.

Para Bingham, los elementos de la obligación jurídica consisten en los siguientes**: (I)** la existencia de la persona o grupo en cuyo favor se establece el débito –acreedor– ; **(II)** la existencia del sujeto contra quien se establece la obligación –deudor–; **(III)** el establecimiento de la forma o formas en que se dará cumplimiento al deber –la acción u abstención a realizar–; y **(IV)** las plausibles consecuencias del incumplimiento del débito impuesto –condena y reparación–[983].

En tratándose de los derechos humanos, es evidente que su reconocimiento por el derecho positivo impone ciertos deberes al Estado, en cuya realización se concreta

[981] Terry, Henrry T. *The Correspondence of Duties and Rights*. The Yale Law Journal, Jan., 1916, Vol. 25, No. 3 (Jan., 1916), pág. 172.
[982] Ibidem. Pág. 174.
[983] Bingham, Joseph W. *The Nature of Legal Rights and Duties*. Michigan Law Review , Nov., 1913, Vol. 12, No. 1 (Nov., 1913), pág. 17.

su ámbito de cumplimiento. En efecto, *"si existe un derecho humano a algo, luego, también existe un deber de establecer y mantener instituciones imparciales, eficientes y confiables para supervisar su implementación y protegerla de violaciones*[984]*".*

En palabras de Massini, la expresión derechos humanos "*hace referencia a una facultad o poder jurídico, a través del cual se puede exigir -jurídicamente- de los restantes sujetos jurídicos, ya sea una prestación activa, ya sea una abstención*[985]*".* A todo derecho humano, corresponde pues, un correlativo "deber humano", sin el cual *"los derechos no pueden pensarse y, es casualmente esa precisión una de las que resultan más necesarias para que pueda hablarse de derechos con un mínimo de propiedad*[986]*".*

A pesar de que somos plenamente conscientes que los derechos humanos generan obligaciones, *"nuestra aproximación a los derechos tiende a concentrarse en su estructura, en particular en el contenido deóntico habilitado por el derecho para el sujeto activo del mismo*[987]*".* Por ende, como reflexiona Acuña, el énfasis en remarcar aquello que los derechos permiten o habilitan, "*tal vez haya provocado un menor interés por analizar aquello que los derechos imponen, es decir, se ha tendido a descuidar el análisis de las obligaciones*[988]*".*

Este descuido en el examen obligacional ha sido elocuentemente analizado por O´ Neil, quien sugiere que "*en el siglo XX ocurrió un cambio trascendental cuando los derechos, más que los deberes, llegaron a ser vistos como algo fundamental para la justicia*[989]*".* Si bien "*otorgar prioridad a los derechos no deroga las obligaciones,*

---

[984] Fredman, Sandra. *Comparative Human Rigths Law.* op.cit. pág. 40.
[985] Massini Correas, Carlos I. Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida. Ensayos sobre la contemporánea ética del derecho. Ed. Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ciudad de México, 2020. pág. 95.
[986] Ibidem. 107
[987] Acuña, Juan Manuel. *Los deberes de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.* En *El artículo 1o. constitucional Una teoría de los derechos humanos*. Ramírez García, Hugo S. y Soberanes Díez, José María (Coord.). Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ciudad de México, 2021. pág. 244.
[988] Ídem.
[989] O´Neil, Onora. *Justice without Ethics: A Twentieth-Century Innovation?* En *The Cambridge Companion to the Philosophy of Law.* Tasioulas, John (Ed). Cambridge University Press. Cambridge, 2020. pág. 136.

ya que los derechos requieren que otros lleven a cabo los deberes correlativos[990]*"*, lo cierto es que un análisis centrado en los derechos resulta *insuficiente para comprender rectamente lo que ese derecho realmente exige al destinatario o sujeto obligado por el mismo.* Es decir, una visión derecho-céntrica genera un estudio sesgado del contenido y alcance de tal derecho, *al no poner debida atención en las conductas que, justamente, pueden ser exigidas a virtud del mismo.*

En otras palabras, reconocer o proclamar derechos *"sin especificar los deberes de correlativos necesarios y asignarlos a los destinatarios competentes, deja incertidumbre respecto a qué acción se requiere y de quién*[991]*".* En ese sentido, es fundamental emplear un enfoque obligacional en el análisis de los derechos humanos, pues los deberes "*especifican y detallan las conductas necesarias para dar cumplimiento a un derecho determinado"*[992].

Sobre todo si se tiene en cuenta que las obligaciones y deberes en materia de derechos humanis "*no son [simplemente] expresiones genéricas, abstractas, […] que las autoridades pueden precisar y completar a su antojo o no hacerlo"*[993]*,* sino que tales débitos "*reenvían a un complejo y rico entramado obligacional detallado en sentencias, observaciones generales, recomendaciones y diversos productos normativos del sistema internacional y regional de derechos humanos*[994]*".* Las obligaciones genéricas nos permiten comprender *la complejidad deóntica* contenida en los derechos y, por ende, un enfoque centrado en las obligaciones "*refuerza la idea de continuidad entre derechos, evitan la segmentación y afirman el principio de interdependencia*[995]*".*

Ahora bien, una vez precisado lo anterior es menester analizar los "tipos" de obligaciones que emanan de los derechos humanos. En general, diversos teóricos

---

[990] Ibidem. 141.
[991] Ibidem. 141.
[992] Acuña, Juan Manuel. *Los deberes de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.* En *El artículo 1o. constitucional […]* op.cit. pág. 245.
[993] Ídem.
[994] Ídem.
[995] Ibidem. 248.

del derecho y algunos Tribunales conciben o clasifican a los débitos emanados de los derechos humanos, en dos grandes grupos: *positivos y negativos*. Así, se establece, acertadamente, que todos los derechos humanos *exigen tanto abstenciones como actuaciones por parte de la autoridad* estatal, para poder ser cumplimentados.

Sin embargo, estimamos que una tipología más adecuada, al menos, para efectos del desarrollo de la presente investigación, es aquella que ha venido surgiendo en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sobre todo a través de la interpretación de diversos Tratados Internacionales que han realizado los órganos creados a virtud de esas propias convenciones, esto es, los diversos Comités de Derechos Humanos. En efecto algunos autores y el Comité DESCA, se han decantado por establecer una calificación tripartita de tales débitos, a saber: **(I)** el deber de "*respetar*"; **(II)** el deber de "*proteger*"; y **(III)** el deber de "*garantizar/cumplir*" -fulfill-.

Esta calificación obligacional, como adecuadamente reflexiona Serrano, presenta ciertas variaciones conceptuales, como se desprende del siguiente cuadro analítico que retomo del trabajo de tal autora[996], y al cual simplemente agregó la propuesta de Sandra Fredman:

Tipología de las obligaciones en materia de Derechos Humanos

Propuesta:	Obligaciones				
Shue	No privar	Proteger contra la privación	Ayudar en caso de privación		
Eide	Respetar	Proteger	Satisfacer	Proveer	
Van Hoof	Respetar	Proteger	Asegurar		Promover
Steiner y Alston	Respetar	Proteger/Prevenir	Crear maquinaria institucional	Proveer bienes y servicios	Promover

[996] Serrano, Sandra. *Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derecho*s. En *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo et. al. (Coord). Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fundación Konrad Adenauer. Ciudad de México. 2013. pág. 102.

Comité DESCA	Respetar	Proteger	Garantizar		
			Satisfacer	Proveer	Promover
Comité DH	Respetar	Garantizar y adoptar medidas			
		Proteger	Asegurar	Promover	
Corte Interamericana	Respetar	Garantizar y adoptar medidas			
		Proteger	Crear Instituciones e investigar, sancionar y reparar		Promover
Fredman	Respetar	Proteger	Garantizar		
Artículo 1 de la Constitución Mexicana	Respetar	Proteger	Garantizar	Promover	

Como se desprende del anterior cuadro, existen ciertas variantes conceptuales respecto a la taxonomía de las obligaciones en materia de derechos humanos, *sobre todo, respecto al alcance que se le quiera dar al deber de "garantizar*"; ya que éste puede comprender, a su vez, débitos de satisfacer, proveer y promover -como en el caso del Comité DESCA, el Comité de Derechos Humanos y en la propuesta de Fredman-, y hay quienes tratan a cada uno o algunos de estos débitos separadamente. Asimismo hay quienes entremezclan la obligación de proteger, con la de garantizar. Con todo, es claro que *se presentan más coincidencias que disidencias, respecto a cada una de tales taxonomías.*

De ahí que, por su simplicidad, en el presente trabajo de investigación se empleará la tipología obligacional tripartita de la profesora Fredman que *es coincidente con la diversa que es utilizada por el Comité DESCA*. En ese sentido, como se adelantó, sólo haremos referencia a tres grandes obligaciones: *respetar, proteger y garantizar*. A partir de ello, precisaremos el alcance de cada una de éstas. Sin perjuicio de ello, se considera menester adelantar que, a diferencia de algunos autores y para efectos de esta investigación, dentro de la obligación de "proteger" *no entenderemos comprendido el deber de crear el marco jurídico y la maquinaria institucional necesaria para prevenir las violaciones a derechos humanos cometidas por particulares.*

Es así, ya que el débito de construir instituciones y estructuras burocráticas para asegurar el goce de los derechos humanos, *ya sea contra particulares o agentes estatales, corresponderá a la obligación de "garantizar".* Luego, cuando hablamos de la obligación de "proteger", nos estaremos refiriendo básicamente a dos acciones: **(I)** al actuar del Estado para prevenir que terceros afecten los derechos humanos; y **(II)** a investigar, sancionar y reparar aquellas violaciones a los derechos humanos generadas por particulares.

Realizadas las anteriores precisiones, no se inadvierten las críticas que algunos juristas han elevado contra la taxonomía obligacional tripartita a la que nos hemos referido -sobre todo en el contexto de su empleo en las Observaciones Generales emitidas por el Comité DESCA-[997]. Es cierto, por ejemplo, que de no precisarse y delimitarse adecuadamente las obligaciones de "respetar", "proteger" y "garantizar", se *corre el riesgo de crear vacíos en la determinación de los alcances de la responsabilidad del Estado*. Asimismo, también lo es que existen casos en que tales obligaciones *se traslapan e impiden una caracterización o clasificación rígida entre ellas.*

Como lo señalan Langford y King, las críticas a tal tipología obligacional tripartita, apuntan, a grandes rasgos: **(I)** hacia la necesidad de que "*la aplicación [por parte de los Comités de Derechos Humamos] de los conceptos [respetar, proteger o garantizar] resulte clara*[998]*"* y; **(II)** a que los Comités de Derechos Humanos reflexionen sobre la necesidad de *extender o ampliar tales nociones para poder atender en forma adecuada los problemas contemporáneos más importantes* para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos -por ejemplo, que la obligación de "proteger" pueda ser empleada para el caso de la privatización del agua potable-.

Sin embargo, estimamos oportuno aclarar que, sin perjuicio de tales oportunas observaciones, el empleo de tal taxonomía obligacional en el presente trabajo de investigación *apareja una importante utilidad ilustrativa y pedagógica,* a efecto de explicar, de forma más entendible, *la distintas complejidades que depara para el*

[997] Para un mayor desarrollo de esa crítica, véase Langford, Malcom y King, Jeff. *Comittee on Economic, Social and Cultural Rights*. En *Social Rights Jurisprudence […].* op. cit. págs. 484-486.
[998] Ibidem.. pág. 486.

Estado el cumplimiento de diversas obligaciones en materia de derechos humanos -sean DESCA o civiles y políticos-, y consecuentemente, *la repercusión de éstas en la forma en que las Cortes reparan tales derechos fundamentales.*

En otras palabras, consideramos que *la diversa clasificación bipartita entre obligaciones positivas y negativas, resulta insatisfactoria para ilustrar los distintos "grados de complejidad" que se presentan entre las diversas obligaciones que derivan de los derechos humanos*. En efecto, como aduce Shue en su trabajo seminal, la posición dicotómica entre obligaciones positivas y negativas *"es considerablemente más compleja de lo que parece*[999]*".*

Ello, pues si bien podría decirse que, por regla general, sería más complejo para el Estado cumplir con una obligación positiva, que con una obligación negativa en materia de derechos humanos, lo cierto es que, *aún entre obligaciones positivas, existen gradas de complejidad diferenciadas, cuya adecuada identificación resulta de suma utilidad para desentrenar el alcance de la responsabilidad estatal en esta materia.*

Esto es, *no todas las obligaciones positivas comportan la misma dificultad para el Estado*. Por ejemplo, en tratándose del derecho a la vida, la complejidad que conlleva cumplimentar con la *obligación positiva-adjetiva* consistente en que se realicen las averiguaciones necesarias para esclarecer las razones de la privación de la vida de una persona, *no resulta equiparable a la diversa obligación positiva-sustantiva del Estado de crear todos los mecanismos e instituciones necesarios para prevenir, en la medida de lo posible, que las personas no sean privadas de su vida a manos de organizaciones criminales.*

En esa inteligencia, estimamos que, por una parte, la taxonomía tripartita de las obligaciones de "respetar", "proteger" y "garantizar", permite distinguir más adecuadamente los distintos débitos y complejidades que depara para el Estado el cumplimiento de los derechos humanos, pues precisamente, como se verá en

[999] Shue, Henry. *Basic Rights. Subsistence, Affluence & U.S. Foreign Policy*. Princeton University Press. Princeton. 40th Anniversary Edition. 2020. Pág. 35

seguida, *tal clasificación no se limita a distinguir entre deberes de acción y omisión,* sino que delimita y precisa los alcances de cada una de esas conductas y, por otra, advertimos que dicha clasificación obligacional crecientemente se ha convertido *en un estándar aceptado y empleado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* -sobre todo a través de las Observaciones Generales y otros documentos emitidos por el Comité DESCA-; de ahí que, con independencia de las imperfecciones que puedan atribuírsele, *constituye un parámetro obligacional sumamente útil para entender y profundizar sobre los débitos complejos en materia de derechos humanos.* Luego, procedemos a explicar cada una de estas obligaciones.

10.1. La obligación de respetar.

La obligación de "respetar" puede ser entendida como el débito *más inmediato y básico* de los derechos humanos, en tanto que implica que la autoridad no debe *interferir o poner en peligro los derechos.* Esta obligación se cumple por parte del Estado *mediante abstenciones y se violenta a través de acciones.* La existencia de obligaciones de "respetar" se basa en el hecho de que el ejercicio de la función pública encuentra límites en los derechos humanos que proscriben su actuación en ciertas esferas.

En esa inteligencia, puede entenderse a este débito como "*la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente […] los derechos*"[1000]. Es decir, la obligación de respetar le exige a la autoridad una obligación de *no interferir, no privar, no entorpecer, no afectar* los derechos humanos. En otras palabras, la obligación de proteger es "*el tipo de deber más pasivo posible*[1001]" en tanto entraña una obligación de, simplemente, no tomar acciones que priven a las personas de sus derechos fundamentales. Así, esta obligación no requiere *más que la abstención de las autoridades de realizar una acción que afecte los derechos de los gobernados.*

[1000] Ferrer, Mac-Gregor y Pelayo, Molller Carlos María. *Artículo 1. Obligación de respetar los derechos.* En *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada.* Steiner, Christian y Uribe, Patricia (Coord.). México, Suprema Corte de Justicia de la Nación; Colombia, Fundación Konrad Adenauer. 2014. pág.42
[1001] Shue, Henry. *Basic Rights […]. op.cit*. pág 55.

La obligación de respetar *"requiere que el Estado se abstenga de interferir directamente o indirectamente con el goce del derecho*[1002]*".* Como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la obligación de respetar los derechos humanos parte de la afirmación de la existencia de *"esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente"*[1003]*.*

Así, en el respeto de los derechos humanos*, "está necesariamente comprendida la noción de la restricción en el ejercicio del poder estatal*[1004]*".* En suma, dicha obligación entraña *el paradigma prototípico de las obligaciones negativas*. Por ejemplo, conforme a la obligación de respetar, el Estado debe *abstenerse de censurar ciertas expresiones, de privar ilegalmente de la vida a las personas o de realizar desahucios forzados*.

10.2. La obligación de proteger.

En cambio, el deber de "proteger" puede ser entendido como una obligación positiva dirigida a los agentes estatales *para prevenir y resguardar contra las violaciones a derechos humanos cometidas por particulares.* En ese sentido, el Estado no sólo debe abstenerse de violar los derechos humanos, sino que *"también debe proteger a una persona de la violación a sus derechos por parte de terceros, ya sean particulares, corporaciones u otras entidades no estatales*[1005]*".* Luego, la obligación de proteger *"requiere a los Estados prevenir que terceros interfieran, en cualquier forma, con el goce del derecho*[1006]*".*

Esto supone, en un primer nivel, *"tanto una conducta de vigilancia hacia los particulares […] como […] llevar a cabo tal vigilancia y reaccionar ante los riesgos para prevenir violaciones*[1007]*".* En un segundo nivel, tal débito implica "*el accionar*

[1002] Fredman, Sandra. *Comparative Human Rigths Law.* op.cit. pág. 66

[1003] Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Hondura*s. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. párr. 165

[1004] ídem.

[1005] ONU. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *Derechos civiles y políticos: El comité de derechos humanos*. Folleto informativo N.º 15 (Rev. 1). pág. 5.

[1006] Fredman, Sandra. *Comparative Human Rights Law.* op.cit. pág. 66

[1007] Serrano, Sandra. *Obligaciones del Estado […].* En *Derechos humanos en la Constitución […]*. op.cit. pág. 108.

del Estado cuando una persona se encuentra en riesgo real e inminente de ser violados sus derechos por un particular"[1008]. Así, un ejemplo de la obligación de respetar estriba en la obligación positiva de las autoridades de "*tomar medidas operacionales preventivas para proteger a un individuo cuya vida se encuentre bajo riesgo de sufrir actos criminales de otro individuo[1009]"*.

En los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en dos mil once, se afirmó que los Estados deben, entre otras cosas**,** *"proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros[1010]*", por ejemplo adoptando *"medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos[1011]".*

Por ende, la obligación de los Estados *"de proteger los derechos humanos y regular las actividades de terceros, y las responsabilidades de los agentes no estatales pasan por tanto cada vez más a un primer plano[1012]".* Las obligaciones primordiales en materia de derechos humanos incumben al Estado, *"y éste debe garantizar que los agentes no estatales, incluidas las personas, no pongan en peligro el disfrute de los derechos humanos[1013]".*

Piénsese en el derecho humano a un medio ambiente sano. Es claro que si existen empresas que constantemente están afectando el ecosistema mediante actos contaminantes, el *Estado no puede simplemente cruzarse de brazos,* sino que tiene que desplegar sus facultades de fiscalización y en su caso sanción, *a fin de que*

[1008] ídem.

[1009] Corte IDH. Voto concurrente del Juez Diego Garcia-Sayan en el caso Gonzáles y otras ("campo algodonero") vs. México, de 16 de noviembre de 2009. párr.6

[1010] ONU. Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox. 30 de diciembre de 2013. párr. 59.

[1011] Ídem.

[1012] ONU. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, Catarina de Albuquerque. 5 de agosto de 2013. párr. 44.

[1013] ONU. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, Catarina de Albuquerque. 1 de julio de 2009. párr.68.

proteja a las personas contra la degradación continua en materia medioambiental que tales entes privados están provocando por sus actividades industriales.

10.3. La obligación de garantizar.

Finalmente, la obligación de "garantizar" o "realizar" -fulfill- los derechos humanos puede entenderse como el deber de "*adoptar las medidas que se precisen para crear un entorno necesario y propicio en el que puedan realizarse plenamente los derechos*[1014]*".* Se trata aquí también de una obligación positiva que puede exigir la adopción por el Estado Parte de medidas importantes, entre ellas *"la asignación de recursos apropiados, para cumplir sus obligaciones*[1015]" en virtud del derecho humano de que se trate.

A diferencia de las anteriores dos obligaciones, la de garantizar tiene por objeto "*realizar el derecho y asegurar para todos la habilidad de disfrutar de todos los derechos*[1016]*"*. Por ello, Serrano afirma que la obligación de garantizar los derechos es "*aún más compleja que las anteriores [respetar y proteger] y también tiene un margen de indeterminación más amplio*[1017]". En efecto, como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta obligación implica el deber de los Estados de "*organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*[1018]*"*.

En ese sentido, es una obligación dirigida a los agentes estatales en el marco de sus respectivas funciones para "*crear el marco jurídico y la maquinaria institucional necesaria para prevenir las violaciones a derechos humanos cometidas por particulares y por agentes estatales"*[1019]*.* Como consecuencia de esta obligación los

---

[1014] ONU. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *Derechos civiles y políticos: El comité de derechos humanos*. Folleto informativo N.º 15 (Rev. 1). pág. 5.
[1015] Ídem.
[1016] Serrano, Sandra. *Obligaciones del Estado […].*En *Derechos humanos en la Constitución […]. op.cit.* pág.111.
[1017] Ibídem. pág. 112.
[1018] Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Hondura*s. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. párr. 166.
[1019] Serrano, Sandra. *Obligaciones del Estado […].*En *Derechos humanos en la Constitución […].* op.cit. pág. 107.

Estados "*deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos […] y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos"*[1020].

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, entonces, "*no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*[1021]*".*

En efecto, esta obligación "*supone el deber de […] hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado*[1022]*".* Dentro de ello, se incluye el débito estatal de *proveer* a las personas toda la información necesaria para asegurar que sean capaces de disfrutar el derecho, pero también el deber de garantizar que sepan cómo ejercer mejor esos derechos. Es decir *"por una parte, que las personas conozcan sus derechos y los mecanismos de defensa y, por otra, avanzar en la satisfacción del derecho*[1023]*".* Ello, entre otras cuestiones, "*requiere una perspectiva que considere a las personas como titulares de los derechos y no como beneficiarios de programas sociales*[1024]*".* De ahí que la *promoción* debe tender al empoderamiento de las personas y sus derechos.

Es por ello que *la complejidad del deber de garantizar es mayor a las de respetar y proteger*, en tanto precisa de una perspectiva global sobre los derechos humanos en el país. Para ello se requiere: **(I)** adoptar medidas, esto es, la "*creación y adecuación de la infraestructura legal e institucional de la que depende la realización de los derechos*[1025]*"*; **(II)** proveer a las personas "*con los recursos materiales*

[1020] Ídem.
[1021] Ibidem. pág. 167.
[1022] Ferrer, Mac-Gregor y Pelayo, Mollller Carlos María. *Artículo 1. Obligación de respetar los derechos*. En Convención Americana […]. op.cit. pág.49
[1023] Serrano, Sandra. *Obligaciones del Estado […].*En *Derechos humanos en la Constitución […]*. op.cit. pág.119.
[1024] Ídem.
[1025]Ibidem. pág.112.

necesarios para que logren disfrutar los derechos[1026]"; y **(III)** la restitución de los derechos violados, para lo cual se hace necesario "*realizar una investigación y sancionar la conducta violatoria*[1027]*".*

La obligación de garantizar, entonces, no sólo conlleva *una inherente creación, revisión y ejecución de medidas estructurales o institucionales* por parte del Estado, a fin de realizar los derechos humanos, sino que además, *a ello se apareja un necesario grado de "eficacia" de tales arreglos institucionales*. Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que, no sólo la creación o expedición de leyes *garantizan los derechos humanos*, sino que adicionalmente a ello se requiere "*el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados*[1028]*".* En consecuencia, "*la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada*[1029]*".*

Esa noción de *eficacia institucional* en la tutela de los derechos humanos se encuentra expresamente reconocida en los llamados "Principios de Limburgo" en materia de DESCA, conforme a los cuales los Estados "*utilizarán todos los medios apropiados a nivel nacional, incluyendo medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educacionales […] con el fin de cumplir sus obligaciones en materia de DESCA*[1030]*"*. Siendo que, "*las medidas legislativas por sí solas no son suficientes para cumplir las obligaciones*[1031]".

En términos similares se ha decantado la Corte Constitucional Sudafricana, pues tal y como fue expuesto en el capítulo precedente, en el caso *Grootboom* dicho Tribunal sostuvo que la adopción de medidas legislativas, por sí mismas, *difícilmente podrían agotar el cumplimiento de los débitos constitucionales*, en virtud de que el Estado

---

[1026] Ibidem. pág. 118.
[1027] Ibidem. pág. 118.
[1028]Corte IDH. Caso Radilla Pachecho vs Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209. párr. 338
[1029] Ídem.
[1030] ONU. The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. E/CN.4/1987/17, Annex. párr.17.
[1031] Ibídem. párr. 18.

se encuentra obligado a actuar a *fin de lograr el resultado pretendido y, por ende, las medidas legislativas, invariablemente, tienen que encontrarse soportadas mediante políticas y programas bien orientados que sean implementados por el Ejecutivo.*

Así, garantizar los derechos humanos no sólo pasa por la creación de leyes, políticas públicas y otras instituciones estatales, sino por *su adecuada implementación.* De ahí que a virtud de la obligación de garantizar, *no sólo se exigen resultados de iure, sino de facto*. Es por ello que en el referido caso *Grootboom,* la Corte consideró que la existencia de un programa público es sólo un punto de partida para garantizar los derechos humanos, ya que es necesario *la implementación del programa tomando todas las medidas razonables que sean necesarias para iniciarlo y sustentarlo*. Siendo que una efectiva implementación requerirá, al menos, *de una adecuada asignación presupuestal por parte del gobierno, así como el reconocimiento de las necesidades de la población.*

Luego, la creación de tal andamiaje jurídico institucional o estructural tendiente a "garantizar" los derechos humanos apareja diversas actuaciones y adecuaciones estatales, como lo son el "*gasto público, la regulación gubernamental de la economía, la provisión de servicios públicas e infraestructura, impuestos y otras medidas redistributivas*[1032]*".*

De ahí que, en última instancia, la obligación de garantizar comprende "*aquellas medidas activas de un gobierno necesarias para garantizar, a cada persona dentro de su jurisdicción, oportunidades de tener acceso total a todos los derechos […] que no pueden garantizarse mediante esfuerzos exclusivamente personales*[1033]*".* Por ello, se requiere de la elaboración e implementación de *planes, estrategias, programas y otras medidas estatales dirigidas a lograr el pleno goce de los derechos humanos*.

[1032] ONU. Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *Economic, Social and Cultural Rights: Handbook for National Human Rights Institutions.* 2005. pág.18
[1033] Ibidem. pág.19.

En ese sentido, esta obligación altamente compleja *va de la mano, con más intensidad que en las obligaciones de proteger y respetar, con el llamado principio de progresividad* de los derechos humanos, pues la adopción de las medidas normativas, estructurales, institucionales y presupuestarias, por parte del Estado, tendientes a "garantizar" los derechos, así como su "grado de eficacia", demanda, a virtud del referido principio, que tales acciones estatales *logren una mejoría gradual y progresiva de los derechos humanos* en el Estado respectivo.

En efecto, el principio de progresividad de los derechos humanos conlleva tanto gradualidad, como progreso. La gradualidad "*se refiere a que la efectividad de los derechos humanos no se logra, generalmente, de manera inmediata, sino que conlleva todo un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazos*[1034]*".* Por su parte, el progreso "*implica que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar"*[1035]*.*

Por ende, a grandes rasgos, podemos afirmar que existirá una violación al principio de progresividad cuando el Estado "*no adopte medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, para dar plena efectividad a los derechos humanos*[1036]*",* o bien, una vez adoptadas tales medidas, "*exista una regresión –sea o no deliberada– en el avance del disfrute y protección de tales derechos*[1037]*".*

Siendo relevante tener en cuenta que, como lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el desarrollo progresivo de los derechos "*no se limita a los económicos, sociales y culturales […] es inherente a todos los instrumentos de derechos humanos a medida que se elaboran y amplían"*[1038]. Los tratados sobre derechos humanos con frecuencia "*incluyen disposiciones que implícita o explícitamente prevén la expansión de los derechos en ellos*

[1034] SCJN. Segunda Sala. Amparo directo en revisión 2425/2015. 12 de agosto de 2015.
[1035] Ídem.
[1036] Ídem.
[1037] Ídem.
[1038] OEA. CIDH. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993.* OEA/Ser.L/V/II.83. 12 marzo 1993.

contenidos[1039]*"*. El método de expansión puede depender de la aplicación directa de las disposiciones previstas en el propio tratado, o mediante enmiendas o protocolos adicionales que complementen, elaboren o perfeccionen los derechos ya establecidos en el tratado.

En ese sentido, el principio de progresividad "*irradia a la totalidad de los derechos humanos reconocidos por el Estado […] lo cual se relaciona no solamente con la prohibición de regresividad del disfrute de los derechos fundamentales, sino en la obligación positiva de promover los mismos de manera progresiva y gradual*[1040]*".*

La aplicación del principio de progresividad ilustra porque es importante distinguir entre derechos y obligaciones, pues mientras que *"el derecho es la meta [por ejemplo, el derecho al nivel más alto posible de salud física y mental]; la obligación implica arribar [en los hechos] a esa meta*[1041]*".* En ese sentido, aunque en un Estado determinado exista incapacidad para lograr la realización de un derecho en forma inmediata, o al menos, a corto o mediano plazo, esto en forma alguna reduce tal derecho en una mera aspiración, pues "*subsiste el deber de realizar tal derecho: la circunstancia de que la obligación sea compleja y sujeta a factores que compitan entre sí, no es una razón para degradar el derecho*[1042]*".*

Lo anterior, sin perjuicio de que, como se expuso en el segundo capítulo –en el subtitulo, "la falsedad de la diferenciación estructural de los DESCA, atendiendo a su vaguedad normativa"–, aunado a las obligaciones progresivas o de resultado de los derechos humanos, existen débitos inmediatos de tomar medidas concretas y deliberadas para la realización del derecho. En todo caso, lo importante es tener en cuenta que, al ir estableciendo medidas institucionales o estructurales para *garantizar* los derechos humanos, "*la tarea [del Estado] es optimizarlos en la medida de lo posible legal y fácticamente*[1043]".

[1039] Ídem.
[1040] SCJN. Segunda Sala. Amparo directo en revisión 2425/2015. 12 de agosto de 2015.
[1041] Fredman, Sandra. *Comparative Human Rights Law.* op.cit. pág. 73.
[1042] Ídem.
[1043] Ídem.

Como se aprecia de lo anterior, la obligación de garantizar los derechos humanos ha venido a constituirse como un débito *de contenido particularmente complejo* que *conlleva que el Estado ejerza en forma proactiva todas las medidas institucionales necesarias para tutelar los derechos humanos.* Siendo que, como se ha razonado, no sólo implica el diseño y edificación de *instituciones, políticas públicas o estructuras estatales para tales fines*, sino que, además, éstas deben *aparejar un cierto grado de eficacia,* por lo que al goce de los derechos humanos se refiere.

10.4. La obligación de garantizar y la introducción de problemas complejos/estructurales en materia de derechos humanos en sede judicial.

A partir de la anterior descripción sintética de los rasgos y elementos característicos de la clasificación tripartita de las obligaciones que emanan de los derechos humanos, estimamos que la existencia de la obligación de "garantizar" conlleva un clara superación del paradigma clásico de los débitos del Estado en materia de derechos humanos, en donde *las violaciones a éstos se producían exclusivamente a virtud de actuaciones u omisiones individuales de los agentes estatales y, a su vez, esas afectaciones eran resentidas por una determinada persona o individuos contra el cual se proyectaban tales conductas de la autoridad.*

Por ejemplo, tomemos el caso de un agente policial que, al estar frente a una manifestación, decide emplear la fuerza pública contra algunos de los manifestantes. Si tal asunto es llevado ante los Tribunales alegando violaciones al derecho a la manifestación pacífica y a la integridad personal, *el órgano jurisdiccional tendrá que evaluar la conducta concreta desplegada por el agente policial,* a fin de determinar si existió alguna justificación constitucional para haber hecho uso de la fuerza, así como una valoración de la proporcionalidad de la fuerza empleada atento al contexto fáctico específico. Luego, de encontrar la Corte que tal empleo de la fuerza por parte del agente estatal *resultó injustificado o excesivo*, tendrá que declarar la inconstitucionalidad de tal actuación *y otorgar una reparación, en lo individual, a las víctimas.*

Sin embargo, a partir de que las Cortes han empezado a conocer de casos atinentes a la obligación de "garantizar" -con independencia de que expresamente las califiquen o denominen formalmente como tales-, los litigios atinentes a los derechos humanos ya no analizan bajo el *enfoque individualizado al que se ha hecho referencia*, pues la litis no consiste ya en determinar la ilegalidad de una conducta específica que ha desplegado el respectivo agente estatal, *sino en examinar, global u holísticamente, las deficiencias o vicios que deparan los arreglos institucionales estatales existentes* -o en su caso, la ausencia de éstos-, *respecto al goce de un determinado derecho humano.* Lo cual, desde luego, *trasciende a la forma en que se adjudican y, sobre todo, remedian tales violaciones constitucionales o convencionales.*

En efecto, el paradigma prototípico de la obligación de "respetar", en el cual un agente estatal viola *directa y unilateralmente los derechos humanos de una persona determinada* y que por muchas décadas imperó en la manera en que las Cortes se limitaban a adjudicar los derechos fundamentales, *ha venido a ser complementado por el modelo de violaciones estructurales, sistémicas o institucionales, derivadas de la obligación de garantizar* que cada vez más están siendo objeto de litigios constitucionales o convencionales ante los Tribunales nacionales, regionales e internacionales.

Es así, pues como se ha explicado la obligación de "garantizar" se caracteriza no por simples acciones u omisiones concretas de los servidores públicos que puedan impactar en la esfera de derechos de una persona, *sino por la ausencia o deficiencia de los arreglos institucionales existentes en el Estado y que, precisamente, violan los derechos humanos de todo un grupo o clase de la población.* La institución o estructura estatal, como tal, *es la que genera la violación a los derechos humanos y no así las autoridades estatales o servidores públicos individualmente* -pues éstos sólo actúan dentro del esquema institucional diseñado, bajo las reglas, procedimientos o principios establecidos a virtud de ellas-.

Esto tiene diversas implicaciones o ramificaciones para *su corrección o remedio* judicial. En principio, porque la violación -a diferencia del débito de respetar o proteger- no recae en un solo sujeto o agentes estatales -es decir, no deriva de los aciertos, negligencias

o deficiencias en la realización de la función pública encomendada a los servidores públicos en un caso concreto-, sino que atañe a *todo un mecanismo estatal o diseño institucional* -o falta de éste-, *cuyas deficiencias estructurales* provocan que a un grupo, colectividad o clase de personas se les priven de los derechos humanos reconocidos convencional o constitucionalmente.

Consecuentemente, toda violación a la obligación "garantizar", por su propia naturaleza, *tiene repercusiones generales en la población que es destinataria/beneficiaria de la institución de que se trate* -en oposición a repercusiones estrictamente personales o individualizadas, derivadas de la actuación particular de algún servidor público que infringe o se inmiscuye indebidamente en la esfera de derechos de los gobernados-. Piénsese por ejemplo, en el caso del hacinamiento carcelario del caso *Brown vs Plata* analizado en el capítulo precedente.

Las violaciones advertidas en tal precedente al derecho fundamental de no ser sujeto a castigos crueles, no emanaron meramente de la omisión del personal médico de otorgar un tratamiento adecuado a los prisioneros que lo necesitaban, *sino que derivaron del problema de severa sobrepoblación carcelaria* que evitaba y hacía inocuo todo intento por parte de la autoridad estatal de proporcionar un adecuado tratamiento de salud física y mental a los prisioneros.

En efecto, el núcleo de esa decisión es que la remediación a la violación a la Octava Enmienda *no podría ser lograda sin reducir la sobrepoblación carcelaria*, pues ésta tornaba a las instalaciones médicas y mentales inadecuadas; sobrecargaba al limitado personal clínico y custodial; y creaba condiciones violentas, insalubres y caóticas que contribuían a las violaciones constitucionales a dicha Enmienda.

Luego, tales violaciones *no resultaban susceptibles de remediaciones individuales ni "sencillas"*, sino que precisaban de una verdadera reforma estructural de todo el sistema penitenciario -de un cambio en el *status quo*-, como tal, a fin de lograr que las prisiones del Estado de California pudiesen contar con un tope de porcentaje de ocupación poblacional *que hiciese posible un adecuado tratamiento médico físico y*

mental para todos los prisioneros y, con ello, lograr el cumplimiento de la Octava Enmienda.

Como adecuadamente lo asentó el Juez Kennedy J., *un remedio dirigido sólo a los demandantes hubiese resultado deficiente para remediar dicha violación constitucional*, en virtud de que, si bien los prisioneros que aún no contaban con problemas graves de salud física o mental no podrían reclamar haber sido sometidos a un tratamiento carcelario que viole la Octava Enmienda, lo cierto es que *"de ninguna manera [dichos prisioneros] son simples espectadores del sistema de atención médica [de las prisiones] en California. Estos son las próximas víctimas potenciales del sistema [penitenciario][1044]".*

Aunque la Suprema Corte de E.E.U.U. no empleó el léxico de "garantizar" la Octava Enmienda en el caso de *Brown vs Plata* -pues como se ha establecido, esa tipología se ha empleado comúnmente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos-, lo cierto es que no *existen mayores dificultades para concebir a dicho asunto como un litigio que se relaciona tal obligación.*

Ello no sólo por la dimensión institucional del problema examinado en tal precedente, que precisamente atañe a este tipo de obligaciones -referentes al diseño institucional, política pública o andamiaje gubernamental-, sino porque, incluso, la Corte Interamericana sí ha determinado expresamente que el Estado debe *"garantizar a toda persona privada de libertad el derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal [...] Es deber del Estado salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos, brindándoles, entre otras cosas, la asistencia médica requerida[1045]".*

En esa inteligencia, la violación en estos casos *es sistémica, institucional o estructural, precisamente porque la obligación de garantizar también lo es* y, consecuentemente, el remedio no puede *sino también participar de un carácter*

[1044] Suprema Corte de Justicia de los E.E.U.U. "*Brown, Governor of California, et. al.v Plata et. al.*". 563 U. S. ____ (2011). pág.35.
[1045] Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319. Párrafo 159.

sistémico/estructural. Luego, la obligación de garantizar apareja ciertas complejidades inherentes que lo distinguen de los esfuerzos que debe realizar el Estado para cumplir con las diversas obligaciones de "respetar" y "proteger" *y, a su vez, del tipo de remedios que deben darse para su cumplimiento.*

Cuando un Tribunal se pronuncia sobre la violación al débito de "respetar" o "proteger" un derecho humano, *está condenando una conducta específica de algún o algunos agentes estatales* y remediando un daño individualizado al gobernado -en el primer caso, porque el servidor público interfiere en el goce del derecho humano, en el segundo, porque los agentes estatales no previnieron la afectación del derecho humano generado por terceros, o bien, no la investigaron, sancionaron o repararon-. En cambio, cuando el Tribunal conoce de transgresiones a la obligación de "garantizar" los derechos humanos, *está sancionando el status quo generado a virtud de un determinado arreglo institucional estatal* y, consecuentemente, la remediación *tiene una inherente vocación de transformar las estructuras estatales existentes,* a fin de adecuarlas a los derechos humanos reconocidos en la Constitución o en las Convenciones.

En pocas palabras, la violación a la obligación de garantizar un determinado derecho humano *no es susceptible de soluciones ni remedios "sencillos".* La Corte tiene la ardua labor de analizar todo el andamiaje institucional que se reprocha deficiente -para lo cual desde luego, se puede y debe apoyarse en informes o dictámenes de expertos en la materia de que se trate- y *tiene la difícil tarea de proponer las medidas que estime necesarias para subsanar los problemas o vicios estructurales que en su caso presenta* respecto al goce del derecho humano de que se trate. Ello apareja *un grado importante de policentricidad; de decisiones que implican la asignación o reasignación de recursos; de análisis técnicos o especializados en materia de políticas públicas, entre otras.* Asimismo, *esa remediación requerirá de procesos y metas a mediano y largo plazo.*

En ese sentido, estimamos que el activismo judicial contemporáneo, así como la expansión de las funciones judiciales -esto es, la "judicialización" de las políticas públicas- a nivel global, no atiende exclusivamente a una cuestión *actitudinal* de los Tribunales que "desean" generar profundos cambios al status quo, sino que también es

fuertemente impulsado por el hecho de que, al presentársele a las Cortes litigios atinentes a las obligaciones de "garantizar" los derechos humanos, *se les involucra necesariamente en el análisis de problemáticas públicas estructurales que,* como se ha explicado, se alejan del paradigma de adjudicación clásico de los derechos humanos de corte meramente *individualizado y personal,* para en su lugar *adjudicar y remediar deficiencias en los arreglos institucionales existentes* -cambiar el status quo.

Como lo ha sostenido la Corte Constitucional Sudafricana, la Constitución *"requiere que el Estado […] garantice los derechos contenidos en la Declaración de Derechos [Bill of Rights]'. Cuando una política estatal se cuestiona como incompatible con la Constitución, los Tribunales deben considerar si al formular e implementar dicha política el estado ha dado efecto a sus obligaciones constitucionales*[1046]*".* Luego, la judicialización de las políticas públicas, pasa a su vez por *la judicialización de la obligación de "garantizar" los derechos humanos*, la cual exige a las Cortes a penetrar en la arquitectura institucional/burocrática respectiva, a fin de transformar -en colaboración con las propias autoridades- tales arreglos gubernamentales y lograr que su diseño, funcionamiento e implementación permita el goce del derecho humano de que se trate -ya civil, ya DESCA-.

De ahí que, tal y como lo ha razonado Heywood, el *"papel prominente de los Tribunales a veces no se debe a que las Cortes hayan elegido ser activistas, necesariamente, sino a que otras instituciones del gobierno, incluido el Parlamento, han fallado o no han respondido a las necesidades de las personas*[1047]*".* Cuando en la sociedad se resienten las deficiencias de la maquinaria institucional para atender y tutelar los bienes básicos humanos, no extraña que al cuestionarse tales arreglos estatales en la vía judicial *las Cortes se vean en la necesidad de emitir juicios de carácter estructural que compelen a las autoridades a rediseñar o replantear las políticas públicas, programas o instituciones existentes que amenazan los valores constitucionales.*

[1046]. Ibídem. pág. 58.
[1047] Department of Justice and Constitutional Development et. al. *Assessment of the Impact […].* op.cit. 2015. pág. 109.

Siendo que, *ante mayor pasividad institucional respecto al cumplimiento del débito de "garantizar", mayor será a su vez el grado de activismo* que se le exigirá a la Corte asumir respecto a la adjudicación y remedio que deberá ser dictado en el caso concreto. Ello, a su vez, implicará *un mayor grado de complejidad para lograr la adecuada remediación* del arreglo institucional que resulta deficiente o insuficiente para garantizar el derecho humano respectivo.

Como lo aducen Sigal, Rossi y Morales, *"a mayor estructuralidad mayor dificultad en la implementación [del remedio]*[1048]*"*. En efecto, cuando un caso se acerca a la condición colectiva estructural -es decir, cuando involucra un gran número de personas afectadas o unidades territoriales múltiples, plantea cuestiones más generales de política pública y el uso de recursos, o aumenta el número de agentes estatales implicados o el nivel de complejidad de los remedios u órdenes dispuestas-, *"las dificultades de implementación [del remedio] se hacen más profundas y visibles*"[1049].

Por ejemplo, no es lo mismo para un Tribunal atender *un problema específico de infraestructura hospitalaria* deficiente para el tratamiento de pacientes con VIH/SIDA, tal y como aconteció en el caso del "Pabellón 13" en México, que enfrentarse ante *deficiencias estructurales de básicamente todo el sistema de salud pública de un país,* como aconteció en el caso de la T60-2008 en Colombia, en donde la Sala Constitucional tuvo que emitir una serie de medidas remediales de gran calado *que llevan más de una década de implementación y que se dirigen transformar de manera significativa los programas públicos de salud estatales.*

Luego, dependiendo de las circunstancias de cada caso, esto es, del grado de estructuralidad del problema institucional, la medida remedial que debe dictarse por la Corte debe ser aquella que permita, en la medida de lo posible, "*garantizar que los derechos consagrados en la Constitución estén protegidos y ejecutados. Si es*

[1048] Sigal, Martín, Rossi, Julieta y Morales, Diego. *5. Argentina: implementación de casos colectivos*. En *La lucha por […]*. op. cit.pág. 185.
[1049] Ibídem. Pág. 189.

necesario hacerlo, los Tribunales pueden incluso tener que forjar nuevos remedios para garantizar la protección y la observancia de estos derechos[1050]*".*

En suma, sugerimos que *el grado de complejidad que deriva del tipo de obligación respectiva* -proteger, respetar o garantizar-, *es lo que viene a determinar las características de la remediación requerida*; de ahí que, a débitos de cumplimiento "sencillos e individualizados", corresponden remediaciones "sencillas e individualizadas", y a débitos "complejos/sistémicos" corresponden remedios igualmente "complejos/sistémicos". A continuación, desarrollaremos de forma más acuciosa esta idea.

11. El principio de congruencia remedial. Una propuesta crítica a los enfoques adjudicatorios basados en prejuicios dicotómicos/estructurales entre los derechos humanos.

El principio de congruencia remedial es antitético a las teorías adjudicatorias que *se encuentran basadas en un enfoque de derechos* y, por ende, se erige como una propuesta crítica a la visión prejuiciosa que percibe a los DESCA como derechos "complejos" de remediar -en oposición a la supuesta sencillez de acatar y reparar los derechos civiles y políticos-. El principio de congruencia remedial resulta disidente a la postura generalizada de que, el tipo de remediación que deben implementar las Cortes depende *del tipo de derecho adjudicado* -por ejemplo, si es DESCA, adjudicación débil, experimental o dialógica, si es civil, adjudicación monológica, tradicional o fuerte-.

Contrario a ello, tal axioma postula que el tipo de adjudicación implementada *depende del tipo de obligación* que se demande cumplir a la autoridad, de tal suerte que, lo que se exige al Tribunal es que *el diseño e implementación de la medida remedial resulte coherente con la naturaleza del débito que se ha estimado vulnerando por el quehacer estatal.* En pocas palabras, con base al principio de congruencia remedial, lo que determina la naturaleza del remedio no es la

[1050] Constitutional Court of South Africa. Case CCT CCT 8/02. *The Minister of Health et. al. v. Treatment Action Campaign et. al.*. 5 Jul 2002. pág.60.

naturaleza del derecho -DESCA vs Civil y político-, sino la naturaleza de las obligaciones violadas.

En ese sentido, el diseño del remedio debe resultar coherente con el tipo de obligación al cual será aplicado, de tal suerte que *la característica intrínseca del débito respectivo -respetar, proteger o garantizar-, constituye la brújula conforme la cual los Tribunales deben proceder a emitir la medida de reparación en el caso concreto y, de ser necesario, su proceso de seguimiento o cumplimiento*. Es por ello que el principio de congruencia remedial se traduce en una directriz de adjudicación que se encuentra *centrada en el tipo obligación dimanante del derecho humano y no en el derecho mismo.*

El principio de congruencia remedial no sólo se deriva de la superación de la idea de que existen "derechos complejos" y, consecuentemente, de la demostración de que, en su lugar, lo que en realidad existen son "obligaciones complejas" en materia de derechos humanos -prototípicamente las de garantizar-, sino que tal axioma también *se deduce del análisis jurisprudencial que se llevó a cabo en el capítulo precedente*. En efecto, consideramos que dicho principio se encuentra subyacente a diversas sentencias paradigmáticas o *leading cases* en materia de adjudicación de derechos complejos. Los razonamientos plasmados por los Tribunales constitucionales dan cuenta de ello.

Por ejemplo, en el caso *Brown vs Plata*, el Juez Kennedy estableció que "*las violaciones encontradas por los dos funcionarios designados por el Tribunal eran sistémicas y, por lo tanto, era apropiado un remedio sistémico*[1051]*".* En otras palabras, el remedio consistente en aplicar un "tope" de población que abarque todo el sistema penitenciario de California, en lugar de evaluar individualmente la necesidad establecer un límite de población en cada institución carcelaria, no implicaba que tal medida reparatoria fuese ilegal o excesiva por su amplitud, dado que, *"[e]l Tribunal en Coleman encontró una violación sistémica cuando emitió su*

[1051] Parsons, Joseph N. *A constitutional and political […]*. op.cit. pág.108.

orden remedial y en Plata el Estado estipuló un remedio sistémico cuando admitió la existencia de una violación [a la Octava Enmienda][1052]".

En ese sentido, como bien lo determinó la Suprema Corte de E.E.U.U., *la naturaleza y alcance del remedio debe resultar congruente con la naturaleza y alcance de la obligación violada.* Como se razonó en párrafos precedentes, el débito violado en el caso Brown vs Plata puede ser concebido *c*omo una transgresión a la obligación de "garantizar" el derecho de toda persona a no ser sometido a penas crueles*.* De ahí que, al tratarse de *una obligación de carácter inherentemente institucional o estructural, la remediación debía, por ende, buscar solucionar los problemas o vicios constitucionales que aparejaban los arreglos institucionales-penitenciarios existentes.*

En esa misma línea de pensamiento, en el caso *TAC* la Corte Constitucional Sudafricana sostuvo que la *"naturaleza de la violación proporcionará orientación para determinar cuál debe ser la medida remedial apropiada[1053]".* Así, en los casos en que sea apropiado -por la naturaleza de la obligación transgredida-, las Cortes deben *"usar sus amplias facultades para dictar órdenes que afecten tanto las políticas públicas, como la legislación"[1054].*

En ese contexto, para determinar cuándo resulta tanto adecuado, como necesario, que *las órdenes remediales incidan en las políticas públicas o en el diseño de alguna institución estatal -cambiar el status quo-, debe analizarse la naturaleza de la obligación violada en la materia de derechos humanos*. La remediación *se encuentra predestinada por el tipo de débito que fue transgredido* por la autoridad responsable, y no, propiamente por la naturaleza del derecho en juego -DESCA vs civil y político-, pues como se ha reiterado, tanto los derechos civiles pueden dar lugar a obligaciones positivas, onerosas e institucionales, como los DESCA pueden exigir

---

[1052] Suprema Corte de Justicia de los E.E.U.U. *Brown, Governor of California, et. al.v Plata et. al.*". 563 U. S. ____ (2011). pág.35.
[1053] Constitutional Court of South Africa. Case CCT CCT 8/02. *The Minister of Health et. al. v. Treatment Action Campaign et. al.* 5 Jul 2002. pág.63
[1054] Ibídem. pág. 67.

simplemente una conducta negativa, de bajo o nulo costo y de índole meramente individual.

Por ejemplo, en el amparo **9/2018** ante la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se advirtió que la discriminación legal contra las trabajadoras del hogar "*genera un problema estructural, desde el punto de vista institucional que implica que las autoridades estatales […] deban a su vez, emprender las medidas necesarias para modificar, estructuralmente, las normas y políticas públicas que atañen a la seguridad social de ese sector altamente vulnerable*[1055]*".* Luego, atento a *la naturaleza estructural o institucional de la obligación del Estado de garantizar* el derecho de todas las personas, sin ningún tipo de discriminación, a la seguridad social de conformidad con el artículo 9 del PIDESCA, es que la violación a tal débito *debía aparejar necesariamente una remediación de igual naturaleza estructural o institucional,* para lograr ser efectiva.

Nótese como la determinación del remedio *no se basa en la naturaleza del derecho a la seguridad social -como un DESCA-, sino en la naturaleza estructural de la obligación transgredida*. De hecho, es una labor cotidiana de los tribunales administrativos, así como de los Tribunales Federales mexicanos, atender litigios en materia de seguridad social. Sin embargo, *en la mayoría de ellos los remedios que se emiten son de exclusiva índole personal o individual* -obligación de respetar-, ya que atañen, en su gran mayoría, a la indebida cuantificación de las pensiones en materia de seguridad social a cargo de los Institutos de seguridad social de los trabajadores del sector privado -IMSS- o al servicio del Estado -ISSSTE-. Ninguno de estos litigios amerita remedios estructurales, experimentales, dialógicos o débiles, por el mero hecho de tratarse de un DESCA. Los Tribunales *simplemente ordenan a la autoridad volver a cuantificar la pensión tomando en cuenta alguna prestación no atendida o considerando que los años laborados son mayores a los que había determinado* -lo cual constituye un claro ejemplo de sentencias monológicas, tradicionales o cerradas-.

[1055] Suprema Corte de Justicia de la Nación. Segunda Sala. Amparo directo 9/2018. 5 de Dic 2018. pág. 47.

Luego, como se ha anticipado, *lo que determina la naturaleza del remedio, no es la naturaleza del derecho* -DESCA vs Civil y político-*, sino la naturaleza de las obligaciones violadas.* En ese sentido, en el caso de "Pabellón 13" ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir de que la Segunda Sala reconoció que, la obligación de *garantizar o cumplir -fulfill-* el derecho humano al nivel más alto posible de salud física y mental, requiere que los Estados *"adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud"*[1056]*,* fue que se concluyó que existía la necesidad de "*realizar modificaciones estructurales al instituto responsable [de salud], a efecto de que minimice en la medida posible los riesgos de contagios y co-infecciones de enfermedades oportunistas de los pacientes que padecen VIH/SIDA"*[1057]*.*

De ahí que no se trate de "DESCA/adjudicaciones débiles", sino más bien de *"obligaciones complejas/remedios complejos*". Tal y como lo ha considerado Sandra Fredman, es *"más útil centrarse en la naturaleza de la obligación generada por los diferentes derechos, que intentar categorizar los derechos mismos*[1058]*",* toda vez que recientes análisis en materia de derechos humanos han demostrado que "*tanto los derechos civiles como los derechos socioeconómicos dan lugar a un grupo de obligaciones [...] Conocidos como los deberes de respetar, proteger y cumplir*[1059]*".*

Así, no existen correlaciones únicas entre tipos de derechos y tipos de obligaciones, sino que "*el cumplimiento pleno de cada tipo de derechos implica el desempeño de múltiples tipos de deberes*[1060]". Es por ello que categorizar unos y otros derechos resulta engañoso. En su lugar, se debe considerar que *"cada derecho da lugar a un conjunto de obligaciones, algunas que requieren que el Estado se abstenga de interferir y otras que implican una acción positiva y la asignación de recursos*[1061]".

[1056] Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 378/2014. 15 de Oct 2014. pág.38.
[1057] Ibídem. pág. 54.
[1058] Fredman, Sandra. *Human Rights Transformed: Positive Duties and Positive Rights*. Oxford Legal Studies Research Paper No. 38/2006; Public Law. pág. 500.
[1059]. Ídem.
[1060] Fredman, Sandra. *Comparative Human Rights Law.* op.cit. pág. 66
[1061] Ídem.

El reconocimiento de "*todo el conjunto de deberes abre una comprensión mucho más rica del derecho [humano]*[1062]*".*

De ahí que el empleo de un enfoque obligacional -en lugar de uno basado en la naturaleza del derecho- permite que *la arquitectura de la medida reparatoria pueda atender en forma más coherente y apta los vicios o violaciones que ha incurrido el Estado en materia de derechos humanos.* Es así, pues la violación no recae abstractamente en el derecho -el principio o bien humano básico que se pretende tutelar, como la vida, el conocimiento, el trabajo, etc.-, *sino que deriva de las obligaciones estatales que se imponen a virtud del mismo*, pues es a virtud de la precisión jurídica del contenido y alcance de los distintos débitos que el derecho respectivo impone al Estado -ya derivada del texto normativo, ya de su interpretación judicial en sede interna o cuasi judicial a través de los órganos internacionales competentes-, que lógicamente puede confrontarse el actuar estatal específico con tales obligaciones -respetar, proteger o garantizar-, *a fin de dilucidar si el Estado ha cumplimentado o no con tales exigencias constitucionales o convencionales y, a su vez, cuáles deben ser las directrices remediales para corregir tal vulneración jurídica.*

El principio de congruencia remedial, entonces, *reconoce que todos los derechos humanos participan de una paridad obligacional,* de donde se desprende que, el diseño de la medida reparatoria no depende de la naturaleza del derecho, sino de la naturaleza de la obligación transgredida. En palabras de Fredman, "*redibujar los límites entre los derechos civiles y políticos y los derechos socioeconómicos, para reflejar diferentes tipos de obligaciones, hace posible examinar las difíciles cuestiones de justiciabilidad de una manera más focalizada*[1063]*".*

Por tanto, lo que va determinar la complejidad del remedio, es la complejidad de la obligación que se estime violada. Así, las problemáticas de la adjudicación y cumplimiento de las sentencias DESCA tendrán que atender a, a su vez, *a la problemática o complejidad que deparen las obligaciones dimanantes de los derechos humanos,* a saber**:** respetar, proteger y garantizar. Cada una de estas

[1062] Ibídem. pág. 67
[1063] Ibídem. pág. 68.

obligaciones impondrá a los Tribunales *distintas formas de diseñar y, en su caso, supervisar, las medidas reparatorias que deban ser dictadas en el caso concreto*.

En ese sentido, las *"obligaciones que tiene el Estado hacia los derechos humanos presenta una perspectiva útil para abordar tanto a los DESCA como a los derechos civiles y políticos en una sentencia*[1064]". De ahí que la reparación que emitan los Tribunales *no es susceptible de "encajonarse" a un sólo modelo para la adjudicación de los DESCA* -como si estos derechos ofrecieren un modelo único de su cumplimiento o un solo débito que deba realizar el Estado-; mucho menos cuando éste parte de ideas estereotipas o prejuiciosas de corte estructural.

Por el contrario, la adjudicación de los DESCA, como de cualesquiera derechos humanos, debe ser más bien concebida como un "traje a la medida" que deberá ser elaborado por el juzgador atendiendo al *tipo y grado de complejidad de la obligación que en el caso concreto fue inobservada por la autoridad responsable.* Enseguida nos permitimos profundizar sobre los distintos modelos adjudicatorios que pueden ser empleados acorde al tipo de obligación al cual se enfrente el Tribunal.

11.1. El principio de congruencia remedial. Distintos modelos de adjudicación para distintos tipos de obligaciones.

Una vez establecido que, acorde con el principio de congruencia remedial, la naturaleza del remedio dependerá de la naturaleza de la obligación vulnerada, surge la siguiente y necesaria interrogante: *¿qué modelo o tipo de adjudicación resulta aplicable para cada uno de los débitos emanados de los derechos humanos?* En el presente apartado de este capítulo pretendemos ofrecer una respuesta a ello.

Si existen distintos tipos de obligaciones en materia de derechos humanos -respetar, proteger y garantizar-, que exigen, por ende, distintos tipos de conductas al Estado para lograr el pleno goce y efectividad de tales derechos fundamentales, se colige que *la naturaleza de los débitos que hayan sido transgredidos por el actuar estatal comportarán, a su vez, distintos modelos de reparación por parte de los Tribunales.*

[1064] Márquez Martínez, Laura. *Pautas para la justiciabilidad de los DESCA*. En *Los derechos sociales desde una perspectiva filosófica*. op. cit. pág. 264.

En otras palabras, no resulta adecuado ni deseable *ofrecer un único modelo de adjudicación igualmente aplicable para la totalidad de las obligaciones emanantes de los derechos humanos*.

La adjudicación de los DESCA, como de cualesquiera otros derechos humanos, no debe apuntar hacia la unicidad ni homogeneidad del remedio*,* sino *a su eficacia y congruencia* conforme al tipo de "problema obligacional" que le sea planteado al Tribunal. *Muchos de los problemas o críticas contra los DESCA, por lo que a su justiciabilidad se refiere, radican en la concepción de que existe un sólo modelo para adjudicar los derechos humanos*. De hecho, la teoría de Tushnet de "*remedios débiles/derechos fuertes"* tiene como premisa fundamental la refutación de que existe una sola forma en que las Cortes pueden adjudicar los derechos humanos.

En ello radica la valía y sofisticación de la propuesta de Tushnet. Sin embargo, como lo hemos razonado en el presente capítulo, *no resulta dable presentar una visión dicotómica para remediar los DESCA y los derechos civiles y políticos.* No existe un único modelo para adjudicar los DESCA ni los derechos civiles y políticos, ya que tanto unos como otros *admiten distintas formas remediales, en tanto ambos grupos de derechos se encuentran estructuralmente compuestos por una tríada de obligaciones que exigen al Estado distintas formas de conducirse.*

En esa inteligencia, *la diversidad remedial debe encontrarse orientada y aplicada a la diversidad obligacional que emanan de los derechos humanos,* y no así a los prejuicios y estereotipos sobre la supuesta dicotomía remedial entre los DESCA y los derechos civiles y políticos. La paridad estructural y obligacional de ambos grupos de derechos no sólo exige superar los obstáculos para la justiciabilidad de cada uno de ellos, *sino también las falsas diferenciaciones respecto a la manera en que deben o pueden ser adjudicados judicialmente*. Esa estimamos, es una exigencia necesaria en el sistema contemporáneo de los Derechos Humanos.

Luego, aceptando la premisa de que existen distintos modelos adjudicatorios y, a su vez, refutada la supuesta diferenciación remedial entre uno y otro grupo de derechos humanos, sugerimos que la diversidad de medidas remediales atiende en

realidad a la diversidad obligacional que emana de tales derechos. Si como ha sido ampliamente aceptado por la dogmática del Derecho y en el sistema internacional de derechos humanos, todos los derechos imponen tanto obligaciones positivas, como negativas, onerosas, como de bajo costo, estructurales, como individuales; luego, *fuerza es dilucidar qué tipo de modelo adjudicatorio resulta adecuado o necesario para poder remediar cada una de ellas.*

En el capítulo precedente adelantamos que, para la interacción entre los elementos subjetivos -la forma en que el Tribunal diseña la medida remedial y le da seguimiento- y objetivos -el tipo de obligación exigida- de la adjudicación de los DESCA -y de hecho, de los derechos humanos, como un todo-, resulta dable *mimetizar la teoría del profesor Owen Fiss*, conforme a la cual, para efectos de la adjudicación y la implementación de la medida remedial, se distingue entre el modelo de *"resolución de conflictos"* y el diverso de "*reformas estructurales*".

Debemos aclarar desde ahora que emplearemos la teoría de Fiss *desde un punto de vista descriptivo*, para efectos de Ilustrar cómo, *dependiendo de la obligación adjudicada, existe un cambio de paradigma adjudicatorio*, tanto respecto a las relaciones de las partes, el papel del juzgador, el diseño del remedio y su implementación. A partir de esa diferenciación descriptiva, *se hará referencia otros modelos adjudicatorios para efectos "operativos o performativos",* ya en el diseño, ya en la implementación de las medidas remediales atinentes a entramados complejos obligacionales, *como lo son el modelo de adjudicaciones experimentales de Sabel y Simon, el dialógico de Garavito y Rodríguez Franco, o bien, el modelo de adjudicaciones débiles de Tushnet.*

Ello, pues como se ha mencionado, nuestra tesis se centra en que el tipo de adjudicación empleada depende del tipo de obligación que se reclame cumplir jurisdiccionalmente; de ahí que, *lejos de pretender decantarnos por alguna de las distintas teorías de adjudicación "atípicas*" -es decir, dialógicas, experimentales, débiles o estructurales-, se pretende realizar un acercamiento conceptual para distinguir *en qué tipo de obligaciones es dable aplicar éstas y en qué otras resultan aplicables los modelos tradicionales o clásicos de la adjudicación de los derechos humanos.*

Luego, como se ha razonado, la complejidad obligacional orienta el modelo remedial que puede o debe ser usado por el Tribunal, de tal suerte que esa coherencia entre los elementos sustantivos -el entramado complejo obligacional en juego: respetar, proteger o garantizar- y adjetivos -el diseño de la medida remedial y, en su caso, el seguimiento u supervisión a ésta- de la adjudicación, permita no sólo atender de forma adecuada al problema constitucional o convencional que se eleva ante la Corte, sino *que la medida remedial resulte lo más eficiente posible*, lográndose con ello *hacer del remedio una realidad práctica y* con ello, a los derechos humanos una "verdad viviente".

Realizada tal precisión, estimamos que el modelo remedial que *describe* el proceso jurisdiccional en tratándose de obligaciones de "respetar" y "proteger", es el atinente, *mutatis mutandis*, al modelo de "resolución de conflictos". En cambio, en tratándose de casos donde la Corte se enfrenta a la obligación de "garantizar", el modelo remedial que describe tales procesos es el diverso de "reforma estructural". A continuación procedemos a explicar tales asertos.

11.2. La justiciabilidad de las obligaciones de "respetar" y "proteger" los derechos humanos a la luz del modelo de resolución de conflictos.

Empecemos con la conexión entre el *modelo de resolución de conflictos* y los deberes de "respetar" y "proteger". Acorde a Fiss, el modelo de resolución de conflictos se caracteriza por "*una estructura triangular y su acento extremadamente individualista"*[1065]. Conforme a este modelo, el proceso es concebido -con la ayuda de la imagen de la justicia sosteniendo la balanza- como un conflicto entre dos partes -denominados demandante y demandado- *"donde un tercero -el juez- se sitúa entre ambos y decide quién tiene la razón, quién se equivoca y, finalmente, impone el derecho"*[1066].

En el modelo de resolución de conflictos, el demandado es un individuo determinado que *ha infligido algún tipo de daño al demandante*, alterando con ello el *status quo* armónico prexistente a esa intrusión o afectación personal, ya en sus bienes, ya en su integridad física o mental. Por su parte, el papel del juez es enteramente *pasivo*,

[1065] Fiss, Owen. *El derecho como razón pública*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2007. pág.38.
[1066] Ídem.

toda vez que se *"comporta como un árbitro que media entre las partes y que debe atender todas las iniciativas que éstas propongan en relación con la presentación de los hechos o el derecho y con la articulación de los posibles remedios*[1067]".

En dicho modelo el objeto del juicio es *el suceso que una parte reclama a la otra*, siendo que la etapa remedial resulta episódica -con un inicio y final claramente determinados y precisos-, de tal suerte que el remedio "*está diseñado para corregir o prevenir un evento […] y la función judicial se agota cuando se pronuncia el fallo, se define el monto de la indemnización o se expide una orden dirigida a enfrentar una situación específica*[1068]*".*

Atento a la anterior caracterización, consideramos que el modelo de resolución de disputas resulta útil para describir el paradigma relacional y litigioso que apareja la justiciabilidad de la obligación de "respetar" y "proteger". Como se ha razonado, la obligación de "respetar" implica que la autoridad no debe *interferir o poner en peligro los derechos.* Es decir, la obligación de respetar le exige a la autoridad una obligación de "no interferir, "no privar", "no entorpecer", "no afectar" los derechos humanos. Luego, en estos casos, *existe un orden o situación armónica preexistente respecto al goce del derecho humano por parte del gobernado que se ve interrumpida, afectada o entorpecida a través de la intrusión del acto de autoridad.*

De tal suerte que las violaciones a dicha obligación se producen a virtud de *actuaciones concretas de los agentes estatales o servidores públicos y, a su vez, esas afectaciones son resentidas de manera individualizada por la víctima.* En ese sentido, es dable afirmar que la litis en las obligaciones de respetar, justamente, es carácter *triangular y con un acento individualista*. Es *triangular* porque se genera una disputa entre la autoridad -victimario- y el gobernado -víctima-, donde el juez se sitúa entre ambos y le da la razón a alguna de las partes, es decir, el juzgador o Tribunal decide si, como lo aduce el actor, *existió una vulneración a alguno de sus derechos humanos derivado del actuar estatal reclamado* o, bien, si la conducta positiva de la autoridad se encuentra amparada desde el punto de vista

[1067] Ibídem. pág. 45
[1068] Ibídem. pág. 47.

constitucional/convencional, de tal suerte que, *aun cuando existe una intrusión personal, ésta no resulta antijurídica, sino justificada por la propia Constitución*.

Y se dice que *pone el acento en el individuo* toda vez que, precisamente, el tipo de vulneración que se analiza en tales litigios es *personal, esto es, existe una afectación real y actual a la esfera jurídica de la víctima.* Luego, si bien pueden ocurrir dos o más personas como víctimas del acto de autoridad, lo cierto es que la vulneración se sigue valorando *desde la perspectiva personal o individualizada* de cada una de ellas y, por ende, la reparación otorgada *resulta personal y concreta* -en oposición a genérica, estructural o institucional-.

Asimismo, lo que se sujeta al escrutinio judicial en los litigios atientes al deber de respetar *es la conducta concreta desplegada por el agente estatal* y, si se demuestra que ésta resulta invasiva o violatoria de un derecho humano -en otras palabras, que la autoridad debió de abstenerse de interferir en el goce de tal derecho-, tendrá que declararse la inconstitucionalidad de tal actuación *y otorgar una reparación a la víctima.* En ese sentido, el remedio es "episódico", pues una vez dictado el fallo *la función del juez se agota.*

Tomemos el ejemplo de una persona que es titular de una página web en la que publica todo tipo de análisis y críticas al gobierno en turno. Imaginemos que la autoridad le ordena al servidor de internet "bloquear" esa página pretextando que la misma está infringiendo derechos de autor, ya que en alguno de los artículos críticos y de opinión se emplea una fotografía respecto de la cual no se pagaron los derechos respectivos al titular. Si tal asunto es elevado ante un Tribunal, alegando *una violación a la libertad de expresión*, el órgano judicial tendrá que evaluar *si el bloqueo de la página web constituye o no una censura de ideas proscrita por el deber de "respetar" dicho derecho fundamental.*

En ese sentido, el juez *deberá resolver el desacuerdo entre las partes para decidir quién está en lo correcto y quién no*, esto es, si es acertada la aseveración del demandante en el sentido de que el bloqueo de su página web *constituye una vulneración ilegal al deber de respetar su libertad de expresión,* o bien, si asiste la

razón a la autoridad demandada en el sentido de que esa "intromisión" en tal derecho fundamental se *encuentra amparada constitucionalmente, ya que el bloqueo atiende a proteger derechos de terceros* -de autor-. Luego, en esa relación triangular litigiosa, el juez "*interpretará la Constitución y con base en ella elegirá a quién dar la razón entre las partes*[1069]".

Así, por ejemplo, el juez podría estimar que la conducta de la autoridad resulta inconstitucional, pues si bien es permisible que ésta pueda restringir el derecho de expresión para proteger derechos de terceros -como lo son los derechos de autor presuntamente violados por la página web-, lo cierto es que las restricciones al derecho humano de libertad de expresión "*no deben ser excesivamente amplias, por el contrario, las restricciones permisibles se deben referir a un contenido concreto*[1070]*";* de ahí que "*las prohibiciones genéricas del funcionamiento de ciertos sitios y sistemas web no son compatibles con el derecho humano de libertad de expresión, salvo situaciones verdaderamente excepcionales*[1071]*".*

Siendo que los bloqueos de las páginas web "*suponen un medio innecesario o desproporcionado […] pues no se centran en objetivos suficientemente precisos y privan de acceso a numerosos contenidos, aparte de los que se han catalogado de ilegales*[1072]**"**. Luego, podría considerarse que el acto de autoridad, es decir, la conducta positiva de haber ordenado el bloqueo total de la página web del particular -demandante-, resulta inconstitucional, pues a pesar de perseguir un fin constitucionalmente válido -protección de derechos de autor de terceros-, esa restricción es excesivamente amplia, al no haberse concretado *a la supresión de los contenidos de la página que pudiesen resultar ilegales por violentar los derechos de autor*.

En esa inteligencia, el juzgador procedería a emitir *una reparación a la vulneración personal y directa al derecho de respetar la libertad de expresión del demandante*. Es decir, la medida reparatoria se concretaría, sustancialmente, a ordenar que

---

[1069] Fiss, Owen. *Hacer del derecho una verdad viviente.* ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2018.pág.43.
[1070] Suprema Corte de Justicia de la Nación. Segunda Sala. Amparo en revisión 1/2017. Pág.39.
[1071] Ídem.
[1072] Ibídem. pág. 42.

"cese" la conducta inconstitucional de la entidad estatal, esto es, a *que deje sin efectos la orden de bloqueo y, consecuentemente, permita el acceso y operación a la página web del gobernado.* En otras palabras, la medida remedial tiende a ordenar a que la autoridad se conduzca como lo venía haciendo previo a esa violación, esto es, a no "interferir, "entorpecer" u "obstaculizar" el derecho a la expresión de la persona, *regresándose así al status quo armónico prexistente entre las partes*.

En ese contexto, es claro que, en palabras del profesor Fiss, una vez que el juez dicta su fallo *"el incidente que provocó la disputa se dará por terminado [en este caso, la orden de bloqueo de la página web] y la armonía que existía antes de la erupción de dicha disputa se restablecerá*[1073]*".* Luego, el titular de la página web podrá seguir ejerciendo su libertad de expresión *de la forma en que lo venía haciendo antes del acto de autoridad*, sin interferencias, entorpecimientos u obstáculos por parte de ésta. Así, el fin de la remediación es *preservar o restablecer el status quo* que se tenía previo a la generación de la disputa.

Finalmente, como se ha expuesto, el alcance de la remediación es *de carácter personal y concreta* -en oposición a genérico, estructural o institucional-. Por ende, en estos casos la orden remedial *se centra en la persona, es casuística, cerrada, monológica, culminante y tendiente a restablecer el estado de las cosas que guardaban antes de la violación al individuo.* Luego, sería dable señalar que en la especie, *el diseño del remedio no presenta mayores complejidades* para los Tribunales, pues al tratarse de litigios que se relacionen con prohibiciones de actuar -obligación de respetar, el órgano jurisdiccional debe sancionar esa conducta de la autoridad, ordenar que cese esa acción -si no lo ha hecho- y restablecer, en la medida de lo posible, el *status quo.*

Lo mismo acontece con la obligación de "proteger". Ello, en virtud de que, como se ha razonado, dicho deber se traduce en una una obligación de carácter positiva dirigida a los agentes estatales *para prevenir y resguardar contra las violaciones a*

[1073] Fiss, Owen. *Hacer del derecho […].*. op.cit. pág.43

derechos humanos cometidas por particulares. En ese sentido, el Estado no sólo debe abstenerse de violar los derechos humanos, sino que *también debe proteger a una persona de la violación a sus derechos por parte de terceros, ya sean particulares, corporaciones u otras entidades no estatales.*

Luego, la litis en las obligaciones de respetar también resulta de carácter *triangular y con un acento individualista*. Es *triangular* porque se genera una disputa entre la autoridad -que debió actuar para prevenir y resguardar a la persona ante amenazas o daños generados por particulares- y el gobernado -víctima-, donde el juez se sitúa entre ambos y le da la razón a alguna de las partes, es decir, el juzgador o Tribunal decide si, como lo aduce el actor, *la autoridad no previno, protegió, investigó o sancionó las violaciones a los derechos humanos generadas por agentes no estatales,* o si bien, *no le era jurídicamente reclamable a dicha autoridad ese deber de protección atento al contexto fáctico* -por ejemplo, porque desconocía que existía una amenaza contra el accionante por parte de terceros-, o en su caso, *si la autoridad realizó una debida diligencia para actuar frente amenazas o daños generadas por particulares*.

Y se dice que *pone el acento en el individuo* toda vez que el tipo de vulneración que se analiza en tales litigios es *personal.* Luego, si bien pueden ocurrir dos o más personas como víctimas de daños ocasionados por agentes no estatales, lo cierto es que la vulneración a éstas se sigue valorando *desde la perspectiva individualizada* y, por ende, la reparación otorgada *resulta personal y concreta* -en oposición a genérico, estructural o institucional-.

Asimismo, lo que se sujeta al escrutinio judicial en los litigios atientes al deber de proteger *es la conducta del agente estatal* y, si se demuestra que ésta faltó a su deber de *prevención investigación, sanción o reparación de la víctima, respecto a las actuaciones de terceros que afectaron algún derecho humano,* tendrá que declararse la inconstitucionalidad de tal conducta *y otorgar una reparación a la víctima.* En ese sentido, el remedio es “episódico”, pues una vez dictado el fallo *la función del juez se agota.*

Tomemos el ejemplo de una mujer que acude al Ministerio Público a denunciar que su esposo ejerce constantes actos de violencia en su contra y que teme por su integridad y vida. Imaginemos que la autoridad escucha a la víctima y tramita la denuncia respectiva e incluso ordena en ese momento que se inicie la elaboración de la carpeta de investigación, *pero no solicita que se adopte acción preventiva o cautelar alguna para proteger a la mujer en tanto se desahoga y resuelve el proceso penal.* Así, después de algunas semanas, el esposo golpea brutalmente a la denunciante y ocasiona su muerte. Si tal asunto es elevado ante un Tribunal, alegando *una violación al derecho humano a la vida e integridad personal de la víctima* -a través de un familiar de dicha persona-, el órgano judicial tendrá que evaluar *si la conducta de la autoridad ministerial constituye o no una violación al deber de "proteger" tales derechos fundamentales.*

En ese sentido, el juez *deberá resolver si la autoridad tuvo o debió haber tenido conocimiento del riesgo que deparaba para la víctima el estado de violencia familiar en que se encontraba.* Así, deberá analizar las circunstancias particulares del asunto, el modo en que la autoridad tuvo noticia de los hechos, incluyendo el contexto relevante y centrándose en las denuncias hechas. Asimismo, deberá resolver si la autoridad ministerial *actuó con diligencia para evitar la afectación a la integridad personal de la mujer y la privación de su vida.*

En esa relación triangular litigiosa el juez *interpretará la Constitución y con base en ella elegirá a quién dar la razón entre las partes*. Así, por ejemplo, el juez podría estimar que la conducta de la autoridad resulta inconstitucional, pues la autoridad ministerial, conforme al débito de "proteger", contaba con una *obligación positiva de adoptar medidas preventivas que protegiesen a la mujer cuya vida se encontraba en peligro, ante los actos criminales de un particular, en este caso, su cónyuge.* Máxime que la denuncia ministerial presentada por la víctima respecto de los delitos cometidos por su cónyuge, *eran lo suficientemente graves como para ordenar medidas cautelares, ya que existía un riesgo significativo de más violencia*.

Por ende, podría sostener que *la situación de la víctima era plenamente conocida por las autoridades ministeriales y,* a pesar de ello, la reacción de éstas, ante la

denuncia de la víctima, se limitó a iniciar la carpeta de investigación, *sin tomar medida preventiva alguna para tutelar su integridad y vida.* Teniendo en cuenta todo lo anterior, el juez podría concluir que las autoridades *podían haber previsto la agresión mortal contra la víctima.* Ello, pues *el hecho de no haber adoptado medidas que podían haber dado lugar a un cambio en el resultado o a mitigar el daño es suficiente para responsabilizar a la autoridad ministerial.* En estas circunstancias, se concluiría que dicha autoridad no cumplió con la obligación de "proteger" los derechos humanos a la vida e integridad personal de la víctima, en conjunción con el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia.

En ese contexto, una vez que el juez dicte su fallo *el incidente que provocó la disputa se dará por terminado, en este caso, si existió o no un incumplimiento de los deberes de la autoridad de prevenir las afectaciones a los derechos a la integridad personal y la vida de la víctima.* Luego, el juzgador deberá no sólo ordenar una reparación las víctimas indirectas -los familiares-, sino que se investigue el caso y se sancione la privación de la vida de la víctima.

11.3. El modelo de reforma estructural y su aplicación al deber de garantizar los derechos humanos.

Finalmente, como se he anticipado, consideramos que la reparación judicial de las violaciones a la obligación de "garantizar" puede ser descrita bajo el modelo de "reforma estructural". Acorde a Fiss el modelo de reforma estructural es aquel en el cual el juez -situado dentro de un proceso que confronta a una burocracia estatal con mandatos constitucionales- *"asume la tarea de reestructurar una organización pública a fin de eliminar la amenaza que los arreglos institucionales vigentes implican para valores de dimensión constitucional*[1074]*".*

A diferencia de la relación triangular y el acento individualista del diverso modelo de solución de conflictos, el centro de atención de la reforma estructural "*no está constituido por incidentes o transacciones particulares, sino por las condiciones de vida social y el papel que juegan las organizaciones a gran escala en su*

[1074] Fiss, Owen. *El derecho como […].* op.cit. pág.23.

determinación"[1075]. El objeto primigenio del juicio o litigo estructural y de la investigación judicial que éste implica, por ende, no se centra en incidentes concebidos como eventos particulares y concretos*, "sino en una condición social que amenaza valores constitucionales importantes y en la dinámica organizacional que crea y perpetúa tal condición[1076]".*

Luego en el modelo de reforma estructural, el litigio deja de tener un carácter eminentemente individualista, pues *"la víctima no es un individuo sino un grupo que, en algunas ocasiones, es definido en términos institucionales*[1077]". Asimismo, se abandona el paradigma del servidor público que es el victimario, pues aunque en el modelo estructural es posible individualizar ciertos causantes del daño, "*ellos no constituyen el objeto de la reforma del litigio[1078]"*.

Es así, pues como se ha dicho, el juicio no se centra en incidentes particulares, *sino en los arreglos institucionales existentes*. En otras palabras, el objeto a examinar no son conductas particulares de ciertas autoridades, sino que *la litis se centra en las consecuencias constitucionales que depara cierta burocracia u organización estatal.* Las cargas y costos de la reforma son impuestos a una organización burocrática "*porque es necesario remover la amenaza que su operación implica para los valores constitucionales[1079]".*

Aún más importante, en el modelo de reforma estructural se pretende "*erradicar una amenaza en curso a nuestros valores constitucionales y el mandamiento estructural es el mecanismo formal mediante el cual un tribunal emana directivas que establecen cómo debe ponerse término a la amenaza[1080]"*. El mandamiento judicial "*le habla así al futuro[1081]".* Luego entonces, no se busca restablecer el *status quo* que prevalecía previo a la violación, sino que, por el contrario, justamente la finalidad del modelo de reforma estructural *es modificar o transformar el status quo generado*

[1075] Ibídem. pág. 39.
[1076] Ídem.
[1077] Ídem.
[1078] Ibídem. pág. 43.
[1079] Ídem.
[1080] Ibídem. pág. 43.
[1081] Ídem.

por un determinado arreglo institucional que transgrede los derechos fundamentales.

Asimismo, el papel del juez deja de ser pasivo, dado que en el curso de un proceso reconstructivo el juzgador "*debe finalmente penetrar la fachada institucional de la organización demandada y destapar la denominada caja negra, a fin de identificar los operadores críticos e imponer a éstos el cumplimiento de las órdenes reconstructivas"*[1082]. Esta naturaleza litigiosa otorga al juez toda clase de razones para asumir un papel más activo en el juicio, "*para asegurarse de que dispone de toda la información necesaria y para garantizar que se alcanzará un resultado justo*[1083]".

Finalmente, en el modelo de reforma estructural la etapa de los remedios está lejos de ser "episódica"*,* pues dicha etapa conlleva "*una larga y continua relación entre el juez y la institución demandada y no consiste en el cumplimiento de un remedio ordenado previamente sino en la creación y diseño del propio remedio*[1084]*".* La tarea del Tribunal no estriba en determinar, propiamente, quién tiene la razón; determinar un monto de indemnización o expedir una orden dirigida a poner fin a un acto aislado.

Sino que el diseño del remedio determina que el Tribunal resulte implicado "*en nada menos que la reorganización de una institución en funcionamiento, la cual tiene por finalidad remover la amenaza que ésta, supone para los valores constitucionales*[1085]*".* La jurisdicción de la Corte, entonces, persiste en tanto subsistan las condiciones inconstitucionales del arreglo institucional existente, por ello que es frecuente que la sentencia *"no constituya el final del juicio sino tan sólo el principio*"[1086].

[1082] Ídem.
[1083] Ibídem. pág. 44.
[1084] Ibídem. pág. 48.
[1085] Ídem
[1086] Ibídem. pág. 137.

Atento a la anterior caracterización, estimamos que el modelo de reforma estructural describe, *mutatis mutandis*, la justiciabilidad de la obligación de "garantizar" los derechos humanos. Como se ha razonado, la obligación de garantizar implica que el Estado *debe organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público*, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. De tal suerte que las violaciones a dicha obligación se producen a virtud de *la ausencia o deficiencia de los arreglos institucionales existentes en el Estado, tendientes a tutelar los derechos humanos de todo un grupo o clase de la población.*

En ese sentido, es dable colegir que la litis en las obligaciones de garantizar no es individual ni triangular, *sino de carácter colectivo y multilateral*. En principio, porque la violación -a diferencia del débito de respetar o proteger- no recae en un solo sujeto o agentes estatales -es decir, no deriva de los aciertos, negligencias o deficiencias en la realización de la función pública encomendada a los servidores públicos en un caso concreto-, sino que atañe a *todo un mecanismo estatal o diseño institucional* -o falta de éste-, *cuyas deficiencias estructurales* provocan que todo un grupo, colectividad o clase de personas se les priven de los derechos humanos reconocidos convencional o constitucionalmente.

Consecuentemente, toda violación a la obligación "garantizar", por su propia naturaleza, *tiene repercusiones directas o indirectas en toda la población que es destinataria/beneficiaria de la institución de que se trate* -en oposición a repercusiones estrictamente personales o individualizadas, derivadas de la actuación particular de algún servidor público que infringe o se inmiscuye indebidamente en la esfera de derechos de los gobernados-. Luego, el objeto de la litis no estriba ya en un "incidente" particular, sino que atañe a la revisión de estructuras burocráticas o arreglos institucionales *que amenazan valores constitucionales importantes y en la dinámica organizacional que crea y perpetúa tal transgresión.*

Así, en tratándose de litigios atinentes a la violación de garantizar los derechos humanos, se busca *erradicar las vulneraciones a derechos fundamentales a través de la modificación o transformación de los arreglos institucionales, organizacionales*

o burocráticos existentes. En otras palabras, la finalidad de tales juicios *es transformar el status quo institucional, estructural o burocrático que priva del goce de algún derecho humano a toda la población, clase o grupo que es destinataria/beneficiaria del mismo.*

De donde se deduce que el Tribunal que conoce de violaciones a la obligación de garantizar *adquiere inherentemente una postura activa*, que requiere penetrar la fachada institucional de la organización demandada, a fin de identificar los operadores críticos e imponer a éstos el cumplimiento de las órdenes reconstructivas. Es por ello que *la etapa del remedio no es episódica, sino que conlleva una larga y continua relación entre el juez y la institución demandada*. Por ello, el cumplimiento de las medidas remediales puede trascender y, a menudo lo hace, a toda una década.

En estos casos la orden remedial *es estructural, dialógica, abierta y tendiente a transformar el estado de las cosas institucionales para lograr su adecuación con los derechos humanos.* Luego, sería dable señalar que en la especie, *el diseño del remedio y su implementación no es susceptible de soluciones ni remedios "sencillos" o "tradicionales".* La Corte tiene la ardua labor de analizar todo el andamiaje institucional que se reprocha deficiente y *tiene la difícil tarea de impulsar las medidas necesarias para transformar el status quo institucional reclamado, a fin de lograr su adecuación con el goce del derecho o derechos humanos de que se trate.* Es decir, lograr que tales derechos fundamentales sean garantizados.

Ello apareja *un grado importante de policentricidad; de la asignación o reasignación de recursos, así como análisis técnicos o especializados en materia de políticas públicas, entre otras.* Asimismo, frecuentemente *esa remediación requerirá de procesos y metas a mediano y largo plazo.* Por ende, la jurisdicción del Tribunal -seguimiento e implementación de la medida remedial-, continúa por todo el tiempo en que subsista el *status quo* inconstitucional y hasta que se logre, en la medida de lo posible, superar esa violación estructural. Todos los casos analizados en el capítulo precedente son ejemplos del modelo de reforma estructural.

11.4. La justiciabilidad de la obligación de "garantizar". Directrices que se derivan de la remediación de obligaciones complejas en materia de derechos humanos.

Una vez que se ha empleado el modelo de "reforma estructural" para describir la relación litigiosa y la naturaleza del remedio que apareja la adjudicación de la obligación de "garantizar" los derechos humanos, estimamos necesario realizar algunas reflexiones respecto *a la manera en que los Tribunales deben conducirse en este tipo de remediaciones complejas o estructurales* -que es justamente el objeto de la presente investigación-. En otras palabras, si la naturaleza del remedio depende de la naturaleza de la obligación violada, y si, como se ha razonado, a las obligaciones de garantizar apareja un remedio de naturaleza complejo/estructural, *fuerza es profundizar sobre las directrices que derivan de tal diseño e implementación remedial.*

Es decir, habrá que transitar de un análisis *descriptivo* de los litigios atinentes a la obligación de garantizar, a uno de índole *operativo/performativo.* En ese sentido, sugerimos que, atendiendo al principio de congruencia remedial, cuando el Tribunal se enfrente a obligaciones de "garantizar" y advierta que existe una violación a éstas, debe seguir ciertas directrices que son propias de tal naturaleza litigiosa y *que resultan útiles para emitir un remedio que sea apto y congruente para atender y resolver esa violación institucional.*

Para ello, primeramente, es menester tener en cuenta que en estos casos *los elementos subjetivos de la adjudicación* adquieren ciertas características que resultan inherentes al modelo de reforma estructural. En el entendido que, cuando se habla de *elementos subjetivos adjudicatorios*, se recuerda que nos estamos refiriendo a dos cuestiones: **(I)** *al diseño de la medida remedial*; y **(II)** al *seguimiento e implementación del remedio.*

Respecto a la primera, esto es, el *diseño de la medida remedial*, debemos recordar que la reparación judicial se encuentra dirigida *a lograr, nada menos, que la reorganización de toda una institución estatal, a fin de que se puedan remover o al*

menos mitigar las violaciones estructurales a los derechos humanos que se derivan de tales arreglos gubernamentales.

Esto apareja diversas cuestiones que deben ser tomadas en cuenta, entre ellas, que el remedio *adquiere un carácter instrumental* para modificar el *status quo* generado a virtud de un ausente o deficiente arreglo institucional y que, de hecho, *existen múltiples formas de lograr la remediación de dicho aparato estatal,* lo cual a su vez, apareja *una necesaria flexibilidad o libertad configurativa de la autoridad responsable para rediseñar o reformar la estructura burocrática respectiva.*

Tomemos por ejemplo el caso del "Pabellón 13". En ese precedente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación advirtió que existía *la necesidad de realizar modificaciones estructurales al instituto responsable, a efecto de que minimice en la medida posible los riesgos de contagios y co-infecciones de enfermedades oportunistas de los pacientes que padecen VIH/SIDA.* Al diseñar la medida remedial, ese Tribunal estableció que se debían tomar las medidas necesarias para garantizar el derecho humano al nivel más alto posible de salud de los quejosos -motivo por el cual deben recibir tratamiento médico en instalaciones separadas del resto de los pacientes, a efecto de evitar el contagio de alguna enfermedad-, lo cual implicó la posibilidad de que las autoridades responsables *"consideren qué medida resulta más adecuada para poder brindar a los quejosos un tratamiento médico apropiado a su padecimiento, ya sea mediante remodelación del Servicio Clínico 4, en donde actualmente son tratados; o bien mediante la construcción de un nuevo pabellón hospitalario*[1087]*".*

Así, como lo ha razonado el Ministro Pérez Dayán, los efectos del amparo "*no establecieron una sola manera de cumplimentar con la ejecutoria, sino que se otorgó a las responsables cierto arbitrio para decidir, acorde con sus propias necesidades y posibilidades, cuál era la manera más adecuada para garantizar a los quejosos el derecho a la salud transgredido*[1088]*".* Luego, a diferencia de las adjudicaciones tradicionales, esto es, en las atinentes al modelo de "resolución de

[1087] Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 378/2014. 15 de Oct 2014. pág.62

[1088] Pérez Dayán, Alberto. *Comentario sobre el amparo en revisión 378/2014. Caso Pabellón 13.* En *Jurídica Ibero*. Revista semestral del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. Año 1, núm. 2 enero-junio 2017. Ciudad de México. Pág.73.

conflictos", en donde se condena a la responsable a realizar una acción específica y el cumplimiento se ve en términos del "todo o nada", "*las sentencias de este tipo tienden a trazar principios, procedimientos y fines a seguir, y se asigna a los organismos públicos la carga de diseñar e implementar las políticas respectivas*[1089]*".*

En otras palabras, en tratándose de la adjudicación de obligaciones complejas en materia de derechos humanos, por regla general, *no existen medios o procesos únicos para lograr la adecuación del arreglo institucional existente*, sino que se cuentan con una multiplicidad de opciones administrativas o burocráticas que son conducentes para lograr los fines pretendidos. En palabras de Roach, en este tipo de remedios complejos, es dable concebir que existe *"más de una forma en que los gobiernos pueden cumplir con el derecho pertinente*[1090]*".*

De tal suerte que la determinación del remedio *no resulta cerrada* -como acontece en tratándose de la obligación de respetar o proteger-, ya que es dable concebir una diversidad de medidas que pueden ser adoptadas por la autoridad responsable para proceder a reparar arreglo institucional existente que viola la obligación de "garantizar" el derecho humano respectivo. Esto forma parte del grado de complejidad de la remediación del referido débito, pero bien puede ser percibido como una ventaja para el Tribunal, pues le permite "poner en la mesa" las distintas oportunidades y opciones que tiene la autoridad para lograr la transformación del status quo.

Luego, como razona Fiss, si bien la función más importante del remedio estructural consiste en transformar el *status quo* para hacerlo más apegado a los derechos fundamentales, existen consideraciones "*subsidiarias o adicionales que desempeñan un papel crucial en el proceso de fijación del remedio"*[1091], es decir, que guían e informan la elección que debe efectuarse entre un sinnúmero de posibles remedios y, con posterioridad, *dan forma a la alternativa escogida*. Algunas

[1089] Ibídem. pag.74.
[1090] Roach, Kent. *The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-economic Rights*. En *Social Rights Jurisprudence […].* op. cit. pág. 50.
[1091] Fiss, Owen. *El derecho como […].* op.cit. pág. 68.

de estas consideraciones subsidiarias son de carácter normativo "*porque expresan valores distintos de los que dieron lugar a la intervención*[1092]".

Por ejemplo, en un caso de desegregación escolar, aunque la orden judicial podría estar basada en el deseo de eliminar una amenaza a la igualdad racial, "*también es necesario considerar otros valores, como el respeto a la autonomía de los estados, la imparcialidad o la minimización de la coerción*[1093]". Otras consideraciones subsidiarias "*tienen que ver con la eficacia, y reflejan el mejor juicio del juez en relación con el modo más efectivo de remover la amenaza al valor constitucional de que se trate*[1094]". En algunas ocasiones, el Tribunal intentará utilizar "*todos los remedios alternativos a su disposición*[1095]".

Luego, los litigios en materia de entramados complejos obligacionales no sólo aparejan la introducción de conocimientos y análisis técnicos y especializados por lo que hace a la determinación de la adecuación o inadecuación del arreglo institucional existente con los derechos fundamentales, sino que el diseño del remedio también precisa de *"visión estratégica*"[1096]. Siendo que "*las decisiones estratégicas que se requieren para hacer efectivo el remedio forman parte de las deliberaciones privadas del juez y, como una de las partes del proyecto remedial, también pone a prueba la autoridad del juez".*

De este modo, al involucrarse activamente a los Tribunales en el diseño de medidas remediales estructurales o institucionales, resulta evidente que "*las consideraciones de carácter estratégico entra[n] en el proceso judicial*[1097]". El Tribunal deberá ponderar entre las distintas formas en que puede diseñarse el remedio para transformar la estructura burocrática cuyo funcionamiento ha probado resultar inconstitucional; *debe anticipar las posibles áreas de resistencia o renuencia de transformación de tal arreglo institucional; la pertinencia de los plazos establecidos*

[1092] Ídem.
[1093] Ídem.
[1094] Ibídem. pág. 69
[1095] Ídem.
[1096] Ibídem.49.
[1097] Ibídem. pág. 75.

para ir adoptando cada una de las medidas trazadas; el contexto sociopolítico y, en general, los plausibles problemas que puedan derivar del cumplimiento del fallo.

Así, el diseño de la medida remedial, en tratándose de violaciones a las obligaciones de "garantizar", requiere del empleo del pensamiento estratégico no sólo para diseñar el remedio de tal forma que resulte susceptible de lograr que las estructuras o instituciones puedan transformarse para resultar apegadas a los derechos humanos, *sino para posibilitar que éste pueda ser implementado en la forma más eficaz posible por las autoridades responsables.*

Con todo, es importante tener en cuenta que, a diferencia de los litigios atinentes al débito de "respetar" y "proteger", *el remedio no es una cuestión que resulte inmodificable ni escrita en piedra;* sino que debe dar cabida a ser modificado a medida que se avanza en el proceso de ejecución del cumplimiento del fallo. De ello nos ocuparemos al exponer el principio de ductilidad remedial más adelante.

Lo relevante, por ahora, es tener en cuenta que el diseño del remedio en tratándose de la justiciabilidad de la obligación de garantizar los derechos humanos, *presenta una flexibilidad y apertura importante para el Tribunal,* en tanto da lugar al reconocimiento de que existe una pluralidad de formas en que puede remediarse la violación sistémica que deriva del arreglo institucional existente y, entre esas opciones, se deberá emplear el pensamiento estratégico para determinar las directrices o lineamientos que deben ser empleados por la autoridad para para lograr la modificación estructural estatal respectiva; las metas a corto, mediano y largo plazo que deberán ser perseguidas por las autoridades responsables, así como los plazos otorgados para alcanzar esas metas. No podría ser de otra forma, *pues al resultar compleja la obligación vulnerada, el remedio también resulta complejo -principio de congruencia remedial-.*

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el carácter "abierto" del remedio estructural, no sólo deriva de la multiplicidad de formas en que se puede proceder a reparar el arreglo institucional respectivo, sino también de la *necesaria deferencia que debe otorgársele a las autoridades responsables para lograr la consecución de los fines*

trazados en el remedio. En efecto, como aducen Sabel y Simon, en la implementación de remedios complejos, "*las normas gobernantes son estándares generales que expresan los objetivos que se espera que las partes alcancen, esto es, fines en lugar de medios*[1098]*".* Por lo general, se "*deja a las partes con un amplio margen de discreción sobre cómo lograr estos objetivos. Al mismo tiempo, [el remedio] especifica estándares y procedimientos para la medición del desempeño de la institución*[1099]*".*

Tomemos el ejemplo de *Brown vs Plata*. La medida remedial fue planteada en sentido de que el Estado debía lograr que la población promedio de las instituciones carcelarias en California fuesen iguales o menores al *137.5 % de su capacidad.* Luego, la Suprema Corte no indicó ni constriñó a una única forma o manera en que las autoridades responsables debían lograr esa reducción en el porcentaje poblacional carcelario, sino que se *otorgó un amplio margen de discrecionalidad al Estado para lograr tal objetivo.*

Así, como se estableció en dicho fallo, el Estado podía decidir *cómo distribuir los prisioneros entre las distintas instituciones carcelarias; cómo incrementar la capacidad de las prisiones a través de construcciones, o bien, si optaba por reducir la población carcelaria, podía decidir qué medidas adoptar para lograr esa reducción.* Ello, pues el respeto apropiado para el Estado y sus procesos gubernamentales requieren que el Tribunal de tres jueces ejerza su jurisdicción para "*otorgarle al Estado una considerable libertad para encontrar mecanismos y hacer planes para corregir las violaciones de manera rápida y efectiva, de conformidad con la seguridad pública*"[1100]

El remedio presenta, a virtud de esa apertura y deferencia a las autoridades responsables, un carácter "dialógico", en oposición a meras órdenes coercitivas y monológicas, en donde el Tribunal tiene la última palabra. Así, como aduce Roach,

---

[1098] Sabel, Charles F. y Simon, William H. "*Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds".* Harvard Law Review. Vol. 117. 1015. 2004. pág. 1019.

[1099] Ídem.

[1100] Suprema Corte de Justicia de los E.E.U.U. "*Brown, Governor of California, et. al.v Plata et. al.*". 563 U. S. ____ (2011). pág.46.

este tipo de remedios complejos o estructurales, "*crean un espacio para la formulación continua de políticas gubernamentales y legislativas sin pretender ordenar […] los detalles de la política*[1101]*".* Luego, este carácter dialógico no deja la reparación a la estricta y única esfera judicial, sino que compele a que "*el gobierno proponga planes remediales para lograr el cumplimiento de la Constitución*[1102]". Es decir, el remedio *se torna colaborativo, en lugar de meramente impositivo*.

Como lo ha razonado Gargarella*, "[u]na de las máximas expresiones del ideal deliberativo, en términos institucionales, tiene que ver con la concreción de un proceso de diálogo entre poderes*[1103]*".* La construcción remedial deja de reducirse a un proceso monológico dictado en la sede judicial*, para en su lugar, apuntar a la justicia dialógica mediante un proceso deliberativo entre el Tribunal y las autoridades responsables.* El Tribunal orienta hacia fines determinados y, por su parte, la administración pública y el legislativo, acorde a sus pericias, va trazando los medios que se emplearán para esos objetivos constitucionales.

Por ejemplo, en *Grootboom*, la Corte Constitucional Sudafricana estimó que el Estado debía *diseñar e implementar, con los recursos que tenga disponibles, un programa exhaustivo y coordinado en materia de vivienda, en el cual tome en cuenta a las personas en "imperiosa necesidad y urgencia".* Es decir, que el programa atendiera a las personas que no cuentan con acceso a terrenos para construcción de vivienda; que no cuentan con un techo sobre sus cabezas y para quienes viven en condiciones intolerables o en situación de crisis.

En ese sentido, la Corte no procedió a diseñar la política pública, sino que *se dejó en manos del Estado el generar los procesos, detalles y diseños de la política pública tendiente a salvaguardar el derecho a la vivienda de aquellas personas o segmentos de la población que se ubicasen en las condiciones referidas por la*

[1101] Roach, Kent. *The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-economic Rights*. En *Social Rights Jurisprudence […].* op. cit. pág. 58.
[1102] Ibídem. pág. 52.
[1103] Gargarella, Roberto. *Justicia dialógica y derechos sociales*. En *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional.* op. cit. pág. 126.

Corte. En suma, el remedio se limitó a señalar que existía la necesidad de que el Estado emitiese una "*política de vivienda de emergencia"*-emergency housing policy-, correspondiendo al Ejecutivo y Legislativo *lo relativo a su formulación, alcances, operabilidad, asignación presupuestaria e implementación.*

Así, en las remediaciones complejas, como señala Tuhsnet, los Tribunales inicialmente identifican un área de preocupación y le dicen a los funcionarios del gobierno que deben hacer algo al respecto; *"los funcionarios diseñan un plan y buscan la aprobación judicial del plan; los tribunales sugieren o requieren algunas modificaciones; los funcionarios luego implementan el plan; los tribunales observan los resultados y ratifican la implementación o requieren ajustes para alinear el programa con lo que los tribunales sostienen son los requisitos de la constitución*[1104]*".*

Al respecto, Pérez Dayán ha precisado que el grado de discrecionalidad que se le otorga a la autoridad para que, al atender a las consideraciones del fallo jurisdiccional determine cuál es la manera más adecuada para satisfacer el derecho humano de que se trate, "*tiene la bondad de asegurar que los jueces no sustituyan a los poderes políticos en la elección concreta de la política pública diseñada para salvaguardar ese derecho fundamental, sino que más bien examinen la idoneidad de las medidas elegidas por la autoridad respectiva para lograr esa satisfacción*[1105]".

En esa inteligencia, este tipo de remediaciones "*incentivan la coordinación entre los poderes políticos para solucionar o encontrar la medida más adecuada para solventar el problema"*[1106]. El margen de arbitrio o discrecionalidad concedido en tales ejecutorias permite "*una búsqueda colaborativa para lograr la justicia, en tanto no se reduce a una mera imposición judicial, sino a la orientación del órgano*

[1104] Tushnet, Mark. *The Inadequacy of Judicial Enforcement of Constitutional Rights Provisions to Rectify Economic Inequality, and the Inevitability of the Attempt*. En S. Khurshid, et. al. Bedi (Ed.), *Judicial Review: […].* op.cit. pág. 15.
[1105] Pérez Dayán, Alberto. *Comentario sobre el amparo en revisión 378/2014 […].* op.cit. Pág.73
[1106] Ibídem. pág.74.

democrático para elaborar o reformular su política pública dentro del lenguaje de los derechos humanos y a la luz de los parámetros establecidos por el juzgador"[1107].

De ahí que es dable "*crear un proceso en el cual las partes interesadas generan estándares en colaboración, procedimientos para revisarlos y mecanismos de responsabilidad para aquellos sujetos a ellos*[1108]". Luego, el remedio *da lugar a la deliberación y no a una mera imposición* y, es el hecho de que la colaboración en la determinación de los "medios" que se dirigen a cumplir con los "fines" trazados por el Tribunal, se lleva a cabo no sólo con las autoridades responsables, sino que *también es menester que sea escuchada la "voz" de las personas, grupos o clases que son beneficiarios/destinatarios de la estructura institucional o burocrática que se trata de transformar.*

De hecho, Rodríguez Garativo y Rodríguez Franco se han dedicado a realizar una fuerte defensa del "activismo dialógico", a virtud del cual "*se propone fomentar la deliberación entre las cortes, la sociedad civil y los poderes del Estado en pos de mejores políticas sociales"*[1109]. El ejemplo prototípico de este dialogo entre el Tribunal, las autoridades y la sociedad civil, lo constituye la T-025 de 2004 en la cual se dio una apertura de "*los procedimientos judiciales y la elaboración de políticas públicas a una amplia variedad de actores estatales y no estatales*[1110]". Ello pues las órdenes de la Corte Constitucional Colombiana involucraron no sólo a las principales instituciones públicas responsables de las personas desplazadas internamente, "*sino también a todos los intervinientes gubernamentales y no gubernamentales con responsabilidades relacionadas en la esfera local, nacional e internacional"*[1111].

Luego, si bien como aduce Fiss, este tipo de remedios estructurales o complejos "*sitúa[n] al juez en una relación arquitectónica con la burocracia estatal"*[1112], lo cierto

[1107] Ídem.
[1108] Sabel, Charles F. y Simon, William H. *Destabilization Rights […].*op.cit. pág. 1089
[1109] Rodríguez Garabito, Cesar y Rodríguez Franco, Diana. *Juicio a la exclusión […]. op.cit*. pág. 12
[1110] Ibídem. pág.143
[1111] Ibídem. pág. 144.
[1112] Ibídem. pág. 73.

es que consideramos que la metáfora del Tribunal, como arquitecto de la institución burocrática debe atender a sus justas dimensiones. En efecto, resultaría dable concebir a la Corte en un "rol arquitectónico" siempre y cuando se tome en cuenta que ésta *no ordena cómo diseñar la estructura respectiva, sino que se concreta a establecer algunas directrices o patrones que deben ser observados en el proceso de construcción o remodelación de la edificación institucional de que se trate para que ésta logre ciertos fines*. En efecto, la Corte establece plazos y objetivos que se persiguen en tal proyecto, pero *no impone los procedimientos ni los materiales que deben ser empleados en la construcción*.

Así, *es la autoridad responsable la que, en realidad, acorde a su pericia, edifica la estructura, determina qué materiales empleará, los acabados utilizados, así como los recursos financieros que se asignan para tal construcción.* La Corte supervisará la obra, pero no se inmiscuye ni debe inmiscuirse en los detalles de la construcción, *sino en el producto final* -es decir, en que resulte adecuada y útil para el objetivo al cual se encuentra dirigida-. Luego, la autoridad cuenta con un amplio margen de libertad para decidir la forma en que se procede a edificar, reconstruir o remodelar la estructura, *pero siempre buscando que ésta produzca el resultado establecido por el Tribunal, es decir, que resulte eficaz para brindar la función que de ésta se espera.*

De ahí que esa edificación será el resultado *de la colaboración y el diálogo entre las autoridades y el Tribunal.* Asimismo, en tanto la estructura será destinada para resguardar, atender, proveer, auxiliar o servir a un determinado grupo o clase de personas, *es del todo dable que éstas, en tanto beneficiarias de tal arreglo estructural, deliberen, dialoguen y opinen respecto a los planes de construcción planteados por la autoridad y, sobre todo, respecto a la eficacia e idoneidad del resultado del proceso constructivo o reconstructivo.*

En suma, el diseño de la medida remedial en este tipo de litigios atinentes a la justiciabilidad de obligaciones complejas *se encuentra revestido de ciertas características que deben atenderse por el Tribunal al momento de emitir su adjudicación* a efecto de que ésta resulta congruente y apta para remediar tal entramado complejo obligacional.

Entre otras directrices del diseño remedial, se pueden sintetizar, a grandes rasgos, las siguientes: **(I)** el remedio resulta instrumental para modificar el *status quo* institucional; **(II)** existen múltiples formas de lograr la remediación del arreglo institucional existente; **(III)** el diseño del remedio precisa de "visión estratégica" por parte del Tribunal; **(IV)** el remedio se centra en los fines -outputs-, no tanto en los medios -inputs- y, en ese sentido, se debe otorgar a las autoridades un importante margen de discrecionalidad sobre cómo lograr estos objetivos; y **(V)** el remedio se torna colaborativo, en lugar de impositivo.

Capítulo Quinto
Hacia la eficacia de las sentencias remediales de los DESCA. Parte segunda: replanteando el paradigma del seguimiento e implementación de las medidas remediales.

En el capítulo precedente nos hemos ocupado ya de analizar lo relativo al elemento objetivo de la adjudicación -el entramado obligacional-, determinando las razones por las cuales la determinación, tanto de la naturaleza y finalidad del proceso, como la arquitectura del remedio debe estar orientada por la obligación que ha sido violada y no, por el derecho humano en "juego". Así, se razonó que en tanto existen distintos tipos de obligaciones en materia de derechos humanos que exigen distintas conductas a las autoridades estatales, entonces, también existen distintos modelos de adjudicación y remediación de dichos débitos. En suma, sugerimos que, atento al principio de congruencia remedial, *la naturaleza del remedio* -elemento subjetivo adjudicatorio-*, depende de la naturaleza de la obligación violada* -elemento objetivo-.

Una vez que nos hemos referido al principio de congruencia remedial -la necesaria vinculación entre el entramado complejo obligacional y el primer elemento subjetivo de la adjudicación, a saber, el diseño de la medida remedial- y examinados los distintos tipos de adjudicación que acompañan a los distintos tipos de obligaciones en materia de derechos humanos, consideramos menester referirnos al segundo elemento subjetivo de la adjudicación, a saber: *el seguimiento e implementación del remedio*.

Como fue expuesto en el anterior capítulo, en tratándose de obligaciones complejas en materia de derechos humanos -prototípicamente las de "garantizar"- *el dictado de la sentencia no es el fin de la contienda jurisdiccional,* pues a ésta le sucede una prolongada etapa de implementación y seguimiento de las medidas remediales que tienden a transformar el *status quo* que atenta contra los principios constitucionales -esto incluso puede conllevar décadas-. Así, en esta etapa de supervisión de las directrices remediales ordenadas por el Tribunal deducimos dos principios que pueden ser

útiles para lograr que el remedio maximice su eficacia e impacto. Nos referimos a los principios *de ductilidad remedial* y *participación social* en la implementación del remedio. A continuación procedemos a explicar su contenido y alcance.

12. El principio de ductilidad remedial.

Conforme al principio de ductilidad remedial l*a implementación del remedio debe ser entendida en términos de flexibilidad y adaptabilidad*, de tal suerte que el Tribunal tenga la posibilidad y la responsabilidad continua de *evaluar la eficacia y las consecuencias de la reparación ordenada, y de así considerarlo, proceder a modificar su orden.*

Así, estimamos que en tratándose de litigios sobre obligaciones complejas de los derechos humanos, el remedio no debe entenderse "escrito en piedra", sino *que debe ser dúctil y sujeto a modificaciones, considerando los cambios en las circunstancias políticas, económicas y de otro tipo y, en esa medida, aprovechar las oportunidades para reparaciones más efectivas.* Como se ha expuesto, en tratándose de la adjudicación de obligaciones de "garantizar", la etapa de los remedios está lejos de ser "episódica", pues dicha etapa conlleva una larga y continua relación entre el juez, la institución demandada y los sectores sociales interesados.

Luego, la jurisdicción de la Corte persistirá en tanto subsistan las condiciones inconstitucionales del arreglo institucional que resultan contrarias o insuficientes para dar cumplimiento al débito de garantizar los derechos humanos, por ello la sentencia no constituye el final del juicio -como acontece en el modelo de solución de conflictos atinente a la obligación de respetar- pues a éste le sucede una prolongada etapa de implementación de las medidas remediales que tienden a transformar el *status quo* que atenta contra los principios constitucionales -esto incluso puede conllevar una o más décadas-. Así, *la necesidad de dar seguimiento a las medidas remediales es tanto necesaria como consistente con la naturaleza de este tipo de modelos adjudicatorios complejos o estructurales.*

Sin embargo, no basta con dar un mero seguimiento o supervisión a lo ordenado por el Tribunal, sino que aunado a ello *es indispensable que esas mismas órdenes puedan ser sujetas a transformación o evolución a medida en que se avanza en el proceso de implementación de la sentencia estructural* y se obtiene nueva información que resulta relevante para atender de manera comprensiva y más específica el problema estructural al que se enfrente.

De lo contrario, las posibilidades de hacer más eficaz el proceso reformador de los arreglos institucionales existentes quedarán severamente reducidas -a veces, incluso, destinadas al fracaso-. Por ende, en estos casos, *la inmutabilidad y rigidez absoluta del remedio, lejos de aparejar algún beneficio, se podría erigir como un obstáculo innecesario para hacer del remedio una realidad práctica, es decir, lograr su mayor eficacia.*

El principio de ductilidad remedial tiene un fuerte asidero en el caso *Brown vs Plata.* En tal *leading case,* la Suprema Corte de E.E.U.U. estableció, en el contexto de la reforma estructural al sistema penitenciario de California, que el Tribunal "*conserva la autoridad y la responsabilidad para realizar futuras modificaciones a la orden existente [remedio]"*[1113]*.*Ello, pues la facultad de un Tribunal para modificar un decreto adjudicatorio remedial "*es amplio y flexible"*[1114]*.* Así, la Suprema Corte razonó elocuentemente que un Tribunal que emplea sus facultades adjudicatorias para remediar una violación constitucional "*mandatando cambios sistémicos a una institución tiene el deber y responsabilidad continua de evaluar la eficacia y las consecuencias de su orden"*[1115]*.*

La experiencia puede enseñar la "*necesidad de modificar o enmendar un decreto previo"*[1116]. Para tal fin, el Tribunal debe encontrarse abierto a la demostración, por cualquiera de las partes, de que la *"orden judicial debería modificarse para garantizar que los derechos e intereses de las partes reciban toda la protección*

[1113] Suprema Corte de Justicia de los E.E.U.U. "*Brown, Governor of California, et. al.v Plata et. al.*". 563 U. S. ____ 2011. pág. 45
[1114] Ibídem. pág. 46.
[1115] Ídem.
[1116] Ídem.

debida y necesaria"[1117]*:* Por otra parte, la modificación del remedio no sólo puede darse en cuanto a su contenido, sino respecto a los plazos establecidos para ello, pues una extensión del plazo puede permitirle al Estado "*considerar cambios en las circunstancias políticas, económicas y de otro tipo y aprovechar las oportunidades para remedios más efectivos"*[1118].

En ese sentido, la modificación de órdenes remediales o, la posibilidad de emitir unas nuevas que complementen a las primigenias, permite que *el remedio se adapte y atienda a las circunstancias "novedosas" del problema estructural o que no fueron necesariamente materia de deliberación en la litis y que van "emergiendo a la superficie" a medida que la autoridad va implementando el remedio*.

Por ejemplo, en la T-60 de 2008, la Corte Constitucional Colombiana dictó 16 órdenes primigenias o fundantes tendientes a reformar el sistema de salud pública. Posteriormente, conforme a la información allegada en los primeros cuatro años de implementación de la sentencia, *la Corte emitió nuevas órdenes remediales para atender en forma más eficaz el problema estructural del sistema de salud.* Así, a partir de esa nueva información, la Corte estimó que, lo que causaba el desequilibrio financiero del sistema de salud, era la *"indebida destinación de recursos, malversación de fondos y falta de mayor diligencia de algunos órganos de inspección, vigilancia y control"*[1119]*.*

Luego, la Corte ordenó que *"en 20 días el Ministerio de Salud adoptara medidas para proscribir la corrupción y el fraude y que en 20 días el Ministerio y la Contralora controlaran y recuperaran los recursos malversados y dilapidados*[1120]". Ello provocó que la Contraloría General de la República impulsara investigaciones de control fiscal, "*de tal forma que el dinero que reciben las EPS en relación con la prestación de servicios de salud sea debidamente manejado*"[1121]. Lográndose con ello que la

[1117] Ídem.
[1118] Ídem.
[1119] Parra-Vera, Oscar y Yamin, Alicia Ely, *La Sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica,* en Laura Clérico, Liliana Ronconi y Martín Aldao (coords.), *Tratado […]. op.cit.* pág. 2623.
[1120] Ídem.
[1121] Ibídem. pág. 2624

sentencia "*gener[ara] espacios de rendición de cuentas que han sido aprovechados por varios organismos de control para impulsar sus tareas de inspección y vigilancia"*[1122].

Asimismo, como se ha expuesto, en el diverso caso de la *Causa Mendoza,* la Suprema Corte argentina no buscó establecer una única solución a la remediación de la cuenca, es decir, *no intentó establecer por sí misma un modelo completo de planeamiento, dirección y control, sino que fue moldeando diversas órdenes remediales a medida que se desarrollaba el proceso de implementación.* En una primera etapa, la Corte estableció "objetivos de base" a través de órdenes tendientes, sustancialmente, a que las autoridades responsables integraran un plan integrado ambiental para el saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo y a obligar a la ACUMAR a que se encargara del cumplimiento de tal plan.

Mientras que en una segunda etapa, la Corte se enfocó en emitir nuevas órdenes remediales tendientes a *acentuar la ejecución del plan, profundizando su control,* ya que la información presentada en las audiencias públicas celebradas para controlar la ejecución, permitió concluir que *un aspecto central de todo el plan es la realización de las obras de provisión de agua potable y cloacas y el tratamiento de la basura depositada en la cuenca;* por lo cual separó la jurisdicción sobre estas materias que, por su naturaleza y complejidad, requieren de una especial supervisión en su desarrollo.

En ese sentido, en tanto la modificación del *status quo* institucional apareja circunstancias, contextos e información que se van desentrañando o emergiendo a medida que se empiezan a "sacudir" los arreglos burocráticos respectivos mediante la ejecución del fallo, la adjudicación de los DESCA, como de cualesquiera otros derechos humanos, *no debe apuntar hacia el estatismo remedial,* sino *a su eficacia;* de ahí que el remedio debe resultar dúctil a fin de que éste tenga la flexibilidad y apertura necesaria *para irse adecuando o adaptando a las nuevas cuestiones*

[1122] Ibídem. pág. 2624

fácticas-institucionales y, en esa medida, maximizar su impacto transformador/reparatorio.

Como aducen Sabel y Simon "*el remedio institucionaliza un proceso de aprendizaje continuo y de reconstrucción*[1123]*".* De tal suerte que los conocimientos adquiridos mediante la implementación de la medida remedial no se vuelven obsoletos ni inertes, sino que *pueden y deben ser empleados por el Tribunal para transformar y mejorar el remedio*. Por ende, la fase remedial "*a menudo implicará un cambio en el proceso, el personal y en la metodología empleada*[1124]*".*

Luego, el proceso de implementación remedial a obligaciones complejas en materia de derechos humanos, no debe ser concebido ni reducido a un procedimiento de supervisión y mera observación, *sino a uno de transformación y continua adaptación del remedio a las nuevas o cambiantes circunstancias que envuelven al arreglo institucional-burocrático que pretende ser reformado para adecuarse a principios constitucionales o convencionales.*

El dinamismo o ductilidad remedial reconoce *la complejidad de la obligación adjudicada* y, consecuentemente, *la complejidad que depara su reparación.* Por ende, el remedio *no se reduce a una regla u orden estática*, sino que ésta va evolucionando a medida que se desarrolla el proceso de implementación del fallo y se adquiere nueva información respecto a la estructura estatal a reformar o surgen circunstancias no previstas al momento del dictado de la sentencia; de tal suerte que el remedio pueda adaptarse a esas "nuevas realidades". La Corte Suprema de la India ha abrazado un enfoque similar al establecer que *"[e]n tanto el remedio es positivo e implica acciones afirmativas, las decisiones judiciales no son determinaciones 'únicas', sino que tienen implicaciones continuas*[1125]*".*

Luego, las remediaciones de obligaciones complejas en materia de derechos humanos *"[i]ncorporan un proceso de reevaluación y revisión [del remedio] con*

[1123] Sabel, Charles F. y Simon, William H. *Destabilization Rights […].*op.cit. pág. 1019.
[1124] Ibídem. pág. 1055.
[1125] Roach, Kent. *The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-economic Rights.* En *Social Rights Jurisprudence […].* op. cit. pág. 51.

continuidad participativa de los interesados[1126]*".* Si la remediación en este tipo de litigios *es dialógica o participativa*, fuerza es que *las voces, preocupaciones o la información que, las autoridades responsables y los grupos interesados, alleguen al Tribunal en el proceso de implementación de la sentencia, tengan como resultado la posibilidad de re-evaluar la pertinencia, alcance o fuerza del remedio*, a fin de que éste pueda, en la mayor medida de lo posible, lograr su efecto reparador o transformador del arreglo institucional existente y, con ello, maximizar su eficacia y vocación de dar efectividad al débito emanado del derecho humano en juego.

La ventaja de concebir al remedio en términos dúctiles *es dual*. En primer lugar porque, a medida que en el proceso de implementación del fallo se van esclareciendo los problemas fundantes que dan lugar a las deficiencias o vicios del arreglo institucional que se pretende transformar, *el dinamismo del remedio otorga la oportunidad de que las órdenes del Tribunal puedan ser dirigidas o redirigidas para que los esfuerzos institucionales se encaminen a dar solución a tales problemáticas de manera más específica.*

Así, el remedio *no se contenta con atender problemáticas genéricas o demasiado amplias* , sino que, al permitirse que éste se pueda ir adaptando y moldeando a los hechos que paulatinamente son del conocimiento del Tribunal durante el proceso de ejecución del fallo, esa ductilidad *lo hace susceptible de atender también los problemas particulares que subyacen a la estructura burocrática respectiva y, en esa medida, atajar de "raíz" los vicios institucionales que resultan contrarios a los derechos humanos.*

Como señala Fiss, "*las limitaciones del conocimiento sobre el comportamiento organizacional, aunadas a la capacidad de las instituciones para adaptarse a estas intervenciones mediante el restablecimiento de relaciones de poder preexistentes, determinan la necesidad de una intervención constante a través de ciclos sucesivos de remedios suplementarios*[1127]*".* Luego, el dinamismo o ductilidad remedial otorga el poder a las Cortes para *revisar y corregir áreas más específicas de los arreglos*

[1126] Sabel, Charles F. y Simon, William H. *Destabilization Rights […].*op.cit. pág. 1069.
[1127] Fiss, Owen. *El derecho como […].* op.cit. pág. 48.

institucionales existentes, y en esa medida, en conjunción con las autoridades responsables y las partes interesadas, *se puedan ir atendiendo problemas focales o centrales,* que no hayan sido advertidos al momento de dictarse el fallo o al menos no con la importancia o magnitud debida. Es decir, el desempeño de la entidad es sometido a un control constante "*y se establecen nuevas estrategias dirigidas a asegurar que ésta funcione conforme a los parámetros fijados en la Constitución*[1128]":

Así, como se ha expuesto, en la T-60 de 2008, la información recabada por años demostró que *las asimetrías financieras del sistema de salud pública se debían a la corrupción* y, por ende, la Corte Constitucional Colombiana *procedió a emitir órdenes remediales para atender ese problema subyacente al problema general o estructural de tal sistema público.* Lo mismo en la Causa Mendoza, pues una vez que la Suprema Corte Argentina emitió órdenes remediales "de base", se fue adentrando en cuestiones más específicas del problema medioambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo, como lo fue la determinación de que un aspecto central de todo el plan de remediación *era la realización de las obras de provisión de agua potable y cloacas y el tratamiento de la basura depositada en la cuenca*; por lo cual enfocó sus esfuerzos remediales hacia tal aspecto institucional.

Al respecto, Sabel y Simon han notado que puede darse una modificación en el remedio porque en el proceso de su implementación puede generarse un cambio en la manera en que se concibe al litigio o al problema institucional/estructural materia de éste. Por ejemplo, *"en educación y vivienda, las preocupaciones sobre discriminación a menudo conducen rápidamente a preocupaciones sobre la calidad del servicio. En las cárceles, preocupaciones sobre las condiciones conducen a preocupaciones sobre la duración del confinamiento" […] Estas conexiones no eran invisibles en el momento de dictarse el fallo; simplemente se vuelven más prominentes y urgentes*[1129]*".*

[1128] Ídem.
[1129] Ibídem. pág. 1081.

Aunado a lo anterior, la modificación del remedio puede atender no sólo al descubrimiento de información que derive del proceso de implementación y que deba de ser integrado a la reparación, *sino a ciertas circunstancias o conductas de las autoridades responsables, que revelen la necesidad* de *ajustar la "agresividad" de la orden remedial*. En efecto, como lo ha advertido Landau, los remedios "débiles" -en los cuales las autoridades políticas son quienes toman las decisiones sustantivas en materia de políticas públicas y no los Tribunales-, "*son, de hecho, compatibles con una serie de estrategias diferentes, con distintos niveles de agresividad*"[1130].

En efecto, los llamados remedios débiles o experimentales *pueden adoptar múltiples formas*. Así, los tribunales pueden, por ejemplo, querer comenzar con soluciones más amplias y provisionales, "*avanzando hacia remedios más firmes a medida que miden la reacción política a sus órdenes y a medida que aprenden más sobre cómo responder en un área compleja de políticas[1131]"*. Siendo importante notar que los Tribunales "*pueden utilizar formas más agresivas de adjudicación, sin colapsar hacia la supremacía judicial [remedios fuertes]"[1132].* Luego, entender al remedio en términos dúctiles, permitiría que el Tribunal *vaya adaptando la firmeza, agresividad o claridad de su orden remedial, para lograr resultados más eficientes* y empujar a las autoridades remisas hacia la acción y cumplimiento del fallo.

En esa inteligencia, una vez que el proceso dialógico y colaborativo en la implementación del remedio *logra concretar los aspectos fundamentales que debe emprender la autoridad responsable para arreglar el status quo inconstitucional* -como resultado del diálogo entre las partes-, el remedio "*podría incentivar firmemente al Estado a actuar sobre un tema en particular, dejando el diseño de los detalles de la política a los políticos y burócratas[1133]".*

La segunda ventaja de la ductilidad del remedio estriba en la posibilidad *de superar o mitigar los problemas de "policentricidad"* a los cuales se refiere Fuller. En efecto,

---

[1130] Landau, David. *Aggressive Weak-Form Remedies*. (September 1, 2013). 5 Constitutional Court Review (South Africa) 244 (2014), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 649. pág.245.
[1131] Ibídem. 250.
[1132] Ídem.
[1133] Ibídem. pág. 252.

una premisa central de la policentricidad es que la resolución judicial de problemas policéntricos *generarían consecuencias imprevisibles*, al tiempo que los jueces no cuentan con los elementos necesarios, en una contienda *vis a vis, para poder comprender la magnitud de la problemática y las plausibles consecuencias que la modificación de alguna de las relaciones generará en todo el sistema relacional*; de ahí que el proceso judicial resulte una vía del todo inadecuada para confrontar tales problemáticas.

Aunque son diversos los argumentos que se pueden esgrimir contra esa visión fatalista de la policentricidad -como fue expuesto en el segundo capítulo de la presente investigación-, la posibilidad de que el remedio *se conciba en términos dúctiles hace aún más frágil el argumento de la policentricidad* como supuesto derrotero de la reparación de arreglos institucionales o estructurales en materia de derechos humanos. Ello, pues el problema de la policentricidad, en su núcleo, atañe *a problemas cognoscitivos de indeterminación* respecto a la forma en cómo el impacto de una sola área o aspecto de un sistema relacional, a través de una orden judicial, va a afectar al sistema en su conjunto, pudiéndose generar consecuencias innecesarias, indebidas o indeseadas a otras relaciones o intereses que no formaron parte de la litis.

Esta preocupación tiene sentido en un tipo de modelo de adjudicación en el cual: **(I)** la sentencia pone fin al litigio; y **(II)** consecuentemente, el remedio es definitivo e inmutable. Sin embargo, como se ha expuesto, en el modelo de "reforma estructural", el dictado de la sentencia es sólo el inicio de un largo proceso de transformación de los arreglos institucionales existentes, a través del cual el Tribunal *se allega nuevos conocimientos e información del sistema o estructura respectiva a transformar.*

Luego, el proceso de implementación y supervisión de la orden judicial *es también un proceso de aprendizaje* que permite al Tribunal ir desentrañando y entendiendo en forma más completa, pero también más específica, el funcionamiento del arreglo institucional *y las diversas consecuencias que la orden remedial genera o es*

susceptible de generar en el sistema, como un todo, a medida de que se va ejecutando.

En esa inteligencia, el principio de ductilidad remedial permitiría que el Tribunal no se reduzca a un ente pasivo y observante de esos nuevos conocimientos, sino que, a partir de ese descubrimiento informativo, *pueda ir moldeando, transformando y adaptando sus órdenes remediales* para atender aquellos aspectos que estuvieron fuera del análisis de la litis, a fin de que, por una parte, *no se generen consecuencias indeseadas por el remedio y, por otra, recojan también las peticiones o preocupaciones de otros grupos o entes que no necesariamente fueron consultados o formaron parte en la relación litigiosa*, y se integren a la reforma estructural.

En palabras de Fiss, la elección del Tribunal por un remedio determinado *"siempre debe admitir la posibilidad de ser revisada, sin que sea necesario demostrar que el remedio inicialmente escogido está ocasionando una grave injusticia. La revisión se justifica si el remedio no está funcionado apropiadamente o impone una carga innecesariamente gravosa*[1134]*".* Así, el Tribunal tiene la oportunidad y el deber valorar la eficacia y pertinencia del remedio, pudiendo modificar aquello que, lejos de aparejar un verdadero beneficio, genere afectaciones "colaterales" indebidas o indeseadas en tal proceso transformador, al tiempo que los intereses de las partes no representadas en el juicio puedan ser incorporadas al remedio para lograr un diseño reparatorio holístico y más eficaz.

Jeff King ha examinado con cuidado y lucidez la necesidad de incorporar criterios de "flexibilidad" a la justiciabilidad de los DESCA para contrarrestar los problemas que derivan de la policentricidad. En efecto, acorde a King, en tratándose de la superación de tales problemas, *"la cantidad de espacio que deja un remedio judicial para la adaptación será de relevancia directa*[1135]". De hecho, la integración de la flexibilidad no sólo debe tenerse en cuenta al momento del diseño del remedio, sino que *"la legislatura, el ejecutivo y los tribunales deberían estar preparados para revisar una política después de un fallo judicial si nueva información indica*

[1134] Fiss, Owen. *El derecho como […].* op.cit. pág.69.
[1135] King, Jeff. *Judging Social Rights*. op.cit.pág.209.

problemas con ella[1136]*".* Tal estándar de flexibilidad "*puede atenuar el peso otorgado a la policentricidad en la adjudicación*[1137]*".*

La flexibilidad resulta relevante cuando "*las circunstancias cambian […] o cuando una persona tomó una decisión basada en una premisa que resultó ser falaz*[1138]". Así, tanto el Tribunal, como las autoridades responsables deben tener la capacidad de adaptarse a las modificaciones o contextos políticos, económicos o sociales que puedan irse presentando en el proceso reformador del arreglo institucional respectivo. Más aún, la flexibilidad no sólo es pertinente para el remedio por las razones ya referidas, sino porque permite a la función administrativa/legislativa *seguir gozando de su característica o capacidad inherente de transformarse y adaptarse a las nuevas realidades existentes.* Esto es, si la flexibilidad *es una característica de la política pública*, luego, las adjudicaciones que ordenan modificaciones a tales políticas *deberían reconocer y respetar tal flexibilidad.*

Este razonamiento fue recogido por la Corte Constitucional Sudafricana en el ya examinado caso *TAC,* al precisarse que, un factor que debe tenerse en cuenta es que "*la política [pública] es y debe ser flexible. Se puede cambiar en cualquier momento y el ejecutivo siempre tiene la libertad de cambiar las políticas cuando lo considere apropiado*[1139]*"*. Por lo tanto, las órdenes judiciales relativas a las elecciones de políticas hechas por el Ejecutivo "*no deben formularse de manera que impidan al ejecutivo tomar tales decisiones legítimas*[1140]*".*

En ese sentido, en tratándose de la adjudicación de derechos humanos que conlleven un importante grado de policentricidad -como lo es prototípicamente, la adjudicación de obligaciones de garantizar-, *tanto en el diseño de la medida remedial* que incida en la política pública o en modificaciones institucionales, como en el

---

[1136] ídem.
[1137] ídem.
[1138] Ibídem. pág.251.
[1139] Constitutional Court of South Africa. Case CCT CCT 8/02. "*The Minister of Health et. al. v. Treatment Action Campaign et. al.*". 5 Jul 2002. pág.67
[1140] ídem.

seguimiento e implementación del remedio, deben atender a exigencias de flexibilidad.

Ello, pues en tratándose *del diseño de la medida remedial*, la orden dictada por el Tribunal no debería impedir ni privar a las autoridades responsables que su política o decisión gubernamental cuente con el grado de flexibilidad que le es propia. Como aduce King *"el Estado debe ser flexible con respecto a los eventos futuros inciertos, y el tribunal debe asegurarse de que no contribuya indebidamente a una inflexibilidad*[1141]*".* Puede ser incluso que el problema institucional examinado por la Corte derive de la intransigencia política. En estos casos los Tribunales *"pueden promover la flexibilidad mediante la ruptura de la inercia, al darle a los grupos [interesados/afectados] una voz significativa en el proceso de formulación de políticas*[1142]*":*

Asimismo, en tratándose *de la implementación del remedio*, la orden de la Corte debe ser sujeta a modificaciones, mejoras y desembarazada de rigidez y estatismo. Esa ductilidad o posibilidad de irse moldeando conforme al paso del tiempo y a medida que se obtiene un mayor y mejor conocimiento del problema estructural o institucional, permite debilitar el argumento de la policentricidad. Así, "*cuanto mayor sea la incertidumbre en un escenario dado, más importante será el rol de la flexibilidad*[1143]*".*

En efecto, la ductilidad del remedio, *en sentido positivo*, permite la modificación de la medida remedial, considerando los cambios en las circunstancias políticas, económicas y de otro tipo y, en esa medida, *aprovechar las oportunidades para reparaciones más efectivas*. En cambio, la ductilidad del remedio, *en sentido negativo*, implica que el remedio debe poder ser modificado a efecto de *evitar la generación de consecuencias indeseadas por la orden judicial, debido a cuestiones no previstas o conocidas al momento de desahogarse el juicio y dictado la*

[1141] King, Jeff. *Judging Social Rights*. op.cit.pág.264.
[1142] Ibídem. pág. 286.
[1143] Ibídem. pág. 264.

sentencia, esto es, la capacidad modificatoria del remedio se erige como *una protección contra la policentricidad.*

Así, continuando con la idea de la ductilidad del remedio, en su sentido negativo, *"los jueces, administradores y la legislatura deben estar preparados para revisar un fallo judicial si nueva información evidencia que éste ha causado problemas significativos o que fue basado en suposiciones que han resultado falsas*[1144]". En otras palabras, la modificación de la orden remedial no sólo atiende a mejorar o maximizar su eficacia, *sino también para corregir errores o deficiencias de la medida remedial que son sacadas a la luz mediante su aplicación e implementación empírica.* A veces, la revisión del remedio también resulta necesaria debido a *"cambios en las circunstancias que pueden tornar obsoletos a los fallos judiciales, especialmente en tratándose de adjudicaciones estructurales*[1145]*".*

A partir de las anteriores consideraciones, es dable colegir que el principio de ductilidad remedial puede jugar un rol importante en la reparación de obligaciones complejas en materia de derechos humanos. El modificar el paradigma de remedios estáticos e inmutables, por el diverso paradigma de órdenes remediales sujetas a revisión y transformación a medida de que se avanza en procedimiento de ejecución e implementación del fallo, apareja diversos beneficios que pueden lograr potencializar la efectividad reparatoria o reformadora del remedio -ajustándose a los nuevos conocimientos o circunstancias que se van presentado en dicho proceso-, al tiempo que puede contrarrestar los problemas derivados de la policentricidad -al revisar aquellas directrices que han generado consecuencias indeseadas en la reparación del arreglo institucional existente-.

Luego, estimamos que el remedio, en tratándose de la justiciabilidad de obligaciones complejas en materia de derechos humanos -prototípicamente las de garantizar-, *no se contenta con ser supervisado*, sino que en el desarrollo de su implementación *requiere ser moldeado y modificado para maximizar su eficacia y lograr, en la mayor medida de lo posible, transformar el status quo*

[1144] Ibídem. pág. 301.
[1145] Ibídem. pág. 302

burocrático/institucional para apegarlo a principios constitucionales y convencionales.

La ductilidad del remedio, se presenta así, como un principio útil para hacer de la medida remedial *una realidad práctica* y, con ello, empujar a que los derechos humanos adjudicados, como son los DESCA, puedan convertirse en *una verdad viviente*. En suma, *supervisar, sin modificar*, equivale a que la Corte quede reducida a un público expectante y pasivo, en el cual observe resignadamente si la medida remedial dictada tiene o no el efecto esperado; si fueron atinadas las predicciones acerca de los problemas de funcionamiento del arreglo institucional y a que la consecuencia de tal orden judicial genere más beneficios que perjuicios para el Estado de Derecho. Ciertamente, *ese es un escenario que resulta indeseable e inadecuado para el papel que se les ha otorgado a los Tribunales en el presente siglo, esto es, como instituciones potencializadoras de cambios sociales*, sobre todo en la construcción de nuevos estadios de justicia social a través de la exigencia de cumplimiento de los DESCA.

Como razonaba Carlos Fuentes *"[n]o es lo mismo darse cuenta de una injusticia que ponerse a construir, que es la única manera eficaz de acabar con la injusticia*[1146]*".* El proceso de aprendizaje que apareja la supervisión de la orden remedial *debe culminar en acción.* La implementación del remedio *no debe reducirse a un proceso de observación y vigilancia pasiva,* sino que también debe dar lugar a que el Tribunal aproveche el desarrollo de tal procedimiento para *enriquecer la medida remedial mediante su transformación y adaptación a las nuevas circunstancias y conocimientos obtenidos,* a *fin de que ésta pueda contar con la mayor fuerza e impacto para la generación de nuevos y mejores estadios de justicia institucional y burocrática*. En ello se juega, a nuestro juicio, la posibilidad de hacer del remedio una "realidad práctica".

[1146] Fuentes, Carlos. *La Región más Transparente*. ed. Alfaguara. 1958. (12da edición 2006). México. 115.

13. El principio de participación social en la implementación y seguimiento del remedio.

Como se ha expuesto, la justiciabilidad de las obligaciones complejas en materia de derechos humanos apareja ciertos axiomas cuyo reconocimiento y observación por parte de los Tribunales puede potencializar el grado de cumplimiento o impacto de la remediación judicial ordenada. Dentro de estos, estimamos que se encuentra lo que hemos denominado como el "principio de participación social". Dicho axioma plantea que el carácter dialógico o colaborativo en el diseño y ejecución del remedio *no se reduce a una relación inter-institucional entre el Tribunal y las autoridades responsables, sino que comprende a las personas, grupos o clases interesadas en el cumplimiento de la medida remedial.*

Así, el principio de participación social postula la necesidad de que la "voz" de las personas, grupos o clases interesadas -tanto demandados, como otros sectores sociales más amplios- sea tomada en cuenta a lo largo del procedimiento de implementación remedial que pretende modificar *el status quo* institucional/burocrático respectivo. Los casos de la *T-025* de la Corte Constitucional de Colombia, *PUCL* de la Suprema Corte de la India y *TAC* de la Suprema Corte Sudafricana, *son claros ejemplos de la potencialización del cumplimiento e impacto del remedio, a través la movilización y participación de los sectores sociales involucrados.*

En la T-025 se estimularon las relaciones y el diálogo entre los organismos públicos y las organizaciones de la sociedad civil mediante audiencias y peticiones periódicas de información. De hecho, diversas organizaciones y colectividades formaron una coalición con el objetivo concreto de ayudar a implementar la sentencia, la cual fue conocida como la "*Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado*". La Corte Constitucional Colombiana la reconoció después "*como parte en el proceso de seguimiento [de la sentencia] y se apoyó fuertemente en la información y las recomendaciones entregadas por ella*[1147]".

[1147] Rodríguez Garabito, Cesar y Rodríguez Franco, Diana. *Juicio a la exclusión […].* op.cit. pág.46.

Así, el proceso de seguimiento a la T-025 abrió los procedimientos judiciales y la elaboración de políticas públicas a una amplia variedad de actores estatales y no estatales. La Corte solicitó "*informes de progreso y conceptos técnicos a instituciones estatales, ONG y centros de investigación, que han servido como insumo básico en los análisis*[1148]*"* del Tribunal respecto a la implementación del remedio. A partir de estos análisis, la Corte "*ha dictado nuevas órdenes a los intervinientes que […] han estimulado la participación continua de esos sujetos en el proceso de seguimiento [del remedio]*[1149]*"*.

Estas decisiones han desencadenado un proceso iterativo en el que la Corte "*dicta órdenes o solicita información a actores públicos o privados, las instituciones responden mediante informes de progreso y la Corte, a su vez, responde mediante autos de seguimiento*[1150]*".* En suma, este proceso dialógico, que contó con varios autos de seguimiento, audiencias y sesiones técnicas, "*permitió que los principales actores del campo construyeran en forma acumulativa los mecanismos para garantizar el cumplimiento de la Sentencia T-025"*[1151]*.*

Respecto al caso *PUCL* en la India, Birchfield y Corsi han sostenido que el continúo éxito y expansión de dicho litigio ha dependido, entre otras cuestiones, *de la relación simbiótica entre al sistema judicial y las redes de la sociedad civil.* Por lo que hace a estas segundas, se destacan las actuaciones de la organización civil llamada "*Right to Food Campaign* -en adelante la Campaña-". Acorde a ambos autores, la Campaña "*continúa influyendo en la dirección del caso […] y desempeña un papel en el avance y expansión de los programas relacionados con la alimentación*[1152]*".*

Además, actuando como peticionarios en el litigio y mediante la presentación de solicitudes interlocutorias, "*la Campaña continúa impactando directamente revisión concreta de la política según lo ordenado por la Suprema Corte*[1153]*"*. La Campaña

[1148] Ibídem. pág.145.
[1149] Ídem.
[1150] Ídem.
[1151] Ibídem. pág.148.
[1152] Birchfield, Lauren y Corsi, Jessica. *Between Starvation and Globalization* […]. op.cit. pág. 720.
[1153] Ídem

ha buscado continuamente modificar los esquemas gubernamentales para satisfacer las necesidades de las personas a través de sus aplicaciones interlocutorias, "*demostrando un esfuerzo coordinado de la sociedad civil para crear, modificar y mejorar la política pública [alimentaria] a través de los Tribunales*[1154]*".*

Asimismo, la Campaña ha trabajado para construir "*la base cívica y la presión pública necesarias para constreñir la implementación [de las órdenes remediales] y asegurar la rendición de cuentas del gobierno"*[1155]. Más allá de perseguir sus objetivos a través de la Suprema Corte, la Campaña "*interactúa directamente con funcionarios del gobierno y agencias*[1156]*".* Varios miembros del grupo directivo de la Campaña han servido o contribuido al trabajo de las Comisiones Federales de Planificación, "*donde han influido directamente en la planes federales programáticos y presupuestarios para los próximos años*[1157]*".*

Por su parte, en el diverso caso *TAC* en Sudáfrica la participación social jugó un rol importante tanto en el éxito del litigio, como en la implementación del remedio. La organización TAC no sólo trabajó estrechamente con los afectados para comprender a fondo sus necesidades e identificar una solución óptima y movilizó el apoyo de los medios de comunicación y la opinión pública para fortalecer el amplio apoyo a la medida de suministrar NVP a las mujeres embarazadas en todas las clínicas de Sudáfrica, sino que además "*el monitoreo por parte del TAC fue intensivo para asegurar que la implementación [del remedio] se llevara a cabo*[1158]*".*

Esa situación ilustra el por qué en tratándose de la justiciabilidad de obligaciones complejas en materia de derechos humanos "*el papel de la acción directa y el monitoreo y la vigilancia continua de la sociedad civil es crucial*[1159]*".* La experiencia del caso TAC ha llevado a Heywood a considerar que "*[l]a sociedad civil puede desempeñar un papel importante en dictar el ritmo de implementación de órdenes*

[1154] Ídem
[1155] Ibídem. pág.723.
[1156] Ibídem. pág.725.
[1157] Ibídem. pág.723
[1158] Department of Justice and Constitutional Development et. al. *Assessment of the Impact […].* op.cit. pág. 106
[1159] Ibídem. Pág.107.

judiciales[1160]". Coincidentemente, Langford y Kahanovitz han señalado que el grado de movilización social podría explicar el grado de éxito de tal caso, puesto que *"TAC mantuvo una fuerte presión política y jurídica sobre el Estado para que este implementara las órdenes de la sentencia*[1161]".

A la misma conclusión arriba Liebenberg al que considerar que existió una falta de urgencia en la implementación de las órdenes de la Suprema Corte, por lo que la organización TAC *"se vio obligada a emprender una serie de acciones en un esfuerzo por garantizar la correcta implementación de las órdenes*[1162]". En ese sentido, el hecho de que se hayan salvado vidas a través de tal litigio y las movilizaciones sociales que lo acompañaron, *"se debe en gran medida a la capacidad de organización y dedicación del TAC*[1163]*".*

Como se aprecia de lo anterior, la justiciabilidad de obligaciones complejas en materia de derechos humanos y, consecuentemente, el litigio atinente a la transformación de arreglos institucionales existentes "*desencadena un proceso de negociación supervisada [por el Tribunal] y deliberación entre las partes y otros grupos interesados*[1164]*".* Existe un cambio en el paradigma del rol y función de los demandantes, víctimas o destinatarios/beneficiarios de aquellas estructuras burocráticas que son objeto del litigio, pues éstos, lejos de ser meros espectadores pasivos del remedio ordenado, *se convierten en importantes colaboradores del Tribunal por lo que hace a la transformación del status quo institucional, es decir, se erigen como verdaderos agentes de cambio.*

No se espera simplemente que la Corte y las autoridades responsables dialoguen y encuentren soluciones al problema estructural o institucional materia del litigio, sino que los propios actores y otros grupos interesados *forman parte de ese mismo proceso de negociación, deliberación y supervisión.* La implementación del remedio

---

[1160] Heywood, Mark. *Contempt or compliance? The TAC case after the Constitutional Court judgment.* ESR Review Vol. 4 No. 1 (March, 2003). pág. 9.
[1161] Langford, Malcom y Kahanovitz, Steve. *10. Sudáfrica: repensar las narrativas sobre el cumplimiento.* En *La lucha por […].* op. cit.pág. 407.
[1162] Liebenberg, Sandra. *South Africa*. En *Social Rights Jurisprudence […].* op. cit. pág. 99.
[1163] Ídem
[1164] Sabel, Charles F. y Simon, William H. *Destabilization Rights […].* op.cit. pág. 1062.

y su eficacia, *dejan de quedar en manos de los poderes estatales* -poder judicial, administrativo y legislativo-*, para dar cabida a la participación de los sectores sociales en dicho proceso reparatorio.*

En ese sentido el papel de las partes interesadas en el litigio no se limita a presentar argumentos ante el Tribunal y a aportar probanzas para demostrar el incumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos, *"sino que continúan participando en los procesos de seguimiento y evaluación [del remedio]*[1165]*".* Si estos grupos consideran que las medidas adoptadas por la autoridad no cumplen con las expectativas remediales, tales medidas "*pueden ser revisitadas y revisadas a través del proceso de evaluación [del remedio]*[1166]*".*

Como aduce Fiss, la transformación de la estructura de las partes inherente a este modelo adjudicatorio "*amplía la noción de diálogo*[1167]". Se deja de tener una imagen bilateral de éste -entre el juez y autoridad demandada-, para dar cabida en su lugar *a una imagen dialógica plurilateral y colectiva* en las determinaciones y correcciones remediales. Luego, existe un deber del Tribunal de confrontar reclamos que preferiría ignorar, de escuchar al más amplio espectro de personas e intereses *y tomar en cuenta tales preocupaciones, proposiciones y cuestionamientos sociales durante el proceso de ejecución y, a partir de ellas, revisar las medidas remediales.*

El análisis sobre la importancia y la necesidad de la participación social en la implementación del remedio es bastante amplia. Diversos juristas han planteado la relevancia de la inclusión y diálogo social en tal proceso adjudicatorio. Por ejemplo, Garavito ha señalado que los Tribunales "*aprueban nuevas decisiones a la luz del progreso o los retrasos en el proceso [remedial], y estimulan el debate entre los interesados mediante audiencias públicas deliberativas*[1168]*"*.

[1165] Ibídem. pág. 1070.
[1166] Ídem.
[1167] Fiss, Owen. *El derecho como […].* op.cit. pág. 65.
[1168] Rodríguez Garavito, Cesar. *Más allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunale*s. En *La lucha por […].* op. cit.pág.122

En ese sentido, dicho diálogo constitucional "*implica la participación de un rango más amplio de interesados en el proceso de seguimiento*[1169]*".* Además del Tribunal y de los organismos del Estado afectados directamente por la sentencia, la ejecución del remedio "*involucra a las víctimas cuyos derechos se han violado, a organizaciones relevantes de la sociedad civil, a organismos internacionales de derechos, y a otros grupos y sujetos cuya participación es útil para la protección de los derechos en cuestión, desde organizaciones de base hasta académicos*[1170]*".*

En ese sentido, al convocar no solo a los funcionarios, sino también a una amplia variedad de actores con conocimientos relevantes, como los líderes y miembros de la población beneficiaria, expertos académicos y organismos internacionales de derechos humanos, "*los tribunales […] pueden promover la búsqueda colaborativa de soluciones, o al menos una discusión pública sobre vías de acción alternas*[1171]*".* Asimismo, Sigal, Rossi y Morales aducen que, los obstáculos a la implementación causados por la actitud pasiva de un Tribunal o por la resistencia de las autoridades responsables para cumplir con las medidas remediales "*pueden superarse o debilitarse mediante la participación activa de los afectados por el caso, y también mediante alianzas estratégicas con […] otras instituciones sociales con capacidad para el activismo y la movilización"*[1172]*.*

Esta participación "*presiona por una mayor rendición de cuentas de la labor tanto de los Tribunales como de los poderes políticos implicados en la resolución del problema planteado*[1173]*".* Luego, la presencia de las personas afectadas directamente o de las estructuras de apoyo de la sociedad civil "*son variables importantes que tendrían efectos en la actitud del tribunal y la conducta del demandado, dado que fomentan un mayor compromiso de los tribunales con el*

[1169] Ídem.
[1170] Ídem.
[1171] Ibídem. pág.128.
[1172] Sigal, Martín, Rossi, Julieta y Morales, Diego. *5. Argentina: implementación de casos colectivos*. En *La lucha por […]*". op. cit.pág.208.
[1173] ídem.

caso, una mayor preocupación con una reparación efectiva, y le infunden al proceso la sensación de urgencia[1174]*".*

En ese sentido, la presencia de las personas afectadas y la involucración de otros sectores de la sociedad, permiten a los Tribunales evaluar y definir correcciones a las medidas remediales, con el fin de transformar el *status quo* hacia mejores estadios de justicia social, esto es, *a garantizar la efectividad de las medidas judiciales.* Así, acorde a tales autores, el empleo de audiencias que involucren la participación social tiene un rol relevante en el impacto del remedio.

En la experiencia argentina, reuniones que comenzaron en el tribunal y continuaron más allá de su ámbito, "*redujeron el margen para dar respuestas evasivas; crearon un vínculo directo entre los afectados y los funcionarios, que ayudó a estos a delimitar y comprender mejor el problema, y, por último, llevó a acuerdos para establecer criterios de evaluación mínimos del cumplimiento que consideraron tanto las necesidades de las personas afectadas como la factibilidad técnica de implementar una solución"*[1175]. En suma, la presencia de personas directamente afectadas o la existencia de alianzas sólidas "*contribuyen a generar un diálogo más vigoroso en la sala de audiencias, lo que hace posible diseñar remedios que consideren un mayor número de intereses afectados y conduzcan a acuerdos más comprensivos*[1176]".

Por su parte, Shanor y Albisa sostienen que "*la actividad de los movimientos sociales tiene un papel importante, cuando no esencial, para determinar el impacto de los tribunales y de las sentencias"*[1177]*.* La participación social *puede moldear el resultado de las medidas remediales en el arreglo institucional existente que pretende repararse o reformarse*.

[1174] ídem.
[1175] Ibídem. pág.209.
[1176] Ibídem. pág.214.
[1177] Shanor, Amanda y Albisa, Cathy. *8. Estados Unidos: derecho a la educación y los parámetros de lo posible*. En *La lucha por […].* op. cit.pág. 334.

Luego, el nivel y la forma de la participación de la sociedad pueden definir, en gran medida, lo que es posible lograr a través de los Tribunales. Así, para garantizar un cumplimiento firme por parte de los tribunales y otras ramas del gobierno *"parecen ser necesarios, aunque no suficientes, esfuerzos de los movimientos sociales y de la sociedad civil, que logren generar o capitalizar condiciones sociales que lleven a mejorar los resultados del cumplimiento*[1178]*"*.

Finalmente, Chitalkar y Gauri son de la opinión de que la capacidad del Tribunal de "*aliarse con los principales grupos de interés o con el público en general para ocuparse de causas populares es un factor importante que influencia el cumplimiento*[1179]*".* Los terceros, como las organizaciones de la sociedad civil, "*pueden actuar como guardianes, supervisando el cumplimiento y garantizando que frente al incumplimiento se tomen acciones legales"*[1180]*.* En el caso PUCL el Tribunal encontró aliados en la sociedad civil que, "*a su vez actuaron como agentes activos para supervisar el cumplimiento y se asociaron con la maquinaria institucional (comisionados) para informar sobre el incumplimiento*[1181]*".*

Es por ello, que Langford, Garavito y Rossi coligen que "*uno los factores principales […], cuando no determinantes, para la implementación de algunos casos sobre DESCA, están el trabajo y el activismo de los movimientos sociales*[1182]*".* Todas estas razones son útiles para soportar el aserto de que, la participación social en la ejecución e implementación del remedio, se presenta como un principio de importancia significativa para *potencializar el grado de cumplimiento o impacto de las medidas remediales.*

Es cierto que la movilización social "*no es un remedio mágico que garantice el cumplimiento de las decisiones sobre derechos sociales*[1183]*"*. Desde luego, que se

---

[1178] Ibídem. pág. 339.
[1179]Chitalkar, Poorvi y Gauri, Varun. *9. India: cumplimiento de las órdenes sobre el derecho a la alimentación y los parámetros de lo posible*. En *La lucha por […]*". op. cit.pág. 362.
[1180] ídem.
[1181] Ibídem. pág. 363.
[1182] Langford, Malcom, Rodríguez Garavito, César y Rossi, Julieta. *Introducción: de la jurisprudencia al cumplimiento*. En *La lucha por […]*. op. cit.pág. 47.
[1183]ídem.

requieren de otras medidas o estrategias -algunas de ellas ya se han expuesto en esta investigación-, empero, sería un grave error subestimar la importancia que tiene el rol de la participación social en la implementación de los remedios atinentes a obligaciones complejas en derechos humanos.

En efecto, la inclusión social en el proceso adjudicatorio, es susceptible de generar una alianza con la Corte que resulta útil para diversos propósitos de la remediación constitucional, como lo son: **(I)** supervisar el cumplimiento de las medidas remediales y denunciar las fallas, deficiencias o negativas de las autoridades respecto a su implementación; **(II)** proponer al Tribunal la modificación, expansión o especificación del remedio para atender en forma más eficaz el problema institucional/burocrático objeto del litigio; **(III)** estimular las relaciones y el diálogo más allá del foro judicial; **(IV)** otorgar publicidad, notoriedad y apoyo público al remedio; **(V)** empujar a Tribunales pasivos a que se involucren más activamente en la implementación del remedio; **(VI)** construir la base cívica y presión pública necesarias para constreñir la implementación de las órdenes remediales y asegurar la rendición de cuentas de la autoridad; y **(VII)** generar informes y obtener datos que puedan ser utilizados por el Tribunal en el proceso de valoración del remedio y su implementación.

Asimismo, el principio de participación social *complementa y enriquece al principio de ductilidad remedial,* tanto en su sentido positivo, como negativo. En su sentido positivo, porque el diálogo con los demandantes y otros grupos sociales interesados, durante el procedimiento de implementación del remedio, *permite al Tribunal advertir áreas de oportunidad para maximizar el impacto de la medida remedial y forjar alianzas con tales grupos para que se cuente con una vía adicional o complementaria para supervisar el cumplimiento de sus órdenes remediales y aprovechar las denuncias, preocupaciones o informes presentados por los grupos sociales para evaluar la eficacia del remedio y, en su caso, hacer las modificaciones pertinentes.* Esos “canales” adicionales de vigilancia y generación de información, permiten al Tribunal atender de manera más comprensiva el problema

institucional/burocrático al que se enfrente y, con base en ello, *ir adaptando las medidas remediales para lograr una reparación más eficaz.*

En su sentido negativo, porque el diálogo meta-institucional, posibilita que el Tribunal pueda contar *con un entendimiento más completo del problema y percatarse de aquellas medidas remediales que puedan generar efectos o consecuencias colaterales indeseadas* y, con base en dicha información y participación de diversos sectores sociales, *modificar el remedio para evitar que se afecten indebidamente a relaciones o situaciones jurídicas prexistentes no advertidas durante el diseño del remedio o al menos, con el grado de importancia necesaria.*

Cuando la sociedad habla y la Corte escucha, el proceso reparatorio se enriquece. La amplitud deliberativa y dialógica que apareja la inclusión de la participación social en la implementación del remedio, permite que los cambios en el *status quo* de los arreglos institucionales no se realice exclusivamente mediante visiones y diálogos interinstitucionales, sino que *ese complejo proceso transformador atienda también a perspectivas plurales emanadas de la opinión, deliberación y participación activa de las personas, grupos o clases interesadas.*

Como aduce Fredman, los Tribunales "*están en posición de aumentar la democracia deliberativa en la adjudicación de derechos humanos en dos formas complementarias*[1184]*".* La primera, porque las Cortes "*funcionan como un foro deliberativo por derecho propio*[1185]". La segunda, debido a que los Tribunales "*pueden dirigir la toma de decisiones legislativas y ejecutivas lejos de la negociación de intereses y hacia la deliberación*[1186]*".*

Esta dinámica deliberativa no debe circunscribirse a los intercambios que se dan en el proceso litigioso, *sino que deben continuar durante el proceso de implementación remedial, a fin de que la reparación institucional atienda a la voz de los sectores sociales a quienes, precisamente, se dirige su funcionamiento.* Incorporar en la

[1184] Fredman, Sandra. *Comparative Human Rights Law.* op.cit. pág. 92.
[1185] ídem.
[1186] ídem.

implementación remedial a aquellas personas o grupos cuyos derechos han sido transgredidos o denegados, *permite la identificación adecuada de necesidades inmediatas y de privaciones sistémicas, al tiempo permite la construcción de políticas públicas o instituciones más adecuadas y efectivas.*

Al final de cuentas, pretender transformar el arreglo institucional, política pública u organización burocrática sin escuchar ni tomar en cuenta a los sectores que son beneficiarios/destinatarios de éstos, resulta intuitivamente desatinado. Más aún cuando *la participación social en la determinación y fijación políticas públicas que inciden en el goce de los derechos humanos, es una cuestión que cada vez más está tomando relevancia, sobre todo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*

Ello pues debe tenerse en cuenta que el "derecho a la participación" previsto en los artículos 25, inciso a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 23, numeral 1, inciso a) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, *"no se restringe a participar en asuntos políticos, por ejemplo, en las elecciones a través del voto, sino que incluye la posibilidad de incidir en la discusión relativa a políticas y proyectos […] especialmente, cuando éstos les afecten a los ciudadanos*[1187]*".* De ahí que, la obligación de facilitar la participación pública en la toma de decisiones estatales "*tiene profundas raíces en las normas de derechos humanos"*[1188]*.*

Estimamos que esas exigencias o principios participativos de la sociedad*, pueden trasladarse al contexto del procedimiento remedial de obligaciones complejas en materia de derechos humanos,* pues si en dicho proceso adjudicatorio se pretende reformar o reconstruir las instituciones, políticas públicas u otras estructuras burocráticas que han probado ser contrarias a los derechos humanos, resulta evidente que, en ese afán transformador institucional, *debe darse participación a los beneficiarios o destinatarios de éstas para que puedan colaborar, influir y trabajar*

[1187] amparo en revisión 365/2018,

[1188] ONU. Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox. 1 de febrero de 2016. Párr. 56.

con los organismos públicos respectivos y el Tribunal, a fin de lograr una modificación del status quo más incluyente y comprensiva.

En la implementación del remedio, existe pues un principio de participación social que impacta en la manera en cómo se concibe el diálogo y el proceso de reparación de la institución o arreglo burocrático respectivo. Si como lo sostuvo el Juez Marshall los poderes del Gobierno "*son otorgados por ellos [el pueblo], y deben ejercerse directamente sobre ellos, y para su beneficio*[1189]*"*, no sólo resulta razonable sino necesario que se dé voz y participación a la sociedad en las reconstrucciones que se realizan, en la vía jurisdiccional, *de las instituciones, políticas públicas o burocracias que se erigen justamente para su beneficio.* La alianza de la sociedad y los Tribunales, en este proceso adjudicatorio, puede probar ser una fórmula indispensable para lograr verdaderas trasformaciones de los arreglos institucionales existentes, a la luz de las exigencias de los derechos humanos.

13.1. Hacia la innovación dialógica en la remediación de obligaciones complejas en materia de derechos humanos: ¿debemos repensar la forma en que los Tribunales hablan y escuchan?

Como se ha expuesto, el dictado de la medida remedial, en la adjudicación de obligaciones complejas en materia de derechos humanos, da lugar a un proceso de seguimiento y supervisión en el cual el Tribunal tiene la posibilidad y la responsabilidad continua de evaluar la eficacia y las consecuencias de la reparación ordenada. Ese proceso de implementación *es de carácter dialógico y colaborativo*, no sólo entre el Tribunal y las autoridades involucradas, sino también entre éstos y la sociedad. Dicho intercambio deliberativo e informativo entre el Tribunal, las autoridades y los sectores sociales interesados, *tiene como finalidad lograr que el cumplimiento e impacto del remedio se potencialice.*

En ese sentido, en el contexto de la justiciabilidad de las obligaciones complejas en materia de derechos humanos -prototípicamente, las de "garantizar"-, los jueces *"están*

[1189] Suprema Corte de Justicia de los E.E.U.U. "*McCulloch v. Maryland*". 17 U.S. 316 (1819)

obligados a hablar y a escuchar, y, en especial, a hablar de cierta manera[1190]". El trabajo del Tribunal es remover la condición institucional/burocrática que transgrede o amenaza los valores constitucionales. En esa implementación remedial se amplía la noción del diálogo, el cual "*sugiere un proceso comunicativo o racional en el cual el juez escucha y responde*[1191]".

Desde luego, a diferencia de la adjudicación de obligaciones no complejas -prototípicamente las de respetar-, *la imagen dialógica no es bilateral -esto es, entre el Tribunal y las autoridades-, sino plurilateral y meta-institucional*. Si bien la visión dialógica ya no consiste en una relación *vis a vis*, sino que atiende a todo un "conjunto" de emisores y receptores, lo cierto es que, "*la visualización de esta nueva estructura sólo requiere un poco de habilidad e imaginación*[1192]*".*

Ahora bien, consideramos que no basta con reconocer la naturaleza del proceso dialógico que caracteriza a este tipo de litigios, sino que fuerza es también *reflexionar sobre las formas en que se pueda potencializar la eficacia de tal proceso comunicativo.* En esa línea de pensamiento, advertimos que uno de los casos jurisprudenciales examinados en el capítulo precedente *ha establecido una "nueva manera" de concebir el diálogo en el proceso remedial.* Es decir, ha replanteado la forma en que los Tribunales "hablan y escuchan". Nos referimos al caso *PUCL* en la India.

En efecto, tal precedente parece sugerir que, el diálogo atinente a la remediación de obligaciones complejas en materia de derechos humanos, resulta *más efectivo y fructífero cuando existen intermediarios que se encargan de edificar relaciones dialógicas entre todos los grupos e instituciones involucradas.* Esto es, el hecho de emplear un ente, institución o comisión que *sirva como un "puente" relacional y dialógico entre el Tribunal, las autoridades responsables y los sectores sociales involucrados*, es susceptible de fortalecer la participación deliberativa entre tales

[1190] Fiss, Owen. *El derecho como […].*. op.cit. pág. 34.
[1191] Ibídem. pág. 65.
[1192] Ídem.

partes, al tiempo que permite "destensar" las plausibles diferencias entre estos grupos e instituciones.

Esa es al menos una de las conclusiones que se derivan del caso PUCL. Como se ha expuesto, el éxito en la implementación de las órdenes provisionales de la Suprema Corte en dicho precedente se ha atribuido, entre otras cuestiones, al hecho de que *haya designado dos Comisionados especiales* encargados de supervisar el acatamiento de las autoridades -mediante la orden provisional de 8 de mayo de 2002-. Los Comisionados han fungido como *"un puente entre la Corte, la sociedad civil y el gobierno central y de los Estados y, al realizar esa función también ayudaron a construir una red de aliados que han contribuido aún más en el efectivo acatamiento de las decisiones*"[1193].

Los Comisionados se han dedicado a recolectar y examinar información relacionada con la implementación del remedio, para después "*comunicarse con los gobiernos para abordar los problemas o deficiencias en la implementación. La Comisión también buscó informar frecuentemente a la opinión pública a través de la Right to Food Campaign y otros grupos de la sociedad civil, sobre temas relacionados con el litigio[1194]".*

Al respecto, Birchfield y Corsi han considerado que la efectividad y éxito de los Comisionados se debe a sus relaciones "diplomáticas" con las autoridades, pues la Comisión ha buscado *"líneas de comunicación para alentar la implementación estatal y proponer modificaciones a las políticas alimentarias […] El trabajo de la Comisión se encuentra ampliamente enfocado en construir relaciones con agentes estatales y emplear esas asociaciones exitosamente para resolver quejas y fomentar la implementación de las órdenes de la Corte"[1195].*

Asimismo, si bien los informes de la Comisión respecto al incumplimiento de las órdenes pueden dar lugar a la intervención de la Corte, lo cierto es que la Comisión ha procurado ejercer tal facultad excepcionalmente, *buscando, en su lugar, que se*

[1193] Chitalkar, Poorvi y Gauri, Varun. En *Social Rights Judgements […].* op.cit. .pág. 303.
[1194] Birchfield, Lauren y Corsi, Jessica. *Between Starvation and Globalization […].* op.cit. pág.727.
[1195] Ibídem. pág.729.

puedan solucionar tales problemáticas mediante el diálogo entre la sociedad y las autoridades. En efecto, dado el deseo de la Comisión de preservar la fuerza de sus relaciones políticas con el gobierno estatal funcionarios y alentar la comunicación abierta entre la Comisión y los gobiernos estatales y centrales, *"los Comisionados han advertido que una resolución autónoma de los problemas de implementación [del remedio], sin la participación de la Corte, resulta más útil para lograr los objetivos de la implementación*[1196]*".*

Como lo han señalado Chitalkar y Gauri, a pesar de sus funciones como supervisores, los comisionados "*han sido capaces de establecer asociaciones con los funcionarios de los gobiernos estatales y fomentar la voluntad política para la implementación de las órdenes de los tribunales"*[1197]. Por consiguiente, cuando se enfrentan al incumplimiento de los gobiernos, los comisionados "*han optado a veces por buscar una solución sin involucramiento del Tribunal; esa estrategia ha sido útil para fortalecer la implementación"*[1198]*.*

Esto a su vez, provocó un cambio actitudinal de la Suprema Corte hacia las autoridades responsables, pues *lejos de adoptar una postura adversarial-coercitiva*, se optó por *una posición dialógica-persuasiva.* En efecto, cuando los comisionados han informado del incumplimiento de las órdenes de los Tribunales por parte de los Estados, "*en lugar de imponer sanciones la Corte ha buscado estimular el cumplimiento de buena fe"*[1199]. En ese sentido, la Suprema Corte ha adoptado una *racionalidad comunicativa* para trasladar a las partes de una situación de confrontación, a una "*en la que definan problemas y encuentren soluciones, y ha usado sus órdenes para evaluar y estimular la seriedad de la respuesta oficial, en lugar de establecer deberes determinados respaldados por sanciones*[1200]*".* En otras órdenes la Corte ha advertido la falta de voluntad por parte del Gobierno central y de los gobiernos estatales, y "*les ha ordenado 'esforzarse para cumplir con la orden'*

[1196] Ibídem. pág.730.
[1197] Chitalkar, Poorvi y Gauri, Varun. *9. India: cumplimiento de las órdenes sobre el derecho a la alimentación y los parámetros de lo posible*. En *La lucha por […].* op. cit.pág. 362.
[1198] ídem.
[1199] Ibídem. pág.359.
[1200] ídem.

o, en otros casos, los ha encomiado por su 'serio compromiso' a la hora de responder a las solicitudes del Tribunal".

Como se aprecia de lo anterior, el fuerte enfoque diplomático relacional de la Comisión no sólo logró "desjudicializar", en la medida de lo posible, los plausibles conflictos en la implementación de las órdenes remediales, sino que, a su vez, *impactó la manera en que la Corte afrontó los problemas en el cumplimiento del remedio, para transitar de un enfoque o posición adversarial y coercitivo, a una postura dialógica y persuasiva.*

Luego, estimamos que la novedad y trascendencia de la referida Comisión no radica en la creación de un ente u órgano que coadyuve a la supervisión del cumplimiento del remedio mediante la recolección y análisis de información -existen una pluralidad de ejemplos de tales cuerpos, como lo son las Salas de Seguimiento, la Comisión de Seguimiento en Colombia, o los "Special Masters" en Estados Unidos-, *sino en la postura y enfoque que esa entidad asumió para potencializar el diálogo plurilateral entre las partes involucradas.*

Concretamente, llama la atención que los Comisionados no sólo buscaron desarrollar una función dialógica, *sino que fueron estratégicos en el sentido de buscar construir relaciones sólidas, basadas en la confianza* -sobre todo con las autoridades responsables-*, para después aprovechar éstas en el desarrollo del proceso deliberativo de la implementación del remedio,* al grado de que, incluso, pudiera prescindirse en diversos casos de la intervención judicial para la resolución de conflictos en la implementación del remedio.

Luego, el empleo del "pensamiento estratégico" no se agota en la etapa de diseño de la medida remedial, *sino que también se precisa de éste en el seguimiento e implementación del remedio, por lo que hace al proceso dialógico y deliberativo que lo acompaña.* En otras palabras, si bien es del todo beneficioso que un ente pueda auxiliar al Tribunal en lo que hace a la recopilación y evaluación de información atinente a la implementación del remedio, lo cierto es que aunado a ello, se debe buscar no sólo abrir espacios deliberativos "meta-judiciales", *sino forjar buenas*

relaciones con las autoridades responsables y los sectores sociales involucrados, a fin de que los problemas, conflictos o preocupaciones en la implementación del remedio, puedan desahogarse y resolverse, al menos en cierto grado, mediante vías diplomáticas-dialógicas.

En efecto, el objetivo de los entes, órganos o personas coadyuvantes del Tribunal en la supervisión de la medida remedial, no debe ser simplemente la de informar y examinar el estado de cosas respecto a la implementación del remedio, sino que también *radica en edificar una suerte de intermediación diplomática a virtud de la cual, el diálogo y la deliberación pueda realizarse bajo contextos y condiciones desembarazadas de la solemnidad judicial y el proceso litigioso, y en su lugar, encontrarse asentados en la construcción de relaciones que se basen en la buena fe y que permitan la solución autónoma de conflictos, sin la necesidad de continuas intervenciones coercitivas judiciales.*

Esa intermediación dialógica es susceptible de lograr "destensar" las plausibles diferencias entre el Tribunal, la autoridad y los sectores civiles involucrados, al tiempo que es susceptible de reducir la carga de trabajo que generaría a la Corte la administración deliberativa y dialógica que apareje la implementación del remedio. *Esta no es una mera reflexión hipotética, sino que es el resultado del trabajo de los Comisionados en el caso PUCL en la India*. Desde luego que no se cuentan aún con mayores indicadores o experiencias para probar la eficacia de ese "experimento" dialógico, sin embargo, consideramos que la inclusión en el proceso remedial de órganos o personas encargadas de realizar una labor *relacional-diplomática, es una propuesta que bien vale la pena seguir explorando.*

Como se ha visto, es claro que la remediación y transformación de políticas públicas u otros arreglos existentes, a través de la justiciabilidad de obligaciones complejas en materia de derechos humanos, requiere de procesos *colaborativos y dialógicos* entre todo un "conjunto" de órganos tanto estatales, como sociales. En esa inteligencia, estimamos que cada vez más resultará evidente la necesidad de explorar las estrategias o herramientas necesarias no sólo para que el diálogo remedial pueda tener un cauce debido, *sino para potencializar y maximizar tales*

deliberaciones, a través de la generación y construcción de redes relacionales y "diplomáticas" entre el Tribunal y las partes.

La remediación de obligaciones complejas/estructurales no sólo precisa del diálogo y la deliberación pública-institucional, *sino también requiere que dicho diálogo revista de ciertas características que lo hagan susceptible de potencializar el cumplimiento e impacto del remedi*o. Es decir, el seguimiento e implementación de las medidas remediales no sólo implica dialogar, *sino que se dialogue de una cierta manera* -en aras de lograr el fin esperado-. Por ejemplo, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo ha esbozado ciertos rasgos que debe revestir el diálogo en el contexto de la prevención de conflictos[1201]:

- **El diálogo es un proceso incluyente**. El diálogo reúne a un conjunto diverso de voces para crear un microcosmos de la sociedad en general. Para lograr un cambio sostenible, las personas deben desarrollar un sentido de apropiación común del proceso *y convertirse en partes interesadas en la identificación de nuevos enfoques para abordar retos comunes*.
- **El diálogo implica aprender y no sólo conversar**. El proceso no implica solamente intercambiar opiniones, *sino modificar la forma en que las personas hablan, piensan y se comunican entre ellas*. A diferencia de otros tipos de discusión, el diálogo requiere que la auto-reflexión, el espíritu de indagación y el cambio estén presentes
- **El diálogo reconoce la humanidad mutua**. Los participantes deben estar dispuestos *a mostrar empatía hacia los demás, reconocer las diferencias así como las áreas de coincidencias, y demostrar capacidad para el cambio.*
- **El diálogo pone énfasis en una perspectiva de largo plazo**. Otras formas de conversación tienden a enfocarse *en los síntomas más que en las causas fundamentales de los problemas.* Encontrar soluciones sostenibles requiere tiempo y paciencia. El proceso puede ser extremadamente lento e incremental. Las intervenciones únicas no funcionan para el tratamiento de las

[1201] ONU. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. "*Importancia del diálogo para la prevención de conflictos y la construcción de paz*". Febrero de 2009.

> causas profundamente arraigadas de un conflicto o para abordar enteramente los asuntos complejos.

Luego, el diálogo debe *resultar eficaz para efectos del remedio pretendido y ello implica, a nuestro juicio, que se hable y escuche de una cierta manera.* De ahí que, el construir puentes dialógicos entre el Tribunal y las partes, a través de "intermediarios" que tengan como objetivo lograr, en la medida de lo posible, que las partes *puedan alcanzar soluciones dialógicas a los problemas en la implementación del remedio, sin continuas intervenciones judiciales, puede resultar una estrategia sumamente útil para la eficacia en la implementación del remedio.*

Es así, pues aunque es dable que existan jueces hábiles en el diálogo y la mediación, lo cierto es que, por una parte, a causa de la carga de trabajo, los juzgadores no pueden involucrarse activa y continuamente en procesos dialógicos, aunado a que, por su función e investidura, el "tipo y naturaleza" del diálogo judicial presenta ciertas limitaciones que pueden superarse mediante otros canales de comunicación *menos formalistas y acartonados.*

En suma, la inclusión de intermediarios que no sólo cuenten con pericia técnica o jurídica respecto al sistema burocrático que se pretende corregir, *sino con la habilidad de construir buenas relaciones público/institucionales basadas en la confianza, el entendimiento y la buena fe, puede ser una estrategia relevante para lograr que el remedio se convierta en una "realidad práctica".* Así, consideramos que hay buenas razones re-pensar la manera en cómo los Tribunales "hablan y escuchan" en el desarrollo del seguimiento e implementación remedial atinente a los débitos complejos en materia de derechos humanos.

14. Reflexiones sobre los principios remediales y las limitaciones a su aplicación en el juicio de amparo.

Una vez expuesta la triada de principios remediales y, previo a la formulación de las conclusiones que se han alcanzado en el presente trabajo de investigación, se considera oportuno realizar algunas reflexiones sobre *las barreras que encuentra la aplicación de los referidos axiomas en el juicio de amparo*. Así, en este último apartado nos dedicaremos a examinar el paradigma remedial que subyace en este medio de control constitucional y, a partir de su diseño procesal-normativo, esbozaremos algunas conclusiones respecto a las limitaciones que presenta el amparo para la remediación de la obligación de "garantizar".

En la justicia constitucional mexicana el amparo tiene un papel destacado. Es el medio de control constitucional por antonomasia y el instrumento a través del cual las personas pueden elevar al Poder Judicial aquellos reclamos por la violación a sus derechos humanos, ya sean civiles y políticos, o DESCA. Asimismo, dicho medio de control constitucional *"ha servido como paradigma a diversas legislaciones de Latinoamérica y de España así como en algunos países europeos, e incluso en Asia y África*[1202]*".*

En ese sentido, el panorama mundial en materia de instrumentos constitucionales de protección de derechos humanos permite advertir que el juicio de amparo *"ha sido punto de partida y modelo para otras naciones y para la organización del sistema de justicia internacional, al constituir una valiosa influencia en la Declaración Americana (artículo VIII) y en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (artículo 8°)*[1203]*",* conforme a los cuales se establece la necesidad de que en todos los países se implementen en sus diversos ordenamientos procesos sencillos y breves que amparen a los individuos contra las violaciones a los derechos fundamentales.

[1202] Aguirre Anguiano, Sergio Salvador. *El Juicio de Amparo hoy*. En *El juicio de amparo a 160 años de la primera sentencia*. Tomo I. Manuel González Oropeza y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coord). UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2011. pág.55.

[1203] Ibídem. pág.57.

Sin embargo, estimamos que el diseño procesal vanguardista y aleccionador que en su momento ofreció el juicio de amparo a otras naciones, por lo que a la defensa de los derechos humanos en la sede judicial se refiere, se ha venido rezagando a merced de diversas reglas y principios aplicables a tal juicio que *aún lo constriñen a paradigmas de justiciabilidad y remediación de corte individualistas*, y por ende, que *resultan exiguos para la adecuada remediación de obligaciones complejas en materia de derechos humanos* y, consecuentemente, para que el juicio de amparo pueda constituirse como un medio de control constitucional *susceptible de transformar los arreglos institucionales existentes que amenacen los valores constitucionales.*

Lo anterior obedece, a nuestro juicio, a que el amparo, como medio para la protección y reparación de los derechos humanos en sede judicial, *se encuentra diseñado para operar bajo el modelo de "resolución de conflictos*" y no así, para el diverso de *"reforma estructural"* que, como se ha razonado, es el que describe la adjudicación y reparación de débitos complejos en materia de derechos humanos -prototípicamente los de garantizar-.Luego, si bien tal juicio resulta idóneo para reparar violaciones individualizadas generadas por conductas concretas de agentes estatales, lo cierto es que *resulta un tanto inadecuado para remediar transgresiones colectivas, sociales o generales provocadas por políticas públicas, arreglos burocráticos o instituciones deficientes para garantizar los derechos humanos.*

En efecto, el juicio de amparo está pensando para operar bajo un esquema litigioso *triangular y con un acento, fuertemente, individualista.* Asimismo, la *etapa remedial resulta episódica* -con un inicio y final claramente determinados y precisos- y la finalidad del remedio se dirige, conforme a sus normas procesales, *a restablecer la relación "armónica" prexistente al acto reclamado.* De tal suerte que, una vez dictado el fallo, se presupone que *la contienda constitucional se ha dado por terminada*. A continuación nos dedicamos a explicar tales asertos.

En principio, consideramos que la relación litigiosa en el juicio de amparo resulta *triangular* porque se genera una disputa entre la parte quejosa -quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la

norma, acto u omisión reclamados violan sus derechos humanos y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico-, y la autoridad responsable -la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omita el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas-. Siendo que el Tribunal de amparo decide *a quien darle la razón.*

Siendo que, si bien son parte en el juicio de amparo los terceros interesados y el Ministerio Público, lo cierto es que *ello en forma alguna afecta o transforma dicha estructura triangular*. Es así, pues por lo que hace a los "terceros interesados", éstos funcionan como un tipo de *"colaboradores" de la autoridad responsable*, ya que su función y objeto, precisamente, es brindar argumentos *para defender el acto de autoridad reclamado ante el Tribunal*, ya que el carácter de tercero interesado se obtiene, preponderantemente, a virtud de contar con un *interés jurídico en que subsista el acto reclamado,* cuya inconstitucionalidad se reprocha por la parte quejosa.

Por lo que hace el Ministerio Público, su función se circunscribe a interponer recursos dentro del juicio, bajo dos escenarios. El primero, *en materia penal*, cuando se reclamen resoluciones de tribunales locales, independientemente de las obligaciones que la misma ley le precisa para procurar la pronta y expedita administración de justicia. El segundo, *en materia civil y mercantil* en donde se afecten intereses particulares, cuando los quejosos hubieren *impugnado la constitucionalidad de normas generales y este aspecto se aborde en la sentencia*, siempre y cuando la *Constitución o las leyes le encomienden la defensa de un interés específico como propio de su representación social*.

En esa tesitura, en esta relación litigiosa triangular entre la parte quejosa, la autoridad responsable -auxiliada en su defensa esta última por los terceros interesados y en algunos casos por el Ministerio Público- y el juez o Tribunal de amparo, se tendrá que decidir a quién darle la razón, esto es, si a la parte quejosa *en* el sentido de que la actuación del ente estatal resulta violatoria de alguno de los derechos humanos, o

bien, a la autoridad respecto que tal conducta se encuentra apegada a los principios previstos constitucional o convencionalmente.

Aunado a lo anterior y, a pesar de las recientes reformas a la Ley de Amparo, dicho medio de control constitucional *sigue poniendo el acento en el individuo*. Es así, pues si bien el amparo ya puede ser promovido no solo con base a un interés jurídico -individualizado-, *sino también a virtud de un interés legítimo* -que corresponden a personas indeterminadas, pertenecientes a ciertos grupos sociales, cuya afectación es indivisible-, lo cierto es que, tal y como lo establecen los artículos 107, fracción II, párrafo primero, de la Constitución Federal y 73 de la Ley de Amparo, las sentencias de amparo *"sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere".* Luego, atendiendo al llamado "principio de relatividad" de las sentencias de amparo, previsto en tales preceptos jurídicos, los amparos sólo deben concederse para que *se restituyan los derechos violados de los quejosos, sin que esa protección pueda comprender terceros u otras personas.*

La existencia de tal principio de protección individualizada ha llevado incluso a los tratadistas más tradicionales del amparo a estimar que dicho juicio no es en realidad un sistema de defensa directa de la constitucionalidad, "*sino de defensa primordial del individuo frente al Estado, que se resuelve en defensa secundaria y eventual de la Constitución, dado que una vez reparado el perjuicio que se ocasionó el quejoso, la violación constitucional queda impune"*[1204] .

Ese mismo paradigma de defensa primordial del individuo -y secundaria de la Constitución-, no sólo se refiere a "actos", sino también a "normas". De hecho, la posibilidad de emitir sentencias con efectos generales en el llamado "amparo contra leyes" se encuentra sujeta a que *se desahogue todo un procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad*. En efecto, conforme a la fracción y artículo constitucional ya citados, cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general *por segunda*

[1204] Aguirre Anguiano, Sergio Salvador. *El Juicio de Amparo hoy*. En *El juicio de amparo […]*. op.cit. pág.66.

ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación *"lo informará a la autoridad emisora correspondiente".*

En el caso de que, los Tribunales Federales o la Suprema Corte establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, "*se notificará a la autoridad emisora"*. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad*, "la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones".*

Como se puede advertir, el emitir una resolución de amparo con efectos generales, ya de actos, ya de normas, *no es una función natural o común del juicio de amparo, sino que resulta verdaderamente excepcional o "atípica"*. En efecto, el poder emitir sentencias y, consecuentemente, reparaciones con efectos generales que trasciendan a los quejosos que acuden a juicio, ha supuesto un importante esfuerzo jurisdiccional por parte de los jueces y tribunales federales, especialmente por parte de la Suprema Corte -a virtud de la rigidez procesal e incluso proscripción normativa para dictar remediaciones de tal naturaleza-.

Por ejemplo, la Primera Sala al resolver el amparo en revisión **1395/2019** reconoció la necesidad de "reinterpretar" el principio de relatividad de las sentencias de amparo, para ajustarlo a la dimensión colectiva o difusa que presentan ciertos derechos humanos -sobre todo los DESCA-, puesto que "*si se mantuviera una interpretación estricta del principio de relatividad, en el sentido de que la concesión del amparo nunca puede suponer algún tipo de beneficio respecto de terceros ajenos al juicio, en la gran mayoría de los casos sería muy complicado proteger este tipo de derechos en el marco del juicio de amparo"* [1205]*.*

Por ende, a juicio de la Primera Sala, debe entenderse que el principio de relatividad ordena a los tribunales conceder el amparo sólo para el efecto de que se restituyan

[1205]SCJN. Primera Sala. Amparo en revisión 1359/2015. Campaña Global por la Libertad de Expresión A19, A.C. 15 de noviembre de 2017.

los derechos violados de los quejosos, pero sin que sea relevante *"el hecho de que una sentencia estimatoria eventualmente pudiera traducirse también en alguna ventaja o beneficio para personas que no fueron parte del litigio constitucion*al". Lo anterior implica que los jueces de amparo "*no pueden ordenar directamente en sus sentencias la protección de los derechos de personas que no hayan acudido al juicio de amparo",* sin embargo, es perfectamente admisible que al proteger a los quejosos, "*indirectamente y de manera eventual, se beneficie a terceros ajenos a la controversia constitucional".*

Similarmente, la Segunda Sala al resolver el amparo en revisión **241/2018**, sostuvo que, si en los intereses colectivos o legítimos la afectación trasciende a la esfera jurídica subjetiva o individual de quien promovió un juicio de amparo, "*sería inadmisible suponer que, por esa cuestión, se niegue la procedencia del medio de control constitucional, pretextándose la violación al principio de relatividad de las sentencias*[1206]".

En ese sentido, no ha lugar a la "aplicación rigorista" del principio de relatividad de las sentencias en tratándose de aquellos juicios de amparo que sean promovidos a virtud de intereses que atañen a un grupo, categoría o clase en conjunto, pues lógica y jurídicamente, "*no podría operar de manera restrictiva el principio de relatividad, en tanto que ello implicaría pretender individualizar lo que, por su propia naturaleza, es indivisible por resultar atinente a toda una colectividad determinada".*

Como se aprecia, la Suprema Corte ha tenido que darse a la tarea de *superar la plausible antinomia que presenta, por una parte, la permisión de promover el amparo a través de intereses colectivos* y difusos y, por otra, *la proscripción de que la protección del amparo sea otorgada o se extienda más allá de los quejosos*. Por ello es que la protección o beneficio de clases, grupos o personas que no formaron parte del juicio de amparo, se ha admitido bajo el criterio de *"beneficio indirecto o eventual*", pero no como un fin directo y expreso de la ejecutoria.

[1206] Amparo en revisión 241/2018. Consejo Consultivo para las Personas con Discapacidad, A.C. 27 de junio de 2018

Otro ejemplo de ello es el caso de las llamadas "omisiones legislativas absolutas" -la ausencia de emisión legislativa mandada expresamente por la Constitución mexicana a virtud de las reformas a ésta-. Respecto a éstas, la Primera Sala ha considerado que su impugnación no vulnera el principio de relatividad porque resulta "*admisible que al proteger a la persona que ha solicitado el amparo de manera eventual y contingente se pueda llegar a beneficiar a terceros ajenos a la controversia constitucional*[1207]*".*

La Segunda Sala, por su parte, al resolver el recurso de queja **27/2018**, precisó que el amparo es procedente contra tales omisiones legislativas, porque "*en esos casos la generalidad de los efectos de la sentencia no es más que una consecuencia indirecta de la propia naturaleza de la violación constitucional reclamada, en tanto el débito de legislar o proveer en la esfera administrativa un debido acatamiento no deriva de una resolución judicial, sino de un mandato expreso de la propia Constitución Federal",* el cual, al no haber sido debidamente acatado por las autoridades respectivas, exige su debida reparación mediante el sistema tutelar de control, a efecto de salvaguardar el principio de supremacía constitucional.

Finalmente, en cuanto al otorgamiento de efectos generales en el "amparo contra leyes", recientemente la Segunda Sala, al resolver el amparo en revisión **610/2019**, declaró inconstitucional la modificación unilateral de la "*NOM-016-CRE-2016, especificaciones de calidad de los petrolíferos"*, al considerar que el incremento de niveles de etanol como oxigenantes en las gasolinas, resultó violatorio al principio de precaución y al derecho de participación ciudadana en la materia medioambiental, mismos que se encuentran tutelados por el derecho a un medio ambiente sano.

En ese sentido, por lo que hace a la reparación, sostuvo que, cuando la parte quejosa acude al juicio de amparo *en defensa de un interés legítimo* y de carácter abstracto que, por ende, *atañe a una colectividad,* la apreciación del principio de relatividad conforme a la interpretación más favorable a la persona y en relación con el derecho humano de acceso a la justicia, implica que *"los efectos de la ejecutoria*

[1207] Queja 27/2018. Carlos Morales Sánchez. 20 de junio de 2018.

de amparo deben concretarse más allá de la esfera jurídica del propio quejoso, como una consecuencia necesaria de la declaración de inconstitucionalidad":

En otras palabras, si se advierte la existencia de violaciones a bienes jurídicos *supra individuales*, es decir, que pertenecen a un grupo y que, por ende, son indivisibles, como lo es *el medio ambiente*, entonces, los efectos de la protección constitucional "*no pueden referirse únicamente a la parte quejosa, pues ello sería insuficiente para lograr una efectiva restitución de los derechos violados":* De ahí que la Segunda Sala, en un solo precedente -y sin desarrollarse el proceso de la declaratoria general de inconstitucionalidad-, sostuvo que la concesión de amparo "*conlleva, ineludiblemente, a la concreción de efectos generales respecto a la inconstitucionalidad del Acuerdo A/028/2017 que modifica la norma oficial mexicana*".

Como se aprecia de lo anterior, la emisión de reparaciones judiciales que trasciendan a los quejosos que fueron parte en el juicio, *no es una cuestión que se haya generado gracias a la arquitectura procesal normativa de la Ley de Amparo* -sus principios y reglas procesales-, *sino a pesar de ésta.* En efecto, las Salas de la Suprema Corte han tenido que realizar interpretaciones expansivas de las normas procesales para, al menos, "modular" el principio de relatividad y, por ende, justificar la protección del amparo con efectos colectivos o generales. Ello ha precisado de *innovación jurisdiccional, creatividad y de un ejercicio hermenéutico que permita generar nuevas interpretaciones, significados o excepciones a dicho principio* -que justamente constriñe el amparo a remediaciones estrictamente individuales-.

Así, aunque la actual Ley de Amparo permite accionar el juicio a través de intereses colectivos o difusos, *es evidente que su diseño y función reparatoria siguen teniendo un acento fuertemente individualista a virtud del principio de relatividad, el cual opera como la regla y no como la excepción.* De ahí que la creatividad judicial ha llevado a "esquivar" esos obstáculos o limitaciones reparatorias, *aunque sin vaciar de contenido a tal principio de protección individualizada.*

Tan es así que, como se ha razonado, si bien en términos de la Primera Sala puede beneficiarse a colectividades, grupos o personas ajenas al juicio de amparo, *lo cierto*

es que ello se ha entendido de manera "indirecta", "eventual" o "contingente", no así como una finalidad en sí misma. Luego, la protección colectiva o el amparo con efectos generales -más allá de la persona, grupo o clase que acude al amparo como quejoso- se ha concebido, hasta ahora, como *un beneficio eventual, colateral o accidental del amparo; y no como una de sus funciones principales o naturales.*

Por otra parte, la operabilidad del juicio de amparo bajo el modelo de "resolución de conflictos" se ve reforzada *a virtud de la concepción teleológica de sus reparaciones*, ya que se encuentran orientadas a *restablecer la situación armónica prexistente al acto reclamado.* En efecto, el artículo 71, fracción I, de la Ley de Amparo establece que cuando el acto reclamado sea de carácter positivo "*se restituirá al quejoso en el pleno goce del derecho violado, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación".*

Así, se ha entendido que el efecto jurídico de una sentencia que se pronuncie en el juicio constitucional, concediendo el amparo, *"es volver las cosas al estado que tenían antes de la violación de garantías, nulificando el acto reclamado y los subsecuentes que de él se deriven*[1208]*"*. Luego, la *restitución* del derecho violado "*es la medida de reparación asociada históricamente con el juicio de amparo*[1209]*".*

[1208] Así lo establece la tesis intitulada: *"SENTENCIAS DE AMPARO, ALCANCE LEGAL DE LAS".* Visible en el Semanario Judicial de la Federación, Volumen 121-126, Tercera Parte, página 70. Séptima Época

[1209] A manera de ejemplo, véanse las siguientes tesis, que van desde la quinta hasta la décima época: la tesis aislada de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro es: "*SENTENCIAS DE AMPARO, EFECTOS RESTITUTORIOS DE LAS",* publicada en el Semanario judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXXII, página 349; la tesis aislada de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro es: "*AMPARO. EFECTOS RESTITUTORIOS DEL"*, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen XII, Tercera Parte, página 13; la tesis aislada de la entonces Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro es: "*SENTENCIA DE AMPARO. EFECTOS",* publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 205-216, Séptima Parte, página 441; la tesis aislada L/93 de la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro es: "*SENTENCIA QUE CONCEDE EL AMPARO CONTRA LA RESOLUCION QUE DECLARA QUE EL QUEJOSO NO PROBO SUS DERECHOS DE POSESION SOBRE UNA PARCELA. SUS EFECTOS COMPRENDEN LA RESTITUCION EN LA POSESION DE LA MISMA SI ESTA LE FUE QUITADA EN EJECUCION DE LA RESOLUCION RECLAMADA"*, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XII, septiembre de 1993, página 15; la tesis jurisprudencial 90/97 del Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro es: *"IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. SE ACTUALIZA CUANDO EXISTE LA IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE QUE SE PRODUZCAN LOS EFECTOS RESTITUTORIOS DE LA SENTENCIA CONCESORIA QUE, EN SU CASO, SE DICTE*", publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VI, diciembre de 1997, página 9; y la tesis aislada XXVI/2015 de la Segunda Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro es: "*CONSOLIDACIÓN FISCAL. EL CUMPLIMIENTO DE CIERTAS OBLIGACIONES FORMALES O ACCESORIAS A LA PRINCIPAL DE DETERMINAR Y ENTERAR EL IMPUESTO DIFERIDO CONFORME AL DECRETO DE REFORMAS A LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 7 DE DICIEMBRE DE*

En esta línea de pensamiento, los tratadistas clásicos de amparo han entendido que la sentencia de amparo constituye *un "fallo de nulidad porque sus efectos consisten en anular el acto reclamado y sus consecuencias, con lo cual se consigue regresar las cosas al estado en que se encontraban antes de la violación".*[1210] Como se aprecia, la finalidad del fallo de amparo, bajo esta concepción, no radica en transformar el *status quo* -objeto del modelo de "reforma estructural"-, sino más bien *restablecer el estado de cosas prexistente al acto de autoridad que resulta conforme a los derechos humanos* -objeto del modelo de "resolución de conflictos"-.

Es cierto que la fracción II del artículo 71 citado prevé que, cuando el acto reclamado sea de carácter negativo o implique una omisión, los efectos de la sentencia de amparo serán *"obligar a la autoridad responsable a respetar el derecho de que se trate y a cumplir lo que el mismo exija".* Sin embargo, los efectos del amparo respecto de actos negativos u omisiones de la autoridad *se han entendido también, preponderantemente, bajo un esquema de reparación individualizada,* atinente a la obligación de "respetar" los derechos humanos.

En efecto, al resolver el amparo en revisión **706/2015**, la Primera Sala sostuvo que, cualquier aproximación que se quiera proponer en la actualidad sobre a la forma de reparar una violación a un derecho fundamental *a través de su restitución*, debe partir de que la moderna teoría de los derechos fundamentales entiende que éstos no sólo comportan prohibiciones que se traducen en obligaciones negativas, sino que también establecen obligaciones positivas "*y presuponen la existencia de deberes generales de protección a cargo de las autoridades estatales".*

De esta manera, cuando se ha violado un derecho que impone a la autoridad la obligación de realizar una conducta positiva, la restitución no puede conseguirse simplemente anulando el acto de autoridad ─efecto que ni siquiera se podría conseguir cuando el acto reclamado es una omisión absoluta─, "*sino obligando a ésta a que realice la conducta que está ordenada por el derecho en cuestión".* Con todo, la Primera Sala

---

2009, NO ENTRAÑA LA ACTUALIZACIÓN DE ACTOS CONSUMADOS DE MODO IRREPARABLE (LEGISLACIÓN VIGENTE DEL 1o. DE ENERO DE 2010 AL 31 DE DICIEMBRE DE 2013)", publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 18, mayo de 2015, Tomo II, página 1698.

[1210] Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM, 1993, p. 64.

ha reconocido que, no sólo la restitución del derecho es la medida que tradicionalmente se ha asociado a los efectos reparadores de la sentencia de amparo, "*sino también que la vigente Ley de Amparo sigue manteniendo a la restitución como la medida principal a través de la cual se reparan las violaciones a derechos fundamentales en el marco del juicio de amparo".*

Dentro de esa lógica reparatoria del amparo, dicha Sala ha considerado que no ha lugar a otras figuras remediales ajenas a la "restitución", como lo son *las medidas de compensación, satisfacción y no repetición* que, por ejemplo, han sido aplicadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Siendo que, respecto de éstas últimas -y que tienen una connotación más allá de la reparación individualizada, en tanto tienden a modificar ciertos arreglos burocráticos o patrones conductuales de la autoridad-, la Sala ha dejado bien en claro que la Ley de Amparo "*no autoriza a establecer medidas de no repetición similares a las que ha dictado la Corte Interamericana".*

En efecto, a juicio de la Primera Sala "*tampoco existe ningún fundamento legal para que los jueces de amparo pueden decretar garantías de no repetición […] tales como la orden de realizar reformas legislativas o constitucionales […] adoptar medidas administrativas como el establecimiento de programas de formación y/o capacitación de funcionarios, campañas de concientización y sensibilización dirigidas al público en general, elaboración de políticas públicas".*

Como se aprecia, incluso la posibilidad de conceder el amparo contra actos negativos de la autoridad se ha entendido principalmente *bajo una concepción remedial individualizada,* en donde lo que se busca es simplemente "restituir" al quejoso ante la violación que deriva la omisión o inacción de la autoridad para "proteger" sus derechos humanos. Luego, se insiste, el objeto del amparo *es restablecer el status quo* que precedió al acto reclamado, esto es, volver a *la situación armónica prexistente entre gobernante y gobernado, mediante la exigencia de que aquél asuma las obligaciones positivas que resultan necesarias para la protección de sus derechos humanos.*

En suma, la arquitectura procesal del juicio de amparo presupone que existe un estado de cosas institucional/burocráticas sustancialmente "armonioso", en el cual un cuerpo de normas confiere derechos a los gobernados e impone deberes al Estado que alcanzan acuerdos a su amparo y que, pese a ello, *a veces se presentan incidentes que rompen esa armonía* -actos reclamados-; por ejemplo, cuando *la autoridad interfiere con un derecho humano o, bien, es omisa en protegerlo frente a terceros.* En este caso, la persona agraviada recurre a los tribunales con el fin de implementar o hacer cumplir las normas vulneradas y, con ello, *se buscará restablecer el status quo armónico que ha sido irrumpido por el actuar de la autoridad.*

Luego, si bien se han emitido fallos de amparo que, lejos de presuponer ese estado armonioso, han tendido a *transformar o modificar el status quo que generaban arreglos institucionales deficientes para garantizar los derechos humanos*, como lo son el caso Mini Numa, Pabellón 13 y el caso de seguridad social para las trabajadoras del hogar, entre otros, lo cierto es que en ellos los Tribunales *se han apartado del "libreto" de la historia procesal que presenta el modelo de resolución de conflictos y que pretende relatar el juicio de amparo.*

Tan es así que en ellos los Tribunales se vieron forzados a hacer uso de la creatividad interpretativa/remedial *para generar sentencias que permitiesen encajar, al menos en algún grado, con el diverso modelo de reforma estructural.* En efecto, en cada caso se tuvo que justificar la emisión del amparo con efectos generales que fueron más allá de los quejosos o partes involucradas a *fin de proveer de directrices remediales para transformar las instituciones públicas, cuyo funcionamiento o diseño, presentaba una afrenta contra la obligación de "garantizar" los derechos humanos.*

La transformación del *status quo* de instituciones y servicios hospitalarios, como de esquemas de seguridad social discriminatorios para grupos vulnerables, que implicó la concesión de amparo, desde luego, "*escapa" al modelo de resolución de conflictos y, justamente por ello, es que estimo que los casos referidos se consideran como leading cases.*

La novedad e impacto jurisprudencial de esos asuntos *radica en su "rebeldía" contra el esquema o modelo tradicional de resolución de conflictos que se encuentra fuertemente inmerso en los principios y reglas de la Ley de Amparo*. Al grado tal que, por ejemplo, en el caso de seguridad social de las trabajadoras del hogar, el esquema remedial es tan atípico a la institución de amparo que, *no sólo irrumpe con diversas prohibiciones expresas del amparo, sino que, formalmente hablando, el incluir a las trabajadoras en el régimen obligatorio de seguridad social ni siquiera fue una "verdadera orden remedial".*

En efecto, si uno se da la tarea a examinar la parte de "efectos" de tal amparo, se dará cuenta que, *en momento alguno se establecen órdenes al IMSS ni mucho menos al Congreso Federal*. Ello, pues por una parte, al tratarse del amparo directo, *el IMSS y el Congreso ni siquiera eran las autoridades responsables,* asimismo, la norma que proscribía que las trabajadoras del hogar se incorporaban al régimen obligatorio del seguro social *tampoco constituyó ni podía constituirse como el acto reclamado*.

Luego, es por ello que, estratégicamente, la Corte sostuvo que, atendiendo a la trascendencia sistémica y estructural del problema de discriminación detectado, lo procedente es "*poner a conocimiento del Instituto Mexicano del Seguro Social, el problema de discriminación detectado respecto de la exclusión inconstitucional de las trabajadoras domésticas del régimen obligatorio del Seguro Social, así como dotar de ciertas directrices a ese Instituto a efecto de que pueda atender la violación sistémica".*

En otras palabras, la Sala *no ordenó* al IMSS que incluyera a las trabajadoras del hogar en el régimen de seguridad social, sino que simplemente *"puso a conocimiento"* esa situación sistémica inconstitucional y, al respecto, le "propuso o sugirió" ciertas medidas para solventar tal discriminación estructural. De ahí que, si el IMSS lo hubiese querido, pudiese haber inobservado la totalidad de las directrices que le fueron propuestas por la Sala, *sin consecuencia jurídica alguna*, pues se insiste, tales directrices en forma alguna tuvieron la naturaleza de órdenes

judiciales. Afortunadamente, ese no fue el caso y el IMSS, de buena fe, decidió adoptar las medidas propuestas por la Suprema Corte.

En esa inteligencia, el esquema normativo del juicio de amparo, como se ha expuesto, *está diseñado para operar bajo el modelo de "resolución de conflictos"* y ha sido la labor judicial la que, a través de diversos esfuerzos interpretativos/creativos ha logrado emitir fallos que, al menos, se acerquen o encuadren en el diverso modelo de "reforma estructural". En suma, los amparos con efectos generales o estructurales se han dictado *no a virtud de la arquitectura procesal de la Ley de Amparo, sino pese a ésta.*

Luego, es evidente que el diseño procesal del referido medio de control constitucional -triangular, con acento en el individuo y tendiente a restablecer el supuesto status quo armónico entre el gobierno y el gobernado-, presenta diversas limitaciones u obstáculos para la adjudicación y remediación de obligaciones complejas en materia de derechos humanos. En efecto, bajo este diseño normativo procesal, *¿qué cabida tiene la tríada de principios remediales a las que se ha referido?, ¿pude lograrse una adecuada observancia de dichos principios a través del actual diseño del juicio de amparo?* Enseguida nos permitimos tratar de dar respuesta a tales interrogantes.

14.1. El principio de congruencia remedial y su observancia en el juicio de amparo.

Empecemos por el *principio de congruencia remedial*. Como se ha razonado, este axioma adjudicatorio implica, a grandes rasgos, que *el tipo de adjudicación implementada depende del tipo de obligación que se demande cumplir a la autoridad,* de tal suerte que, lo que se exige al Tribunal es que *el diseño de la medida remedial resulte coherente con la naturaleza del débito que se ha estimado vulnerando por el quehacer estatal.* Es por ello que el principio de congruencia remedial se traduce en una directriz de adjudicación que se encuentra *centrada en el tipo obligación dimanante del derecho humano y no en el derecho mismo.* En esa inteligencia, el referido principio atiende a la etapa del "diseño del remedio" y orienta su arquitectura, finalidad y duración.

Atento a lo anterior, uno supondría que el Tribunal de amparo, *prima facie*, no tendría mayores problemas para aplicar dicho principio remedial al caso concreto al que se enfrente. En efecto, lo primero que deberá cuestionarse el Tribunal, para efectos de diseñar el remedio es *¿qué tipo de obligación -entre respetar, proteger o garantizar- ha sido vulnerada por la autoridad responsable?* Una vez identificado el débito incumplido, el Tribunal podrá determinar *qué tipo de remedio resulta apropiado/necesario para su reparación*. De ahí que el empleo de un enfoque obligacional -en lugar de uno basado en la naturaleza del derecho- permitiría que *la arquitectura de la concesión de amparo pueda atender en forma más coherente y apta los vicios o violaciones que ha incurrido el Estado en materia de derechos humanos*

Al respecto, como se ha explicado, si existen distintos tipos de obligaciones en materia de derechos humanos -respetar, proteger y garantizar-, que exigen, por ende, distintos tipos de conductas al Estado para lograr el pleno goce y efectividad de tales derechos fundamentales, se colige que la naturaleza de los débitos que hayan sido transgredidos por el actuar estatal *comportarán también distintos modelos o formas de reparación por parte de los Tribunales.*

Así, como se ha dicho, el modelo de resolución de conflictos resulta aplicable para describir la adjudicación de las obligaciones de "respetar y proteger", en tanto que en tratándose de la obligación de "garantizar", por su naturaleza compleja, *resulta aplicable el diverso de reforma estructural y por ende, procede la implementación las remediaciones "atípicas", como lo son las llamadas débiles, experimentales, estructurales o dialógicas.*

Es ahí en donde empiezan a surgir diversas complicaciones para el órgano jurisdiccional. Ello, pues al estar regido el proceso de amparo por arquitecturas normativas pensadas para el modelo de resolución de conflictos, el Tribunal tendrá que emplear ciertos estándares interpretativos amplios, novedosos o creativos *para replantear y aplicar las normas procesales y principios del amparo de tal suerte que, en la medida de lo posible, permitan su adecuación a los rasgos que caracterizan al diverso modelo de reforma estructural* -ya descrito en apartados precedentes del presente

capítulo- *y consecuentemente, a la adjudicación y remediación de obligaciones complejas en materia de derechos humanos.*

Ello, en principio, *implicará modular o excepcionar el principio de relatividad de las sentencias* -pues justamente, la obligación de garantizar se proyecta hacia arreglos institucionales/burocráticos deficientes y, por ende, su vulneración afecta a toda la población, grupo o clase que es destinataria/beneficiaria de la misma-. Así, el Tribunal de amparo deberá ser consciente que, en tratándose de la reparación de obligaciones complejas en materia de derechos humanos, *no ha lugar a la aplicación rígida o tradicional del principio de relatividad*, pues ni la obligación de garantizar tiene connotaciones meramente individuales, *ni por ende, su remediación puede circunscribirse o reducirse al justiciable.*

Es así, pues el débito de garantizar implica organizar todo *el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público*, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Luego siendo *institucional o estructural la naturaleza de la obligación*, los remedios deben ser igualmente estructurales o institucionales y, por ende, los *efectos del amparo se proyectarán, ineludiblemente más allá de la parte quejosa, para, de hecho, favorecer a la clase, grupo o totalidad personas que son beneficiarias/destinatarias del arreglo institucional respectivo que se pretende transformar/reparar.*

Respecto a este primer “obstáculo” adjetivo-procesal, el Tribunal de amparo podría acogerse a los criterios de las Salas de la Suprema Corte acabados de citar, para excepcionar o modular el principio de relatividad y permitir que la remediación tenga efectos generales, es decir, *que se proyecte a reformar el arreglo institucional/burocrático respectivo*. En ese sentido, el Tribunal podría precisar que el amparo *únicamente se concede a la parte quejosa*, pero reconociendo que *esa protección indirecta o eventualmente podría indirectamente y de manera eventual, beneficiar a terceros ajenos al juicio constitucional,* lo cual resulta admisible bajo los precedentes la Suprema Corte ya referidos.

Otro argumento que podría enderezarse es el relativo a la *"fuente no judicial del mandato exigible en amparo"*. En efecto, estimamos que el Tribunal bien puede ser consciente de que no sólo el principio de relatividad puede ser modulado o matizado, sino que incluso, *en algunos casos, pese a que se conceda el amparo con efectos protectores que expresamente vayan más allá de la parte quejosa, no se actualizaría una vulneración "directa" a tal principio.* Esa fue la argumentación judicial detrás del ya referido recurso de queja **27/2018** del índice de la Segunda Sala.

El referido precedente sobre "omisiones legislativas absolutas" puede resumirse bajo el siguiente orden de ideas: **(I)** el Constituyente Permanente ordena a al Congreso Federal o a las Congresos locales emitir una ley para regular determinado precepto constitucional; **(II)** sucede que se acude al amparo reclamando esa omisión legislativa y el Tribunal federal advierte que, efectivamente, esa orden de legislar no fue acatada por el Congreso respectivo; **(III)**; luego, la concesión de amparo, en el sentido de obligar al Congreso a legislar -lo cual apareja efectos "generales"-, no es más que una consecuencia de la propia naturaleza de la violación constitucional reclamada; en tanto *el débito de legislar no deriva de una resolución judicial,* -pues tal obligación, es preexistente al juicio de amparo-, *sino que emana de un mandato claro y expreso contenido en la propia Constitución Federal.*

Es por ello que, atento a la Segunda Sala, en tales casos no existiría una afrenta "directa" al principio de relatividad de las sentencias de amparo, pues si bien con la eventual concesión de amparo se constreñiría al órgano estatal a legislar en determinado sentido, lo cierto es que ese efecto "general" derivado del fallo protector, "*no es más que la culminación o consecución de lo ya ordenado por el Constituyente Permanente. Siendo, en realidad, la decisión del Poder Revisor de la Constitución y no los jueces o tribunales de amparo, la que constriñe a los órganos estatales respectivos a que legislen".*

Estimamos que esas mismas razones justificatorias resultan aplicables para argumentar que, en tratándose de la obligación de "garantizar", *la concesión de*

amparo con efectos generales no supondría una violación "directa" al principio de relatividad, pues:

I. Todos los derechos humanos reconocidos por el parámetro de regularidad constitucional -de fuente constitucional y convencional-, imponen, entre otras, obligaciones de "garantizar", mismas que exigen al Estado la *creación y adecuación de la infraestructura legal e institucional de la que depende la realización de los derechos;*

II. Sucede que una persona acude al amparo contra la omisión del Estado de *adoptar las medidas que se precisen para crear un entorno necesario y propicio en el que puedan realizarse plenamente algún derecho humano* -instituciones, leyes, políticas públicas, asignación de recursos- y el Tribunal advierte que, efectivamente, existe un incumplimiento a tal débito;

III. Luego, la concesión de amparo, en el sentido de obligar a las *autoridades a tomar las medidas institucionales o legales necesarias para garantizar el derecho humano respectivo* -lo cual lógicamente apareja efectos "generales", como lo es la adecuación de infraestructura hospitalaria, la modificación a políticas públicas alimentarias o la reforma al sistema penitenciario para reducir la sobrepoblación carcelaria-, no sería más que una consecuencia de la propia naturaleza de la violación constitucional reclamada; en tanto *el débito de crear o adecuar la infraestructura legal e institucional de la que depende la realización de los derechos, no deriva de una resolución judicial,* -pues tal obligación, es preexistente al juicio de amparo-, *sino que emana de un mandato contenido por el parámetro de regularidad constitucional, a virtud de la obligación de "garantizar".*

Es por ello que en tales casos no se actualizaría una afrenta "directa" al principio de relatividad de las sentencias de amparo, pues si bien con la eventual concesión de amparo se constreñiría a diversos órganos estatales a crear, revisar o ejecutar medidas estructurales o institucionales para asegurar jurídicamente el pleno ejercicio de un determinado derecho humano, lo cierto es que ese efecto "general" derivado del fallo protector, no es más que la culminación o consecución de lo ya ordenado por la Constitución Federal o los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano es parte, *siendo tales instrumentos jurídicos y no los jueces o tribunales de amparo, los que constriñen a los órganos estatales respectivos a que adopten tales medidas institucionales.*

Por otra parte, también debe advertirse que habrá casos que, por sus características intrínsecas, *impidan la aplicación rigorista del principio de relatividad, ya que resultaría fácticamente inviable proteger únicamente al quejoso.* Piénsese en el referido amparo **610/2019** contra el aumento de niveles de etanol como oxigenante en las gasolinas. Si la Sala advirtió que debía declararse inconstitucional la norma que modificó los niveles de etanol para esos efectos -ante la existencia de diversas opiniones y estudios que ponen en duda el hecho de que pueda seguirse incrementando el porcentaje de etanol como oxigenante de las gasolinas nacionales, ante los potenciales daños al medio ambiente que ello ocasionaría, mismas que no fueron tomadas en cuenta al modificar la norma-, es obvio que*, materialmente hablando, no era posible otorgar una protección individualizada al justiciable, bajo la forma de excepción o inaplicación normativa.*

Ello, pues simplemente, *no podía aislarse al quejoso del resto de la población para que no respirara el mismo aire cuya calidad pudiese ser afectado a virtud de la permisión normativa reclamada de aumentar los niveles de etanol en las gasolinas.* Luego, si en el amparo se analizaron actos de autoridad *que afectaban a la sociedad en general* -como lo son las afectaciones al medio ambiente- resulta evidente que, atendiendo a esa afectación colectiva, *la reparación también debía tener efectos generales* -ahí existe un reconocimiento implícito del principio de congruencia remedial por parte de la Segunda Sala-.

Con todo, debe tenerse en cuenta que, no sin razón, pudiesen elevarse diversas voces *contra ese tipo de decisiones remediales generales* -sobre todo por parte de aquellos juristas, autoridades y jueces que se adscriben a una visión "tradicionalista" del amparo-, atento a su posible contravención con el segundo párrafo del artículo 78 de la Ley de Amparo, conforme al cual, si se declara la inconstitucionalidad de una norma, los efectos de las sentencia *"se traducirán en la inaplicación únicamente respecto del quejoso".*

Empero, como lo razonó el Ministro Aguirre Anguiano, la aplicación rigorista y absoluta del principio de relatividad *"no sólo es insuficiente, sino también contrari[a] a varios principios constitucionales, como el de supremacía constitucional […] es un contrasentido que pese a que se haya declarado inconstitucional un precepto de*

una norma secundaria, ésta siga aplicándose a quienes no acudieron al amparo y, por ende, permanezca incólume la inconstitucionalidad acusada[1211]".

Es por ello que, si bien existen diversas barreras y limitaciones para la aplicación del "principio de congruencia remedial" -atento a la arquitectura procesal del amparo que está diseñada para emitir remediaciones individualistas-, consideramos que *éstas no resultan del todo insuperables* -aunque no dejan de resultar problemáticas-, pues a virtud de interpretaciones expansivas y generación de excepciones al principio de relatividad u otras reglas del juicio, resulta dable, al menos en cierto grado, *dar lugar al diseño de remediaciones colectivas, generales o estructurales que son inherentes a la adjudicación de las obligaciones complejas en materia de derechos humanos.*

14.2. Los principios de ductilidad remedial y participación social en la implementación del remedio, y su observancia en el juicio de amparo.

Infortunadamente, el panorama se complica aún más respecto a la aplicación y observancia *de los principios de ductilidad remedial y participación social* -que atañen a la etapa de seguimiento e implementación del remedio-. Como se he razonado, el principio de ductilidad remedial implica que el Tribunal tenga *la posibilidad y la responsabilidad continua de evaluar la eficacia y las consecuencias de la reparación ordenada, y de así considerarlo, proceder a modificar su orden remedial.* Así, el remedio *institucionaliza un proceso de aprendizaje continuo y de reconstrucción, en el cual las decisiones judiciales no son determinaciones "únicas", sino que tienen implicaciones* continuas.

Esta posibilidad de que el remedio se modifique o transforme durante el proceso de seguimiento e implementación, ciertamente es una concepción remedial que, sino ajena, *al menos no se encuentra contemplada por la Ley de Amparo.* Es así, pues la arquitectura procesal de tal medio de control constitucional *está diseñada bajo un esquema de remediación "episódica"*-es decir, con un inicio y final claramente determinados y precisos-. En efecto, el procedimiento de ejecución que se encuentra regulado por la Ley de Amparo, presupone la emisión de una orden remedial "*fija*", cuyo

[1211] Aguirre Anguiano, Sergio Salvador. *"El Juicio de Amparo hoy*". En "*El juicio de amparo* […]". op.cit. pág, 66

cumplimiento se entiende bajo una concepción de *"todo o nada*" y cuyo proceso de cumplimiento se exige *a corto plazo, sino acaso inmediato* -en casos urgentes y de notorio perjuicio-.

El referido procedimiento de ejecución, regulado por los artículos 192 a 198 de la Ley de Amparo, por regla general, se desarrolla de la forma siguiente:

1. Se notifica la sentencia a las partes;
2. En la notificación a la autoridad responsable, se le requiera para que cumpla con la ejecutoria "*dentro del plazo de tres día*s", -apercibida que de no hacerlo así sin causa justificada, se impondrá a su titular una multa y que, asimismo, se remitirá el expediente al tribunal colegiado de circuito o a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según el caso, para seguir el trámite de inejecución, que puede culminar con la separación de su puesto y su consignación-. También ordenará notificar y requerir al superior jerárquico de la autoridad responsable, en su caso, para que le ordene cumplir con la ejecutoria -bajo el mismo apercibimiento-;
3. Si la autoridad demuestra que la ejecutoria está en vías de cumplimiento o justifica la causa del retraso, "*el órgano judicial de amparo podrá ampliar el plazo por una sola vez, subsistiendo los apercibimientos efectuados";*
4. Cuando el órgano judicial de amparo reciba informe de la autoridad responsable de que ya cumplió la ejecutoria, dará vista al quejoso y, en su caso, al tercero interesado, para que dentro del plazo de tres días manifiesten lo que a su derecho convengan -en los casos de amparo directo la vista será de diez días donde la parte afectada podrá alegar el defecto o exceso en el cumplimiento-;
5. Transcurrido el plazo dado a las partes, con desahogo de la vista o sin ella, el órgano judicial de amparo "*dictará resolución fundada y motivada en que declare si la sentencia está cumplida o no lo está, si incurrió en exceso o defecto, o si hay imposibilidad para cumplirla";* y
6. En caso de que el órgano de amparo advierta que no se ha dado cumplimiento a la sentencia, pese a los requerimientos y multas impuestas, se remitirá el expediente al tribunal colegiado de circuito o a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según el caso, "*para seguir el trámite de inejecución, que puede culminar con la separación de su puesto y su consignación".*

Como se aprecia, el "relato" del proceso de ejecución de sentencias en amparo, atañe a *remediaciones cuya cumplimiento resulta "sencillo e inmediato",* en tanto que, por regla general, bastan tres días para su implementación -plazo que podrá ser ampliado por una sola vez-. Asimismo, el acatamiento se entiende en términos de "todo o nada" -pues aún el cumplimiento extemporáneo no justificado, o el cumplimiento deficiente, resultan susceptibles de acarrear sanciones a la responsable-. Todo ello refuerza que, por regla general, *la naturaleza de la orden remedial en el juicio de amparo es "episódica",* pues una vez dictado el fallo la función del juez se agota.

Sin embargo, como se ha dicho, en tratándose de la adjudicación de obligaciones complejas en materia de derechos humanos, *la etapa remedial se encuentra lejos de ser episódica,* ya que ésta conlleva *una larga y continua relación entre el juez y la institución demandada y no consiste en el cumplimiento de un remedio ordenado previamente, sino en la creación y diseño del propio remedio, en la cual participan dialógicamente tanto la autoridad, como los demandantes y otros grupos sociales.*

Así, la sentencia *no constituye el final del litigio* -como acontece el en el diverso modelo de resolución de conflictos-, sino tan sólo el principio de un largo proceso adjudicatorio de colaboración, creación, seguimiento, instrumentación, renovación o modificación remedial y, finalmente, transformación o reparación del arreglo institucional que vulnera o amenaza los principios constitucionales/convencionales. En esa inteligencia, un primer obstáculo para la recta aplicación del principio de ductilidad remedial es que *no se encuentra prevista en la Ley de Amparo alguna instrumentación o regulación normativa de "seguimiento" de sentencia que se adecúe a la naturaleza de las medidas remediales propias de la obligación de "garantiza*r".

Se dice lo anterior, pues el seguimiento de la sentencia *es unilateral* -exclusivamente a través del juez de distrito o el Tribunal Colegiado- y las comunicaciones se realizan *en forma de requerimientos o prevenciones del Tribunal hacia las responsables* -es decir, a través de una primera notificación de requerimiento y, en su caso, una segunda o ulteriores cuando se demuestra que se está en vías de cumplimiento o se justifica la causa del retraso-. Luego, ese diseño procesal del seguimiento del remedio, con vistas a un cumplimiento a "corto

plazo", en términos "coercitivos", "monológicos" y bajo estándares de "todo o nada" , resulta del todo inadecuado para el seguimiento que debe darse en la reparación de obligaciones complejas de derechos humanos, ya que tal seguimiento *presupone, como se ha dicho, una larga y continua relación entre el juez, el justiciable, la autoridad y los sectores sociales interesados, en términos dialógicos de colaboración constructiva del remedio.*

En ese sentido, la comunicación en el proceso de seguimiento de la reforma estructural no puede agotarse ni circunscribirse *a la emisión de prevenciones y requerimientos por parte del Tribunal*, como lo establece la Ley de Amparo, pues a diferencia de las adjudicaciones tradicionales, esto es, las atinentes al modelo de "resolución de conflictos", en donde se condena a la responsable *a realizar una acción específica* y el cumplimiento se ve en términos del "todo o nada", *las sentencias de este tipo tienden a trazar principios, procedimientos y fines a seguir, y se asigna a los organismos públicos la carga de diseñar e implementar las políticas respectivas.*

En ese sentido, en el modelo de reforma estructural *la sentencia no es sinónimo del remedio* -es tan sólo el principio para la creación del mismo-, pues en los fallos *se expresan los objetivos que se espera que las partes alcancen, esto es, fines en lugar de medios* y, en ese sentido, por lo general, *se deja a las partes con un amplio margen de discreción sobre cómo lograr estos objetivos*.

Al mismo tiempo, la sentencia especifica estándares y procedimientos para la medición del desempeño de la institución. Así, este tipo de sentencias *crean un espacio para la formulación continua de políticas gubernamentales y legislativas sin pretender ordenar los detalles de la política*. Luego, este carácter dialógico *no deja la reparación a la estricta y única esfera judicial*, sino que compele a que el gobierno proponga planes remediales para lograr el cumplimiento de la Constitución. Es decir, *el remedio se torna colaborativo, en lugar de meramente impositivo.*

Más aún, como se ha expuesto, las directrices, estándares, procedimientos u objetivos que plantea el Tribunal en la sentencia, *bajo el principio de ductilidad*

*remedial, deben ser susceptibles de revisión y, en su caso, modificación a fin de lograr su mayor eficac*ia. En ese sentido, la Ley de Amparo *no se encuentra pensada para que el Tribunal modifique, adapte o suplemente su orden remedial en el proceso de seguimiento.* En efecto, por lo que hace a la reparación de las afectaciones generadas por el acto reclamado, *la única posibilidad que el juicio de amparo otorga para modificar el remedio, es el llamado "incidente de cumplimiento sustituto*" previsto en los artículos 107, fracción XVI, de la Constitución Federal, 204 y 205 de la Ley de Amparo.

Sin embargo, la modificación "remedial" que acontece a virtud del cumplimiento sustituto de las sentencias, en realidad, está pensada para aquellos escenarios en que los efectos del amparo no puedan o deban concretarse, porque *resulta imposible o desproporcionadamente gravoso restituir las cosas a la situación que guardaban con anterioridad al juicio*. Siendo que, en tales casos, el remedio sustituto no estriba en la modificación, matización o reformulación de las órdenes remediales, propiamente hablando, *sino que se limita a que la ejecutoria se dé por cumplida mediante el pago de los daños y perjuicios al quejoso, o bien, mediante un convenio entre las partes sancionado ante el propio órgano jurisdiccional.*

Como se ve, esa modificación del remedio *nada tiene que ver con el principio de ductilidad remedial* que atañe a la reparación de obligaciones complejas en materia de derechos humanos, el cual participa de la diversa idea de que las órdenes judiciales *puedan ser sujetas a transformación o evolución a medida en que se avanza en el proceso de implementación de la sentencia y se obtenga nueva información que resulte relevante para atender de manera comprensiva y más específica el problema estructural/institucional al que se enfrente.* En esa inteligencia, es claro que *el incidente de cumplimiento sustituto no participa de esa naturaleza y finalidad.*

Finalmente, el diseño procesal de la Ley de Amparo *también apareja serias carencias, o al menos "vacíos" normativos, respecto a la implementación del principio de participación social.* Es así, pues el proceso de ejecución de sentencias de amparo está pensado: **(I)** para la intervención sólo de la parte quejosa y, en su

caso, del tercero interesado -y no para otros grupos, clases o sectores sociales interesados-; y **(II)** dicha intervención, a su vez, se da en dos supuestos: primero -en el cumplimiento-, cuando el órgano judicial de amparo reciba informe de la autoridad responsable de que ya cumplió la ejecutoria, *da vista al quejoso y al tercero interesado, para que manifiesten lo que a su derecho convenga; y* segundo -en el incumplimiento-, cuando se inicia el procedimiento de inejecución, el Tribunal Colegiado -tratándose de amparo indirecto- o la Suprema Corte -tratándose de amparo directo-, *notifica a las partes la radicación de los autos.*

Como se aprecia, *la intervención de la parte quejosa en la implementación de la sentencia es marginal,* pues la comunicación o el diálogo con el mismo, si se trata del cumplimiento, se constriñe a "darle vista" respecto del informe de la autoridad responsable por el cual comunica al Tribunal que se ha acatado la sentencia y, si se trata del incumplimiento, simplemente "se le notifica la radicación del incidente de inejecución de sentencia". Desde luego que, aunado a esos supuestos, nada impediría que la parte quejosa, *motu propio*, pueda presentar escritos al Tribunal manifestando lo que a su derecho convenga. Empero, lo cierto es que *el proceso de implementación del fallo de amparo está muy lejos de concebirse como un verdadero proceso dialógico o participativo.* De hecho, la Ley de Amparo ni siquiera habla, fuera de los terceros interesados, *de la posibilidad de que personas, grupos o clases que no forman parte del litigio se involucren en tal procedimiento reparatorio.*

Ello resulta del todo contrastante con el tipo de participación y diálogo que exige la reparación de obligaciones complejas de los derechos humanos, pues como se ha razonado, el principio de participación social que subyace a este tipo de litigios, implica la necesidad de que *la "voz" de las personas, grupos o clases interesadas* -tanto demandados, como otros sectores sociales más amplios- *sea tomada en cuenta a lo largo del procedimiento de implementación remedial que pretende modificar el status quo institucional/burocrático respectivo.*

Es decir, conforme a tal principio no se espera simplemente que la Corte y las autoridades responsables dialoguen y encuentren soluciones al problema

estructural o institucional materia del litigio, *sino que los propios actores y otros grupos interesados forman parte de ese mismo proceso de negociación, deliberación y supervisión*. Así, la implementación del remedio y su eficacia, *dejan de quedar en manos de los poderes estatales* -poder judicial, administrativo y legislativo-*, para dar cabida a la participación de los sectores sociales en dicho proceso reparatorio.*

Como se aprecia, ese grado de *participación, involucramiento, colaboración y diálogo entre el Tribunal, las autoridades y los gobernados*, que presupone el proceso de seguimiento e implementación de remediaciones atinentes a las obligaciones complejas en materia de derechos humanos, a través de lo que he denominado como el principio de participación social, *se encuentra del todo ausente del diseño procesal de la ejecución del amparo.*

Atento a lo hasta aquí expuesto, ¿cómo lograr que el juicio de amparo pueda transitar de un modelo de resolución de conflictos a uno de reforma estructural? Desde luego, lo óptimo sería una serie de reformas legislativas para que tal medio de control constitucional pueda adecuarse a las características procesales normativas y reparatorias que supone la adjudicación de obligaciones complejas en materia de derechos humanos. Sin embargo, *es claro que los Tribunales simplemente no pueden cruzarse de brazos y dejar de adjudicar tales obligaciones hasta en tanto no se realicen las modificaciones legislativas necesarias* -de hecho, como se ha visto, tanto la Suprema Corte, como otros Tribunales Federales, ya se han encargado de emitir ciertas sentencias estructurales-.

En ese sentido, al igual que aconteció con las reinterpretaciones realizadas a principio de relatividad de las sentencias, las Cortes tendrán que emplear la "creatividad judicial" para realizar una expansión de las normas procesales atinentes al seguimiento de sentencias, *a fin de permitir que éstas puedan atender a las exigencias que supone la remediación de obligaciones complejas en materia de derechos humanos.* El otorgamiento de plazos más acordes con ese tipo de ejecuciones puede sustentarse en el último párrafo del precepto 192 de la Ley de Amparo que precisa*: "[e]l órgano judicial de amparo, al hacer los requerimientos,*

podrá ampliar el plazo de cumplimiento tomando en cuenta su complejidad o dificultad debiendo fijar un plazo razonable y estrictamente determinado".

Sin embargo, el gran reto para los Tribunales consistirá en instrumentar verdaderos procesos de seguimiento de ejecución de las sentencias de amparo en los cuales, fuera de la concepción inmediata, coercitiva, monológica y cerrada que prevé la Ley de Amparo, *se dé lugar a procedimientos dialógicos, colaborativos, abiertos y con metas a mediano y largo plazo para remediar los arreglos institucionales/burocráticos existentes que resultan deficientes para dar cumplimiento a las obligaciones complejas en materia de derechos humanos.*

De tal suerte que, entre otros aspectos relevantes, la ejecución del amparo contra violaciones a la obligación de "garantizar" *permita por una parte, una verdadera participación social, tanto en el diseño, como en la supervisión del remedio y, por otra, la ejecución del amparo se conciba no ya como un simple proceso de imposición remedial, sino como uno de aprendizaje continuo y de reconstrucción,* a partir del cual los Tribunales evalúen la eficacia y las consecuencias de los efectos del amparo, de tal suerte *que puedan ser modificados para dar lugar a remedios más efectivos* y, por ende, maximizar su impacto transformador del *status quo* institucional que amenaza los principios constitucionales y convencionales.

En ese tenor, la justiciabilidad de las obligaciones complejas en materia de derechos humanos *no puede seguir atada a concepciones remediales individualistas, cerradas, coercitivas y cuyo acatamiento se concibe bajo términos del "todo o nada",* tal y como las previstas en la Ley de Amparo. Si es verdad, como se pretende, que las Cortes jueguen un papel relevante en la generación de cambios sociales en el siglo XXI, sobre todo en la construcción de nuevos estadios de justicia social a través de la exigencia de cumplimiento de los DESCA, fuerza es que *la forma en que se piensan e implementan los procesos de ejecución de sentencias de amparo se ajusten a las exigencias que demanda la remediación de obligaciones complejas en materia de derechos humanos.*

Ello conlleva, indubitablemente, a admitir que existe más de una manera de adjudicar los derechos humanos, que el modelo de "resolución de conflictos" resulta del todo insuficiente para realizar verdaderas transformaciones institucionales, que el diseño del remedido y su implementación debe darse mediante un proceso colaborativo, deliberativo y con miras a ser sujeto de revisiones o renovaciones para maximizar su eficacia y que, por ende, *simplemente debe dejarse atrás la idea de que el amparo "finaliza" con el dictado de la sentencia,* pues como se ha visto, en tratándose de la justiciabilidad de las obligaciones complejas, *la emisión del fallo es tan solo el inicio de un largo proceso de transformación de los arreglos institucionales existentes.*

Esta transformación del entendimiento de las reparaciones en amparo no supone una tarea fácil, sobre todo cuando, como se ha razonado, los Tribunales se rigen por una norma procesal que *no está pensada ni diseñada para ese tipo de transformaciones institucionales/burocráticas que precisa la remediación de las obligaciones de "garantizar".* Sin embargo, es claro que las Cortes mexicanas no pueden ni deben claudicar al papel que la Constitución les ha encomendado como instituciones tutelares de los derechos humanos, ni asimismo, soslayar la tendencia global de la expansión de las funciones judiciales, conforme a la cual se asigna un rol importante a los Tribunales como "agentes de cambio social", en especial, como instituciones imparciales que resultan útiles *para corregir las fallas o patologías en la maquinaria administrativa o legislativa*.. Luego, *una revaluación de las remediaciones dictadas en amparo, tanto desde el punto de vista interpretativo, como legislativo, resulta indispensable.*

CONCLUSIONES
Hacia la comprensión y superación de los problemas de remediación judicial de los DESCA.

En la presente investigación se ha sostenido que, actualmente, nos encontramos en una "tercera etapa" de justiciabilidad de los DESCA. A diferencia de las primera dos etapas de justiciabilidad de tales derechos, la pregunta ya no es si tales derechos son justiciables, *sino cómo hacerlos* -adecuadamente- *justiciables.* En ese sentido, la interrogante que se planteó en la presente investigación -objeto general de la misma-, ha sido la siguiente: *¿cómo lograr la eficacia remedial de las sentencias adjudicatorias de los DESCA?*

Para responder a tal pregunta, deducimos que se debe comenzar por replantear la "fuente" de la problemática judicial de la remediación de los DESCA. Es decir, debe *abandonarse la visión remedial dicotómica entre los derechos civiles y políticos y los DESCA*. Bajo esta óptica simplista y prejuiciosa -pero generalizada-, se presume que el cumplimiento y remediación judicial de los derechos civiles es "sencilla", mientras que la de los DESCA, es intrínsecamente "compleja" -atento a las supuestas diferencias estructurales entre unos y otros derechos-.

Contraria a esa postura prejuiciosa sostuvimos, como hipótesis central de la investigación, que los problemas subyacentes a las remediaciones judiciales de los DESCA *no atienden en realidad a razones ontológicas-estructurales de tales derechos* como podría suponerse, sino que en realidad tiene que ver más con otras razones atinentes: **(I)** al *complejo entramado obligacional* al que se enfrente el Tribunal -elemento sustantivo-; **(II)** a la forma en cómo el Tribunal *decide reparar tal complejo entramado obligacional* -elemento subjetivo adjudicatorio-; y **(III)** *al seguimiento que se dé a la implementación de la orden reparatoria* -elemento subjetivo supervisorio-.

Por lo que hace al *elemento sustantivo* de la adjudicación, a partir del análisis de argumentos jurídico-racionales, como empíricos-jurisprudenciales que fueron desarrollados a lo largo de la presente investigación, se ha concluido que, más que

analizar y concentrarnos en las características y naturaleza del derecho humano en juego -si es DESCA o civil y político-, *fuerza es examinar, como cuestión preponderante, el contenido y andamiaje de las obligaciones que emanan de éste*.

Ello, toda vez que, como se ha desprendido de la presente investigación, tanto los DESCA, como los civiles y políticos, *se componen de un rico andamiaje obligacional*. Todos los derechos, no sólo los DESCA, constituyen bienes públicos *que se vuelven posibles a través de instituciones públicas, asignación presupuestaria y otras medidas administrativas/legislativas.* De ahí que, conforme numerosos argumentos tanto doctrinales, como jurisprudenciales, en el presente trabajo se ha refutado la idea de la existencia de "derechos humanos complejos" -de cumplimentar y remediar-, e inversamente, se ha evidenciado que, *lo que en realidad existen en esta materia, son "obligaciones complejas"* -prototípicamente las de "garantizar"-; y es el hecho de que éstas *son exigidas por todos y cada uno de los derechos humanos.*

A partir de lo anterior, propusimos que los Tribunales deben observar ciertos "principios remediales" que pueden atenuar los plausibles problemas que enfrenta la reparación judicial de los DESCA. El primer axioma lo denominamos como el "principio de congruencia remedial". Tal axioma postula que *el tipo de adjudicación implementada depende del tipo de obligación que se demande cumplir a la autoridad,* de tal suerte que, lo que se exige al Tribunal es que el diseño e implementación de la medida remedial resulte coherente con la naturaleza del débito que se ha estimado vulnerando por el quehacer estatal. En pocas palabras, con base al principio de congruencia remedial, *lo que determina la naturaleza del remedio no es la naturaleza del derecho* -DESCA vs Civil y político-, *sino la naturaleza de las obligaciones violadas.*

De ahí que, con base en las argumentaciones presentadas en el presente trabajo, el empleo de un enfoque obligacional -en lugar de uno basado en la naturaleza del derecho- permite que *la arquitectura de la medida reparatoria pueda atender en forma más coherente y apta los vicios o violaciones que ha incurrido el Estado en materia de derechos humanos.* La investigación ha arrojado que, si existen distintos tipos de

obligaciones en materia de derechos humanos -respetar, proteger y garantizar-, que exigen, por ende, distintos tipos de conductas al Estado para lograr el pleno goce y efectividad de tales derechos fundamentales, entonces, *la naturaleza de los débitos que hayan sido transgredidos por el actuar estatal comportarán, a su vez, distintos modelos de reparación por parte de los Tribunales* -a la obligación de "respetar" y "proteger" les corresponde el modelo de resolución de conflictos, mientras que al débito de "garantizar" le resulta aplicable el diverso modelo de reforma estructural-.

Entender las diferencias y necesidades procesales-remediales que requieren unos y otros tipos de obligaciones en materia de derechos humanos, *permite diseñar remedios y procesos de supervisión e implementación de éstos, que resultan congruentes y aptos para reparar las violaciones respectivas.* Por ende, los Tribunales deben ser conscientes de esa vinculación *y actuar en consecuencia*. Así, se ha evidenciado que, en tratándose de obligaciones altamente complejas, la remediación deja de ser cerrada, monológica, coercitiva y episódica, en tanto se vuelve *estructural, dialógica, abierta y tendiente a transformar el estado de las cosas institucionales para lograr su adecuación con los derechos humanos.*

Luego, conforme al estudio que sea desarrollado, se ha concluido que el *diseño de la medida remedial* en este tipo de litigios -atinentes a obligaciones de "garantizar"- participa de las siguientes características: **(I)** el remedio resulta instrumental para modificar el *status quo* institucional; **(II)** existen múltiples formas en que las autoridades pueden remediar el arreglo institucional existente; **(III)** el diseño del remedio precisa de "visión estratégica" por parte del Tribunal; **(IV)** el remedio se centra en los fines -outputs-, no tanto en los medios -inputs- -y, en ese sentido, se debe otorgar a las autoridades un importante margen de discrecionalidad sobre cómo lograr estos objetivos; y **(V)** el remedio se torna colaborativo, en lugar de impositivo.

Ahora bien, por lo que hace al *seguimiento e implementación de la medida remedial* -en tratándose de obligaciones complejas-, hemos deducido dos principios. El primero de ellos, al que hemos denominado como "principio de ductilidad remedial", implica que el Tribunal cuenta con la posibilidad y la responsabilidad continua *de evaluar la eficacia y las consecuencias de la reparación ordenada, y de así considerarlo,*

proceder a modificar su orden. De ahí que hemos sostenido que no basta con dar un mero seguimiento o supervisión a lo ordenado por el Tribunal, sino que aunado a ello, es indispensable que esas mismas órdenes *puedan ser sujetas a transformación o evolución* a medida en que se avanza en el proceso de implementación de la sentencia estructural.

Así, se evidenció que la ventaja de concebir el remedio en términos "dúctiles" es dual. Ello, pues por una parte, a medida que en el proceso de implementación del fallo se van esclareciendo los problemas fundantes que dan lugar a las deficiencias o vicios del arreglo institucional que se pretende transformar, *el dinamismo del remedio otorga la oportunidad de que las órdenes del Tribunal puedan ser dirigidas o redirigidas para que los esfuerzos institucionales se encaminen a dar solución a tales problemáticas de manera más específica y eficaz*

En segundo lugar, porque la ductilidad del remedio posibilita superar o mitigar los problemas de "policentricidad" a los cuales se refiere Fuller, en virtud de que permite al Tribunal *transformar y adaptar sus órdenes remediales* en aquellos casos en que, lejos de aparejar un verdadero beneficio, *generen afectaciones "colaterales", indebidas o indeseadas*, al tiempo que los intereses de las partes no representadas en el juicio *puedan ser incorporadas al remedio para lograr un diseño reparatorio más incluyente y holístico.*

Finalmente, el tercer axioma que propusimos es el llamado "principio de participación social". Dicho principio postula la necesidad de que la "voz" de las personas, grupos o clases interesadas -tanto demandados, como otros sectores sociales más amplios- sea tomada en cuenta a lo largo del procedimiento de implementación remedial que pretende modificar el *status quo* institucional/burocrático respectivo. Los casos de la T-25 de la Corte Constitucional de Colombia, PUCL de la Suprema Corte de la India y TAC de la Suprema Corte Sudafricana, son claros ejemplos de la potencialización del cumplimiento e impacto del remedio, *a través la movilización y participación de los sectores sociales involucrados.* Cuando la sociedad habla y la Corte escucha, el proceso reparatorio se enriquece.

Tanto del análisis de diversa jurisprudencia, como del trabajo de diversos juristas, se ha evidenciado que la inclusión de la participación social en el proceso adjudicatorio *es susceptible de generar una alianza con la Corte que resulta útil para diversos propósitos de la remediación constitucional*, como lo es: **(I)** supervisar el cumplimiento de las medidas remediales y denunciar las fallas, deficiencias o negativas de las autoridades respecto a su implementación; **(II)** proponer al Tribunal la modificación, expansión o especificación del remedio para atender en forma más eficaz el problema institucional/burocrático objeto del litigio; **(III)** estimular las relaciones y el diálogo más allá del foro judicial; **(IV)** otorgar publicidad, notoriedad y apoyo público al remedio; **(V)** empujar a Tribunales pasivos a que se involucren más activamente en la implementación del remedio; **(VI)** construir la base cívica y presión pública necesarias para constreñir la implementación de las órdenes remediales y asegurar la rendición de cuentas de la autoridad; y **(VII)** generar informes y obtener datos que puedan ser utilizados por el Tribunal en el proceso de valoración del remedio y su implementación.

Finalmente, del análisis que se realizó a la arquitectura procesal del juicio de amparo se ha colegido que tal medio de control constitucional se encuentra pensado y diseñado para operar bajo el modelo de "resolución de conflictos" -atiente a la remediación de "respetar" y "proteger"**-** *por lo que encuentra diversas limitaciones y deficiencias para adjudicar el débito de "garantizar*". Por ende, resulta manifiesta la necesidad de que los Tribunales empleen la "creatividad judicial" para realizar una expansión de las normas procesales atinentes al diseño, seguimiento e implementación de las sentencias de amparo, a fin de permitir que *éstas puedan atender a las exigencias que supone la remediación de obligaciones complejas en materia de derechos humanos.* Con todo, colegimos que una revaluación de las remediaciones dictadas en amparo, tanto desde el punto de vista interpretativo, como legislativo, resulta indispensable.

La remediación judicial de violaciones a débitos complejos en derechos humanos, es un tema que cada vez más requerirá ser analizado y replanteado. La capacidad que tienen los Tribunales de realizar transformaciones institucionales de gran

calado -como lo es la judicialización de políticas públicas y otros arreglos burocráticos existentes-, se encuentra sujeta, ineludiblemente, a la eficacia e impacto que tenga tanto la arquitectura de sus medidas remediales, como del proceso de supervisión e implementación que le suceda a éstas.

Por ende, la presente investigación ha pretendido dar luz sobre este tema al cuestionar y criticar las teorías de remediación que se encuentren orientadas en función de los "derechos en juego" -mismas que pierden de vista que no existe un único modelo para adjudicar los DESCA ni los derechos civiles y políticos, ya que tanto unos como otros admiten distintas formas remediales, al estar compuestos de distintos tipos de débitos-, para en su lugar, ofrecer una teoría remedial que se encuentra *orientada en función de las obligaciones*.

Luego, consideramos que la triada de principios remediales que fueron desarrollados en la presente investigación -centrados en las obligaciones y no en los derechos-, resulta susceptible de brindar a los Tribunales directrices que posibiliten emitir órdenes y procesos reparatorios *que resulten más aptos, congruentes y eficientes para atender al problema constitucional o convencional de que se trate*, lográndose con ello hacer del remedio una "realidad práctica" y a los derechos humanos una "verdad viviente".

En tal sentido, estimamos que el presente trabajo no sólo resulta orientador para atender el problema que plantea la tercera etapa de justiciabilidad de los DESCA, sino también *para afrontar los retos que depara la remediación de las obligaciones complejas en materia derechos humanos*, entendidos como un todo y, a partir de ello, abonar al fenómeno de la expansión de las funciones judiciales y la vocación transformadora que la sociedad ha depositado en los Tribunales para mejorar la calidad de vida de las personas. Si bien aún queda mucho por ser escrito sobre la eficacia y cumplimiento de las sentencias de los DESCA -y en años venideros contaremos con literatura más extensa y comprensiva sobre el tema-, consideramos que empezar por edificar teorías remediales que se encuentren desembarazadas de los prejuicios y estereotipos sobre estos derechos, hará que el camino por recorrer sea más llevadero y encauzado.

Bibliografía

A

Abramovich Victor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles.* ed. Trotta. Madrid. 2004

Abregú, Martín y Courtis, Christian (Comp). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires., 1997.

Acuña, Juan Manuel, *Justicia Constitucional y Políticas Sociales.* ed. Porrúa, Ciudad de México, 2012.

ACUMAR. Plan Integral de Saneamiento Ambiental de la Cuenca Matanza Riachuelo. Actualización marzo de 2010.

Alarcón, Carlos y Vigo, Rodolfo Luis. (coord). *Interpretación y argumentación jurídica*. ed. Marcial Pons Argentina, Buenos Aires. 2011.

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdez, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

Alston, Philips*. Does the past matter?* Book review of: *On the origins of human rights the slave trade and the origins of international human rights law"* Harvard Law Review. Vol. 126:2043, 2013.

Alston, Philip y Goodman, Ryan. *International Human Rights.* Oxford University Press, Oxford, 2013.

Aragón Rivera, Alvaro et. al (Coord). *Los derechos sociales desde una perspectiva filosófica*, ed. Tirant lo blanche, Ciudad de México, 2017.

Arango, Rodolfo. *Derechos sociales. Un mapa conceptual*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Julio-Diciembre 2017. Núm. 5. ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Arendt, Hannah. *La promesa de la política*. Ed. Paidós, Barcelona, 2008.

Aranguren, Asdrúbal Aguiar et al. *Estudios de Derechos Humanos,* Tomo I. compilado por Rodolfo Cerdas Cruz y Rafael Nieto Loaiza. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José. 1994

B

Bazán, Víctor. *Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano*. Anuario de

Derecho Constitucional Latinoamericano. ed. Fundación Konrad-Adenauer. Montevideo, 2005.

Bingham, Joseph W. *The Nature of Legal Rights and Duties*. Michigan Law Review, Nov., 1913, Vol. 12, No. 1 (Nov., 1913).

Birchfield, Lauren y Corsi, Jessica. *Between Starvation and Globalization: Realizing the Right to Food in India.* Michigan Journal of International Law. Vol.31.Issue 4. 2010.

Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*. ed. Fondo de Cultura Económica. Ciudad de México. 2001.

Burgos Silva, Germán (Ed). *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* Publicaciones ILSA. Bogotá. 2003.

C

Cámara de Diputados (coord.). *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones*. ed. Porrúa, Séptima Edición. Ciudad de México, 2006.

Cervantes Alcayde, Magdalena et. al. (Coord) *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?: debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos.* Coordinadores Magdalena. Suprema Corte de Justicia de la Nación: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie estudios jurídicos; 230. Ciudad de México. 2014.

Clérico, Laura et. al. (Coord.) *Tratado de Derecho a la Salud.* ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 2013.

Crimer A, Pablo. *Importando CERCLA a Argentina: el saneamiento del riachuelo como un caso de derechos destabilizadores.* Revista de Derecho Ambiental de la Universidad Palermo. Año N°1. Mayo de 2012.

Contiades, Xenophon et. al. *Social Rights in the Age of Proportionality. Global economic crisis and constitutional litigation*. International journal of constitutional law (forthcoming 2012). Oxford University Press & New York University School of Law.

Courtis, Christian. *Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales. Ideas para una construcción garantista.* Documento de trabajo. Proyecto de Protección de Programas Sociales. PNUD. México. 2007

Courtis, Christian y Santamaría, Ramiro Ávila (Editores).*La protección judicial de los derechos sociales.* ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito.2009.

D

Dixon, Rosalind. *Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited*. 2007. International Journal of Constitutional Law, Oxford Journals, Vol. 5, No. 3

Department of Justice and Constitutional Development et. al. *Assessment of the Impact of Decisions of the Constitutional Court and Supreme Court of Appeal on the Transformation of Society Final Report*. South Africa. 2015

Dworkin, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge. 2011

E

Echavarría, Agustín. *Tomás de Aquino y el problema del mal: la vigencia de una perspectiva metafísica*, anuario filosófico 45/3 (2012) 521-544, España, Departamento de Filosofía de la Universidad de Navarra.

Espinoza de los Monteros, Javier y Ordoñez, Jorge (Coord.). *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional*. ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

Etcheverry, Juan Bautista (editor), *Ley, moral y razón: estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley y derechos naturales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 664. Ciudad de México. 2013.

F

FARN, CELS, Greenpeace Argentina et. al. *9 años del fallo de la corte una política de estado todavía ausente.* Julio de 2017.

Ferrajoli, Luigi, *Garantismo Penal*, ed. Facultad de Derecho de la UNAM, Ciudad de México, 2016, pág. 85.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo et. al. (Coord). *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fundación Konrad Adenauer. Ciudad de México. 2013.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Oropeza González, Manuel (Coord.). *El juicio de amparo a 160 años de la primera sentencia.* ed. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ciudad de México. 2011.

Figueroa García-Huidobro, Rodolfo. *Justificación del rol de las cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la protección de la salud*. Revista Chilena de Derecho, vol. 36 No 2.

Finnis John, *Fundamentals of ethics,* Georgetown University Press, Washington D.C.,1983.

Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 2000

Fiss, Owen. *El derecho como razón pública*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2007

Fiss, Owen. *Hacer del derecho una verdad viviente.* ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2018

Fiss, Owen. *The New Procedure*. Faculty Scholarship Series. Paper 1213. Yale Law School. 1985

Fix Zamudio, Hector et. al. *Derecho constitucional mexicano y comparado*, ed. Porrúa. Séptima Edición, Ciudad de México, 2010.

Fredman, Sandra. *Comparative Human Rights Law.* Oxford University Press. Oxford. 2018

Fredman, Sandra. *Human Rights Transformed: Positive Duties and Positive Rights*. Oxford Legal Studies Research Paper No. 38/2006; Public Law.

Fuentes, Carlos. *La Región más Transparente*. ed. Alfaguara. Ciudad de México. 1958. (12da edición 2006).

G

García Ramírez, Sergio*. Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales.* Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional, [S.l.], jan. 2003

Garaventa, Carlos Adrian. *El caso Mendoza y la creación de un proceso ambiental.* Revista En Letra. Año 1. Número 1. Febrero de 2014

Guerrero Galván, Luis René y Pelayo Moller, Carlos María (Coord.). *100 años de la Constitución mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, núm. 757, Ciudad de México. 2016.

Grisez, Germain, et. al., *Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends*. The American Journal of Jurisprudence, Volume 32, Issue 1, 1987.

H

Heywood, Mark. *Contempt or compliance? The TAC case after the Constitutional Court judgment.* ESR Review Vol. 4 No. 1 (March, 2003

Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. W. W. Norton & Company. New York. 2000.

Honermann, Brian y Heywood, Mark. *A judgement that saved a million lives.* IOL News. 15 de julio de 2012

I

International Commission of Jurists. *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative experiences of justiciability*. Human rights and rule of law series: N°. 2. Ginebra. 2008.

J

Jurist. Legal News and Research. *Federal judges grant California extension to reduce prison overcrowding.* 11 de febrero de 2014.

K

King, Jeff. *Judging Social Rights*. Cambridge University Press. Cambridge, 2012.

King, Jeff. *The Pervasiveness of Polycentricity*. Public Law, 2008.

L

Landau, David. *The Reality of Social Rights Enforcement*. Harvard International Law Journal. Vol. 53. N° 1, December 2012.

Landau, David. *Aggressive Weak-Form Remedies*. (September 1, 2013). 5 Constitutional Court Review (South Africa) 244 (2014), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 649.

Langford, Malcolm. *Domestic adjudication and economic, social and cultural rights: a socio-legal review*. International journal on human rights. v. 6. Num. 11. December 2009.

Langford, Malcom et. al (editores). *La lucha por los derechos sociales los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*. ed.De Justicia. Bogotá. 2017

Langford, Malcom, et. al (Editor). *Social Rights Judgements and the Politics of Compliance*. Cambridge University Press. Cambridge. 2017.

Langford, Malcom (Editor). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge University Press. Cambridge.2008.

López Sterup, Henrik. *Protección judicial de los derechos sociales. El diálogo entre teoría y praxis.* ed. Tirant lo Blanch. Ciudad de México. 2018.

M

Maldonado Dias, Norton. *Crítica al pensamiento de Karel Vasak y Norberto Bobbio en la aparición de los derechos humanos en relación con los tratados y convenciones internacvionales*. Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 31: 59-80, julio - diciembre de 2017.

Massini Correas, Carlos I. *Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida. Ensayos sobre la contemporánea ética del derecho.* Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ciudad de México, 2020.

Moyn, Samuel. *Not Enough: Human Rights under an unequal world.* The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge. 2019.

N

Nápoli, Andrés. *Riachuelo: a cinco años del fallo de la Corte. Tiempo para consolidar lo hecho y proyectar las soluciones de fondo*. Publicado en la página de FARN.

National Department of Health of the Republic of South Africa *Annual Report 2013-2014*. RP:170/2014. South Africa. 2014.

Natoli, Salvatore. Natoli, Salvatore. *Dal potere caritatevole al Welfare State*, en *Nuove frontiere del diritto: Dialoghi su giustizia e verità*. Varios autores, ed. Dedalo, Bari, 2001.

Nauman, Steven. *Brown v. Plata: Renewing the Call to End Mandatory Minimum Sentencing*. Florida Law Review. Vol 65. Issue 3. 2013.

Neier, Aryeh. *Social and Economic Rights: A Critique.* Human Rights Brief 13, no. 2. 2006.

Newman, *William J.* et. al. *Brown v. Plata: Prison Overcrowding in California*. Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online. Vol. 40. Issue 4. 2012.

Nivard, Carole. *La Justiciabilidad de los derechos sociales en el Consejo de Europa.* Revista Jurídica de los Derechos Sociales “Lex Socialis”. Junio-diciembre 2016. Vol 6. Núm. 2/2016.

Nolan, Aoife et. al., *The Justiciability of Social and Economic Rights: An Updated Appraisal.* Challenges in International Human Rights Law, Ireland, 2007.

Ñ

Núñez Uribe, Andrea Liliana. *La exigibilidad de los derechos sociales: la prohibición de regresividad en el ámbito del derecho a la educación en la jurisprudencia constitucional colombiana,* Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ciudad de México. 2017.

O

OEA. CIDH. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993*. OEA/Ser.L/V/II.83. 12 marzo 1993.

ONU. Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *Economic, Social and Cultural Rights: Handbook for National Human Rights Institutions.* 2005

ONU. Comité DESCA. Observación general N° 3. *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto).* Quinto período de sesiones, 1990, U.N. Doc. E/1991/23 (1990).

ONU. Comité DESCA. Observación general Nº 4. *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto),* 6° período de sesiones (1991).

ONU. Comité DESCA. Observación general N° 9. *El deber de dar efecto al Pacto en el ordenamiento jurídico interno*. E/C.12/1998/24.

ONU. Comité DESCA. Observación general 12. *El derecho a una alimentación adecuada (art. 11).* E/C.12/1999/5.

ONU. Comité DESCA. Observación general N° 14. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.* 11/08/2000.E/C.12/2000/4.

ONU. Comité DESCA. Observación general Nº 15 (2002), *El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. E/C.12/2002/11.

ONU. Comité DESCA. Observación general núm. 23 (2016) *sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*), E/C.12/GC/23.

ONU. Comité DESCA. *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: la pobreza y el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, aprobada por el el 4 de mayo de 2001

ONU. Comité DESCA. *Observaciones finales sobre a los informes periódicos quinto y sexto combinados de México.* 17 de abril de 2018. E/C.12/MEX/CO/5-6.

ONU. Comité de Derechos Humanos. Observación general Nº 18, *No discriminación.* 37º período de sesiones (1989).

ONU. Comité de Derechos Humanos. Observación general Nº 21. *Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturaless).* E/C.12/GC/21. 21

ONU. Comité de Derechos Humanos. Comentario General Nº 25(57), *relativo al derecho de todo ciudadano a participar en la dirección de los asuntos públicos, el derecho a votar y a ser elegido, y el derecho a tener acceso a la función pública*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7 27 de agosto de 1996

ONU. Comité de Derechos Humanos. Comentario General Observación general N° 28 *La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3).* HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I). 29 de marzo 2000

ONU. Comité de Derechos Humanos. Observación general Nº 34. *Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión:* CCPR/C/GC/34. 12 de septiembre de 2011.

ONU. Comité de Derechos Humanos. Observación general Nº 35 *Artículo 9 (Libertad y seguridad personales).* CCPR/C/GC/35. 16 de diciembre de 2014.

ONU. Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 36 (2018) *sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.* CCPR/C/GC/36. 30 de octubre 2018.

ONU. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva.

ONU. Consejo de Derechos Humanos. *Proyecto final de los Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, presentado por la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona*", aprobado el 18 de julio de 2012

ONU. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Kishore Singh. 18 de abril de 2011

ONU. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz, relativo a su Misión a México. 2 de junio de 2010.

ONU. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, Catarina de Albuquerque. 1 de julio de 2009.

ONU. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, Catarina de Albuquerque. 5 de agosto de 2013

ONU. Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de las personas con discapacidad, Catalina Devandas-Aguilar. A/71/314. 9 de agosto de 2016

ONU. Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox. 30 de diciembre de 2013.

ONU. Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox. 1 de febrero de 2016.

ONU. Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Olivier De Schutter. *El derecho a la alimentación*. 7 de agosto de 2013. A/68/288.

ONU. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos*. Derechos civiles y políticos: El comité de derechos humanos*. Folleto informativo N.º 15 (Rev. 1

ONU. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. "*Importancia del diálogo para la prevención de conflictos y la construcción de paz*". Febrero de 2009.

ONU. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. "*Informe de Desarrollo Humano 1996"*. Ed. Oxford University Press. Oxford. 1996.

ONU. *The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. E/CN.4/1987/17, Annex

P

Parsons, Joseph N. *A constitutional and political highwire act: the role of Brown v. Plata in solving America's prison crisis.* University of Pittsburgh Law Review. Vol. 75. Fall 2013.

Pino Miklavec, Noemí. *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Nación Argentina, Causa: Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/estado nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación del río matanza-riachuelo), 1569/2006-M-40-ORI*. Revista Actualidad Jurídica Ambiental, N° 61. 3 de octubre de 2016.

Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, Ed. Trotta. Madrid. 2007.

Pisarello, Gerardo. *Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales.* Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Núm. 15, octubre 2001

Pérez Dayán, Alberto. *Comentario sobre el amparo en revisión 378/2014. Caso Pabellón 13.* En *Jurídica Ibero*. Revista semestral del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. Año 1, núm. 2 enero-junio 2017.

Pulido, Bernal. *Los derechos constitucionales en América Latina*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Julio-Diciembre 2017. Núm. 5. Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

R

Ramírez García, Hugo S. y Soberanes Díez, José María (Coord). *El artículo 1o. constitucional Una teoría de los derechos humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ciudad de México, 2021.

Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. ed. Fondo de Cultura Económica. Duodécima reimpresión. Ciudad de México. 2018.

Restrepo-Zea, Jairo Hmberto et. al. *Cobertura universal y acceso efectivo a los servicios de salud: ¿Qué ha pasado en Colombia después de diez años de la Sentencia T-760?* Revista de Salud Pública, [S.l.], v. 20, n. 6. 2018

Rodríguez Garavito, Cesar y Rodríguez Franco, Diana. *Juicio a la exclusión El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. ed. Siglo veintiuno. Buenos Aires. 2015

Rodríguez Rescia, Victor. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano: Mecanismos para su protección*, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, XXII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos (derechos económicos, sociales y culturales), Estudios de Casos, Documentos de Referencia. 2004.

Rosenfeld, Michel y Sajó, András (Editors). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, Oxford. 2012.

S

S. Khurshid, et. al. (editors), *Judicial Review: Process, Powers, and Problems (Essays in Honour of Upendra Baxi)*. Cambridge University Press. Cambridge. 2020

Shapiro, Scott. J. *Legality*. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge. 2013.

Schlanger, Margo. *Plata v. Brown and Realignment: Jails, Prisons, Courts, and Politics.* Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review (CR-CL), Vol. 48, No. 1, 2013.

Scott, Craig y Macklem, Patrick. *Constitutional ropes of sand or justiciable guarantees? Social rights in a new South African constitution.* University of Pennsylvania. Law Review. Vol. 141 Noviembre 1992 No. 1.

Sen, Amartya y Kligsberg, Bernardo. *Primero la gente: una mirada desde la ética del desarrollo a los principales problemas de mundo globalizado.* ed. Deusto. Barcelona. 2007.

Shue, Henry. *Basic Rights. Subsistence, Affluence & U.S. Foreign Policy*. Princeton University Press. Princeton. 40th Anniversary Edition. 2020

Soriano Cienfuegos, Carlos. *Discurso jurídico y pensamiento formal: lógica y lenguaje en el sistema continental*. ed. Liber Iuris Novum. Ciudad de México. 2014.

Spicher, Michael R., *The Distinct Basic Good of Aesthetic Experience and Its Political Import*, 2013, American Catholic Philosophical Quarterly, Vol. 87, No. 4

Steiner, Christian y Uribe, Patricia (Coord.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada.* México, Suprema Corte de Justicia de la Nación; Colombia, Fundación Konrad Adenauer. Ciudad de México. 2014.

Sullivan, Kyle T. *To Free or Not to Free: Rethinking Release Orders under the Prison Litigation Reform Act after Brown v. Plata*. Boston College Journal of Law & Social Justice. Vol 33. Article 6. 2013

Dirección General de Planeación de lo Jurídico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Comp). *Tribunales constitucionales y democracia.* ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, Ciudad de México. 2010.

T

Tapia Infante, Vicente, *El conocimiento práctico de la naturaleza humana en el pensamiento de John Finnis desde Fundamentals of Ethics hasta el Postcript de la segunda edición de Natural Law and Natural Rights*, Pontificia Universidad Católica de Valparaiso, Chile, 2016.

Tasioulas, John (Ed). *The Cambridge Companion to the Philosophy of Law*. Cambridge University Press. Cambridge, 2020.

Terry, Henrry T. *The Correspondence of Duties and Rights*. The Yale Law Journal, Jan., 1916, Vol. 25, No. 3 (Jan., 1916).

Tate C., Neal y Vallinder, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power.* New York University Press. New York. 1995

Tomás de Aquino, *Summa Theologica*.

Tomás de Aquino, *Summa contra gentiles*.

Torralba, F. *Aproximación a la esencia del sufrimiento*. Anales Sis San Navarra [online]. 2007, vol.30, suppl.3,

Trujllo Werner, Augusto, *De la ontología a la ética en John M. Finnis y tomás de Aquino*. Publicaciones y Divulgación Científica. Universidad de Málaga, Málaga , 2017.

Tushnet, Mark. *Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review.* Texas Law Review. 2004

Tushnet, Mark. *Weak Courts, Strong Rights*. Princenton University Press. New Jersey. 2009

V

Valiño, Vanesa (Coord). *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis.* ed. Observatori DESCA. Barcelona. 2009

Vázquez, Rodolfo. *Derechos humanos: una lectura liberal igualitaria.* Universidad Autónoma de México. Ciudad de México. 2015.

Vile, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers.* Liberty Fund. Indianapolis. 1998.

Y

Yusuf, Salma. *The Rise of Judicially Enforced Economic, Social, and Cultural Rights--Refocusing Perspectives.* Seattle Journal for Social Justice: Vol. 10: Iss. 2, Article 3.

Z

Zagrebeslky, Gustavo. *El derecho dúctil*. *Ley, derechos, justicia* ed.Trotta. Madrid, 2018.

JURISPRUDENCIA

Argentina.

Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina. Causa *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo*). 20 de junio de 2006.

Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina. Causa *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo).* 8 de julio de 2008.

Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina. Causa *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)*. 20 de marzo de 2007.

Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina. Causa *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo).* 19 de diciembre de 2012

Colombia.

Corte Constitucional Colombiana. Sala Tercera de Revisión. Caso T-025/04. 22 de enero de 2004.

Corte Constitucional Colombiana. Sala Segunda de Revisión. Caso T-60/08. 31 de julio de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Corte IDH. Caso *Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.

Corte IDH. Caso *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63

Corte IDH. Caso *Pollo Rivera y otros Vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319.

Corte IDH. Caso *Radilla Pachecho vs Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209

Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Hondura*s. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Estados Unidos de América.

Supreme Court of the United States. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

Supreme Court of the United States. *Brown, Governor of California, et. al. v Plata et. al.* 563 U. S. ____ (2011).

Supreme Court of the United States. *McCulloch v. Maryland*. 17 U.S. 316 (1819)

Supreme Court of the United States. *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S.205, 92 S. Ct. 1526, 32 L.Ed.2d 15 (1972).

United States District Court Composed of Three Judges. *Ralph Coleman, et. al. v. Edmund G. Brown JR., et.al." y "Marciano Plata, et. al., v. Edmund G. Brown JR., et.al.* Order granting in part and denying in part Defendants' request for extension of December 31, 2013.

India.

Supreme Court of India. *People's Union for Civil Liberties vs Union of India and ors. -Writ petition* (civil) N° 196 de 200-.

Supreme Court of India. Km*. Chitra Ghosh and Another v. Union of India and Others,* (1969) 2 SCC 228.

México.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tribunal Pleno. Amparo en revisión 315/2010. 28 de marzo de 2011.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Segunda Sala. Amparo en revisión 378/2014.15 de octubre de 2014.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tribunal Pleno. Controversia constitucional 117/2014, 7 de mayo de 2015.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Segunda Sala. Amparo directo en revisión 2425/2015. 12 de agosto de 2015

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Segunda Sala. Amparo en revisión 1/2017. 19 de abril de 2017.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Amparo en revisión 1359/2015. 15 de noviembre de 2017.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Segunda Sala. Queja 27/2018. 20 de junio de 2018.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Segunda Sala. Amparo en revisión 241/2018. 27 de junio de 2018

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Segunda Sala. Amparo directo 9/2018. 5 de Dic 2018.

Sudáfrica.

Constitutional Court of South Africa. Case CCT 11/00. *The Government of the Republic of South Africa et. al. v. Irene Grootboom et. al.* 4 Oct 2000

Constitutional Court of South Africa. Case CCT CCT 8/02. The Minister of Health et. al. v. Treatment Action Campaign et. al.. 5 Jul 2002.

Constitutional Court of South Africa. *Fose v Minister of Safety and Security* (CCT14/96) [1997] ZACC 6; 1997 (7) BCLR 851; 1997 (3) SA 786 (5 June 1997).

Constitutional Court of South Africa. *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (No 2)* (CCT8/02) [2002] ZACC 15; 2002 (5) SA 721; 2002 (10) BCLR 1033 (5 July 2002)