

La litigación de los derechos sociales: los problemas de una mala estrategia¹

Social rights litigation as an error

RODRIGO ANDRÉS POYANCO BUGUEÑO²

Resumen: muchos autores defienden la justiciabilidad directa de los derechos sociales, como un intento de resolver, a través del Derecho y los jueces, los problemas de justicia social que la Política no puede o no desea enfrentar. Sin embargo, el derecho y la política son diferentes órdenes de acción, y la incursión del juez en el campo de la justicia social puede producir una serie de disfunciones, perjudiciales en primer lugar para los propios desposeídos.

Palabras claves: *derechos sociales; derecho constitucional; activismo judicial.*

Abstract: many scholars defend the justiciability of social rights as an attempt to resolve, through law and judges, the problems of social justice that the Policy cannot or does not want to face. However, law and politics are different orders of action, and the incursion of the judge in the field of social justice can produce a series of dysfunctions, in detriment to the needy people.

Key words: *social rights; constitutional law; judicial activism.*

Resumo: muitos autores definem a justicialidade direta dos direitos sociais com a intenção de resolver mediante o Direito e os juízes, os problemas da justiça

¹ El presente trabajo corresponde a los resultados parciales de la investigación del autor, conducida por el profesor Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, para obtener el grado de Doctor en Derecho, por la Universidad de Santiago de Compostela, España. Entregue: 3.1.2017; aprobado: 14.3.2017.

² Abogado por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile; Magíster en Derecho Constitucional, por la Pontificia Universidad Católica, Chile. rodrigo-poyanco@gmail.com

social que a política não pode o não deseja enfrentar. Mas, o Direito e a Política são diferentes ordens de ação, e a intervenção do juiz no campo da justiça social pode produzir uma série de disfuncionalidades, prejudiciais em primeiro lugar para os próprios despossuídos.

Palabras-chave: *direitos sociais; direito constitucional; ativismo judicial.*

Introducción

Una de las más citadas justificaciones de la necesidad de justiciar los derechos sociales de forma directa por el juez constitucional, reside en la idea de que la Política, o los políticos no han hecho lo suficiente para luchar contra la pobreza³. El segundo supuesto de esta perspectiva, consecuencia del anterior, es que, de alguna manera, los jueces en particular, y el mundo jurídico en general, poseen la disposición y las competencias suficientes como para solucionar, por fin, ese terrible flagelo.

Sin embargo, ambos supuestos merecen una segunda mirada. A medida que la litigación de derechos sociales ha pasado en muchos lugares, de la teoría a la práctica, ha surgido también la posibilidad de evaluar el discurso de los derechos sociales en sus resultados concretos. Nuestro objetivo es, en consecuencia, cuestionar hasta qué punto puede utilizarse el Derecho –en particular, el derecho constitucional–, a través de su aplicación directa por el juez, como herramienta para intervenir en cuestiones de justicia social, eliminando la consideración previa, a través del proceso político-democrático, de una serie de factores cuyo contenido y significado parecen difíciles de precisar con herramientas propiamente jurídicas.

Antes de continuar, aclaremos desde ya que, con “justiciabilidad directa de los derechos sociales”, aludiremos a la acción de un juez que no se limita a adjudicar derechos sociales⁴ ya desarrollados a nivel

³ Como dice SCHUCK (2004, pp. 17–18), en el imaginario público, este tipo de argumento es quizás la justificación más común y poderosa para que la autoridad judicial se expanda más allá de los límites que le han sido previamente establecidos.

⁴ Nos referimos a los derechos sociales prestacionales, es decir, los que implican transferencia de dinero o bienes desde el Estado a las personas, con el objeto de mejorar

legal o reglamentario, sino que, directamente, legisla al respecto, ignorando la normativa de los poderes político-representativos, creando y regulando uno o más beneficios sociales⁵. “Doctrina partidaria de los derechos sociales”, en tanto, será aquel conjunto de autores que promueve esta perspectiva.

El Derecho, la Política y el juez

El Derecho Constitucional representa el lugar donde Derecho y Política se encuentran, en una relación de tensión, en que el Derecho busca reprimir el natural comportamiento expansivo de la Política. La función específica del derecho constitucional es limitar al poder político en defensa de los derechos y libertades de las personas⁶.

Sin embargo, una cosa es limitar a la Política y otra, muy distinta, es intentar “reemplazarla”. Es común que muchos sostengan que, puesto que el proceso político no funciona como debería, es perfectamente legítimo que el Constitucionalismo tenga un determinado color político o ideológico, o intente imponer un determinado modelo de sociedad⁷. Por otro lado, el discurso de los derechos sociales, como sucede en general con el activismo judicial⁸, tiene como objeto de sus argumentaciones al juez.

su calidad material de vida. Ver al respecto MARTÍNEZ ESTAY (2010, pp. 126-134); y PRIETO SANCHÍS (2000, p. 15)

⁵ Esto porque, desde luego, la aplicación judicial de derechos sociales emanados de legislación o reglamentación administrativa es cuestión inobjetable. Cross (2001, p. 861).

⁶ PEREIRA MENAUT (2006, p. 5)

⁷ Algunas técnicas de interpretación, como la ponderación, facilitan enormemente una argumentación de este tipo, al otorgar un barniz de juridicidad a planteamientos que de otra manera, serían patentemente extrajurídicos. WILKINSON III (2012, p. 4) advierte que, al menos en Estados Unidos, las innumerables teorías interpretativas de la constitución han dado auge a diversas escuelas doctrinarias, tanto de tinte liberal como conservador, que no tienen en común otra cosa que el activismo judicial y el deseo de proporcionar cobertura teórica para aquellos resultados jurídicos preferidos y políticamente afines a su respectivo sector.

⁸ ABRAMOVICH y COURTIS (2002, pp. 46-47) invitan directamente al activismo judicial y a una cierta “creatividad pretoriana” para hacer justiciables los derechos sociales.

Ha de recordarse, sin embargo que, si bien es posible que el derecho legal o incluso una Constitución puedan admitir grandes dosis de Política sin perder su naturaleza jurídica, el derecho jurisprudencial, es decir, el derecho dictado por el juez, ha de ser esencialmente imparcial, *so pena* de perder su calidad de derecho⁹. Si este ideal es común a la gran mayoría de los juristas, cabe preguntarse entonces, por qué la doctrina de que son los jueces –y no los políticos– los que deben defender la justicia social, a través de una determinada forma de entender la Política, el Derecho y la acción del estado, tiene tanto éxito entre ciertos autores.

La necesidad de la intervención del estado para superar la pobreza

Apuntemos a título meramente enunciativo, dada la extensión de este artículo, que esto mucho tiene que ver, en primer lugar, con una extendida visión materialista de la pobreza¹⁰, en la que es el Estado el ente encargado de manera principal –cuando no única– de combatir este flagelo, de una forma específica (transferencia de bienes o servicios).

Desde luego, la justicia social y el papel del estado a su respecto son ideas en el ámbito político y filosófico, que forman parte del rico patrimonio histórico y cultural de nuestra cultura, y que están presentes desde antiguo¹¹. Poco a poco, estas ideas dieron un cariz específico a

⁹ PEREIRA MENAUT (2008, p. 47)

¹⁰ Desde luego, la carencia material es lo que define la pobreza. Sin embargo, si, a su vez, la carencia material es el reflejo de una serie de otros problemas previos, que también es necesario abordar, podría ser necesario un tipo de análisis mucho más complejo que el que ofrece el Derecho.

¹¹ En un análisis comparado del derecho norteamericano con el derecho constitucional europeo, CURRIE (1986, pp. 867–868), alude al irónico comentario de Anatole FRANCE, en 1894, respecto de una ley que prohibía tanto a los ricos como a los pobres el dormir bajo los puentes, como representativa de una creciente convicción de que los gobiernos deberían comenzar a adoptar más medidas afirmativas para beneficiar al pueblo. El autor recuerda además las palabras de MONTESQUIEU, quien argumentaba que el estado “debía a todos los ciudadanos”, entre otras cosas, alimentación, vestido y la oportunidad de una vida saludable. Finalmente, también son citadas las

la cultura europea de asistencia social –raíz de la latinoamericana–, y están detrás del constitucionalismo social, tal como lo conocemos hoy día. Así, por ejemplo, para MODERNE, éste implica *una vinculación social del Estado* que comprende la obligación del Estado de atender a las necesidades de sus ciudadanos¹². LOEWENSTEIN resume este giro señalando que, bajo la nueva filosofía social, el Estado se ha convertido en el amigo que está obligado a satisfacer las necesidades colectivas de la comunidad. El colectivismo ha dejado de ser el monopolio de la doctrina socialista y ha dejado también de ser incompatible con el individualismo¹³.

¿Son la pobreza y lo justo social cuestiones que pueden determinarse jurídicamente?

El valor histórico y cultural de las ideas antes citadas –que, por lo demás, no se oponen a nuestro punto de vista¹⁴–, no impide advertir que la doctrina partidaria de los derechos sociales incurre en reduccionismos patentes. Por nuestra parte, creemos que el problema expuesto no se acaba con formulaciones sonoras, pero simples, sobre el papel del Derecho, en una cuestión de complejidad y gravedad suficiente como para que merezca, sin duda, la solución que corresponde.

Recordemos al respecto la forma en que Derecho y Política se enfrentan a los conflictos que, respectivamente, les corresponde afrontar. De manera muy sucinta, mientras el Derecho se centra en lo que es relevante para el proceso jurídico, desechando todo aquello que no tenga que ver con lo propiamente litigioso –el juez juzga en referencia al caso

palabras del filósofo inglés Thomas Hill GREEN, quien negaba enfáticamente que la libertad consistía sólo en la ausencia de restricciones legales, insistiendo en cambio que la libertad era “el poder positivo o la capacidad de hacer o disfrutar algo”, de manera que las acciones gubernamentales afirmativas eran esenciales a la libertad.

¹² MODERNE (2002, p. 504)

¹³ LOEWENSTEIN (1986, p. 400)

¹⁴ Rescatar el papel del estado o de la sociedad en el problema de la asistencia a los desvalidos no se opone a un análisis de esta cuestión desde lo político, y desde muchas otras perspectivas.

particular que tiene entre manos, en un conflicto entre dos partes¹⁵–, la Política aborda los problemas de forma mucho más integral, lo que se debe a que permite la participación de todos los interesados en los problemas sociales a su cargo¹⁶, aunque desde la evidente parcialidad de cada posición¹⁷. Por otro lado, el juez da la preferencia, de forma definitiva e imparcial, a aquella versión del problema que tiene mejor derecho. El conflicto queda así solucionado de forma permanente. En la Política, en cambio, todas las posiciones tienen igual valor, todas tienen derecho a participar en el juego político democrático y todas “sobreviven” a las reglas que gobiernan el enfrentamiento político.

Las disfunciones teóricas de la justiciabilidad directa de los derechos sociales

Antes de entrar a los ejemplos prácticos, y considerando las diferencias expuestas, veamos cuales podrían ser las consecuencias teóricas de la participación directa del juez, en un asunto de la complejidad de la pobreza. Recordemos que, para una mayoría de la doctrina partidaria de los derechos sociales, se trata simple y sencillamente de obligar al Estado, mediante la fuerza del Derecho, a dispensar los bienes y servicios que la sociedad y los políticos, mezquinamente, no desean entregar a los pobres. Algunos autores, por ejemplo, impulsan una juridificación

¹⁵ Recordemos que este rasgo –limitarse a juzgar el caso particular que tiene entre manos–, es uno de aquellos caracteres que TOCQUEVILLE (1911, pp. 121–122) estima como necesario para que el juez se mantenga dentro del círculo de sus funciones habituales, aunque revise la constitucionalidad de las leyes.

¹⁶ WALDRON (2005, p. 36) ejemplifica esa diversidad de opiniones en lo que sucede en una asamblea legislativa, “que tiene la función de representar las principales facciones de una sociedad y la de elaborar leyes tomando en serio las diferencias entre ellas, en lugar de pretender minimizarlas o negar su existencia”. Se trata de “un tributo a este enfoque concreto de la creación legislativa: la idea es que podremos crear así nuestras leyes, con pleno reconocimiento de nuestros desacuerdos, y no tratando de esquivarlos”.

¹⁷ Respecto de las diferencias entre Derecho y Política en relación con la imparcialidad, véase PEREIRA MENAUT (2010, p. 61)

completa de estos temas, con el objeto de imponer un determinado entendimiento constitucional de esta cuestión, que limite la libertad de la política en este ámbito¹⁸. Desde otro punto de vista, ALEXY, en un muy citado párrafo propone, como la “segunda tesis”¹⁹ a favor de la justiciabilidad directa de los derechos sociales, que:

“[...] bajo las condiciones de la sociedad industrial moderna, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un «ámbito vital dominado por ellos», sino que depende esencialmente de actividades estatales. También, con la reserva de algunas especificaciones, es posible estar de acuerdo con esta tesis”²⁰.

Recordemos, además lo que sostienen ABRAMOVICH y COURTIS al respecto²¹.

Sin embargo, la evidencia muestra que la pobreza parece ser más bien un tema poliédrico, complejo, multicausal y, por desgracia, particularmente subsistente a través de los siglos. Parece dudoso, en consecuencia, que sean los juristas del siglo XXI, a través de las limitadas herramientas que ofrece el Derecho, los que hayan descubierto, por fin, la fórmula infalible que innumerables pensadores y ciencias sociales han perseguido desde hace siglos. Esto, con el agravante de que, sometido un tema de derechos sociales al conocimiento de un juez, sin la previa mediación legislativa, se puede producir el efecto característico de la actividad jurisdiccional: la imposición de un determinado punto de vista –en este caso, un determinado enfoque sobre la pobreza y cómo solucionarla–, con exclusión de toda otra visión discrepante al respecto.

¹⁸ Así por ejemplo, PIOVESAN y STANZIOLA VIEIRA (2006, p. 132) concluyen que la Constitución de ese país de 1988 –que reconoce como fundamentales a los derechos sociales enumerados en su artículo 6º– acabó por extender las tareas del Estado, incorporando fines económicos sociales positivamente vinculantes de naturaleza jurídica. A partir de ello, se ha producido “una verdadera configuración normativa de la actividad política”, que pierde en este ámbito toda libertad.

¹⁹ La primera se refiere a la libertad fáctica como requisito de la libertad política.

²⁰ ALEXY (2007, pp. 446–447)

²¹ Nos remitimos a la nota al pie n° 8, *supra*.

GLENDON advierte del efecto que provoca la litigación en cuestiones de orden social:

“(...) en su forma simple [el lenguaje de los derechos²²] es un lenguaje que no da lugar a soluciones de transacción. El ganador se lo lleva todo y el perdedor tiene que abandonar la ciudad. La conversación ha terminado”²³.

La doctrina partidaria de los derechos sociales, sin embargo, no se pone en el caso de que alguna de esas visiones, así excluidas del escenario político, sea más efectiva que las propuestas por esa doctrina jurídica, o que las soluciones que propone no sean tan buenas o que, incluso, sean contraproducentes. Tampoco parece considerar que, de cualquier manera y aunque no nos guste, aquellas posiciones excluidas del debate tienen aun el derecho constitucional de seguir siendo sostenidas y defendidas democráticamente por sus partidarios²⁴.

Para evitar estos problemas es que resulta indispensable la previa intervención del proceso político-democrático, para definir lo que es la pobreza y cuáles son los medios o herramientas que se ocuparán de enfrentarla. Así lo sostiene el Tribunal Constitucional alemán. Esa sede jurisdiccional ha sido clarísima en señalar que el principio del estado social del art. 20.1 de la Ley Fundamental de 1949, aunque con un importante valor interpretativo, no produce efectos directos²⁵; que la exigencia de los derechos sociales está sujeta a la “reserva de lo posible”²⁶; y, finalmente, que la configuración de los derechos sociales,

²² Es decir, la solución de temas sociales complejos en los estrados judiciales, mediante la alegación de uno o más “derechos” que han sido vulnerados, enfoque típico de los activistas de los años ’60 en EE.UU.

²³ GLENDON (1998, p. 88)

²⁴ El tema de los derechos sociales es precisamente uno de los que más debate ideológico provoca, por la diversidad de enfoques acerca de lo que debe entenderse por “justicia social”. Un desarrollo al respecto en HEYWOOD (2010, p. 332)

²⁵ Véanse al respecto PÉREZ ROYO (1984, p. 166); BON (1992, p. 50); MAURER (2012, p. 8); Abendroth (1986, pp. 28–30); y PEREIRA MENAUT (2003, p. 34)

²⁶ En la sentencia *Numerus Clausus*, dice ese Tribunal: “[e]n tanto que los derechos de participación tampoco se encuentran restringidos de antemano a lo existente, se encuentran, sin embargo, bajo la reserva de lo posible en el sentido de lo que el

incluyendo el derecho al mínimo vital, corresponde al legislador, y no al juez²⁷.

Las disfunciones, en casos concretos

Expuesto lo anterior, y dado que, en la práctica, tenemos ejemplos concretos de jurisprudencia dictada en esta materia, es hora de evaluar de forma real, y ya no sólo teórica, que es lo que pasa cuando los jueces intervienen en una materia como la expuesta. Como dice CROSS:

“Ausente ese análisis, los derechos positivos terminan fundándose nada más que un deseo altruista de tomar acciones simbólicas, sin consideración por los intereses de los mismos afectados a quienes se busca beneficiar. [...] Sin consecuencias reales [en el mejoramiento de los desposeídos], tales derechos reflejan sólo [las reflexiones compasivas] de los más privilegiados”²⁸.

Veamos entonces ejemplos prácticos, que, a nuestro juicio, ejemplifican las disfunciones antes señaladas.

particular puede exigir en forma razonable de la sociedad. Esto lo ha valorado el legislador en primer término como una responsabilidad propia, cuando para la elaboración de su presupuesto tiene que atender también a otros intereses sociales y cuando de acuerdo con la prescripción expresa del Art. 109, párrafo 2 de la Ley Fundamental tiene que tener en cuenta los requisitos del equilibrio económico [...]”. De acuerdo a la traducción contenida en SCHWABE (2009, pp. 354–355)

²⁷ En el caso de la sentencia *Hartz IV*, el párrafo n° 138 señala que, si bien el beneficio del mínimo vital ha sido establecido fundamentalmente en la Constitución, su alcance en términos del tipo de necesidades a satisfacer, y los medios necesarios para ello, no pueden ser derivados directamente de la Carta Fundamental. La legislatura tiene margen de apreciación en determinar el alcance y contenido de los beneficios necesarios para asegurar el sustento individual, aunque ese margen será más estrecho en la evaluación de lo necesario para la existencia física, y más amplio cuando se trata del alcance y la posibilidad de participar en la vida social.

²⁸ CROSS (2001, pp. 878–879)

El caso del Tribunal Constitucional de Sudáfrica, *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others*

Tal vez uno de los casos que ejemplifica más claramente nuestros reparos al activismo judicial en materia de derechos sociales, lo constituye el caso revisado por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, en segunda instancia, llamado “*Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (No 2)*”²⁹, fallado el 5 de julio del año 2002, muy citado por la doctrina partidaria de los derechos sociales³⁰, como ejemplo paradigmático de que, ante un problema social ignorado, o tratado de manera deficiente por las autoridades gubernamentales, es posible que un Tribunal Constitucional haga justiciable un derecho social e imparta órdenes directas al Estado.

Los hechos discurrieron alrededor de la negativa del gobierno sudafricano a extender un tratamiento experimental contra el HIV-SIDA, una droga llamada “nevirapina”, cuyo principal propósito era la prevención de la transmisión vertical del SIDA madre-hijo. Los particulares interesados –una agrupación denominada “*Treatment Action Campaign*”³¹– cuestionaban la política gubernamental de haber circunscrito la administración de la droga a determinados centros médicos y no

²⁹ *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (No 2)* (CCT8/02) [2002] ZACC 15; 2002 (5) SA 721; 2002 (10) BCLR 1033.

³⁰ A título meramente ejemplar, véanse COURTIS, C. (2008), “Courts and the legal enforcement of economic, social and cultural rights: Comparative experiences of justiciability”. Human rights and *Rule of Law* series: Vol. 2. Geneva, International Commission of Jurists; DIXON, R. (2007), “Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form *judicial review* revisited”. *International Journal of Constitutional Law*, 5, 391–418; KENDE, M. S. (2003-2004), “The South African Constitutional Court’s Construction of Socio-Economic Rights: A Response to Critics”. *Connecticut Journal of International Law*, 19, 617–630; LIEBENBERG, S. (2008), “Socio-Economic Rights: Revisiting The Reasonableness Review/Minimum Core Debate”. En S. WOOLMAN & M. BISHOP (Eds.), *Constitutional conversations* (pp. 303–329). [Pretoria], South Africa, Pretoria University Law Press; SUNSTEIN, C. R. (2001), “Social and Economic Rights? Lessons from South Africa”. Preliminary draft 3/7/01 (John M. Olin Law & Economics Working Paper, 2d Series, núm. 124). Chicago.

³¹ Que ante el Tribunal Constitucional eran “demandados”, pues habían obtenido sentencia favorable ante la *High Court* y el gobierno recurrió como demandante contra esa decisión.

extenderla a todo el sistema público. Para nuestros efectos, es central una de las argumentaciones de las autoridades para dicha negativa: el hecho de que habían dudas sobre la eficacia y seguridad de este tratamiento, razón por la cual el gobierno había limitado la droga a ciertos centros experimentales³².

En definitiva, el tribunal, amparándose en su jurisprudencia anterior sobre la justiciabilidad directa de los derechos sociales³³, ordeno al gobierno distribuir la droga, ignorando las alegaciones de las autoridades³⁴. Sin embargo, el *New York Times* ya había informado, en enero de 2001, que las autoridades federales norteamericanas de salud aconsejaban a los médicos no prescribir nevirapina a aquellos trabajadores de salud sanos, que eventualmente se vieran afectados por heridas provocadas por pinchazos de agujas. La razón es que el medicamento puede “producir daños en el hígado lo suficientemente graves como para requerir un trasplante de hígado, y ha llegado a causar la muerte”³⁵. Posteriormente, en febrero de 2004, el mismo medio informó que, no obstante que ya se sabía que el virus que causa el SIDA podía adquirir resistencia a la nevirapina, investigadores reunidos en una conferencia

³² Sentencia, §§ 9–11

³³ Esa jurisprudencia corresponde a los también muy citados casos *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* [2000] ZACC 19, 2001 (1) SA 46 (CC), 2000 (11) BCLR 1169 (CC), Constitutional Court; y *Soo-ramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal* [1997] ZACC 17; 1998 (1) SA 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696 (CC).

³⁴ El Tribunal afirma, entre los párrafos 59 y 61, que con respecto a la eficacia y seguridad del medicamento, la existencia de cepas resistentes es excepcional y transitoria; la evidencia muestra que la inseguridad del medicamento “no es más que una cuestión hipotética”. De acuerdo con el consenso médico actual, afirma el tribunal, no hay ninguna razón para temer ningún daño derivado de la administración de este medicamento. A continuación, se cita la aprobación de este medicamento tanto por la Organización Mundial de la Salud como por el propio Consejo de Control de Medicamentos sudafricano (Sentencia, §§ 59–61).

³⁵ “U.S. warns on some use of a fighter against H.I.V.”, *New York Times*, 5 de enero de 2001. Disponible en <http://www.nytimes.com/2001/01/05/us/us-warns-on-some-use-of-a-fighter-against-hiv.html> [fecha de consulta: 8 de octubre de 2016]. Paradójicamente, informa este medio que, sin embargo, las mismas autoridades aconsejaron mantener el uso de este medicamento en personas infectadas y cuando sea necesario prevenir la transmisión del SIDA de madre a hijo. Sería el raro caso de una droga que es peligrosa para el enfermero, pero no para el enfermo.

mundial sobre el tema se declararon sorprendidos de que “incluso una dosis única podría causar tal reacción”³⁶.

De esta manera, aparentemente, la acción del gobierno sudafricano no era negligente sino que, al contrario, estaba buscando proteger a la población. En su intento de hacer justicia social³⁷, en cambio, el tribunal sudafricano obligó al gobierno a distribuir una droga de efectos potencialmente mortales.

El caso del Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Petição nº. 1246*, Ministro Celso De Mello, juzgado el 31 de enero de 1997

En este caso, el Supremo Tribunal Federal debió atender una demanda presentada en contra del Estado de Santa Catarina, en la cual un portador de una rara enfermedad, afirmaba que existía un tratamiento en un centro de salud estadounidense capaz de curarlo. Amparándose en el art. 196 de la Constitución, el interesado logró una orden judicial imponiendo al estado el pago de dicho tratamiento con fondos públicos. En total, al incluir traslados y estadía en EE.UU., la orden significaría un desembolso fiscal de US\$ 63.000³⁸. El estado demandado recurrió la orden judicial ante el Supremo Tribunal Federal (STF). Los argumentos del ente estatal se referían a la vulneración de la Constitución, por haberse impuesto judicialmente una orden de

³⁶ “Infant drugs for H.I.V. put mothers at risk”, New York Times, 10 de febrero de 2004. Disponible en <http://www.nytimes.com/2004/02/10/us/infant-drugs-for-hiv-put-mothers-at-risk.html?ref=topics> [fecha de consulta: 8 de octubre de 2016]

³⁷ El tribunal constitucional sudafricano sostiene (§§ 23-24 de la sentencia) que, en su jurisprudencia, los derechos sociales han sido interpretados en su contexto social e histórico, lo que le ha llevado a diagnosticar, por ejemplo, la condición “desesperada de cientos de miles de personas viviendo en ese país en condiciones deplorables”. La obligación del estado es proveer los derechos sociales previstos en la Constitución a aquellos imposibilitados de velar tanto su propia subsistencia, como la de sus dependientes. A pesar de lo dificultoso de esta tarea estatal, en la especie se trata de derechos, y la Constitución obliga al estado a darles efectos. Se trata de una obligación que los tribunales pueden y, en determinados casos, deben hacer cumplir.

³⁸ Es decir, como señala MOTTA FERAZ (2011, pp. 1656–1658), casi 60 veces el PIB per cápita del país.

pago sin base una ley que así lo determinase. Se señaló además que una orden judicial de esta naturaleza consagraría el derecho de todos y cada uno de los brasileros a los mejores, más caros y más avanzados tratamientos, en cualquier parte del mundo, sean experimentales o no, en perjuicio de miles de pacientes pobres³⁹.

Sin embargo, el juez encargado del asunto denegó la suspensión requerida, desechando los argumentos técnicos del gobierno. Vale la pena transcribir el párrafo central de la decisión en examen:

“[...] Entre proteger la inviolabilidad del derecho a la vida, que se califica como derecho subjetivo inalienable asegurado por la propia constitución de la República (artículo 5º, *caput*), o hacer prevalecer, contra esa prerrogativa fundamental, un interés financiero y secundario del Estado, entiendo –una vez configurado ese dilema– que razones de orden ético jurídico imponen al juzgador una sola y posible opción: el respeto indeclinable de la vida. [...] [L]a decisión dictada [...] traduce, en el caso en análisis, un gesto digno de reverente y solidario aprecio a la vida de un menor, que, perteneciendo a una familia pobre, no disponer de condiciones para costear las expensas del único tratamiento médico y hospitalario capaz de salvarlo de una muerte inevitable”.

El problema es que, de acuerdo a WUNDER HACHEM, esta parte de la decisión se ha vuelto un paradigma para decisiones dictadas posteriormente en el tema de derecho a la salud⁴⁰. Los tribunales brasileños ven la litigación en materia de derecho a la salud como un conflicto entre dos intereses diferenciados –por una parte, un derecho individual a la vida y la salud; por la otra, un interés financiero del estado–, en el cual siempre debe prevalecer el derecho del individuo, con independencia del costo que implique. Surge así un derecho absoluto a la satisfacción de cualquier necesidad que los individuos puedan probar⁴¹.

³⁹ MOTTA FERRAZ (2011, pp. 1656–1658)

⁴⁰ WUNDER HACHEM (2014, p. 127)

⁴¹ MOTTA FERRAZ (2011, pp. 1656–1658) califica esto como el derecho a la “máxima atención de salud”.

De esta manera, esa jurisprudencia no se ha restringido a los desposeídos, sino que por el contrario, ha favorecido de forma desproporcionada a las personas de clase media y alta, que son las que cuentan con el capital monetario y cultural para litigar⁴². Además, los que litigan pueden ahorrarse todo el engorroso procedimiento administrativo que caracteriza la atención de los servicios públicos de salud⁴³. Ejemplo de estas disfunciones es la instalación de una “*Farmacia de Ação Judicial*” (FAJ), en el Estado de São Paulo, que atiende en exclusiva a los beneficiarios de las decisiones judiciales, y en la cual éstos deben ir a recoger a su medicamento⁴⁴.

El caso de la Corte Constitucional de Colombia

En un primer momento, la Corte determinó que el derecho a la salud es exigible no sólo cuando se trata de prevenir una muerte inminente, sino también cuando se encuentra vinculado con la posibilidad de llevar una vida digna (la doctrina de la “conexidad”). Posteriormente, a partir de la sentencia T-760/08, el tribunal colombiano abandonó progresivamente esta doctrina, para considerar que los derechos sociales en general, y el derecho a la salud en particular, son directamente derechos fundamentales. Por otra parte, la jurisprudencia constitucional colombiana asigna extraordinaria importancia a la sola opinión de los médicos que atienden al demandante –como una opinión “basada en criterios científicos”–, frente a los argumentos de las entidades demandadas, reputados como tecnocráticos o meramente financieros⁴⁵.

⁴² Como hacen presente LÍRIO DO VALLE (2014, p. 78); y WUNDER HACHEM (2014, p. 127), la fundamentación para no limitar esta jurisprudencia a los desfavorecidos, de acuerdo a los tribunales, es que cláusula constitucional de salud alude de manera universal a toda la población, sin establecer alguna preferencia expresa por alguna parte de los ciudadanos. La protección constitucional al derecho a la salud es una emanación directa de la dignidad, característica que pertenece por igual y debiera ser igualmente protegida, por tanto, respecto de ricos y pobres.

⁴³ HOFFMAN y BENTES (2008, p. 142). Es el denominado efecto de “salto de fila” (*queue-jumping*)

⁴⁴ AFONSO DA SILVA y VARGAS TERRAZAS (2011, pp. 831–833).

⁴⁵ ELY YAMIN et al. (2013, pp. 138, 139 y 147). Los tribunales aceptan que el Estado pueda aducir falta de recursos para implementar una obligación específica,

Aunque este enfoque jurisprudencial permitió conceder a los accionantes una amplia variedad de bienes y servicios no incluidos⁴⁶ en los planes de salud establecidos⁴⁷, pronto se advirtió que la Corte terminaba otorgando beneficios en materia de salud en función del criterio, moralmente irrelevante, de quién cuenta con mejor acceso a la justicia. Quienes históricamente se han beneficiado con las acciones tutelares, son quienes gozan de mejor situación económica y que, además, cuentan con un paquete de beneficios más amplio⁴⁸. Por otro lado, algunos estudios indican que los fondos gastados por el FOSYGA⁴⁹ para reembolsar el costo de beneficios no incluidos en el POS, habrían tenido un mejor destino si se hubieran usado para ampliar la cobertura del régimen subsidiado o para financiar medidas de salud pública que se necesitan de manera imperiosa⁵⁰.

pero se le exige, en cambio, que delinee un plan para obtener los recursos necesarios y las medidas respectivas cuya implementación implica ese plan, que deben incluir, en todos los casos, oportunidades de participación y deliberación pública.

⁴⁶ Incluyendo la provisión de medicamentos antirretrovirales y oncológicos de precio elevado, la financiación del tratamiento de pacientes en el exterior cuando en Colombia no se disponía del adecuado, y muchos otros servicios, tales como implantes de mamas por ser necesarios para evitar la depresión aguda y problemas de autoestima, como resultado de una mastectomía. Ejemplos en ELY YAMIN et al. (2013, pp. 137–138)

⁴⁷ El POS o “Plan Obligatorio de Salud” es el conjunto de los beneficios de salud a los cuales tienen derecho todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social de Colombia

⁴⁸ De acuerdo a los datos aportados por los autores, más de la mitad de las demandas entabladas entre 1999 y 2008 fueron iniciadas por particulares afiliados al régimen contributivo. En contraste, menos de 20% fueron interpuestas por particulares pertenecientes al régimen subsidiado. En 2003, la tasa de uso de acciones tutelares para realizar reclamos vinculados con la salud fue casi seis veces mayor para el régimen contributivo que para el subsidiado. Además, los datos correspondientes al período 2006-2008, indican que la tasa de acciones tutelares solicitadas fue mayor en los departamentos más ricos que en los más pobres. Es probable que estos efectos se agraven en aquellos departamentos asolados por el conflicto armado interno que ha afectado a Colombia.

⁴⁹ El “Fondo de Solidaridad y Garantía”, que se define como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social colombiano. Los recursos se destinan para inversiones relacionadas a la salud. El FOSYGA administra, como subcuentas, la de compensación interna del régimen contributivo, y la de solidaridad del régimen de subsidios en salud.

⁵⁰ ELY YAMIN et al. (2013, pp. 141–144)

En un sentido similar, refiriéndose ahora al derecho a la vivienda, ALVEAR GARCÍA señala que la jurisprudencia colombiana en materia de derecho a la vivienda⁵¹, terminó beneficiando a los propietarios de clase media con deudas hipotecarias, confirmando una perspectiva de los derechos entendidos como acciones individuales, cuya suerte está íntimamente vinculada a la posibilidad de acceso al sistema legal. Concluye este autor que ni la jurisprudencia colombiana en materia de salud, ni en materia de vivienda, han tenido un impacto transformador en la distribución general de recursos en la sociedad colombiana, concentrándolos, por el contrario, en ambos casos, en la clase media⁵².

Conclusiones

Lo expuesto arroja una sombra de duda sobre el supuesto de que la justiciabilidad directa de los derechos sociales podrá, por fin, solucionar los problemas de la pobreza. Aunque una decisión activista no necesariamente equivale a una decisión errada⁵³, en nuestro campo específico la litigación de derechos sociales ha mostrado efectos nefastos, en términos presupuestarios y sociales. Al reducir los litigios de derechos sociales a una cuestión que debe dirimirse entre dos intereses contrapuestos –por un lado, el estado y sus alegaciones presupuestarias o de otro orden; por otro, el interesado y sus necesidades sociales–, la litigación basada en el discurso de los “derechos sociales” ha dispuesto soluciones unilaterales y reduccionistas, que dudosamente han favorecido a los más desposeídos.

El autor de estas líneas ignora cómo deben solucionarse los problemas sociales, o como puede mejorarse la calidad de la actividad política. Sí, en cambio, nos atrevemos a afirmar que, al menos en este campo, si la Política falla, no es papel del Derecho, ni de los jueces, el solucionar los problemas derivados de esa circunstancia, so pena de agravar los problemas que se pretenden remediar.

⁵¹ Especialmente la sentencia C-700, de 1999 que cuestionó el sistema de financiación de viviendas (UPAC), por basarse en determinados indicadores de mercado, en circunstancias de que la vivienda es un derecho social.

⁵² ALVIAR GARCÍA (2014, pp. 379-382)

⁵³ KMIEC (2004, p. 1473)

REFERENCIAS

- ABENDROTH, W. (1986). El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político. En W. Abendroth, E. Forsthoﬀ, & K. DOEHRING (Eds.), *Colección Estudios Sociales. El Estado social* (pp. 9–42). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ABRAMOVICH, V., & COURTIS, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho*. Madrid: Editorial Trotta.
- AFONSO DA SILVA, V., & VARGAS TERRAZAS, F. (2011). Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded. *Law & Social Inquiry*, 36(4), 825–853. doi:10.1111/j.1747-4469.2011.01252.x
- ALEXY, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducido por Bernal Pulido, Carlos (2ª ed.). *El Derecho y la justicia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALVIAR GARCÍA, H. (2014). Social, Economic and Cultural Rights and Economic Development: Limiting or Reinforcing the Market? En G. de BÚRCA, C. KILPATRICK, & J. SCOTT (Eds.), *Critical legal perspectives on global governance. Liber amicorum David M. Trubek* (pp. 369–382). Oxford, Portland, Or.: Hart Publishing.
- BON, P. (1992). La protección constitucional de los derechos fundamentales: aspectos de derecho comparado europeo. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (11). Recuperado de <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1240&IDA=35432>
- CROSS, F. B. (2001). The Error of Positive Rights. *UCLA Law Review*, 48, pp. 857–924.
- CURRIE, D. P. (1986). Positive and Negative Constitutional Rights. *The University of Chicago Law Review*, 53(3), 864–890. doi:10.2307/1599586
- ELY YAMIN, A., Parra Vera, O., & GIANELLA, C. (2013). Colombia: la protección judicial del derecho a la salud: ¿Una promesa difícil de cumplir? En A. E. YAMIN & S. GLOPPEN (Eds.), *Derecho y política. La lucha por los derechos de la salud. ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?* (1ª ed., pp. 127–157). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- GLENDON, M. A. (1998). El Lenguaje de los Derechos. *Revista Estudios Públicos*, (70), pp. 77–150. Recuperado de http://cepchile.cl/dms/archivo_1086_726/rev70_glendon.pdf

- HEYWOOD, A. (2010). *Introducción a la teoría política*. Traducción de Ramón Cotarelo. *Ciencia política: Vol. 32*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- HOFFMAN, F. F., & BENTES, F. R. (2008). Accountability for Social and Economic Rights in Brazil. En V. GAURI & D. M. BRINKS (Eds.), *Courting social justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world* (pp. 100–145). Cambridge, New York: Cambridge University Press.
- KMIEC, K. D. (2004). The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*, 92(5), 1441–1477.
- LÍRIO DO VALLE, V. R. (2014). Judicial Adjudication in Housing Rights in Brazil and Colombia: A Comparative Perspective. *Revista de Investigações Constitucionais*, 1(2), pp. 67–102. doi:10.5380/rinc.v1i2.40511
- LOEWENSTEIN, K. (1986). *Teoría de la constitución*. Traducido por Alfredo Gallego Anabitarte (2, Reimpresión). *Ariel Derecho*. Barcelona: Ariel.
- MARTÍNEZ ESTAY, J. I. (2010). Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena. *Estudios Constitucionales*, 8(2), pp. 125–166. doi:10.4067/S0718-52002010000200006
- MAURER, H. (2012). *Derecho administrativo alemán. Serie doctrina jurídica / Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Vol. 637*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- MODERNE, F. (2002). ¿Cuál es el futuro del constitucionalismo social en la Europa contemporánea? En M. CARBONELL (Ed.), *Serie Doctrina jurídica: Vol. 96. Derechos fundamentales y estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (1ª ed., pp. 493–527). México, D.F: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- MOTTA FERRAZ, O. L. (2011). Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil. *Texas Law Review*, 89(7), pp. 1643–1668. Recuperado de <http://www.texasrev.com/89-texas-l-rev-1643/>
- PEREIRA MENAUT, A. C. (2003). *Sistema político y constitucional de Alemania: Una introducción* (1ª ed.). Santiago de Compostela, España: Tórculo Ediciones.
- (2006). *Teoría constitucional y otros escritos*. Con la colaboración en la lección IX de José Ignacio Martínez Estay (Vol. 2). Santiago de Chile: LexisNexis.

- (2008). *Doce Tesis sobre la Política*. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México.
- (2010). *Política y Derecho*. Santiago: Legal Publishing Chile.
- PÉREZ ROYO, J. (1984). La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 4(10), pp. 157–181. Recuperado de <http://www.cepc.gob.es/gl/publicaci%C3%B3ns/revistas/revistas-electronicas?IDR=6&IDN=312&IDA=24685>
- PROVESAN, F., & STANZIOLA VIEIRA, R. (2006). Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, (15), pp. 28–146.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2000). Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. En M. CARBONELL, J. A. CRUZ PARCERO, & R. VÁSQUEZ (Eds.), *Serie Doctrina jurídica: Vol. 28. Derechos sociales y derechos de las minorías*, pp. 15–65. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- SCHUCK, P. H. (2004). *El poder judicial en una democracia* (SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers). Recuperado de http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/31
- SCHWABE, J. (Ed.). (2009). *Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*. Traducido por Emilio Maus Ratz. México, D.F.: Konrad Adenauer Stiftung. Recuperado de http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-1522-4-30.pdf?090716233852
- TOCQUEVILLE, A. d. (1911). *La democracia en América: Tomo I*. Traducción española por Carlos Cerrillo Escobar. *Biblioteca Científico-Filosófica*. Madrid: Daniel Jorro.
- WALDRON, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Traducido MARTÍ MÁRMOL, Josep Lluís; QUIROGA, Águeda. *Colección Filosofía y Derecho*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- WILKINSON III, J. H. (2012). *Cosmic Constitutional Theory: Why Americans Are Losing Their Inalienable Right To Self-Governance* 107. Series Editor Geoffrey R. Stone. *Inalienable Rights*. New York: Oxford University Press.
- WUNDER HACHEM, D. (2014). Mínimo Existencial y Derechos Económicos y Sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, 1(1), 93–138. doi:10.14409/rr.v1i1.4609

Jurisprudencia:

Tribunal Constitucional Alemán:

– *Numerus Clausus*, BverfGE No. 33, 303

– *Hartz IV*, BerfGE 9, 125; 175, 1

Tribunal Constitucional de Sudáfrica:

– *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (No 2)* (CCT8/02) [2002] ZACC 15; 2002 (5) SA 721; 2002 (10) BCLR 1033

Supremo Tribunal Federal de Brasil:

– Pet 1246 MC / SC – SANTA CATARINA (Supremo Tribunal Federal do Brasil, enero 31, 1997)

Corte Constitucional de Colombia:

– Sentencia T-760/08

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa

Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal

E-mail: rodrigopoyanco@gmail.com
