

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cias en materia de salud y otras dos tesis promovidas por José Ramón Cossío que resultan interesantes para este capítulo: una relativa al derecho al mínimo vital y otra referente a la dignidad humana en el orden jurídico mexicano. Solamente.

Como se puede apreciar de las páginas anteriores, el debate teórico, el desarrollo legislativo y la protección jurisdiccional de los derechos sociales en México son, en términos generales, muy limitados. Si bien podemos notar algunos avances importantes desde la teoría, éstos se encuentran escasamente reflejados en la legislación y, salvo contadas excepciones, el Poder Judicial prácticamente no ha generado aportaciones trascendentes en la materia³²⁷.

6. BRASIL*

6.1. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES: LÍNEAS MAESTRAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL POSITIVO, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

La Constitución Federal de 5 de octubre de 1988 (CRFB) fue la primera en la Historia constitucional brasileña en prever un título específico para los llamados «derechos y garantías fundamentales» (Título II), donde, conjuntamente con los designados derechos y deberes individuales y colectivos, los derechos políticos y las reglas sobre la nacionalidad, fueron también consagrados derechos sociales básicos y de carácter general, como un extenso elenco de derechos de los trabajadores, igualmente previstos en el capítulo sobre derechos sociales. Aunque en la evolución constitucional precedente ya hubiese previstas algunas normas que versan sobre justicia social e incluso algunos derechos sociales (ya la primera Constitución de Brasil, de 1824,

327. El caso de la Comunidad indígena de *Minimuna* en el estado de Guerrero ha sido uno de los únicos avances en materia de derechos sociales y por tanto, resulta paradigmático. Se trata de la población más pobre del país en la que no se cuenta con los servicios básicos y aún más, no se cuenta con servicios de salud. Al sufrir muertes por enfermedades curables, las y los habitantes decidieron organizarse para presentar una demanda amparo en materia de salud que por primera vez en México, obtuvo una sentencia favorable. Sin embargo, dicha decisión judicial no tiene impacto sobre tribunales de mayor alzada en tanto que los criterios de los Juzgados de Distrito no son obligatorios para los Tribunales Colegiados y para la Suprema Corte. *Vid.* GUTIÉRREZ y RIVERA, 2009.

* Por Ingo WOLFGANG SARLET. Agradecemos la colaboración de la Maestra y Abogada de la Unión Mariana FILCHTNER FIGUEIREDO, cuya disertación de Doctorado sobre el derecho a la salud (citado en este trabajo) tenemos el privilegio de dirigir, sea por la ayuda en la recolección de datos doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales, sea por la ayuda en el formateo del texto y adecuación a los parámetros editoriales.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

siguiendo el ejemplo de la Constitución Francesa de 1973, aseguraba un derecho de asistencia a los desamparados y un derecho a la educación fundamental), fue apenas en 1988, aun antes de incorporados los principales Tratados Internacionales sobre derechos humanos (internalizados definitivamente apenas en 1992 y posteriormente), que los derechos sociales fueron efectivamente consagrados como auténticos derechos fundamentales, por lo menos de acuerdo con la previsión expresa del texto constitucional.

En el propio Preámbulo de la CRFB, que, según el Supremo Tribunal Federal de Brasil, no posee carácter jurídicamente³²⁸ vinculante, ya existen algunas disposiciones evidenciando el fuerte compromiso de la Constitución y del Estado con la justicia social. Tal compromiso acaba siendo reforzado en el Título I de la CRFB, que concentra la mayoría de los principios fundamentales, donde, en el artículo 1, inciso III, consta que la dignidad de la persona humana constituye el propio fundamento del Estado Democrático de Derecho. De acuerdo con el artículo 3, «Constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil: I. Construir una sociedad libre, justa y solidaria; II. Garantizar el desarrollo nacional; III. Erradicar la pobreza y la marginalización y reducir las desigualdades sociales y regionales; IV. Promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y cualesquiera otras formas de discriminación». En el artículo 170 de la Constitución consta, a su vez, que «el orden económico, fundado en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene como fin asegurar a todos una existencia digna, conforme a los dictámenes de la justicia social», todo para demostrar que el texto constitucional presenta como uno de sus hilos conductores un compromiso con la realización de los derechos sociales.

El reconocimiento y la garantía de un conjunto de derechos fundamentales sociales básicos se encuentra en el artículo 6 CRFB, donde se dispone que «son derechos sociales la educación, la salud, la alimentación (Enmienda

328. La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal tradicionalmente acentúa la ausencia de fuerza normativa del Preámbulo de la Constitución. En la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) n° 2076/AC (Relator Min. Carlos Velloso, votación unánime, decisión publicada en DJ 8 de agosto de 2003, p. 218), p. ej., se consideró que la invocación de la protección de Dios, contenida en el Preámbulo de CRFB, exactamente porque el Preámbulo no está dotado de fuerza normativa, no sería norma de observancia obligatoria por parte de las Constituciones provinciales *-in casu-*, la Constitución del Estado de Acre, motivo por el cual fue juzgada improcedente la acción. La misma orientación fue seguida por el Min. Celso de Mello, Relator de la Medida Cautelar en el Mandamiento de Seguridad (MSMC) n° 24.645/DF (decisión publicada en DJ 15 de septiembre de 2003, p. 65), que rechazó la petición que pretendía la declaración incidental de inconstitucionalidad de la Propuesta de Enmienda Constitucional (PEC) n° 43/2001, entre otros, por transgresión de las «directrices interpretativas del Preámbulo de la Constitución».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Constitucional n° 64, de 4 de febrero de 2010), el trabajo, la casa, la seguridad, la previsión social, la protección a la maternidad y la infancia, la asistencia a los desamparados, en la forma de esta Constitución». Hay que hacer notar, en cuanto a este primer elenco de derechos sociales, que el derecho a la vivienda fue incorporado al texto del artículo 6 posteriormente, por medio de la Enmienda Constitucional n° 26, de 14 de diciembre de 2000. Buena parte de esos derechos (especialmente los derechos a la educación, salud, vivienda, tiempo de ocio, la seguridad, previsión social, protección a la maternidad y la infancia y asistencia a los desamparados) acabaron siendo objeto de alguna regulación y de una serie de disposiciones conexas a lo largo del texto constitucional, especialmente en los títulos del orden económico (aspectos ligados a la función social de la propiedad urbana y rural) y del orden social (en ésta se encuentran disposiciones sobre el sistema de Seguridad Social, bienes culturales, familia, vejez, medio ambiente y educación, entre otras), de tal suerte que los derechos sociales solamente pueden ser comprendidos a partir de un análisis conjunto y sistemático de todas las normas constitucionales directa e indirectamente vinculadas a los diversos derechos sociales, así como en el marco de la legislación infraconstitucional y de la jurisprudencia que concreta la CRFB. En los artículos 7 y 11 fueron expresamente enunciados diversos derechos de los trabajadores, que constituyen un conjunto de derechos y garantías que concretan el derecho general al trabajo (especialmente en sentido de una promoción y protección de trabajo y de los trabajadores) previsto en el artículo 6.

Pese a la cantidad y diversidad de los derechos sociales, hay autores en Brasil que niegan a los derechos sociales (en todo o en parte) su condición de auténticos derechos fundamentales. Estas opiniones se realizan al margen del Derecho constitucional positivo brasileño, estando básicamente fundadas en criterios materiales, unidos a concepciones filosóficas, políticas y teóricas de justicia de cuño liberal y que no guardan sintonía con el sistema constitucional, que, como ya se ha visto, está comprometido con los derechos sociales³²⁹. En síntesis, importa destacar que prevalece la comprensión de que, en virtud sobre todo de la expresa previsión del Poder Constituyente, todos los derechos del Título II de la CRFB (denominado «De los Derechos y Garantías Fundamentales»), que incluye los derechos sociales del artículo 6 y los derechos de los trabajadores de los artículos 7 y siguientes, son derechos

329. Cuestionando la condición de derechos fundamentales de los derechos sociales, *vid.*, p. ej., LOBO TORRES (2003, pp. 1-46): reconoce la existencia de una garantía de un mínimo existencial, de tal suerte que las prestaciones materiales estatales que son imprescindibles para la satisfacción de ese mínimo y que aseguran las condiciones fácticas para la libertad, constituyen derechos subjetivos del ciudadano, pero los derechos sociales en general no son fundamentales.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

fundamentales, y que la negación de esta fundamentalidad por los órganos estatales implicaría una violación directa del texto de la CRFB, reduciendo (lo que es más grave) el número de derechos reconocidos por el propio Poder Constituyente.

En este contexto, todavía, es preciso mencionar que los derechos fundamentales (lo que también se aplica a los derechos sociales) no se reducen a los que fueran insertados expresa y directamente en el Título II de la CRFB, pues una de las peculiaridades del sistema brasileño es su apertura material, que implica la existencia de derechos y garantías implícitos o expresamente positivizados en los tratados internacionales de derechos humanos. De acuerdo con el artículo 5, LXXVIII, 2 CRFB, «los derechos y garantías reconocidos en esta Constitución no excluyen a otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los Tratados internacionales en que la República Federal de Brasil sea parte». En cuanto a los Tratados de Derechos Humanos, éstos, más allá de ser muy poco considerados por los operadores jurídicos en general, acabarán soportando, además, una desvalorización de su jerarquía normativa por parte del Supremo Tribunal Federal, que, a pesar de lo dispuesto en el artículo precitado de la CRFB, se posicionó durante mucho tiempo a favor de la jerarquía meramente legal, o sea, favorable a un régimen de equiparación entre tratados (igual en materia de derechos humanos) y ley ordinaria federal. En materia de derechos sociales, tal comprensión acabó, por ejemplo, vaciando significativamente la aplicación de los tratados en el ámbito del Derecho interno, todavía más en la esfera laboral, donde incluso una de las Convenciones de la OIT (la n° 158) fue denunciada por el Presidente de la República, a pesar de la CRFB dispone, en el capítulo de los derechos fundamentales sociales, que el trabajador será protegido contra el despido arbitrario e imponiendo, por tanto, un expreso deber de protección al Estado³³⁰. Actualmente, todavía la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal altera sustancialmente su comprensión, pasando a consagrar la jerarquía supralegal (el tratado prevalece sobre cualquier otro acto normativo infraconstitucional interno), pero infraconstitucional de los tratados en materia de derechos humanos³³¹. En cuanto a los derechos implícitos en el

330. La discusión sobre la posibilidad de denuncia, por el Presidente de la República, de un tratado internacional, ante la ausencia de previa autorización del Congreso Nacional está siendo discutida por el Supremo Tribunal Federal en la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) n° 1.625/DF, relator Min. Maurício Corrêa (actualmente sustituido por el Min. Eros Grau), que cuestiona la constitucionalidad de la denuncia unilateral de la referida Convención n° 158 de la OIT, estando pendiente de definición.

331. La consagración de la tesis de la jerarquía supralegal, más aún infraconstitucional, de los tratados de los Derechos Humanos fue recientemente debatida por el Supremo Tribunal Federal, al apreciar el Recurso Extraordinario (RE) n° 446.343/SP, en que suscitada la inconstitucionalidad de la prisión del depositario infiel, prevista

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

texto constitucional, hay diversos ejemplos reconocidos por el Poder Judicial, como es el caso del derecho (implícito) a un mínimo existencial, del derecho a la vivienda (que fue insertado por enmienda constitucional), así como de disposiciones sobre el derecho a la Seguridad Social situados en el título del orden social, del derecho a un medio ambiente equilibrado, de la tutela del patrimonio histórico, artístico y cultural o de la protección del anciano y de la familia, entre otros.

6.2. BREVE PANORAMA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN ESPECIE EN LA CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA, EN BASE A ALGUNOS EJEMPLOS

6.2.1. Los derechos a la salud y Seguridad Social

Aunque en el artículo 6 CRFB, donde están previstos los principales derechos sociales, no se menciona directamente el derecho a la Seguridad Social, la interpretación conjunta de los derechos a la salud, a la previsión social y a la asistencia social justifica el reconocimiento, de forma genérica, de un derecho a la seguridad, con apoyo tanto en el artículo 5 CRFB (en el contexto de los denominados derechos y deberes individuales y colectivos) como en el propio artículo 6. Además de eso, el Título VII de la CRFB (que trata del orden social), de acuerdo con el artículo 194 CRFB, «comprende un conjunto integrado de acciones de iniciativa de los poderes públicos y de la sociedad, destinadas a asegurar los derechos relativos a la salud, la previsión y la asistencia social». Tales derechos constituyen, por tanto, los tres grandes pilares del sistema de Seguridad Social brasileño. Tratándose, por un lado, de prestaciones sociales directamente vinculadas a la garantía de una vida saludable, resulta evidente también el vínculo del derecho a la Seguridad Social con la llamada garantía del mínimo existencial, que, a su vez, ha sido ampliamente aceptada en la doctrina y la jurisprudencia brasileñas. Dada la imposibilidad de un análisis detallado, incluso el derecho a la salud, dejaremos aquí de desarrollar los derechos a la previsión social y a la asistencia social, por relevantes que sean en el contexto de la Seguridad Social.

Respecto al derecho a la salud³³², fue genéricamente previsto en el artículo 6 CRFB y es objeto de mayor reglamentación en los artículos 196 a

por el Decreto-ley 911/69, pero prohibida, en cuanto prisión civil por deuda, por el Pacto de San José de Costa Rica (art. 7.7).

332. Sobre el derecho a la salud en Brasil, *vid.* especialmente, de nuestra autoría, 2002 y 2009, pp. 329 y ss. Más recientemente, SCHWARTZ, 2001 y 2003; WEICHERT, 2004, y FIGUEIREDO, 2007. Tratando de algunos aspectos específicos de la efectividad del derecho a la salud, *vid.* GOUVÊA, 2004, pp. 255-284; o MOLINARO y MILHORANZA, 2007.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

200 del texto constitucional, además de en todo un conjunto de leyes, actos administrativos y políticas públicas que lo concretan en el plano infraconstitucional³³³. En cuanto a sus aspectos más relevantes en el plano del Derecho constitucional positivo, el artículo 196 CRFB dispone que «la salud es un derecho de todos y deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas que pretenden la reducción del riesgo de enfermedad y de otros problemas y al acceso universal igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación». Además, en el artículo 198, se establece un Sistema Único de Salud (SUS), cuyas atribuciones son en parte definidas en el artículo 200 CRFB. Este sistema debe tener como directrices la descentralización, la atención integral, con prioridad para las actividades preventivas, así como la participación comunitaria. En el ámbito de la legislación infraconstitucional y del poder normativo de la Administración Pública, el SUS se está organizando y regulando por medio de una serie de leyes y actos normativos, esto sin hablar de los programas nacionales, provinciales y locales, sea en términos legislativos, sea en términos de acciones de diversos entes gubernamentales, a nivel de políticas públicas de salud. En cuanto a los ya citados principios constitucionales (precaución y prevención, universalidad, igualdad, integralidad, descentralización y participación) que rigen el sistema de salud en Brasil, a los que se suma el principio de dignidad de la persona humana y de garantía del mínimo existencial, así como los principios de solidaridad, subsidiariedad y proporcionalidad, sólo por mencionar a los más comunes y relevantes, el papel de la doctrina y de la jurisprudencia ha sido fundamental para su interpretación y concreción. De otra parte, la

333. En el plano infraconstitucional, destaca la Ley 8.080, de 19 de septiembre de 1990, sobre la regulación y disciplina del Sistema Único de Salud (SUS), y la Ley 8.142, de 28 de diciembre de 1990, que establece las formas de participación de la comunidad en la gestión de SUS, así como las normas acerca de las transferencias intergubernamentales de recursos financieros en el área de la salud. Aunque afecta al plano administrativo, merece referencia la denominada Norma Operacional Básica (NOB) n° 01/96, de 5 de noviembre de 1996, sobre la operativización y ejecución de las políticas de salud dentro de SUS, cuyo contenido fue definido de modo conjunto por el Ministerio de Salud y por los miembros del Consejo Nacional de los Secretarios de Salud (CONASS) y del Consejo Nacional de los Secretarios Municipales de Salud (CONSEMS), órganos administrativos vinculados a las esferas estatal y municipal de administración y gobierno, respectivamente; de modo semejante, la Norma Operacional de Asistencia y Salud (NOAS) 2002. De modo más específico, interesa citar la Ley 9.313, de 13 de noviembre de 1996, que prevé las competencias para la prestación de medicamentos en el tratamiento de SIDA/AIDS; y la Ley 10.742/2003, que crea la Cámara de Regulación del Mercado de Medicamentos (CMED), estableciendo la observancia de un techo para el reajuste de los precios de los medicamentos (Para mayor profundización, consultar la «Biblioteca Virtual en Salud», del Ministerio de Salud Brasileño: <http://busms.saude.gov.br/html/pt/legislacao/leis/html>).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

propia CRFB asegura la participación de la iniciativa privada (arts. 197 y 199) y permite los llamados planes de salud privados, regulados por legislación específica y sometidos a un control riguroso por parte de los órganos de protección del consumidor, de la Agencia Nacional de Salud Suplementar (ANS), del Ministerio Público y del Poder Judicial. La expansión de estos planes ha sido inmensa, alcanzando incluso poblaciones con bajos niveles de renta, lo que en buena parte se explica por las deficiencias del SUS³³⁴.

De entre los aspectos más polémicos y actuales, destaca la discusión en torno a las posibilidades y los límites de la intervención judicial en el control de las políticas públicas y, de modo especial, de derechos subjetivos a prestaciones en materia de salud contra el Estado, así como los problemas de control de cumplimiento de las decisiones para asegurar su efectividad. Es precisamente en el campo del derecho a la salud que esta polémica alcanzó su punto culminante, y es en esta área donde pueden ser identificados los mayores problemas, sea en términos cuantitativos, sea en términos cualitativos. En términos generales y aunque existan divergencias importantes en cuanto a aspectos aislados, la tendencia dominante en el ámbito de la jurisprudencia, incluso del Supremo Tribunal Federal, es la de reconocer que, especialmente cuando estén en juego la vida y la dignidad de la persona humana (en este contexto la expresión mínimo existencial ha sido muy utilizada), existe un derecho subjetivo originario a prestaciones, que puede ser demandado vía intervención judicial, aunque la mayor parte de los casos tengan que ver con la aplicación de la ley por el poder público. Los casos llevados ante los tribunales son bastante diversos y abarcan desde el abastecimiento de medicamentos, la disponibilidad de camas en hospitales, la realización de cirugías y exámenes (incluso en el exterior) y el pago de gastos de viaje para el acompañante. En términos de efectividad, los casos más relevantes versan sobre las decisiones que determinan el bloqueo de subvenciones públicas, la readecua-

334. En lo que atañe a los planos de salud, cabe referencia a algunos actos normativos, como la Ley 9.656, de 3 de junio de 1998 (con las modificaciones introducidas por la medida provisional n° 2.177-44, de 24 de agosto de 2001), sobre la disciplina de los planes y seguros privados de asistencia y salud; o la Ley 9.961, de 28 de enero de 2000, que creó la Agencia Nacional de Salud, como «órgano de regulación, control y fiscalización de las actividades que garantizan la asistencia complementaria a la salud» (art. 1). La Ley 8.078, de 11 de septiembre de 1990, de Código de defensa del consumidor, es reiteradamente aplicada por la jurisprudencia, especialmente para restringir abusos por parte de las aseguradoras de planes de salud en detrimento del consumidor. Ejemplo interesante de la jurisprudencia sobre el asunto está en lo acordado por el Superior Tribunal de Justicia, en el Recurso Especial (RESP) n° 668.216/SP, en que se consideró abusiva la cláusula de plan de salud que restringía la cobertura a sólo algunos tipos de tratamiento, lo que en la práctica equivalía a la propia ausencia de cobertura.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

ción del ordenamiento público y otras sanciones, incluso en términos de responsabilidad personal del administrador. Es importante, en este contexto, destacar que la tendencia más reciente de la jurisprudencia (lo que no significa que no haya divergencias) es ir más allá del criterio de necesidad económica del autor de la acción (por lo menos a los fines de intervención judicial). Por encima de todo, lo que también ha sido enfatizado es que se debe tratar como prestación indispensable del derecho a la vida de modo general encuadrado en la tutela del mínimo existencial, aunque en este particular la jurisprudencia sea en general bastante generosa y otorgue al derecho a la salud un contenido y ámbito de protección bastante abierto y alineado con el concepto amplio de salud de la Organización Mundial de la Salud. Igualmente importante es la previsión de algunas leyes especiales (como es el caso de abastecimiento de medicamentos) de la necesidad de comprobar la falta de condiciones para costear la compra de los medicamentos con recursos propios, lo que, sumado a una serie de decisiones judiciales que exigen la prueba de la carencia, ha revalorizado de forma creciente los principios de solidaridad y subsidiariedad en el sistema brasileño.

6.2.2. El derecho a la educación

También el derecho fundamental social a la educación obtiene reconocimiento expreso en el artículo 6 CRFB. Ya en los artículos 205 a 214 se encuentran delineados los contornos esenciales de este derecho fundamental. Basta lanzar una mirada breve sobre estas disposiciones para percibir las contundentes distinciones en lo que concierne a su técnica de positivización, a su función como derechos fundamentales, bien como (por vía de consecuencia) en cuanto a su eficacia. El artículo 205, al disponer que «la educación, derecho de todos y deber del Estado y de la familia, será promovida e incentivada con la colaboración de la sociedad», está revelando una forma especialmente programática e impositiva (lo que no significa que no esté dotado de eficacia vinculante), puesto que establece fines genéricos a alcanzar y directrices a respetar por el Estado y por la Comunidad en la realización del derecho a la educación, tales como «el pleno desarrollo de la persona, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía y su calificación para el trabajo». En contrapartida, se vislumbra que el artículo 207 se caracteriza como típica garantía institucional fundamental, asegurando la autonomía universitaria, lo que ya fue objeto de reconocimiento incluso por el Supremo Tribunal Federal, aunque esta autonomía no asegurase a las Universidades una absoluta independencia de cara al Estado.

En el artículo 206, que contiene normas sobre los principios que se disponen sobre la educación en general, se encuentran diversos dispositivos

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

que inequívocamente son directamente aplicables y dotados de plena eficacia. Es el caso, por ejemplo, de la garantía de la igualdad de condiciones para el acceso y permanencia en la escuela (inc. I), que constituye la concreción del principio de la igualdad y que ha sido, a pesar de una gran controversia, objeto de creciente implantación en Brasil, especialmente en cuanto al acceso a la enseñanza superior, asegurado por medio de la garantía de un sistema de cuotas para pobres (ingresos en el sistema público de enseñanza), negros y determinadas minorías. En el mismo contexto puede ser citado el inciso II, que consagra la libertad de aprendizaje, de enseñanza, de investigación y de divulgación de pensamiento, del arte y del saber. También la norma contenida en el inciso IV, que prevé la gratuidad de la enseñanza pública en los establecimientos oficiales, no reclama cualquier acto de mediación legislativa, generando un derecho subjetivo a la gratuidad (no cobro) de la enseñanza pública. Se percibe, por tanto, que en el ámbito de un derecho general a la educación existen diversas posiciones fundamentales de naturaleza jurídico-subjetiva.

El artículo 208 CRFB asegura la enseñanza fundamental obligatoria y gratuita, incluso para los que no tuvieron acceso en su momento (edad apropiada, inc. I). Más allá de eso, en su apartado 1 prescribe que «el acceso a la enseñanza obligatoria y gratuita es un derecho público subjetivo». Además, en el apartado 2 está prevista la posibilidad de responsabilizar a la autoridad competente por la falta de prestación de una oferta regular de enseñanza obligatoria gratuita, responsabilidad ésta que también puede ser atribuida a los padres y responsables (art. 227 CRFB), estableciéndose una serie de acciones estatales y sociales en este sentido, así como un número significativo de decisiones judiciales. Es justamente con apoyo en esta constelación normativa que importantes sectores de la doctrina se posicionan favorablemente al reconocimiento de un derecho subjetivo individual a una plaza en un establecimiento oficial en el ámbito de la enseñanza obligatoria y gratuita, lo que el Supremo Tribunal Federal también reconoce recientemente con respecto al derecho de los niños de cero a seis años de edad de acceso a una guardería dispuesta por el poder público, con base en lo dispuesto en el artículo 208.IV CRFB (Diário de Justiça, de 3 de septiembre de 2009).

6.2.3. El derecho a la vivienda

Aunque ya hubo referencias anteriores en la Constitución sobre la vivienda, su inclusión como derecho fundamental propiamente dicho sucedió sólo por medio de la enmienda constitucional en el año 2000, retraso que en parte se atribuye a las resistencias de Brasil en relación a los diversos aspectos regulados en los instrumentos internacionales sobre la materia. Ac-

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

tualmente, en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, prevalece la comprensión de que se trata de un derecho fundamental, de fuerte contenido existencial y que ha sido incluso comprendido como un derecho de personalidad, por lo menos en aquello en que es vinculado a la propia dignidad de la persona humana y a las condiciones para el pleno desarrollo de su personalidad. En lo concerniente a su contenido, existe consenso sustancial en que el derecho a la vivienda no se confunde con el derecho de propiedad, registrándose, de otra parte, el esfuerzo legislativo y jurisprudencial en el sentido de recibir y, en algunos casos, adecuar al contexto interno, los criterios materiales desarrollados en el ámbito del sistema internacional.

En su condición como derecho de defensa (negativo) la vivienda se encuentra protegida contra la violación por parte del Estado y de los particulares, en el sentido de prohibirse que una persona sea privada arbitrariamente y sin alternativas de una vivienda digna. En este contexto, destaca la legislación que prohíbe el embargo del llamado bien de familia, considerándose como tal el inmueble que sirve de vivienda al deudor y a su familia (Ley 8009/1990, art. 3). Tanto los Tribunales ordinarios provinciales y federales como el Superior Tribunal de Justicia (que no se confunde con el Supremo Tribunal Federal, pues opera como instancia definitiva en la interpretación del derecho infraconstitucional) han dictado un número significativo de decisiones, de las cuales buena parte son favorables a la protección de la vivienda. Un caso bastante polémico y que atañe a la constitucionalidad de las excepciones legales es la regla general de la inembargabilidad del único inmueble residencial. Aunque hasta hace poco tiempo un gran número de decisiones, especialmente de Tribunales ordinarios, consideró inconstitucional la previsión legal que permite el embargo del inmueble del fiador en contratos de arrendamiento, el Supremo Tribunal Federal, en una decisión relativamente reciente (febrero de 2006), ha reconocido la compatibilidad del embargo con el derecho a la vivienda, afirmando que es necesario asegurar el acceso a la vivienda por medio de oferta de inmuebles para ser alquilados, más aún cuando el bien haya sido libremente dado en garantía. Es preciso recordar que la propia CRFB, en su artículo 5.XXVI, asegura la inembargabilidad de la pequeña propiedad rural trabajada por la familia, además de imponer al Poder Legislativo la creación de medios de financiación de la propiedad rural productiva.

En el ámbito de lo que se podría denominar dimensión prestacional del derecho a la vivienda y de su concreción por el Poder Legislativo y por la Administración Pública, uno de los instrumentos más importantes, que apenas ahora está siendo objeto de regulación e implementación gradual, es la Ley 10.257, de 10 de junio de 2001, denominada «Estatuto de la Ciudad»,

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

que tiene como principal meta dar efectividad a las directrices constitucionales en materia de política urbana y que ha contribuido a difundir la idea de un verdadero derecho a la ciudad. Dentro de los instrumentos previstos en el Estatuto, se destacan los siguientes: a) las operaciones urbanas consorciadas, en que el poder público y los particulares actúan de forma conjunta, «con el objetivo de alcanzar en un área transformaciones urbanísticas estructurales, mejorías sociales y valorización ambiental»; b) el estudio de impacto de vecindad (EIV), cuyo contenido mínimo está previsto por el artículo 37 de la Ley y que tiene por meta verificar los aspectos positivos y negativos de la actividad que se pretenda desarrollar sobre la calidad de vida de la población residente en el área y en las proximidades, quedando a disposición para la consulta de cualquier interesado, junto al órgano municipal competente; c) la usucapión colectiva de las áreas urbanas ocupadas por la población de baja renta y en las cuales no sea posible la individualización de los terrenos, siendo declarada judicialmente y constituyendo, a partir de entonces, condominio indivisible, con el establecimiento de la propiedad de una fracción para cada individuo (art. 10).

6.3. GARANTÍAS

Los derechos fundamentales sociales de la CRFB se encuentran asegurados por un conjunto de garantías constitucionales expresas e implícitas, que han sido objeto de amplia discusión doctrinal y jurisprudencial. De entre tales garantías destacan, en primera línea, la afirmación de la aplicabilidad inmediata (directa) de las normas de derechos fundamentales y la inclusión de los derechos sociales en el elenco de los límites materiales en la reforma constitucional.

En lo que señala como primera garantía, que caracteriza al régimen jurídico de los derechos fundamentales, la doctrina mayoritaria (y, de modo general, también jurisprudencia expresa) reconoce que también los derechos sociales están sujetos al régimen establecido por el artículo 5 CRFB, que estipula que las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales son directamente aplicables, en otras palabras, que no dependen para el reconocimiento de sus efectos jurídicos y para su aplicación de una intermediación (reglamentación) por los órganos legislativos. En términos generales, tal comprensión ha servido como fundamento para un creciente número de acciones judiciales, resultando incluso en innumerables casos, el reconocimiento por el Poder Judicial y mediante petición de particulares, organizaciones sociales, Ministerio Público y Defensorías Públicas, de derechos subjetivos negativos y positivos (también llamados de derechos de defensa y derechos a prestaciones, de acuerdo con la tradición alemana) en materia de derechos

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

sociales, como bien demuestran los diversos ejemplos ya citados en el campo de los derechos a la salud, educación y vivienda, pero que también abarcan cuestiones respecto a la tutela ambiental, asistencia y previsión social, protección a la infancia y juventud y legitimación de acciones afirmativas, entre otros. De otra parte, la efectividad del artículo 5 CRFB se encuentra vinculada con los instrumentos procesales, las estructuras organizacionales y el sistema de control de constitucionalidad, que integran el conjunto de las garantías y sobre los cuales nos manifestaremos más adelante.

Otra importante garantía reside en el entendimiento mayoritario de que los derechos sociales son protegidos contra una supresión y erosión (en el sentido de una tutela del núcleo esencial de los principios y derechos fundamentales) por el poder de reforma constitucional a fuerza de una interpretación necesariamente extensiva del artículo 60 CRFB, donde están establecidos los límites materiales a la reforma constitucional.

A partir de la influencia de la doctrina constitucional extranjera, sobre todo portuguesa y española, la doctrina brasileña, y paulatinamente también la jurisprudencia, viene reconociendo la vigencia, en cuanto garantía constitucional implícita, del principio de prohibición de retroceso social, para impedir que el legislador ordinario, por la derogación o alteración de la legislación infraconstitucional, desconsidere o afecte gravemente el grado de concreción ya atribuido a un determinado derecho fundamental, traduciéndose, con ello, en una violación a la propia CRFB. No se está hablando aquí de una alteración del texto constitucional (objeto de protección específica mediante los límites formales y materiales al poder de reforma constitucional), se trata de la protección contra actos que, bajo una aparente legalidad, chocan con el ámbito de garantía ya hecho efectivo de los derechos fundamentales, y de los derechos sociales en especial, hipótesis que, por eso, podrá ser siempre impugnada judicialmente, a fin que sea declarada inconstitucional. La prohibición de retroceso social se vincula también al principio de seguridad (consagrado, entre otros, por la capa de protección prevista en los arts. 5 y 6 CRFB, además del propio Preámbulo), que asegura la protección de la confianza del individuo y de la sociedad en el orden jurídico, y de modo especial en el orden constitucional, en el sentido de resguardo de cierta estabilidad y continuidad del y en el Derecho, especialmente en la preservación de un núcleo esencial de los derechos sociales. El principio de la prohibición de retroceso también ha sido vinculado a la obligación de implementación progresiva de los derechos sociales, tal y como prevé el Derecho internacional. De cualquier modo, la necesidad de adaptación de los sistemas de prestaciones sociales a las constantes transformaciones de la realidad no pueden justificar el desacuerdo entre los niveles de protección ya

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

alcanzados con determinado derecho fundamental social y la legislación reguladora que los defiende, siendo reconocido como inconstitucional.

Más allá de esos instrumentos, la protección otorgada por la CRFB a los derechos fundamentales también se da por medio de un complejo sistema de control de constitucionalidad, además de una serie de acciones constitucionales y de la previsión de instituciones específicas para la defensa de la sociedad (Ministerio Público), de las personas necesitadas (Defensoría Pública) y del propio Estado (Abogacía Pública).

El sistema de control de constitucionalidad brasileño es mixto, o sea, se admite el control difuso y el control concentrado de la constitucionalidad. A partir de la influencia norteamericana, se instituyó en el ámbito de la primera Constitución de la República (1891) el control difuso de la constitucionalidad, que puede ser ejercido por cualquier juez y en todos los grados de jurisdicción, asegurándose así la discusión amplia de la materia constitucional. La decisión final sobre el alegato de inconstitucionalidad, con todo, permanece a cargo del Supremo Tribunal Federal, que, por la vía del llamado recurso extraordinario (art. 102.III CRFB) decide la cuestión en los límites del proceso, esto es, de modo concreto y con efectos sólo *inter partes*. La atribución de efectos *erga omnes* a ese tipo de decisiones depende de un acto del Senado Federal que, por medio de resolución, suspende la eficacia de la ley. De acuerdo con la evolución más reciente, la propia jurisprudencia atribuye efectos *erga omnes* y eficacia vinculante a las decisiones proferidas en el ámbito del control difuso e incidental (concreto) de constitucionalidad, especialmente cuando han sido dictadas por la mayoría absoluta de los jueces integrantes del Tribunal. Al lado del sistema difuso, se encuentra vigente también el control concentrado de la constitucionalidad, en que la decisión del Supremo Tribunal Federal se da en abstracto y con efectos *erga omnes*, en los procesos llamados «objetivos», exactamente porque no discuten el proceso individual y concreto, pero (sí) la contraposición entre el acto cuestionado y la CRFB. Más allá de la acción directa de inconstitucionalidad del tratado o ley federal y la acción de inconstitucionalidad por omisión (muy poco utilizada), el sistema de control concentrado fue desarrollado desde 1988 y hoy cuenta también con la acción directa de constitucionalidad y el examen de incumplimiento del precepto constitucional. La Enmienda Constitucional n° 45/2004 acrecentó las decisiones definitivas en las acciones declaratorias de constitucionalidad y de inconstitucionalidad (el denominado efecto vinculante), volviéndose así de obligatoria observancia para todos los demás órganos del poder judicial, así como para la Administración Pública, en todas las esferas de la federación (art. 102.2 CRFB).

Además, la CRFB prevé procedimientos específicos para la salvaguarda

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

de la esfera de protección individual y colectiva, que han sido utilizados en la defensa de derechos fundamentales sociales. En términos de acciones individuales relevantes en materia de derechos sociales, se destacan las garantías previstas en el artículo 5: a) el mandato de seguridad, para la tutela de lesión o amenaza de lesión al derecho incontestable, esto es, aquel que goza de prueba pre-constituida (inc. LXIX); b) el mandato de cumplimiento, dirigido a la tutela judicial supletoria, que posibilita el ejercicio de los derechos fundamentales cuando no existe desarrollo legal de la Constitución o en los casos de omisión de providencias normativas por parte de la Administración Pública (inc. LXXI); y c) la acción popular, por medio de la cual cualquier ciudadano puede requerir la anulación del acto lesivo al patrimonio público, la moralidad administrativa, al medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural (inc. LXXIV). En términos de acciones colectivas, la CRFB también extendió el rol de las garantías constitucionales, previendo la posibilidad de que partidos políticos, organizaciones sindicales, entidades de clase o asociaciones realizaran mandatos de seguridad colectiva (inc. LXX), más allá de fijar, como atribución institucional del Ministerio Público (lo que no excluye la legitimidad activa de otras entidades, art. 129.I), el enjuiciamiento de acción civil pública, «para la protección del patrimonio público y social, de medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos» (art. 129.III).

Cabe señalar, a título de conclusión de ese brevísimo resumen, el relevante papel atribuido por la CRFB a las llamadas «Funciones esenciales a la Justicia», tales como el Ministerio Público (arts. 127 a 130-A), la Abogacía Pública (arts. 131 y 132) y la Defensoría Pública (arts. 133 a 134), todas ellas actuando preventivamente y represivamente por el Poder Judicial. Al Ministerio Público le fueron atribuidas las funciones de representación de la sociedad, la promoción privativa de la acción penal pública y un importantísimo papel en la tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos, incluyendo los derechos e intereses de las poblaciones indígenas, incluso delante de los poderes públicos (art. 129.I, II, III y V). A la Abogacía Pública le fue otorgada la función de representación judicial y extrajudicial del Estado, lo que incluye un relevante papel preventivo de consultoría jurídica y control interno, sobre todo en cuanto a la viabilidad de políticas públicas y la implementación de derechos fundamentales. La Defensoría Pública, finalmente ha asumido la función de orientar jurídicamente la defensa de los necesitados, concretando, ya en el texto constitucional, la garantía de asistencia jurídica integral y gratuita otorgada por el artículo 5. LXXIV CRFB, destacándose su actuación en materia de derechos sociales, especialmente en el ámbito de los derechos a la salud y a la vivienda. La legislación infraconstitucional, recientemente aseguró a la Defensoría Pública la legitimación activa para

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

iniciar la acción civil pública y actuar más directamente en la tutela de los intereses colectivos y difusos, aunque existe una acción presentada por la Confederación Nacional del Ministerio Público cuestionando la constitucionalidad de la legitimidad de la Defensoría Pública en estos casos, materia aún pendiente de sentencia por el Supremo Tribunal Federal.

7. COLOMBIA*

7.1. CONSTITUCIÓN

7.1.1. Antecedentes constitucionales

La Constitución de 1886, que rigió más de cien años en Colombia, no consagraba derechos sociales, sólo libertades civiles. La reforma constitucional de 1936 introdujo la enseñanza gratuita y obligatoria en las escuelas del Estado hasta el grado que determinara la ley (art. 14). Además estableció la asistencia pública como función del Estado y ordenó prestarla a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estuvieren físicamente incapacitadas para trabajar (art. 16). Dicha reforma erigió el trabajo como obligación social, le otorgó especial protección del Estado (art. 17) y garantizó el derecho de huelga (art. 20). El plebiscito de 1957 ordenó al Gobierno Nacional invertir no menos del diez por ciento (10 %) de su presupuesto general de gastos, en la educación pública. Colombia no consagraba antes de la expedición de la Constitución de 1991 derechos sociales diferentes a los mencionados.

7.1.2. El texto constitucional de 1991

La gran deuda social con la población fue reconocida por el Constituyente de 1991, quien en la consagración de una amplia carta de derechos incluyó derechos sociales, económicos y culturales en el Título I Capítulo 2 de la Carta Política. Es así como los derechos sociales se encuentran regulados en la actual Constitución en sus artículos 46, 47 y 48 (Seguridad Social), 49 (salud), 51 (vivienda), 53 a 55, 57 (trabajo)³³⁵ y 67 a 69 (educación)³³⁶.

* Por Rodolfo ARANGO.

335. El derecho de huelga, si bien es un derecho que hace parte de los derechos laborales, no es un derecho social sino como derecho de libertad. Para la distinción entre derechos sociales como derechos de prestación y derechos de libertad, ver ARANGO, 2005, pp. 37-58.

336. El Constituyente colombiano no diferencia entre los derechos sociales y los económicos o los culturales. Comparte así la confusión conceptual presente en la doctrina internacional y nacional sobre el tema. Derechos como el acceso al deporte, a la recreación (art. 52) y a la cultura (art. 70) son derechos culturales, los que no deberían ser agrupados con los derechos sociales. Lo mismo vale para los derechos