

PROBLEMAS PARA LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES EN MÉXICO

José Ramón COSSÍO DÍAZ

I. PALABRAS INICIALES

De acuerdo con la gentil invitación de Diego Valadés y Héctor Fix-Zamudio, la participación en esta interesante mesa de debate, que se realiza con motivo de los festejos del Bicentenario, debiera enmarcarse más allá del caso nacional puesto que el motivo que nos reúne es compartido por la mayoría de los países latinoamericanos ya que muchos de ellos conmemoran, al igual que nosotros, este Bicentenario. Una vez sentado lo anterior debo atender al tema para el que fui gentilmente invitado: el Estado social y, más concretamente, el constitucionalismo social. El hilo conductor que encuentro entre estos tópicos es el referente a la exigibilidad de los derechos sociales en México, analizados a la luz del sistema interamericano de derechos humanos. Una vez realizada la delimitación, me parece pertinente señalar que tratar un tema tan complicado como los derechos sociales no resulta fácil.

En primer lugar, vamos a ofrecer una exposición general sobre el tema de “los derechos sociales” —se planteará la perspectiva que me parece adecuada seguir— a fin de que más adelante tratemos de resolver algunos de los problemas que se desarrollarán a lo largo de la exposición. En segundo lugar, es muy importante analizar cuáles pueden ser los entendimientos que los órganos que imparten justicia en México y, en especial, la Suprema Corte de Justicia en tanto órgano terminal, tengan de los derechos sociales, ya que en los próximos años este tópico tendrá cada vez más pre-

sencia en los planteamientos que formulen los quejosos o recurrentes que acudan ante los órganos de impartición de justicia.

II. PANORAMA GENERAL

Lo primero que debemos tomar en cuenta son el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹ —“Protocolo de San Salvador”— que tiene un listado importante de derechos sociales y que, sobre todo, es un elemento importante de interpretación en diversas decisiones; y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.² Este último dispone lo siguiente:

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos... en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Si tenemos en cuenta que el Protocolo de San Salvador y el artículo 26 de dicha Convención son los dos ordenamientos que se refieren a los derechos sociales en el sistema interamericano, lo primero que podríamos pensar es que debe haber un número im-

¹ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 1o. de septiembre de 1998. Recuperado el 21 de febrero de 2010 en http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/II-B-3_PROTOCOLO_ADICIONAL_A_LA_CONVENCION_AMERICANA SOBRE DERS- HUMANOS EN MATERIA DE DERS- ECON- SOC- Y CULTURALES.pdf

² Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José Costa Rica”), publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, 7 de mayo de 1981. Recuperado el 21 de febrero de 2010 en http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/II-B-2- CONVENCION_AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS PACTO DE SAN JOSE.pdf

portante de resoluciones tomadas por la Corte Interamericana en materia de derechos sociales; sin embargo, nos encontramos con pocas resoluciones y, en los casos en que se han hecho pronunciamientos, éstos son bastante limitados.

Una de las decisiones más emblemáticas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del principio de desarrollo progresivo establecido en el artículo 26 del “Pacto de San José” es la conocida como el “Caso de los cinco pensionistas contra el Perú”.³ En este asunto los pensionistas y sus familias alegaron el incumplimiento del referido artículo 26 ya que el Estado peruano, al haber reducido el monto de sus pensiones, no cumplió con el deber de dar un desarrollo progresivo a sus derechos económicos, sociales y culturales. La Corte, utilizando este principio de desarrollo progresivo, concluyó que se había constituido un daño material que debía ser reparado por vía sustitutiva mediante una indemnización compensatoria equitativa. Además, dentro del sistema interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó un informe en 1993,⁴ en el cual se hacen algunas afirmaciones bastante generales respecto del principio de desarrollo progresivo. En el referido documento se establece que sería muy conveniente, para cumplir con lo establecido en el artículo 26 de la Convención Americana, que los Estados destinaran recursos crecientes al fomento de los derechos contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

La presente participación, no busca ser una crítica de las resoluciones del sistema interamericano, sino que el objetivo es formular una pregunta que resulta de gran relevancia para el caso

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú, sentencia de 28 de febrero de 2003.

⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, Informe anual 1993, capítulo V, “Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, apartado I. “La realización de los derechos económicos, sociales y culturales en la región”, <http://www.cidh.org/annualrep/93span/indice.htm>

nacional y, en alguna medida, regional: ¿por qué hay tan pocas resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el sentido de los derechos sociales? ¿Por qué no están llegando al sistema interamericano casos importantes de violación de los derechos sociales?

Si analizamos cuál es la condición del gasto social de los países de la región, veremos que, en los últimos años, realmente hemos tenido un incremento muy pequeño. Entre 2000 y 2007, el gasto social promedio ha pasado de 11.19% a 12.56% del PIB.⁵ En algunas materias como educación, salud, seguridad y asistencia social hemos tenido un incremento de medio punto porcentual; mientras que en gastos de vivienda general hemos tenido un incremento de dos décimas de punto. Esto nos demuestra que el panorama del sistema interamericano no es alentador.

Ante esta situación, habría que retomar la siguiente pregunta: ¿por qué no hay planteamientos importantes en el caso del sistema interamericano? Una probable respuesta consistiría en señalar que tan satisfechos están los derechos sociales en los sistemas domésticos, que nadie se ve en la necesidad de acudir a la Corte Interamericana. Una segunda posibilidad es que la carencia de planteamientos se deba a que existe una falta de impugnación interna o una insatisfacción del principio de definitividad a nivel interno. Esta segunda alternativa se acerca más al problema. En México encontramos muy pocas demandas que plantean cuestiones relativas a los derechos sociales en nuestra jurisdicción y, con ello, me parece que se obstaculiza la satisfacción del estándar de accesibilidad al propio sistema interamericano. Es posible afirmar que este fenómeno que se da en México se replica en gran parte de los países latinoamericanos.

Como ministro de la Suprema Corte he visto pocas demandas con auténticos argumentos de derechos sociales. Se exponen te-

⁵ Anexo estadístico del “Panorama social de América Latina de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas”, láminas 38 a 41. Consultado el 20 de febrero de 2010. http://www.eclac.org/publicaciones/xml/9/37839/PSE2009_AnexoEstadistico-Preliminar.xls

mas relativos, por ejemplo, al derecho a la salud, pero desde el punto de vista de la igualdad. Entonces, los planteamientos que en rigor tienen que ver con derechos sociales son realmente muy pocos ¿por qué es explicable esto? En primer lugar, hay que tomar en cuenta que tenemos una cultura jurídica muy particular, seguimos viendo a los derechos fundamentales básicamente desde la dimensión de la libertad. Seguimos viendo a los derechos sociales como los viejos derechos que se fueron generando en el constitucionalismo inglés, norteamericano, francés. Nos hemos resistido a entender a los derechos sociales desde el punto de vista de su exigibilidad en un caso concreto.

Nos encontramos frente a un problema muy importante: no tenemos una cultura jurídica que nos esté llevando a planteamientos en términos de derechos sociales en las jurisdicciones nacionales para empezar, y desde éstas, una vez satisfecho este requisito de accesibilidad, al sistema interamericano. El problema se caracteriza, desde mi punto de vista, a partir del entendimiento que tenemos de los derechos sociales, esto es, como normas programáticas.

¿De dónde surge esta idea? El entendimiento de los derechos sociales como normas programáticas tiene una génesis muy clara e ideológicamente importante. Con el Constituyente de Weimar, después de la Primera Guerra Mundial, a la caída del imperio alemán, se presenta un debate en donde hay una representación muy equitativa entre la democracia cristiana y la socialdemocracia alemanas. Era predecible que la democracia cristiana alemana impulsara el establecimiento de derechos liberales. Paralelamente, la socialdemocracia luchaba por lograr la constitucionalización de los derechos sociales —derechos que habían tenido su génesis, algunos desde la Revolución Francesa, luego con los socialistas utópicos, con las comunas del 48 y con la misma socialdemocracia alemana, a finales del siglo XIX—. Estos dos puntos de vista se introdujeron en la Constitución e hicieron que se presentara un dilema muy interesante: ¿cómo se administra esta dualidad de derechos que responden a orígenes tan distintos y que siguen lógicas absolutamente divergentes?

Quienes piensan en los derechos de libertad piensan en esa vieja metáfora, extraordinariamente importante en términos prácticos, sobre la plena separación entre el Estado y la sociedad. Es decir, si el Estado aplica sus atribuciones lo debe hacer en una órbita muy limitada, no puede ir más allá de sus competencias estrictas y, consecuentemente, no puede afectar, como tampoco intervenir ni regular, las cuestiones de carácter social. Por supuesto que el Estado no puede llevar a cabo ejercicios redistributivos —y esta es una palabra que no se suele usar mucho actualmente, pero que tiene una importancia extraordinaria en estos términos—: la sociedad está por una parte, el Estado por otra; esta es la lógica general del problema.

Por otro lado, a quienes piensan en términos de derechos sociales, les parece mucho más sensato llegar a una forma de intervención del Estado en la sociedad en la que, inclusive, se pueda llegar a una redistribución del gasto para el mejoramiento de condiciones mínimas de vida. Al quedar ambas formas, tanto la social como la liberal o la libertaria, en un mismo texto constitucional nos encontramos con el gran problema de cómo administrarlas.

Se puede decir que hay un empate en la forma de constitucionalización de los derechos entre la socialdemocracia y la democracia cristiana, pero la dificultad se presenta cuando se escribe sobre estos derechos y se lleva a cabo el ejercicio de explicación de la Constitución. En ese momento, se puede decir, que triunfan claramente las ideas de la democracia cristiana, porque caracterizan a los derechos sociales como normas programáticas, señalando que son disposiciones, éstas, que no tienen una exigibilidad directa y que se van a realizar en la medida en que los recursos presupuestales lo permitan, y si no hay suficiencia de éstos, no se podrá ejercer el derecho. Consecuentemente, quedan sujetos a la negociación política, que está, a su vez, sujeta a un nivel de legalidad, pero no está determinada por una condición de constitucionalidad. Este me parece que es el gran secreto de los derechos sociales: no son exigibles y tienen modalidades de realización en términos presupuestales, que es, en cierta medida, lo que se puede desprender del artículo 26 de la Convención Americana sobre De-

rechos Humanos. Entonces, el problema radica en que los derechos sociales solamente crecen si las finanzas públicas lo permiten, pero si la economía se contrae también lo hacen los derechos sociales. Esto sucedió en muchos países europeos ya que después de la crisis de OPEP de los años setenta, derechos que habían sido muy robustos en los sesenta, dejaron de serlo simplemente por delimitaciones presupuestales.

III. EL COSTO DE LOS DERECHOS

En el caso de México sucede un fenómeno similar. Los juristas mexicanos, desde los años cincuenta comenzamos a aceptar la tesis de los derechos sociales como normas programáticas, y esto se reafirmo en las décadas de los sesenta y setenta. La magnitud de los derechos sociales, y en muchos casos su existencia, quedó condicionada a la existencia de recursos económicos. Esta forma de entender a los derechos sociales hace que se presente una paradoja que describen acertadamente los profesores Stephen Holmes y Cass Sunstein, en un libro titulado *El costo de los derechos*.⁶ En esta obra los profesores llegan a la siguiente conclusión: no hay que dejarnos engañar, los derechos de libertad son igualmente caros, o más caros que los derechos sociales, la diferencia radica en que están sustentados en dos metáforas diferentes. Aparentemente un derecho de libertad simplemente se satisface evitando que la autoridad actúe. Ésta respeta un ámbito negativo de acuerdo con la metáfora del espacio que es impenetrable por las acciones del Estado, eso aparentemente no genera costos. En cambio, los derechos sociales, como requieren de realizaciones materiales, sí cuestan. Lo que Holmes y Sunstein sostienen es que la posibilidad de ejercer los derechos de libertad a plenitud cuesta mucho dinero; tener la posibilidad de ejercer a plenitud el derecho de conciencia, de información, de reunión, de asociación, requiere un aparato estatal importante.

⁶ Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York, Norton and Company, 1999.

El problema más grave que presenta la solución programática consiste en que vaciamos el sentido de supremacía constitucional, porque el contenido de los derechos sociales no queda determinado por la Constitución, sino que se define en el Presupuesto de Egresos, una norma que algunos consideran general y otros individual, pero que, en todo caso es inferior a la ley. El derecho social se vacía y sus modalidades de realización quedan o en una ley —podría ser en la Ley de Desarrollo Social— o en el presupuesto de egresos que anualmente aprueba el órgano legislativo correspondiente.

Este último me parece que es el problema central de falta de comprensión de los derechos sociales como normas constitucionales que tienen algún sentido y que, desde esa posición, generan ciertas obligaciones para el legislador ordinario, que es su primer destinatario y debe tratar de realizar esos derechos. En segundo lugar, el entendimiento de los derechos sociales como normas programáticas, nos plantea un problema muy complicado en términos teóricos consistente en la falta de diferenciación de distintos momentos o de distintas etapas de la construcción de los derechos sociales. Este problema se da al menos en el caso mexicano.

La idea de que tenemos dos tipos de derechos sociales en la Constitución mexicana puede ser cuestionada. El primer tipo estaría conformado con los contenidos en los artículos 27 y 123 constitucionales, que son derechos que no generan prestaciones materiales para el Estado mexicano, toda vez que regulan las relaciones de trabajo o las relaciones en el campo. En estos casos el Estado no realiza desembolsos económicos extraordinarios, sino que impone determinadas cargas a ciertos sectores sociales por considerarlos socialmente poderosos. Si se establece una jornada máxima de 8 horas, o el derecho de las mujeres a tener periodos de descanso anteriores y posteriores al parto, o la limitación al trabajo de los menores de cierta edad, o un salario mínimo, el Estado no está disponiendo de recursos presupuestales directos, como no sea para la vigilancia de la conducta de los particulares. De esta forma se están imponiendo cargas a ciertos sujetos, en este caso a los patrones.

Lo mismo sucede con lo dispuesto en el artículo 27 constitucional que, en su primera redacción, redistribuía las tierras que hubieren sido afectadas por parte de compañías deslindadoras, a los indígenas y a los comuneros. Con posterioridad, se realizó una reforma y, entonces, se distribuyeron las tierras que tuvieran un excedente respecto de ciertas dimensiones. En este caso no hubo una redistribución directa de recursos, los recursos se utilizaron para la vigilancia del cumplimiento de esas disposiciones. Ésta se puede considerar como una primera generación de derechos sociales en México, que básicamente va de 1917 hasta la década de 1970.

Hay una segunda generación de los derechos sociales que requiere el ejercicio de prestaciones materiales a cargo del gobierno. Cuando el Estado, en cumplimiento a lo prescrito por el artículo 4o. constitucional determina que debe dar vivienda, que debe establecer un derecho a la salud, o que hay un derecho al medio ambiente. De esta forma, el Estado debe destinar recursos a dichos fines ya que la satisfacción de esos derechos conlleva el otorgamiento de prestaciones materiales.

Regresando al tema que se desarrolla, si consideramos que todos los derechos sociales son normas puramente programáticas, una vez más desaparecemos cualquier distinción teórica entre los preceptos que los contienen. Si ubicamos a todos los derechos sociales en una misma categoría, podemos pensar que éstos se van a ir desarrollando en la medida en que los recursos presupuestales lo permitan. No obstante, debemos notar que hay una diferencia central entre ambos: unos son los derechos sociales que se generan mediante regulaciones estatales que afectan a ciertos particulares en beneficio de otros; y otros son los derechos sociales que requieren de prestaciones materiales otorgadas por el Estado, evidentemente con cargo al presupuesto, y en condiciones redistributivas. Es importante desatacar esta distinción debido a que si la mayor parte de los entendimientos que tenemos de los derechos sociales son programáticos, entonces los derechos sociales solamente se desarrollarán en la medida en que haya recursos que permitan irlos definiendo.

¿Cómo se podría dar un acercamiento al tema de los derechos sociales como derechos prestacionales?, o ¿cómo se podrían establecer algunos parámetros de referencia sobre este tema? Se podría tratar de construir una matriz con tres tipos de elementos: cuáles son las condiciones de realización de los derechos sociales, cuáles sus condiciones de exigencia y cuáles sus formas de satisfacción. Si vemos estos tres elementos por separado nos daremos una idea de cómo se podrían explicar los derechos sociales y lograr una reconstrucción teórica razonable de los mismos. A continuación se señalarán algunos ejemplos de cómo ciertos países de la región han entendido a los derechos sociales a partir de cada uno de los tres ejes referidos anteriormente.

Si consideramos a los derechos sociales en los términos generales de la región, por sus condiciones de realización, podríamos decir que hay tres posibilidades de diferenciarlos entre sí. La primera consiste en que son normas constitucionales sujetas a la existencia de recursos presupuestales, con lo cual prácticamente terminaríamos por aceptar —si es que adoptamos esa posición— que tienen el carácter de normas programáticas. Segundo, los derechos sociales se consideran normas constitucionales sujetas a legislación de desarrollo y a recursos presupuestales que permitan ese desarrollo legal. Se puede decir que esta es la situación en la que se encuentra la Corte Suprema argentina,⁷ por ejemplo. Esta Corte sostiene que los derechos sociales dependen tanto de que el

⁷ A manera de ejemplo, véase *Arcuri Rojas Elsa c/ Anses, S.C. A.*, núm. 514, L. XL: Los Estados parte del Protocolo de San Salvador deben adoptar todas las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales.

a) B. 675. XLI., R.O., *Badaro, Adolfo Valentín c/ Anses*: “No sólo es facultad sino también deber del legislador fijar el contenido concreto de la garantía constitucional de la movilidad jubilatoria, teniendo en cuenta la protección especial que la ley suprema ha otorgado al conjunto de los derechos sociales”.

b) F. 838. XLI., *Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional s/ amparo*: “Frente al énfasis puesto en los tratados internacionales para preservar la vida de los niños, el Estado no puede desentenderse de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de la salud en entidades que no han dado siempre adecuada tutela asistencial”.

legislador lo haya desarrollado mediante una ley ordinaria como de que se hayan establecido en el correspondiente presupuesto de egresos los recursos que permitan este desarrollo legal. En el tercer caso, en un grado mayor de exigencia, estaríamos ante normas que son realizables directamente desde la Constitución. La Corte Interamericana ha determinado que en algunos casos no necesariamente se tiene que haber dado el desarrollo legislativo, o no necesariamente se tienen que haber asignado recursos presupuestales para que exista la exigibilidad de un derecho social.

Los derechos sociales también pueden distinguirse por sus condiciones de exigencia. La primera posibilidad consiste en que se haya dado un desarrollo legislativo previo, no se puede reclamar un derecho si el legislador no se ha pronunciado respecto del mismo. La segunda posibilidad consiste en que realice un ejercicio directo del derecho fundamental sin necesidad de que haya pasado por las manos del legislador. Sobre este asunto hay una evolución muy interesante en la jurisprudencia colombiana.⁸ En principio, los derechos sociales están vinculados a los derechos fundamentales, esto se entendía poco después de la promulgación de la Constitución colombiana vigente, pero actualmente existe la idea de que los derechos sociales son exigibles en forma autónoma. Es en este punto en el que se puede ver un cambio interesante.

La tercera posibilidad de distinguir a los derechos sociales por la forma en que se satisfacen, se puede dividir en dos categorías. En primer lugar, la satisfacción se pueda dar a través de una declaración respecto de que hubo una violación a la ley y esto traiga repercusiones en el ámbito prestacional. La segunda posibilidad consiste en el otorgamiento de una prestación material. El primer caso es bastante confuso. En muchas ocasiones estamos dispues-

⁸ A manera de ejemplo, véase la Sentencia T-999/08, sobre el derecho a la salud que *prima facie* en cabeza del legislador.

a) Sentencia T-998/08, sobre la licencia de maternidad: la interpretación de los requisitos que exige la ley debe ser flexible (debe procurar la protección integral del núcleo familiar, y debe atender a la naturaleza de la prestación y del sistema institucional diseñado para su cumplimiento).

tos a aceptar como determinaciones de satisfacción de los derechos sociales, o resoluciones que satisfacen los derechos sociales, violaciones que se dan a principios de legalidad o que se dan a derechos fundamentales del ámbito de libertad. A principios de los años noventa, la Corte mexicana se vio ante un problema que se presentó en casi todos los países del mundo con motivo de la transformación de los mercados de trabajo. Se establecía en la Ley del Seguro Social que las viudas tendrían derecho a recibir los pagos, por aquellos que hubieren estado haciendo los aportantes —en este caso los hombres— y se planteó el caso de un hombre que venía reclamando una pensión de viudez por la muerte de su esposa. La Ley disponía que dicha prestación fuera para “las viudas”, en este asunto la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia resolvió que en donde la Ley dijera “viudas” debería también decir “viudos”.

En el caso referido es evidente que hay repercusiones económicas y sociales, el problema radica en que la demanda no fue planteada en términos de derechos sociales. El recurrente planteó un problema de igualdad cuando pudo haber planteado una afectación a su derecho a la salud. Finalmente, la solución se tuvo que dar en términos de igualdad. En muchas ocasiones no se resuelve, en rigor, apelando directamente a los derechos sociales, lo que sucede es que se resuelven cuestiones de derechos tradicionales con repercusiones en el ámbito presupuestal. En las demandas relativas a los derechos sociales, muchas veces las personas recurren a los órganos jurisdiccionales para exigir un trato igual. Esto sucede en una gran cantidad de países, no solamente en México. Podemos aceptar que el trato igual genera una repercusión trasladable a salud o a vivienda, o a cualquier otro derecho social, pero hay que atender al objeto de la demanda para poder afirmar que estamos ante una recreación de un derecho social.

El otorgamiento de una prestación material, más que la corrección de una deficiencia de la ley a partir de un vicio de legalidad, es otra de las formas en que se puede dar la satisfacción de un derecho social. El optar por una u otra solución no tiene nada que ver, en rigor, con el derecho social que está constitucionalizado

o no. Esta otra alternativa se plantea simplemente como un horizonte.

El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos marca la pauta para considerar que los derechos sociales están, por sus condiciones de realización, sujetos a una legislación de desarrollo y la existencia de recursos suficientes para satisfacerlos. Los derechos sociales requieren de un desarrollo legislativo que establezca las condiciones de exigencia y, por su forma de satisfacción, normalmente la exigencia se da a través de violaciones de legalidad. Si nos situáramos en un plano ideal, las condiciones reales de satisfacción de los derechos sociales tendrían que ser distintas para darle sentido pleno a la supremacía constitucional, que es uno de los elementos constitucionales que nadie puede discutir en un Estado democrático de derecho como el que vivimos o pretendemos vivir.

Los derechos sociales, por sus condiciones de realización, deben ser llevados a cabo directamente desde la Constitución; por sus condiciones de exigencia deben ser exigibles directamente; y, por su forma de satisfacción, deben darse a través del otorgamiento de prestaciones materiales, también directamente desde el texto constitucional. Por supuesto esto tiene justificaciones teóricas bastante claras —después se van a presentar los problemas prácticos—. La primera es el tema de la supremacía constitucional, no sólo porque la Constitución es suprema, sino además porque, en un Estado democrático, hablar de supremacía constitucional como depósito de un conjunto de ideas, de intenciones, de valores constitucionales normativizados, es extraordinariamente importante. El segundo problema consiste en dar una eficacia plena a los derechos y, en general, a las normas constitucionales; y el tercero está en dar esa dimensión constitucional a los derechos sociales, lo que genera ciertas condiciones redistributivas que parecen muy aceptables.

Lo señalado seguramente va a generar objeciones. La primera dificultad se presenta entre el papel del legislador y el papel de los jueces; si pensamos que los jueces pueden desarrollar los

derechos sociales sin intermediación del legislador y sin intermediación en la creación de leyes o en la asignación de recursos presupuestales, el órgano jurisdiccional tendrá que comenzar por la determinación de la magnitud del problema. ¿Los jueces van a asignar directamente recursos presupuestales? Este es un tema no solamente serio, sino también central para la comprensión de estos problemas. Si queremos enaltecer a la supremacía constitucional y a los derechos sociales, tenemos que entender que el siguiente paso es fijar en algún lugar una línea en la asignación de los recursos; éste es un primer problema.

El segundo problema es el carácter o el sentido de las restricciones presupuestales. Hay algunas quejas de juristas importantes sobre cómo la Corte o la Sala Constitucional de Costa Rica redistribuye recursos. Primero, los órganos de impartición de justicia están frente a algo que los economistas denominan una condición de escasez —no hay recursos ilimitados—; segundo, éstos tienen una asignación específica, y tercero, ciertos asuntos que llegan a la Corte o llegan a la Sala de algún país determinado reciben una asignación directa o una redirección, si se quiere en razón de las pretensiones que plantearon determinados colectivos o determinados individuos, pero que después afectan a otros colectivos porque tuvieron acceso a la Corte correspondiente, y los que no acudieron a la Corte ven mermados sus recursos. Pensemos, por ejemplo, en algunos casos de personas portadoras del VIH. Las que recurren a la Corte logran que se acepte su caso, obtienen una resolución favorable, y un porcentaje del presupuesto de esos recursos escasos destinados a necesidades infinitas es trasladado de un determinado rubro, partida o renglón a otro. En este caso la Corte está haciendo claramente una política pública que tiene el efecto de redireccionar el gasto. Aquí se presenta un problema central: ¿en dónde queda la línea que separa lo judicial de lo legislativo? Por una parte, hay que tomar en cuenta cómo se manejan las restricciones presupuestales en condiciones de escasez, pero por la otra, hay que atender a todo el basamento cultural que marca la pauta sobre lo que debiéramos tener en materia de derechos sociales.

Es preciso exponer otro problema que resulta relevante: ¿cómo son las condiciones de posibilidad del entendimiento normativo y del entendimiento prestacional de los derechos sociales, contra un entendimiento legal y programático de los derechos prestacionales? Es decir, ahora que hemos planteado por qué es deseable dotar a los derechos sociales de una jerarquía mayor, nos resta hacer un planteamiento acerca de las condiciones de posibilidad de un entendimiento normativo en sentido constitucional desde una perspectiva prestacional. Entendiendo lo prestacional como algo distinto de lo programático.

En primer lugar, tendríamos que regresar al punto de donde partimos: sería deseable que los derechos sociales fueran exigibles de manera directa desde la Constitución. En segundo lugar, tendríamos que aceptar el carácter plenamente normativo de los derechos prestacionales, asunto que es bastante más complicado de lo que parece, porque esto nos lleva a otorgarle a los juzgadores un conjunto de facultades que suelen ser otorgadas a los legisladores porque se considera que están dentro del ámbito presupuestal. En tercer lugar, tendríamos que fomentar, generar, o al menos advertir que se está dando un cambio en los ámbitos académico —porque es ahí donde se forman los futuros abogados—, litigioso —en términos del tipo de demandas que se suelen plantear ante la Suprema Corte— y judicial —en términos de la receptividad, si vale la expresión, que pudiéramos tener ante planteamientos que vienen en este sentido—.

Estamos dejando de lado la dimensión internacional de los derechos fundamentales, consecuentemente, lo que vemos son muchos planteamientos de violaciones a los artículos 5o., 6o., 14, 16 y 31, fracción IV de la Constitución, pero no contamos con el énfasis adecuado en otros temas. Los planteamientos contienen muchas garantías individuales, pocas garantías sociales o derechos sociales nacionales y muy poco derecho internacional en un sentido amplio. Esta situación genera que nuestros patrones de reproducción del conocimiento jurídico sean tradicionales, y que los egresados de las escuelas de derecho sigan pensando en términos de garantías individuales, pero no más allá. Esto genera que

los jóvenes abogados se integren a un mercado profesional en el que no se plantean cuestiones relativas a los derechos sociales, y en donde simplemente no suelen plantearse cuestiones que incorporen derecho internacional. En el caso del litigio estamos en una situación muy similar, los derechos sociales no son una fuente importante de desarrollo pecuniario para los abogados; vemos muchos asuntos relacionados con violaciones a los artículos 14, 16, 31, fracción IV de la Constitución, pero nada más.

IV. POSIBILIDADES DE CAMBIO EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES

Parece que las condiciones de posibilidad para un cambio importante en materia de derechos sociales no se verán en un futuro próximo. Mientras no se planteen problemas de derechos sociales ante la Suprema Corte, no habrá definitividad en las decisiones y la Corte Interamericana de Derechos Humanos no tendrá resoluciones que sean materia de corrección. Nosotros, desde el punto de vista nacional, no estamos generando los recursos necesarios. Entonces, estamos frente a un desbalance muy importante, y ¿cómo se podría cambiar esto? Es difícil determinar cuánto podría aportar la suplencia de la queja a estos casos o qué tanto el *iura novit curia* nos permitiría empezar a plantear cuestiones relacionadas con tratados internacionales, aun cuando éstos no hayan sido aplicados. Otra forma de lograr un cambio podría ser la activación de la interpretación directa del artículo 4o. constitucional, o del 2o., en materia indígena. De esta forma, se podría ir activando el ejercicio de los derechos sociales. Si no es a través de estos medios será muy difícil generar un cambio en las condiciones de posibilidad de un entendimiento normativo y prestacional de los derechos sociales. Seguimos anclados a la idea de la ley, a la idea del presupuesto y a la de no exigibilidad directa de los derechos sociales. En otros países estos cambios se han dado través del interés público: algunos grupos sociales se reúnen para generar cierto tipo de demandas y planteamientos para tratar de impulsar las decisiones de los tribunales en un determinado sentido. Hay

casos históricos de gran importancia. Un ejemplo de esto es la culminación del problema de segregación en los Estados Unidos. Éste es un claro caso de política litigiosa para echar abajo una decisión y permitir la integración más amplia de afroamericanos y blancos en los Estados Unidos.

Ahora, resulta relevante plantear la siguiente pregunta: ¿cuáles son las condiciones de posibilidad de participación de los órganos jurisdiccionales y, principalmente, de la Suprema Corte en cuanto al entendimiento normativo de los derechos prestacionales se refiere? Ante esta cuestión el primer tema que nos tenemos que plantear es cuál es el entendimiento de la afectación de un derecho. Hasta hoy nos queda muy claro que la afectación a nuestras garantías individuales, para seguir con la terminología tradicional, se da básicamente, por actos u omisiones de la propia autoridad —cualquiera que sea, legislativa ejecutiva o judicial— que viole uno de nuestros derechos fundamentales.

La siguiente pregunta que habría que plantear es: ¿y cómo se viola un derecho social? Entendiendo que los derechos sociales tiene una dimensión constitucional, que esa dimensión es normativa y que tienen un sentido de exigibilidad, cabe preguntarnos ¿cómo se viola un derecho fundamental o de carácter social? Una persona quiere inscribir a sus hijos en la escuela y no hay cupo, una persona quiere restablecer sus condiciones de salud y no cuenta con un servicio de salud, una persona quiere tener una vivienda digna y decorosa —para su familia, como dice la Constitución— y no tiene una vivienda digna y decorosa, etcétera. El problema radica en cómo restablecer o establecer estas condiciones, tal es el primer problema.

El segundo problema es la identificación de lo que los estadounidenses llaman los *standing*, es decir, ¿cuándo alguien tiene la posibilidad de acceder a la Suprema Corte para hacerle una pregunta sobre la constitucionalidad de un determinado derecho social? ¿Cuándo no tiene casa? ¿Cuándo está enfermo y no puede acceder a un sistema de seguridad pública que establezca las

condiciones de prestación del derecho social? Éste es el tema central.

En muchas ocasiones pareciera que el derecho social, al no poder ser satisfecho totalmente, pierde su sentido normativo, o sea su sentido jurídico, y esto genera una enorme desazón y una gran falta de entusiasmo. El hecho de que una persona no esté disfrutando del derecho a la vivienda no quiere decir que los derechos sociales no sirvan para nada.

Entonces, por qué no nos damos a la tarea de fragmentar y ver cuáles son las condiciones de posibilidad que tenemos. Primero es preciso determinar quiénes son los titulares de los derechos sociales. Normalmente se piensa que esta titularidad por ser social frente a la individual puede pertenecer a ciertos grupos, y que la titularidad recae en colectivos más o menos complejos. Lo que tenemos que tener claro es que la denominación “social” no pertenece a un cuerpo o a un grupo por sí mismo, sino que pertenece a los individuos que forman parte de una determinada clase social o de un determinado colectivo identificable bajo ciertas condiciones. Si hablamos de los trabajadores, de los ejidatarios, los comuneros, los que carecen de los servicios de salud o de una vivienda, no nos estamos refiriendo a un grupo para efectos del ejercicio de su derecho, sino que nos estamos refiriendo a individuos que, en términos del ámbito personal de validez de las normas, pueden ser identificables en razón de su pertenencia al colectivo, pero que pueden ejercer su acción por sí mismos.

Se podría decir que el planteado anteriormente es un punto de encuentro con el tema de las acciones colectivas o *class actions*. Podríamos pensar que ciertos sujetos, por formar parte de un determinado grupo, podrían presentar una acción colectiva, pero no hay que perder de vista que las *class actions* generan un agregado de individuos que están en una misma condición jurídica y que esta semejanza es la que les permite agregarse a un determinado grupo para ejercer su acción y después obtener una determinada prestación que es individualizable a cada uno de ellos. Entonces, simplemente estamos viendo el problema en términos de una le-

gitimación, pero a partir de un interés individual en el caso concreto.

Es importante identificar quién es el destinatario primordial de los derechos sociales. Por supuesto que los destinatarios básicos de todos los derechos constitucionales, en primer lugar, son los legisladores, porque son ellos quienes generan las primeras normas a través de las cuales se ejerce un derecho social, pero en un Estado como el nuestro, donde existe un Tribunal Constitucional, al mismo tiempo que el legislador es destinatario de la norma constitucional para lograr su desarrollo, también lo es el Tribunal Constitucional correspondiente, ya que su función consiste en salvaguardar la observancia de ese mismo derecho fundamental. Es posible ver una correlación absoluta entre los dos elementos. No nos encontramos frente al Estado puramente parlamentario del siglo XIX, en donde el destinatario único era el legislador. En este punto estamos planteando dos ideas que son paralelas: el legislador que se encarga de desarrollar los derechos fundamentales y la Corte que vigila que el legislador haya realizado ese desarrollo en un caso concreto.

Si éstos son los dos elementos, ¿qué tendríamos que ir generando? En primer lugar —y volvemos a partir de la idea general de supremacía constitucional, de normatividad de derechos, de un sentido prestacional y una acción directa del legislador—, en aquellos casos en donde el legislador hubiere generado las normas constitucionales de desarrollo de los derechos sociales, entendidos en su dimensión básicamente prestacional, no hay ningún inconveniente para que los tribunales constitucionales puedan, a partir de la imagen que el propio Tribunal Constitucional se haya formado de cuál es el contenido del derecho social, determinar que la forma mediante la cual el legislador tomó o desarrolló el propio derecho social es una forma incorrecta. Esta situación se ve reflejada en varios ejemplos de cómo los tribunales constitucionales en el mundo enfrentan la idea del derecho social. Pensemos en el derecho a la vivienda: nosotros construimos una imagen de lo que nos parece que es satisfactorio como derecho a la vivienda, el legislador la desarrolla en la norma secundaria y ahí donde no hay

concordancia entre la imagen constitucional que se haya formado el Tribunal Constitucional —pues esa es su función— y el propio desarrollo legislativo, se lleva a cabo la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

El siguiente problema es mucho más complejo y se refiere al efecto que se da en los casos como el anteriormente referido: ¿puede la Suprema Corte considerar que la ley es inconstitucional, y a partir de la declaración de inconstitucionalidad determinar cuál es el sentido correcto de esa ley o cuál es el sentido correcto de realización del derecho social y, consecuentemente, imponer al legislador el conjunto de cargas presupuestales a efecto de que desarrolle el sentido que se considere adecuado, así tenga esto una extraordinaria afectación presupuestal?; o, como decía Kelsen, la Suprema Corte actúa como legislador negativo y simple y sencillamente dice la opción que tomó el legislador no es válida. El problema radica en determinar cuál es la opción válida. De esto se debe ocupar el legislador, la Corte no le dice qué hacer con las asignaciones presupuestales, solamente le dice que la ley es inconstitucional. Es el legislador quien debe preocuparse por la forma en que se debe hacer la asignación de recursos y determinar el movimiento de los renglones presupuestales. Esto es lo que han estado haciendo la mayor parte de los tribunales constitucionales del mundo, y es ahí en donde se resuelve este problema de legitimidad. Entonces, una forma de acercamiento preliminar, o por lo menos una forma que no trae detrás de sí el conjunto de problemas que se han señalado, es simplemente la de actuar como legislador negativo, y dejar que sea el propio legislador el que haga las correcciones respectivas.

En segundo lugar, para estos casos, es extraordinariamente importante que la Suprema Corte haya aceptado el control por omisión —o las inconstitucionalidades por omisión— porque buena parte de los problemas de los derechos sociales no tienen que ver con la forma en que se legisló, sino con cómo no se legisló. En este punto se presenta de nuevo el mismo problema: si nosotros aceptamos, primero, que el legislador no legisló cuando debió hacerlo, porque existe una determinación constitucional en este sen-

tido, debemos admitir que esa omisión es inconstitucional. Si el legislador no ha legislado ¿frente a la omisión del legislador cuál es el papel de la Suprema Corte? Si el alto tribunal actúa como legislador negativo y estima que el legislador ordinario no emitió una ley estando obligado a hacerlo se puede considerar que se dio una violación a un precepto de la Constitución. Consecuentemente, el efecto es que se emita en un plazo razonable la legislación correspondiente a efecto de regular el derecho que no había sido desarrollado. La Corte no va a determinar cuál es la forma correcta, eso es tarea del legislador. Al menos, de esta forma, la Corte no es intrusiva dictando el contenido concreto y las afectaciones presupuestales que el legislador debe llevar a cabo.

La idea anteriormente expuesta surgió del análisis de una serie de casos, como el sudafricano, el costarricense y el colombiano. De esta forma podríamos concebir a los derechos sociales en cuanto derechos de titularidad individual, plenamente normativos y sin carácter programático. Así, se establece que los derechos sociales —salvo los consignados en los artículos 27 y 123 constitucionales— se tienen que desarrollar por vía de prestaciones materiales. Es importante señalar que la Suprema Corte debe operar con prudencia para no afectar ciertos terrenos. Un ejemplo importante de esto es la controversia constitucional 109/2004 resuelta por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte en sesiones de 12 y 17 de mayo de 2005.⁹ En la última parte de la discusión de este

⁹ Controversia Constitucional 109/2004; actor: Poder Ejecutivo federal; ponente: ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia; secretarios: Mara Gómez Pérez, Lourdes Margarita García Galicia, Marco Antonio Cepeda Anaya y María Dolores Omaña Ramírez. En la sesión pública del 12 de mayo de 2005 se resolvió por mayoría de seis votos que el presidente de la República está facultado para formular observaciones al decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación modificado y emitido por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. En la sesión celebrada el día 17 de mayo de 2005 se resolvió por mayoría de diez votos que la mayoría de seis votos producida en la sesión de día 12 es suficiente para declarar la nulidad de los actos impugnados; por unanimidad de once votos, que se requiere la votación de las dos terceras partes de los diputados presentes en la sesión correspondiente para superar las observaciones formuladas por el presidente de la República; por mayoría de siete votos, que los efectos de la declaratoria de nulidad del acuerdo de 14 de diciembre de 2004 y de las disposicio-

asunto, que se conoce comúnmente como “asunto de veto”, había algunos planteamientos respecto a si la Corte podía entrar o no a la reasignación de partidas, y la opinión mayoritaria fue en apoyo a la abstención. Sería muy complicado que la Suprema Corte entrara a la asignación del gasto, parece más factible sostener que su función consiste en determinar si la asignación de recursos resulta satisfactoria o no.

V. REFLEXIÓN FINAL

Para regresar al inicio de esta reflexión, retomaremos el artículo 26 de la Convención Americana. Si bien es cierto que éste da una solución en el sentido del desarrollo, como está en el informe de la Comisión de 1993, y establece que aquello que se haya obtenido no se puede disminuir en condiciones futuras; todavía debemos preguntarnos lo siguiente: ¿cuál es el sentido de conquista? ¿puede haber ahí reformas legales? o ¿tenemos que abstenernos de cualquier afectación? Hay un problema central en estas condiciones, pues el propio artículo 26 no es pauta clara que podamos utilizar en las decisiones de la Corte.

Al parecer no vamos a ver muy pronto, al menos en el caso mexicano, una movilización grande en favor de los derechos sociales. Lo que probablemente veamos son más acciones derivadas del párrafo tercero del artículo 1o. constitucional, probablemente algunas en materia indígena; pero las condiciones de un cambio cultural en una transformación de los entendimientos generales del derecho y, en particular, de las normas sociales no están dadas. La solución en muchos de esos casos, para lograr un pleno

nes impugnadas del decreto del Presupuesto de Egresos de la Federación para 2005, sean que la Comisión Permanente del Congreso de la Unión convoque a sesiones extraordinarias de la Cámara de Diputados y que ésta, en ejercicio de sus facultades exclusivas, se haga cargo, como en derecho corresponda, de las observaciones formuladas por el titular del Poder Ejecutivo; y por mayoría de ocho votos, que, dado el sentido de las decisiones anteriores, era innecesario, por haber quedado sin materia, el estudio de las demás cuestiones planteadas en la demanda.

desarrollo de las normas constitucionales, puede estar en el *iura novit curia*; ya que el conocimiento de que los derechos sociales forman parte del derecho positivo no puede llevar a la utilización de esas normas, sean de un tratado internacional o sean de la propia Constitución, como elementos de resolución de los asuntos que se nos presenten.

Finalmente, no me resta más que agradecer nuevamente la generosa invitación para reflexionar con ustedes acerca de estos importantes temas en el contexto de la conmemoración del Bicentenario de la Independencia y el Centenario de la Revolución de México.