



VIII Jornada del Aula de Derecho Parlamentario

Seminario
internacional sobre
Derechos sociales:
aplicación
y eficacia.

*Una perspectiva
comparada España-
Latinoamérica.*

Pamplona,
viernes 25 de
noviembre de 2011

Sala de profesores
(Rectorado).
Edificio Central

RELATORÍA

Documento de trabajo-*Working Paper*

Prof. Dr. D. Edgar Corzo Sosa

Profesor de Derecho Constitucional

Universidad Nacional Autónoma de México



Universidad
de Navarra



PARLAMENTO DE NAVARRA
NAFARROAKO PARLAMENTUA

I. Introducción

Los organizadores de este Seminario Internacional consideraron que una forma correcta de entrar al análisis y discusión de los Derechos Sociales consistiría en la obtención del estado de la cuestión sobre el tema en diversos países, especialmente de América Latina y en concreto los países de Argentina, Chile, México, Perú y Venezuela, adicionando a España como país que comparte estrechas y fecundas relaciones con los anteriores. Es obvio que pudieron haberse seleccionado e invitado otros países más, sin embargo, como nos encontramos en una primera aproximación al tema por el momento es suficiente, no descartándose la posibilidad de ampliar esta experiencia a otros países en un segundo ejercicio.

Ante la situación de que en cada uno de estos países, no obstante compartir un mismo idioma, nos enfrentamos a realidades diversas, se planteó la posibilidad, que a la postre fue confirmada, de obtener la información común a todos los países involucrados mediante la formulación de un cuestionario que permitiera obtener *prima facie* una visión general del tema estableciendo un diálogo entre todos los involucrados. Así fue como se elaboró cuidadosamente un cuestionario de 11 preguntas agrupadas en tres temas: el reconocimiento constitucional de los derechos sociales, su desarrollo legal, jurisprudencial e institucional y una discusión teórico jurídica con ideas y propuestas de futuro.

Lo que a continuación se expone, entonces, es la información que fue aportada por cada uno de los juristas que elaboraron las respuestas al cuestionario. Queremos hacer la advertencia que el presente documento está elaborado estrictamente con la información que fue proporcionada y mediante una selección de temas que a quien esto escribe le parecieron más importantes, por lo que desde ahora ofrezco disculpas por lo subjetivo de esta cuestión, aunque ello no excluye, de ninguna manera, la posible existencia de algún error o incorrección en el manejo o entendimiento de tal información, que en caso de suceder apelamos a su buena fe y comprensión, dejando abierta la posibilidad para aclaraciones o precisiones en el debate particular de cada una de las preguntas.

II. Primer bloque: reconocimiento constitucional

Este primer bloque está conformado por cinco preguntas relacionadas entre ellas y con las que se pretende evidenciar la forma en que los diversos textos constitucionales han regulado los derechos sociales, prestando especial interés a su plasmación como derecho subjetivo así como a las garantías de su protección.

Pregunta I. ¿Cómo se regulan los derechos sociales en la Constitución de su país? ¿Se regulan como los demás derechos fundamentales o poseen características propias? ¿Se configuran como derechos subjetivos o más bien como normas de principio, mandatos al legislador, normas programáticas, etcétera?

Podemos afirmar en forma genérica que es mayoritario el criterio que sostiene que la regulación de los DS hace que se consideren como derechos fundamentales. Así, por ejemplo, los cinco países de América Latina coinciden, ya que su regulación es similar, en términos generales, a los derechos civiles tradicionales, con los que no

mantienen ninguna diferencia. En Argentina, inclusive, se advierte la tendencia a denominarle derechos fundamentales operativos.

De la redacción particular de los diversos derechos sociales en cada uno de estos países se advierte que también hay otra coincidencia entre ellos, y es que se encuentran relacionados, entrelazados o, inclusive, configurados, como principios o bien como mandatos al legislador. No hay, en consecuencia, una claridad contundente en la regulación de estos derechos.

Por su parte, la regulación en España difiere de la que encontramos en América Latina, toda vez que en este país si bien hay derechos sociales que pueden considerarse como fundamentales, como la libre sindicación, el trabajo y la educación, el resto de los derechos sociales se encuentran ubicados en el capítulo III del Título I relativo a los principios rectores de la política social y económica, por lo que informan y sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción de acuerdo a lo que dispongan las leyes. Aquí encontramos el derecho a la protección a la salud, el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

La disparidad de concepciones, entonces, queda al descubierto. En los países de América Latina estamos frente a derechos sociales, en tanto derechos subjetivos o derechos fundamentales, relacionados con principios y mandatos a los poderes públicos, mientras que en España si bien pueden reconocerse algunos derechos sociales, nos encontramos frente a principios.

Posibles temas para el debate:

a) Si en América Latina los DS y los derechos civiles se regulan de manera similar, ¿en qué estriba su diferencia?

b) Si los derechos fundamentales estén configurados o relacionados con principios y mandatos al legislador ¿qué consecuencia jurídica podría tener?

c) Parece ser que la nomenclatura utilizada, de derecho subjetivo o de derecho subjetivos relacionado con principios o configurado como mandatos, o simplemente principios, además de ambigua no dice nada. Como afirma Jiménez Campos, aunque se llamen derechos puede que lo sean sólo de manera aparente, ya que la verdadera naturaleza depende de si son exigibles o inmediatamente invocados.

Pregunta 2. ¿Incluye su Constitución un catálogo específico de derechos sociales? ¿Se refiere sólo a los derechos económicos o incluye también derechos de tercera generación?

En relación con esta segunda pregunta, cabe indicar que en términos generales los diversos textos constitucionales contienen un catálogo en cuanto que se trata de una relación ordenada de derechos, es el caso, por ejemplo, de Argentina, que contiene un catálogo construido en etapas, la del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, la de la reforma de 1994 y la que incluye los tratados internacionales; o un capítulo como en Perú, Venezuela o España, o una referencia dispersa, pero al fin enunciación, a lo largo del texto constitucional como en México. Chile, en cambio, contiene un catálogo en el que se incluyen derechos de segunda generación.

De cualquier manera, se trata de un catálogo heterogéneo en donde encontramos diferentes derechos sociales, pero en los que quedan incluidos el derecho al trabajo, a la seguridad social, a la vivienda, al medio ambiente, a la salud, a la alimentación y a la educación y cultura.

Lo que queda evidenciado es que aparecen mezclados los derechos de segunda generación (vivienda y salud, por ejemplo) con los derechos de tercera generación (medio ambiente, cultura, alimentación), inclusive con los de primera generación, como en el caso de México.

En varios de los textos observados no se aprecia una diferencia clasificatoria entre los Derechos Económicos y los Sociales, inclusive comparten lugar en un mismo capítulo, como en Perú, aunque en otros como en Venezuela cada uno mantiene un capítulo diferente. En todo caso, es normal que las nociones aparezcan entremezcladas en su contenido.

Posibles temas para el debate:

a) ¿Sería importante establecer una clasificación diferente entre los derechos civiles y sociales y, a su vez, entre sociales y económicos?

b) ¿Qué tanto queda completado el catálogo constitucional de los DS con los instrumentos internacionales?

Pregunta 3. ¿Son todos los derechos sociales plenamente justiciables en su Constitución? ¿Hay algún tipo de gradación en cuanto a la justiciabilidad según el tipo de derechos? ¿Existe alguna clasificación al respecto?

Las respuestas aportadas coinciden de manera especial, ya que van en el sentido que los DS son justiciables y esa característica no depende de su naturaleza. Ahora bien, para algunos países todos los DS son justiciables, como sucede en Argentina, Venezuela, y México, para otros, en cambio, sólo parcialmente. Así, en Perú sólo es exigible la libertad de enseñanza o de cátedra; en Chile sólo la libertad asociada a algunos derechos sociales y los derechos de educación, negociación colectiva y seguridad social, y sólo respecto de algunas prestaciones básicas. Parcialmente, también, es el caso de España, en donde el derecho a la educación, junto con el derecho a la asistencia jurídica gratuita, en los términos establecidos por la ley, tiene el grado máximo de justiciabilidad.

Lo que llama la atención es que el derecho a la educación es el único derecho exigible en todos los supuestos mencionados, lo que revela la importancia que guarda este derecho de entre los demás derechos sociales.

Posibles temas para el debate:

a) ¿Qué tanto la justiciabilidad de un derecho no depende de su naturaleza? porque no es lo mismo que sea un derecho subjetivo a que sea un principio.

b) ¿Qué aspectos procesales deben superar los DS para ser justiciables?

Pregunta 4. ¿Qué recursos existen en su país para defender los derechos sociales? ¿En qué medida pueden ser invocados en un proceso?

En cuanto a la tutela de los derechos fundamentales, no cabe duda que el recurso por antonomasia para la defensa de los derechos sociales es el amparo. Así ocurre en Argentina, España, México, Perú y Venezuela. En Chile, en cambio, es el recurso de protección mediante el cual sólo pueden protegerse el derecho de igualdad ante la ley, el derecho a la protección de la salud en lo relativo a la elección entre el

sistema público y el privado, y el derecho de sindicación. En España, como ya dijimos, sólo el derecho a la educación y el derecho de asistencia jurídica gratuita.

Debe indicarse la particularidad que obtiene en Argentina, en donde el amparo adquiere una dimensión colectiva.

Un aspecto que resulta interesante es la existencia del hábeas corpus, el cual si bien normalmente está dirigido a la protección de los ataques a la libertad fuera de procedimiento judicial, en los casos de Argentina y Perú adquiere otra dimensión. En Argentina, por ejemplo, en los casos Mignone y Verbitsky la Corte Suprema admitió hábeas corpus colectivos, aunque estamos frente a derechos políticos, el primero, (inconstitucionalidad de la disposición que impedía el sufragio de los detenidos bajo prisión preventiva) y de privación de la libertad en centros penales sobrepoblados, el segundo.

El caso de Perú es más llamativo, ya que el hábeas corpus trascendió de ser una vía de protección de la esfera subjetiva de libertad de la persona humana a todos los ámbitos del libre desarrollo de la persona humana, de manera tal que las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares impide el vínculo afectivo que todo nexo consanguíneo reclama, por lo que no sólo se incide en el contenido constitucionalmente protegido de la integridad personal sino que se opone también a la protección de la familia como garantía institucional.

Además del amparo, también se pueden proteger los derechos sociales mediante los recursos con los que se impugnan las leyes, de esta manera procede la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en México (Suprema Corte), Venezuela (Sala constitucional) y Perú (Tribunal Constitucional). Se denomina recurso de inconstitucionalidad, y puede ser utilizado para la defensa de los derechos sociales, en Chile. En este país también es posible acudir al recurso de inaplicabilidad de un precepto legal por vicio de inconstitucionalidad.

Por lo que hace a la vía ordinaria, son procedentes los recursos administrativos y judiciales, principalmente para combatir las deficiencias en los servicios públicos u omisiones en la administración pública. En México sólo hay recursos de esta naturaleza en materia laboral y en la de educación, pues en los demás derechos procede directamente el juicio de amparo.

Existen otros procesos ordinarios, los cuales se hacen valer con ocasión de la legalidad sustantiva aplicable, como sucede en Venezuela en el ámbito laboral o de niños y adolescentes. En España los principios rectores (que es donde se encuentran los otros derechos sociales) están desarrollados en leyes ordinarias y son éstas las que reconocen diversos recursos para su protección (como en la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, la ley reguladora de la seguridad social y la ley sobre el acceso a la justicia en materia de medio ambiente); además, la efectividad de los derechos sociales se encuentra judicialmente garantizada por el artículo 24.1 de la Constitución y las leyes procedimentales que los desarrollan.

Finalmente, no puede dejar de señalarse que en el caso de Argentina, y sucede lo mismo en México, existen a nivel provincial o estadual algunos otros medios para proteger los derechos sociales, como acciones abstractas o directas de inconstitucionalidad.

Posibles temas para el debate:

a) Existe una gama amplia de medios para la defensa de los derechos sociales que se confunde con la propia de los derechos civiles. Entonces, son los mismos recursos pero las condiciones de acceso a los mismos cambian.

b) ¿Qué tanto puede un recurso de hábeas corpus extenderse para defender aspectos ajenos a la libertad personal?

Pregunta 5. ¿Hay alguna vía de control ante la falta de regulación legislativa de las previsiones constitucionales?

Aquí encontramos una posición dividida. Por un lado tenemos a los países que han confiado en el amparo, y otros recursos, como medio para hacer valer frente a la falta de regulación legislativa, cambiándose la tradición de que sólo se podía actuar frente a la disposición legislativa que regulaba el correspondiente derecho social.

En México, por ejemplo, en virtud de una reciente reforma de junio de 2011, el amparo procede ahora en contra de omisiones de la autoridad que viole derechos humanos, quedando incluida la autoridad legislativa. Inclusive en la exposición de motivos se indicó expresamente que tales omisiones eran las causantes de que los derechos sociales se transgredieran. Procede, entonces, frente a una omisión absoluta y ante una relativa.

En Argentina, la Corte Suprema ha tomado un perfil más activo, de manera tal que en el caso “Badaro”, frente a la inconstitucionalidad por omisión en lo concerniente a la falta de elaboración de políticas públicas que hicieran posible la actualización de las jubilaciones, se sostuvo que no era apropiado que fuera ella misma quien la fijara, por lo que dio un plazo para el dictado de las disposiciones correspondientes, vencido el cual se vio obligada a disponer el reajuste pedido pero aclarando enfáticamente que los efectos del pronunciamiento eran para el caso en concreto. En este mismo sentido, en el caso “Halabi” la Corte Suprema definió las reglas que debían seguir las acciones de clase mientras no se dictara su normativa por el Congreso.

Existen otros medios para impugnar la falta de regulación, como es la acción de inconstitucionalidad por omisión en Venezuela, en la que puede inclusive ordenarse la aprobación de la ley y fijar los plazos en que debe hacerse.

La posición contraria recae en España, en donde se ha sostenido que el TC carece de legitimación para actuar como legislador positivo, aunque se ha ensayado la recomendación o llamada al legislador, en la STC 45/89, de 20 de febrero, en la que se declaró inconstitucional el deber de que los miembros de la unidad familiar hicieran una declaración de la renta conjunta, para lo cual el legislador ha de regular medios que hagan posible la imposición separada, pues la configuración legislativa no puede ser ni desconocida ni sustituida por el Tribunal Constitucional. Esta llamada fue finalmente escuchada y el legislador hizo el cambio.

Como quiera que sea, aquí surge el no deleznable problema de la aparición del Tribunal Constitucional como legislador presupuestario, siendo que la disposición del presupuesto es una de las competencias soberanas de mayor relieve político.

Posible tema para el debate:

a) el dilema de siempre ¿hasta dónde llegan las facultades del Tribunal Constitucional y dónde empiezan las del legislador? Aunque puede replantearse, ¿hasta cuándo hay que esperar que el legislador de cumplimiento a la normativa constitucional? Sobre todo ante derechos tan urgentes como lo sociales.

III. Segundo bloque: desarrollo legal, jurisprudencial e institucional

Este apartado está destinado a proporcionar una visión genérica de lo que ha hecho el legislador en su compromiso con los derechos sociales y cuáles son los casos más paradigmáticos que han puesto sobre la mesa el tema de estos derechos.

Pregunta 6. ¿Cuentan los derechos sociales en su país con leyes específicas que los desarrollen? ¿Qué tipo de regulación y de garantías establecen dichas leyes?

Aquí hemos encontrado que todos los países, con excepción de Perú, cuentan con leyes específicas que desarrollen los derechos sociales. Las materias a las que corresponden los derechos son: trabajo, seguridad social, salud y educación.

En términos genéricos, estas leyes reconocen y definen los derechos y obligaciones, determinan la titularidad del derecho, crean entes administrativos, establecen entes administrativos. En el caso de México, sin embargo, sus leyes establecen una distribución de competencias habiéndose creado un criterio jurisdiccional mediante el cual las leyes que desarrollan estos derechos en los que interviene la Federación, los Estados y los municipios, son parámetro constitucional frente a las leyes locales.

Por otro lado, tanto en Argentina como en México las leyes establecen la aplicación de sanciones, que en el caso de México incluye el establecimiento de la tipificación de conductas contrarias a los derechos, como son los delitos ambientales.

Se coincide menos, por ejemplo, en la vivienda, en donde sólo encontramos Argentina, México y Venezuela; en familia, en que están Argentina, Chile y España; en medio ambiente con Argentina, México y España. Finalmente, los grupos desaventajados únicamente en Argentina.

En este apartado llaman la atención dos cosas. Por un lado, el caso de Argentina, en donde encontramos que la ley de desarrollo fija ella misma el presupuesto mínimo para la actividad, aunque en Perú en su disposición transitoria undécima, establece que las normas que exijan mayor gasto público se aplicarán progresivamente en la medida en que el Estado cuente con más recursos económicos. Por otra parte, en términos generales, no se aprecia que las leyes que desarrollan estos derechos sociales tengan una aprobación de mayoría reforzada como acontece en España para los derechos fundamentales tradicionales.

Posible tema para el debate:

a) ¿Qué no sería mejor que al aprobarse cada ley reguladora de un derecho, sea civil o social, se aprobara también por el órgano democrático su impacto presupuestal?

Pregunta 7. ¿Existen decisiones del Tribunal Constitucional -u órgano equivalente- que se pronuncien sobre el contenido de los derechos sociales? ¿Puede señalar algún supuesto de particular interés?

La conclusión en este apartado es evidente. Existe una gran riqueza de casos en los que se han abordado diferentes aspectos relacionados con los derechos sociales.

El gran tema coincidente es el de salud, allí convergen prácticamente todas las decisiones de los diversos países.

Argentina, México y Venezuela, por ejemplo, son coincidentes en señalar la provisión de medicamentos.

En Argentina tenemos el caso “Campodónico y su progeñie” en el que la Corte Suprema dispuso la inmediata provisión de medicamentos o la cobertura integral del tratamientos u operaciones costosas, a cargo de las empresas de medicina prepaga, obras sociales o los Estados Nacional o provincial. En México, en un caso se sostuvo que el derecho a la protección a la salud comprende la recepción de medicamentos básicos para el tratamiento de enfermedades y su suministro por los poderes públicos, sin que obste el que los medicamentos sean recientemente descubiertos y que existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor atención por parte del sector salud, pues éstas son cuestiones ajenas al derecho del individuo. En Venezuela existe toda una jurisprudencia consolidada según la cual se ha ordenado al sistema público de salud proporcionar los medicamentos necesarios para el tratamiento de enfermedades de personas con VIH, lo que se ha cumplido.

En Perú, México y Venezuela se han abordado, en los respectivos casos, cuestiones inherentes al SIDA. Así, en Perú el Tribunal Constitucional ordenó que se considerara al agraviado, en su derecho a la vida, en el grupo de pacientes que recibían tratamiento integral contra el SIDA por parte del Ministerio de Salud o que incluyeran la provisión de medicamentos y análisis corporales. Inclusive el TC exhortó a los poderes públicos a que consideraran como inversión prioritaria el presupuesto para el ejercicio del Plan de lucha contra el SIDA, con lo cual se judicializó, con esta interpretación, el principio de progresividad de la disposición transitoria undécima de la Constitución peruana, con base inclusive en el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En México sucedió que una persona infectada de SIDA estimó que se violaba su derecho a la salud porque en el cuadro básico de medicinas que expide la institución de seguridad social no se encontraban algunas esenciales para su tratamiento. En cuestión de salud, es llamativo el caso de la comunidad Mini Numa, la que solicitó a las autoridades estatales que la dotaran de los elementos necesarios para operar el local destinado para un centro de salud, que se les asignara un médico y se les dotara de medicinas. Finalmente, el juez resolvió que se proporcionaran los elementos básicos para el buen funcionamiento de la casa de salud y se cumpliera así con los servicios, también para que se les proporcionara el inmueble adecuado que funcionará como centro de salud con los servicios e infraestructura indispensables; llamando la atención que el juez literalmente dispuso que “las autoridades sanitarias no pueden alegar falta de presupuesto pues se trata de un motivo injustificable para cumplir con un imperativo constitucional.”

En España tenemos que, con todo y los principios rectores, en la STC 37/94 se consideró a la seguridad social como una garantía institucional, por lo que se trata de un régimen público cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales estableciendo un núcleo indisponible por el legislador, de manera que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar; aunque se trata, eso sí, de un derecho de estricta configuración legal.

En Chile tenemos el caso Gallardo Soto en el que se afirmó que no podía calificarse de arbitraria la negativa estatal a la prestación de diálisis de un paciente, ya que ese servicio no dispone de los medios que la ley prevé para la atención que se solicita, y en el caso Sepúlveda, igual de diálisis, la Corte Suprema ante la negativa afirmó que de otro modo se le daría irregular preferencia al enfermo que interpone un recurso de protección por sobre otros que adoleciendo del mismo mal no ha acudido a los tribunales. En contrapartida, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la

materialización colectiva de los derechos sociales quedaba en suspenso hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado pudieran llevarlas a la práctica.

Y, finalmente, en Venezuela en que ante la falta de previsión e insumos a los equipos de los hospitales y demás centros de atención así como ante la falta de mantenimiento de la estructura, la sala constitucional trazó una línea divisoria entre los asuntos políticos o de oportunidad y los propiamente jurídicos, de manera que el núcleo esencial o contenido mínimo está amparado por la justiciabilidad, el cual supone la existencia de una relación jurídica perfectamente definida donde la lesión de los mismos provenga de una modificación de la esfera jurídica del ciudadano o de un colectivo.

En lo que corresponde al derecho a la vivienda, en él coinciden Argentina, Venezuela y España. Argentina en el caso en trámite, “Quisbeth Castro”, promovido por una familia en situación de calle para que se le garantizara el derecho a la vivienda y señalándose que el subsidio que ya se recibía era insuficiente tanto por el monto como por el límite temporal, se está cuestionando la doctrina aplicable del caso Alba Quintana, mediante la cual la obligación constitucional está satisfecha por la fijación de programas habitacionales conforme al máximo de recursos disponibles, lo cual se traduce en la entrega de subsidios con límites temporales improrrogables.

Por su lado, en Venezuela en un caso en que se alegó la afectación de conjuntos residenciales por el desbordamiento de las aguas del Lago Valencia, que generaba condiciones insalubres de vida, la sala constitucional dispuso la reubicación en viviendas dignas de los habitantes de esas edificaciones, con cargo al erario público o el otorgamiento de la indemnización correspondiente, lo que a la fecha no se ha hecho.

Por último, en España se ha afirmado con contundencia que sólo es un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos en el ejercicio de sus respectivas competencias (STC 152/88). En este sentido, se ha referido a los derechos sociales la garantía de igualdad, por lo que respecto al derecho a disfrutar de una vivienda digna es la que puede y debe desempeñar el Estado al instrumentar sus competencias sobre las bases y coordinación de la planificación económica del subsector vivienda y sobre las bases de ordenación del crédito (STC 152/88).

A parte de estos casos, todavía hay otros, a los que ya no entraremos por límite de tiempo, sobresaliendo el derecho a la alimentación en una decisión interesante del caso Ramos de Argentina, y la de Familia, en donde España une principios con igualdad.

Posible tema para el debate:

a) En el cuestionario de España se señaló la tutela cruzada de derechos, mediante la cual a través de los derechos civiles se está llegando a los derechos sociales, sobre todo en derecho a la salud y medio ambiente, y por obra del TEDH. ¿Qué tanto flexibiliza esto los derechos civiles y qué tanta protección es para los derechos sociales?

Pregunta 8. ¿Tienden los tribunales ordinarios a dotar de eficacia directa a los derechos sociales, con independencia de su desarrollo legal? ¿En qué ámbitos puede apreciarse esta tendencia?

En esta pregunta lo que sobresale son, más bien, los casos en que no se ocupan los tribunales ordinarios de dar eficacia a los derechos sociales (en los que sí se ocupan

en los cuestionarios no se hizo referencia a los tribunales ordinarios sino más bien a la jurisdicción constitucional).

En los casos de México y Venezuela, países que se encuentran en este supuesto, no se ha llevado a cabo una protección de los DS por los tribunales ordinarios simple y sencillamente porque está concentrada en el ámbito federal, ya sea por los tribunales del Poder Judicial de la Federación, en el caso de México o por la sala constitucional en el caso de Venezuela.

En México, ha sido recientemente que se cambió el criterio mediante el cual se obligaba a los tribunales ordinarios a que aplicaran las leyes aun cuando la consideraran contraria a la Constitución, habrá que esperar la aplicación del nuevo criterio. En el caso de Venezuela, en el 2010 se realizó una reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia con la cual parece rescatarse el papel del juez ordinario, aunque no hay señales palpables de un cambio.

En seguimiento a esta misma línea, en Chile los tribunales ordinarios simple y sencillamente han sido contrarios a la exigibilidad de los derechos sociales, aun cuando a última fecha se ha declarado arbitraria el alza desproporcionada de precios de los planes de salud privados, por impedir en la práctica el ejercicio del derecho constitucional de libre elección entre el sistema público y privado.

Por último, en España los tribunales ordinarios han aplicado la doctrina constitucional sobre los principios rectores, aunque hay casos que evidencian una propensión a un activismo mayor, como ha sucedido, por ejemplo, con el derecho a la calidad de vida ambiental en que derivado de la jurisprudencia del TEDH (artículo 8 CEDH), ha sido objeto de un generoso reconocimiento por la jurisprudencia ordinaria. Así, siempre que haya una transgresión reiterada de la normativa de ruidos sin que las autoridades le pongan freno, se considera el asunto desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

Posibles temas para el debate:

a) ¿Existen otros modelos de justicia ordinaria en donde exista una mayor participación en la defensa de los derechos sociales?

b) A raíz del planteamiento del documento español, ¿Qué tanto influye la doctrina de los tribunales regionales en los ordenamientos judiciales de los Estados?

IV. Tercer bloque: *Discusión teórico-jurídica, ideas y propuestas de futuro*

En este último bloque abordaremos de manera conjunta las preguntas 9 y 10, toda vez que su contenido es similar, para después enunciar simplemente lo que pudieran ser algunos aspectos sobre los cuales conviene detener un poco más para analizar en un futuro. En este apartado se busca centrar la atención en lo que podrían denominarse cuestiones de gran interés que pudieran ayudarnos en el mejor entendimiento de los DS, tratando de determinar los problemas que tendrán que afrontarse en un futuro no muy lejano.

9. ¿Plantea en su país la justiciabilidad de los derechos sociales problemas en cuanto al cumplimiento efectivo de las sentencias?

10. ¿Hasta qué punto considera que cabe defender la justiciabilidad de los derechos sociales?

En Venezuela y Chile la justiciabilidad de los derechos sociales no presenta, en términos generales, problemas mayores. Si los presenta, y son de distinta naturaleza, en el resto de los países.

En Argentina y México, por ejemplo, existen dos problemas consustanciales que de alguna manera están presentes en el acceso a la justicia en la protección de los derechos humanos. Se trata, por una parte, de la legitimación para acudir al amparo. En México, como ya se ha indicado, con la reforma constitucional que tuvo lugar en junio de 2011, ahora es posible que la persona afectada acuda a los tribunales federales aduciendo un interés legítimo, diferente al interés jurídico en que se requería que la afectación fuera personal y directa. Ahora, basta con que una persona se encuentre en una determinada situación jurídica para que pueda resentir una afectación, ya sea individual o colectiva.

En este mismo sentido en Argentina sigue siendo innovadora la figura de la legitimación colectiva, toda vez que incomoda a abogados y a tribunales.

En seguimiento a esta línea, también en ambos países hay problemas de cumplimiento, toda vez que en Argentina frente a esta resistencia de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, se han desarrollado mandatos constitucionales o sentencias exhortativas, mientras que en México se sigue padeciendo un elevado número de asuntos en los que no ha habido cumplimiento, por lo que los casos sobre derechos sociales seguramente incrementarán la cifra.

En México la cuestión todavía se complica más, ya que existe una resistencia que debe superarse y estriba en que la sentencia de amparo tenga efectos generales. Por ejemplo, en un caso en que se impugnó la Ley General del Tabaco, toda vez que la regulación de la publicidad del producto era insuficiente para tutelar su derecho a la salud, la Suprema Corte sostuvo que subsanar los vicios de inconstitucionalidad de las reformas impugnadas implicaría adoptar medidas que intrínsecamente tienen efectos generales.

En Argentina también se ha puesto en práctica al lado de la exhortación la suplencia del órgano transgresor de derechos e inclusive la imposición de multas, lo que en el caso de México llega inclusive a la tipificación de conductas delictivas, esto es, la comisión de delitos medioambientales o contra la salud, por ejemplo.

En España, lo que ha habido es un ensanchamiento de genuinos derechos fundamentales, especialmente mediante la doctrina de las obligaciones positivas recibida del TEDH, siendo uno de los supuestos más paradigmáticos el caso Barajas, en el que se condenó al ente público AENA y a la Dirección General de Aviación Civil, a pagar una indemnización de 6,000 euros a cada uno de los recurrentes vecinos de una localidad próxima al Aeropuerto de Barajas por los ruidos derivados del tráfico aéreo. En respuesta, se expidió la ley 5/2010, por la que se modifica la Ley de Navegación Aérea, mediante la cual siempre que se cumplan los objetivos de calidad acústica planificados según la normativa vigente “será obligatorio soportar los niveles sonoros, sobrevuelos, frecuencias e impactos ambientales generados por la navegación aérea, sin perjuicio del derecho de los afectados a denunciar los incumplimientos de la normativa aeroportuaria o aeronáutica que pudieran producirse y a recabar su subsanación”. Se produce, como se dice —y se critica— en el cuestionario respectivo, un derecho a denunciar que impone un deber de soportar.

Pero ¿quiénes están a favor de la justiciabilidad de los derechos sociales? todos salvo España, que lo ve más bien como una problemática o un tema difícil.

Para Argentina, al Poder Judicial le corresponde poner cartas en el asunto, aunque no puede pasarse por alto la teoría democrática, razón por la cual el Poder Judicial debe ser deferente y fomentar el diálogo, exhortar, dejando el control intenso

para ciertos supuestos muy limitados. Para Perú, se puede lograr esta justiciabilidad a través de la igualdad y la tutela judicial efectiva. Para México, el tema no puede quedar en manos de los otros poderes que ya han demostrado su poca vocación, señalándose que los poderes ejecutivo y legislativo han perdido mucha autonomía y que a través de la justiciabilidad también puede preservarse las condiciones democráticas. A Venezuela le queda claro porque es necesario evitar la arbitrariedad, aunque ciertamente hay límites, y a Chile la justiciabilidad puede llegar únicamente cuando la obligación de una prestación ha sido claramente delimitada y definida por la norma constitucional o legal.

En contrapartida, España ve las cosas muy diferentes, aunque no deja de verse algunos atisbos que podrían llevar a dimensionar esta posición, como el considerar el derecho de educación básica gratuita como un derecho fundamental social por excelencia, ejemplo a seguir quizá en otros derechos concediéndoles una mínima eficacia iusfundamental. Para España el tema es problemático por la naturaleza política de la decisión presupuestaria y la reserva de lo posible, siendo incluso cuestionable el activismo del TEDH, ya que se pregunta hasta qué punto es prudente que un tribunal valore globalmente la acción de las autoridades en ámbitos de política social? O dicho de otro modo ¿tiene un tribunal la capacidad de decidir en un caso concreto si la acción social de un gobierno es suficientemente diligente? Además, esta posición del Tribunal de Estrasburgo conlleva una falta de seguridad jurídica al rebasar el marco textual del CEDH para subsumir derechos de difícil cabida en el mismo.

El debate está planteado en los términos en que quedó expuesto este último párrafo.

Pregunta II. ¿Cuáles son las preocupaciones básicas en materia de derechos sociales que existen en la actualidad en su país?

Esta última respuesta quedo tan abierta como la pregunta. Hay señalamientos diversos pero que se reconducen a lo hasta ahora abordado. Reflexiones en torno a temas de salud, educación, trabajo y seguridad social, medio ambiente, igualdad efectiva entre mujeres y hombres, y aspectos de vivienda.

Posibles temas para el debate:

- a) Hace falta un golpe de timón fuerte para determinar qué es lo que debe seguir en las reflexiones sobre los derechos sociales.
- b) Un análisis mayor en torno al contenido jurídicamente exigible de los derechos sociales, no tanto como su justiciabilidad.
- c) ¿O una aproximación más directa a los derechos que salieron en hombros de este cuestionario: el derecho a la educación y el derecho a la salud?