



Cortes, Jueces y Doctrina. Breve ensayo comparativo sobre la jurisprudencia en materia de protección de los DESC

Teresa Maria Geraldés DaCunha Lopes

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UMSNH

Resumen

El presente artículo se centra en el impacto de la producción jurisprudencial de las recientes sentencias de la SCJN (México) y del Tribunal Constitucional de Portugal, en materia de protección de los DESC y de su peso en la formulación de políticas públicas por los otros dos poderes: legislativo y ejecutivo. Se presentan resultados parciales del análisis comparativo de sentencias en materia de protección del derecho a la salud, en forma de consideraciones generales. Estas consideraciones fueron producidas en el marco de una investigación más vasta de carácter comparativo que intenta definir la producción de equilibrios entre derecho y política, a partir del análisis de la conformación de las sentencias en materia de los DESC. Esa macro-investigación (todavía en curso) se propone verificar, con un método empírico: 1) si hay alguna compenetración evidente del formante doctrinal en aquél jurisprudencial, a través de la investigación de citas de literatura jurídica en las

sentencias de la SCJN; 2) cuáles son los elementos determinantes de la circulación del formante doctrinal en la jurisprudencia constitucional y de legitimidad; 3) cual es la conexión entre estas sentencias y la definición de las políticas públicas, en particular el rediseño de los rubros presupuestales, que nos permiten interpretar, bajo un nuevo enfoque la relación entre los tres poderes y entre derecho y política.

Palabras clave: criterios jurisprudenciales, Suprema Corte Justicia de México, Tribunal Constitucional, control preventivo de la constitucionalidad, derecho procesal constitucional, seguridad social, derecho a la salud , políticas públicas, división de poderes, DESC.

Abstract

Courts, Judges and Doctrine.

A brief comparative essay in the field of the ESCR

This article focuses on the impact of jurisprudential production of the recent sentences of the Supreme Court (Mexico) and the Constitutional Court of Portugal, for the protection of ESCR and their weight on the public policy design by the other two powers: legislative and executive.. These considerations were produced as part of a larger investigation of a comparative nature which attempts to define the production of balance between law and politics, from the analysis of the formation of judgments relating to ESCR. Our research aims to verify the similitudes and common trends between these two supreme bodies, with an empirical method: 1) if there is a clear mutual understanding of doctrinal formant in that case law, through research legal literature dating in the judgments of the Supreme Court; 2) if so, what role dating doctrinal motivation of sentences; and finally, 3) what are the determinants of doctrinal formant circulation in the constitutional jurisprudence and legitimacy.

Keywords: legal precedents, Mexico Supreme Court Justice, Constitutional Court, preventive control of constitutionality, constitutional procedural law, social security, right to health, public policies, political branches, ESCR.

Sumario

I.- Planteamiento; II.- La Importancia del formante doctrinal en la producción de un formante jurisprudencial común; III.-El precario equilibrio entre derecho y política en las sentencias en materia de protección de los DESC de la SCJN; IV.-Las Sentencias de fiscalización preventiva de la constitucionalidad en materia de acceso

a los DESC del Tribunal Constitucional de Portugal y la definición del SNS; V.- Reflexiones finales: el equilibrio entre doctrina y política; Referencias Bibliográficas.

I.-Planteamiento

El presente artículo, bajo el título “Cortes, Jueces y Doctrina. Breve ensayo comparativo sobre la jurisprudencia en materia de protección de los DESC” pretende abordar, por un lado, la íntima relación entre política y derecho y, por otro lado hacer la prueba de la existencia de una circulación doctrinal, enmarcada en un “cosmopolitismo” de las nuevas “culturas jurídicas” y en el paradigma vigente del bloque internacional de los derechos humanos (Dondé Matute: 2009), que son particularmente evidentes en la formulación de los criterios jurisprudenciales de las Supremas Cortes y Tribunales Constitucionales y, que sentencia a sentencia, están diseñando, de facto, tendencias globalizadas y globalizantes (Da Cunha Lopes: 2015) que uniformizan las decisiones de los jueces al interior de sub-sistemas con tradiciones jurídicas diversas.

Presento, en forma de consideraciones generales y de manera muy sumaria, resultados parciales del análisis comparativo de sentencias en materia de protección del derecho fundamental a la salud, dejando para una publicación posterior, la presentación de los datos cuantitativos y de su tratamiento estadístico. Este artículo nace de una investigación más vasta, trabajada en una estructura de red internacional de cuerpos de investigación, sobre la circulación de la doctrina y su influencia en la producción de los criterios jurisprudenciales emanados de las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales. Investigación cuyo origen se encuentra en el Proyecto liderado por el Profesor Lucio Pegoraro de la universidad de Bolonia, intitulado “*Courts, Professors and the inclusive society: the impact scholarly opinions on the Highest Courts*”, desarrollado a lo largo de dos etapas, 2010-2011 y 2013-2015. Como extensión derivada de este trabajo de investigación, y de modo a anclar institucionalmente el trabajo de los tesisistas-becarios del CIJUS a mi cargo, Karla Martínez, Andrés Pérez, Marco Solorio y Andrea López, se registró y fue aprobado por la Coordinación de la Investigación Científica de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, el proyecto “*Estudio comparativo de la jurisprudencia e interpretación jurídica en la SCJN de México y en Tribunal Constitucional de Portugal*”¹. Del universo estadístico de las sentencias hasta el

¹ CIC /UMSNH Proyectos aprobados 2015-2016 consultables en la dirección web www.cic.umich.mx/programas/proyectos-de-investigacion/2015-2016/proyectos-aprobados.html

momento trabajadas se aislaron tres amparos en revisión en que la SCJN definió criterios jurisprudenciales para la protección del derecho fundamental a la salud y tres “acordados” (sentencias) de control preventivo de la constitucionalidad del Tribunal Constitucional de Portugal relativos a decisiones sobre el mismo campo. A partir de esta delimitación se trabajó un enfoque que pretende evidenciar el hecho muchas veces olvidado o convenientemente ignorado de que las sentencias de las cortes supremas obedecen no solo a los paradigmas normativos, pero muchas de las veces son también el reflejo de delicados equilibrios políticos, visibles en el proceso de elaboración del proyecto (Ribeiro Mendes, A: 2015), pasando por las etapas de debate interno en el seno de las Salas o del Pleno y que aterriza, después de diversas re-redacciones al voto de una sentencia, que en la mayor parte de los casos tiene adjunta la publicación de la opinión del voto vencido. Ahora bien, estos frágiles equilibrios entre derecho y política son particularmente presentes, cuando las cortes supremas analizan asuntos concernientes a la constitucionalidad de legislación sobre campos que afectan los DESC o cuando estudian violaciones al ejercicio de este tipo de derechos fundamentales (Martínez Bullé Goyri: 2005). Un ejemplo concreto de esta hipótesis de trabajo queda demostrado con el análisis del universo de sentencias relativas a la protección del derecho fundamental a la salud, objeto de este artículo y campo perfectamente delimitado en el corpus normativo internacional y recibido en los sistemas normativos nacionales de México y de Portugal, se refiere tanto a la ausencia de enfermedades como al derecho a disponer de condiciones de bienestar físico, mental y social.

Las principales normas internacionales sobre el derecho a la salud son el Pacto Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) – art.12- y su desarrollo en la Observación General no. 14. Igualmente, también son de aplicación las diversas disposiciones adoptadas al respecto por la Organización Mundial de Salud. En el ámbito regional cabe destacar la Carta Social europea Parte I, art. 11, el Protocolo de San Salvador arts. 11, 15 (3) (b) y 17 y, la *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y los Derechos de los Pueblos* en su artículo art. 16.

II. La Importancia del formante doctrinal en la producción de un formante jurisprudencial común

Es indudable que la doctrina puede influenciar fuertemente (y lo hace) el sentido de las decisiones emanadas de las Supremas Cortes y de los Tribunales Constitucionales. No sólo porque la doctrina contribuye, tal como lo propone Lucio

Pegoraro (Da Cunha Lopes y Pegoraro: 2014:10) a “*alimentar los formantes dinámicos*”, como también se inserta en una tendencia vectorial globalizante que poco a poco substituye el estilo tradicional de las decisiones de las cortes al abrirse este a la doctrina interna y extranjera. Tal sería también atribuible al creciente cosmopolitismo de los jueces o sea, y cito de nuevo a Pegoraro, iría más allá de los fenómenos objetivos de la globalización política y de la mundialización económica y sería fruto, también de elementos “*subjetivos, relacionados com a seleção dos juízes como uma pessoa que agora viaja mais e faz estágios em prestigiosas universidades, de onde regressa tomando as pautas legais e atitudes*” (cita en portugués).

Yo iría más allá y colocaría como un instrumento fundamental de la convergencia de criterios el efecto “civilizador” del carácter vinculante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en particular en el caso que nos atañe de los Tratados y Convenios relativos a los DESC, firmados bajo el auspicio de organizaciones internacionales como la ONU y la OIT o aún de organizaciones regionales como la OEA o la Unión Europea. Así, no es de extrañar que poco a poco las Cortes Supremas y los Tribunales Constitucionales pasan a trabajar en un consenso político y a conformar una visión jurisprudencial compartida con Cortes Internacionales como la CIDH o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este último caso, me parece evidente (aún que sé que voy ser “quemada en la hoguera” por esta afirmación) que por la propia fuerza de los tratados fundadores y, en particular, en el período actual post Tratado de Lisboa, el Tribunal de Justicia tiene vis-a-vis de los sistemas internos a los países-miembros una relación “imperial”, como un “remake” contemporáneo de la antigua Roma.

Pero este no es el tema de hoy. Así que continuo con el argumento de la existencia de una cultura jurídica compartida en el mundo occidental (un buen ejemplo son México y Portugal), entre los juristas, académicos, jueces y magistrados - que puede mantener algunas variantes nacionales (en función de las diferencias de edad y del lugar geográfico de origen) - pero en que la formación jurídica es hecha en un ambiente globalizado, interactivo (Tarr: 2004-2005), en el cual la información académico-doctrinal-jurisprudencial fluye con toda libertad y de forma casi instantánea y, por ende se encuentran al interior de tendencias uniformizantes (ej.: la nueva figura del juez de garantías en México y del “Juge des garanties y libertés” que emerge de la reforma francesa del 2009) en que se comparten los mismos paradigmas, se leen los mismos autores que publican bajo el mismo paradigma vigente, se reconocen en las mismas escuelas de pensamiento jurídico y se hacen

propuestas, se circulan ideas y se debaten los mismos temas en el marco de cumbres, congresos y seminarios.

O sea, hoy en día el formante doctrinal de un ministro de la SCJN, de un Juez del Tribunal Constitucional de Portugal o de un Juez de la Suprema Corte estadounidense tendrá, para allá de las diferencias propias a las tradiciones jurídicas de dos familias diversas, más elementos de coincidencia que de separación y, por consecuencia vamos encontrar, y esto no es un hecho aislado, referencias a los mismos principios fundamentales, citas de los mismos autores y inclusive de los mismos precedentes jurisprudenciales. Un reciente ejemplo de esta mi afirmación, es la extraordinaria convergencia de los preceptos doctrinales en la conformación de la sentencia del caso *Obergefell v. Hodges*, producida a partir de la opinión redactada por el Juez Kennedy y de la Jurisprudencia 43/2015 de la Primera Sala de la SCJN (Da Cunha Lopes: 2015), ambas decisiones históricas sobre la protección del derecho al matrimonio como un derecho fundamental y de la constitucionalidad del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, en base a la activación del reconocimiento de la misma dignidad ante la ley.

En paralelo a esta tendencia, observamos un alejamiento de la tradición de la interpretación “juricista” en que el positivismo legislativo y la ley eran las fuentes principales, podríamos hasta decir únicas, del derecho para entrar en una etapa globalizada y globalizante en que la doctrina y el control de convencionalidad y los precedentes de las sentencias de la CIDH (en México) (Cossío Díaz: 2002) y, en el caso de Portugal, además de los dos primeros elementos ya citados, de la integración al corpus normativo interno de las Directivas europeas. La legislación emanada del poder comunitario obliga, con efectos distintos según el tipo de norma, tanto a autoridades como a particulares. Sobre la cuestión, compleja de la articulación institucional (Canotilho:2003), podríamos usar la comparación con los tratados internacionales, salvando las debidas diferencias, dado que no se corresponde estrictamente ni en todas las ocasiones, siendo además que varía sensiblemente en función de la materia legislada, debemos distinguir el ejercicio de la potestad ejecutiva como lo hacen los Tratados, esto es, de acuerdo con la concreta aplicación que para cada caso estipulan del principio de atribución de competencias (Ramírez: 2003). Este principio, que es aplicable para determinar a quién corresponde, en este caso, la facultad de ejecutar una concreta medida o norma jurídica (Fix-Zamudio: 2002), es de naturaleza estrictamente política y, derivadamente, jurídica; esto significa que su concreta articulación depende casi

exclusivamente del derecho originario y es una opción política particular, que se articula en ese mandato.

Así, el precedente jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la UE y de la Corte de Derechos Humanos Europea, son vinculantes y, por ende, nodales en la conformación de las decisiones de la Suprema Corte y del Tribunal Constitucional. Sobre el carácter vinculante de la normatividad comunitaria me parece interesante traer a colación la sentencia de fiscalización preventiva de la constitucionalidad del TC de Portugal, “ACÓRDÃO Nº 575/2014, *Processo* n.º 819/2014”, siendo el relator el Juez Carlos Fernandes Cadilha, en que de forma lapidar se define su “imperatividad” y relación con la norma constitucional (cita original): “E não há dúvidas quanto à relevância constitucional que assume a imperatividade de realização de políticas públicas que assegurem a disciplina orçamental, tal como esta última é imposta à República, desde logo, pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e pelo Tratado sobre Estabilidade, Coordenação e Governação na União Económica e Monetária, bem como pelas demais normas de direito externo ao Estado português e de direito interno que concretizam as obrigações implícitas à referida disciplina. Está em causa, neste domínio, não apenas o cumprimento leal do dever, constitucionalmente assumido, de “empenhamento” de Portugal “no reforço da identidade europeia” (artigo 7.º, n.º 5, da CRP), mas ainda o cumprimento leal do dever que as gerações presentes assumem perante as gerações futuras, dever esse que se traduz em impedir a existência de uma dívida pública que, onerando e pré-determinando as suas escolhas, diminua a capacidade que não podem deixar de ter essas mesmas gerações de se conduzir nos termos prescritos, desde logo, pelos artigos 1.º e 2.º da Constituição.”

Lo mismo puede ser observado en otros países como Colombia (Oberarzbacher Dávila: 2011), Brasil, España, etc.

Así, parece ser evidente que existe no solo una convergencia de los principios citados, como, además, un “cuadro de honor” un ranking de las citas doctrinales sobre cuestiones de los principios de protección constitucional y de constitucionalidad (Cossío Díaz: 2002), en que se ubican juristas como Gomes Canotilho, Jorge Miranda, Konrad Hesse, Hans Kelsen, Alexy, Fix-Zamudio, Ferrer Mac-Gregor, Cossío Díaz, Sergio García Ramírez (Da Cunha Lopes y Pegoraro: 2014). Es interesante observar que estos jurisprudentes no son solamente citados en las cortes nacionales, sí también en decisiones de otras cortes extranjeras.

Sobre la cuestión del peso de los Tratados y Convenios en materia de los DESC en la conformación de las sentencias de la SCJN y cuanto a la cuantificación de las referencias de carácter normativo (Cossío Díaz: 1998), es interesante observar que la SCJN hace mención sistemática de los convenios y tratados en materia de protección de los DESC (Silva García: 2008), con particular incidencia para un recurso argumentativo basado en el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la observación número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas siempre que tienen que decidir sobre para casos en que se juzgan violaciones al derecho de acceso a la salud. Tal es evidenciado en las sentencias del AMPARO EN REVISIÓN 350/2014 *“Negar suministro de medicamentos huérfanos no incluidos en el cuadro básico, no es inconstitucional”* y AMPARO EN REVISIÓN 378/2014 *“SCJN ampara a pacientes que viven con VIH/SIDA para que gocen del DH al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, consagrado en el artículo 12 del Pacto Internacional de los DESC”*.

Así mismo aparece con bastante fuerza en nuestros datos estadísticos sobre las sentencias de la SCJN, la presencia del precedente normativo del artículo 26 del Pacto de San José y de la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que *“ha entendido que el derecho a la salud se encuentra protegido por el artículo 26 y se configura como el disfrute más alto de bienestar físico, mental y social”*, interpretación que la SCJN recoge en la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN 315/2010., cuyo proyecto fue elaborado por la ponencia del Ministro Cossío Villegas.

Este último caso citado, el AMPARO EN REVISIÓN 315/2010, es sumamente interesante porque coloca directamente la existencia de etapas históricas con interpretaciones doctrinales y criterios jurisprudenciales evolutivos, al referir la transformación del concepto del interés jurídico que pasa de una interpretación bajo el paradigma político a otra sometida al paradigma normativo.

En el proyecto de la ponencia del Ministro Cossío Díaz y en el texto de la sentencia final se analiza y define el interés jurídico (atención, esta sentencia es anterior a la reforma de la Ley de Amparo vigente) a partir de una argumentación que toma en cuenta la evolución de los criterios jurisprudenciales de la Corte, reconociendo que: *“En la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia desde la Quinta Época se vinculó el interés jurídico con un derecho objetivo -derivado del entendimiento político y no normativo de la Constitución- de conformidad con el sistema*

"mecanicista". Las violaciones al Texto Constitucional no se sujetaban al escrutinio judicial a menos que existiera una norma secundaria que desarrollara el contenido de las garantías individuales. Sin embargo, en el siglo XXI se entendió el carácter normativo de la Constitución y, por lo tanto, se reconoció su violación como motivo de afectación a la esfera jurídica.(...)Así, el Juez razonó equivocadamente, porque partió de la falsa apreciación de que la norma que se combate en el amparo contra leyes debe estar destinada al quejoso. En realidad, la emisión de normas cuyos destinatarios son terceros puede afectar la esfera jurídica de una persona, pues su ejercicio puede generarle un perjuicio. Es obsoleto exigir que el quejoso sea el titular del derecho objetivo, pues lo que se debe analizar es la afectación a sus derechos públicos subjetivos." (Dias Cossío : 2010).

Me interesa, en este trabajo, resaltar que este diálogo constante (y diría yo, equilibrio precario) entre derecho y política a que están sometidas las Cortes Supremas y los Tribunales Constitucionales y su dinámica evolutiva que no es independiente de la relación de fuerza entre los diversos poderes, que nunca es una variable constante y rígida en las democracias avanzadas, no solo es observable en las tres sentencias de amparo en revisión sobre el Derecho a la Salud citadas, sino que tiene una visibilidad en los diversos "Acordaos" (sentencias) del Tribunal Constitucional de Portugal sobre la gratuidad del acceso a los servicios de salud y el establecimiento de "tasas moderadoras" para los usuarios del SNS (Servicio Nacional de Salud).

Me parece sumamente interesante recalcar la existencia de interpretaciones diversas, que tienen una "justificación" en la diferencia de diseño de políticas públicas de salud, en lo que dice respecto a la cuestión de limitación presupuestaria por parte del Estado versus la obligación del Estado de establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud (Loureiro: 2010).

En el AMPARO EN REVISIÓN 378/2014, anteriormente citado, la Segunda Sala de la SCJN discutió y resolvió , después de analizar el tema conforme a los estándares previstos en el derecho humano a la salud al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, consagrado en el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en los principios generales sobre el derecho humano al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, que tutela el artículo 4º Constitucional, *"del que se desprende la obligación del Estado*

de establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud”.

Asimismo, analizó, también la cuestión si, como aducía el estado mexicano “*la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento de las obligaciones que ha contraído en virtud del pacto*”, para concluir que “*no basta la simple afirmación de limitación presupuestaria por parte del Estado mexicano para que se tenga por demostrado que ha adoptado todas las medidas hasta el máximo de los recursos que disponga para lograr la plena realización del derecho humano del nivel más alto posible a la salud.*”

Es evidente, aunque no esté literalmente redactado, que la Corte valoró y ponderó las opciones políticas del estado mexicano en materia de política pública de la salud, considerando en consecuencia como válido el argumento de los quejosos que manifestaron no solo “*que los actos reclamados impedían el acceso al goce del más alto nivel posible de salud; que las autoridades responsables violaban el derecho a la salud, porque no habían destinado el máximo de los recursos que disponen para la ejecución del citado proyecto, con lo que se violaba también el derecho a la vida, porque los enfermos de VIH/SIDA (Silva García: 2008) se encuentran expuestos a contagios y co-infecciones de diversas enfermedades*”, como además existía una discriminación “*por cuestiones socioeconómicas, debido a que carecen de posibilidades para acudir con médicos privados que les puedan brindar el servicio especializado, lo que evidencia que el Estado no ha adoptado medidas para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan la discriminación en la práctica.*” O sea, la Corte no soslayó el hecho político de que si bien existe un derecho constitucional de acceso a los servicios de salud establecido en el art. 4o. Constitucional que obliga al Estado a implementar los “*mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud*”, en los hechos, políticamente el Estado ha optado por no introducir un Sistema (Servicio) Nacional de Salud con cobertura universal y, por lo tanto existe una discriminación en el acceso entre ricos y pobres y entre los que tienen derecho a los subsistemas de protección de determinados grupos y aquellos que están excluidos.

III.- Las Sentencias de fiscalización preventiva de la constitucionalidad en materia de acceso a los DESC del Tribunal Constitucional de Portugal y la definición del SNS

La correcta identificación de diversas opciones políticas establecidas en los respectivos textos constitucionales por el legislador constituyente es importante para llegar a establecer un cuadro comparativo de estándares mínimos compartidos y del peso de las opciones políticas que determinan la existencia de sistemas de acceso a la salud diversos, que están en la mente del decisor al momento de producción de la sentencia (Andrade: 2004).

En el caso de Portugal, el derecho fundamental a la salud o la protección de la salud, está consagrado en el art. 64 de la Constitución siendo el SNS (Servicio Nacional de Salud) ,institución prevista en el mismo artículo constitucional, la aplicación de la principal obligación del Estado orientada realización de ese derecho fundamental (Meneses Do Vale: 2006).

Al igual que cualquier otro derecho fundamental constitucionalmente recibido, el Estado tiene entonces ante el derecho a la protección de la salud y de su consagración constitucional, el deber de respetar el acceso individual al bien protegido (considerado como la obligación del Estado de no afectar la salud o las condiciones y capacidades de acceso específico de cada particular, así como la obligación para eliminar los obstáculos al libre acceso), tiene el deber de proteger (contra agresiones o amenazas por parte de otros particulares privada o contra prestaciones deficientes en los cuidados de la salud) y un deber de promover las condiciones óptimas de acceso (la mejora de las posibilidades existentes, la creación de instituciones y servicios, garantizando obligaciones que, por sí mismos, los individuos no serían capaces de garantizar) (Reis Novais: 2011).

Sin embargo, si estos deberes de respetar, proteger y promover son deberes de carácter genérico que se desprenden de cualquier norma de los derechos fundamentales, y, relativamente a los cuales los responsables políticos (los decisores) tienen en virtud de su relativa indeterminación, un margen significativo de elección política y definición de prioridades, por otro lado, hay otras obligaciones específicamente previstas en su contenido y con ámbitos de aplicación determinados establecidos en la Constitución (Canotilho E Moreira: 2007). Relativamente a la protección del derecho a la salud este es el caso del SNS, ya

que la Constitución después de conceder el derecho, establece en el art. 64, apartado 2, letra a), que el derecho a la protección de la salud es entre otras acciones realizado "a través de un servicio nacional universal y general de salud y de apoyo teniendo en cuenta las condiciones económicas y sociales de los ciudadanos, tangencialmente gratuito" (Canotilho: 1994).

A partir de la opción del legislador constituyente por este tipo de redacción se establece no solamente la existencia de un SNS (Correia: 1996) , como también la "juridicidad" de las características de universalidad, generalidad y de " *tendencial gratuidad*" , siendo esta última característica un concepto ajeno al constituyente mexicano.

Ahora bien es a partir de esta característica y suponiendo la existencia de un problema o de una dificultad con la financiación del SNS (Andrade: 1995), la alternativa política y polémica legalmente que sugiere la posibilidad de requerir el pago de una tasa de servicio (co-pago) a los usuarios del SNS para acceso a los servicios de salud y atención médica, sin que la misma sea "reprobada" por el Tribunal constitucional. A pesar de un potencial problema jurídico-constitucional derivado del hecho de la Constitución establecer la gratuidad plena, la introducción en la reforma constitucional de la característica "*tendencial gratuidad*" , permitió una interpretación , primero por la Comisión Constitucional (Parecer nº 35/82) y después por una opinión del "Proveedor de Justicia " de una "*gratuidad programática y progresiva*". La jurisprudencia que establecerá una compatibilidad entre el texto constitucional y la existencia de "*tasas moderadoras*" (co-pago) será producida por las sentencias (Acordados) nº 92/85, nº 330/89 y no. 731/95, en lo que podríamos definir como un trayecto "bizantino" en que los argumentos esotéricos del TC parecen competir con el debate sobre el "sexo de los ángeles". (Correia: 1996).

En cuanto a la necesidad constitucional de la existencia del NHS, el Tribunal Constitucional en 1984 tuvo una intervención decisiva. En la Sentencia No. 39/84, el Tribunal Constitucional considera que el diploma que tenía la intención de retirar parte sustancial de la ley que había instituido el Servicio Nacional de Salud era inconstitucional dado que en el caso de una imposición constitucional precisa y determinada, el legislador ordinario no tenía margen revocación de un principio constitucional.

Esta decisión, tal como lo refiere Reis Novais en un artículo portentoso en su análisis de la importancia política del Tribunal constitucional y de los criterios jurisprudenciales que defendieron la constitucionalidad del SNS (Reis Novais: 2010) fue "en

el momento bastante controvertido, sobre todo porque se alzaba la idea de la prohibición de regresión social, pero la distinción que el Tribunal procedió de las normas del programa y las normas de derechos sociales que imponen acciones precisas a las autoridades públicas resultó ser el más importancia. A su vez, el significado que debe darse a la imposición constitucional de universalidad y generalidad del NHS es relativamente pacífica y consensuada”.

IV.-Reflexiones Finales sobre el equilibrio entre doctrina y política

Si bien las sentencias comparadas son de naturaleza diversa- amparos en revisión para el caso SCJN y “acordaos” de fiscalización preventiva de la constitucionalidad en el caso portugués – es relevante verificar el cosmopolitismo compartido de las mismas y la existencia de un fondo doctrinal globalizado, y globalizante, que emana de una misma *techné* procesal y de una tradición jurídica común al interior de la grande familia romanista-germánica.

Pero más allá de estas consideraciones propiamente jurídicas es de suma importancia resaltar las implicaciones políticas (Canotilho: 2003), inclusive al nivel de creación de límites y de “imposiciones” sobre los otros poderes, de las soluciones jurisprudenciales de las supremas Cortes y de los Tribunales constitucionales.

Tal es, particularmente visible en el campo de un acceso efectivo a los DESC y de su interpretación jurisprudencial, problema que ha generado un cuerpo de decisiones judiciales en que esa íntima conexión entre derecho y política, fruto no sólo de la formación ideológica de los jueces de las Supremas Cortes y Tribunales constitucionales, sino también de las formas (políticas) como acceden a la Corte . No deja de ser real y es evidente que los jueces de las Cortes Constitucionales y de las Supremas Cortes deben ser independientes, pero eso no significa que estas Cortes sean asépticas, o sea, que no tienen una cierta “*precomprensión*” de la política. Sin embargo, por otro lado, en esta imbricación entre “Derecho y Política”, no debemos olvidar que los sistemas de constitucionalidad concentradas, tanto en Europa como en América Latina, herederos del ingenio de Hans Kelsen y de la tradición austríaca del 1920, están en una dinámica de intensa transformación, para sistemas híbridos e, inclusive, desconcentrados.

Así, en Portugal, la creación de un Tribunal Constitucional da características especiales a un sistema político que provocan inevitablemente una cierta

legalización de la política. Por otro lado, en México la transformación interna de la SCJN y su carácter garantista actual, también son fruto de una evolución que ejecuta un paralelismo al proceso de reforma política y de transición a la democracia, iniciado a partir del 1996 y consolidado a partir del 2000 (con la alternancia política) y de las reformas judiciales del 2011. En ambos casos, estamos frente a casos ejemplares de un constante dialogo entre derecho y política.

Como acentúa José de Sousa Brito "*la jurisdicción constitucional y la decisión mayoritaria son dos procesos de desarrollo de la democracia, cada uno de los cuales tiene su propia racionalidad*", (Sousa Brito: 1995) se puede decir que a partir de los años ochenta del siglo pasado, la legitimidad de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes ya no está en tela de juicio.

En cuanto al Tribunal Constitucional portugués, es innegable que el examen preventivo de constitucionalidad es un tema fascinante para los sociólogos y politólogos, ya que nos permite observar la interacción entre las decisiones legislativas de la mayoría y la intervención de control de una Corte que está en la frontera entre lo legal y lo político. Puesto en cuestión en el momento de la preparación Primera Revisión de la Constitución, cuando se acercaba el final del Consejo de la Revolución y de la Comisión Constitucional, la verdad es que el examen preventivo de constitucionalidad si aculturó entre nosotros, tal vez teniendo en cuenta el modelo semi-presidencial que llevó a la decisión constituyente del 1976.

Luis de Almeida Nunes dijo en un simposio celebrado en 1993 bajo los auspicios de la Corte Constitucional, que los que acusan al modo de composición de la Corte establecida en 1982 como dirigida a la politización de la selección de los jueces y la consiguiente politización de la Corte hace una revelación crítica. Este grande constitucionalista y juez constitucional, prematuramente desaparecido, resalta que la crítica al sistema de selección de los tribunales supremos parte de falsas expectativas y de simplificaciones ingenuas que se deben descartar:

1. Porque ignoran "que en todas partes, la elección de los jueces constitucionales se basa necesariamente en criterios políticos";
2. Porque se basan en un error ", que es asumir que, dependiendo del proceso de selección y en función de la existencia o no existencia de una carrera, hay dos tipos de jueces: uno, puros y asépticas, es decir, magistrados de carrera, siempre inmunes a la influencia de la política en el desempeño de sus funciones; otra política, contaminada que serían los jueces de la Corte

Constitucional, designados por los órganos políticos y elegidos por el Parlamento, lo que inevitablemente llevarían a cabo sus funciones profundamente influenciado por sus convicciones de los partidos políticos".

Además, no debemos olvidar que al momento de la emisión del voto los jueces no tienen puntos de vista personales, sí posicionamientos que son al mismo tiempo jurídico-doctrinales y altamente políticos, lo que queda perfectamente demostrado con los criterios aplicados en la interpretación jurisprudencial de acceso a los DESC. De igual manera no debemos olvidar que son nombrados a través de un proceso político.

Muchos observadores sociales y analistas políticos, naturalmente, se preguntan cuán grande es el peso de sus ideas políticas y que papel en realidad juegan en la conformación de las sentencias. En respuesta, otros observadores, jurisprudentes eminentes y reconocidos estudiosos de las Ciencias Jurídicas, no tienen reparos en sostener que las preferencias políticas de los jueces juegan un papel importante, esencialmente al momento de dictar sus decisiones en casos cuyo sentido jurisprudencial abre la vía para el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales y para la protección de nuevas opciones de vida de los individuos o bien cuando estas decisiones son el último reducto de defensa del individuo frente al estado .

Ellos apuntan al hecho de que los ministros nombrados por presidentes conservadores (estatistas) tienden a votar de una manera conservadora y los nombrados por presidentes liberales votan en sentido contrario, optando por posiciones garantistas. Las batallas de ratificación de los ministros recientemente nombrados, o el maratón de la votación interna para la presidencia de la Corte, ciertamente sugieren que muchas personas ven las opciones políticas personales de los ministros y sus lealtades "partidistas" como un factor importante en la toma de las decisiones judiciales y de gobierno interno de la Corte.

Pero no debemos concluir tan rápidamente que los Ministros de la SCJN o los Jueces Consejeros del Tribunal Constitucional de Portugal, al igual que los políticos, simplemente tratan de establecer sus propias preferencias políticas. Un número de factores complican el análisis. En primer lugar, es difícil separar las preferencias políticas de una filosofía de la justicia, de una formación doctrinal y de una tradición judicial.

Algunos Ministros y Jueces-Consejeros creen que la Constitución debe interpretarse de acuerdo con lo que significaba cuando fue adoptada por primera

vez o que las leyes deben interpretarse mirando sólo a sus textos. Otros creen que el significado de la Constitución puede cambiar con el tiempo o que la evidencia documental que rodea la promulgación de una ley puede ser útil en su interpretación. Pero, en su conjunto, ambos grupos creen en la importancia del conocimiento doctrinal, de la superioridad de la *techné* procesal y en que la *dignitas* inherente a la función debe ser asumida en todo momento, y que las tres condiciones son fundamentales para el buen funcionamiento de la Corte como un pilar del estado de derecho y de nuestro régimen democrático. Un dato es constante y genérico: sus antecedentes, sus preferencias políticas, y sus inclinaciones intelectuales son, en teoría, tan diversas como se puede encontrar en cualquier grupo y reflejan los equilibrios, al centro, en el campo político. Por diversidad me refiero especialmente a la política – ya que esta “diversidad” está “limitada”, como lo hemos visto a lo largo de este artículo por el proceso político a través del cual se eligen.

Sería interesante, a título de reflexión final, observar como esta particular imbricación de la política y del derecho en el campo de la cuestión del financiamiento (Barros y Nunes: 2005 y Loureiro: 2010) a través de los rubros presupuestales de un acceso efectivo a los DESC (en el caso preciso de las sentencias trabajadas en este artículo, el problema de la erogación de rubros para los sistemas y subsistemas de salud) ha llevado a las Cortes a “revisar” determinados criterios en función del impacto de la crisis económica global en los contextos reales (Ribeiro Mendes: 2015) y, por ende, en la emergencia de nueva doctrina contractual o garantista en las sentencias post-crisis.

Referencias Bibliográficas

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. “O ‘direito ao mínimo de existência condigna’ como direito fundamental a prestações estaduais positivas —uma decisão singular do Tribunal Constitucional”. *Jurisprudência Constitucional*, 1. Jan-Março, 2004, pp.4-29
- BARROS, Pedro P. e NUNES, Pedro. *A sustentabilidade financeira do Serviço Nacional de Saúde*. Universidade Nova de Lisboa, 2005.
- CAMPOS, Correia de e RAMOS, Francisco. *Contas e ganhos na saúde em Portugal. Dez anos de percurso. Desafios para Portugal*, Lisboa, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3. ed., Coimbra, 2007.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. Anotação ao Acórdão nº 148/94. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 3841, 3842.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Tribunal Constitucional, Jurisprudências e Políticas Públicas, Palestra proferida na Conferência no XX Aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 2003.
- CORREIA, Sérvulo. As relações jurídicas de prestação de cuidados pelas unidades de saúde do Serviço Nacional de Saúde. *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996.
- COSSIO DÍAZ, José Ramón. Dogmática constitucional y régimen autoritario. 1998.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia, Fontamara, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2002
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, Derecho constitucional mexicano y comparado, México, Porrúa, 2002
- DA CUNHA LOPES, Teresa, La Misma Dignidad Ante la Ley. Análisis de los cuatro criterios jurisprudenciales de la sentencia de la Suprema Corte de EU sobre la constitucionalidad del Matrimonio gay, Observatorio Jurídico Nicolaita, 27 Junio 2015,, <http://www.observatoriojuridiconicolaita.com/2015/06/la-misma-dignidad-ante-la-ley-analisis.html>
- DA CUNHA LOPES, Teresa y PEGORARO, Lucio, A contribuição da doutrina na jurisdição constitucional portuguesa e brasileira, CIJUS /Universidad de Bolonia, 2014
- DONDÉ MATUTE, Javier. El derecho internacional y su relevancia en el sistema jurídico mexicano. Una perspectiva jurisprudencial. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 2009, vol. 9, p. 191-217.
- LOUREIRO, Joao Carlos, Adeus ao Estado Social?, Coimbra Editora, 2010
- MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Victor M., *La Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Seminario Internacional sobre DESC, Tlatelolco, Mexico DF* http://portal.sre.gob.mx/pcdh/libreria/libro6/17_buyegoyri.pdf Majone, Giandomenico (1997): republicado en *Evidencia, argumentación, y persuasión en la formulación de políticas, con estudio introductorio de Luis F. Aguilar Villanueva, FCE, México DF Caps. I y VIII*, 2005.
- MENESES DO VALE, Luís, “A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o acesso às prestações concretizadoras do direito à protecção da saúde: alguns momentos fundamentais” in *Jurisprudência Constitucional*, 12, 2006, págs. 12 e segs.

- OBERARZBACHER DÁVILA, Franz Erwin. The justiciability and the vital minimum of the DESC: theory and practice in Colombia. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 2011, vol. 41, no 115, p. 363-400.
- RAMÍREZ, Sergio García. Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, 2003, no 9, p. 5.
- REIS NOVAIS, Jorge, Direitos Sociais, teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, Coimbra Editora, 2010
- REIS NOVAIS, Jorge, Constituição e Serviço nacional de saúde, in Direitos fundamentais & justiça nº 11 – abr./jun. 2010
- RIBEIRO MENDES, A, “ A crise e os seus efeitos previsíveis no Direito”, dictada el 23 de nov 2011, Colóquio “A Crise e os seus Efeitos Previsíveis no Direito”, organizado por el “Supremo Tribunal de Justiça” de Portugal, consultado en la dirección web <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/acriseefeitosdireito-drarmindoribeimendes.pdf> el 20 noviembre 2015
- SILVA GARCÍA, Fernando. VIH y militares (criterios jurisprudenciales de la SCJN). *Cuestiones constitucionales*, 2008, no 18, p. 309-325.
- SOUSA BRITO, J., Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático”, in Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, ob. colect. organizada pelo Tribunal Constitucional, Coimbra, Coimbra Editora, 1995
- TARR, A.A. . Legal Education in a Global Context. *University of Toledo Law Review*, nº36, 199-206. 2004-2005