Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

Historicidad y progresividad en los derechos sociales: condiciones de justiciabilidad

Ramsés Samael Montoya Camarena*

Sumario: I. *Introducción.* II. *Historicidad y progresividad.* III. *Un proyecto sobre los derechos sociales.* IV. *Conclusiones.* V. *Referencias.*

I. Introducción

En la actualidad es cada vez más marcada la tendencia por intentar hacer justiciables los derechos sociales ante tribunales de competencia constitucional. Desde las latitudes europeas hasta las sudafricanas se ha discutido cuál debe ser el nivel de justiciabilidad de este tipo de derechos.[1]

El problema no es nuevo, dado que los derechos sociales son de naturaleza expansiva. En efecto, el surgimiento de estos derechos nace del modelo del Estado social, en el que, por un lado, se tiene como meta dar respuesta a las ne-

* Secretario del Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Vigésimo Segundo Circuito.

[1] El clásico ejemplo sudafricano en materia de derechos sociales puede observarse en la sentencia *República de Sudáfrica v. Grootboom* (caso CCT 11/00) de la Corte Constitucional de Sudáfrica, en la que se impone al Estado deberes positivos para remediar la falta de acceso a la vivienda, al agua, a la seguridad social de manera equitativa a aquellos que por sus condiciones de marginación están en franca desventaja con los demás. Esta sentencia ha sido materia de debate en varios foros internacionales probablemente por su posición democrática republicana y la remoción de obstáculos sociales y económicos directamente atribuidos a las décadas de imperio del *apartheid;* así como por el pronunciamiento del tribunal sudafricano en la justiciabilidad de derechos sociales asociados con políticas públicas de la administración. Otro ejemplo digno de atención es el *Caso de la Campaña Acción para el Tratamiento*, en el que la propia Corte Constitucional sudafricana analizó una demanda en contra de la política pública impulsada para la distribución de un medicamento antirretroviral utilizado para evitar la transmisión del VIH de madres a hijos al momento del parto. En la sentencia la Corte determinó que el Ministerio de Salud no estaba haciendo todo lo razonablemente posible para impulsar la accesibilidad a dicho medicamento., al grado de que se ordenó el impulso de un programa social en el que se reconociera progresivamente el derecho a las mujeres embarazadas y sus hijos recién nacidos para acceder a servicios médicos que eviten la transmisión materno-infantil del VIH.

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

cesidades contemporáneas que son producto de la forma en que se organiza la sociedad a la luz de un sistema económico de corte capitalista (como sería tener un trabajo remunerado, contar con redes de asistencia social en materia de salud, seguridad o cuidados infantiles, por ejemplo); y por el otro lado, y como consecuencia del anterior, se procura nivelar las condiciones socioestructurales para aquellos sectores que se han visto desfavorecidos por las fuerzas del mercado y, por ende, deben tener garantizado un mínimo bienestar.[2]

Quizás de lo complejo y circunstancial de los fines que persigue el Estado social es de donde provenga la mayor dificultad para definir las condiciones y alcances que deben tener estos derechos en su acceso a la justicia, en tanto que dependen de una serie de variables económicas, sociales, culturales y estructurales.

En más de una ocasión, al abordar ese tipo de debates se recurre a la afirmación de Bobbio en el sentido de que basta con que se reconozcan algunos derechos, siempre que sean efectivos, en lugar de tener un amplio catálogo de ellos que no se garanticen.

La aseveración del filósofo turinés es del tenor siguiente:

> Hace tres años, en 1964, dentro del encuentro promovido por el 'Institut International de Philosophie' sobre el 'fundamento de los derechos humanos', tuve ocasión de decir en un tono algo perentorio, al final de mi ponencia, que el problema grave de nuestro tiempo respecto a los derechos humanos no era el de fundamentarlos, sino el de protegerlos. Desde entonces no he tenido razón alguna para cambiar de idea. Si acaso, esa frase que, dirigida a un público de filósofos, podía tener una intención polémica, cuando he tenido que repetirla en el encuentro, predominantemente jurídico, promovido por el 'Comitato consultivo italiano per i diritti dell´uomo', ha podido servir como introducción, por así decirlo, casi obligada.
>
> El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, abso-

[2] *Vid.* Contreras, Francisco, *Defensa del Estado social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996.

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

> lutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados.[3]

Con esa afirmación poco a poco nuestra curiosidad se ha visto aguijoneada, al grado de que este ensayo sirva para acercarnos modestamente a la posibilidad de refutar esa hipótesis; o dicho en términos popperianos, a verificar la falibilidad de la idea inicialmente propuesta por Bobbio.

Para lograr el cometido repasaremos dos características que marcan la evolución de los derechos: historicidad y progresividad. Después se indicará brevemente cómo esos dos elementos influyen en el modo en que deben garantizarse los derechos sociales, según la interpretación constitucional. Finalmente, sobre esas premisas, se intentará justificar por qué lo relevante no es desconocer cuántos derechos pueden ser exigibles, como lo hace suponer Bobbio al decir que lo más importante no es saber cuántos y cuáles derechos existen, sino que éstos sean efectivos; pues a diferencia de ello, se sostiene que es necesario conocer la historiografía de los derechos que reconoce el orden constitucional, para identificar qué se necesita para hacerlos reales en el acceso a la justicia.

II. Historicidad y progresividad

1. El fundamento de los derechos: breve crítica

Un repaso sobre la teoría de los derechos fundamentales requiere detenernos en averiguar qué es eso que hace que algunos derechos sean fundamentales.

Tras la lente de Ferrajoli ese aspecto puede explicarse de acuerdo con cuatro enfoques, a saber: desde la dogmática jurídica; desde la teoría de la justicia; desde la teoría del derecho y por su relevancia histórica; asimismo, el autor italiano indica que al tratar de definir cuáles derechos deber ser fundamentales, se apela a un planteamiento de tipo axiológico o naturalista, ya que, según afirma, son valores de carácter ético-político con los cuales se pretende justificarlos. Esos criterios valorativos que propone Ferrajoli son la igualdad, la democracia, la paz y las leyes del más débil, en tanto que los derechos pertenecen a la

[3] Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 63 y 64.

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

categoría de fundamentales, en la medida en que protegen los intereses más importantes de las personas, sin importar lo que la mayoría intente delimitar sobre ellos.[4]

Más allá de si está de acuerdo o no en los criterios axiológicos planteados por el teórico del garantismo,[5] la hipótesis en que se apela a una especie de naturalismo jurídico es la que impide conceder total satisfacción al sostén fundamental que se predica sobre los derechos.

No se acepta la tesis anterior, porque la ideología naturalista es más espinosa que objetiva. La peligrosidad de esa ideología radica en que, como lo ha destacado Garzón, el tomar como fundamentación normativa la naturaleza de las cosas incurre en un error conceptual que se comete a través de un salto deductivo del ser al deber ser.[6] Esto quiere decir que detrás del planteamiento de carácter axiológico que presenta Ferrajoli se encuentra la afirmación que de ciertos derechos se puede desprender su valor, dado que así está determinado por su naturaleza; cuando lo que sucede en realidad es que hay una posición humana que se los ha concedido, pero no por su naturaleza intrínseca, sino porque así puede constatarse empíricamente del lugar que se les ha conferido en la convivencia social.

Un ejemplo de cómo es que la visión naturalista carece de todo sentido para tratar de fundamentar los derechos de las personas puede apreciarse al tomar en cuenta que después de los acontecimientos sucedidos en la Alemania nazi, las posiciones positivistas fueron bastante desacreditadas al acusárseles de propiciar el "formalismo legal", el "normativismo" y el "fetichismo legal"; mientras que aun cuando el concepto del derecho natural también fue atacado,

---

[4] Ferrajoli, Luigi, *El fundamento de los derechos fundamentales,* Madrid, Trotta, 2001, pp. 199-363.

[5] Vitale explica muy bien que la filosofía política del filósofo italiano da un valor prioritario a la igualdad, porque en la escala es el que absorbe a los otros tres. Un ejemplo dice que está sumergido en el principio de la ley del más débil, porque este criterio busca disminuir las enormes desigualdades que pasan de un individuo a otro por el factor meramente accidental del nacimiento. Por su parte, el criterio de paz tiene la idea de una menor desigualdad global, pues exige la redistribución equilibrada de los recursos. Por último, el criterio de la democracia implícitamente promueve una igualdad política, que conlleva un conjunto de instituciones necesarias en materia de derechos de libertad y derechos sociales, sin los cuales la democracia se transformaría en la omnipotencia de la mayoría. *Vid.* Vitale, Ermanno, "Reflexiones sobre el paradigma de los derechos fundamentales", *Isonomía*, Alicante, No. 16, abril 2002, pp. 39-52.

[6] González de la Vega, René, *La filosofía del derecho de Ernesto Garzón Valdés. Una biografía intelectual sobre la primera parte de su obra,* México, Fontamara, 2014, pp. 19-59.

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

lo cierto es que la hostilidad fue menor y ello redundó en dar un respiro teórico a dicha corriente, dado que la vigencia del nacionalsocialismo se atribuyó con mayor vehemencia al positivismo. Basta mirar las declaraciones de Radbruch para darse cuenta de esa situación:

> El positivismo ha desarmado de hecho a los juristas alemanes frente a leyes de contenido arbitrario y delictivo […] tenemos que armarnos contra el retorno de la arbitrariedad por medio de la superación fundamental del positivismo, que enervó toda capacidad de defensa contra el abuso de la legislación nacionalsocialista.[7]

Sin embargo, la bocanada de aire concedida al naturalismo no tomó con seriedad los peligros de esa corriente, puesto que ella también fue culpable de la fundamentación del nacionalsocialismo alemán, como lo indica Garzón, cuando analiza que Hans Helmut Dietze en un libro publicado en 1936 pretendió basarse en un derecho natural que respondiera a la ideología nacionalsocialista, pues en ese texto sostuvo que Hitler al hablar de leyes primitivas se refería a que el derecho no debía crearse artificialmente sino que tenía que concordar con la naturaleza de la vida y del ser; con ello el autor alemán anunciaba el surgimiento de una nueva era comandada por el derecho natural, en que los hombres habrían de afianzar sus conductas a un orden natural prejurídico, como por ejemplo, el que el derecho sólo podían definirlo los hombres arios o que el Estado nacionalsocialista no debía tolerar la pluralidad porque era un signo de desorganización.[8]

La muestra descrita pone de manifiesto que el naturalismo también es susceptible de estar al servicio de las dictaduras y, por ende, no es razonable atribuirle a ciegas el carácter humanitario que defiende Ferrajoli. Por esas razones es mejor permanecer escéptico a la fundamentación que plantea la tesis ferrajoliana sobre los derechos; más cuando en el escenario contemporáneo el

[7] Radbruch, Gustav, "Arbitrariedad legal y derecho supralegal", en *Relativismo y derecho,* Colombia, Temis, 1999, pp. 25-27.

[8] Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho y "naturaleza de las cosas". Análisis de una nueva versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo,* Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, 1970, pp. 142-154.

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

proceso de rehabilitación de la razón práctica iniciado por las obras de Rawls y Habermas ha dado opción para adoptar una postura de moderado objetivismo ético o, en palabras de Atienza, de un objetivismo ético mínimo.[9]

2. Historicidad: una breve referencia sobre las libertades

Para Bobbio el problema más importante de los derechos no es el de su fundamento, sino el de las garantías; ello debido a que, desde su óptica, el primer problema lo considera resuelto al advertir que la fundamentación tiene su solución en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, ya que ese instrumento representa la manifestación de la única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado humanamente fundado, así que, en palabras del autor, el reconocimiento otorgado a la Declaración es prueba del consenso general acerca de su validez.[10]

Sobre esa cuestión, el entonces profesor de la Universidad de Camerino opina que los valores pueden fundarse acorde con un determinado período histórico, pues es la única manera de probar factualmente su fundamento. En ese sentido, indica Bobbio, los derechos tienen una edad, son producto de su tiempo y de las necesidades concretas que se desarrollan en las sociedades por los individuos dentro de coordenadas espaciales y temporales determinadas.[11]

Es así como llegamos al aspecto de la historicidad de los derechos. Punto central del análisis emprendido. Pensar históricamente sobre las libertades significa ponerlas en la historia para sustraerlas lo más posible de las intromisiones arbitrarias del poder. Por lo regular esas libertades han sido aquellas denominadas como "negativas", nombre que se les adjudica debido a los obstáculos que se le imponen al poder público, para que el sujeto despliegue su capacidad autonómica.

La versión historicista de las libertades está asociada a la Edad Media y a la Edad Moderna con motivo de la relación de intercambio suscitada entre seguridad y reclamo. Como apunta Fioravanti, en la Europa del siglo XIII los señores territoriales ponían por escrito en los contratos de dominación cuáles

[9] *Vid.* Atienza, Manuel, "Dos versiones del constitucionalismo", *Isonomía*, Alicante, No. 34, 2011, pp. 74-88.
[10] Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos, op. cit.*, p. 64.
[11] *Ibidem*, pp. 64-70.

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

eran las normas destinadas a regular y, también, bajo el perfil de los derechos y las libertades, se indicaba cómo deberían ser las relaciones con los estamentos; es decir, se regulaba la relación entre las fuerzas corporativamente organizadas del ámbito feudal, pero también el tipo de relación que debía tenerse con los agentes de la nueva realidad urbana que comenzaba a surgir, en aras de respetar sus bienes.[12]

Si del ejemplo histórico puede advertirse que el denominado contrato de dominación ya fijaba algunas reglas para que las personas defendieran su patrimonio de cualquier evento tiránico; de ello se sigue que pueda entenderse cómo el desarrollo histórico de ciertas libertades, más que defender la autonomía individual, comenzó por entender esa no intromisión del poder público como una forma de garantizar la seguridad patrimonial de las personas.

Más adelante en el tiempo fue que la libertad entendida como respeto a la autonomía tuvo su florecimiento en el derecho moderno a partir de las declaraciones revolucionarias de los derechos, en las que se buscaba evitar cualquier tipo de afectación injustificada en el ejercicio de la libertad personal.

Por ello, se dice que la defensa de los derechos patrimoniales en la Edad Media se asemejó a una libertad de índole corporativa, mientras que en la modernidad la libertad fue vista más bien como un bien de seguridad.

El último ejemplo tiene su reflejo normativo en el artículo 39 de la *Magna Charta* en que se disponía que ningún hombre libre podría ser detenido o encarcelado, o privado de sus derechos o de sus bienes, excepto por sentencia judicial, dictada acorde a la ley.[13]

Pauta jurídica de la que se desprendió una larga historia constitucional del sistema procesal en el que se velaba por garantizar a las personas que su afectación en la libertad sólo sería justificada cuando derivara de un juicio justo. Dicha regla sobre la libertad fue la que paulatinamente se extendió hasta constituir uno de los precedentes más importantes del *due process of law* que conocemos hoy en día.

---

[12] Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones,* Madrid, Trotta, 2009, p. 28.

[13] Existe un dato poco difundido acerca de la *Magna Charta* que recupera Taruffo en uno de sus textos, al indicar que la vigencia de dicho ordenamiento solo fue por nueve semanas aproximadamente, puesto que el rey Juan obtuvo del papa Inocencio III una bula que anulaba dicha constitución. Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos,* Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 14.

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

Con ese par de ejemplos, no sorprende, entonces, que de acuerdo con la mirada historiográfica las contingencias del tiempo prevalezcan como una característica inmanente a la evolución y desarrollo de las formas jurídicas en que pueden exigirse determinados derechos,[14] en tanto que estos van avanzando a lo largo de la historia y, por ende, su justificación, condiciones y alcances van teniendo nuevos caminos y puertas por descubrir. Ese avance que no se detiene emerge del principio de progresividad del que gozan los derechos.

3. Principio de progresividad de los derechos humanos

A diferencia del siglo XX, la contemporaneidad se encuentra marcada por distintos y complejos esquemas de organización social. La dependencia de unos con otros en la satisfacción de necesidades básicas y los factores de vulnerabilidad que causa el acelerado desarrollo económico y tecnológico propician que ocurra un sinfín de fenómenos que requieren una participación activa del Estado para la protección de las personas.

Pensemos en la crisis del modelo tradicional de familia, cuyo análisis exige replantear dicho concepto y su dinámica; habida cuenta de que, desde esa crisis, se necesita, primero, desestructurar los estereotipos acerca de qué es una familia; en segundo término, tendría que diseñarse una red de apoyo externo que permita a los integrantes del núcleo familiar establecer modos de convivencia alternativos, en función de las responsabilidades laborales de los proveedores, que son quienes facilitan su subsistencia; y en tercer lugar, también sería necesario generar procesos de nivelación económica y social para aquellas familias que por distintos factores ven reducida la posibilidad de incrementar su calidad de vida.

La nueva socialización de las necesidades y cómo satisfacerlas abarcan muchos temas más que el de la familia, pero lo importante de esto es que el Estado desempeña un papel primordial para facilitar la satisfacción de dichos derechos, porque parte de sus funciones es fungir como un promotor de su protección. Ferrajoli lo resume así:

[14] Fioravanti lo aclara con una frase irrefutable: Incluso el pueblo que se rebela no es sino *una fuerza de la historia* que reconduce a los gobernantes a la órbita necesaria del gobierno moderado y equilibrado. *Ibidem,* p. 34.

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

> Junto a los tradicionales derechos de libertad, las Constituciones de este siglo han reconocido, sin embargo, otros derechos vitales o fundamentales: los ya recordados derechos a la subsistencia, a la alimentación, al trabajo, a la salud, a la educación, a la vivienda, a la información y similares. A diferencia de los derechos de libertad, que son derechos de (o facultades de comportamientos propios) a los que corresponden prohibiciones (o deberes públicos de no hacer), estos derechos, que podemos llamar 'sociales' o también 'materiales', son derechos a (o expectativas de comportamiento ajenos) a los que deberían corresponder obligaciones (o deberes públicos de hacer). La noción liberal de 'estado de derecho' debe ser, en consecuencia, ampliada para incluir también la figura del estado vinculado por obligaciones además de por prohibiciones. Diremos, por consiguiente, que cuando un ordenamiento constitucional incorpora sólo prohibiciones, que requieren prestaciones negativas en garantía de los derechos de libertad, se le caracteriza como estado de derecho liberal; cuando por el contrario incorpore también obligaciones, que requieren prestaciones positivas en garantía de derechos sociales, se le caracterizará como estado de derecho social […] (Con lo cual) Cambia, sin embargo, profundamente la estructura normativa del poder estatal, no (ya solo) limitando negativamente por prohibiciones de impedir y 'derechos de', sino (también) funcionando positivamente por obligaciones de satisfacer los 'derechos a'. Y cambia igualmente la base de legitimación del estado: mientras el estado liberal de derecho debe solo no empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, el estado de derecho social debe también mejorarlas.[15]

Con ello Ferrajoli anticipa que la función de los derechos sociales es satisfacer a futuro y de forma expansiva un conjunto de necesidades básicas que son producto de una serie de reivindicaciones que buscan la paz social a través

[15] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* Madrid, Trotta, 2011, pp. 861 y 862.

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

de una nivelación continua de distintos sectores de la sociedad, para que se encuentren en un plano de igualdad en el ejercicio de otros derechos.

Vista esa anotación, podemos indicar que la progresividad de los derechos obedece a un conjunto de evoluciones sociales que exigen una asistencia estatal en aras de satisfacer un conjunto de necesidades propias del desarrollo económico actual.

Por su parte, sobre el principio de progresividad, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante PIDESC, en su artículo 2.1 establece lo siguiente:

> Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios aprobados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

A partir de esa disposición se entiende que la noción de progresividad abarca dos rubros; por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto supone una cierta gradualidad, circunstancia que implica tener presente que la realización de los derechos sociales no podrá lograrse a corto plazo. El hecho de que sea gradual la efectividad de esos derechos atiende a que su exigencia no debe desconocer las realidades y complejidades que se presentan en cada país.

El otro rubro es precisamente el del progreso que patentiza que es obligación del Estado siempre mejorar las condiciones para el disfrute de esos derechos.

De ambas obligaciones se extrae el principio de no regresividad, que consiste en la prohibición de adoptar políticas o medidas que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales.[16] De ese modo, el

[16] Los poderes políticos tienen en principio vedado elegir supuestos de reglamentación irrazonable o bien elegir algún supuesto que importe un retroceso en la situación de goce de los derechos sociales vigentes. En el voto separado del Juez Piza Escalante dentro de la *Opinión Consultiva OC-4/84* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se consideró que la noción de progresividad y no regresividad también se extendía respecto de los derechos civiles y políticos, tratándose

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

Estado se ve obligado a mejorar la situación de estos derechos y al mismo tiempo está compelido a no reducir los niveles de protección vigentes. Así que, de acuerdo a la Observación General número 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en caso de adoptarse una medida regresiva ésta requerirá las más cuidadosa consideración y justificación, en el contexto del aprovechamiento del máximo de los recursos de que se dispongan, ya que acorde con los Principios de Limburgo y las Directrices de Maastricht, la escases de recursos no libera a los Estados de sus obligaciones mínimas; así que en caso de no poder cumplirlas, estos deberán acreditar que han realizado todo el esfuerzo a su alcance para utilizar la totalidad de recursos que están a su disposición, en aras de dar prioridad a esas obligaciones.[17]

El control de las posibilidades de satisfacción en los niveles mínimos exige que el Estado haga todo lo que esté en sus manos para cumplir con ello; así lo sostiene el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

> Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.[18]

Cabe mencionar que la progresividad no es sinónimo de exigibilidad directa e inmediata de alguno de los derechos, sino que, como se explicó, el mejoramiento de la protección depende de la realidad en que pretendan cumplirse, la cual debe tener un claro rumbo con metas fijas para marchar hacia su consecución.

---

del particular caso de la nacionalidad; así se obtiene de las aseveraciones del Juez: "[…] En tal sentido, me remito a lo dicho sobre el carácter progresivo y la fuerza expansiva de los derechos humanos, en virtud de los cuales resultaría que el derecho a la nacionalidad consagrado por el artículo 20.1 de la Convención incorpora los contenidos históricos contingentes que el Estado libremente le dio […]". *Véase* CoIDH, *Opinión Consultiva OC-4/84*, párr. 31.

[17] Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 1986, párr. 25-28 y Directrices de Maastricht sobre las Violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 1997, párr. 10.

[18] *Observación general 3* del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Quinto Período de Sesiones, 1990, párr. 10.

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

Una obligación adicional que deriva del principio de progresividad es la de crear indicadores para a partir de ellos contrastar cuál ha sido el avance progresivo en el ejercicio de los derechos sociales. Desde hace tiempo Craven propuso la necesidad de realizar un diagnóstico de la situación que guarda cada uno de los derechos protegidos por el PIDESC, para poder elaborar una estrategia nacional para el desarrollo, la promoción y la protección de los derechos.[19]

El conjunto de argumentos sobre los que se sostiene el principio de progresividad señalan la importancia que tiene el reconocimiento de ciertos derechos o nuevas modalidades en el ejercicio de esos derechos, porque una vez tomada una decisión hacia ese sentido; es decir, en la forma y condiciones en que el Estado debe garantizarlos, ya no puede irse hacia atrás, pues de hacerlo se incumpliría con una obligación internacional.

Una vez que se han dado pasos hacia adelante es prácticamente imposible regresar, salvo las excepciones que el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé en cuanto a que "todas las medidas de carácter deliberadamente restrictivo en este aspecto deberá justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de recursos que se disponga",[20] pero, de no tratarse de ese supuesto, el Estado se encuentra obligado a proteger de forma continuada y acorde con el máximo de recursos de que disponga para la realización de los derechos establecidos en el PIDESC, según su artículo 2.1.

4. El conocimiento de un caso paradigmático como precondición del ejercicio de los derechos sociales

El pasado 15 de octubre de 2014, dentro del amparo en revisión 378/2014, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió un asunto relacionado con la autorización emitida por el Comité Técnico del Fideicomiso del Sistema de Protección Social en Salud, para otorgar un monto económico para la construcción y equipamiento del servicio clínico del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias "Ismael Cosío Villegas", con el objetivo de mejorar la atención especializada para los enfermos de VIH/SIDA; en pocas

[19] Craven, Matthew, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on this development,* Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 117.
[20] *Observación general 3, op. cit.,* párr. 9.

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

palabras, se había destinado un presupuesto público para la construcción de un pabellón en el que fueran atendidas las personas que padecieran dicha enfermedad.

El problema fue que después de la aprobación de ese proyecto, éste no se ejecutó; por ello un conjunto de personas promovieron un amparo indirecto ante la omisión de las autoridades por desarrollar el proyecto denominado "pabellón 13"; situación que, en su concepto, les impedía acceder al goce del más alto nivel de salud previsto en el artículo 12 del PIDESC, en tanto que ellos carecían de los recursos económicos necesarios para contratar algún servicio médico privado.

En síntesis, la Segunda Sala de la Corte, luego de explicar cómo se interpreta el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y después de puntualizar en qué consiste la obligación del Estado de disponer el máximo de recursos para hacer efectivo tal derecho de acuerdo con el principio de progresividad, estableció que las autoridades habían incumplido de forma injustificada con garantizar el derecho a la salud.

Lo anterior indicó, en razón de que no obstante que a los justiciables se les proporcionaba la atención médica respectiva, ésta se daba en condiciones inadecuadas que no cumplían con los estándares de calidad internacional, básicamente porque los pacientes de VIH/SIDA estaban expuestos a un doble riesgo para su salud, al ser atendidos en áreas en donde podrían contagiarse de alguna otra enfermedad oportunista que se da con regularidad en ese tipo de pacientes y que ponen en riesgo su vida.

En tal virtud, se determinó que el Estado tenía la obligación de brindar un tratamiento apropiado a ese tipo de enfermedades, para que en la medida de lo posible las personas con VIH/SIDA no fueran expuestas indebidamente a los riesgos de coinfección de enfermedades que alargarían su tratamiento médico y que los sometiera a mayores sufrimientos, o incluso, que conllevaran algún riesgo para su vida.[21]

[21] En parte de sus razonamientos, la Suprema Corte de Justicia toma en cuenta lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil* en el sentido de que los Estados son responsables de regular y fiscalizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud de calidad, de tal manera que se disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud.

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

Finalmente, la Segunda Sala puntualizó que el Estado se encontraba obligado a adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho en comento; por lo cual, con independencia de que se hubiese afirmado por las responsables que no contaban con los recursos económicos necesarios para ejecutar el proyecto del pabellón, lo importante era que se tenía la obligación de acreditar que se habían realizado todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos que se tuvieren a disposición a fin de lograr tal objetivo.

La sentencia de la Corte es un hito en materia de protección de la salud para personas que padecen VIH/SIDA. Se ha sentado un precedente en el que se exige del Estado que demuestre que se han realizado todos los esfuerzos necesarios para utilizar los recursos disponibles y así satisfacer con el carácter de prioritario la necesidad de dichas personas de obtener un cuidado y tratamiento especializado en su enfermedad.

Con este emblemático caso podemos aseverar que, contrario a la explicación de Bobbio en lo que respecta a que no es necesario saber cuántos y cuáles derechos se tienen, sino que basta con saber si pueden garantizarse, en nuestro concepto, la contemporaneidad de los derechos ha dado un giro en el que la identificación de éstos es justamente la plataforma con base en la cual pueden exigirse y hacerse justiciables.

En un primer momento tenemos que recordar que, como lo sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales hace necesario que sean entendidos integralmente en el concepto de derechos humanos, sin jerarquías entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.[22]

De modo que la interdependencia que rige en materia de derechos humanos hace posible que algunos de ellos sean exigibles para facilitar el ejercicio de otros; de ahí la necesidad de identificar cuáles derechos dan la posibilidad de que otros derechos sean satisfechos; entonces, lejos de pensar si sólo algunos derechos pueden garantizarse, lo que se busca en la actualidad es que haya una garantía gradual e integral de todos ellos, sean civiles, políticos o sociales.

Asimismo, de tenerse en cuenta que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el documento de Evaluación de la Obligación de

[22] *Vid*. CoIDH, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013, párr. 131.

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

Adoptar Medidas hasta el Máximo de los Recursos de que Disponga de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto, emitido el 21 de septiembre de 2007, estableció que el hecho de que los recursos sean limitados no constituye en sí mismo una justificación para no adoptar las medidas para lograr su satisfacción; se podría compartir la idea de que es precondición del ejercicio de los derechos sociales conocer cuál ha sido su desarrollo interpretativo en la jurisdicción constitucional.

En efecto, de ignorarse cómo ha sido el desarrollo de estos derechos se propiciaría que no pudiera contarse con una plataforma cierta que sirviera de base para exigir su justiciabilidad, en tanto que el desconocimiento de su historicidad impediría proponer el avance progresivo que requieren.

Un supuesto podría ser que, si se desconociera lo decidido en el caso del "pabellón 13", difícilmente podrían surgir planteamientos relacionados con el tema de protección de la salud, no obstante que algunos mexicanos consideraran que resienten alguna afectación en ese derecho.

En tal situación, saber cuáles y cuántos derechos existen en el ordenamiento, es lo que permite implicar a las autoridades jurisdiccionales para solicitar su satisfacción, habida cuenta que de acuerdo con el caso en cita se sabría que el derecho a la salud exige en todos los casos el disfrute del más alto nivel posible. Sin ese antecedente interpretativo es claro que sería prácticamente imposible para los ciudadanos exigir su justiciabilidad, puesto que se carecería de una plataforma jurisprudencial que sirviera de guía para protegerlo, al no tener certeza de cuáles son las condiciones y alcances del disfrute del más alto nivel posible en materia de salud.

Situación por la cual es indispensable conocer cuáles y cuántos derechos surgen del ordenamiento constitucional, así como las condiciones y alcances que les ha fijado la interpretación, para de ello poder exigir su satisfacción vía jurisdiccional.

Dicho eso, en otro tópico podemos señalar que aparentemente el principio de progresividad es alentador; sin embargo, la realidad a la que se enfrenta es verdaderamente compleja, más si se tiene en cuenta que la visión neoliberal del modelo económico que rige nuestras vidas no hace más que aumentar los niveles de pobreza mundial.

Entonces, ¿qué se necesita para que los derechos sociales que jurisprudencialmente se han desarrollado, sean efectivos? ¿De qué depende para que lo sean?

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

III. Un proyecto sobre los derechos sociales

1. Distinciones conceptuales sobre los derechos sociales

Antes del punto central del debate conviene tener presente que la noción de que los derechos sociales son de carácter prestacional ha quedado rebasada conforme a la siguiente reformulación teórica.

Abramovich y Courtis explican que la distinción entre derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales es relativa, dado que existen niveles de obligaciones estatales que son comunes para ambas categorías de derechos.[23]

Sobre los derechos civiles y políticos se afirma que tienen una naturaleza de carácter negativo, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales implican un deber positivo a cargo del Estado, que deberá solventarse a través del erario público.

Un no hacer del Estado se agotaría con no detener arbitrariamente a las personas, no aplicar alguna pena sin juicio previo, no restringir la libertad de expresión, no violar la correspondencia privada o no interferir con la propiedad privada, entre otros. Por su parte, el hacer atribuido a los derechos sociales se caracterizaría por obligar al Estado a brindar prestaciones como proveer servicios de salud, asegurar la educación, sostener el patrimonio cultural, etcétera.

Pero en realidad esa clasificación es producto, afirman los autores, de una visión sesgada y naturalista del funcionamiento del aparato estatal que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de justicia, seguridad y defensa; es lo que Nino calificó como una posición estadual del liberalismo conservador, que es más conservadora que liberal.[24]

Sin embargo, para pensadores de la economía política clásica, recuerdan los doctrinarios, las relaciones de obligaciones negativas y positivas resultaban más que obvias al tratarse de garantías de libertad, como la del comercio, en que se asignaba al Estado la función de mantener a las instituciones judiciales

[23] *Vid.* Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales,* Argentina, Del Puerto, 1997, pp. 1-51.

[24] Nino, Carlos Santiago, "Los derechos sociales", en *Derecho y sociedad,* Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 17.

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

para la defensa de dicha libertad. En esa línea argumentativa destacan que lo mismo sucede con los derechos referentes al debido proceso, al acceso a la justicia, a la asociación, a la elección de representantes populares, puesto que todos suponen la creación de las condiciones institucionales por parte del Estado (existencia de tribunales, registro público de entes colectivos, organización del sistema electoral, etcétera) que implican un deber positivo.

Asimismo, distinguen que la estructura de los derechos sociales también es concomitante con obligaciones de no hacer, por ejemplo, el derecho a la salud conlleva la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación del patrimonio cultural implica no destruir ese patrimonio, etcétera.

Con base en esas distinciones, Abramovich y Courtis concluyen que la estructura de los derechos civiles y políticos puede caracterizarse por un complejo de obligaciones negativas y positivas por parte del Estado; por lo que la clásica diferencia atribuida a estos frente a los derechos económicos, sociales y culturales es de grado relativamente, en tanto que la obligación positiva atribuida a los últimos es más como un rasgo simbólico de su identidad.

Por ello proponen que sea a través de un esfuerzo heurístico acorde a una clasificación menos ortodoxa que se conceptualice a los derechos económicos, sociales y culturales, con el fin de identificarlos no sólo por los aludidos deberes positivos, sino conforme a la naturaleza, estructura y obligaciones que conllevan.[25]

2. Planear los derechos sociales: una forma de garantizar su ejercicio de manera universal

Fioravanti reconoce que las transformaciones constitucionales de hoy en día han dado un giro en el modelo de Estado completamente diferente al de corte liberal del siglo pasado, ya que en ellas se ha retomado la tradición revolucio-

[25] En este punto Carbonell y Ferrer Mac-Gregor coinciden con los autores citados, al señalar que no puede decirse que exista algo así como una diferencia genética o estructural entre los derechos sociales y los derechos de libertad, puesto que estos últimos requieren también actuaciones positivas del Estado; de modo que conjuntan tanto obligaciones de no hacer como obligaciones de hacer, las cuales conllevan erogaciones económicas para las autoridades a fin de hacer efectivas dichas libertades. Carbonell, Miguel y Ferrer-Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa,* México, IIJ-UNAM, 2014, pp. 26-34.

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

naria de Francia de expandir las normas hacia los derechos sociales, como el de acceso a la educación, a la subsistencia o al trabajo.[26]

El problema, entonces, no es su reconocimiento, sino la forma en que habrán de garantizarse esos derechos. No es ajeno a cualquier disciplina social que cada derecho además de estar sujeto a un tiempo histórico obedece también a las limitaciones que se le adjudican al individuo por la lotería natural. Así, no puede desconocerse que dependerá en cierta medida de la suerte de nacer en determinado lugar y contexto concreto para lograr que algunos derechos sean efectivos.

El principio de universalidad de los derechos humanos tiene que ver con lo anterior. En términos generales, dicho principio alude a que los derechos deben ser reconocidos y garantizados para todas las personas, independientemente de su raza, edad, preferencia sexual, origen étnico, nacionalidad, etcétera. En ese sentido, los derechos pueden exigirse en cualquier contexto político, jurídico, social, cultural, espacial y temporal. En el otro extremo, se tiene que el principio de progresividad exige que los derechos sociales sean reconocidos, protegidos y garantizados de forma tal que cada vez su efectividad sea mayor y mejor.

El *quid* de la cuestión radica en cómo se puede armonizar el principio de universalidad de los derechos sociales con el principio de progresividad, ambos de rango constitucional, de acuerdo con el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; si la condicionante económica del Estado y la suerte en la lotería natural parecieran relativizar su acceso como si se tratasen de derechos de segunda categoría.

Problema que atañe a los jueces, pues son ellos quienes se encuentran anclados a pautas constitucionales que les exigen armonizar la efectividad de los derechos, aun cuando su reclamo sea exponencial.

De hecho, la configuración del llamado *ius commune* en materia de derechos sociales, se dice, es esencialmente resultado de la jurisprudencia constitucional, válida para explicar las concepciones y los esquemas de razonamiento de los diferentes ordenamientos, sus interrelaciones y convergencias, particularmente en su diálogo jurisdiccional.[27] Mención con la cual se perfila

[26] Fioravanti, Maurizio, *op. cit*., p. 127.
[27] Bogdandy, Armin *et al., Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina,* México, IIJ-UNAM, 2011, p. XI.

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

que la justiciabilidad de los derechos sociales depende en gran medida de la perspectiva comparada y su envolvente dinámica jurisdiccional en la que se determina paulatinamente el creciente reconocimiento e impulso para hacer real la exigibilidad y disfrute de los derechos sociales.

Si bien en la tendencia actual predomina la idea de que son los Estados los responsables de disponer de ciertas reservas presupuestarias para hacer frente a alguno de los derechos económicos, sociales y culturales; lo cierto es que, a nuestro parecer, esa no es la única respuesta que puede darse, en virtud de que previo a cualquier contingencia de esa naturaleza también existe la opción de planear el rumbo y el futuro de esos derechos.

En efecto, la justiciabilidad de los derechos sociales no impide que sobre ellos se formule un proyecto que garantice su no regresividad para todas las personas y que, en la medida de lo posible el poder judicial no sólo funja como un mero espectador, sino que sea un interlocutor activo. Esa propuesta ha sido comentada en distintos foros académicos. Hay quienes están a favor[28] y también aquellos que están en contra.[29]

Lo que se propone, al tenor de quienes se encuentran a favor, es que las sentencias que se emitan en materia de derechos económicos, sociales y culturales sirvan de vehículo para canalizar información a los cauces políticos, acompañadas de algún llamamiento con el carácter de prioritario de que es imprescindible considerar en la agenda pública distintas necesidades en la semántica de los derechos sociales.

Es importante distinguir que con ello no se vulnera el principio de división de poderes que contempla el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino que solamente se plantea la existencia de una coordinación estadual en aras de lograr que los derechos sociales cumplan con los principios de universalidad y progresividad; comentario que tampoco es

[28] *Vid.* Gargarella, Roberto, "Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida", en Alicia, Yamin y Siri, Gloppen (coords.), *La lucha por los derechos de salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?,* Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, pp. 279-294.

[29] Abramovich y Courtis no están de acuerdo con esta posición, por el contrario, comulgan con la objeción tradicional de que el poder judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública, dado que el marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general, aunado a que su discusión procesal genera condiciones de desigualdad respecto de aquellas personas que serán afectadas por lo que ahí se decida, al verse excluidas en la participación del juicio. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit*., p. 14.

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

novedoso, en tanto que la propia dinámica jurisprudencial de nuestra época y los escenarios en que se exige el cumplimiento de esos derechos implica verlos y, por lo tanto, planearlos sin tanta rigidez; por lo cual el proyecto de los derechos también debe incluir a los tribunales judiciales. Sobre el tema, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha establecido:

> A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.[30]

El Comité en cita hace énfasis en que la asignación de recursos no sólo compete a las autoridades políticas, sino que los tribunales cada vez tienen una mayor participación en decisiones que afectan la disponibilidad de recursos para satisfacer algunos derechos, como de hecho sucedió con el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso del "pabellón 13" en el que se ordenó que las autoridades consideraran cuál era la medida más adecuada para brindar a las personas un tratamiento apropiado para el VIH/SIDA, ya fuese remodelando el área clínica respectiva o bien que se construyera un nuevo pabellón hospitalario.

Por eso se plantea que sean los tribunales una voz autorizada en materia de planeación de los derechos sociales, dado que son el primer contacto institucional que tienen los justiciables y, de esas situaciones es que se puede medir

[30] *Observación general 9* del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Décimo Noveno Período de Sesiones, 1998, párr. 10.

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

el pulso social sobre determinadas necesidades de la población; además, la posibilidad de que el poder judicial participe en un proyecto de esa dimensión no redundaría más que en proteger los derechos sociales de forma universal, conservando su naturaleza indivisible y de dependencia mutua.

Así que, la propuesta no es que se conceda alguna facultad legislativa a la autoridad judicial para que elabore políticas públicas, sino sólo que se le permita entablar un diálogo que fomente el debate y avizore desde su trinchera cuáles y en qué medida se presentan las problemáticas por falta de acceso, satisfacción o disfrute de diversos derechos, para que puedan considerarse dentro de un plan presupuestario que evite generar cualquier tipo de responsabilidad internacional al Estado mexicano por su incumplimiento; o en su defecto evitar que eventualmente los tribunales se vean en la necesidad de obligar a las autoridades administrativas para que dispongan de recursos económicos, cuya necesidad de destinarlos a determinado derecho bien pudo preverse con anticipación.

Claro que no se plantea que sea el poder judicial el encargado de solventar las omisiones del legislativo, haciendo un balance o cálculo matemático sobre los costos y beneficios que deben considerarse al planear cómo hacer efectivos esos derechos, sino solamente que en el espectro de sus posibilidades, guiado por los márgenes constitucionales, sea un interlocutor democrático que pueda proponer, exponer y formular apercibimientos para que las autoridades políticas analicen con el carácter de prioritario cuáles son los aspectos que deben contemplarse en un mediano plazo, para garantizar los derechos en cuestión.

Ello tiene su fundamento en que los cuerpos judiciales sean instituciones que defiendan y promuevan cambios estructurales, incluso dentro de la política pública, para tener una visión a futuro sobre el grado de cumplimiento que se quiere tener en la satisfacción de dichos derechos; de forma que sólo se trata de dar un efecto útil al PIDESC, para interpretarlo como un instrumento vivo, cuya evolución de los tiempos exige conocer cuáles derechos han ido avanzando en la historia, para poder continuar con su mejoramiento; de lo contrario, se insiste, el desconocimiento de los derechos podría llevar al incumplimiento eterno de ellos.

De hecho, no sería la primera vez que el poder judicial federal participara de forma abierta y activa dentro de la planeación de una ley. En el pasado proceso legislativo que concluyó el 2 de abril de 2013, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo un papel vital en la elaboración de la Ley de Amparo vigente, tal como se aprecia de la exposición de motivos en la que se indica:

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

> En esa tesitura, la iniciativa que se presenta pretende recoger ampliamente los esfuerzos de la Comisión de Análisis de Propuestas para una Nueva Ley de Amparo (Comisión), creada a finales de 1999, a partir del impulso decidido de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, esfuerzos que se vieron consolidados a través del Proyecto de Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del año 2000 (Proyecto).
> Sobre este particular, es importante recordar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación organizó en 2003 la "Consulta Nacional para una Reforma Integral y Coherente del Sistema Nacional de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano". Los resultados obtenidos fueron concluyentes: los órganos jurisdiccionales requieren emprender un proceso de modernización.

La información no da lugar a dudas, pues se deduce que el tribunal constitucional participó y apoyó desde distintas plataformas el proceso legislativo que derivó en la actual Ley de Amparo. Ese evento, que no es aislado, surge con la finalidad de lograr que se emita un ordenamiento congruente con la protección de los derechos de las personas. Por lo tanto, con mayor razón es que puede pensarse que los tribunales judiciales son aliados de alto impacto en la planeación de los derechos sociales, ya que su participación siempre estará dirigida en tratar de armonizar que esos derechos sean para todos, de la mejor manera posible.

Además, recuérdese que acorde con la interpretación extensiva del artículo 14 del PIDESC, se obliga a los Estados Partes a adoptar dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para su implementación progresiva respecto al derecho a la educación primaria obligatoria y gratuita; así que con esto bien puede entenderse que existe la permisión para preparar un plan de acción para la implementación progresiva del resto de los derechos consagrados, en términos de lo que dispone la Observación General número 1 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por lo tanto, no es descabellado pensar en la posibilidad de que dentro de ese plan de acción también se considere la interlocución del poder judicial, en virtud de que es un actor central que recibe directamente los reclamados de justiciabilidad y, por lo tanto, es la institución que más tacto social y experiencia acumulada podría tener sobre temas específicos.

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

Con lo cual se evitaría dejar en la total discrecionalidad administrativa del Estado toda la gestión de aquellos servicios que exijan garantizar los derechos en estudio.

Un elemento adicional podría ser también la posibilidad de que la ciudadanía participe en la elaboración del presupuesto, como sucede en el caso del presupuesto participativo brasileño. Es una fórmula para hacer transparente el monitoreo sobre hacia dónde se dirigen las partidas presupuestarias y, con ello, al final de su ejercicio evitar la opacidad, al tener la opción de utilizar indicadores para evaluar las políticas públicas a las que se destinaron esos recursos;[31] propuesta con la cual se palearía un poco la asignación discrecional que tanto se ha criticado al partidismo clientelar que impera en México.

En conclusión, es relevante el conocimiento que se tenga sobre el proceso evolutivo y de incorporación histórica que a lo largo de los años se ha logrado mediante la jurisprudencia sobre los derechos económicos, sociales y culturales, pues solo así podrán hacerse efectivos en la tutela judicial; asimismo, es necesario que exista un diálogo entre la jurisdicción y los cauces políticos para establecer un proyecto de derechos, para que éstos sean garantizados a la luz de los principios de universalidad y progresividad.

IV. Conclusiones

La tesis ferrajoliana sobre el fundamento de los derechos fundamentales es peligrosa al basarse en la idea de que su reconocimiento axiológico se origina en la tesis jurídica del naturalismo.

La historicidad y progresividad como características de los derechos constituyen una brújula pertinente para identificar el desarrollo que han tenido y lo que aún está pendiente por tutelar.

El problema de armonizar el principio de universalidad con el de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales se supera si se permite que el poder judicial sea un interlocutor activo en la planeación de los derechos.

[31] Courtis, Christian, "Los derechos sociales en perspectiva. La cara jurídica de la política social", en Carbonell, Miguel, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos,* Madrid, Trotta, 2007, pp. 204 y 205.

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

Por ello, es importante saber cuáles derechos se han desarrollado mediante la jurisprudencia, para desde ahí hacer una custodia celosa de ellos, con un acceso a la justicia anclado en una visión democrática y deliberativa.

V. Referencias

Bibliográficas

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales,* Argentina, Del Puerto, 1997.

Atienza, Manuel, "Dos versiones del constitucionalismo", *Isonomía*, Alicante, No. 34, 2011.

Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos,* Madrid, Sistema, 1991.

Bogdandy, Armin *et al.*, *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina,* México, IIJ-UNAM, 2011.

Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 3ª ed., México, Porrúa, 2009.

——, y FERRER-Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, IIJ-UNAM, 2014.

Contreras, Francisco, *Defensa del Estado social,* Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996.

Courtis, Christian, "Los derechos sociales en perspectiva. La cara jurídica de la política social", en Carbonell, Miguel, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos,* Madrid, Trotta, 2007.

Craven, Matthew, *The international covenant on economic, social and cultural Rights. A perspective on this development,* Oxford, Clarendon Press, 1995.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* Madrid, Ed. Trotta, 2011.

——, *El fundamento de los derechos fundamentales,* Madrid, Trotta, 2001.

Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones,* Madrid, Trotta, 2009.

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx

Gargarella, Roberto, "Derechos de los más débiles. El liberalismo igualitario frente a los problemas de la minoridad", *Isonomía*, Alicante, No. 19, 1996.

——, "Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida", en ALICIA, Yamin y SIRI, Gloppen (coords.), *La lucha por los derechos de salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?,* Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.

Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

——, *Derecho y "naturaleza de las cosas". Análisis de una nueva versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo,* Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, 1970.

González de la Vega, René, *La filosofía del derecho de Ernesto Garzón Valdés. Una biografía intelectual sobre la primera parte de su obra,* México, Ed. Fontamara, 2014.

Nino, Carlos Santiago, "Los derechos sociales", en *Derecho y sociedad,* Buenos Aires, Astrea, 1993.

Radbruch, Gustav, "Arbitrariedad legal y derecho supralegal", en *Relativismo y derecho,* Colombia, Temis, 1999.

Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos,* Madrid, Marcial Pons, 2010.

Vitale, Ermanno, "Reflexiones sobre el paradigma de los derechos fundamentales", *Isonomía,* Alicante, No. 16, abril 2002.

Normativa

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
Principios de Limburgo y las Directrices de Maastricht.
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Jurisprudenciales

Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica.
Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

DR © 2016. Revista del Instituto de la Judicatura Federal
Instituto de la Judicatura Federal - Consejo de la Judicatura Federal