Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

PROPUESTAS CONCEPTUALES, PROCESALES Y COMPARATIVAS PARA INCREMENTAR LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES EN MÉXICO

Juan Manuel Acuña
Profesor de la Universidad Panamericana

1. Un recuento obligado

Las experiencias comparadas sobre exigibilidad judicial de derechos sociales han demostrado que, si bien la judicialización de conflictos que tienen por objeto a estos derechos puede presentar importantes dificultades, en otros casos, los inconvenientes no han sido mayores a los que pueden presentarse en casos que involucren otros derechos.

Acerca de los derechos sociales y su justiciabilidad, se han presentado objeciones de diversa naturaleza. Algunas, han estado motivadas por diferencias profundas acerca de las formas y métodos para lograr una sociedad justa (Hayek, 2008, 315), otras, se sostienen en la identificación de defectos exclusivos de los derechos sociales y que impedirían considerarlos como derechos (Atria, 2004, 46). Otros puntos de vista han resaltado los problemas generados por la intervención judicial sobre estos derechos (Rosenkrantz, 2003, 245).

No es objeto de este trabajo volver sobre las objeciones, pues en buena medida, varias de ellas han sido debidamente respondidas y superadas con argumentos de contraste o bien, han sido rebatidas con claridad. Sin embargo, vale la pena seguir insistiendo en remarcar algunas cuestiones, que, ante algunos nuevos desafíos que presenta la justiciabilidad de los derechos sociales, parecen ser soslayadas.

Para comenzar es preciso insistir en la necesidad de dejar atrás aquellas clasificaciones reduccionistas acerca de los derechos, como por ejemplo aquella que indicaba que los derechos sociales se distinguían de los civiles en que los primeros se satisfacían con el cumplimiento de obligaciones positivas y los segundos de obligaciones negativas. Otras clasificaciones dan cuenta de la complejidad de las

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

obligaciones implicadas en los derechos en general y han demostrado que los llamados derechos civiles, también requieren el cumplimiento de obligaciones prestacionales para su satisfacción (Alexy, 1997, 427 y ss).

Resulta necesario descartar también ideas simplistas como aquellas que postulan que solo los derechos sociales cuestan dinero, porque solo ellos tienen carácter prestacional. En general, todos los derechos requieren dinero para su cumplimiento. Sin embargo, en el caso de los derechos sociales, siempre se requiere de un satisfactor material y esta característica plantea particularidades que deben ser atendidas (Arcidiácono y Gamallo, 2011, 70). Reconocer esto, no busca volver a la carga sobre los derechos sociales, sino establecer que un análisis correcto debe comenzar por reconocer la gran variedad de obligaciones implicadas en los derechos sociales y por ende, la variedad de comportamientos estatales que eventualmente podrán ser exigidos para su cumplimiento. En buena medida, la existencia de una política pública mitigará las dificultades para la adjudicación y por el contrario, su ausencia, incrementará las complejidades de la labor de la justicia.

La positivización de derechos en general y de los sociales en particular, impone una agenda de estado a la agenda de gobierno y esto debe traducirse en el permanente trabajo para el desarrollo de lo que Ferrajoli denomina garantías primarias (2011, 631). Así, las dificultades derivadas del contenido compuesto por satisfactores materiales de los derechos no son iguales para todos los casos, sino que serán particularmente graves en aquellos reclamos sobre prestaciones exigibles en términos normativos, pero no contempladas por políticas públicas y por ende no presupuestadas. Cuando la prestación exigida esta presupuestada y se trata de un incumplimiento de la autoridad, las dificultades deberían ser menores o bien, diferentes los medios que eventualmente los jueces deberían determinar para su cumplimiento. Dicho esto, es preciso considerar que cuando se trate de los derechos sociales y su justiciabilidad, es necesario efectuar algunas distinciones.

2. Distinciones necesarias

Las críticas que en general se apuntan a los derechos sociales y su justiciabilidad, incurren en un problema común, consistente en hacer generalizaciones que no solo simplifican el panorama, omitiendo distinciones analíticas y conceptuales, sino que pueden tener un efecto negativo a la hora de adjudicar estos derechos. A continuación, se presentan algunas de estas distinciones necesarias.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

A. Según el objeto reclamado y el desarrollo de garantías primarias

Amén del carácter positivo y negativo que pueden tener las obligaciones implicadas en los derechos sociales, o del carácter activo u omisivo de la conducta de la autoridad, o si lo que se busca es la no eliminación de una posición jurídica, o se persigue evitar una medida regresiva, etc., en todos esos casos, es preciso asumir que en última instancia, los derechos sociales requerirán satisfactores materiales. Así, la presencia o ausencia de esos satisfactores en una política pública, nos obligan a realizar distinciones en orden a comprender las diferentes maneras de protección judicial y los problemas que, con ocasión de esa protección, pueden presentarse en atención a si ese satisfactor esta previsto o no, incluso, determinará la instancia adecuada de protección y la forma de intervención judicial requerida.

Así, los supuestos de reclamos en materia de demanda de prestaciones o su privación, podrían agruparse de la siguiente manera: i) sobre prestaciones contempladas y presupuestadas; ii) sobre prestaciones contempladas e incumplidas, iii) sobre prestaciones parcialmente cumplidas, iv) sobre prestaciones que deberían estar incluidas en políticas públicas y no lo están y por ende no están presupuestadas y v) sobre prestaciones no contempladas y de discutida inclusión. Estos supuestos generarán que los órganos judiciales encargados de la protección de los derechos implicados, deban intervenir de maneras diferentes, con intensidades variadas y mediante la adopción de medidas diversas.

Si echamos una mirada a los datos, el estudio realizado por Eli Yamin, Parra Vera y Gianella, sobre Colombia con base en estudios de la Defensoría del Pueblo y de la Procuraduría General y en relación al derecho a la salud, indican que entre el año 2003 y 2008, el 54% de las acciones de tutela entabladas, se relacionaron con tratamientos y servicios ya establecidos en el programa obligatorio de salud; entre 2006 y 2008, 75% de las cirugías, 63% de los estudios, 67% de los tratamientos y 78% de los procedimientos, eran servicios establecidos en el programa obligatorio de salud (2013, 127-157). En Brasil, los datos al respecto no son concluyentes (Motta Ferraz, 97-126), sin embargo, otras fuentes indican que por ejemplo a nivel federal, en el año 2009, las sentencias judiciales que obligaron al estado a proveer 35 drogas no disponibles en el mercado, representaron poco más del 78% de los costos de todos los litigios sobre el derecho a la salud (Motta Ferraz, 2013, 120). Como se aprecia, los números de Brasil indican una realidad diversa a la colombiana y manifiestan, ya no solo las dificultades de establecer generalizaciones en relación a los derechos en si, sino también, en atención al país de que se trate.

Las mayores complejidades para la intervención judicial, se pueden presentar en aquellos casos en los cuales no existe política pública o esta resulta claramente

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

insuficiente para alcanzar el estándar normativo en el caso. Sin embargo, en estos casos, existen bases normativas que servirán para orientar el trabajo judicial; por un lado, los contenidos mínimos que en el caso de cada derecho social deben ser satisfechos en cualquier circunstancia y por otro, el de las obligaciones inmediatas que no pueden aguardar a su determinación en políticas públicas.

La Observación General número 3 sobre la índole de las obligaciones de los Estados parte del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, resulta central para comprender aquello que los estados deben garantizar como contenidos inmediatos y mínimos, sin importar las circunstancias o la ausencia de previsiones en políticas públicas. En relación a los contenidos inmediatos, la observación citada establece que, si bien el Pacto contempla la realización paulatina de los derechos sociales, establece obligaciones de cumplimiento inmediato, entre ellas, la de garantizar los derechos sin discriminación y la obligación de adoptar medidas[1]. En relación a los niveles mínimos de satisfacción, el mismo documento establece que corresponde a los estados partes «*una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y viviendas básicas, o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto*»[2].

B. Según el tipo de litigio

Las posiciones refractarias a la judicialización de conflictos sobre derechos sociales tampoco suelen tomar en cuenta los diversos tipos de litigios en los cuales pueden tener lugar los reclamos sobre estos derechos y las críticas o el señalamiento de dificultades se esgrimen sin considerar tan importante cuestión. La experiencia ha mostrado que los litigios individuales pueden resultar menos complejos que litigios colectivos e incluso que litigios de tipo estructural y la naturaleza del litigio determinará formas diversas de intervención judicial que a su vez podrán resultar más o menos eficientes, más o menos intensas.

En este sentido, muchas de las tradicionales objeciones fueron dirigidas a la justicia sin tomar en cuenta los diversos tipos de litigios, como si en todos ellos la intervención judicial requerida fuere idéntica y pudiera generar el mismo impacto. Estas críticas se enmarcaron dentro del tema más amplio del control judicial de la

[1] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº: 3, La índole de las obligaciones de los Estado partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, quinto período de sesiones, 1990. Párr. 1 y 2.

[2] *Ibidem,* párr. 10.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

economía. Rodrigo Uprimny, en un estupendo trabajo publicado hace ya varios años, sintetizó las críticas a la intervención de los jueces en temas económicos y ofreció respuestas robustas para contestar a los críticos (2001, 145-183). Las principales objeciones señaladas en aquel trabajo fueron: i) la falta de conocimientos técnicos por parte de los jueces que resultan necesarios en litigios sobre derechos sociales, ii) la tendencia de los jueces a no tomar en cuenta las restricciones del presupuesto, iii) el peligro a que los jueces decidan sobre el gasto público reemplazando ilegítimamente a las autoridades democráticamente elegidas y iv) el peligro a constitucionalizar un cierto modelo de desarrollo, a la luz de las preferencias de los jueces, entre otras (Uprimny, 2001, 148).

A las objeciones apuntadas, subyacen dos cuestiones de naturaleza más general, por un lado, la cuestión del carácter contramayoritario del poder judicial que no abordaremos en este trabajo y por otro, la falta de pensamiento comprensivo de los jueces a la que nos referiremos aquí, y que consistiría en la imposibilidad o dificultad para mensurar adecuadamente las consecuencias —potencialmente negativas— de sus decisiones. Esta dificultad ha sido señalada por Rosenkrantz, al analizar la intervención judicial en materia de derechos sociales a partir del concepto de «*tecnología perfecta de justicia*», propuesto por Bruce Ackerman, y que consiste en la capacidad de implementar las conclusiones sustantivas a las que podríamos llegar si nos embarcáramos en un diálogo neutral acerca de cómo organizar la sociedad. En su opinión, los jueces carecen de esa capacidad y en consecuencia se encuentran impedidos de saber de qué manera la justicia puede ser satisfecha en escala social. La causa de esa imposibilidad se debe a que los jueces solo estarían habilitados para resolver confrontaciones bipolares y en consecuencia focalizarían su análisis en sus intereses y no podrían contemplar los intereses de quienes no se presentan ante sus estrados y que podrían ser eventualmente afectados por la decisión que se adopte. La no participación de los afectados les impediría acceder al conocimiento de cuestiones implicadas. Con base en esto, el autor concluye que los tribunales no son los lugares adecuados para luchar contra la desigualdad (Rosenkrantz, 2003, 245).

El problema que observamos en esta crítica, es que no contempla algunas distinciones que consideramos necesarias. En primer lugar, la lucha por la desigualdad en la mayoría de los casos no comienza en los tribunales, sino en los grandes acuerdos que se han plasmado en tratados internacionales, constituciones, leyes y políticas públicas, que reconocen y desarrollan derechos sociales. Así, cuando la justicia es llamada para resolver conflictos que involucran derechos sociales y concede razón a quien reclama, está cumpliendo su función institucional, consistente en operar las garantías secundarias de naturaleza procesal, que se activan cuando no se cumplen los derechos, del tipo que estos sean. Es decir, la discusión acerca de la forma de luchar contra la desigualdad, ya se inició, de manera previa,

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

en instancias deliberativas, constituyentes, legislativas y otras, que decidieron reconocer esos derechos y desarrollarlos.

En segundo lugar, aquello que le toque hacer a la justicia ante los reclamos sobre estos derechos, tampoco será siempre lo mismo. Nuevamente, el tipo de litigio y el objeto de controversia, determinará formas diversas de intervención judicial, que ciertamente, serán unas más fuertes que otras, pero diversas, y por ello, ameritan ser evaluadas de manera diferente. La objeción que estamos comentando, así planteada, a nuestro juicio provoca otro tipo de equívocos, uno de ellos es el generado por la llamada y aparente paradoja de la judicialización, tema que abordaremos más adelante.

Con las distinciones apuntadas, no se busca eludir las dificultades que pueden presentarse respecto a los derechos sociales y su exigibilidad judicial, sino más bien, identificarlas, asumirlas y pensar en formas de intervención judicial diferentes, que se hagan cargo de esas dificultades (Uprimny, 2003, 172). Esto es exactamente lo que se ha hecho en los años pasados y en la siguiente sección, comentaremos algunas de esas formas.

C. Según la forma de intervención en la política pública

Para identificar y organizar las formas de intervención judicial mencionadas seguiremos, aunque con variaciones menores, la clasificación elaborada en su momento por Víctor Abramovich, quien distinguió cuatro formas básicas de adjudicación y las ejemplificaremos con algunos casos resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

Comenzaremos por la que posiblemente sea la forma más robusta de intervención. La *Invalidación de políticas públicas*, ya sea en aspectos parciales o totales y operando sobre leyes o reglamentos (Abramovich, 2009, 51). Un caso que ejemplifica esta forma de intervención es el de la «Gratuidad de la Educación Universitaria», resuelto en el amparo en revisión 750/2015, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Mediante reforma constitucional a la constitución del Estado de Michoacán de 2010, se determinó que toda la educación que el Estado imparta, sería gratuita y específicamente se incluyó a la educación superior o universitaria. En seguimiento a esta determinación de la constitución local, el Gobierno del Estado y la Universidad Pública firmaron un convenio para que se traspasen los fondos requeridos para tales efectos por la Universidad. Tiempo después, para el período 2012-2013, el convenio fue revocado y la Universidad reinició el cobro de cuotas. En contra de esta decisión se promovió juicio de amparo indirecto para que el Estado y la Universidad cumplieran con la previsión constitucional y dejen de cobrar las cuotas. El Juzgado de Distrito concedió el amparo y en contra

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

de esa decisión, el Estado y la Universidad promovieron recurso de revisión que sería resuelto por la Primera Sala de la Corte. Las autoridades, en lo sustancial, alegaron, por un lado, que el derecho a la educación no es absoluto y en segundo lugar, que la Universidad enfrenta una crisis económica y por ello no puede proporcionar educación gratuita. En definitiva, su argumento central fue que la alegada falta de recursos era una razón suficiente para restringir el derecho a la educación mediante una medida regresiva justificada. La Corte, en el estudio de fondo, realizara un completo análisis del principio de progresividad y en lo principal, sostendrá que el principio de progresividad y no regresividad, admite que bajo ciertas circunstancias, se deban admitir regresiones a los derechos, que dichas circunstancias deberán ser sometidas a un escrutinio estricto, que la autoridad debe justificar plenamente la medida regresiva y por ende, recae en ella la carga de probar fehacientemente la situación de carencia que justificaría la medida. También, y siguiendo los estándares interpretativos internacionales, particularmente los establecidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, además de la carencia de recursos, el estado debe probar que se desplegaron todos los esfuerzos posibles para obtener los recursos a su disposición y demostrar además que, en todo caso, el máximo de los recursos disponibles se aplicó para tutelar otro derecho humano, y que la importancia relativa de satisfacerlo era mayor[3].

En nuestra opinión, en este caso la intervención judicial estuvo orientada a dos cosas, por un lado, a hacer cumplir una decisión del poder revisor de la constitución local, que determinó elevar el nivel de disfrute de un derecho, por encima del nivel federal, es decir, se trató de resguardar una decisión política de relevancia; en segundo lugar, se determinó que la autoridad debe justificar la decisión de no honrar esa decisión constitucional, dentro del marco que permite el principio de regresividad y bajo los estándares específicos y determinados, frutos de la evolución interpretativa del propio principio.

En el caso conocido como Laguna del carpintero, que fuera resuelto por la 1ª Sala de la Suprema Corte, en el AR 307/2016, se invalidó un proyecto de parque ecológico denominado: «Construcción de parque temático ecológico Laguna del Carpintero» en el Municipio de Tampico, Tamaulipas. Se trató de un juicio de amparo que presentaron dos vecinos contra la construcción del parque ecológico porque afectaría el humedal denominado *Laguna del Carpintero*, zona en la cual existen especies protegidas de mangle. El parque se pretendía construir en una zona contigua al humedal, de hecho, en el juicio de comprobó que la zona destinada a la construcción del parque, formaba parte del humedal.

Las quejosas alegaron violado el derecho al medio ambiente sano y adujeron poseer un interés legítimo. Su legitimación activa no fue reconocida en primera

[3] Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1ª. Sala. AR 750/2015, párr., 169 y ss.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

instancia, lo que llevó al sobreseimiento de la acción. Sin embargo, la Suprema Corte comprendió que el interés legítimo surge de la especial situación que guarda la persona o comunidad con el ecosistema vulnerado o en riesgo de serlo y si se beneficia o aprovecha el ecosistema. Para configurar la legitimación activa de los quejosos, se valió del concepto de «entorno adyacente» que permite a su vez identificar que el humedal tiene un área de influencia que incluye como mínimo a los vecinos de Tampico quienes se benefician de forma clara y directa del humedal de múltiples maneras.

Lo cierto es que, si bien la Suprema Corte realizó un interesante trabajo argumentativo a partir de la identificación de principios rectores en materia de derecho al medio ambiente desarrollados en el ámbito internacional, no fue necesario recurrir a nada más allá de la constitución y las leyes rectoras en la materia para identificar las obligaciones claramente definidas para la autoridad que estaban siendo incumplidas por esta. Así, la Corte se valió de la Ley General de Vida Silvestre que prohíbe la remoción, relleno, trasplante, poda o cualquier obra o actividad que afecte la integridad hídrica de los manglares (art. 60). Además, la autoridad no contaba con la autorización de impacto ambiental, según lo exige el art. 28 de la Ley General de Equilibrio Ecológico. La falta de esta autorización resultó relevante para la intervención de la Corte, puestos que mediante dicha autorización, se evalúa el riesgo que para el ambiente implica la obra y se protege al medio ambiente de los riesgos que eventualmente identifique el estudio que supone la autorización. En sentido contrario, argumentó la Corte, la falta de autorización implica desprotección al medio ambiente, causada por la introducción de un riesgo generado por la falta de estudio respecto de los daños que eventualmente podría sufrir el medio ambiente.

En consecuencia, la Corte ordenará detener las obras y dictará una serie de medidas que hacen de esta sentencia una verdaderamente relevante. Primero, abordará la cuestión sobre la posible incompatibilidad entre la relatividad de la sentencia de amparo, que implica que los efectos de la decisión impacten en los quejosos y solo en ellos, y los efectos amplios que tendrá en este caso, debido a que la sentencia beneficiará a personas ajenas al juicio. Acerca de esta cuestión sostendrá la Corte dos cosas, la primera, que es preciso compatibilizar los medios de defensa con la exigencia de proteger derechos de incidencia colectiva y segundo, que la relatividad de las sentencias no puede ser obstáculo para la protección del derecho al medio ambiente.

Asimismo, la Corte recurrirá a formas de intervención deferente hacia las autoridades implicadas, a las cuales no reemplazará en el diseño de la política pública de recuperación y conservación del humedal, sino que les indicará la obligación de llevar a cabo ciertas actividades con el apoyo de autoridades coadyuvantes. Puntualmente establecerá: i) que la Comisión Nacional para el conocimiento y

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

uso de la Biodiversidad, como autoridad coadyuvante, elabore un «proyecto de recuperación y conservación del área de manglar ubicada en la Laguna del Carpintero» ii) Designará a la Comisión Nacional Forestal como autoridad para auxiliar en la elaboración del «proyecto», iii) Convocará también a la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) para que elabore un programa de trabajo para la implementación del «proyecto», con actividades detalladas que deberán implementar las autoridades federales, municipales y la empresa responsable como tercero interesado. Asimismo, este plan deberá establecer un cronograma de actuación con objetivos a corto, medio y largo plazo, iv) El proyecto, deberá ser financiado por el municipio y la empresa tercera responsable y para el monto del mismo, deberá considerarse que ambos cometieron infracciones previstas en la Ley General de Vida Silvestre, v) También, convocará a la Procuraduría Federal de Protección al medio ambiente que estará encargada de vigilar el cumplimiento del proyecto y vi) Para el cumplimiento de la ejecutoria de la sentencia, el Juez de distrito interviniente deberá vigilar el cumplimiento y durante ese tiempo, la SEMARNAT deberá enviar a la Corte y al Juez, un informe bimestral sobre los avances del proyecto[4].

Como se puede observar, la medida principal consistió en invalidar el proyecto de parque ecológico, sin embargo, para la identificación de las obligaciones incumplidas por parte de la autoridad, la Corte siguió las leyes en la materia. En términos de cumplimiento, introdujo formas de intervención novedosas para el sistema mexicano, que permiten que las autoridades expertas en los temas, den forma a la política pública para la recuperación de las zonas afectadas.

Otra vía de actuación ha consistido en *ordenar la implementación de políticas públicas definidas pero no ejecutadas*. En estos casos la administración pública ha diseñado la política pública o bien ha tomado una determinación sobre dicha política, pero no se han implementado (Abramovich, 2009, 50).

En México hace pocos años, la Suprema Corte resolvió el amparo en revisión 378/2014, conocido como «Pabellón 13» cuyos hechos relevantes fueron los siguientes: con el objetivo de brindar atención adecuada a la salud de los pacientes con VIH, el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias solicitó al órgano competente, denominado: Comité Técnico del Fideicomiso del Sistema de Protección de la Salud, dinero para desarrollar un proyecto de remodelación del pabellón 4 del hospital, destinado a la internación de los pacientes con VIH. Reconociendo que el instituto no contaba con las instalaciones adecuadas de acuerdo a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, el proyecto fue aprobado. Posteriormente, el Instituto solicitó que el proyecto de remodelación sea sustituido por otro para construir un nuevo pabellón. El comité canceló el

[4] Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. AR 307/2016.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

proyecto de remodelación y encargó un proyecto ejecutivo para tal fin. El proyecto fue concluido y el Instituto solicitó el dinero para dar inicio a las obras, sin embargo, la ejecución se detuvo porque la autoridad alegó falta de recursos para afrontar el nuevo proyecto.

Un grupo de personas afectadas interpuso juicio de amparo contra esta decisión. Cuando el amparo llegó en revisión a la Corte, se consideró que la cuestión jurídica a dilucidar consistía en determinar si las condiciones en las cuales se estaba tratando a los pacientes eran acordes con las obligaciones surgidas principalmente de los artículos 2 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o, por el contrario, estaban siendo indebidamente expuestos a riesgos de infecciones. Consideró que el pabellón no contaba con las condiciones requeridas y por tanto decidió conceder los amparos. La Corte determinó además que el estado no acreditó la escases de recursos como para considerar cumplido el deber de la autoridad de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles. En relación a lo ordenado en la sentencia, las medidas determinadas fueron las siguientes: i). que los demandados consideraran cuál de las dos medidas resultaba más apropiada: la remodelación o la construcción del nuevo pabellón y ii) que, si estas medidas no fueran compatibles con las posibilidades, que los quejosos sean atendidos en otro hospital que brinde los servicios requeridos[5].

En este caso, la justicia no sustituyó a la autoridad competente. Fue la propia autoridad la que identificó la necesidad y así reconoció la afectación y el riesgo a la salud de los pacientes. De esta forma, cuando la autoridad desenvuelve su actividad para diseñar una política pública, no lo hace por su gracia, por caridad o filantropía, sino que asume una obligación que se corresponde con, en este caso, el derecho a la protección de la salud de los pacientes de ese hospital. La autoridad judicial en este caso, hará que la autoridad cumpla con una obligación que asumió y respecto a la cual modeló la forma de cumplir.

Más adelante regresaremos sobre este caso que genera algunos interrogantes, sobre todo acerca de las opciones que la Corte brinda a la autoridad para el cumplimiento, y que parecen no ceñirse a lo que en el caso el derecho demandaría, en atención a las necesidades de los reclamantes.

Otro caso interesante de esta forma de intervención lo ofrece la Controversia Constitucional 38/2015, con cuya resolución, se ordenó al Estado de Oaxaca, la construcción de la ampliación del hospital del Municipio de Huajuapan de León. A partir de una serie de hechos que evidenciaron la insuficiencia del hospital, el gobierno anuncia la obra de ampliación. Posteriormente, el Municipio donó el terreno para llevar a cabo las obras. El gobierno estatal, inicia las gestiones para la obtención de fondos ante las autoridades federales, sin embargo, no los concluyó

[5] Suprema Corte de Justicia de la Nación. Segunda Sala. AR 378/2014.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

y, en consecuencia, los fondos no se obtuvieron. El municipio, en su controversia, atacará la omisión del estado local para conseguir los fondos para la ampliación, mediante el mecanismo de coordinación con el gobierno federal. La Corte entenderá que, si bien el Municipio no es la autoridad encargada de operar el hospital ni de prestar directamente los servicios de salud, la determinación del Municipio de donar parte de su patrimonio para la ampliación, es una medida encaminada a la satisfacción del derecho a la salud de sus habitantes, y el incumplimiento del estado, frustra el cumplimiento de estas medidas iniciadas por el Municipio, en cumplimiento de sus competencias. Por lo tanto, determinó que el gobierno local debe llevar a cabo todas las acciones necesarias para iniciar en breve las obras de ampliación. Los efectos de la decisión resultan interesantes: i) se estableció que el gobernador del estado debe, en el plazo de 30 días, notificar a la Corte las acciones específicas emprendidas para iniciar las obras, ii), se deberá informar periódicamente sobre el avance de las obras y iii) en un plazo de 18 meses, el hospital deberá comenzar a prestar servicios.

En este caso, a diferencia de los anteriores, se aprecia un trabajo judicial más fuerte, por dos razones, primero, por establecer un plazo para la finalización de las obras, segundo, por la interesante interpretación desarrollada en el marco de una controversia constitucional, para comprender que la omisión del estado, impide el cumplimiento de las competencias del municipio, aunque no dependa de este la operación del hospital ni la prestación de los servicios de salud. Las afectaciones a las competencias del municipio se identifican a partir de la coordinación que ambos niveles de gobierno iniciaron luego del anuncio del gobierno local para llevar a cabo las obras de ampliación. De esta forma, se amplia el espectro tuitivo de las controversias constitucionales[6].

La siguiente vía de intervención consiste en la *definición de políticas publicas por aplicación directa de principios constitucionales o bien la redefinición de las políticas públicas por su carácter excluyente*. Esta forma de intervención puede motivar cambios de naturaleza estructural de diferente intensidad. En el primer supuesto, los jueces imponen a las autoridades prestaciones que se derivan de principios constitucionales y que no están siendo contempladas por los programas vigentes. En el segundo supuesto, la interpretación judicial de los principios constitucionales no impone a la autoridad la generación de prestaciones no brindadas, sino la extensión de prestaciones a grupos no incluidos en el diseño originario de la política pública en cuestión (Abramovich, 2009, 52 y ss).

Un ejemplo de la primera variante de intervención lo encontramos en el caso conocido como «Mini Numa» resuelto por la justicia federal de México. La sentencia del juez de distrito determinó que la autoridad de salud del Estado de

[6] Suprema Corte de Justicia de la Nación. Controversia Constitucional 38/2015.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

Guerrero, debía construir una casa de salud para brindar atención primaria a la comunidad de Mini Numa ubicada en la sierra de Guerrero, aunque la política pública de salud del estado no contemplara dicha prestación. El juez consideró que, dadas las condiciones del lugar, el plan de salud no garantizaba la accesibilidad física a los servicios para la comunidad de acuerdo a los estándares fijados por el artículo 12 del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sobre todo, a la interpretación que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha realizado de dicho artículo en la Observación General Nº 4[7].

Acerca de la segunda forma de intervención, el Poder Judicial Federal en general y la Suprema Corte en particular, han resuelto varios casos y mediante argumentos interesantes. El juicio de amparo AR 59/2016, ofrece un claro ejemplo de política pública excluyente desde la ley que la genera y por lo tanto, un supuesto de discriminación normativa. Se trató de un padre que solicitó el servicio de guardería para su hijo menor ante el servicio de guarderías del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS). La solicitud le fue negada, debido a que la ley vigente en ese entonces, establecía que el servicio de guardería solicitado, estaba destinado a los hijos de mujeres trabajadoras y, tratándose de hombres trabajadores, solo si eran viudos, divorciados o ejerciera la guarda del menor. Contra esa decisión, se promovió juicio de amparo indirecto que eventualmente llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El Alto Tribunal resolverá que la ley en cuestión mantenía un estereotipo de género al asumir que la mujer es la encargada del cuidado de los hijos. Además, afectaba la igualdad de trato por razones de sexo, lo que resulta discriminatorio porque asigna a la mujer un beneficio de seguridad social por el solo hecho de serlo y se lo niega al hombre solo por serlo también. En consecuencia, concedió el amparo al padre quejoso[8].La resolución de este caso, junto a otros, motivó que tiempo después, y sin ser una consecuencia directa de los fallos debido al principio de relatividad de las sentencias de amparo, el Congreso modificó la ley en los términos de lo resuelto por la Corte.

En el AD 9/2018, la Suprema Corte abordó el estudio de otro caso de discriminación legal producido por el régimen voluntario de seguridad social para las trabajadoras del hogar. La ley de la materia, determinaba un régimen obligatorio de seguridad social para los trabajadores en general y un régimen voluntario para algunos trabajadores, entre ellos, quienes se dedican al trabajo del hogar, en consecuencia, los empleadores no tenían obligación de inscribir a las trabajadoras del hogar contratadas por ellos. La Corte determinó que la ley establecía una discriminación en perjuicio de las trabajadoras del hogar. Consideró que el legislador

[7] Juzgado Séptimo de Distrito en el Estado de Guerrero. Juicio de Amparo indirecto 1157-II
[8] Suprema Corte de Justicia de la Nación. Segunda Sala. Amparo en revisión 59/2016.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

tiene un amplio margen de discrecionalidad para establecer planes de seguridad social diferentes, sin embargo, la distinción debe tener un fin constitucionalmente lícito, ser idónea y proporcional, lo que no sucede en el caso pues esta distinción, en los hechos, establece una discriminación por razones de género, dado que la gran mayoría de quienes se desempeñan como trabajadores del hogar son mujeres, por lo que esta distinción, las afecta de manera desproporcionada. La distinción legal no es objetiva ni razonable. Además, la Observación General 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que el derecho a la seguridad social se debe garantizar a todas las personas sin discriminación[9]. Con base en estos argumentos, la corte estableció la inconstitucionalidad de la distinción normativa.

Para el cumplimiento de la sentencia, estableció los siguientes lineamientos: i) Se solicitó al Instituto Mexicano del Seguro Social, (IMSS) que en un plazo prudente que podría ser al 30 de junio de 2019, implemente un programa piloto para diseñar y ejecutar un régimen especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar, ii) estableció una serie de lineamientos para la confección de dicho régimen especial, entre ellos, que se debía proporcionar como mínimo las siguientes coberturas: riesgo de trabajo, enfermedades, maternidad, guardería, invalidez, vida y retiro, iii) también, determinó que debería ser de fácil implementación para el empleador, y para ello, el sistema debería considerar que no se exija a los empleadores que deban estar inscritos ante la autoridad hacendaria, iv) Luego de 18 meses de implementación de la prueba piloto, el IMSS propondría al Congreso las adecuaciones legales necesarias para que en un plazo de 3 años se logre establecer el régimen obligatorio para las trabajadoras del hogar[10].

Nuevamente podemos ver que la Corte no estableció el detalle de aquello que la autoridad debería hacer, no diseñó la política pública en cuestión, pues eso le corresponde a la autoridad competente, sino que procedió a identificar la discriminación legal y estableció aquellas medidas inmediatas que la autoridad debía tomar para superar la situación de discriminación.

También el poder judicial interviene obligando a las autoridades a *reformular procedimientos para la definición e implementación de políticas públicas***.** Esta forma de intervención suele ejercerse ante la violación al derecho en cuestión por vía de afectaciones a la dimensión de accesibilidad (Abramovich, 2009, 55). El juicio de amparo en revisión AR 251/2016 trató acerca de un paciente diagnosticado con diversos trastornos mentales que fue tratado en el Instituto Nacional de Psiquiatría desde el año 2011. En 2013, solicitó que le fueran proporcionados los medica-

[9] Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General. núm. 19, párr. 4.

[10] Suprema Corte de Justicia de la Nación. Segunda Sala. Amparo en revisión 9/2018.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

mentos que le recetaron y se le respondió que el marco normativo al que están sometidos los institutos de salud, no contempla que se brinden medicamentos a los pacientes ambulatorios como él. Sus infructuosos reclamos se extendieron durante unos años más hasta que en 2015 presentó una demanda de amparo que eventualmente llegó a la Suprema Corte. La cuestión a resolver a juicio de la Corte fue si el Instituto Nacional de Psiquiatría está obligado por el derecho a la protección de la salud del paciente, a suministrar medicamentos, de acuerdo al diagnóstico que el mismo instituto realizó. Respecto a esta cuestión, la Corte responderá que la provisión de medicamentos es una obligación básica e inmediata. También, concluirá que la distinción entre pacientes hospitalizados y ambulatorios, mediante la que el Instituto negó las medicinas, carecía de sustento normativo. Ahora bien, la autoridad, entiende la Corte, no negó que las medicinas le deban ser suministradas, solo que no le correspondía a ella. Sobre esto, la Corte acepta que la ley puede hacer estas determinaciones, pero lo que la autoridad no puede hacer es debido a la distribución competencial, dejar de observar el derecho de las personas a acceder a los medicamentos sin obstáculos excesivos y que, sin importar la autoridad encargada, las medicinas le sean suministradas. A juicio de la Corte, no resulta aceptable que una institución de salud, admita a un paciente, lo atienda, le de un tratamiento y no se asegure que lo reciba. El Instituto omitió brindar al paciente una atención integral, que, en el caso, incluía orientar adecuadamente al paciente y referirlo con la institución que deba brindarle la medicina. Para ello, la Corte se basó en una regulación específica, la norma oficial mexicana (NOM) 025SSA2014 sobre la prestación de servicios de salud en unidades de atención integral hospitalaria médica psiquiátrica que sienta las bases para el procedimiento de referencia de pacientes. Además, en el caso, por la condición de salud mental del paciente, le correspondía la aplicación del régimen de personas con discapacidad mental, lo que a su vez hubiera implicado la aplicación de protocolos más específicos y detallados, gestados en función de un enfoque orientado por un modelo social de discapacidad[11].

Con el tiempo, la justicia ha desarrollado formas novedosas de intervención, entre ellas, vale mencionar la imposición a la autoridad de la obligación de *generar información estadística para la generación de políticas públicas*. Cabe señalar que también esta información sirve para visibilizar la vulnerabilidad e incluso, pensando en efectos indirectos, puede permitir insertar la discusión pública sobre ciertos asuntos. En el Juicio de amparo en revisión AR 635/2019, se reclamó al Instituto Nacional de Estadísticas y Geografía (INEGI), la omisión de generar información estadística acerca del número de asentamientos informales que existen en México, como consecuencia de la obligación inmediata de la obligación de progresividad

[11] Suprema Corte de Justicia de la Nación. Segunda Sala, Amparo en revisión 251/2019.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

respecto al derecho a la vivienda digna. La quejosa en este caso, es una asociación civil denominada *«Un techo para mi país»,* organización no gubernamental dedicada a proteger los derechos económicos, sociales y culturales de la población de asentamientos informales. En primer lugar, y en aplicación de criterios previamente sostenidos, la Corte reconoció legitimación activa a la asociación por cuanto la falta de información sobre asentamientos, impide a la quejosa cumplir con su objeto social, consistente en la defensa y promoción del derecho a la vivienda. Como lo sostuvo en otros casos, la Sala sostendrá que el principio de relatividad de las sentencias de amparo debe hacerse compatible con las nuevas exigencias en materia de protección de derechos sociales, considerar la naturaleza colectiva que estos derechos pueden tener, sin que ello obste a su adecuada protección. La concesión del amparo se sustentará en las siguientes razones: i) La institución demandada tiene entre sus funciones, de acuerdo a la ley del sistema de información y estadística y geografía, producir información, entre otras materias, sobre vivienda y pobreza, para el diseño de políticas públicas, ii) En atención a la vulnerabilidad de las personas que se pueden beneficiar o perjudicar por la existencia o la falta de esta información, el contar con ella es una obligación mínima y de cumplimiento inmediato del derecho a la vivienda, y forman parte a su vez de la obligación de tomar medidas y de avanzar de manera concreta y constante hacia la plena efectividad de los derechos sociales, como parte de la obligación de progresividad, iii) Si bien progresividad implica gradualidad, no implica quietismo y en consecuencia, las autoridades deben dar pasos en aras de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones implicadas en cada derecho, iv) el Instituto, tiene competencias exclusivas para generar esta información, por lo tanto su incumplimiento, genera que el resto de las autoridades implicadas en la protección del derecho a la vivienda, no puedan cumplir con las obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar el derecho a la vivienda.

Por las razones expuestas, se concedió el amparo para que la autoridad genere, obtenga, analice y difunda la información estadística sobre vivienda y asentamientos humanos irregulares. Como se puede apreciar, la intervención judicial no tuvo como finalidad la asignación de prestaciones, sino la producción de información para la generación de políticas públicas, para que las autoridades competentes, desarrollen su actividad para la generación de garantías primarias. De modo que, en este caso, la actuación judicial ni siquiera opera sobre una política pública, sino que más bien, pretende detonarla[12].

Estas formas de intervención evidencian las diferentes vías en las que la justicia pueden trabajar políticas públicas sociales. En cierto modo, los casos reseñados indican un trabajo de fiscalización, que de modo más específico podría afirmarse

[12] Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Amparo en revisión 635/2019.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

que consiste en hacer que la autoridad cumpla con sus obligaciones, ya sea que estas consistan en cumplir las obligaciones determinadas en políticas públicas o bien en trabajar sobre las notas más generales de las políticas públicas, en aspectos perfectamente controlables, como por ejemplo, su carácter discriminatorio. Los casos estudiados ofrecen también, la posibilidad de apreciar los diversos grados de intensidad con los que los jueces trabajan. En general, muestran como los tribunales a lo largo de los años, y a través de diferentes estrategias, han logrado superar muchas de las objeciones iniciales a su trabajo en materia de derechos sociales.

3. Nuevos problemas

Casos como los reseñados permiten ver que muchas de las objeciones se han podido superar, sin embargo, nuevos problemas demandan reflexión y soluciones. También, algunos de estos problemas, como sucedió con los anteriores, deben ser analizados. En esta sección, abordaremos el estudio de problemas que afectan la protección judicial de los derechos sociales vinculados el acceso a la justicia, el cumplimiento de las sentencias y la comparación jurídica como insumo para la adjudicación.

A. Acceso a la justicia

La experiencia acumulada en América latina en materia de judicialización de reclamos que involucran a los derechos sociales ofrece algunos datos relevantes. En relación al derecho a la salud, se ha podido constatar que en general, los litigios se han incrementado (Ely Yamin, Parra Vera y Gianella, 2013, 128), (Bergallo, 2013, 71), (Motta Ferraz, 2013, 105), (Wilson, 2013, 171). También, que la tasa de éxito de los reclamos es alta (Maestad, Rakner y Motta Ferraz, 2013, 339) y que la mayoría de los juicios tienen carácter individual (Bergallo, 2013, 74). Respecto a si los reclamos se refieren a prestaciones contempladas en programas, los datos son variables. En Colombia, el 54 % de los reclamos corresponden a medicinas que están incluidas en el programa médico obligatorio. Sin embargo, es elevado el número de casos en los cuales la justicia ha ordenado la inclusión de medicinas o tratamientos no contemplados y en estos casos la demanda para el presupuesto ha sido muy elevada. Se calcula que la cantidad que el estado ha debido desembolsar ascendió en 2008 a 1,15 billones de pesos colombianos (Maestad, Rakner, Motta Ferras, 2013, 341). En Brasil, las opiniones al respecto son divergentes, sin embargo, los números indican que, por momentos, el reclamo sobre medicamentos no contemplados ha tenido un fuerte impacto econó-

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

mico. Según información proporcionada por Ferraz, en el nivel federal, el reclamo de drogas no incluidas ha llegado a representar el 78% de los costos de todos los litigios sobre salud (2013, 105).

La cuestión acerca del impacto económico de los litigios, sobre todo cuando se trata de reclamos sobre prestaciones no contempladas, debe ser analizado junto a otro, que tiene que ver con el nivel socio económico de los reclamantes. Al parecer, quienes mayormente litigan para reclamar, por ejemplo, por prestaciones en materia de salud, pertenecen a los sectores medios de la población y no a los sectores más necesitados. Tomando esto en consideración, se ha identificado la posible presencia de una paradoja, llamada *paradoja de la judicialización*, que consistiría en que el litigio en materia de derechos sociales, lejos de beneficiar a los sectores más vulnerables, podría afectarlos, debido al efecto negativo que el litigio podría tener sobre las partidas presupuestales destinadas a la atención de programas destinados a los sectores vulnerables. Algunos datos permitirían considerar fundada esta preocupación. Según Maestad, Rakner y Motta Ferraz, en Colombia, el costo en prestaciones no incluidas en el presupuesto y obtenidas mediante la labor judicial ascendió en 2009 al 5.4% del presupuesto de salud. En Brasil, más específicamente en San Pablo, el gasto en medicamentos obtenidos por vía judicial ascendió al 25% del presupuesto (2013, 348). Es decir, el costo impuesto vía litigio es alto. En atención al perfil socioeconómico, algunos datos permiten sostener que quienes más litigan no son los más necesitados en términos económicos, lo que no significa que no haya necesidades detrás de los reclamos de los sectores medios de la sociedad y un derecho en el que se funde el reclamo.

Con base en una muestra de 100 casos y considerando el domicilio de los litigantes, Bergallo concluye que, en la Ciudad de Buenos Aires, la mayoría de los litigantes provienen de zonas con un ingreso relativamente alto (2013, 75). Motta Ferraz, ha determinado que, en Brasil, la mayor concentración de litigios se produce en las zonas más ricas del País y, por el contrario, es menor la cantidad en los estados del norte más pobres. Considerando el criterio del domicilio focalizado en San Pablo, cita un estudio realizado por Chieffi y Baratta que arroja que el 74% de los litigantes provienen de las tres zonas con menor índice de vulnerabilidad social de la ciudad (2013, 116). Si bien los datos no son del todo concluyentes, y podrían arrojar información diferente según la zona que se estudie, todo parece indicar que quienes se benefician de los litigios individuales no son los más necesitados o los grupos más vulnerables. En consecuencia, la judicialización de los derechos sociales no estaría cumpliendo su objetivo primario, consistente en disminuir la desigualdad.

Sin embargo, esta cuestión de la paradoja podría estar algo desenfocada, o más bien, no ser tal. Es plausible considerar que los tribunales no son el mejor lugar desde el cual presentar la lucha contra la desigualdad estructural. Por supues-

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

to que la justicia tiene un rol que desempeñar en la cuestión, por ejemplo, haciendo que las autoridades cumplan con las obligaciones en materia de derechos sociales, tal como se ha afirmado a lo largo de este trabajo, sin embargo, la lucha contra la desigualdad a escala social no puede depender de los jueces o depositarse en ellos de manera central. Si las críticas de Rosenkrantz, que comentamos al principio del trabajo, apuntan a esto, le debemos conceder razón. Si el problema que subyace a la aparente paradoja es que las personas de escasos recursos no se benefician de la justiciabilidad de los derechos sociales, no se trata de un asunto nuevo, ni exclusivo de los derechos sociales sino, como hace varios años indicaron Cappelletti y Garth, de un viejo problema de los sistemas jurídicos en general, casi una característica común, consistente en la existencia de obstáculos para el acceso a la justicia que resultan más pronunciados para las reclamaciones pequeñas y los individuos, especialmente si son pobres (1996, 22).

La paradoja de la judicialización podría no ser tal, su constatación podría necesitar más estudios que, por el momento no se han presentado como concluyentes. Sin embargo, el problema de acceso a la justicia si resulta más claro e identificable. Para su superación, desde el derecho de han ensayado diversas respuestas, asistencia legal gratuita, asistencia a las víctimas, mejora e incremento de los servicios de defensoría pública, los métodos alternos de solución de controversias (Ferrandino, 2004, 386), incluso, se ha orientado esta ayuda a los pobres y grupos vulnerables en general para atacar de manera más directa la causa más clara que obstaculiza el acceso a la justicia. (Cappelletti h Garth, 1996, 24).

La representación de intereses difusos y colectivos también ha demostrado ser efectiva para ampliar o expandir los beneficios de una sentencia favorable en un litigio, a quienes no fueron parte y, por los problemas indicados de acceso a la justicia tal vez no puedan serlo nunca. Para la representación de estos intereses, las figuras procesales como el amparo colectivo resultan determinantes y han permitido superar las formas tradicionales del litigio, centradas en afectaciones y remedios de carácter individual. Pero además de las innegables ventajas del litigio colectivo por su natural consecuencia expansiva, es necesario considerar que también es posible plantear demandas sobre derechos de incidencia colectiva, mediante reclamos individuales, que requerirán remedios de naturaleza colectiva y por ello, su impacto será colectivo o general. Esta clase de litigios, requerirán de ciertas formas de intervención judicial, que aprecien el tipo de remedio requerido, más allá del carácter individual que pudiera tener el planteo y lo más importante, que esa característica inicial no detenga el trabajo judicial (CELS, 2008, 33-34). Este tipo de intervenciones judiciales se consigue, no solo en aquellos litigios en los que la puerta de la justicia es abierta por el interés legítimo de los impetrantes, sino incluso, en casos en los cuales el acceso a la justicia se obtiene mediante un interés jurídico.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

En los supuestos de interés legítimo, las posibilidades de expandir los efectos del remedio son más claramente apreciables. Algunos de los casos ya comentados ofrecen un claro ejemplo de la generación de un remedio colectivo, como correlato de una afectación colectiva que como tal, necesariamente requerirá medidas con impacto más allá de los reclamantes concretos. En el caso «Pabellón 13» o en «Laguna del Carpintero», las medidas ordenadas tienen el efecto expansivo apuntado.

Este efecto puede potenciarse, a partir de la especial configuración que en México, la Suprema Corte le ha dado al interés legítimo, permitiendo reconocer tal interés a aquellas organizaciones no gubernamentales que, como parte de su objeto social, se dediquen a la promoción y protección de los derechos involucrados en el eventual reclamo. Esta interpretación extensiva de la figura del interés legítimo, permitió que posteriormente se llevaran a cabo reclamos como por ejemplo el comentado a propósito del amparo presentado por la asociación «Un techo para mi país» que buscó la generación de información estadística acerca de asentamientos irregulares en México, lo que a su vez, permitiría generar políticas públicas con impacto general.

Pero la posibilidad de generar efectos expansivos parece no circunscribirse a los casos de interés legítimo, en los cuales tal consecuencia es natural. En el caso del amparo AD 9/2018 sobre la inclusión de las trabajadoras del hogar en el seguro social obligatorio, el reclamo de la trabajadora se sustentó en un interés jurídico, legitimación exigida para la vía procesal mediante la que el caso llegó a la justicia federal, consistente en un amparo directo que en último término será resuelto por la Suprema Corte. La expansión de los efectos de la sentencia en este caso provino del tipo de medidas ordenadas a la autoridad, consistentes en la generación de un plan piloto para que posteriormente se pueda traducir en ley. En este caso, el remedio tuvo impacto colectivo, amén de la naturaleza individual del reclamo.

También habría que insistir en una forma de lograr incrementar el impacto de una decisión, independientemente de las formas procesales, que consistiría en la colaboración de las autoridades en cuyas manos está la generación de cambios que permitan incrementar los niveles de respeto y garantía de los derechos sociales. Las sentencias, en general no solo resuelven un caso, sino que identifican problemas normativos, como los que se generan con las leyes discriminatorias que pueden excluir a vastos sectores de la población de una cierta prestación. Eliminar los efectos de una ley discriminatoria y su impacto negativo en una persona o grupo de personas, no es algo que se debería supeditar a que las personas, interpongan acciones judiciales. La autoridad, de buena fe, debería sanear el sistema, y para esa labor, el trabajo de la justicia constitucional, debería representar un insumo necesario e insoslayable.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, proponen un esquema para identificar los efectos de las decisiones judiciales. En su esquema propone distinguir entre efectos materiales directos: consistentes en las acciones ordenadas por el juez que afectan a las partes y efectos materiales indirectos, consistentes en aquellos que se pueden derivar de la sentencia, aunque no surjan de las órdenes del juez o tribunal (2015, 41). La expansión de los efectos de un caso para generar impacto en la política publica cuestionada en el caso individual, podría no solo evitar futuros litigios, sino también permitir que aquellos que no tienen acceso a la justicia, puedan beneficiarse de la corrección realizada por los jueces sobre la política pública.

B. Cumplimiento y deferencia

Otro problema apuntado acerca de la justiciabilidad de los derechos sociales tiene que ver con el cumplimiento de las sentencias y sobre esta cuestión, también resulta necesario efectuar algunas distinciones. En primer lugar, es necesario contradecir una idea bastante extendida de acuerdo a la cual es más fácil cumplir con las sentencias sobre derechos civiles que con las referidas a derechos sociales. Cali y Koch consideran que quienes avalan esta idea, lo hacen por asumir que la facilidad radicaría en remedios judiciales de más fácil cumplimiento, menores costos en la implementación y menores resistencias ideológicas, lo que se traduce en menores resistencias para el cumplimiento (2017, 66).

Los problemas de cumplimiento se pueden explicar por múltiples causas, sin embargo, tres podrían ser particularmente determinantes: la complejidad de las órdenes judiciales**,** las resistencias burocráticas por bloqueo y la falta de costos institucionales y políticos ante el incumplimiento (Cali y Koch, 2017, 66). En este sentido, nuevas formas de intervención judicial se presentan como más aptas para superar estas dificultades, formas a partir de las cuales las cortes impartan órdenes de naturaleza más instrumental y controlen el cumplimiento de las mismas, dando espacio a las áreas encargadas de la política pública, para que determinen las formas mediante las cuales es posible cumplir. Estas nuevas formas de intervención judicial han sido denominadas dialógicas o deliberativas, y su comprensión y aceptación también requiere la modificación de ciertos puntos de vista acerca de lo que es esperable de la intervención judicial.

Señala Tushnet que sobre este tema persisten lo que denomina «*argumentos convencionales en contra de la judicialización de los derechos sociales*», de acuerdo a los cuales, los jueces deben ejercer o ejercerían siempre formas fuertes de adjudicación *(strong adjudication)*, determinando aquello que la autoridad debe hacer al detalle, los niveles de apoyo social exigidos desde la constitución y en definitiva,

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

diseñando políticas públicas (Tushnet, 2008, 231-233). Tushnet nos llama la atención acerca de la imprecisión de esta posición. Otras formas de adjudicación que denomina débiles *(weak adjudication)* son posibles y se verifican en la práctica judicial de los derechos sociales. Estas formas débiles de adjudicación tienden a generar distintas formas de comunicación con el resto de los poderes y a establecer ciertos estándares no sustantivos para la intervención en políticas públicas sociales (2008, 237). Un ejemplo de estas formas débiles de adjudicación señaladas por Tushnet lo ofrece el multicitado caso Grootboom, resuelto por la Corte Constitucional Sudafricana, que tuvo que evaluar la corrección de una política pública en materia de vivienda a partir de la acción presentada por múltiples demandantes que reclamaron vivienda temporal hasta que el estado les provea la vivienda definitiva, de acuerdo a los términos de la política pública que el estado habia estipulado. La política pública en cuestión, fue evaluada por la Corte mediante la aplicación de un test de razonabilidad, que sería superado siempre que la política cumpla con las siguientes características: i) que considere el contexto social, ii) que sea flexible y considere medidas de corto, mediano y largo plazo, iii) que sea incluyente y iv) que sea revisable. La Corte consideró que el programa de viviendas no resultó razonable porque no contempló la situación de aquellos que no tenian absolutamente nada y por ello, requerían de ayuda temporal hasta que les fuera asignada su vivienda definitiva. La Corte no estableció medidas concretas a tomar, sino que se limitó a determinar la razonabilidad de las medidas adoptadas y así, indicar aquello que la autoridad debía modificar. Adicionalmente, la Corte no aceptó dar seguimiento al cumplimiento de la sentencia[13].

Las nuevas formas de adjudicación, admiten intervenciones más intensas, como por ejemplo, la llevada a cabo por la Corte Constitucional de Colombia en la paradigmática sentencia T 025/2004 en la que se abordó el problema de las múltiples violaciones cometidas en perjuicio de los desplazados. La Corte, constató la existencia de violaciones masivas a los derechos humanos de las personas desplazadas, y llamó la atención de tal situación mediante la declaración del «Estado de cosas inconstitucional». También, y a diferencia de su par sudafricano, determinaría los derechos mínimos que el estado debería garantizar a los desplazados y constató otra serie de violaciones concretas, como por ejemplo, que la Ley de Presupuesto, violaba la Ley de Desplazados, porque el presupuesto para atender a las personas desplazadas, venía disminuyendo consistentemente, en contra a lo establecido por la ley especialde desplazados que indicaba que los recursos debían incrementarse. Pero la nota especial de este fallo, la encontramos en el tipo de órdenes dictadas en la sentencia y posteriores resoluciones de supervisión de

[13] Constitutional Court of the Republic of South Africa. Government of the republic of South Africa v. Grootboom.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

cumplimiento. Las órdenes no consistieron en dictados de contenido detallado para que las autoridades cumplieran, sino en órdenes de tipo procedimental para que la autoridad revise y elabore programas para respetar y garantizar los derechos conculcados (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2017, 85), entre ellas, por ejemplo, ordenó identificar la aituación actual de la población deplazada, establecer el presupuesto necesario para atender a la población desplazada, diseñar un programa de acción para corregir las falencias institucionales que impiden brindar atención adecuada a los desplazados en un plazo de 3 meses y también, ordenó la elaboración de un programa en el plazo de 6 meses, para que los desplazados puedan gozar de un mínimo de derechos que la Corte estableció[14]. Luego del dictado de la sentencia, el Alto Tribunal Colombiano dio seguimiento al cumplimiento, que continua hasta el día de hoy, y que ha implicado el dictado de cientos de ordenes y resoluciones de seguimiento, volviendo así al proceso de ejecución de sentencia, en una instancia deliberativa que propició la participación de los afectados para la identificación de sus necesidades y las formas de reparar las violaciones.

Existen diferencias importantes entre ambas decisiones. La Corte Colombiana llevó a cabo una labor mas intensa, sobre todo a partir de la determinación del mínimo de derechos que se debía garantizar a la población desplazada y del seguimiento consistente. Pero también entre ambas existe una coincidencia consistente en las órdenes impartidas por los tribunales en ambos casos, que en lo general, dictaron órdenes instrumentales.

Las formas comunicativas o dialógicas de adjudicación, permiten dar una mejor respuesta a las viejas criticas, sobre todo aquellas que apuntan a la falta de pensamiento comprensivo de los jueces, a su falta de preparación técnica y al problema democrático y consistirían en impartir órdenes de tipo instrumental, es decir, no establecer los modos y formas de hacer aquello que específicamente la autoridad debe hacer, sino establecer que algo debe ser hecho, permitiendo que la autoridad proponga los medios. Incluso, en un nivel de intensidad superior, aunque dentro de esta forma de intervención deferente, la justicia puede establecer plazos para que la autoridad determine los medios para cumplir.

Los resultados no necesariamente han sido del todo promisorios. En el caso de los desplazados, a raíz de la sentencia, existieron avances significativos en algunos derechos, como por ejemplo educación y alimentación, sin embargo la situación no varió demasiado en relación a otros derechos.

Calificar como fracasos los casos comentados no sería del todo correcto. Esta clase de litigios estructurales implican cuestiones complejas que los jueces no pueden solucionar en un plazo breve y solo con el dictado de la sentencia. Los jueces con sus decisiones han permitido superar situaciones de bloqueo institucional,

[14] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 025/2004

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

han evidenciado fallas sistémicas de la administración y, considerando el impacto de las decisiones mas allá del cumplimiento, han puesto en la agenda pública las violaciones masivas de derechos, o bien, han puesto en clave de derechos humanos, temas que antes no eran apreciados de tal modo. Asimismo, han motivado interesantes procesos de organización de la sociedad civil e impulsado procesos de movilización para llevar estas discusiones a otros ámbitos. En tal sentido, las sentencias han tenido un impacto fuerte.

En México, se están abriendo paso nuevas formas de adjudicación que, tal como los ejemplos comparados, persiguen incrementar el grado de cumplimiento. En el caso *Laguna del Carpintero*, la Corte determinó la participación de autoridades coadyuvantes, en el caso del *seguro obligatorio para las trabajadoras del hogar*, la justicia también recurrió a la autoridad para proponer la política pública, en el caso del *Hospital de Huajuapan*, se estableció un plazo para que la autoridad cumpla con la política publica que ella misma había determinado y determinó la obligación de rendir informes acerca del avance del cumplimiento. Estos casos indican que la Corte mexicana está mirando al derecho extranjero para encontrar allí, en el trabajo de ciertos tribunales, formas nuevas para afrontar y resolver nuevos reclamos.

Sin embargo, en esta saludable práctica comparativa, existen algunos interrogantes. El primero se refiere a si estas nuevas formas de adjudicación, aparentemente más deferentes hacia la autoridad, no habilitarían espacios de discrecionalidad incompatibles con las obligaciones implicadas en los derechos en el caso en cuestión. Hasta donde podemos comprender, las formas deliberativas o dialógicas, resultan necesarias para litigios colectivos o bien estructurales, en situaciones complejas, de obturación institucional, en las cuales las órdenes detalladas, pueden llevar a un seguro incumplimiento y se recurre a estas formas para que la autoridad tenga opciones y espacios para cumplir. Pero la finalidad primaria, el objetivo central y esto debe ser considerado, no es ser deferente con la autoridad, sino lograr el cumplimiento de la sentencia y la deferencia es un medio para ello. La deferencia, es entonces estratégica, surge de comprender la complejidad de ciertos casos, y la conveniencia para la situación de los derechos involucrados, de incluir a otros actores en la construcción de la solución. La finalidad no es permitir que la autoridad cumpla con algo, y de cualquier manera. En el caso Pabellón 13, la propia autoridad había determinado que la opción que permitía erradicar el riesgo era la construcción del nuevo pabellón, y no, la remodelación del existente. En la sentencia, La Corte pareció olvidarse de esto y permitió que la autoridad opte entre remodelar o construir. Esta opción no parece haber estado habilitada por las obligaciones del derecho en el caso, pues la remodelación, si bien mitigaba los riesgos, a juico de la propia autoridad, no era suficiente y por ello decidió cambiar la política originalmente establecida y solicitar la construcción del nuevo pabellón.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

Ciertas modalidades de adjudicación que concedan flexibilidad a la autoridad pueden ser necesarias, pero su empleo debe habilitarse atendiendo a que el fin que persiguen es el cumplimiento efectivo de la sentencia y no la habilitación de espacios de discrecionalidad a la autoridad.

C. Comparación jurídica

La comparación jurídica como método para la búsqueda de soluciones es un recurso sumamente válido, pero tiene sus reglas, y debe ser realizado con cierta atingencia. Sobre todo, si consideramos que las decisiones generan tesis, aisladas o bien jurisprudencia, que serán utilizadas por otros órganos judiciales para resolver casos análogos o a veces apenas cercanos. Por ello, resulta central que la Corte sea cuidadosa en el empleo de estos insumos y no se generen errores. En el caso conocido como «Ciudad de las artes», pudo haberse producido una comparación imprecisa y descontextualizada. Se trató del juicio de amparo en revisión 566/2016. El caso inició con el reclamo de unas personas quienes alegaron que la omisión por parte de la autoridad de concluir un proyecto cultural consistente en la construcción de un espacio publico para el desarrollo de actividades culturales denominado «*Ciudad de las Artes*», implicaba una violación a su derecho a la cultura, como derecho a tener acceso a bienes culturales. La Corte aplicará el test de razonabilidad desarrollado por la Corte Constitucional de Sudáfrica a partir del caso Grootboom, para concluir que la interrupción del proyecto, en la medida en que para cuando acaeció, ya se había construido la primera etapa del proyecto, que permitía el desarrollo de actividades culturales, había resultado razonable. Para la Corte, una política razonable, es aquella que busca alcanza progresivamente la plena realización del derecho, en este caso, derecho a la cultura, una vez satisfecho su núcleo esencial. En realidad, en esta determinación existen varios problemas; para comenzar, la comprensión que la Primera Sala manifiesta acerca del principio de progresividad, según lo afirmado en la sentencia, una vez asegurado el núcleo esencial de los derechos sociales, las normas sobre estos derechos establecen obligaciones de fin que el estado debe alcanzar con los medios que considere mas adecuados. Esta afirmación es equivocada, pues el principio de progresividad no habilita para la autoridad un ámbito de absoluta discrecionalidad más allá del contenido esencial. Eso quedará determinado por el desarrollo de garantías primarias y políticas públicas que se hubieran establecido. Por otro lado, la Corte alude al test de razonabilidad sudafricano, pero realmente no lo corre. Nunca evaluó si la política pública cultural del estado era contextualizada, flexible, incluyente o revisable, tal cual prescribe el test. Tal vez, si lo hubiese corrido, se hubiera llegado al mismo resultado, pero el problema de haberlo declamado pero no aplicado, es

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

que ahora parece que aquello que consideremos razonable, puede ser cualquier cosa. O casi, porque de acuerdo a la vinculación que la propia Corte hizo entre el test de razonabilidad y el principio de progresividad, una política publica podría ser considerada razonable si cumple con el núcleo esencial de un derecho y esto, no significa razonable para la Corte Sudafricana, y si lo significara, habría que preguntarse si el test, así comprendido, puede ser aplicado en nuestro sistema en atención a los desarrollos normativos.

4. Conclusión

En este trabajo hemos insistido en la necesidad de efectuar ciertas distinciones cuando de derechos sociales se trata. El nivel de desarrollo de garantías primarias en un sistema jurídico dado, determinará formas e intensidades diversas para el trabajo judicial.

El trabajo de los jueces a lo largo de los años y en diferentes sistemas jurídicos, ha evidenciado también la necesidad de hacer frente a nuevos desafíos. Uno de ellos consiste en facilitar el acceso a la justicia o bien, en mitigar los problemas que, en materia de acceso a la justicia se presentan para los sectores más necesitados que ven vulnerados sus derechos. Para afrontar este problema es indispensable que los efectos de las sentencias se expandan e impacten a las políticas públicas generando en ellas cambios positivos. Tal expansión se debe dar, a través del litigio colectivo, claro, pero también, mediante el diseño de remedios de esa naturaleza, que considere el tipo de afectación, independientemente del carácter individual o colectivo del litigio. También, consideramos necesario llamar la atención sobre el seguimiento que de buena fe, deban realizar las autoridades a los criterios que establece la justicia constitucional al resolver casos que identifican por ejemplo, discriminaciones normativas que impiden el acceso al disfrute de prestaciones en pie de igualdad.

Asimismo, hemos explicado que las dificultades en el cumplimiento de las sentencias, no afectan exclusivamente a los derechos sociales. Los litigios actuales sobre derechos humanos en general presentan importantes problemas para su cumplimiento. En este sentido, los problemas de cumplimiento no se vinculan tanto con la naturaleza de los derechos sino más bien, con el tipo de litigios y la estructura obligacional compleja que es necesario cumplir para satisfacer los derechos involucrados. Para atender los complejos litigios sobre derechos humanos ha sido necesario desarrollar nuevas formas de intervención judicial que brindan a los jueces opciones más eficaces a la hora de resolver. Las formas de justicia dialógica generan mejores posibilidades para que las sentencias emitidas en litigios estrcuturales se cumplan, generando de ese modo un ejercicio judicial más deferente y

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

eficiente. Sin embargo, es preciso comprender que la deferencia tiene como finalidad que la sentencia se cumpla y el derecho se repare y no, habilitar espacios de discrecionalidad para la autoridad.

Para finalizar, consideramos que la comparación jurídica, como método para la generación de argumentos, atingente y contextualizada, puede impulsar el trabajo judicial e incrementar los estándares de protección para estos derechos. La comparación jurídica en sede judicial debe estar orientada a fortalecer los argumentos que se generen para incrementar los niveles de protección de los derechos sociales y no a habilitar espacios para la discrecionalidad de la autoridad.

Bibliografía

Abramovich, Víctor, «El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales» en: Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura, (Comp), *La revisión judicial de las políticas sociales,* Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Del Puerto Editores, 2009.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad., de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,1997.

Arcidiácono, Pilar y Gamallo, Gustavo, *Política social y judicialización de los derechos sociales*, en: Temas y debates N: 22, Año 15, Julio-Diciembre 2011, p: 65-85, p. 70. Consultada en: http://www.scielo.org.ar/pdf/tede/n22/n22a05.pdf el día 22 de octubre de 2018.

Bergallo, Paola, «Argentina: los tribunales y el derecho a la salud. Se logra justicia a pesar de la «rutinización de los reclamos individuales de cobertura?», en: Ely Yamin, Alicia y Gloppen, Siri (coords), *La lucha por los derechos de la salud, ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2013.

Cali, Basak y Koch, Anne, «La explicación del cumplimiento: las lecciones aprendidas de los derechos civiles y políticos», en: Langford, Malcom, Rodríguez Garavito, César y Rossi, Julieta, (ed), *La Lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, Colección Dejusticia, Bogotá, 2017.

Cappelletti, Mauro, Garth, Bryant, G, El acceso a la justiciar. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos, FCE, México, 1996.

Ely Yamin, Alicia, Parra-Vera, Oscar y Gianella, Camila, «Colombia, la protección judicial del derecho a la salud» pp. 127-157, en: Ely Yamin, Alicia y Gloppen, Siri (coords), *La lucha por los derechos de la salud, ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2013.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris*, *Teoría del derecho y de la democracia*, Vol I Teoría del Derecho, trad., de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luís Prieto Sanchís y Alfonso Ruíz Miguel, Madrid, Trotta, 2011.

Langford, Malcom, Rodríguez Garavito, César y Rossi, Julieta, «Introducción: de la jurisprudencia al cumplimiento», en: Langford, Malcom, Rodríguez Garavito, César y Rossi, Julieta, ed, *La Lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, Bogotá, Colección Dejusticia, 2017.

Maestad, Ottar, Rakner, Lise Motta Ferraz, Octavio L, «Evaluación del impacto de la litigación en el terreno de los derechos de la salud, Análisis comparativo de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, India y Sudáfrica», en: Ely Yamin, Alicia y Gloppen, Siri (coords), *La lucha por los derechos de la salud, ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2013.

Motta Ferraz, Octavio, «Brasil: desigualdades en salud, derechos y tribunales. El impacto de la judicialización de la salud», p. 97-126, en: Ely Yamin, Alicia y Gloppen, Siri (coords), *La lucha por los derechos de la salud, ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2013.

Rodríguez Garavito, César, Rodríguez Franco, Diana, *Juicio a la exclusión, el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global*, México, Siglo XXI Editores, 2015.

Rosenkrantz, Carlos, «La pobreza, la ley y la constitución», en *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, SELA, 2002, Argentina, Editores del Puerto, 2003.

Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights, Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law,* Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2008.

Uprimny, Rodrígo, «Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía», en: Revista de Derecho Público N 12, Enero-Junio de 2001, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, p. 145-183.

Wilson, Bruce M, Costa Rica: «Litigación en derechos vinculados con la salud. Causas y consecuencias», en Ely Yamin, Alicia y Gloppen, Siri (coords), *La lucha por los derechos de la salud, ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2013.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es