

¿HAY JUSTICIA PARA LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES?

*Debate abierto a propósito de la reforma constitucional
en materia de derechos humanos*

Magdalena **CERVANTES ALCAYDE**
Maria Silvia **EMANUELLI**
Omar **GÓMEZ TREJO**
Areli **SANDOVAL TERÁN**
Coordinadores



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 230

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos
Asistente editorial: Karla Beatriz Templos Núñez
Cuidado de la edición: Samantha Ocampo González
Formación en computadora: José Antonio Bautista Sánchez
y Arturo Flores Ávalos

¿HAY JUSTICIA PARA
LOS DERECHOS
ECONÓMICOS, SOCIALES
Y CULTURALES?

Debate abierto a propósito
de la reforma constitucional en materia
de derechos humanos

MAGDALENA CERVANTES ALCAYDE

MARIA SILVIA EMANUELLI

OMAR GÓMEZ TREJO

ARELI SANDOVAL TERÁN

Coordinadores



SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
México, 2014

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Catalogación

PO
E503.113 ¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? : debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos / coordinadores Magdalena Cervantes Alcayde ... [et al.] ; H394h [presentación Ministro Juan N. Silva Meza]. - México : Suprema Corte de Justicia de la Nación : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014. xii, 240 p. ; 28 cm.- (Serie estudios jurídicos ; 230)

Contenido: Mensajes inaugurales. Foro Internacional sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Marco de la Reforma Constitucional de Derechos Humanos en México / Daniel F. Cabeza de Vaca, Héctor Fix-Fierro, Javier Esteban Hernández Valencia, Areli Sandoval Terán, Francisco Valdés Ugaldé, Juan, N. Silva Meza; Mesa de análisis. El aporte de los sistemas internacionales de derechos humanos a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) / Christian Courtis - Perspectivas de la justiciabilidad de los DESC en el marco del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales / Rocío Barahona Riera - La justiciabilidad de los DESC en Colombia en perspectiva comparada / Rodrigo Uprimny Yepes - La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos / Rodrigo Gutiérrez Rivas - La justiciabilidad de los DESC en México : retos y avances / María Silvia Emanuelli - El papel de las cortes constitucionales en la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales / Jorge Mario Pardo Rebolledo; Profundizando la discusión sobre DESC. Estándares internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales / Omar Gómez Trejo - Contenido esencial, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles / Luis Daniel Vázquez, Sandra Serrano - El derecho al mínimo vital : su contenido y relevancia / Juan N. Silva Meza.

ISBN 978-607-468-581-7

1. Derechos humanos - Reforma constitucional - Ensayos - México 2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Justiciabilidad 3. Tribunal constitucional - Administración de justicia 4. Derecho internacional de los derechos humanos 5. Derechos económicos 6. Derechos sociales 7. Derechos culturales 8. Derecho al mínimo vital 9. Principio de progresividad 10. Derecho comparado I. Cervantes Alcayde, Magdalena, coord. II. Silva Meza, Juan, 1944- III. ser.

Primera edición: febrero de 2014

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc
C.P. 06065, México, D.F.

D.R. © Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510, México, D.F.

Prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Impreso en México
Printed in Mexico

Esta obra estuvo a cargo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Su impresión estuvo al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistemización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Juan N. Silva Meza
Presidente

Primera Sala

Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Presidente

Ministro José Ramón Cossío Díaz

Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena

Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas

Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Segunda Sala

Ministro Luis María Aguilar Morales
Presidente

Ministro José Fernando Franco González Salas

Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos

Ministro Alberto Pérez Dayán

Ministro Sergio A. Valls Hernández

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Dr. Héctor Felipe Fix-Fierro
Director

Dra. Mónica González Contró
Secretaria Académica

Elvia Lucía Flores Ávalos
Coordinadora editorial

CONTENIDO

Presentación	IX
Juan N. SILVA MEZA	

MENSAJES INAUGURALES

FORO INTERNACIONAL SOBRE JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL MARCO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Daniel F. CABEZA DE VACA	3
Héctor FIX-FIERRO	9
Javier Esteban HERNÁNDEZ VALENCIA	13
Areli SANDOVAL TERÁN	15
Francisco VALDÉS UGALDE	19
Juan N. SILVA MEZA.	23

MESA DE ANÁLISIS

El aporte de los sistemas internacionales de derechos humanos a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)	29
Christian COURTIS	

Perspectivas de la justiciabilidad de los DESC en el marco del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	43
Rocío BARAHONA RIERA	
La justiciabilidad de los DESC en Colombia en perspectiva comparada	65
Rodrigo UPRIMNY YEPES	
La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos . .	91
Rodrigo GUTIÉRREZ RIVAS	
La justiciabilidad de los DESC en México: retos y avances .	107
Maria SILVIA EMANUELLI	
El papel de las cortes constitucionales en la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales	127
Jorge Mario PARDO REBOLLEDO	

PROFUNDIZANDO LA DISCUSIÓN SOBRE DESC

Estándares internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales	159
Omar GÓMEZ TREJO	
Contenido esencial, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles.	191
Luis Daniel VÁZQUEZ	
Sandra SERRANO	
El derecho al mínimo vital: su contenido y relevancia. . . .	213
Juan N. SILVA MEZA	

PRESENTACIÓN

En junio de 2011 se publicaron dos reformas constitucionales de la mayor relevancia para la vigencia del Estado constitucional de derecho. Una en materia de amparo y la otra en materia de derechos humanos. Si bien se trató de cambios al texto constitucional de diferente naturaleza, lo cierto es que ambas reformas ponen en el centro de la actividad del Estado el respeto de los derechos humanos.

Al plantear la segunda reforma mencionada, la existencia de los derechos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, la discusión sobre si los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) son o no derechos, quedó superada, toda vez que se encuentran reconocidos en diversos tratados internacionales en los cuales se establecen obligaciones muy claras para el Estado en relación con dichos derechos.

Si bien estas reformas abrieron un contexto muy favorable para la vigencia de los derechos humanos en México, la modificación del texto constitucional por sí sola no basta para que lo que está reconocido en éste se concrete en la realidad.

A lo anterior habría que agregar que en el campo de los derechos humanos, un grupo que tiene un gran rezago en relación con su garantía es el de los DESC, situación que se ha visto reforzada por una serie de cuestionamientos sobre la naturaleza de estos derechos y la posibilidad de volverlos exigibles por la vía judicial.

Teniendo como marco tanto el contexto abierto por las reformas constitucionales aludidas, como la distancia entre el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución y su garantía a todas las personas, la Suprema

Corte de Justicia de la Nación, el Consejo de la Judicatura Federal, la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Espacio de Coordinación de Organizaciones Civiles sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Espacio DESC), el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-México convocaron de manera conjunta al *Foro Internacional sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el marco de la reforma constitucional en derechos humanos en México*, abriendo con ello espacios para la discusión y análisis jurídico sobre el acceso a la justicia en materia de DESC.

En dicho encuentro, se plantearon debates de la mayor relevancia y de toda actualidad.

Uno de ellos fue si los derechos económicos, sociales y culturales son justiciables o no. Al respecto hubo consenso entre los participantes en el sentido de que los distintos argumentos que se han sostenido para señalar que no son derechos y consecuentemente no pueden ser justiciables están superados con el nuevo artículo 1o. constitucional. De acuerdo con el nuevo texto de aquella norma, los DESC son derechos, formando parte del ámbito de protección que la Constitución prevé. Siendo así, el pendiente se ubicó entonces en el conocimiento de los estándares internacionales que los reconocen y que les dan contenido y en avanzar en su exigencia por la vía judicial.

Otro de los temas abordados fue el de los estándares de los sistemas universal e interamericano de protección de los derechos humanos que reconocen estos derechos, desarrollan su contenido y establecen las obligaciones mínimas de los Estados frente a ellos.

La perspectiva comparada, concretamente la colombiana, resultó muy interesante en tanto mostró cómo en ese país la justiciabilidad de estos derechos pasó por un proceso similar al mexicano: del debate de la fundamentación de los DESC al de las formas apropiadas para su justiciabilidad. Asimismo, permitió

conocer experiencias más allá de las fronteras sobre casos en los que se ha planteado la justiciabilidad de los DESC, lo que reitera la relevancia de mantener un diálogo entre Cortes que permitan el conocimiento de otras experiencias que puedan ser retomadas en el ámbito nacional.

El foro también abrió espacio para difundir algunos casos resueltos en la justicia local, federal y en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los que a través de la vía judicial se ha planteado la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, mostrando con ello no sólo que se está en una etapa inicial e incipiente, sino también que por esa vía es posible la concreción de estos derechos.

Otro de los temas reiterados durante el foro fue el de la importancia de la firma y ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que se establece un procedimiento de comunicaciones de personas o grupos de personas (quejas y peticiones) y un mecanismo operativo de investigación de violaciones graves y sistemáticas de los DESC en los Estados que sean parte del protocolo. La ratificación de este instrumento permitiría contar con un mecanismo internacional para hacer justiciables los DESC.

Un debate presente fue el del papel de los operadores jurídicos en la justiciabilidad de los DESC. En el caso de los litigantes se les invitó a que las demandas sean presentadas en función y desde los derechos humanos. En el caso de los impartidores de justicia se señaló el papel central que desempeñan para la judicialización de estos derechos, con posibilidades de traducir casos individuales en remedios colectivos, de empujar modificaciones legislativas o políticas públicas e inclusive de sugerir “remedios estructurales” a través de los cuales se concrete la garantía de estos derechos.

Finalmente, otra de las ideas retomada en las discusiones abiertas por el foro fue la indispensable vigencia de los DESC en cualquier contexto democrático, en el entendido de que el ejercicio pleno de los derechos civiles y políticos necesariamente

requiere de condiciones económicas y sociales para que aquellos puedan ejercerse en total libertad y autonomía. En ese sentido, la vigencia plena de los derechos civiles y políticos conlleva la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales.

Como un complemento a los debates sostenidos a lo largo del coloquio, el libro incluye algunos ensayos en los que se profundiza sobre temas relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales, mismos que se consideraron pertinentes en tanto aportan herramientas para la exigencia judicial de estos derechos, entre ellos los estándares internacionales de protección, contenido esencial, progresividad, prohibición de regresión, máximo uso de recursos disponibles y el concepto de mínimo vital.

La decisión de los organizadores de compilar los trabajos que se llevaron a cabo en el *Foro Internacional sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el marco de la reforma constitucional en derechos humanos en México*, y de imprimir este material, obedece a varias razones. Una de ellas, la de recoger en un volumen el debate que sobre este tema se planteó desde una perspectiva amplia: la académica, la judicial y la de la sociedad civil. Otra, mostrar el consenso más allá de las instituciones, con sus respectivas facultades y competencias, en relación con la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales a través de la vía judicial. Finalmente, compartir ideas, experiencias y conocimiento para avanzar en la vigencia de los derechos humanos en México. Se espera que estas páginas puedan aportar en este sentido.

Juan N. SILVA MEZA
Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

MENSAJES INAUGURALES

FORO INTERNACIONAL SOBRE JUSTICIABILIDAD
DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES
Y CULTURALES EN EL MARCO DE LA REFORMA
CONSTITUCIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Ciudad de México, Área de murales de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación, 3 de febrero de 2012

PALABRAS DEL CONSEJERO
DANIEL FRANCISCO CABEZA DE VACA*

Apreciable ministro Juan N. Silva Meza, presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal.

Respetable señor Javier Hernández Valencia, representante en México de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Connotado doctor Héctor Fix Fierro, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Distinguido doctor Francisco Valdés Ugalde, director de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

Estimada señora Areli Sandoval Terán, coordinadora del Programa Diplomacia Ciudadana del DECA Equipo Pueblo, A. C., representante del Espacio de Coordinación de Organizaciones Civiles sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales-Espacio DESC.

Señoras y señores del apreciable auditorio.

Tengan todos ustedes muy buenos días.

Lo decisivo para la determinación de la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del análisis filosófico-político, no es a pesar de

* Consejero del Consejo de la Judicatura Federal.

su evidente importancia, la institucionalización de los ordenamientos jurídicos positivos. El punto de partida es siempre, en última instancia, el reconocimiento de que el hombre es el centro de referencia de toda la trama de la vida social y, por tanto, también de ese peculiar sector de la misma que es la ordenación o reglamentación jurídico-política.

Benito de CASTRO CID

Constituye un motivo de gran satisfacción iniciar este foro internacional, que realizan la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) junto con organismos de Naciones Unidas, instituciones académicas de gran prestigio y —sobre todo— con la valiosa participación de la sociedad civil.

Indudablemente se trata de un relevante evento que refleja no sólo la visión compartida, sino ante todo el compromiso mutuo de sus organizadores con los derechos humanos económicos, sociales y culturales.

Lo anterior tiene lugar con motivo de los trascendentales cambios ocurridos en nuestro país en materia de derechos humanos y juicio de amparo.

Ciertamente esas reformas representan, además de un profundo cambio constitucional, un auténtico hito en nuestro Estado de derecho, así como en la renovación de nuestro sistema de justicia.

Efectivamente, la primera reconoce el contenido expansivo y la positiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos.

En especial, establece la necesidad de interpretar los derechos constitucionales de acuerdo con el contenido de los tratados

internacionales y con los criterios de los tribunales internacionales competentes.

La segunda —por su parte— fortalece y actualiza la institución jurídica mexicana que por excelencia protege y garantiza los derechos fundamentales en favor de todos los gobernados.

Concretamente, los principios de relatividad de la sentencia, de instancia de parte agraviada y de interés jurídico, vienen ahora a constituir la base de una transformación acorde con los tiempos actuales, que exigía la tutela constitucional de vanguardia y la máxima protección de los derechos humanos.

En este sentido, por su origen compartido en el derecho internacional de los derechos humanos, los llamados “derechos económicos, sociales y culturales” gozan del mismo nivel jurídico que los denominados “derechos civiles y políticos”.

Sin embargo, por razones de diversa naturaleza, los primeros han sido históricamente relegados en cuanto a los mecanismos para su efectivo acceso y protección, por lo que corresponde a amplios sectores de la sociedad en todo el mundo.

En México, la experiencia que se tiene hasta este momento en materia de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es también incipiente.

Por ejemplo, hace tres años el caso “Mini Numa” puso en la palestra el tema de la justiciabilidad del derecho a la salud para beneficiar a una de las comunidades más pobres del estado de Guerrero.

Asimismo, hace poco más de un mes se hizo justiciable el derecho al agua en una de las colonias pobres del municipio de Xochitepec, en el estado de Morelos.

Estos dos casos fueron resueltos por los juzgados federales de distrito y representan significativos avances que van sentando precedentes en la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el país, si bien falta un largo camino por recorrer.

Justamente por esa razón funcionarios judiciales del más alto nivel, así como de organismos internacionales especializados, a

la par de reconocidas autoridades en la materia, tanto del campo de la investigación como de la docencia, tendrán oportunidad de exponer durante este foro internacional la nueva garantía de acceso y de cumplimiento de las obligaciones que se derivan de esos derechos para el Estado mexicano.

Al respecto, cabe mencionar que la citada reforma en derechos humanos representa ciertamente un importante cambio en cuanto a la “justiciabilidad de los derechos” que prevé el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del que México es parte.

Primeramente establece que todas las normas relativas a los derechos humanos deberán interpretarse no sólo de conformidad con la Constitución federal, sino también de acuerdo con ese y otros tratados internacionales en la materia, al favorecer en todo tiempo a la persona con la protección más amplia.

De esta manera, dicha reforma viene a superar el concepto de garantía individual y a incorporar al orden jurídico nacional los estándares internacionales mínimos para la protección y tutela judicial efectiva de los derechos humanos, incluyendo —evidentemente— a los de naturaleza económica, social y cultural.

Asimismo, la reforma incorpora el deber de todas las autoridades mexicanas de promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos de acuerdo con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, a la par de prevenir, investigar, sancionar y reparar sus violaciones.

Luego, como auténticas “cláusulas de garantía”, también viene a obligar a los juzgadores federales a que ejerzan *ex officio* la “interpretación conforme” y el “control de convencionalidad”.

Para este propósito, les exige salvaguardar el “efecto útil” de la norma explícita en favor de la persona, de manera que no quede afectada o anulada su aplicación por disposiciones o prácticas internas contrarias a su objeto.

En otro tenor, la mencionada reforma en amparo también introduce nuevas instituciones que ciertamente vienen a fortale-

cer los derechos económicos, sociales y culturales dentro de nuestro régimen jurídico.

Indiscutiblemente la adición de los conceptos de “interés legítimo” y “afectación común” —que reconocen los llamados “derechos difusos o colectivos”— provocarán interpretaciones novedosas sobre los sujetos y actos materia de amparo, justamente con relación a esos derechos económicos, sociales y culturales.

Por su parte, la “declaratoria general de inconstitucionalidad” y el “amparo adhesivo” contribuirán con la justicia pronta y completa, mientras que la procedencia del juicio constitucional, en contra de la “omisión legislativa” coadyuvará con la mejora permanente del sistema normativo también por lo que respecta a esos derechos.

En suma, todos los poderes y autoridades públicas, pero en especial el Poder Judicial de la Federación, se encuentran ante una nueva y retadora época del “constitucionalismo” que incorpora de manera decidida la visión progresista y la tutela efectiva de los derechos humanos de naturaleza económica, social y cultural.

A la altura de estas nuevas exigencias impuestas por la sociedad mexicana en los señalados cambios constitucionales se advierte un claro propósito de reconocer, fortalecer y ampliar la protección de los mencionados derechos, los que de modo indiscutible inciden en su bienestar general.

Eventualmente esos requerimientos se traducirán en la mejor impartición de la justicia federal en favor de todos los mexicanos —¡sin exclusiones!—; pues en la gran mayoría de la sociedad mexicana persiste el sentido e histórico reclamo por un mejor nivel de vida, por la mayor integración social y por el respeto de su diversidad cultural.

Ciertamente este nuevo paradigma en los derechos humanos implica una nueva forma de ser y de actuar que exige a todos operar bajo reglas sustantivas y adjetivas diferentes, las que llevan precisamente a reflexionar sobre cuáles son los retos y perspectivas de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y

—más concretamente— sobre cómo incorporar los nuevos estándares internacionales en la materia.

Esta tarea no es menor y debe ser correctamente comprendida, de ahí la importancia del evento que hoy convoca y que promueve el intercambio de experiencias y la colaboración conjunta. Sobre esta relevante cuestión, Casal Hernández indicó:

Conviene señalar que a menudo los problemas que se presentan al considerar la justiciabilidad de derechos prestacionales se derivan en buena medida de la forma en que la acción judicial se plantea y, en especial, de lo que a través de ésta quiere obtenerse; sin embargo: La situación de penuria social o económica que afecte a un país y que dificulte la vigencia de ciertos derechos sociales no se cambia mediante una sentencia y pretender esto de los jueces conducirá a la frustración y a la distorsión de la división constitucional de los poderes, lo cual será una consecuencia no de la justiciabilidad de tales derechos sino de una errada comprensión del papel del poder judicial en la Democracia Constitucional.

Éxito y muchas gracias por su amable atención.

PALABRAS DEL DOCTOR HÉCTOR FIX-FIERRO*

Para el Instituto de Investigaciones Jurídicas es motivo de gran satisfacción participar como institución convocante de este importante foro de análisis e intercambio de ideas y conocimientos relativos a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Se trata sin duda de un evento de gran oportunidad y trascendencia jurídica, por varias razones.

La primera de ellas, por el conjunto de actores que han confluído en la convocatoria a este esfuerzo de discusión teórica y jurisprudencial. El hecho de que hayan podido coincidir, para la organización de este encuentro, tanto organizaciones de la sociedad civil como la academia y el propio Poder Judicial de la Federación, significa que en México se ha logrado un acercamiento de posturas con relación en la idea de que los conflictos vinculados a los DESC pueden y deben ser resueltos en sede judicial, al igual que cualquier otro derecho humano. Que esta mañana se vaya a producir un diálogo entre estos tres actores, sobre este tema, y en la sede de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tiene una gran trascendencia y hace suponer que se está logrando superar algunas de las barreras que solían separar unos derechos de otros y que impedían el ingreso de los DESC en el debate jurisprudencial.

Como se sabe, en las dos últimas décadas han sido muchos y muy importantes los esfuerzos emprendidos por defensores de derechos humanos —a través del litigio estratégico—, respaldados por un sector cada vez más amplio de la doctrina para llevar el debate de los DESC ante órganos jurisdiccionales nacionales y supranacionales. Es una noticia de la mayor importancia que

* Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

el día de hoy el Poder Judicial se esté sumando a esa relevante y compleja discusión, reconociendo con ello que los derechos sociales son una base sustantiva en la agenda del constitucionalismo contemporáneo.

Desde esta posición —que ya es la dominante en el derecho internacional de los derechos humanos y comienza a serlo en el derecho constitucional comparado— las tesis que defendían la idea de las diferencias entre derechos civiles y derechos sociales se convierten en parte del pasado. En otras palabras, se está frente a la transición de un viejo modelo basado en la no justiciabilidad de los DESC, a uno nuevo que reconoce la plena exigibilidad de los mismos como derechos de igual jerarquía, y que por esa razón deben ser respetados y garantizados por todas las autoridades.

La motivación principal de este cambio en nuestro país es sin duda la reforma constitucional en derechos humanos de junio de 2011, que establece, entre otros, los principios de indivisibilidad, interdependencia y progresividad, además de disponer que todas las autoridades, de todos los órdenes de gobierno, no sólo deben respetar todos los derechos humanos, sino que deben promover su cumplimiento, protección y su garantía. Cada uno de estos conceptos tiene una especificidad profunda que conviene seguir analizando y discutiendo —como seguramente se hará en este foro— para comprender las diversas obligaciones a las que han quedado comprometidas las autoridades mexicanas por mandato constitucional.

Todo lo anterior permite colocarse frente a un nuevo escenario en el que habrán de producirse transformaciones jurídicas e institucionales de gran relevancia, cuyos alcances potenciales deberían impactar en un mediano plazo los campos de lo económico y lo social. No puede dejar de mencionarse que la reforma constitucional de los derechos está siendo acompañada por la modificación de la base constitucional del juicio de amparo y su ley reglamentaria. Ello significa que a la ampliación del conjunto de derechos humanos justiciables, y a la caracterización de las obligaciones estatales se suma la expansión de la titularidad de los

derechos a partir de las nociones de interés legítimo y colectivo que son de gran importancia para la protección más amplia de los derechos sociales.

En el mundo de vertiginosos y complejos cambios que se viven, donde los problemas de pobreza y desigualdad siguen siendo una constante que afecta de forma preocupante a nuestro país, no hay duda de que los DESC son un factor clave para lograr una mayor igualdad en las sociedades modernas, así como para enfrentar con mejores bases jurídicas la polarización que testimoniamos.

Todo lo anterior amerita en México mayores y más profundas reflexiones; sin embargo, el debate de la justiciabilidad de los DESC es imprescindible en todo ello. No se puede olvidar que si bien es cierto que nuestra Constitución de 1917 fue la primera en el mundo en consagrar derechos sociales a favor de campesinos y trabajadores, la verdad es que durante mucho tiempo esto sirvió de fundamento a políticas públicas y sociales de carácter corporativo, que aún cuando se tradujeron en avances innegables dejaron a millones de personas y cientos de comunidades en situación de indefensión cuando dichas políticas no cumplían su cometido y los derechos que debían garantizar no podían reclamarse en tribunales.

Es por ello que los derechos sociales en un sentido de demandas jurídicas justiciables son un fenómeno de enorme trascendencia, que debería acompañar las condiciones de un impulso autónomo legislativo en la materia. De esta forma, con normas de desarrollo que se ajusten al contenido de los derechos establecidos en la Constitución y los tratados, políticas públicas que los conviertan en una realidad, y sentencias que permitan corregir los posibles desvíos de las autoridades, es como habrá de lograrse el avance de la agenda de los derechos en nuestro país y la consolidación de la democracia constitucional que tanta falta hace. Se espera que el foro que hoy inicia pueda dar los resultados que en ese sentido se esperan y tenga el mayor de los éxitos en sus discusiones.

PALABRAS DE JAVIER ESTEBAN HERNÁNDEZ VALENCIA*

Permítanme expresar, a nombre de la Oficina en México de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que me honro en dirigir, que para nosotros el asociarnos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tarea de participar y aportar en estos espacios de reflexión en los cuales se forja el diseño y la visión común en torno a la reforma constitucional en derechos humanos. Es una labor interesante y llena de retos porque, además de abrir espacios y estimular la apropiación de los temas centrales de la Constitución por parte de la ciudadanía, obliga a poner lo mejor de nuestros esfuerzos dado el nivel y prestigio de la Corte, y el compromiso del funcionariado que la apoya, así como de las y los magistrados que componen el Poder Judicial de la Federación.

La reforma constitucional mexicana de junio de 2011 recoge de manera íntegra aquello que se plasmó ya en 1993, fruto de la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos y se recogió en el programa de Acción de Viena, es decir, la proclamación de la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos humanos. Ahora la Constitución de México se adhiere exactamente a estos términos y añade el concepto de progresividad.

Es importante hacer esta vinculación porque de alguna manera la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos es un componente distintivo de lo que según Eric Hobsbawm, imponente historiador británico, tituló al siglo XX como “el Siglo Corto”: enmarcando entre la revolución bolchevique y la caída

* Representante en México de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

del muro de Berlín. Apenas cuatro años después de la reunificación alemana, en Viena el debate en torno a los derechos humanos demolía también a su turno la barrera conceptual que se había construido en la teoría política y en la teoría jurídica a lo largo de décadas: la separación entre los derechos de primera generación, denominados civiles y políticos, y los de segunda generación, los llamados derechos económicos, sociales y culturales.

Hoy queda fuera de duda que no se trataba únicamente de disquisiciones teóricas y que el fondo de la distinción tenía una dimensión de entronque histórico, por lo tanto de vínculo con la coyuntura, de correlaciones de poder y, finalmente, de sentido y rumbo de la humanidad frente al horizonte de un destino superior.

De la misma manera, hoy el destino de México es promover y proteger la indivisibilidad, la universalidad, la interdependencia y la progresividad de los derechos humanos.

PALABRAS DE ARELI SANDOVAL TERÁN*

Buenos días, Ministro Presidente y distinguidos representantes de las instituciones y organizaciones que convocamos a este Foro Internacional sobre la Justiciabilidad de los DESC. Buenos días a todas y todos, gracias por acompañarnos.

Para quienes conformamos el Espacio de Coordinación de Organizaciones Civiles sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Espacio DESC), la motivación principal al impulsar esta iniciativa es la preocupación que compartimos numerosos defensores y defensoras de derechos humanos respecto a los obstáculos y limitaciones para el ejercicio pleno del derecho de acceso a la justicia.

* Coordinadora del Programa Diplomacia Ciudadana Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) y Social Watch México de DECA Equipo Pueblo, A. C., en representación del Espacio de Coordinación de Organizaciones Civiles sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Espacio DESC) conformado por: Casa y Ciudad; Cátedra UNESCO de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México; Centro de Estudios Sociales y Culturales Antonio de Montesinos; Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez; Centro de Investigación y Promoción Social; Centro de Reflexión y Acción Laboral de Fomento Cultural y Educativo; Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos; Consultoría Especializada en Justiciabilidad de los DESC; Desarrollo, Educación y Cultura Autogestionarios Equipo Pueblo; Defensoría del Derecho a la Salud; Food First Information and Action Network México; Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia; Instituto Mexicano para el Desarrollo Comunitario; Liga Mexicana por la Defensa de los Derechos Humanos; Oficina Regional para América Latina y el Caribe de la Coalición Internacional del Hábitat; Radar Colectivo de Estudios Críticos en Derecho.

Existe el interés en las numerosas víctimas de violaciones a DESC a lo largo y ancho del país; personas, familias, comunidades que por diversas causas ven afectados su derecho a la salud, a la vivienda digna, a la educación, a la alimentación adecuada, al agua, al medio ambiente sano, a la seguridad social, su derecho al trabajo y otros derechos laborales, sus derechos culturales y su derecho a la libre determinación.

Es por eso que también se impulsa, como sociedad civil organizada, la *Campaña mexicana por la firma y ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF PIDESC)*, que permitirá a las víctimas de este tipo de violaciones, una vez agotados los recursos internos, presentar sus denuncias ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

Justamente, una de las obligaciones de los Estados, que como México son partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) es proveer a la población de mecanismos apropiados para la defensa de sus derechos, ofreciendo recursos judiciales y otros recursos efectivos para hacerlos justiciables.

En este sentido, se celebra que la reforma constitucional en materia de derechos humanos, vigente desde el 10 de junio de 2011, haya explicitado en el artículo 1o. constitucional las obligaciones de las autoridades tanto de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, como las de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a éstos; obligaciones todas que de por sí ya tenía el Estado mexicano en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos previamente ratificados.

Este *Foro Internacional sobre la Justiciabilidad de los DESC en el marco de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en México*, no podría ser más pertinente, necesario y oportuno. Desde el Espacio DESC valoramos enormemente el entusiasmo, la suma de voluntades y el aporte de todas y cada una de las instituciones

convocantes. Asimismo, agradecemos profundamente a nuestros ponentes invitados, no sólo por su participación en este foro, sino por su lucha constante, desde sus respectivos ámbitos, en favor de los derechos humanos. Enhorabuena.

Gracias por su atención.

PALABRAS DEL DOCTOR
FRANCISCO VALDÉS UGALDE*

Representante en México de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Javier Hernández Valencia.

Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal, Ministro Juan N. Silva Meza.

Consejero de la Judicatura Federal, Daniel F. Cabeza de Vaca Hernández.

Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, doctor Héctor Fix Fierro.

Coordinadora del Programa Diplomacia Ciudadana de DECA Equipo Pueblo, A.C. y Representante del Espacio de Coordinación de Organizaciones Civiles sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales-Espacio DESC, Areli Sandoval Terán.

Magistrados y magistradas, jueces y juezas que nos acompañan.

Estimados todos.

En la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales sede México pese a muchas acciones en contrario creemos que el respeto a los derechos humanos es el nuevo paradigma en los albores del siglo XXI. Ejemplos de este tipo son: la predominancia de cierta política de seguridad después del ataque a Nueva York en 2001, la existencia de violaciones sistemáticas a derechos civiles y políticos básicos en varias partes del mundo y la persistencia de grandes

* Director de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede México.

franjas de personas en condiciones de marginalidad que esbozan cuadros tan terribles como la reciente crisis alimentaria de los indígenas rarámuris en la sierra de Chihuahua. Pese a lo anterior, hay pasos importantes en la construcción de este nuevo paradigma como son: la recuperación de los derechos humanos en las políticas públicas, la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos en México, y el diseño cada vez más acabado de las instituciones propias del derecho internacional de los derechos humanos tanto en el marco de las Naciones Unidas como a nivel regional en el Sistema Interamericano de derechos humanos. Seguramente en 1998 cuando finalmente México aceptó la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nadie pensó que poco más de 10 años después habría sentencias como las de los casos Rosendo Radilla, campo algodonerero sobre las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez, los campesinos ecologistas Cabrera García y Montiel Flores, o las relacionadas con las violaciones a derechos humanos contra Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú. Más aún, nadie esperaba una resolución como la dictada por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con el cumplimiento de la sentencia de Rosendo Radilla que, considerando tanto la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la reforma constitucional en materia de derechos humanos, transformó por completo la fisonomía del Poder Judicial tanto federal como local, y puso en primer plano el control en materia de derechos humanos.

Como parte de estos cambios que cimientan y apuntalan a los derechos humanos como el ya mencionado paradigma del siglo XXI, se encuentra el derrumbe de una serie de mitos relacionados con los derechos humanos, mitos que daban prioridad a los derechos civiles y políticos por encima de los económicos, sociales y culturales. Ahora sabemos que ningún grupo de derechos humanos es más importante que otro, todos los derechos humanos son igualmente relevantes para construir el objetivo común: la dignidad humana, de aquí su característica de indivisibilidad. También sabemos que el cumplimiento de todos los derechos

humanos (los civiles, políticos, económicos, sociales, culturales o ambientales) supone la aplicación de diversos recursos de todo tipo y el diseño institucional para el cumplimiento de los derechos, lo que dio pie al nacimiento tanto de las políticas públicas como de los presupuestos con perspectiva de derechos humanos. Y uno de los puntos más importantes que nos tiene hoy reunidos: también sabemos que es un mito que los derechos económicos, sociales y culturales NO sean justiciables. Derechos como a la alimentación, a la salud, a la educación, al trabajo con una remuneración digna y suficiente, el acceso al agua, al medio ambiente sano, por mencionar algunos, están conformados por múltiples obligaciones de respetar, proteger, garantizar y promover estos derechos; a partir de criterios básicos de acceso, disponibilidad, aceptabilidad, calidad, adaptabilidad; a la par que se deben observar los principios de identificación de los núcleos básicos de cada derecho, progresividad y prohibición de regresión y la aplicación del máximo uso de recursos disponibles. Muchas de las aristas de estas obligaciones provenientes de los derechos económicos y sociales pueden ser y actualmente son sujetas a procesos de justiciabilidad en diversas cortes.

Hace un momento se comentó que una de las señales del nuevo paradigma de los derechos humanos, es, sin duda, es el cada vez más acabado diseño de las instituciones propias del derecho internacional de los derechos humanos con órganos tan especializados como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Uno de los avances convergentes de este diseño institucional con el derrumbe del mito de la no justiciabilidad de los DESC es el nacimiento del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Frente al mito de la no justiciabilidad que tuvo como consecuencia la inexistencia de mecanismos que garantizaran los derechos establecidos en el PIDESC, este Protocolo Facultativo establece tres mecanismos elementales: un procedimiento de comunicaciones individuales o colectivas (quejas o peticiones); un mecanismo operativo de quejas interestatales

o comunicaciones entre los Estados; y un mecanismo operativo de investigación. Todos estos mecanismos de exigibilidad deben ser complementados con leyes, políticas públicas y presupuestos con perspectiva de derechos humanos para poder hacer realidad el ejercicio de los DESC. De aquí la importancia de que México ratifique a la brevedad el Protocolo Facultativo del PIDESC, de aquí también la relevancia de este evento.

Muchas gracias.

PALABRAS DEL SEÑOR MINISTRO
JUAN N. SILVA MEZA*

Señor consejero Daniel Cabeza de Vaca.

Doctor Héctor Fix-Fierro, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Señor Javier Hernández Valencia, representante en México de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Señora Areli Sandoval Terán, coordinadora de Espacio DESC.

Doctor Francisco Valdés Ugalde, director de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales en México.

Señoras y señores.

La distancia que existe entre el reconocimiento normativo de los derechos económicos, sociales y culturales —constitucional y en tratados internacionales— y su vigencia en la realidad, es el principal problema que hoy enfrentan estos derechos. Frente a esa situación, y en la idea de que todos los derechos deben contar con garantías efectivas para concretarlos, su justiciabilidad representa una vía de la mayor importancia para hacerlos efectivos.

La justiciabilidad de los DESC tiene un largo camino que recorrer. Son muy pocas las sentencias a través de las cuales se han garantizado estos derechos. De ellas destacan casos sobre el derecho a la salud y algunos más sobre el derecho a la seguridad social y el derecho a la información medioambiental.

* Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal.

Sin embargo, las reformas constitucionales abren un escenario, no sólo propicio, sino obligado, para que en casos de no vigencia de estos derechos se busque garantizarlos por la vía judicial. En tanto se trata: 1) de derechos reconocidos en tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano, 2) del deber de aplicar el principio *pro persona*, y 3) de la obligación de ejercer control de convencionalidad.

A partir de este nuevo contexto, los tribunales federales habrán de enfrentar en el futuro asuntos cuya resolución implicará, al menos, hacer referencia no sólo al reconocimiento de estos derechos en la norma de mayor jerarquía del país, sino también en los instrumentos internacionales suscritos por el Estado mexicano. Y ello supone: hacer explícito que se trata de derechos humanos y que pueden ser exigibles por la vía judicial.

Muy pronto, los juzgadores federales deberán resolver sobre la justiciabilidad de derechos, como el derecho al agua, a la alimentación, a la vivienda, a la educación, al salario digno, al medio ambiente adecuado y a la cultura, para lo cual deberán estudiar tanto los tratados internacionales como, en general, las observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En estos temas, los retos para el sistema de justicia federal son amplios, pues al hacer valer estos derechos, deberán reconocerse no sólo sus contenidos mínimos, sino la prohibición de medidas regresivas y la no discriminación.

Para enfrentar esos retos se contará con nuevas figuras, como el interés legítimo y las acciones colectivas, que ofrecen novedosas vías de exploración jurisdiccional.

El que los tribunales de la Federación incorporen en sus sentencias, entre otros, aspectos como los mencionados, repercutirá en el efecto ejemplificador que sus actuaciones y la jurisprudencia tienen, en el resto de los tribunales de justicia del país.

En ese sentido, puede inferirse que un Poder Judicial de la Federación, que en su labor retoma y argumenta con base en los elementos sustantivos de las reformas constitucionales de amparo

y derechos humanos, será el mejor ejemplo para que el resto de los juzgados y tribunales de igual forma empiecen a aplicar dichas reformas.

Por todo esto, estoy seguro de que el resultado de estos trabajos serán de gran utilidad para todos, pero en especial para la judicatura federal.

MESA DE ANÁLISIS

EL APORTE DE LOS SISTEMAS
INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS
A LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS
ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (DESC)

Christian COURTIS*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Aportes del Sistema Universal de Derechos Humanos en Materia de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.* III. *Aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.*
IV. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Para discutir la utilidad de los aportes provenientes de los sistemas internacionales de derechos humanos en el desarrollo de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales para México, es importante plantear el tema no desde un punto de vista puramente abstracto o conceptual, sino en el contexto particular de las consecuencias de la reforma constitucional en materia de derechos humanos: la reforma del artículo 1o. constitucional y las concomitantes reformas en materia de amparo de los artículos 103 y 107.

Es importante sentar el punto de partida: la reforma del artículo 1o. de la Constitución exige ahora una interpretación inte-

* Oficial de derechos humanos en la sección de DESC de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Ginebra y ex director del Programa de DESC de la Comisión Internacional de Juristas.

grada o armónica entre los derechos humanos que tienen fuente constitucional y los derechos humanos que tienen fuente en tratados internacionales ratificados por México. De modo que la obligación del intérprete es la de integrar del mejor modo posible —a la luz del principio *pro persona* o *pro homine*— la interpretación que ofrezca mayor protección a la persona en relación con las dos fuentes con las que cuenta el intérprete: la constitucional y la internacional. A esto se agrega la innovación ya señalada por el ministro Silva en lo que hace a la ampliación de las vías judiciales de protección —particularmente en aquellos temas en los que en México había dificultades en relación con la justiciabilidad de derechos sociales—; es decir, la legitimación y la posibilidad de adoptar remedios de carácter o alcance colectivo y no solamente individual. Estas modificaciones normativas sientan las bases para un profundo cambio jurisprudencial en la materia.

Me encomendaron reflexionar un poco sobre cuáles son los aportes del sistema internacional de derechos humanos en relación a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Como ya he sugerido, y como ha dicho también la SCJN en la decisión relativa a la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla, estos aportes no son sólo información interesante, sino que, de acuerdo con el nuevo artículo 1o. constitucional, deben ser utilizados por los jueces y magistrados mexicanos como criterios orientadores acerca de la protección que ha de asignarse a los derechos económicos, sociales y culturales incluidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por México de acuerdo al régimen actual constitucional.

Creo que hay al menos dos tipos de aportes provenientes de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos que hay que tomar en consideración. Voy a referirme tanto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos como al Sistema Universal, ya que México forma parte de ambos, y porque el artículo 1o. constitucional habla de todos los tratados de derechos

humanos ratificados por México, sin distinguir entre tratados regionales y universales.

Primero, algunos aportes están relacionados con el alcance de las nociones de acceso a la justicia y derecho a un recurso judicial efectivo cuando los derechos en juego son derechos económicos, sociales y culturales. Estos aportes vienen a poner en cuestión la concepción dominante en México durante mucho tiempo sobre la idea de que las llamadas “garantías sociales” eran puramente programáticas, es decir, que eran normas dirigidas a habilitar la actuación de los legisladores y de la administración, pero que no facultaban a los titulares de esos derechos a formular un reclamo ante la justicia en caso de incumplimiento. Esta concepción ha tenido varias manifestaciones, por ejemplo, la idea de que no existe interés jurídico por parte de titulares individuales o colectivos de derechos sociales para reclamarlos, o la negación de la vía del amparo para ejercer acciones de tutela en materia de derechos sociales. Ciertamente, aunque la Constitución mexicana fue pionera en la incorporación de derechos sociales, y aunque en la historia constitucional mexicana se haya verificado una gradual ampliación en el reconocimiento de estos derechos, más allá del reconocimiento original de derechos en materia laboral y agraria como los derechos a la salud, a la educación o los derechos de los pueblos indígenas, la doctrina dominante en México ha sostenido siempre que estos derechos o “garantías” sociales no son directamente operativos sino meramente programáticos. De modo que hay escasos ejemplos de jurisprudencia mexicana que hayan roto esta barrera y hayan entrado de lleno en la cuestión.

Varios de los criterios que provienen del sistema internacional ofrecen a los jueces argumentos para superar esa doctrina y considerar que existen muchos aspectos de los derechos sociales que pueden ser justiciables, de modo que invitan a abandonar esa vieja teoría que sostiene que los derechos sociales son programáticos *in totum*, y por ende afirma que no hay forma de tutelarlos judicialmente.

Segundo, una cierta claridad sobre el contenido de un derecho y de las obligaciones que de él se derivan, es una precondition de la justiciabilidad de los derechos sociales y de cualquier derecho humano. Dado el abandono teórico sufrido por años por los derechos sociales debido a la doctrina que sostenía su carácter programático y su consecuente deferencia a la discrecionalidad de los poderes políticos, se habían desarrollado en el plano nacional pocas herramientas para saber cuál es el contenido de estos derechos y qué obligaciones se derivan de ellos. Parece claro que si no sabe cuáles son esas obligaciones y cuál es el contenido de estos derechos, aunque se afirme que son justiciables es bastante difícil saber qué es lo que se puede demandar, en qué casos se configura una violación y en qué casos no, cuáles son los tipos de reparación adecuadas, etcétera. Dicho de otro modo, una precondition importante para desencadenar la maquinaria del reclamo judicial es saber sobre la base de qué estándares estoy demandando en la violación de un derecho, cuál es la conducta que debía haber asumido la autoridad pública en el caso y cuál es la reparación que pretendo. En este sentido, otro conjunto de aportes de los Sistemas Universal e Interamericano es el de haber definido algunos estándares importantes: algunos relacionados con obligaciones generales en materia de derechos sociales, y otros relacionados con obligaciones particulares de cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales que coinciden en los instrumentos internacionales y en la Constitución mexicana: salud, vivienda, educación, alimentación, agua, derechos laborales, seguridad social, etcétera. En el mismo sentido, el Sistema Interamericano ha sido fértil en la elaboración de reparaciones adecuadas a la complejidad de los casos que le ha tocado considerar.

Los dos Sistemas, Universal e Interamericano, han producido argumentos y criterios relevantes sobre ambas cuestiones que abonan la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales de modo complementario. Daré ejemplos provenientes de ambos sistemas para cada una de las cuestiones que propuse.

II. APORTES DEL SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Véanse ahora los aportes concretos de ambos sistemas internacionales de derechos humanos en materia de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva aplicados a derechos sociales.

Respecto de los aportes del Sistema Universal, existen al menos tres contribuciones importantes. La primera es la doctrina desarrollada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto de la necesidad de proveer recursos judiciales u otros recursos efectivos que permitan a los titulares de derechos presentar quejas en casos de alegada violación. De acuerdo al Comité, esta obligación forma parte de la obligación general que es la de adoptar medidas para la realización plena de los derechos económicos, sociales y culturales por todos los medios apropiados. El Comité consideró, a partir de una de sus primeras observaciones generales, la Observación General núm. 3, que desarrolla el contenido de las obligaciones generales en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que la obligación de proveer recursos para la realización de esos derechos incluye la de poner a disposición recursos judiciales u otros recursos efectivos para su protección.

El Comité repitió y desarrolló más detalladamente esta idea en una observación general posterior, la Observación General núm. 9, dedicada enteramente a la aplicación interna del Pacto y la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos, como los recursos administrativos. La misma doctrina se repite en muchas observaciones generales dedicadas a derechos en particular —como salud, agua, derecho al trabajo, seguridad social, derecho a participar de la vida cultural—, como medida de implementación interna de esos derechos.

El segundo hito importante producido por el Sistema Universal de Derechos Humanos es la adopción del Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que va a permitir, una vez entrado en vigor, la presentación de quejas ante el respectivo Comité por alegadas violaciones a los derechos contenidos en el pacto, una vez cumplidos ciertos requisitos como el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna. El Protocolo Facultativo vino a romper esta falta de protección judicial o cuasi-judicial de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel internacional. De modo que la adopción por parte de la comunidad internacional de un instrumento que acepta que es posible para los titulares de derecho presentar una queja ante un tribunal o un órgano de protección internacional en materia de derechos sociales significa que la comunidad internacional reconoce que la justiciabilidad de derechos es conceptualmente posible y ofrece vías para la concreción de su tutela internacional. Esto permite formular el mismo argumento en el plano nacional: la incorporación de derechos sociales en la Constitución implica también el reconocimiento de la aplicación de este principio de acceso a la justicia y de provisión de recursos judiciales efectivos a los derechos económicos, sociales y culturales, en el mismo sentido en el que la comunidad internacional lo ha hecho respecto del reconocimiento de estos derechos en un pacto internacional. Es más, como uno de los requisitos de admisibilidad de las quejas o comunicaciones en el Protocolo Facultativo es el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, el mismo Protocolo Facultativo indica a los Estados partes que deben existir recursos efectivos en la jurisdicción interna.

Una tercera contribución digna de mención está vinculada con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. Aunque el Protocolo Facultativo del PIDESC es reciente y todavía no ha entrado en vigor, existen otros instrumentos universales que incluyen derechos sociales o que incluyen derechos estrechamente vinculados con derechos sociales, que ya ofrecen la posibilidad de presentar quejas o comunicaciones ante los res-

pectivos Comités. De hecho existe jurisprudencia de otros Comités que hicieron justiciables derechos sociales, generalmente por vía de su interconexión con otros principios o derechos. Estos ejemplos demuestran la aceptación de dimensiones de justiciabilidad de derechos sociales derivadas a la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha decidido casos en los que ha aplicado el principio de igualdad y la prohibición de discriminación a temas como la seguridad social, derechos culturales y la tutela del derecho a la educación de las minorías étnicas, lingüísticas o religiosas. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) tiene jurisprudencia interesante en materia de derecho a la salud, incluyendo casos sobre esterilización forzosa y sobre mortalidad materna, y ha desarrollado también jurisprudencia sobre las obligaciones de protección del Estado en casos de violencia doméstica. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) decidió un caso en el que consideró la exclusión discriminatoria de minorías étnicas de planes de vivienda como violación a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y el Comité contra la Tortura (CAT) sostuvo que los desalojos forzados motivados por razones raciales constituyen violaciones a la Convención contra la Tortura.

Sobre el segundo tema —es decir, los aportes vinculados con el esclarecimiento del contenido de los derechos sociales como precondition de su justiciabilidad— la tarea del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha sido fundamental, tanto en lo que hace al alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en materia de derechos económicos, sociales y culturales, como en lo que se refiere al contenido específico de derechos en particular. Sobre el esclarecimiento de las obligaciones de carácter general, la ya mencionada Observación General núm. 3 sigue siendo el documento pilar de la construcción de la doctrina del Comité, en la medida en que

aclara qué significa el carácter progresivo de la plena realización de los derechos, qué significa adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles, cuáles son las obligaciones de carácter inmediato y cuáles son las obligaciones que están vinculadas en esta noción de progresividad, etcétera. Obsérvese que el propio artículo 1o. de la Constitución utiliza el término “progresividad”; la interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el significado de este término será de enorme relevancia para entender su alcance en el marco constitucional y por ende, para entender cuáles son las obligaciones que se derivan del reconocimiento de derechos sociales en la propia Constitución, que dicho sea de paso, coinciden en gran medida con los reconocidos en tratados de derechos humanos ratificados por México.

Además de esta tarea de desarrollo del contenido de las obligaciones generales contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y por ende aplicables a todos los derechos contenidos en ese instrumento, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha dedicado un esfuerzo importante al esclarecimiento del contenido específico de cada derecho. Así, el comité ha adoptado dos Observaciones Generales sobre el derecho a la vivienda, dos sobre el derecho a la educación, una sobre el derecho a la alimentación, una sobre el derecho a la salud, una sobre el derecho al agua, una sobre el derecho al trabajo, una sobre el derecho a la seguridad social, una sobre el derecho de los autores de obras científicas, artísticas y literarias a la protección de sus intereses morales y materiales y otra sobre el derecho a participar de la vida cultural. De modo que si se entiende el artículo 1o. constitucional como una norma que habilita el uso de criterios internacionales para comprender el alcance de los derechos humanos de fuente tanto constitucional como internacional, las Observaciones Generales del Comité constituyen una guía ineludible generada por el Sistema Universal de Derechos Humanos para entender cuál es el alcance de los derechos sociales contenidos en cualquiera de esas dos fuentes:

constitucional o internacional; por ejemplo, para entender cuál es el alcance del derecho a la salud, y para articular una lectura integrada de ese derecho tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales relevantes.

En lo particular, éstas son —presentadas brevemente— las contribuciones más importantes en el Sistema Universal de Derechos Humanos para cimentar la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Paso ahora a revisar los aportes del sistema interamericano de derechos humanos.

III. APORTES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Para considerar las contribuciones del Sistema Interamericano en esta materia hay que recordar que el instrumento central de este sistema sigue siendo la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica), aunque el sistema cuenta también con un instrumento específico sobre derechos económicos, sociales y culturales (el llamado Protocolo de San Salvador). La Convención Americana es básicamente un instrumento de derechos civiles y políticos, aunque contiene una disposición sobre derechos económicos, sociales y culturales y varias otras cláusulas que, pese a estar situadas bajo el título de “Derechos civiles y políticos” incluyen contenidos sociales. Está claro que la Convención Americana no es el instrumento internacional que cuenta con el reconocimiento más extenso de derechos sociales.

En todo caso, tanto la Comisión como la Corte Interamericana se las han arreglado para producir una serie de contribuciones interesantes que abonan al argumento de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Siguiendo los dos temas que había planteado antes, trataré primero las contribuciones de la Comisión y, en particular, de la Corte Interamericana

en materia de acceso a la justicia y de derecho a la tutela judicial efectiva en materia de derechos sociales. Como saben, la Corte ha desarrollado una jurisprudencia muy extensa alrededor del derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 25 de la Convención Americana, en muchos casos conjuntamente con la interpretación del alcance de las garantías judiciales o de las garantías del debido proceso contenidas en el artículo 8 de la misma Convención. Lo interesante para el tema que nos ocupa es que la Corte ha hecho aplicable esta doctrina, cristalizada en una interpretación amplia de noción de “acceso a la justicia”, a dimensiones vinculadas a los derechos económicos, sociales y culturales, o directamente a derechos económicos, sociales y culturales.

Es interesante recordar que el artículo 25 de la Convención Americana se refiere al derecho a un “recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo” en caso de violación de los derechos fundamentales reconocidos en la propia Convención, pero también en la Constitución y en la ley, de modo que no se limita el derecho a un recurso a la tutela frente a violaciones a los derechos numerados explícitamente en la Convención, sino que se extiende a derechos fundamentales de fuentes nacionales, como la Constitución y la ley. Sobre el tema hay jurisprudencia interesante de la Corte, que ha aplicado esta idea de acceso a la justicia —que incluye la tutela judicial efectiva y las garantías del debido proceso—, por ejemplo, a temas vinculados con la protección de los derechos de los trabajadores, con prestaciones de la seguridad social o con la propiedad colectiva de la tierra de los pueblos indígenas, entre otros.

Un segundo aporte interesante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana es sin duda el vinculado con las reparaciones o remedios, que es una de las contribuciones de la Corte más reconocidas a nivel mundial. La Corte ha desarrollado una rica doctrina en materia de reparaciones, que van más allá de la compensación pecuniaria y de las reparaciones de carácter individual, e incluyen, entre otros rubros, restitución, reparacio-

nes simbólicas y garantías de no repetición, y reparaciones de alcance colectivo. En el marco del desarrollo de las reparaciones adecuadas al tipo de violación considerado, la Corte ha incluido una serie de reparaciones tanto individuales como colectivas que involucran derechos económicos, sociales y culturales —aun cuando la violación declarada haya sido la violación de un derecho civil o político—. Así, por ejemplo, la Corte ha ordenado reparaciones individuales requiriendo al Estado la restitución de viviendas o de tierras para personas víctimas de desplazamiento, o el acceso a tratamiento psicológico o rehabilitación a víctimas de violaciones a derechos civiles.

Pero además, la Corte ha desarrollado una práctica importante en materia de reparaciones de alcance colectivo —algunas de carácter simbólico—, como la lectura de la sentencia en lengua indígena o la realización de un homenaje en memoria de las víctimas, y algunas de carácter material como las de asegurar la provisión de agua potable, de un centro de salud o de una escuela para una comunidad indígena, o la de la elaboración de un plan de desarrollo colectivo para una comunidad que fue afectada por graves violaciones a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, es el ejemplo de la sentencia de reparación en el caso de la masacre de Plan de Sánchez. Al parecer la jurisprudencia de la Corte ofrece una serie de criterios interesantes para pensar en qué consiste una reparación adecuada al tipo de violaciones que se ventilan en un caso concreto.

Otro aporte interesante de la Corte ha sido la manera en que el tribunal ha encuadrado violaciones individuales, con víctimas identificadas, en el marco de violaciones que tienen alcance grupal o colectivo. Este desarrollo se vincula tanto con cuestiones de legitimación, es decir, quién está habilitado para presentar el caso, y con la articulación de reparaciones de alcance individual y reparaciones de alcance colectivo. En esto, la Corte ha trazado un camino interesante porque la consideración tanto de aspectos de contexto en los que se identifican patrones de violación de alcance grupal, aun cuando se exija la identificación de víctimas indi-

viduales para discutir el caso, ha permitido una cierta ampliación del objeto del proceso: un ejemplo claro de ello es la decisión de la Corte Interamericana en el caso del Campo Algodonero, que involucra a México. En ese tenor, los casos individuales de las tres víctimas se colocan en el contexto de violaciones que involucran a muchísimas más víctimas, como el caso de los feminicidios de Ciudad Juárez. Para analizar los casos concretos de las tres víctimas, la Corte estudia también la evidencia de patrones comunes en las violaciones que implicaron a muchísimas más víctimas, a partir de información proveniente de diversas fuentes, entre ellas la de Comités y Relatores Especiales del Sistema de Universal de Derechos Humanos. Este desarrollo es importante porque muchas violaciones en materia de derechos sociales tienen también alcance colectivo, de modo que la forma en la que la Corte trata algunas violaciones individuales en el marco de otras de mayor alcance puede ser importante para viabilizar el tratamiento de casos de violación de derechos sociales de alcance colectivo.

Por último, el Sistema Interamericano también ha hecho contribuciones interesantes en materia de estándares sustantivos que tienen relación con derechos económicos, sociales y culturales. Como he aclarado antes, por ser la Convención Americana el instrumento principal de litigio en el Sistema Interamericano, la experiencia de la Corte en materia de empleo directo de derechos sociales como base del litigio ha sido limitada. Pero la vía que ha seguido la Corte ofrece un criterio interesante para interpretar las nociones de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos incorporadas al párrafo 3o. del artículo 1o. constitucional. La Corte ha desarrollado una interpretación amplia de algunos derechos civiles y políticos incluidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la que se subraya la interdependencia e indivisibilidad de estos derechos con derechos económicos, sociales y culturales —que coincide con algunas experiencias de cortes nacionales de la región, como la Corte Constitucional colombiana—. Un ejemplo notorio de la protección de aspectos de derechos económicos, sociales y culturales por su in-

terdependencia o indivisibilidad (o conexidad, que es el término que usa la Corte colombiana) es la derivación de obligaciones positivas en materia de salud, alimentación, acceso al agua potable y vivienda, del derecho a la vida —es decir, una interpretación que incluye en el derecho a la vida la obligación de asegurar bienes básicos o un mínimo vital—, que la Corte Interamericana ha desarrollado para casos que involucraban niños en situación de extrema pobreza, niños privados de libertad y pueblos indígenas en situación de extrema pobreza. Otro ejemplo importante en el que la Corte Interamericana ha sido pionera a nivel mundial es la interpretación amplia del derecho de propiedad en el sentido de propiedad colectiva cuando se trata de los territorios ancestrales de pueblos indígenas, con particular énfasis en las dimensiones económicas, sociales y culturales que esta propiedad tiene para sus titulares. La Corte también ha considerado el emplear el derecho de propiedad para tutelar el derecho a la seguridad social, sosteniendo que el incumplimiento de sentencias judiciales que fijan el monto de pensiones constituye una violación a aquel derecho. La Corte también ha aplicado el principio de igualdad y la prohibición de discriminación —en particular sobre la base de la nacionalidad— a los derechos laborales de los trabajadores migrantes, aun a aquellos en situación irregular, en una Opinión Consultiva importante, la número 18. Ya he mencionado antes la aplicación bastante extensa de derechos de carácter procedimental —como el derecho a la tutela judicial efectiva y las garantías del debido proceso— a casos que involucraban derechos laborales, derechos vinculados con la seguridad social y a procedimientos de titulación de los territorios ancestrales de pueblos indígenas.

IV. CONCLUSIÓN

Estas ideas, expuestas brevemente, ofrecen un panorama respecto de cuáles son los criterios producidos tanto por el Sistema Universal como por el Sistema Interamericano de Derechos Hu-

manos para sostener la idea de que los derechos sociales no pueden ser entendidos meramente como normas programáticas, y que deben ser entendidos como derechos que habilitan el acceso a la justicia como todos los derechos fundamentales. La comparación entre ambos sistemas permite además vislumbrar formas distintas de protección de derechos sociales: sea a través de su interpretación directa como derechos de carácter autónomo, sea a través de su interpretación en conexión con derechos civiles y políticos, subrayando la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos. Estos criterios pueden —y deben— guiar a los jueces mexicanos en su tarea de interpretación, en esta nueva etapa abierta por la aprobación de la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

PERSPECTIVAS DE LA JUSTICIABILIDAD
DE LOS DESC EN EL MARCO DEL PROTOCOLO
FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL
DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES
Y CULTURALES

Rocío BARAHONA RIERA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Marco jurídico universal de protección.* III. *Justiciabilidad de los derechos humanos.* IV. *Reforma constitucional en México.* V. *Protocolo Facultativo del PIDESC.* VI. *Contenido del Protocolo Facultativo.*

I. INTRODUCCIÓN

Deseo agradecer a los organizadores y a la Suprema Corte de Justicia de México, a través de los altos representantes del Poder Judicial, por la organización de este foro que se inscribe en la obligación de los Estados partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de dar la más amplia difusión a dicho tratado internacional y a sus instrumentos conexos.

Considero muy significativo realizar este foro de reflexión sobre un tema de crucial importancia como es la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en el marco de la reciente reforma constitucional realizada por México en junio de 2011, reforma que ha tenido como objetivo el garantizar constitucionalmente los derechos humanos.

* Experta independiente integrante del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organizaciones Unidas.

Los derechos económicos, sociales y culturales, al igual que los demás derechos humanos que integran el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, están en permanente desarrollo, ya que son actualizados a través de interpretaciones nuevas sobre sus alcances. Por lo anterior resulta conveniente reflexionar sobre la dirección y sentido de estos cambios, especialmente cuando se trata de avances en materia de interpretación y justiciabilidad.

El paradigma jurídico en materia de justiciabilidad de los derechos humanos está en continuo progreso hacia una cultura jurídica universal de derechos humanos, en la que es condición indispensable que los Estados respeten la obligación internacional asumida ante la comunidad de cumplir con sus obligaciones derivadas de los tratados de derechos humanos y de la jurisprudencia emanada del Sistema de Órganos de Tratados (Comités de derechos humanos).

II. MARCO JURÍDICO UNIVERSAL DE PROTECCIÓN

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, otros tratados internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia y doctrina del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité de DESC) y de otros Comités, conforman el marco jurídico universal de protección de los derechos humanos. Dicho marco ha establecido una categorización de los derechos cubiertos por los referidos instrumentos.

Según el Pacto y la doctrina desarrollada por el Comité, todos los derechos consagrados en dicho instrumento tienen el mismo valor jurídico.** En consecuencia, al presentar sus informes periódicos ante el Comité, los Estados parte deben informar so-

** Según el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los siguientes son los derechos contemplados en dicho instrumento: derecho a la libre determinación, derecho al trabajo, derecho a condiciones equitativas, derechos sindicales, derecho a la seguridad social, derecho a la protección y asistencia a la familia, derecho a nivel de vida adecuado (que incluye derecho

bre el estado de aplicación de todos y cada uno de esos derechos. Este postulado se basa en el principio de indivisibilidad de todos los derechos humanos. La doctrina desarrollada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) señala que las normas internacionales en derechos humanos deben incorporarse directamente e inmediatamente en el sistema jurídico interno de cada Estado, para que los titulares de los derechos, las personas físicas, puedan reclamar la protección de sus derechos ante los jueces y tribunales nacionales.

Los derechos humanos son de carácter individual y colectivo, son civiles y políticos, económicos, sociales y culturales.

El ordenamiento jurídico internacional en derechos humanos es un cuerpo de principios, normas jurídicas y valores que incluyen tanto las normas consuetudinarias como las normas de los tratados.

El supuesto fundamental de las normas internacionales de derechos humanos que se encuentran plasmadas en los tratados internacionales de derechos humanos, es que los Estados deben adaptar su legislación interna y su ordenamiento jurídico a las disposiciones de los tratados internacionales, y que los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar dichas normas.

III. JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

El proceso de transformación de las disposiciones internacionales en leyes locales puede recorrer caminos diversos según los sistemas nacionales de incorporación de las obligaciones derivadas de los tratados internacionales, con una incorporación inmediata dentro del ordenamiento jurídico interno o cumpliendo el requisito de que para su plena vigencia éstas deben contar con la aprobación de sus respectivos parlamentos, y si es neces-

a la unidad y a la alimentación adecuadas), derecho a la salud física y mental, derecho a la educación, derecho a la vida cultural.

rio requerir reformas constitucionales para su plena efectividad. En cualquier caso, la evolución del desarrollo de la legislación internacional ha hecho cada vez más común el que las normas de derechos humanos reconocidas en los tratados sean parte de la legislación nacional y los tribunales las tomen en cuenta para sus fallos y en la interpretación de las Constituciones nacionales.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) y los otros comités de derechos humanos han desarrollado la doctrina de que “las normas internacionales sobre derechos humanos... deben operar directamente e inmediatamente en el sistema jurídico interno de cada Estado Parte, permitiendo a los interesados reclamar la protección de sus derechos ante los jueces y tribunales nacionales”.

Respecto a las obligaciones, es importante señalar que si bien existen algunos derechos que imponen al Estado obligaciones de efecto inmediato y otras que son de aplicación progresiva, todas, en cambio, exigen un nivel mínimo de satisfacción, sin el cual el derecho no tendría contenido alguno y se convertiría en un enunciado teórico.

En lo que respecta a los recursos internos para lograr la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, el Comité de DESC considera que el derecho a un recurso efectivo no necesariamente debe interpretarse como que únicamente se exige un recurso judicial. Los recursos administrativos son adecuados también, deben ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces; también es conveniente establecer un recurso último de apelación judicial con respecto a los recursos administrativos.

Sin embargo, muchas disposiciones del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales pueden aplicarse inmediatamente en el ámbito interno y son justiciables en los tribunales.

Las garantías normativas y constitucionales que en los últimos años se han introducido en los diversos ordenamientos jurídicos con el fin de incrementar la protección de los derechos humanos han sido propuestas bajo dos modelos. El primero consiste en reformas específicas al texto constitucional; el segundo

ha propuesto la adopción de nuevas Constituciones que aseguren en los textos constitucionales el principio de universalidad e indivisibilidad de todos los derechos humanos tanto los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales y especificando e individualizando cada derecho, asegurando así una mayor tutela jurídica.

IV. REFORMA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

La reciente reforma constitucional de junio de 2011 ha seguido el primer modelo de ampliación de las garantías constitucionales de protección de los derechos humanos.

Artículo 1o. reformado. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el marco de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Artículo 3o. Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado... impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación preescolar, primaria y la secundaria conforman la educación básica obligatoria.

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

Artículo 11. Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la Republica, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo, por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones.

El principio pro persona como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en aquellas que favorezcan y brinden mayor protección a las personas.

Artículo 15. No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva... El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos...

Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos mexicanos,... podrá suspender o restringir en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías... sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona.

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la protección de la familia, a la integridad personal, al nombre, a la nacionalidad, los derechos de la niñez: los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna: el principio de legalidad y retroactividad: la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación...

El principio de no discriminación no puede suspenderse ni restringirse.

Artículo 33. Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución.

Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

I...

X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado... En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los

pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias... la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales.

Artículo 102. La ley organizará el Ministerio Público de la Federación, cuyos funcionarios serán nombrados y removidos por el Ejecutivo según la ley respectiva...

Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las ordenes de aprehensión contra los inculpados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos: hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine.

El Procurador general de la República y sus agentes, serán responsables de toda falta, omisión o violación a la ley en que incurran con motivo de sus funciones...

El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial... Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos... El organismo que establezca el Congreso de la Unión se denominara Comisión Nacional de los Derechos Humanos... Las Constituciones de los Estados y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal establecerán y garantizarán la autonomía de los organismos de protección de los derechos humanos... La Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo federal...

Los artículos 94, 103, 104,107 son los que reforman, adicionan o derogan disposiciones en materia de amparo. De la Constitución referidos al amparo.

En materia de amparo, institución protectora de los derechos humanos, la reforma ha establecido de manera clara que ésta se puede emplear para todas las violaciones a los derechos humanos plasmados en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte. En la reforma se introduce la figura del amparo adhesivo y los intereses legítimos individual y colectivo, violación de los derechos por omisión de las autoridades, la declaratoria general de inconstitucionalidad, el reconocimiento de la progresividad de los derechos humanos mediante el principio *pro persona* como rector de la interpretación y aplicación de normas jurídicas, y la justiciabilidad, relativa a la observancia expresa de respetar y observar los tratados internacionales.

V. PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PIDESC

En el campo de los DESC, la adopción por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 2008 (fecha de conmemoración del 60 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos) del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF-PIDESC) representa un hito en la evolución y consolidación de los derechos humanos, especialmente para los derechos económicos, sociales y culturales.

Es múltiple el significado del PF en el terreno de los derechos humanos en general y de los DESC en particular:

- 1) El PF viene a llenar un vacío de más de 40 años, al dotar finalmente a los titulares de los DESC de procedimientos efectivos de protección internacional, dando término a una injustificable asimetría con respecto de los otros tratados del Sistema Universal de Derechos Humanos que disponían de este esencial recurso para la validación práctica de los dere-

chos contemplados en cada uno de los referidos instrumentos internacionales.

- 2) La adopción del PF zanjó definitivamente cualquier duda o debate, incluso en el ámbito académico, sobre un supuesto distinto valor o naturaleza de los DESC respecto de los otros derechos humanos consagrados en el Sistema Universal. Se recordará que diversos actores estatales han pretendido eludir sus obligaciones bajo el tratado atribuyéndole indebidamente un carácter meramente programático y no un contenido normativo de aplicación inmediata. Ello llevó al Comité en los primeros años a concentrar sus esfuerzos en reafirmar por todos los medios a su alcance la índole jurídica de los derechos y demás obligaciones estatales consagradas en el Pacto (Observación General núm. 3 sobre la índole de las obligaciones, los Principios de Limburgo y las Directrices de Maastricht de 1986).
- 3) Es evidente que la adopción del PF reafirmó a escala universal que los DESC como parte integrante de los derechos humanos tienen el mismo valor que los demás derechos humanos. Es relevante destacar, además, que durante el largo proceso negociador del texto final del PF se logró descartar las posiciones abanderadas por algunos países que abogaban por un PF parcial que sólo cubriera las partes II y III del PIDESC, dejando de lado la parte I, relativa al derecho a la libre determinación de los pueblos, cuya inclusión fue apoyada por la inmensa mayoría de los países del mundo en desarrollo. Se descartó también un “enfoque a la carta”, que hubiera permitido que cada país eligiera los derechos a ser incluidos en el sistema de protección.
- 4) Con la aprobación del PF de modo que cubriera la totalidad de su contenido normativo se reafirmó el valor idéntico de todos los derechos contemplados en el Pacto, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia e interrelación de los derechos humanos.

- 5) Buena parte del proceso del Examen Periódico Universal (EPU) que conduce el Consejo de los Derechos Humanos se basa en las conclusiones finales adoptadas por el Comité al término del examen de los informes periódicos de los Estados parte. Con la futura entrada en vigor del PF, el Comité podrá reflejar en sus conclusiones finales los casos concretos que se hayan presentado al Comité bajo los mecanismos de reclamos cuasi-judiciales previstos en el PF. Es decir, habrá un importante valor agregado que enriquecerá, a su vez, la jurisprudencia internacional casuística en materia de derechos humanos. Por otra parte, esta jurisprudencia será un referente objetivo para evaluar la aplicación empírica de los derechos contemplados en el Pacto bajo el principio de la “exigibilidad” o “justiciabilidad”, que el Comité concibe como la oportunidad real, concreta y eficaz que tiene una víctima de violación de hacer valer sus derechos ante los órganos de la justicia en busca de una adecuada reparación del derecho conculcado.

VI. CONTENIDO DEL PROTOCOLO FACULTATIVO

Podría ser interesante destacar, al menos, los aspectos más relevantes del instrumento. El PF, por ser el último en adoptarse no contiene elementos particularmente innovadores. En general, el instrumento se ha inspirado en los Protocolos de otros tratados del Sistema Universal, y también en los instrumentos regionales cuya experiencia acumulada a lo largo de los años es mucho mayor.

Entre las *innovaciones* se mencionan:

- 1) La inclusión de dos nuevos criterios de admisibilidad: uno obligatorio (presentar la comunicación en el plazo de un año tras el agotamiento de los recursos internos) [artículo 3, 2, a] y otro facultativo para el Comité (si la comunicación

- no revela que el autor haya estado en situación de clara desventaja) [artículo 4].
- 2) Una etapa procesal de solución amistosa en el procedimiento de comunicaciones (artículo 7).
 - 3) La consulta de documentación de otros Órganos internacionales y regionales (artículo 8.3).
 - 4) Inclusión de un estándar de revisión para las comunicaciones (artículo 8.4).
 - 5) La posibilidad de vincular el procedimiento de comunicaciones con mecanismos de asistencia y cooperación internacionales, incluyendo la previsión de un fondo fiduciario (artículo 14).

En cuanto a *reservas*, el texto omitió una referencia expresa, por lo que se aplicarían supletoriamente las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que prohíbe aquellas reservas que sean incompatibles con el objeto y fin del instrumento.

Artículo 1. Competencia

El Estado parte del Pacto que se haga parte en el PF reconocerá la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones.

Por tratarse de un PF, el Comité sólo puede recibir comunicaciones de aquellos Estados que, siendo parte del PIDESC, se hagan también parte del PF.

Artículo 2. Comunicaciones

Define la “competencia material”, es decir, el alcance del objeto de las comunicaciones con relación al texto del PIDESC; define también la “legitimación” para presentar comunicaciones, es decir, quiénes están habilitados; y define también el “ámbito

territorial”, es decir, los individuos o personas bajo la jurisdicción del Estado parte.

En cuanto a la “competencia material”, después de amplios debates durante el proceso negociador, el PF se decantó por un enfoque integral, es decir, por dar cobertura a la totalidad de los derechos contemplados en el Pacto. La elección de la opción “a la carta” hubiera quebrantado el principio de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos. Con todo, respecto de la parte I (derecho de autodeterminación de los pueblos), quedó sobreentendido que en la práctica —al igual que lo que ocurre con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos—, el Comité no daría curso a comunicaciones que se refieran en forma autónoma a este derecho, sino sólo a aquellas que vincularan violaciones de este derecho en relación con las parte II y III del Pacto. En otras palabras, el Comité podrá procesar comunicaciones en la medida en que estén involucradas dimensiones económicas, sociales y culturales del derecho a la libre determinación de los pueblos.

Vale la pena señalar que el debate (“trabajos preparatorios”) sobre este tema hizo visible que existen derechos bajo el Pacto (y desde luego también en otros instrumentos de derechos humanos) que son “colectivos”, pues es evidente que el derecho a la autodeterminación tiene que ver con los pueblos como sujeto de este derecho.

Respecto a la legitimidad (“*locus standi*”) de quién o quiénes tienen legitimidad para presentar comunicaciones, el PF radica esta potestad procesal exclusivamente en quien —individuo o grupo de individuos— sea titular del derecho humano presuntamente vulnerado.

Éstas pueden ser presentadas por:

- 1) Individuos.
- 2) Grupos de individuos.
- 3) Terceras personas en nombre de esos individuos o grupos de individuos, requiriéndose en este caso su consentimiento.

- 4) Otras personas en nombre de individuos o grupos sin su consentimiento, pero justificando las razones para actuar en su nombre.

Esta cuestión reafirmó el concepto de que el titular de un derecho puede ser un individuo o un grupo de individuos, es decir, que cabe hablar de víctimas individuales o de víctimas colectivas, tanto como debe reconocerse la existencia de derechos individuales o colectivos. Incluso en el texto del borrador se preveía la posibilidad de presentar tanto “comunicaciones individuales” como “comunicaciones colectivas”, pero la legitimación de estas últimas radicaba en ese proyecto en las organizaciones no gubernamentales reconocidas como entidades de carácter consultivo por el “Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas”.

El concepto de “derecho colectivo” resuelve la legitimación en la presentación de casos en los que se debaten afectaciones a bienes de carácter grupal o indivisible, ya que por definición en los derechos colectivos (ejemplo, las tierras ancestrales de los pueblos indígenas) ninguna persona es titular individual del bien en cuestión, y resultaría excesivo —y en muchos casos imposible— requerir que quienes presenten la comunicación sean todas las personas que gozan conjuntamente de ese bien. Otro ejemplo de derecho colectivo es el de las minorías cuando trascienden lo individual y se refieren a la cultura, lengua o bienes históricos de una minoría en particular.

Durante los trabajos preparatorios se terminó por considerar innecesario tener dos procedimientos para la presentación de comunicaciones, puesto que las organizaciones internacionales podían también presentarlas a nombre de individuos o grupos de personas. Así pues, el título del artículo 2 quedó en el término genérico de “comunicaciones”.

Respecto al *ámbito espacial* de protección, el artículo 2 se refiere a personas o grupos de personas que se hallen “bajo la jurisdicción del Estado parte”. Aquí el PF sigue el lenguaje de otros instrumentos similares, aunque debe señalarse que esta limitación espacial no figura expresamente en el Pacto mismo. Ello no obs-

tante, la doctrina y práctica del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos ha reafirmado el alcance extraterritorial de los tratados de derechos humanos cuando un Estado actúa en ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio.

Artículo 3. Admisibilidad

El inciso *a)* de este artículo innova en cuanto establece como criterio de admisibilidad la presentación de la comunicación en el plazo de un año desde el agotamiento de los recursos internos, salvo demostración por parte del actor de la imposibilidad de presentarla en ese plazo. Este requisito está previsto también en los sistemas regionales de derechos humanos. Durante los trabajos preparatorios se consideraron y descartaron las opciones de un plazo de seis meses y la de un “plazo razonable”.

La competencia temporal del Comité para examinar comunicaciones queda limitada a los hechos posteriores a la entrada en vigor del PF para el Estado en cuestión. No obstante, el artículo 4, 2, b) del PF habilita al Comité en aquellos casos en los que los “hechos hayan continuado después de esa fecha”. Así, el Comité puede examinar casos de violaciones anteriores a la entrada en vigor del PF si éstas han persistido luego de ello.

Otro requisito de admisibilidad es la inexistencia de litispendencia en otro procedimiento de carácter judicial o cuasi judicial de similar naturaleza. Sin embargo, la práctica de los Órganos de supervisión de Tratados de las Naciones Unidas ha establecido que este requisito no es de aplicación cuando el caso es simultáneamente presentado a un Procedimiento Especial del Consejo de Derechos Humanos, dada su distinta naturaleza como órgano extra-convencional de las Naciones Unidas.

Otros requisitos tocan aspectos formales, como el carácter escrito de la comunicación, la prohibición de comunicaciones anónimas, irrazonables o infundadas. Una innovación se encuentra en el inciso *e)*, que extiende la inadmisibilidad a comunicaciones

basadas “exclusivamente” en informes difundidos por los medios de comunicación.

Respecto al agotamiento de los recursos internos, es interesante mencionar que durante las discusiones del grupo de trabajo algunos Estados sugirieron la necesidad de agotamiento de los recursos regionales, propuesta altamente inconveniente que al final no fue recogida en el texto definitivo.

Artículo 4. Comunicaciones que no revelen una clara desventaja

Este artículo establece que, “de ser necesario, el Comité podrá negarse a considerar una comunicación que no revele que el autor ha estado en situación de clara desventaja, salvo que el Comité entienda que la comunicación plantea una cuestión grave de importancia general”.

He aquí una novedad respecto de los procedimientos establecidos en tratados de derechos humanos del Sistema Universal. Sin embargo, este criterio se inspira en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que introduce una cláusula parecida, con el fin de paliar la excesiva carga de trabajo recaída sobre la Corte Europea de Derechos Humanos.

Aunque esta cláusula en el PF prejuzga de algún modo una situación que aún no se presenta (la carga de casos), hay que notar que queda librada a la discrecionalidad del Comité. La aceptación de esta cláusula propuesta por varios Estados fue uno de los temas que permitieron deponer la oposición inicial al enfoque integral del PF.

Bien se ha dicho, por otra parte, que el término “desventaja” no es muy afortunado, pues introduce un criterio de comparación entre quien alega una violación y la situación de otras personas. Sin embargo, al tenor del sentido del artículo en cuestión, el término “desventaja” debe leerse como “perjuicio”. Por tanto, una alegación de violación de las obligaciones derivadas, por ejemplo, del derecho a la educación o del derecho a la salud,

no dependería de una comparación con otros titulares, sino del perjuicio causado a la propia víctima.

Además, es importante señalar que la carga de la prueba de la situación de “clara desventaja” no recae en el autor, sino que corresponde al Comité evaluar si la violación importa tal perjuicio o desventaja.

Artículo 5. Medidas provisionales

Se trata de un procedimiento contemplado en todos los procedimientos del Sistema Universal e Interamericano, si bien en la mayoría de ellos este recurso se halla descrito en los reglamentos, mientras que el PF lo ha incorporado en su texto. La ventaja de ello es que evitaría que, como ha ocurrido con otros Protocolos, algunos Estados le resten importancia jurídica y pretendan desentender de estas medidas provisionales.

Respecto del PF, el procedimiento:

- 1) Habilita al Comité a pedir medidas provisionales “después” de recibir la comunicación y “antes” de emitir su dictamen (como se sabe, en el Sistema Interamericano es posible que se requieran estas medidas aun antes de recibir una comunicación).
- 2) El requerimiento de medidas provisionales requiere su “examen urgente”.
- 3) Las medidas proceden “cuando sean necesarias”, es decir, en casos excepcionales. Debe anotarse que la jurisprudencia al respecto en el Sistema Universal ha sido mantener mucha cautela en el uso de este recurso.

Artículo 7. Solución amigable

Aunque prevista en el Sistema Interamericano y Europeo de Derechos Humanos, este procedimiento representa una novedad en el PF, al disponer que “el Comité pondrá sus buenos oficios

a disposición de las partes interesadas con miras a llegar a una solución amigable de la cuestión sobre la base del respeto de las obligaciones establecidas en el Pacto”.

Debe lamentarse, sin embargo, que el señalamiento de que el acuerdo alcanzado entre las partes “pondrá fin al examen de una comunicación” no es el más adecuado, habiendo sido preferible estipular que el cese del examen de la comunicación finalice cuando se haya cumplido satisfactoriamente el acuerdo. Con todo, está claro que el incumplimiento podría dar lugar a una nueva comunicación en la que se denuncia tal hecho. Es posible que el Comité remedie esta situación en su reglamento. Otra solución sería que en el propio acuerdo las partes prevean una cláusula expresa que establezca que en caso de incumplimiento las partes pueden informar al Comité para que éste prosiga el examen de la comunicación.

Artículo 8. Examen de las comunicaciones

Respecto de esta norma, importa señalar que se introduce una novedad, pues a diferencia de otros procedimientos del Sistema Universal, aquí se permite al Comité allegar información relevante proveniente de otros Órganos internacionales, incluyendo expresamente a los Órganos de los sistemas regionales. Aquí pues, se abre un importante campo de cooperación futura con el Sistema Interamericano...

Con todo, la innovación más importante consta en el numeral 4 del artículo 8, pues deja en manos del Comité el establecer el estándar de examen o criterio de juicio que debe adoptar al examinar una comunicación. Al efecto, dicha norma dice:

Al examinar las comunicaciones..., el Comité considerará hasta qué punto son razonables las medidas adoptadas por el Estado Parte... Al hacerlo, el Comité tendrá presente que el Estado Parte puede adoptar toda una serie de posibles medidas de política para la realización de los derechos enunciados en el Pacto.

Artículo 9. Seguimiento de las observaciones del Comité

Sin perjuicio de que el Comité introduzca en el reglamento del PF medidas concretas de seguimiento, esta norma establece:

- 1) Que al término del examen, el Comité hará llegar al Estado parte su dictamen y recomendaciones.
- 2) Que el Estado parte debe enviar al Comité en un plazo de seis meses una respuesta escrita que incluya información sobre las medidas adoptadas.
- 3) El Comité podrá pedir más informaciones sobre cualesquiera medidas que el Estado parte haya adoptado, incluso que proporcione estos datos en sus informes periódicos.

Artículo 10. Comunicaciones entre Estados

Aparte de las comunicaciones individuales, en sus artículos 10 y 11 el PF pone a disposición dos mecanismos adicionales de protección internacional:

- 1) Comunicaciones interestatales.
- 2) Procedimiento de investigación de violaciones graves y sistemáticas.

Comunicaciones interestatales

Este procedimiento, si bien no es novedoso, ha sido escasamente utilizado en el marco de otros tratados que los establecen, salvo en algunos casos presentados bajo el Sistema Interamericano. En la práctica, se trata más de un mecanismo de mediación y de buenos oficios que de un dispositivo procesal contencioso. En todo caso, se trata de un procedimiento algo alambicado.

Para activarlo, los Estados partes deben efectuar una declaración de aceptación de competencia del Comité, tanto para presentar comunicaciones como para ser objeto de ellas.

Como los Estados partes no son titulares de derechos humanos, el procedimiento no se refiere a violaciones específicas de

derechos, sino al no cumplimiento de “obligaciones dimanantes del Pacto”. Como la obligación de presentar informes.

Artículo 11. Procedimiento de investigación

Se aplica en el caso de violaciones graves y sistemáticas de los derechos consagrados en el Pacto, mecanismo que no es novedoso por estar contemplado en otros instrumentos. Sin embargo, hay una diferencia importante: mientras en los demás instrumentos este procedimiento es automático, en el caso del PF requiere de una declaración expresa del Estado aceptando dicho procedimiento, lo cual, sin duda, debilitará su aplicación empírica. Además, la declaración de un Estado es susceptible de ser retirada, por lo que este procedimiento no llega realmente a establecer un mecanismo de protección jurídica o normativa. Para hacer justicia al proyecto original, éste sí incluía en el texto un procedimiento automático; mas en aras del consenso no se logró otra cosa que lo ya dicho. Con todo, importa señalar que la no inclusión del procedimiento automático no llegó tan lejos como para eliminar del todo, como sugirieron algunos Estados, el procedimiento de investigación aduciendo una supuesta “distinta naturaleza” de los DESC.

Enviadas las conclusiones y observaciones de la investigación, el Estado parte dispone de un plazo de seis meses para comentarlas. Transcurrido ese plazo, “el Comité podrá, si es necesario, invitar al Estado parte interesado a que le informe sobre las medidas que haya adoptado como resultado de la investigación”. Esta información podrá consistir en un informe *ad hoc*, si así lo solicita el Comité, o ser incluida en su posterior informe periódico.

Artículo 14. Asistencia y cooperación internacionales

Este artículo prevé que el Comité, de estimarlo conveniente y con el consentimiento del Estado parte, pueda transmitir a los Organismos Especializados, Fondos y Programas de Nacio-

nes Unidas y otros Órganos competentes sus dictámenes y recomendaciones “en que se indique la necesidad de asesoramiento técnico o de asistencia, junto con las eventuales observaciones y sugerencias del Estado parte sobre esos dictámenes o recomendaciones”.

Este procedimiento refleja la diferencia entre “falta de voluntad” y “falta de capacidad” del Estado para realizar plenamente los DESC. De acuerdo con la doctrina del Comité, “los recursos disponibles” incluyen los propios y los obtenidos a través de la asistencia técnica y cooperación internacionales.

El párrafo 3 del comentado artículo dispone el establecimiento de un “fondo fiduciario” específico cuando haya necesidad de prestar a un Estado parte asistencia especializada y técnica para promover el ejercicio de los DESC. Se trata, en suma, de contribuir a la creación de la capacidad nacional en materia de realización de estos derechos. En la práctica, la relevancia del fondo dependerá de los aportes voluntarios que reciba.

Artículos 15-22. Cláusulas finales

Las cláusulas finales son las que normalmente existen en instrumentos de este tipo. Cabe destacar que el artículo 18 establece que el PF entrará en vigor tres meses después de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión.

Para el Estado que ratifique o se adhiera al PF después del décimo depósito del instrumento de ratificación, el PF entrará en vigor tres meses después de la fecha del depósito de su propio instrumento de ratificación o adhesión.

La importancia del PF es reforzar el principio de justiciabilidad de los DESC, pues un derecho que no es susceptible de ser exigido o reparado en caso de violación es un derecho inoperante, por esto la posibilidad de exigir en el Sistema Universal la justiciabilidad de los DESC representa un enorme avance en la

tutela y justiciabilidad de los derechos humanos. En este campo el papel de la judicatura juega un papel de la mayor importancia en el plano nacional y también en el universal.

Finalmente, si los Estados partes han manifestado su compromiso de realizar los DESC al firmar el Pacto, es necesario que demuestren también su voluntad ratificando este nuevo instrumento de protección internacional de esos derechos.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DESC EN COLOMBIA EN PERSPECTIVA COMPARADA*

Rodrigo UPRIMNY YEPES**

SUMARIO: I. *Las objeciones a la justiciabilidad de los DESC en 1992 en Colombia.* II. *La práctica judicial supera las objeciones como oposiciones absolutas a la justiciabilidad.* III. *Entre las buenas y malas experiencias de justiciabilidad de los derechos sociales.* IV. *Algunas reflexiones finales.*

México vive hoy un momento fundacional en el tema de la justiciabilidad de los derechos sociales. La práctica judicial en este campo cambiará profundamente, al menos por tres razones: primero, porque la reforma al artículo 1o. de la Constitución mexicana remueve muchos de los obstáculos normativos que antes se señalaban para oponerse a la justiciabilidad de los derechos sociales, como lo explicaré ulteriormente. Segundo, porque está en discusión la reforma del amparo, la cual podría corregir los posibles obstáculos procesales que puedan subsistir para una buena protección judicial de los derechos sociales. Y tercero porque está en debate igualmente la ratificación por parte de México del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales

* Este texto está basado en la transcripción de la conferencia del autor, por lo cual carece de las referencias jurisprudenciales, doctrinales y bibliográficas, que sustentan las tesis desarrolladas en el escrito.

** Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia y ex-magistrado auxiliar y conjuer de la Corte Constitucional de Colombia.

(PF-PIDESC), y es lógico que México, que fue el país que primero incorporó en su Constitución los derechos sociales, sea uno de los primeros países que ratifiquen el Protocolo. Estos tres hechos tendrán, sin lugar a dudas, una influencia profunda sobre la protección judicial de los derechos sociales en México.

En este contexto, un estudio de algunas experiencias comparadas en materia de justiciabilidad de los DESC puede ser útil para la reflexión mexicana. Por ello, después de que se ha enfatizado la dimensión internacional de la justiciabilidad, es necesario centrar la discusión de la protección judicial de los derechos sociales en el plano nacional. Para ese propósito, me voy a basar en la experiencia colombiana, no porque crea que es la mejor (aunque creo que es significativa y la defiendo), sino simplemente porque es la que mejor conozco, tanto porque la he estudiado académicamente como por cuanto tuve alguna participación en su desarrollo debido a mi trabajo previo en la Corte Constitucional colombiana durante más de diez años. Pero igualmente haré alguna referencia a otras experiencias comparadas, en especial a la sudafricana, la de India y la de otros países latinoamericanos como Argentina que también han tenido avances significativos en la protección judicial de los DESC. En cierta medida, esta presentación es entonces un estudio de la experiencia colombiana de justiciabilidad de los DESC en perspectiva comparada.

La tesis central a desarrollar se podría enunciar así: en esos países, el debate de la justiciabilidad de los derechos sociales ha pasado de la discusión sobre la justificación de la justiciabilidad (esto es, sobre si debe o no existir una protección judicial de esos derechos, aunque no estén desarrollados legislativamente) a un debate que hoy es muy distinto y que podría ser formulado así: ¿cuáles son las formas apropiadas de justiciabilidad de los DESC? O por plantearlo de otra manera ¿cuáles son las buenas prácticas de justiciabilidad de los DESC, y por el contrario cuáles son aquellas que pueden ser problemáticas? Esto significa que en esos países, la primera discusión acerca de si debe o no existir justiciabilidad de los DESC fue, en cierta forma, resuelta afirma-

tivamente, pues se concluyó que las objeciones que se planteaban contra la protección judicial de estos derechos, si bien son importantes, no son suficientes para negar su justiciabilidad; pero al mismo tiempo parece haberse reconocido que esas objeciones a la justiciabilidad permiten comprender que la protección judicial de esos derechos tiene costos y puede incluso implicar en ciertos casos efectos negativos, por lo cual es claro que existen buenas y malas experiencias de justiciabilidad.

Esta tesis a desarrollar puede ser ilustrativa para el debate mexicano, para lo cual se tocarán tres puntos básicos.

Primero, hay que recordar los argumentos que se dieron en Colombia contra la justiciabilidad de los DESC cuando fue adoptada la Constitución de 1991 y la Corte Constitucional empezó a desarrollar sus labores. Esa discusión es relevante pues cuando ese tribunal inició sus trabajos, no era fácil defender la protección judicial de los derechos sociales porque la Constitución colombiana no es tan clara en ese punto y porque no había muchas experiencias comparadas de justiciabilidad de los DESC en el mundo. Únicamente se podía hacer referencia a la India y era un caso prácticamente desconocido en Colombia; el Comité de DESC de Naciones Unidas, por su parte, había elaborado sólo cuatro observaciones generales en las cuales podían apoyarse los jueces colombianos. Entonces, recordar un poco cuáles fueron las objeciones a la justiciabilidad de los DESC en ese momento es importante, ya que son los mismos reparos que se suelen presentar en otros países.

En segundo lugar, la práctica jurisprudencial y la reflexión académica en países como Colombia, Argentina, Sudáfrica o la India, mostraron que esas objeciones en cierta forma se desvanecieron pues la propia experiencia judicial mostró que la justiciabilidad de los DESC era posible. Sin embargo, eso no significa que esos reparos sean irrelevantes; deben ser tomados en cuenta, no para negar la justiciabilidad, sino para pensarla mejor.

En un tercer punto, las críticas a la justiciabilidad de los derechos sociales no son acertadas si se entienden como una oposición absoluta a cualquier forma o nivel de protección judicial de

los derechos sociales, pero son relevantes para evaluar las buenas y malas prácticas de justiciabilidad.

La recomendación implícita es entonces que sería deseable que el debate en México recoja esa experiencia comparada y no se quede estancado en si debe haber o no justiciabilidad de los DESC (porque además, en México, después de la reforma que constitucionalizó los tratados de derechos humanos, es clarísimo que debe haberla), sino que las discusiones se orienten a pensar en cómo lograr la justiciabilidad que sea la más apropiada tanto para la eficaz garantía de los derechos sociales como para el dinamismo de la democracia mexicana.

I. LAS OBJECIONES A LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DESC EN 1992 EN COLOMBIA

¿Cuáles eran los obstáculos y objeciones a la justiciabilidad de los DESC en 1992 en Colombia? Retomando en cierta forma el trabajo de Courtis, Christian y Abramowich, Víctor, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, esas objeciones podrían clasificarse en cinco reparos.

El primero era un obstáculo sobre el estatus normativo de esos derechos en la Constitución de 1991, pues se decía: es la propia Constitución la que distingue entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, y establece que los derechos sociales son (un poco como se decía también en México), normas programáticas, mandatos al legislador, pero no derechos subjetivos justiciables y exigibles directamente por los ciudadanos.

A ello se agregaba, en segundo término, un reparo derivado de la supuesta indeterminación normativa de los DESC; la tesis era que el contenido de esos derechos es muy difuso; por ejemplo, se garantiza el derecho a la salud, pero la Constitución no establece cuáles son las prestaciones médicas que deben ser suministradas por el Estado, por lo que los jueces no podían amparar el derecho a la salud sin un previo desarrollo legislativo que concretara el contenido y alcance de ese derecho. Los críticos concluían

entonces que no existían estándares normativos claros, por lo que los jueces no podían aplicar directamente esos derechos constitucionales, un poco siguiendo la vieja idea de la jurisprudencia de Estados Unidos que allí donde no hay estándares normativos claros, estamos frente a una cuestión política (*political question*) que no es justiciable, pues corresponde definirla discrecionalmente a los órganos políticos: el ejecutivo o el congreso.

El tercero era un obstáculo técnico procesal, pues se argumentaba que el proceso judicial no era un buen instrumento para garantizar los derechos sociales al menos por dos razones: *i*) porque el proceso judicial es individual y decide los asuntos caso por caso, mientras que los problemas de derechos sociales son usualmente colectivos y masivos; las decisiones judiciales no sólo no son entonces remedios adecuados para enfrentar las dificultades de goce de los DESC, sino que incluso terminarían generando distorsiones a los sistemas de provisión de los bienes públicos asociados a los derechos sociales; *ii*) debido al carácter esencialmente prestacional de esos derechos, es decir, a que son derechos a obligaciones positivas del Estado, como brindar la educación o la salud, lo cual implica gastos, erogaciones, esto es decretar gasto público, que no es una actividad propia de los jueces, sino de las autoridades políticas.

A esos reparos se añadía, en cuarto término, una objeción filosófica o de legitimidad democrática, que podría ser formulada así: debido a la indeterminación de los derechos sociales y a que implican gasto, y debido a que los recursos económicos siempre son limitados, la realización de los derechos sociales implica tomar decisiones difíciles, incluso trágicas, como la siguiente: ¿debo fortalecer más el acceso la salud en detrimento del derecho la educación? O, por el contrario, ¿fortalezco más la educación superior en detrimento de la educación básica? Y como no hay estándares normativos claros para solucionar esas controversias, estas decisiones no deben ser tomadas por los jueces, que carecen de origen popular, sino que deben ser adoptadas por medio de la discusión democrática; es entonces una decisión que corresponde

a la propia ciudadanía, ya sea en forma directa o por la vía de sus representantes en el congreso o en el gobierno.

La quinta y última objeción se funda en el impacto contra-productivo que la propia protección judicial puede tener sobre la democracia y sobre la garantía de los derechos. Se decía lo siguiente: si finalmente usted logra proteger judicialmente los derechos sociales, los efectos sobre la democracia, por más buenas intenciones que tengan los jueces, terminan siendo malos. Y ¿por qué las consecuencias de la protección judicial terminan siendo negativas? Básicamente se invocaban tres razones: *i*) un problema de equidad, pues se decía que quienes finalmente van a beneficiarse de la justiciabilidad de los DESC no van a ser los más pobres sino la clase media, e incluso la clase alta, debido a los problemas de acceso a la justicia que tienen las personas con menores recursos económicos; la protección de los derechos sociales podría entonces tener efectos regresivos en términos de igualdad, pues favorecería a los que ya tienen alguna forma de acceder a los tribunales, y no a lo más pobres y excluidos, que en principio deberían ser los principales beneficiarios de las políticas sociales; *ii*) un problema de vaciamiento de la participación y deliberación democráticas; se argumentaba que la justiciabilidad de los DESC podría conducir a una judicialización de las demandas políticas en materia social, que desmovilice a la ciudadanía; por ejemplo, un sindicato o una organización social que quisieran hacer un reclamo, en vez de recurrir a la movilización democrática, comenzarían a optar por las acciones judiciales, lo cual erosiona la vitalidad democrática, pues afecta la participación ciudadana; además, los temas trascendentales serían definidos por los jueces, en detrimento de la discusión pública. Y *iii*) un problema de *populismo judicial*; la tesis era que los jueces no saben mucho de los sistemas técnicos de provisión de servicios públicos, por lo que sus fallos podrían generar tensiones financieras muy fuertes sobre los sistemas de suministro de esos bienes; según esta crítica, la justiciabilidad de los DESC provocaría una especie de *populismo judicial*, pues los jueces decretarían gasto público para proveer

servicios sociales, y tenderían a hacerlo en forma irresponsable, porque no son quienes tienen la responsabilidad de conseguir los recursos y los impuestos para fondear ese gasto público.

II. LA PRÁCTICA JUDICIAL SUPERA LAS OBJECIONES COMO OPOSICIONES ABSOLUTAS A LA JUSTICIABILIDAD

Las anteriores fueron las principales críticas que se escucharon en 1992 y 1993 en Colombia cuando la Corte Constitucional tomó las primeras decisiones en donde amparó derechos sociales, como la educación o la salud. Son críticas importantes y son semejantes a aquellas que se han formulado en otros contextos y que pueden escucharse, al menos en parte, hoy en México.

Sin embargo, la propia práctica judicial tanto en Colombia como en otros países fue mostrando que esos reparos carecían de fundamento, si se entendían como objeciones absolutas a la justiciabilidad. Veámoslo.

La primera objeción sobre el estatus normativo de los DESC ha sido en el caso colombiano una de las más difíciles de enfrentar porque una lectura literal de la Constitución podría llevar a la conclusión de que ésta califica la mayor parte de los derechos civiles y políticos de derechos *fundamentales* y les atribuye aplicabilidad directa y protección especial por medio de la acción de tutela, que es el amparo colombiano. Y que, por el contrario, los DESC son regulados en otro capítulo del texto constitucional, por lo cual parecerían no ser directamente justiciables. En cambio, en México no parece hoy existir esa dificultad pues está resuelta por el nuevo y poderoso artículo 1o. de la Constitución, que constitucionaliza todos los derechos humanos contenidos en los tratados de derechos humanos ratificados, sin distinguir entre los DESC y los derechos civiles y políticos.

La Corte colombiana desarrolló distintos tipos de argumentos para enfrentar esta dificultad, pero la mayor parte de ellos son específicos del orden jurídico colombiano y del proceso de aprobación de la Constitución de 1991, por lo cual no tienen mucho

interés en derecho comparado; por ello no vale la pena referirse a estos desarrollos específicamente colombianos. Por el contrario, existen dos tipos de argumentos que la Corte colombiana desarrolló, que tienen utilidad para el análisis comparado, en especial para aquellos países que carecen de una norma constitucional tan prometedora para la garantía judicial de los derechos sociales, como es el nuevo artículo 1o. de la Constitución mexicana.

La primera tesis de la Corte para defender la justiciabilidad de los derechos sociales fue la de la conexidad, y podría ser calificada como la estrategia más suave y menos controversial. El argumento podría ser formulado así: hay afectaciones a los derechos sociales que terminan afectando igualmente a los derechos civiles; por consiguiente, como los derechos civiles son justiciables, en esos eventos los DESC se tornan, por conexidad, igualmente justiciables, pues el amparo del DESC es un elemento necesario para proteger el derecho civil o político. Eso sucede en aquellos casos en los cuales, por ejemplo, la falta de suministro de ciertos medicamentos (derecho a la salud que es social) pone en peligro el derecho a la vida, que es un derecho civil; luego el derecho a la salud en conexión con el derecho a la vida digna se torna amparable. Esa fue una entrada normativa suave, dada la textura normativa de la Constitución colombiana de 1991, que resultó pacífica y aceptable en la comunidad jurídica colombiana y que permitió avanzar durante algunos años en la justiciabilidad de los derechos sociales. Sin embargo, es una tesis conceptualmente problemática porque en el fondo mantiene la distinción entre los derechos civiles y políticos y los DESC, otorgando a los primeros una mayor protección judicial pues los segundos sólo adquieren justiciabilidad, si se quiere, por contagio con los primeros.

Por esas debilidades, la Corte fue progresivamente desarrollando una segunda tesis sobre la justiciabilidad de los DESC, que se funda tanto en la idea de la universalidad e interdependencia de todos los derechos humanos (incluidos los derechos civiles y Políticos y los DESC) como sobre la relación entre el goce de los DESC y la dignidad humana. La tesis es conocida, pero fue

útil para sustentar una justiciabilidad más directa de los DESC y podría ser sintetizada así: si todos los derechos humanos son interdependientes e indivisibles y gozan del mismo valor y estatus, no es lógico entonces excluir a los DESC de protección judicial directa cuando ésta se encuentra prevista para los derechos civiles y políticos. Además, esta protección judicial de los DESC se justifica por razones de dignidad humana, pues es tan indigna la vida de una persona a la que la privan de la libertad de expresión como lo es la existencia de otra persona que termina sumida en la miseria porque no le proveen los derechos sociales a la educación, a la vivienda o a la alimentación. Y si la esencia del constitucionalismo es proteger la vida digna, entonces no tiene sentido hacer la distinción entre los derechos civiles y políticos y los DESC, pues todos son indispensables para asegurar la dignidad y la libertad de las personas. La Corte Constitucional colombiana empezó entonces, poco a poco, a asociar la dignidad humana con la realización de distintos derechos sociales y por esa vía les fue confiriendo a éstos un carácter de derechos fundamentales justiciables directamente desde la Constitución.

De esa manera, la Corte Constitucional ha ido removiendo las barreras a la justiciabilidad que derivaban del status normativo de los DESC en la Constitución de 1991. En México, en cambio, yo creo que esa discusión hoy ni siquiera tiene sentido pues el artículo 1o. de la Constitución habla de todos los derechos humanos contenidos en los tratados ratificados por México, que incluye obviamente los tratados relativos a los DESC; igualmente esa norma habla claramente de la universalidad, interdependencia e integralidad de estos derechos. En Colombia este debate sobre el status normativo de los DESC ha sido difícil porque el texto constitucional es ambiguo en ese aspecto; en México, por el contrario, esta discusión está resuelta.

La segunda objeción a la justiciabilidad de los DESC sobre la falta de contenido y de estándares de estos derechos también fue resuelta, al menos en forma relativa, por la propia práctica judicial. Los jueces y el propio Comité de DESC fueron desarrollando

estándares sobre el contenido y alcance de los diversos derechos y obligaciones. Así, la jurisprudencia constitucional colombiana o las Observaciones Generales del Comité de DESC permiten comprender hoy con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados frente a los DESC que son de aplicación inmediata y cuáles son de desarrollo progresivo, cuál es el significado que puede tener un concepto como la prohibición de regresividad y en qué medida es justiciable, o qué alcance tiene el derecho a la salud o el derecho a la educación. Subsisten controversias sobre el alcance preciso de los DESC, pero estas disputas también existen frente a los derechos civiles y políticos. Es más, existen ámbitos en donde las Constituciones y los tratados de derechos humanos desarrollan en forma más precisa el contenido de los DESC que aquel de los derechos civiles y políticos, para lo cual basta comparar, por ejemplo, la bastante amplia regulación del derecho a la educación en el artículo 13 del Pacto Internacional de DESC con la regulación mucho más escueta del derecho a la intimidad en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Así, en relación con la intimidad, el tratado se limita a decir que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, y que tiene derecho a que la ley lo proteja contra esas injerencias. Es pues una regulación abstracta e indeterminada. En cambio, en relación con la educación, el tratado es mucho más preciso, al punto de que trae incluso mandatos específicos a los Estados, como que deben establecer una enseñanza primaria obligatoria y asequible a todos gratuitamente. Es claro entonces que el contenido del derecho a la educación está más desarrollado en los tratados de derechos humanos que el del derecho a la intimidad. Usualmente, además, la intimidad entra en tensión aguda con otros derechos, como la libertad de expresión, por lo cual los jueces deben resolver casos de extrema complejidad. Sin embargo, nadie cuestiona la justiciabilidad del derecho a la intimidad; ¿por qué entonces excluir la protección judicial del derecho a la educación y en general de los DESC?

La tercera objeción relativa a la inadecuación de los procedimientos judiciales para satisfacer derechos sociales ha tenido en primer lugar una respuesta si se quiere más filosófica por parte de la doctrina y la práctica judicial. La tesis ha sido que si el Estado tiene una obligación en derechos humanos, pero el instrumento procesal existente no ayuda, entonces eso no significa que la obligación desaparezca porque el instrumento judicial no sirve. La conclusión jurídica y axiológica es otra: la inadecuación del mecanismo procesal genera una nueva obligación al Estado, que debe entonces modificar el instrumento judicial para adaptarlo a la obligación de derechos humanos. Si se reconoce entonces que un Estado tiene el deber de amparar judicialmente los derechos sociales, pero se constata la inadecuación de los actuales instrumentos procesales, lo que tiene que hacer el Estado es reformar el instrumento de justiciabilidad para adaptarlo a los requerimientos de protección de los derechos sociales. Eso muestra, entre otras cosas, la importancia del debate sobre el amparo en México pues, como es claro que el nuevo artículo 1o. de la Constitución mexicana ordena la protección judicial de los derechos sociales, entonces el interrogante que surge es el siguiente: ¿qué reformas al amparo hay que hacer para ajustarlo a la protección de los derechos sociales?

De otro lado, la práctica de protección judicial de los derechos sociales ha mostrado que es posible, tanto por medio de reformas legislativas como por vía de innovaciones jurisprudenciales, remover las dificultades de acceso a la justicia de los sectores más pobres, que podrían generar efectos regresivos a la protección judicial de los DESC, pues terminaría favoreciendo más a la clase media que a los más excluidos.

La solución frente a estos problemas de acceso es muy simple teóricamente, aunque en la práctica su implementación pueda tener dificultades: consiste en rebajar los estándares de acceso en materia de derechos sociales; esto es, en flexibilizar los instrumentos procesales de protección de esos derechos a fin de que la ciudadanía, y en especial los grupos sociales desfavorecidos,

puedan recurrir a ellos sin dificultad. Y esto se puede lograr tanto con reformas legales como por medio de desarrollos jurisprudenciales. Así, en Colombia, la tutela ha tenido un enorme impacto en la protección de los derechos constitucionales, en gran medida porque es un instrumento judicial muy directo e informal, muy distinto en ese aspecto al amparo mexicano. En Colombia, cualquier persona, sin necesidad de abogado y sin mayores finuras procesales, puede usar la tutela para solicitar ante cualquier juez la protección de sus derechos fundamentales, incluidos los DESC. Otra notable flexibilización del acceso a la justicia se logró por desarrollos jurisprudenciales; es el caso de la India en los años setenta, cuando la Corte Suprema de Justicia de ese país modificó sustancialmente las reglas de acceso a los tribunales o *standing* para precisamente permitir que los casos de violación a los derechos constitucionales de los sectores más pobres llegaran a los tribunales. Por ejemplo, si la Corte Suprema de ese país recibía una carta de protesta sobre un asunto de violación de derechos humanos proveniente de una persona en situación de vulnerabilidad, como un preso, entonces ese tribunal asumía que esa carta, aunque no reuniera las formalidades de una demanda judicial, equivalía procesalmente a una demanda. Y a partir de esa carta, los jueces sustanciaban procesos de enorme complejidad. Por eso algunos sectores doctrinales calificaron esa innovación jurisprudencial como la entrada de la Corte Suprema de la India a una suerte de *jurisprudencia epistolar*.

Estos dos ejemplos de la tutela colombiana y la jurisprudencia epistolar india muestran que es posible democratizar profundamente el acceso a la judicatura, pues estas innovaciones legales y jurisprudenciales han disminuido —aunque no eliminado— la desigualdad en el acceso a la protección judicial de los derechos constitucionales, ya que personas pobres, incluso sin asesoría legal, pueden obtener respuestas judiciales positivas a sus demandas. Esto reduce considerablemente el peso de la objeción según la cual la justiciabilidad de los derechos sociales beneficia a la clase media y no a los más pobres; ese efecto regresivo ocurre si

se mantienen estándares de acceso a la justicia que sean muy formales y difíciles, pero esa situación es modificable.

La experiencia comparada también muestra que es posible enfrentar la posible inadecuación de los remedios judiciales existentes, debido a su carácter individual o interpartes, en la medida en que los DESC suelen plantear problemas masivos, que requieren respuestas globales. En efecto, a nivel legal, pueden prevverse acciones populares o de grupo para generalizar los efectos de la protección judicial y evitar las posibles distorsiones derivadas de las decisiones dispersas y aisladas. Estas innovaciones también han sido realizadas, en ciertos casos, por vía judicial, pues un tribunal supremo o una corte constitucional tienen buenos argumentos para tomar remedios colectivos a partir de una serie de casos individuales.

El argumento que sustenta esa posibilidad deriva de la lógica misma de la objeción a la inadecuación procesal para enfrentar ciertas situaciones de goce precario de los DESC, como lo ha hecho la Corte Constitucional colombiana con la figura, de creación pretoriana, del *estado de cosas inconstitucional*. Este tribunal, en ciertos eventos ha recibido solicitudes individuales recurrentes, que muestran que existe una situación estructural y colectiva que provoca esa multitud de casos individuales; un ejemplo serían las demandas de numerosas personas privadas de la libertad que piden un cese del hacinamiento carcelario. En esas situaciones, la Corte ha concluido que es inadecuado, en términos de igualdad y de coherencia de las políticas públicas, intentar solucionar los casos individuales en forma aislada y separada; que incluso esto es a veces imposible, pues ¿cómo solucionar para algunos presos únicamente el problema del hacinamiento? En esas hipótesis, la Corte Constitucional ha concluido que la única solución procesalmente apropiada para proteger los derechos de los peticionarios sin introducir distorsiones en la política pública consiste en declarar que esos casos individuales expresan un *estado de cosas inconstitucional*, que requiere de remedios colectivos y globales, y que por ende debe entenderse que el tribunal constitucional está

facultado para dar órdenes de tipo más general, que estén orientados a resolver la situación global que genera esa multitud de demandas individuales. Ahora bien, esta idea de la necesidad de los remedios estructurales no es una innovación enloquecida de la Corte Constitucional colombiana, sino que tiene ejemplos semejantes en otros países, en especial en los Estados Unidos, con las llamadas órdenes estructurales (*structural injunctions*), que han usado los jueces de ese país para enfrentar ciertas deficiencias institucionales que generan violaciones masivas a los derechos constitucionales. Un ejemplo reciente fue el fallo *Brown vs. Plata* de la Corte Suprema Estadounidense, en donde concluyó que el hacinamiento carcelario en California implicaba un castigo cruel que violaba los derechos constitucionales de los internos, y por ello ordenó a ese estado que redujera en 30,000 el número de personas privadas de la libertad.

Estos ejemplos de Colombia, India y Estados Unidos muestran entonces que no hay una imposibilidad estructural para que los procesos judiciales sean eficaces para enfrentar problemas complejos de derechos sociales, aunque es probable que sea necesario hacer innovaciones creativas por vía legislativa o por vía jurisprudencial en esta materia, sobre todo para enfrentar situaciones generalizadas de precariedad del goce de ciertos DESC por grupos poblacionales amplios. Sin embargo, conviene finalmente destacar que en materia de derechos sociales, muchos casos se asemejan totalmente a quejas por vulneración de derechos civiles y que pueden ser resueltos por los jueces como casos individuales, sin ningún problema. Por ejemplo, pensemos en que la autoridad sanitaria niega arbitrariamente a una persona una prestación médica incluida en el plan de salud; en ese evento, el juez ordena que la prestación le sea suministrada, lo cual no tiene mayor misterio. Igualmente, conviene recordar que en muchos aspectos los DESC no tienen un contenido prestacional, sino de defensa, muy semejante a muchos derechos civiles y políticos, como puede ser la protección, derivada del derecho a la vivien-

da, contra un posible desalojamiento arbitrario. En esos casos, el juez ordena, con fundamento en el derecho a la vivienda, que no se haga el desalojamiento, que es una medida de abstención muy clásica como para que se diga que los jueces no pueden hacerla, simplemente porque se trata de un DESC.

La práctica jurisprudencial y la discusión teórica han permitido igualmente enfrentar la cuarta objeción, fundada en los cuestionamientos sobre la falta de legitimidad democrática de los jueces para amparar DESC, básicamente con cuatro tipos de argumentos: primero, que si por razones de legitimidad democrática se ataca la posibilidad de que los jueces decidan asuntos de derechos sociales, pues habría que acabar con el control constitucional en general, ya que la misma legitimidad tienen los jueces para decidir asuntos de derechos sociales que para decidir, por ejemplo, un tema de libertad de expresión. Los estándares de libertad de expresión no son del todo claros, son tan indeterminados como los estándares relativos al derecho a la salud. Por consiguiente, si un juez puede decidir, incluso contra el legislador, asuntos de libertad de expresión, no hay ninguna razón democrática clara por la que no pueda decidir asuntos de derechos sociales.

El segundo argumento está ligado a una tesis que un magistrado de la Corte Constitucional colombiana, Eduardo Cifuentes, llamó el *constitucionalismo de la pobreza*. Su tesis es que América Latina está formada por países con altos niveles de pobreza y desigualdad; y por ello, si el constitucionalismo y los jueces constitucionales no responden a los problemas de la pobreza y la desigualdad para la gran mayoría de la población, la Constitución tendría un significado pobre para la mayoría de los habitantes de estas tierras. Una Constitución que sea significativa para los ciudadanos y las ciudadanas de América Latina debe entonces responder a estos problemas de la desigualdad y la pobreza y por consiguiente los derechos sociales tiene que ser justiciables en las democracias latinoamericanas.

El tercer argumento tiene que ver con el vínculo entre la protección de los DESC, la dignidad humana y la democracia. La

tesis es que así como no puede existir una verdadera democracia sin una garantía a la libertad de expresión y una protección del debido proceso, la incorporación de los derechos sociales parte del supuesto de que no puede existir una verdadera deliberación democrática si no existe una cierta igualdad social y no se garantiza a las personas al menos una satisfacción básica de sus necesidades. En efecto, ¿quién puede razonablemente negar que la falta de alimentación, salud, vivienda o educación afecta la dignidad humana, y por ende disminuye la capacidad de las personas para ser ciudadanos autónomos? Como lo señaló Rousseau, hace más de doscientos años en el *El contrato social*, el ejercicio de la libertad democrática supone un mínimo de igualdad fáctica, a fin de que ningún ciudadano sea suficientemente opulento como para comprar a otro, ni ninguno tan pobre como para ser obligado a venderse. Esto muestra entonces que una democracia constitucional genuina supone el reconocimiento de al menos tres tipos de derechos constitucionales: unos derechos de defensa contra el Estado, a fin de amparar la autonomía de la persona y protegerla contra el gobierno arbitrario; unos derechos a la igual participación política o derechos de ciudadanía política, que tienen su expresión más clara en la universalidad del voto, y, finalmente, unas garantías materiales, que configuran una suerte de *ciudadanía social*, pues sólo con ellas existirán verdaderamente ciudadanos libres e iguales. Esta dimensión social de la ciudadanía y de la dignidad de la persona justifican y explican que los DESC tengan fuerza normativa. Por consiguiente, las mayorías políticas no son totalmente libres para escoger cualquier política económica, pues el reconocimiento constitucional e internacional de los derechos sociales implica que las distintas estrategias económicas deben estar orientadas a progresivamente realizar esos derechos, que son entonces límites a la libertad que tienen las mayorías para optar por distintas políticas económicas. Y si los derechos sociales son límites normativos, que deben ser respetados por las mayorías políticas, pues es obvio que alguien debe garantizar que tales límites no sean violados, si no queremos que los derechos sociales tengan

una pura eficacia retórica. Y es claro que ese alguien debe ser un órgano contramayoritario, como el tribunal constitucional, puesto que se trata precisamente de controlar que las mayorías cumplan con el deber de realizar esos derechos a fin de materializar la ciudadanía social.

Finalmente, algunos analistas, como César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, en su reciente trabajo sobre “Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia”, publicado por *Dejusticia*, han insistido en que muchos de los reparos a la intervención de los jueces en la protección de los DESC parten de la idea de democracias ideales y abstractas, y no toman en consideración las características concretas de las democracias realmente existentes en las que vivimos en América Latina. Me explico: muchos de los críticos a la justiciabilidad de los DESC suponen que la democracia en América Latina funciona como el modelo deliberativo vigoroso defendido por autores como Habermas en su libro *Facticidad y validez*, esto es, una democracia con un legislador robusto y con una deliberación democrática fuerte, asociada a una ciudadanía movilizadora y participativa. Y en un tipo de democracia así, es razonable que los tribunales constitucionales sean más deferentes con los resultados de la deliberación democrática y no invadan las competencias propias del legislador democrático. Pero nuestras democracias son distintas; no es que el juez constitucional invada las competencias del legislador, sino que usualmente hay vacíos de legislación y de actuación estatal, que tienen efectos negativos sobre el goce de los derechos constitucionales. Son recurrentes los casos en que las personas ven violentados sus derechos, sobre todo debido a la inacción de las autoridades. En nuestras democracias realmente existentes, lo que hace el juez constitucional al proteger derechos sociales en esos casos es activar procesos democráticos frente a la inacción legislativa. El activismo judicial no es que invada las competencias legislativas, sino que muchas veces activa procesos de movilización y discusión democrática frente a ciertos bloqueos políticos e institucionales.

III. ENTRE LAS BUENAS Y MALAS EXPERIENCIAS DE JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

La experiencia judicial y la reflexión académica han permitido superar las objeciones normativas (tanto sobre el estatus como sobre el contenido de los DESC), los reparos procesales o los cuestionamientos filosóficos sobre la falta de legitimidad democrática de los jueces para amparar derechos sociales. Queda entonces el último cuestionamiento sobre los posibles impactos negativos que la justiciabilidad de los DESC tendría sobre la igualdad, la vitalidad democrática y la sostenibilidad de los sistemas de provisión de los bienes.

Esta crítica debe ser tomada en serio, pues es cierto que en algunos casos esas predicciones resultan ciertas, al menos parcialmente. Por ejemplo, el debate sobre la justiciabilidad del derecho a la salud en Colombia ha mostrado que en general las acciones de tutela para protección de este derecho han beneficiado proporcionalmente más a personas de clase media que a los sectores más pobres y excluidos. La evidencia empírica muestra también que a veces un exceso de justiciabilidad de los DESC desmoviliza a la ciudadanía y puede vaciar considerablemente el debate democrático. Igualmente, en ciertos casos, los jueces han tomado decisiones judiciales sobre DESC que no sólo han sido costosas en términos financieros, sino que han implicado una asignación de recursos poco técnicos, todo lo cual pone en peligro la sostenibilidad financiera e institucional de los sistemas de provisión de esos bienes básicos.

Ahora bien, esos posibles efectos negativos de la protección judicial de los DESC no implican que no deba existir justiciabilidad de esos derechos, sino que tanto los jueces como la reflexión académica deben tomar en serio esos riesgos, a fin de evitar que las decisiones sobre el amparo de los derechos sociales tengan eventualmente *i*) efectos inequitativos, *ii*) sean indebidamente onerosas y antitécnicas, *iii*) afecten negativamente la deliberación y participación democráticas. Esto significa que se debe recono-

cer que pueden existir buenas prácticas de justiciabilidad de los DESC, pero igualmente otras que son problemáticas y deberían ser desechadas o ajustadas.

La experiencia colombiana muestra buenos y malos casos de protección judicial de los DESC, y en ese sentido es útil para alimentar esta reflexión. Me limito a presentar dos casos, ambos importantes, pero uno (el de los deudores hipotecarios) que debe valorarse más bien en una forma negativa, mientras que el otro (el de los desplazados) puede ser considerado una de las experiencias más interesantes y prometedoras de protección judicial de los DESC.

El primer caso trata sobre la serie de decisiones que la Corte Constitucional de Colombia emitió respecto del sistema de financiamiento para la compra de vivienda, llamado Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC). El problema fundamental fue que en 1997, debido a una aguda recesión y a que la forma de cálculo de los créditos fue modificada por la autoridad monetaria, las deudas se incrementaron astronómicamente para los deudores hipotecarios, de suerte que numerosas familias se vieron en la imposibilidad de seguir pagando sus créditos y tuvieron que entregar sus viviendas a los bancos. Algunos ciudadanos demandaron entonces las normas que regulaban la UPAC, pues consideraron que violaban el derecho a la vivienda. Y en 1999 la Corte profirió tres sentencias (C-383/99, C-747/99 y C-700/99) que tuvieron un impacto enorme sobre la política macroeconómica, sobre el sistema, la financiación de vivienda y sobre la situación de los deudores hipotecarios. Básicamente la Corte señaló que no podía haber capitalización de intereses en estos sistemas de financiación, que el cálculo del crédito debía estar ligado a la inflación (más un porcentaje como remuneración por el crédito), pero que no podía basarse en la tasa de interés comercial en el mercado bancario y que la tasa de interés de los créditos hipotecarios para vivienda debía ser la más baja del mercado. La Corte ordenó igualmente al Congreso reformular la regulación del sistema de financiación de vivienda y que se reliquidaran las sumas de todos

los deudores hipotecarios, reduciendo sus montos. Este grupo de decisiones fueron objeto de críticas de todo tipo, desde los sectores más radicales que argumentaron la imposibilidad de hacer justiciables este tipo de derechos, ya que se trataba de cuestiones políticas, hasta los sectores más progresistas que señalaron efectos inequitativos de las sentencias.

Un estudio detallado de este conjunto de decisiones muestra que si bien la Corte mejoró sensiblemente la situación de los deudores hipotecarios, y en ese sentido amparó el derecho a la vivienda de esas familias, lo cual era acertado, sin embargo, estas intervenciones judiciales fueron problemáticas en varios aspectos. Primero, las decisiones incorporaron rigideces en la regulación pública del sistema de financiamiento de vivienda, como la prohibición de la capitalización de intereses o la necesidad de que la tasa de interés en vivienda fuera la más baja del mercado, con lo cual restaron flexibilidad a la política en ese campo. Segundo, esas decisiones fueron precariamente sustentadas, pues la Corte no mostró claramente su sustento normativo, con lo cual cerró indebidamente el espacio de deliberación pública en ese campo, pues constitucionalizó instrumentos muy específicos de la política crediticia. Tercero, estas decisiones desincentivaron la fuerte movilización social que para ese momento se había desarrollado. Los movimientos en contra del UPAC cambiaron de una estrategia de presión en la arena política a una presencia masiva en los despachos judiciales. Cuarto, las sentencias tuvieron efectos inequitativos, pues ordenaron que todos los créditos debían ser reliquidados, con lo cual la Corte excluyó la posibilidad de que el legislador pudiera señalar una forma diferenciada de liquidar los créditos, atendiendo a criterios como el nivel social del deudor y el costo de la vivienda. Con ello la Corte no sólo limitó el campo de discusión democrática, sino que además promovió una medida regresiva, pues muchos de los créditos a reliquidar pertenecían a personas con altos ingresos que adquirirían viviendas muy costosas y a veces para segundo uso. Y como los dineros para financiar este subsidio a la vivienda de personas de clase media alta prove-

nían del presupuesto general de la nación y fueron muy costosos, esto significa que estas decisiones desfinanciaron programas de inversión social orientados a las poblaciones más pobres.

Ahora bien, la Corte hubiera podido amparar el derecho a la vivienda de los sectores sociales más vulnerables, sin los efectos contraproducentes anteriormente mencionados, si hubiera recurrido a otro tipo de decisión. La Corte hubiera podido, por ejemplo, declarar que el sistema de financiación de vivienda se había tornado inconstitucional y debía ser reestructurado, pero reenviar el tema al Congreso para que este definiera una política que amparara el derecho a la vivienda de las poblaciones más vulnerables. La Corte debió haberse abstenido de insertar rigideces en la política, como la prohibición de capitalización de intereses o la vinculación de la corrección monetaria a la inflación, y de ordenar medidas con efectos inequitativos, como la reliquidación igual y generalizada de todos los créditos, sin importar la capacidad de pago de los distintos deudores. En este sentido, la Corte debió conformarse con recordar pautas constitucionales de forma que el nuevo sistema (i) respetara la capacidad de pago de los usuarios, (ii) no trasladara desproporcionadamente el riesgo macroeconómico a los deudores, y (iii) lograra ser claro y transparente. Además, con el fin de garantizar que las consideraciones de los deudores fueran tenidas en cuenta, hubiera podido ordenar algún mecanismo de participación de sus asociaciones de deudores durante el debate de la ley. Una decisión en este sentido no sólo protegería el derecho a la vivienda de los usuarios del sistema, sino que además, al modular el fallo en el sentido propuesto, promovería el debate democrático en varios sentidos: (i) al remitir el asunto de la reglamentación del sistema al Congreso lo hubiera obligado a iniciar el debate democrático; (ii) al recordar las pautas constitucionales sin introducir rigideces no hubiera limitado el contenido del debate; (iii) el Congreso hubiera podido estudiar la posibilidad de reliquidar los créditos atendiendo criterios de equidad, y (iv) al insertar mecanismos de participación

específicos, la Corte hubiera fortalecido la deliberación democrática y la participación de los movimientos sociales.

La intervención de la Corte Constitucional colombiana en el caso de UPAC contrasta con otra decisión también muy importante y conocida. Se trata de la sentencia T-025 de 2004, que fijó criterios específicos a las autoridades para que atendieran la diversa vulneración de derechos que vive la población víctima del desplazamiento forzado en Colombia.

El desplazamiento forzado a causa de la violencia en Colombia es una tragedia humanitaria de tal magnitud que este país ha llegado a ocupar el deshonroso primer lugar en el número de desplazados internos en el mundo. Aunque existen debates en torno a las cifras, según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), durante las dos últimas décadas fueron desplazadas en Colombia al menos tres millones y medio de personas. Sin embargo, pese a la gravedad y magnitud del desplazamiento interno, hacia 2003 —año en el cual el mayor número de desplazados internos atendidos por ACNUR se concentraba en Colombia, por encima de países como Afganistán, Azerbaiyán y Bosnia y Herzegovina— el Estado colombiano carecía de una política pública coherente y consistente, capaz de afrontar de modo efectivo esta situación.

En medio de esta problemática, en 2003, la Corte Constitucional acumuló 108 expedientes de acciones de tutela interpuestas por 1150 familias de personas víctimas de desplazamiento forzado en 22 municipios del país, dando de este modo paso a la histórica sentencia T-025 de 2004. En este fallo, la Corte constató que existía una “masiva, prolongada y reiterada” violación de derechos, que no era “imputable a una única autoridad”, sino que obedecía “a un problema estructural que afecta a toda la política de atención diseñada por el Estado, y a sus distintos componentes, en razón a la insuficiencia de recursos destinados a financiar dicha política y a la precaria capacidad institucional para implementarla”. Ante esta situación, la Corte declaró el “estado de cosas inconstitucional” frente a la política de despla-

zamiento y ordenó que se diseñara e implementara un programa de acción orientado a corregir las fallas estructurales de la política de atención a la población desplazada. Ordenó, además, que se garantizara la participación efectiva de las organizaciones de la población desplazada en la adopción de todas las decisiones para superar el estado de cosas inconstitucional.

El seguimiento al cumplimiento de estas órdenes dio un lugar a un proceso inédito y complejo de articulación y diálogo entre los hacedores de políticas públicas, la Corte Constitucional y organizaciones de la sociedad civil, el cual se ha extendido desde que se profirió el fallo el 22 de enero de 2004 hasta hoy. Un mecanismo importante ha sido la celebración de audiencias públicas con autoridades responsables del cumplimiento del fallo, con la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría como órganos encargados de hacer seguimiento, representantes de organizaciones civiles e internacionales y líderes de la población desplazada. Se trata de escenarios en los que el gobierno rinde cuentas de sus avances en el cumplimiento del fallo y se discute acerca de las acciones emprendidas y los resultados obtenidos, a la luz de las órdenes emitidas por la Corte.

El carácter participativo del proceso de implementación del fallo, que ha sido facilitado además por el hecho de que la Corte ha combinado órdenes cerradas que definen de modo específico qué deben hacer las autoridades, con órdenes abiertas y flexibles que dejan un margen amplio de maniobra a las autoridades en la definición de los instrumentos de cumplimiento, no sólo ha dotado a este proceso de intervención judicial de mayor legitimidad, sino que constituye un intento novedoso en nuestro contexto de democratización de la gestión pública, como lo han analizado César y Diana Rodríguez en el libro que cité anteriormente sobre Cortes y cambio social. Así, la participación de distintos actores con diversas perspectivas sobre el tratamiento del problema ha sido una fortaleza del proceso de implementación por cuanto ha elevado el nivel de la deliberación. Este proceso no está exento de dificultades. Aunque algunas organizaciones de desplazados

han participado en audiencias públicas, la participación efectiva de las personas desplazadas en el proceso de seguimiento ha sido limitada, en primer lugar, porque menos de la mitad de estas personas pertenecen a una organización y, en segundo lugar, porque las organizaciones que de algún modo se han involucrado con el proceso de seguimiento en muchas ocasiones carecen de las herramientas logísticas y técnicas, lo cual dificulta una participación fructífera en los escenarios de deliberación. Sin embargo, pese a estas dificultades, el modelo de implementación de este fallo estructural en vez de debilitar, ha acentuado la discusión y deliberación ciudadana sobre el tema, por lo cual constituye un buen ejemplo de una vía de complementariedad entre la protección judicial de los derechos y la democracia.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Los dos casos comparados de la Corte Constitucional muestran que hay algunas decisiones, que, a pesar de estar bien orientadas a la protección de DESC, pueden tener efectos globales problemáticos, como en el caso de la sentencia sobre UPAC, mientras que hay otras, como la sentencia estructural sobre desplazados, que compatibilizan vigorosamente el amparo de derechos y la profundización de la deliberación y participación democráticas, por medio de una suerte de *jurisprudencia garantista y deliberativa*, que parece lograr una síntesis afortunada entre el garantismo de los derechos tipo Ferrajoli y la defensa de una democracia deliberativa tipo Habermas. En efecto, ese tipo de decisiones es garantista, por cuanto ampara efectivamente los derechos, pero igualmente es deliberativa, pues promueve la discusión y la participación ciudadana.

Ahora bien, en otros países pueden encontrarse decisiones que tienen una orientación garantista deliberativa semejante a la sentencia de desplazados colombiana, como en Argentina en el llamado caso “Verbitsky” de la Corte Suprema sobre cárceles hacinadas en la provincia de Buenos Aires, o en Suráfrica en el

ya célebre caso Grootboom de la Corte Constitucional de ese país sobre desalojos que afectaban el derecho a la vivienda de poblaciones en situación vulnerable. En esos casos, los dos tribunales, al igual que la Corte Constitucional colombiana, buscan amparar los derechos sociales constitucionales, pero sin interferir indebidamente en el debate democrático y en la configuración de las políticas públicas por el legislador y el gobierno. Este tipo de jurisprudencia garantista y deliberativa muestra que uno puede y debería combinar una protección fuerte de los derechos sociales con el uso de remedios judiciales flexibles y un acceso ampliado a la justicia constitucional y a la justicia ordinaria. De esa manera, se puede al mismo tiempo tener una protección judicial fuerte de los derechos articulada a una democracia cada vez más fuerte y vibrante. En lo particular, pienso que México se encamina en esa dirección.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS
ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES
Y AMBIENTALES EN EL MARCO
DE LAS RECIENTES REFORMAS
CONSTITUCIONALES EN MATERIA
DE DERECHOS HUMANOS

Rodrigo GUTIÉRREZ RIVAS*

En México, durante casi todo el siglo XX, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)¹ fueron considerados por la doctrina y la jurisprudencia sólo como derechos programáticos de los que se desprendían obligaciones *de hacer*, económicamente costosas y por ello imposible de ser reclamados ante tribunales.²

Todo lo anterior se fundó en un conjunto de premisas —hoy objetadas por la doctrina más autorizada en la materia— que encontraban su base de apoyo en una supuesta *naturaleza* diferenciada de los derechos. Las líneas argumentales que sirvieron

* Profesor-investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

¹ Por razones de economía lingüística en el texto aparecerá la noción de derechos sociales como sinónimo de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

² Esta consideración doctrinal tiene su correlato en la jurisprudencia. Hasta la fecha es casi nula la jurisprudencia relativa a los derechos a la vivienda, al agua, a la alimentación, a la salud, etcétera. Salvo los derechos al trabajo y al reparto agrario, que en México se protegieron a través de garantía secundarias especializadas, todos los demás derechos económicos, sociales, culturales y ambientales quedaron sin protección jurisdiccional alguna.

de base para construir toda aquella teoría de la diferenciación, entretejieron tesis historicistas, filosófico-axiológicas y teóricas.³

Por lo que se refiere a las tesis de carácter histórico, conviene recordar que la mayoría de los libros de texto de derecho constitucional del pasado siglo XX explicaron el surgimiento y evolución de los derechos a partir de una narración lineal de la historia —centrada en la experiencia europea— que encontró su expresión más extendida en el mito⁴ de las generaciones. De acuerdo con estos postulados era posible distinguir entre derechos de primera, segunda o tercera generación —cada una de las cuales correspondía con momentos históricos claramente diferenciados— que agrupaban derechos de *naturaleza* distinta. A partir de ello se explicaba que los derechos civiles y políticos pertenecían a una primera generación, vinculada a las revoluciones liberal/individualistas del siglo XVIII, mientras que los sociales se impulsarían posteriormente, a partir de las luchas de campesinas y campesinos o bien de trabajadores y trabajadoras a finales del siglo XIX y principios del XX. Si bien es cierto que la teoría de las generaciones puede tener una cierta utilidad pedagógica (permite a los y las alumnas de derecho comprender con facilidad y a grandes trazos la relación de los derechos con los movimientos que les dieron mayor impulso), de ella no es posible extraer conclusiones sobre la fuerza normativa y jerarquía de los derechos. En primer lugar hay que decir que la simplicidad del planteamiento no resiste un análisis crítico serio desde el punto de vista historiográfico. Basta recordar que desde las primeras Constituciones del siglo XVIII ya existían reivindicaciones de carácter social como el derecho a la instrucción, entre otros, con-

³ Para una explicación detallada de las distintas líneas argumentales véase Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

⁴ La idea de mito como patrón narrativo que facilita a las sociedades dar respuesta a la complejidad de la realidad, en ocasiones sin sentido aparente, generadora de ansiedad y culpa, véase May, Rollo, *La necesidad del mito*, Barcelona, Paidós, 1998.

sagrado en la Constitución francesa de 1793.⁵ En segundo lugar, asumir dicha narración histórica como única supone partir de una posición eurocéntrica, según la cual lo ocurrido en la historia europea sirve para explicar el avance general de los derechos en todo el mundo, cuando se sabe que la reivindicación y consagración de derechos tiene importantes diferencias a partir de los esfuerzos que los grupos y comunidades emprendan en lo local para proteger sus necesidades e intereses.⁶

Desde el campo de la filosofía también se aportaron argumentos que contribuyeron a distinguir entre derechos, subrayando una supuesta diferencia axiológica entre los mismos. Se convirtió en una idea repetida y poco reflexionada el supuesto según el cual los derechos civiles y políticos encuentran su único fundamento en el principio de libertad, mientras que los sociales lo encuentran en el principio de igualdad. A pesar de su extendida difusión, estas ideas son confusas e imprecisas. Si bien no es posible en este trabajo, por razones de espacio, entrar al fondo de dicha discusión, conviene recordar que el principio de igualdad es uno de los fundamentos axiológicos de todos los derechos, y no sólo de los sociales. Ello es así en tanto que todos los derechos humanos tienen una pretensión de universalización; son todas las personas (y no sólo algunas) las que deben poder aspirar a su protección y garantía. Por tanto, está claro que un principio clave que está detrás de todos los derechos es el carácter iguali-

⁵ Incluso antes; como lo señala Pisarello “Entre 1215 y 1217 los *commons* ingleses consiguieron que muchas de sus reclamaciones fueran incluidas no sólo en la Carta Magna sino también en una Carta Forestal que consagraba el derecho a madera, frutos y otros recursos vitales para la reproducción de las economías campesinas”. Pisarello, Gerardo, *Un largo Termidor, la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Trotta, 2012, p. 40.

⁶ En México, por razones históricas —vinculadas al carácter autoritario del régimen de partido hegemónico que se impuso durante casi todo el siglo XX— los derechos políticos no fueron considerados derechos humanos hasta mediados de la década de los ochenta. En cambio algunos derechos sociales (educación, tierra, aguas, trabajo), fueron considerados como tales desde 1917. Eso significa que en nuestro país hubo momentos en que el reconocimiento de ciertos derechos sociales fue anterior a la de algunos civiles y políticos.

tario y extensivo de los mismos; es ello lo que los distingue de los privilegios como pretensiones excluyentes. En segundo lugar, por lo que se refiere al tema de la libertad, es difícil imaginar cómo una persona, o un grupo de personas, pueden aspirar a ser libres si no cuentan con un conjunto de necesidades básicas cubiertas ¿qué margen de libertad tiene una persona si no accede a una cantidad mínima de agua para su supervivencia y debe utilizar dos horas diarias de su vida para obtenerla? ¿Qué tan libre puede ser considerada una persona si no cuenta con una alimentación adecuada que le garantice una buena salud, o si no accede a una educación básica que le permita más adelante ejercer su derecho al trabajo o a la participación política? La relación entre derechos sociales y libertad es en muchas ocasiones tan estrecha, o más, como la que existe entre dicho principio y los derechos civiles y políticos. Es por ello que también se ha insistido en la necesidad de avanzar en el debate axiológico de los derechos —basado tradicionalmente en concepciones rígidas, que dividen principios y derechos en cajones separados—, y pensar que todos ellos tienen estrechos y complejos lazos con la igualdad y la libertad. La igual libertad (*égalliberté*) de todas las personas puede pensarse como un fundamento común de todos los derechos que ayude a pensar el ámbito de los derechos como un universo amplio en el que conviven distintas pretensiones, con fundamentos valorativos similares, todas universalizables, que se relacionan de forma interdependiente e indivisible. Se debe seguir insistiendo en que no gozar de cualquiera de ellos pone en riesgo los demás y afecta la igualdad y la libertad de las personas.

Sin embargo, fue en el terreno de la teoría en donde se construyeron mayores argumentos para fortalecer el discurso de las diferencias entre los derechos. La idea eje que articuló estos posicionamientos fue que los derechos civiles y políticos eran estructural e intrínsecamente diferentes de los derechos sociales y ambientales. De acuerdo con esta construcción teórica —cuyas tesis se volvieron dominantes durante el siglo XX en el ámbito de la discusión jurídica y jurisprudencial— los derechos civiles y

políticos son normas de las que se desprenden obligaciones negativas (de no hacer) y fáciles de identificar por lo que son posibles de cumplir por parte de las autoridades. En cambio —se argumenta— los derechos sociales imponen obligaciones positivas (de hacer) y la conducta debida de las autoridades es vaga, difícil de clarificar. De lo anterior se desprende que los derechos civiles y políticos no impactan los presupuestos del Estado ni afectan las políticas, por lo que es posible denunciar su violación ante tribunales para reclamar su cumplimiento y reparación. En cambio —se dice—, los derechos sociales se relacionan de forma muy estrecha con el ámbito presupuestal, y su contenido y obligaciones deben ser determinados en el ámbito de la política, a través de leyes y programas, donde los jueces no deben intervenir.⁷

Todos los argumentos anteriores se tradujeron en que las violaciones a los derechos sociales no podían ser reclamadas ante tribunales; sin embargo, estas tesis también han sido contraargumentadas de forma rotunda tanto en el ámbito teórico como jurisprudencial y legislativo. Desde la teoría se han ofrecido cientos de explicaciones y ejemplos en relación con el hecho de que tanto de los derechos sociales como de los civiles se desprenden obligaciones positivas y negativas. Basta con recordar que el derecho al debido proceso (derecho civil por antonomasia) exige permanentemente gasto en papelería, funcionarios, construcción y mantenimiento de edificios, etcétera (todas obligaciones de hacer). Lo mismo ocurre con el derecho a la seguridad, que exige gastos en policía, procuradurías, ejército, o el derecho al voto, que en el caso mexicano implica enormes sumas de dinero para la financiación pública a los partidos políticos, organización de elecciones, tribunales especializados y muchos más gastos. En cambio,

⁷ Se argumenta que permitir que los jueces controlen acciones u omisiones de órganos políticos introduce un elemento antidemocrático en el sistema. En tanto que los jueces no son elegidos por el voto popular (no son responsables ante el electorado), no deben participar en la configuración de las políticas; éstas sólo deben procesarse donde esté representado el electorado. Si se avala la intervención judicial, se subordina la política al derecho y se ponen en riesgo ámbitos democráticos de toma de decisiones.

el derecho a la vivienda también puede suponer obligaciones de no hacer, que no implican gasto presupuestal alguno. Por ejemplo, personas que tienen casa y que son afectadas en su derecho a la vivienda por grandes megaproyectos de infraestructura que provocan desalojos o desplazamientos forzados. Lo mismo puede suceder con el derecho a la alimentación o al agua; existen miles de personas o grupos que acceden al agua o a la alimentación a través de fuentes propias, sin apoyo estatal, pero éstas son destruidas o contaminadas por decisiones o acciones gubernamentales. En todos esos casos las personas o grupos no exigen un gasto presupuestal para que se garantice su derecho, exigen que las autoridades no intervengan y respeten el derecho a la vivienda, a la alimentación o al agua. Por lo que se refiere a la supuesta indefinición o vaguedad de la conducta debida, basta con mirar los estándares internacionales que se han ido construyendo en el derecho internacional de los derechos humanos para descubrir el importante avance que se ha producido en los últimos años para identificar el contenido mínimo de los derechos sociales, así como las obligaciones que se desprenden de los mismos.⁸ Finalmente, por lo que tiene que ver con la objeción contramayoritaria, que se lanza contra la intervención judicial en el ámbito de los derechos sociales, hay que decir que a partir de la consolidación de las democracias constitucionales contemporáneas (en las que se ha asignado un nuevo e importante papel a los jueces como órganos de control constitucional) esa objeción impacta cualquier intervención judicial; la judicialización de la política es una realidad que permea todas las esferas del Estado constitucional contemporáneo; enfatizarla sólo en el caso de los DESCAs, supone hacer un uso ideológico de un argumento general para fortalecer las posiciones que insisten en dejar fuera del control judicial sólo a los derechos sociales.

⁸ Todas las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como un número importante de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son una prueba de lo anterior.

En el ámbito jurisprudencial también se ha avanzado mucho en la justiciabilidad de los DESCAs. Sentencias en la India, Colombia, Brasil, Argentina y muchos otros países demuestran caso por caso cómo sí es posible avanzar en la discusión de estos derechos en sede judicial. Sin embargo, lo que interesa presentar en este trabajo no son tanto los avances teóricos o jurisprudenciales, sino las modificaciones constitucionales en la materia, sobre todo para profundizar en las reformas constitucionales que ocurrieron en México del 10 de junio de 2011 al 12 de febrero de 2012, que revierten todos los argumentos teóricos que aquí se han apuntado y dan carta de naturalidad a los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales en todo su sentido, pudiendo personas y grupos acudir a los tribunales en México para reclamar las violaciones que se sufran en estas materias.

No es este el espacio para profundizar en el avance que ha existido en otras latitudes sobre la materia; sólo conviene decir que las reformas constitucionales que se analizarán más adelante sólo suponen una puesta al día del orden constitucional mexicano a lo que ya había venido ocurriendo en otros países desde finales de la década de los ochenta. La Constitución brasileña de 1988, la colombiana de 1991, la reforma constitucional en Argentina de 1994 y las recientes asambleas constituyentes en Venezuela, Ecuador y Bolivia son todas transformaciones constitucionales que avanzaron en el reconocimiento pleno de los derechos sociales como derechos fundamentales y los dotaron con las garantías necesarias para que sus violaciones pudieran ser reclamadas y reparadas. Es así que, tardíamente, el poder reformador en México actualiza el orden constitucional nacional y lo coloca en sintonía con lo que ya estaba ocurriendo en el constitucionalismo latinoamericano.

A continuación se mencionan algunos de los elementos clave de las reformas constitucionales ocurridas en México para comprender el impacto que estas tienen en la discusión y la práctica sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Como ya se ha dicho en párrafos anteriores, lo primero que conviene tomar en cuenta es que se trata de tres y no sólo de una reforma constitucional las que tienen interés para los DESCA.⁹ En orden de aparición primero se publicó la que se ha denominado “De los derechos humanos” (10 de junio de 2011); más adelante (el 13 de octubre de ese mismo año) se elevó a rango constitucional el derecho a la alimentación y, posteriormente (el 8 de febrero de 2012), también se constitucionalizó el derecho humano al agua. La primera de estas reformas es la que ha recibido mayor atención debido a las profundas implicaciones que tiene en múltiples materias (se modificaron 11 artículos). Este texto se concentra en ella, y dentro de la misma, sólo en las modificaciones al artículo 1o. constitucional por el impacto que ello tuvo en la reconfiguración de los derechos sociales como derechos exigibles ante tribunales.

Para exponer con mayor claridad las transformaciones más relevantes conviene transcribir la redacción anterior del primer párrafo del artículo 1o. constitucional y compararla con la actual. Antes de junio de 2011 en dicho párrafo se señalaba: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.

El primer párrafo actual establece:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

⁹ Algunas de las ideas y líneas argumentales que se presentan a continuación fueron publicadas previamente en el documento de trabajo Gutiérrez, Rodrigo y Salazar, Pedro, *El derecho como palanca emancipadora: las reformas constitucionales y los derechos sociales*, México, Fundación Friedrich Ebert Stiftung, abril 2012.

El primer aspecto que interesa destacar en la modificación del primer párrafo tiene un carácter lingüístico. Se trata de la sustitución del concepto de *garantías* establecido desde la Constitución de 1917, por el de *derechos humanos*. Lo anterior acarrea consecuencias prácticas importantes para la justiciabilidad de los derechos sociales. No puede olvidarse que la noción de *garantía individual* fue la fórmula conceptual a partir de la cual se construyó la distinción entre distintos tipos de derechos. De un lado, las garantías individuales como sinónimo de los derechos (civiles) de primera generación, cuyas violaciones podían reclamarse a través del amparo; del otro, los DESCAs como derechos de naturaleza distinta con carácter sólo programático, prestacionales, colectivos y por todo ello no justiciables. Por tanto, una parte importante de los mitos relativos a la naturaleza diferenciada entre ambos grupos de derechos encontraron en la noción de garantías (individuales) la mejor base de apoyo para dejar fuera de la protección judicial a los DESCAs.

Es así que al sustituir el concepto de *garantías* por el de *derechos humanos*, se quita la base de apoyo de las distinciones abriendo paso a una nueva denominación, más incluyente, que no distingue entre generaciones ni naturalezas diferenciadas. Bajo la categoría de derechos humanos se incluyen tanto los civiles y políticos como los económicos, sociales, culturales y ambientales, todos con el mismo estatus y por tanto todos ellos igualmente exigibles ante tribunales.

Cabe agregar que esta transformación conceptual servirá para aclarar la confusión histórica entre garantías y derechos, que dominó en México durante años. Durante todo el siglo XX, una parte importante de los operadores jurídicos en el país no tenían del todo claro que la violación de una garantía individual era la violación de un derecho humano. Por ello las discusiones sobre los derechos humanos fueron pensadas como temas de diplomáticos, relacionados con el derecho internacional, ajenos a nuestro ordenamiento interno, o cuando más (a partir de la década de los noventa) como situaciones a resolver por las comisiones

de derechos humanos, pero nunca como la materia principal de trabajo de los tribunales federales.

La segunda cuestión relevante de la reforma al artículo 1o. se desprende de la relación que existe entre los párrafos primero y segundo del mismo. En el primero se establece que todas las personas gozarán de los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, mientras que en el segundo se señala que “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

Como puede observarse, en este segundo párrafo se incluyó el principio de *interpretación conforme*, que en relación con lo estipulado en el primer párrafo consolida aquello que en el ámbito de la teoría se ha denominado como *bloque de constitucionalidad*. Ello implica la ampliación del ámbito de interpretación y validación de las normas jurídicas a partir no sólo de la Constitución, sino también, y de manera complementaria, de las normas internacionales relativas a los derechos humanos. En otras palabras, se consolida jurídicamente un vínculo estrecho entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, que obliga a los jueces, así como a otros operadores jurídicos, a resolver los casos que se les presenten, utilizando ambas fuentes del derecho como un conjunto normativo indisoluble y sin jerarquías. Por lo que se refiere a la última oración de este segundo párrafo, conviene decir que al lado del principio de interpretación conforme se ha sumado el principio *pro persona*. Este último es el primer criterio que deberá orientar a las autoridades cuando enfrenten posibles antinomias y discordancias entre la Constitución y los tratados de derechos humanos.¹⁰

¹⁰ Sin poder entrar en el debate de fondo, cabe dejar apuntado que a partir de la consagración constitucional del principio *pro persona* se estaría trastocando el de *jerarquía normativa* para ser sustituido por uno de *prioridad material*. La norma más importante ya no es la de mayor jerarquía, sino aquella que protege más a la persona, incluso si dicha norma se encuentra en un bando municipal.

Esta reciente integración constitucional de los tratados de derechos, junto con los principios de interpretación conforme y *pro persona*, tiene un relevante impacto en el debate y la práctica de la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC. En primer lugar, porque al incorporar dentro del orden interno a todos los tratados de derechos, sin establecer distinciones, se incluyen todos aquellos que reconocen a los DESC.¹¹ De esta forma, el mandato jurídico que se envía desde la Constitución hacia todas las autoridades es que todos los derechos humanos, incluyendo a los DESC, gozan de la misma jerarquía y todos son igualmente vinculantes. En segundo lugar, porque sumados a los tratados, se incorporan todos aquellos estándares internacionales generados por los organismos expertos¹² en el ámbito internacional de los derechos humanos. Esos estándares son los criterios interpretativos que permiten precisar el contenido de los derechos, así como las obligaciones que se desprenden de los mismos. Todo ello aporta las bases para descartar los mitos según los cuales los derechos sociales tienen contenidos vagos o bien que sus obligaciones son imposibles de identificar. Cuando se consultan las Observaciones Generales emitidas por el Comité de DESC, se aprecia el avance y la claridad con la que se han ido definiendo el contenido de los derechos, así como las obligaciones que derivan de los mismos. Ya que se ha abordado el tema de las Observaciones Generales, no está de más aludir a los párrafos primero y quinto de la Observación General núm. 3, a través de los cuales el Comité de DESC ha precisado que del texto del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), derivan obligaciones hacia los Estados parte

¹¹ Algunos de los más relevantes son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); el Protocolo Facultativo de este mismo Pacto; todos los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como el Protocolo de San Salvador, que es el instrumento de protección de los DESC en el sistema regional interamericano.

¹² Algunos de ellos son el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comités de expertos de la OIT, Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros.

que tienen un efecto inmediato; una de dichas obligaciones es la de establecer recursos judiciales efectivos que permitan a las personas reclamar las posibles violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales.

Vale la pena también detenerse en el párrafo tercero de artículo 1o. constitucional reformado, donde se señala lo siguiente:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

En la primera oración de este tercer párrafo se especifican las obligaciones que las autoridades adquieren frente a los derechos de las personas y los principios que rigen a los mismos. En relación con las obligaciones, conviene subrayar que el párrafo inicia con la palabra “todas”, indicando que la totalidad de las autoridades estatales quedan vinculadas por las obligaciones más adelante detalladas, lo que incluye a la administración pública, a las legislaturas, y por supuesto a los jueces, quienes quedan obligados a involucrarse en todas las materias, incluyendo las de los derechos sociales. Por lo que se refiere al tipo de obligaciones señaladas en la Constitución, es interesante destacar que su clasificación (promover, respetar, proteger y garantizar) proviene del debate internacional relativo a los derechos sociales, que se ha extendido a los demás derechos. En cualquier caso, el hecho de que se establezcan el mismo tipo de obligaciones para todos los derechos (la Constitución no hace distinciones entre unos y otros) supone el reconocimiento constitucional de que, así como cualquier derecho civil o político puede implicar una obligación de garantizar (y, por tanto, la necesidad de invertir recursos, como sucede, por ejemplo, en materia de seguridad, o con el financiamiento destinado a los partidos políticos para garantizar el dere-

cho al voto), los derechos sociales también pueden imponer una obligación de respeto (que implica una no interferencia en la vida de las personas o colectivos y que, en principio, no requiere gasto alguno). Esto es importante subrayarlo debido a que uno de los argumentos más recurridos en contra de la justiciabilidad de los DESCAs —como se indicó en las primeras páginas de este trabajo—, era que se trataba de derechos que siempre implicaban obligaciones positivas —o de garantía—, y por ello conllevaban un ineludible gasto de recursos.

También conviene señalar que en la última oración del tercer párrafo del artículo 1o. de la Constitución se desprende otro conjunto importante de obligaciones que deben ser atendidas por las autoridades estatales para intentar evitar que se produzcan violaciones a los derechos, o bien cuando estas se produzcan exista una respuesta por parte del Estado. Estas cuatro obligaciones son de la mayor relevancia para los DESCAs. La primera es la de prevenir que impone un mandato para que el Estado lleve a cabo las acciones (u omisiones correspondientes) que permitan evitar la potencial violación de esos derechos fundamentales. En el caso de que sea denunciada una violación de los derechos sociales, las autoridades estatales deberán llevar a cabo las acciones investigativas correspondientes para conocer las circunstancias del caso y generar la información necesaria. En el caso de que se verifique que la violación ha tenido lugar, el Estado queda obligado a sancionar a los responsables y a reparar los daños ocasionados. Insistimos en que todo lo anterior es de especial importancia para los derechos sociales en tanto que muchas de las violaciones a los mismos (por ejemplo, los desplazamientos forzados de personas y comunidades por la construcción de megaobras, la devastación masiva de tierras y territorios, la contaminación o agotamiento de grandes fuentes de recursos hídricos, entre muchos otros), suelen no ser investigadas, y por tanto quedan sin sanción y sin reparación, generando altos grados de impunidad estatal y devastación de las condiciones materiales para la reproducción de los pueblos y comunidades.

En medio de los distintos tipos de obligaciones que aquí se han señalado, el párrafo tercero del artículo 1o. también enuncia un conjunto de principios que son los que deberán orientar a las autoridades en el cumplimiento de sus deberes. Dichos principios son el de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. El primero de ellos indica que todos los derechos son atribuidos a todas las personas; en otras palabras, dicho principio implica que todas las personas (y no sólo algunas de ellas) son titulares y pueden ejercer los derechos pudiendo alegar pretensiones equivalentes en condiciones similares. Es un principio que se opone a cualquier estructura de organización social basada en privilegios donde los intereses y las necesidades relevantes sólo quedan al alcance de unos cuantos. En este sentido, el principio, de universalidad —como se indicó más arriba— guarda una estrecha relación con el principio de igualdad y no discriminación. Implica que todas las personas, independientemente de su lugar de nacimiento, de su adscripción religiosa, su condición de género o preferencia sexual es titular de dichas pretensiones. Se trata de un principio relevante para comprender el alcance de los DESCAs, porque hasta ahora, desde una perspectiva tradicional, estos derechos han sido considerados derechos sólo de algunos grupos (trabajadores, campesinos); sin embargo, a partir de la reforma a la Constitución esos derechos (al igual que todos los demás) son para todas las personas.

El segundo y tercer principio —el de interdependencia e indivisibilidad— implican que todos los derechos (civiles, políticos, sociales, culturales, etcétera) se encuentran entrelazados de forma estrecha en una relación de interconectividad. El posible ejercicio de cada uno de ellos depende de que los demás también estén protegidos. En sentido opuesto, la vulneración de un derecho supone poner en riesgo a los demás. Por ejemplo: si una persona no goza de una alimentación adecuada, se pone en riesgo su derecho a la salud y correlativamente su derecho al trabajo. A la vez, cuando una persona no tiene acceso a un salario suficiente, tendrá mayores dificultades para defender su voto (no venderlo).

Por ello el derecho internacional ha insistido en esta relación de reciprocidad y dependencia, que obliga a las autoridades a entender el universo de los derechos como unidad sin jerarquías, donde los componentes sólo pueden subsistir en una condición de interdependencia e indivisibilidad. La idea fuerte que está detrás de todo ello es que no hay derechos más importantes que otros, sino que todos forman un conjunto indivisible cuyo respeto, protección y garantía debe ser integral. Estos dos principios son de enorme importancia para la justiciabilidad de los DESCAs, ya que como se ha explicado en párrafos anteriores, bajo el marco tradicional de las garantías individuales se les consideró como derechos de segunda o tercera generación y de menor importancia que los civiles y políticos.

Finalmente, aunque no por ello de menor importancia, el principio de progresividad también tiene relevantes implicaciones para los DESCAs. Este principio se encuentra establecido en el artículo 2.1 del PIDESC, que establece que los Estados se comprometen a adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos que dispongan, para lograr *progresivamente* la plena efectividad de los derechos. La palabra *progresivamente* supone que los Estados tienen márgenes temporales para avanzar en la garantía de los derechos y pueden establecer plazos para ello. Es verdad que este concepto supone que el respeto y protección de los derechos no puede ocurrir de la noche a la mañana; sin embargo, al mismo tiempo, el principio también exige que los Estados den pasos en favor del avance de los derechos, y lo que es más importante, que no retrocedan en ello. Como lo ha subrayado la doctrina más acreditada en la materia: el principio de progresividad implica una prohibición de regresividad.¹³ En otras palabras, el Estado no puede dar marcha atrás en las normas, políticas y programas que supongan un avance en el respeto, protección y garantía de los mismos. Lo anterior es de la mayor relevancia para los DESCAs en un escenario económico y político marcado por iniciativas

¹³ Véase Courtis, Ch., *¿Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Ediciones Del Puerto, 2006.

de ley o incluso de reforma constitucional que están dando marcha atrás a las conquistas históricas de trabajadores, campesinos, mujeres debido a las presiones de los poderes privados que luchan por desmontar las estructuras sociales del Estado. La reciente modificación de la Ley del Trabajo o las iniciativas que buscan acabar con las formas de propiedad social de la tierra son claramente regresivas, y por ello podrían ser consideradas inconstitucionales, al violar el principio de progresividad de los derechos.

Como puede observarse después de todo lo dicho, la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 tiene muy relevantes implicaciones en el mundo de los derechos humanos; por ello han aparecido expresiones como las de transformación paradigmática o giro copernicano en la materia. Por lo que se refiere al tema de los derechos sociales, cabe decir que la transformación dogmática es de gran trascendencia. Se rompe el esquema de los derechos separados en cajones estancos debido a una supuesta naturaleza diferenciada de los mismos, y se impone la lógica de la interdependencia e indivisibilidad, lo que coloca a todos los derechos en el mismo rango de jerarquía e importancia acabando con el mito de la no justiciabilidad de los derechos en México.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DESC EN MÉXICO: RETOS Y AVANCES

Maria Silvia EMANUELLI*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las principales violaciones a los DESC*. III. *Algunos casos de justiciabilidad de los DESC en México*.

I. INTRODUCCIÓN

Las ponencias presentadas hasta ahora en el panel han analizado a fondo distintos aspectos, algunos de los cuales seguramente problemáticos, relacionados con la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), han mostrado de manera contundente —tanto desde el análisis teórico, como ofreciendo ejemplos de derecho comparado— que todos estos derechos tienen al menos algún aspecto que resulta claramente exigible judicialmente. Gracias a ello y sin mayor preámbulo sobre ese tema, pretendo abordar de inmediato el punto central de esta ponencia, que es uno de los ejes de acción de una red de organizaciones civiles de derechos humanos conformada desde 1998 como Espacio de Coordinación de Organizaciones Civiles sobre Derechos Eco-

* Coordinadora de la Oficina para América Latina de la Coalición Internacional para el Hábitat (HIC-AL), e integrante del Espacio de Coordinación de Organizaciones Civiles sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Espacio DESC).

Para contactar a la autora escribirle a hic-al@hic-al, para conocer las actividades de HIC-AL revisar la página web www.hic-al.org.

nómicos, Sociales y Culturales (Espacio DESC) con una trayectoria amplia en la promoción y defensa de estos derechos en México.

El tema de la justiciabilidad de los DESC en el país reviste especial importancia en este momento considerando que nos encontramos estrenando una muy significativa reforma constitucional en materia de derechos humanos¹ que ha elevado a rango constitucional los tratados internacionales, entre ellos los que se refieren a los DESC. Se está por lo tanto enfrentando un momento de transición que debe ser aprovechado de la mejor manera buscando avanzar y acercarse a las experiencias y niveles de justiciabilidad que ya se han logrado en otros países de la región.²

Aun cuando hay que saludar positivamente la reciente reforma constitucional, también es importante subrayar que ésta entra en vigor en un contexto de profundas violaciones a los derechos humanos en general y de los DESC en particular. Frente a estas últimas, se considera urgente que los poderes del Estado, cada uno desde su radio de acción, pero en especial el Poder Judicial, se enfoquen a equilibrar las situaciones de disparidad social y económica que se están viviendo en el país; reconozcan y reaccionen frente a las violaciones a los DESC que se están reproduciendo cotidianamente y todo ello para que estos derechos puedan realizarse de manera satisfactoria en la práctica. Si bien es cierto que son los poderes políticos los primeros encargados de hacer efectivos los DESC, no se puede desconocer que los jueces tienen en sus manos instrumentos muy vigorosos a través de los

¹ La reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en *el Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, modificó 11 artículos constitucionales, lo que debería tener un impacto importante tanto en la forma de entender e interpretar los derechos en el país como en la de aplicarlos. Para mayores detalles sobre los principales elementos de la reforma se puede revisar la ponencia de Rodrigo Gutiérrez Rivas en esta misma publicación.

² Para un análisis del fenómeno relativo a la mayor visibilidad social y política y al incremento del protagonismo de los tribunales en varios países —que se ha dado a partir de finales de los años ochenta— y a los resultados conseguidos se puede ver: De Sousa Santos, Boaventura, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 454 y ss.

cuales pueden contribuir a la vigencia de los derechos que nos ocupan.³ Uno de los retos principales frente al cual nos encontramos, es que la paulatina satisfacción de los DESC no se convierta en una utopía irrealizable y en una nueva fuente de frustración para las personas excluidas.

II. LAS PRINCIPALES VIOLACIONES A LOS DESC

Para referirse muy brevemente a las principales violaciones a los DESC que ocurren en el país, se retomarán algunos puntos del balance y análisis sobre la situación en la que se encuentran estos derechos en México, elaborados por el Espacio DESC y otras organizaciones de la sociedad civil en ocasión de la reciente visita al país de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), Señora Navi Pillay.⁴ Por la relevancia del tema y sus repercusiones comenzaré haciendo referencia a los altos niveles de pobreza y desigualdad —agudizados por el modelo económico aplicado desde hace 25 años— para luego analizar brevemente las violaciones a diversos derechos económicos, sociales y culturales que, como se ha insistido en diferentes foros, se encuentran entre las causas estructurales de la inseguridad y la violencia en nuestro país.

Desde hace varios años a nivel internacional se analiza la relación que existe entre pobreza y derechos humanos. Las principales posturas sobre este tema pueden resumirse en tres grupos: el primero considera la pobreza como una violación a los derechos humanos en sí misma. El segundo considera el derecho a no vivir en la pobreza como un derecho humano independiente.

³ Sobre este tema se puede consultar Abramovich, Víctor, Curtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 118 y ss.

⁴ La visita de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos a México se llevó a cabo del 3 al 9 de julio de 2011. En esa ocasión la funcionaria internacional se reunió con autoridades y representantes de la sociedad civil entre los cuales estuvieron miembros del Espacio DESC.

Finalmente, en el tercero se concibe a la pobreza como una causa o consecuencia de la violación de algunos derechos humanos.

Por lo que tiene que ver con el Sistema de las Naciones Unidas, ya en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)⁵ de 1948 se reconoce que la pobreza es un problema relacionado con los derechos humanos.⁶ Años después, la resolución 1988/7 del Consejo Económico y Social (ECOSOC) se enfocó en la extrema pobreza. En ese documento se precisó que la extrema pobreza no sugiere únicamente el simple desposeimiento material sino también la exclusión social. Pocos años después, en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, se subrayó que la generalización de la pobreza extrema inhibe el pleno y eficaz disfrute de los derechos humanos.⁷ En 1996 vio la luz el primer informe final elaborado por Relator Especial sobre extrema pobreza y derechos humanos, Leandro Despouy. En el informe, la pobreza es considerada como violación masiva, o incluso negación de los derechos humanos.⁸ En este mismo sentido, en el marco del Decenio de las Naciones Unidas para la eliminación de la pobreza (1997-2006) y la Asamblea General de las Naciones Unidas emitió una resolución en la que se recalcó que la extrema

⁵ La Declaración Universal de Derechos Humanos está disponible en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

⁶ En el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el preámbulo común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se hace hincapié en la importancia de que los seres humanos se vean “liberados... de la miseria”.

⁷ Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, documento ONU, A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993. Disponible en [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridocda.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridocda.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp).

⁸ Comisión de derechos humanos, Subcomisión de discriminación y protección a las minorías, *Informe final sobre los derechos humanos y la extrema pobreza presentado por el Relator Especial, Leandro Despouy*, E/CN.4/Sub.2/1996/13, 28 de junio de 1996. Disponible en http://www.observatoriopo.liticasocial.org/images/stories/biblioteca/pdf/documentos-sistema-naciones-unidas/Informes_relatores_especiales/Informes_pobreza/1996_informe_del_%20relator_especial_sobre_los_derechos_humanos_y_la_extrema_pobreza.pdf.

pobreza en particular y la pobreza en general, se caracterizan por tres elementos: el carácter multidimensional, la índole universal de estos fenómenos y el hecho de que la extrema pobreza constituye una violación a todos los derechos humanos.⁹ En este mismo contexto, en 1998 la Comisión de Derechos Humanos de la ONU estableció el nombramiento de un Experto Independiente sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos. La primera en cubrir este cargo fue Anne-Marie Lizin. En su informe final de 2000 se afirma que la cuestión de la pobreza extrema es el elemento esencial de un debate de varios años en el seno de la Comisión de Derechos Humanos y que “tiene por objeto acordar de una vez a los derechos económicos sociales y culturales la prioridad que merecen”.¹⁰ La Experta insistió sobre la necesidad de integrar una dimensión humana y social en el proceso de mundialización a fin de dinamizar las estrategias de lucha en contra de la pobreza e incluso, llegó a recomendar una evaluación de los efectos sociales de las políticas implementadas por las instituciones de Bretton Woods con énfasis en las comunidades más pobres. En el documento se hace hincapié, además, en el carácter universal y multidimensional de la extrema pobreza que, considerada como la denegación de todos los derechos humanos, establece un vínculo indivisible entre cada uno de los derechos que tiene la persona. La Experta subraya que incumbe al Estado la responsabilidad primaria de luchar contra la extrema pobreza y que la ausencia de voluntad política es uno de los principales motivos de que las situaciones de pobreza extrema se mantengan en un *statu quo*.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (Comité de

⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Quincuagésimo tercer período de sesiones, Resolución 53/198, 25 de febrero de 1999. Disponible en <http://www.un.org/spanish/aboutun/organs/ga/53/ares53198.pdf>.

¹⁰ Comisión de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y la extrema pobreza, Informe presentado por la Sra. A.-M. Lizin, Experta Independiente de conformidad con la resolución 1999/26 de la Comisión de Derechos Humanos*, E/CN.4/2000/52, 25 de febrero de 2000, p. 4. Disponible en <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/0e13070aeff27cf3802568c5004fd40a?OpenDocument>.

DESC), Órgano de interpretación y vigilancia de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹¹ en los Estados parte, emitió en 2001 una importante Declaración sobre la pobreza y el PIDESC. En este documento se reconoce que si bien el término “pobreza” no es mencionado explícitamente en el PIDESC, los derechos que consagra tienen una relación directa e inmediata con la erradicación de la pobreza, la cual constituye una negación de los derechos humanos.¹² Aunque no hay ninguna definición de la pobreza universalmente aceptada, el Comité de DESC apoya el concepto multidimensional que refleja la naturaleza interdependiente de todos los derechos humanos: “la pobreza puede definirse como una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales”.¹³

En el 2004 la Comisión de Derechos Humanos nombró a Arjun Sengupta como nuevo Experto Independiente sobre Pobreza y Derechos Humanos. En su informe de 2005 se propone una posible definición de la extrema pobreza como una combinación de varios factores —escasez de ingresos, falta de desarrollo humano y exclusión social— que incluyen las nociones de precariedad y privación de capacidades. El Experto recomienda además la elaboración de una resolución o una declaración donde se defina la pobreza como una violación o denegación de los derechos humanos, con las correspondientes obligaciones en ma-

¹¹ El PIDESC está disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>.

¹² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Declaración sobre la pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (E/C.12/2001/10). 10 de mayo de 2001, párrafo 1, citado por Sandoval, Areli, De la Torre, Carlos (coord.), *Los derechos económicos, sociales y culturales: EXIGIBLES y JUSTICIABLES. Preguntas y respuestas sobre los DESC y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, México D.F., 2010, p. 12. Disponible en <http://www.equipopueblo.org.mx/descargas/Protocolo%20interiores%20ok.pdf>

¹³ *Ibidem*, párrafo 8.

teria de realización de los derechos humanos y de erradicación de la pobreza. De no disponer de un texto de esa índole, según el Experto, habría que hacer de todos modos progresos sustanciales en la aplicación de medidas encaminadas a erradicar la pobreza sobre la base del papel instrumental que desempeñan los derechos humanos.¹⁴ La tercera Experta Independiente, Magdalena Sepúlveda, fue nombrada en 2008. En su segundo informe provisional la Experta retoma la definición de pobreza propuesta por su antecesor además de la que fue desarrollada por el Comité de DESC y subraya que aunque parece haber acuerdo en que la pobreza constituye una negación de la dignidad humana, “es necesario seguir trabajando para profundizar el análisis y exponer el vínculo empírico que existe entre los derechos humanos y la extrema pobreza”.¹⁵ Sepúlveda considera de todas maneras que los derechos humanos y la extrema pobreza están vinculados por lo menos en tres formas:

- a) La pobreza puede ser tanto una causa como una consecuencia de la denegación de los derechos humanos. En otras palabras, si bien la falta de respeto de los derechos humanos suele generar pobreza, en muchos casos, la pobreza es una de las causas de las violaciones de los derechos humanos; b) La realización de todos los derechos humanos y los esfuerzos desplegados para eliminar la extrema pobreza se refuerzan mutuamente. La protección de los derechos humanos es un factor decisivo para la reducción de la extrema pobreza. Todas las actividades destinadas a eli-

¹⁴ Comisión de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y la extrema pobreza, informe presentado por el Experto Independiente encargado de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, Sr. Arjun Sengupta*, E/CN.4/2005/49, 11 de febrero de 2005. Disponible en http://www.observatoriopolicasocial.org/images/stories/biblioteca/pdf/documentos-sistema-naciones-unidas/Informes_relatores_especiales/Informes_pobreza/2005_1_informe_del_experto_independiente_sobre_los_dh_y_la_extrema_pobreza.pdf.

¹⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe presentado por la Experta Independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza Magdalena Sepúlveda*, A/63/274, 13 de agosto de 2008, p. 8. Disponible en http://www.observatoriopolicasocial.org/back/images/PDF/Biblioteca/biblioteca_2010/ONU_docs/Informes_relatores/Pobreza/2008_2_informe_pobreza.pdf.

minar la pobreza deben basarse en los derechos humanos; c) Las normas y los principios de derechos humanos ofrecen el marco necesario para la reducción y/o la erradicación de la pobreza. El marco de derechos humanos impone obligaciones jurídicamente vinculantes (principalmente a los Estados, pero también a otros agentes) que ofrecen directrices para las actividades destinadas a la erradicación de la pobreza. Un enfoque de derechos humanos no establecerá necesariamente las medidas normativas concretas requeridas, ya que queda a discreción de los Estados formular las políticas de reducción de la pobreza que consideren más apropiadas para sus circunstancias. No obstante, ese enfoque exige efectivamente a los Estados que tomen en consideración sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos al formular las políticas y otras iniciativas relacionadas con la reducción y/o la eliminación de la pobreza.¹⁶

Si se recurre a los documentos oficiales, resulta que el Índice de Desarrollo Humano (IDH),¹⁷ indicador empleado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), ha registrado en los últimos años en México las enormes disparidades entre regiones y entidades federativas de la República, no obstante se ubique en el umbral de los países de más alto nivel de desarrollo.¹⁸ Además, Los avances en las diferentes dimensiones

¹⁶ *Ibidem*, p. 9.

¹⁷ El *Informe sobre Desarrollo Humano*, presentado por primera vez en 1990 por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), introdujo una nueva forma de medir el desarrollo mediante la combinación de indicadores de esperanza de vida, logros educacionales e ingresos en un Índice de Desarrollo Humano compuesto: el IDH. Lo innovador del IDH fue la creación de una estadística única que serviría como marco de referencia tanto para el desarrollo social como para el económico. El IDH define un valor mínimo y uno máximo para cada dimensión (denominados objetivos) y luego muestra la posición de cada país con relación a estos valores objetivos, expresados mediante un valor entre 0 y 1. Para mayor información se puede revisar: <http://hdr.undp.org/es/estadisticas/idh/>.

¹⁸ El caso de México no es el primero en el cual el desarrollo económico derivado de la globalización de la economía se acompaña de tremendas desigualdades sociales y situaciones de exclusión de la mayor parte de la población. Para

del desarrollo social, no están directamente relacionados con la superación de la pobreza.

Los últimos datos disponibles relativos a la medición oficial de la pobreza del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) desde un enfoque multidimensional,¹⁹ arrojan que entre 2008 y 2010 se redujeron las carencias sociales de acceso a los servicios de salud; acceso a la seguridad social; servicios básicos en la vivienda; calidad y espacios de la vivienda, y rezago educativo. En el mismo periodo, en el contexto de la crisis económica, el ingreso real de los hogares se redujo, especialmente en las áreas urbanas. Asimismo, se registró un incremento de la población que carece de acceso a la alimentación. Derivado de lo anterior, la población en pobreza en el país aumentó de 44.5% a 46.2%, que corresponde a un incremento de 48.8 a 52.0 millones de personas entre 2008 y 2010.²⁰

Por otra parte, el porcentaje de población que dispone de ingresos inferiores de la línea de bienestar aumentó de 49.0% a 52.0% entre 2008 y 2010, es decir, a casi la mitad de los mexicanos les resulta difícil o muy difícil poder vivir de sus ingresos. El porcentaje con un ingreso menor a la línea de bienestar mínimo pasó de 16.7% a 19.4%. La población vulnerable por carencias

profundizar sobre el punto, entre otros textos, se puede consultar Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009, p. 490.

¹⁹ Recientemente el Coneval presentó la nueva metodología que adoptó con el fin de lograr una medición multidimensional de la pobreza en México que se basa en complementar el conocido método de pobreza por ingresos con la óptica de los derechos sociales y el análisis del contexto territorial. La definición de pobreza indica que son pobres quienes tienen al menos una carencia social (no se tiene garantizado el ejercicio de uno de los derechos para el desarrollo social) y un ingreso menor a la línea de bienestar (ingresos son insuficientes para adquirir los bienes y servicios que requiere para satisfacer sus necesidades). Para conocer esta metodología se puede revisar el documento *Metodología para la medición multidimensional de la pobreza en México*, Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social.

²⁰ Resultados de la medición de pobreza 2010 del Coneval disponible en <http://www.coneval.gob.mx>.

sociales representa el 28.7%, es decir, 32.3 millones de personas en esta situación.

Sobre este tema, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en un pronunciamiento del 12 de enero de 2012, relativo al resultado de su informe “Estamos divididos: por qué sigue aumentando la desigualdad”, afirmó:

La reducción de la pobreza en México se revirtió en los últimos años con consecuencias que afectarán el futuro del país, los niños constituyen casi la mitad de los 52 millones de mexicanos pobres. El gasto público destinado a atender necesidades sociales en México es una tercera parte del gasto promedio entre los países que pertenecen a este organismo.²¹

El Banco Mundial, por su parte, en una declaración del 7 de enero de 2012 sobre el reciente reporte titulado “En el borde de la incertidumbre. Reducción de la pobreza en América Latina y el Caribe durante la gran recesión y más allá”, declaró “...el crecimiento de la economía mexicana no se ha expresado en reducciones de la pobreza como ocurre en otras naciones del continente”.²²

Como consecuencia de la pobreza y la desigualdad se reducen las opciones de las personas, aumenta la migración tanto interna como externa, y se incrementa la vulnerabilidad de numerosos grupos de población —incluida la infantil y juvenil— y comunidades frente a diversos riesgos y embates, desde los medioambientales hasta los del crimen organizado.

Todo lo anterior demuestra la estrecha relación que existe entre derechos humanos y pobreza, problema que, como demostramos por lo datos antes citados, en el país llega a niveles muy preocupantes. Frente a esta situación es fundamental avanzar en

²¹ González, Roberto, “En fechas recientes volvió a subir la pobreza en México: OCDE”, *La Jornada*, 11 de enero de 2012, <http://www.jornada.unam.mx/2012/01/11/economia/028n1eco>.

²² González, Roberto, “México, el único país de Al en que se contrajo el PIB por habitante”, *La Jornada*, 7 de enero de 2012, <http://www.jornada.unam.mx/2012/01/07/economia/022n1eco>.

la justiciabilidad de los DESC, una de las estrategias que puede abonar a combatir la pobreza.

México además está enfrentando una grave situación relacionada con la destrucción del medio ambiente y la apropiación de los bienes comunes. La contaminación de las aguas, para plantear sólo un ejemplo, es muy alarmante, considerando que más del 70% de los ríos de México se encuentran en esta situación. En el país existe además mucha preocupación en relación con la implementación por parte del Estado de megaproyectos de “desarrollo” (presas, minas, parques eólicos, etcétera) que se llevan a cabo —con mucha frecuencia— en violación al derecho a la vivienda, al agua, a la autodeterminación y a otros DESC, al derecho a la información y a la consulta. A esto se suma la ausencia de mecanismos que permitan a los afectados contar con protección judicial satisfactoria, acceso a medidas compensatorias y de restitución equivalente a lo que han perdido. Frente a esta situación, a las comunidades, en la mayoría de los casos, no les queda otro camino que el de la exigencia política, lo que con mucha frecuencia desata acciones de criminalización de la protesta social. Es bastante probable que esta situación pueda empeorar considerando que en 2011 la Comisión Federal de Electricidad (CFE) ha hecho pública su intención de llevar a cabo en los próximos 12 años 11 proyectos hidroeléctricos, mientras que en el registro de proyectos de inversión minera de la Secretaría de Economía en abril de 2011 se contemplaban 757 proyectos, sin que se haya avanzado en adecuar las políticas relativas a la implementación de éstos en el marco de los derechos humanos ni a las recomendaciones que el país ha recibido sobre el tema.²³

²³ En sus Observaciones Finales a México del 9 de junio de 2006 (E/C.12/MEX/CO/4) el Comité de DESC de la ONU insta al Estado parte a que consulte debidamente a las comunidades indígenas y locales afectadas por proyectos a gran escala en las tierras y territorios que poseen, ocupan o usan tradicionalmente, y a que procure obtener su consentimiento fundamentado previo en cualquier proceso conducente a la adopción de decisiones en relación con estos proyectos que afecten a sus derechos e intereses amparados por el Pacto, en consonancia con el Convenio de la OIT núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales

De la misma manera, en el país se está dando pie a la privatización de los servicios públicos esenciales —agua, salud, educación, entre otros— lo que da muestra del retroceso del Estado en garantizar derechos sociales para todos los/as ciudadanos/as y no sólo para los que pueden pagar las altas tarifas que la privatización lleva consigo. Para dar un ejemplo relativo a los efectos de la privatización, hay que recordar que el 30 de enero del presente año el cabildo de la ciudad de Saltillo aprobó un aumento del 44% en las ya altas tarifas del servicio de agua que se aplicará a aquellas personas que gastan más de 16 metros cúbicos al mes. Este incremento se suma a los aumentos en las tarifas del servicio de más de 600% que se han dado desde la implementación de la privatización. Aun cuando de por sí la privatización podría no considerarse como una violación a los derechos humanos, es muy común que a partir de su implementación, que se basa en la mercantilización de los servicios privatizados, se asista a una vulneración de distintos derechos humanos, por lo menos en algunos de sus elementos —como el de la asequibilidad por ejemplo— poniéndose así en discusión su carácter universal.

Frente a esta compleja situación de violaciones graves a los DESC aquí sólo esbozada, las organizaciones constatamos la insuficiencia de la respuesta por parte del Estado, que se refleja en el incremento de las demandas ciudadanas y de la conflictividad social. De la misma manera se considera que la respuesta del Poder Judicial sigue siendo muy limitada —por lo que se refiere a los derechos a la educación, a la vivienda adecuada, a la alimentación infantil y otros, la jurisprudencia es muy escasa—. A diferencia de lo que sucede en Argentina, Brasil, Colombia y Costa Rica, los derechos sociales se encuentran todavía alejados de la práctica legal. Este problema inicia en las Facultades de Derecho

en Estados independientes. El Comité exhorta asimismo al Estado Parte a que reconozca los derechos de propiedad y posesión de las comunidades indígenas sobre las tierras que ocupan tradicionalmente, a que garantice una indemnización apropiada y/o viviendas y tierras alternativas para el cultivo a las comunidades indígenas y de agricultores locales afectados por este tipo de proyectos y a que proteja sus derechos económicos, sociales y culturales (párrafo 28).

y en los espacios de formación de los jueces, donde los derechos sociales en específico, y en algunas ocasiones también los derechos humanos en general, se encuentran ignorados, situación que se refleja en el ejercicio profesional. Por otra parte, en los últimos años la doctrina ha dado pasos relevantes y ha avanzado en la resolución de dudas y cuestionamientos relacionados con los DESC buscando por ejemplo revertir las posturas que los consideran como derechos programáticos, y sosteniendo más bien que son derechos exigibles ante todas las autoridades. Por tanto, se está frente al reto de mejorar la formación en esta materia (lo que incluye profundizar el conocimiento del derecho internacional de los derechos humanos, con especial atención a las Observaciones Generales, Directrices y Recomendaciones de los diferentes Órganos de derechos humanos; el derecho constitucional comparado, así como las decisiones jurisdiccionales que se toman en otros países y a nivel regional e internacional) para poder optimizar la protección jurídica de estos derechos. También es necesario un trabajo imaginativo, voluntad política y colaboración de estrategias económicas y políticas.

III. ALGUNOS CASOS DE JUSTICIABILIDAD DE LOS DESC EN MÉXICO

Con el fin de subrayar algunos retos y avances, se analizarán tres de los muy pocos casos en materia de DESC resueltos positivamente por los tribunales. Antes de ello hay que resaltar que en su mayoría, las situaciones presentadas a continuación se han caracterizado por una intensa labor de comunidades y organizaciones que, conscientes de los distintos obstáculos que acompañan la justiciabilidad de los DESC, han ido mucho más allá de las aulas judiciales y han buscado posicionar en distintos foros y espacios los argumentos desarrollados en las demandas con el objetivo de que los jueces los tomaran en cuenta.

1) Uno de los casos más discutidos recientemente en relación con la defensa de los derechos sociales es el conocido con el

nombre de *Mininuma* que fue litigado por el Centro de Derechos Humanos de la Montaña Tlachinollan. Lo que se buscó defender en ese caso frente a tribunales fue el derecho a la salud y a la no discriminación de una comunidad mixteca ubicada en la montaña de Guerrero, donde en dos años habían muerto seis personas por enfermedades curables debido a que no contaban con servicios de salud y los más cercanos se encontraban a varias horas de camino. En la demanda, entre otras cosas, se solicitaban los servicios de salud, con toda la infraestructura necesaria.

En la elaboración de la sentencia,²⁴ el juez partió del presupuesto de que el derecho a la salud es un derecho fundamental que implica obligaciones para los poderes públicos, y que se relaciona de forma estrecha con el principio de igualdad. Aun cuando tal conclusión resulta importante, el juez no ofrece mayores argumentos para entender los fundamentos de su razonamiento sobre el tema. Además, con el fin de aterrizar el contenido del derecho y así sobrepasar el supuesto obstáculo de la vaguedad de los DESC, el juez copia en la sentencia artículos de la Ley General de Salud, la Ley de Salud del Estado de Guerrero, algunos tratados internacionales y el texto completo de la Observación General núm. 14 del Comité de DESC de la ONU sobre derecho a la salud²⁵ afirmando que es obligatoria. Para llegar a esta conclusión recurre a la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación relativa al artículo 133 constitucional, según la cual los tratados internacionales se encuentran en una posición de mayor jerarquía en relación con las leyes federales y locales (en esta época la reforma constitucional en materia de derechos humanos no había entrado todavía en vigor).

²⁴ Sentencia 1157//2007-II que resuelve el juicio de amparo promovido por la Comunidad Mínima, municipio de Metlatónoc, Guerrero, México, 11 de julio de 2008, juez séptimo de Distrito en el estado de Guerrero.

²⁵ Recopilación de Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de mayo de 2004, disponible en [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/3e4492f624f618b2c1256d5000565fcc/\\$FILE/G0441305.pdf](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/3e4492f624f618b2c1256d5000565fcc/$FILE/G0441305.pdf).

Por lo que tiene que ver con un tema que ha sido empleado como obstáculo tradicional a la justiciabilidad de los derechos sociales, el relativo a la competencia de los jueces para solicitar una acción positiva del Estado sobre medidas presupuestarias o que afectan el diseño de políticas públicas, el juez del caso asume una posición garantista en relación con el carácter normativo de la Constitución y de los derechos allí contenidos, incluyendo los sociales, a los que considera normas vinculantes de las que se desprenden obligaciones concretas para las autoridades y frente a las que no es posible esgrimir el argumento de lo económicamente posible.

Aun cuando no es mi intención desconocer la importancia de la decisión, considero relevante subrayar que en la sentencia falta un ejercicio de argumentación e interpretación conforme. El juez reproduce en su totalidad la Observación General núm. 14 sobre derecho a la salud y resuelve en favor de la comunidad, pero no explicita el camino interpretativo que lo ha llevado a tomar una decisión favorable, lo que dificulta la reproducción de su decisión por parte de otros jueces. Además, si bien los quejosos intentaron lograr una representación colectiva como pueblos indígenas, el juez se las niega aun cuando la sentencia finalmente tiene un impacto colectivo.²⁶

2) Otro caso de finales del año pasado es el de la colonia Ampliación Tres de Mayo/Valle Dorado (Alpuyeca, Morelos), juicio de amparo 1967/2010 V. El litigio, en el que participaron tres abogados y dos académicos pertenecientes al Colectivo RADAR, fue coordinado por la Coalición Internacional para el Hábitat, oficina para América Latina. El contenido del litigio, así como las decisiones tomadas por el juez, provocaron un amplio interés por parte de la prensa. Esto se debe al hecho de encontrarse frente

²⁶ Para un análisis detallado del caso Mininuma se puede revisar Gutiérrez, Rodrigo, Rivera, Aline, "El caso 'Mininuma': un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LIX, núm. 251, enero-junio de 2009.

al primer caso en el que un juez —incluso antes de la reforma del artículo 4 constitucional del 8 de febrero de 2012 que agregó un sexto párrafo para elevar a rango constitucional el derecho al agua y al saneamiento— recurriendo a los tratados internacionales en la materia reconoce explícitamente que el derecho de acceso al agua hace parte del ordenamiento jurídico mexicano. En la colonia Ampliación Tres de Mayo viven alrededor de 100 familias posesionarias de lotes ejidales. Desde su conformación, hace más de 10 años no cuenta con el servicio de agua potable ni con el de saneamiento; por ello, las mujeres de la comunidad se han movilizado y han pedido ayuda. Lo primero que se buscó con el litigio, sosteniendo violación del derecho humano al agua y del derecho al mínimo vital, fue solucionar el problema de la colonia, pero además se intentó sentar un precedente relativo al reconocimiento de este derecho en el país. Con el fin de facilitar la superación del obstáculo relativo al hecho de que los jueces no tendrían competencia para tomar decisiones que ponen en juego recursos presupuestarios, los litigantes precisamos en la demanda que la sentencia de amparo no necesariamente implicaría obligar a la autoridad responsable a instalar de manera inmediata la infraestructura, pero sí incluir en los plazos correspondientes a la colonia en los programas ejecutivos y proyectos de financiamiento relativos a la red hídrica. Mientras tanto, era necesario dotar a la zona de pipas de agua gratuitas (principio de progresividad).

La jueza que conoció uno de los cuatro casos que litigamos, recurriendo a las tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación relativas al artículo 133 constitucional y no a la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos que ya había entrado en vigor, afirmó que el derecho humano al agua forma parte del ordenamiento jurídico mexicano aun y cuando todavía no contara con un reconocimiento explícito en la Constitución. Para ello, desarrolló una argumentación basada en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por México como son el PIDESC y su Observación

General núm. 15 sobre el derecho humano al agua,²⁷ la Convención sobre los Derechos del Niño²⁸ y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.²⁹ La jueza reconoce que los estándares internacionales son criterios orientativos para la interpretación (supera por lo tanto el obstáculo de la supuesta vaguedad del contenido de los DESC) y argumenta su decisión con base a ello.

Si bien todos los elementos anteriormente señalados pueden considerarse como avances en relación con la justiciabilidad de los DESC, hay que subrayar que la jueza en su argumentación confunde las garantías individuales con los derechos humanos afirmando que “el artículo primero de la Ley de Amparo señala que dicho proceso tiene por objeto resolver toda controversia que se suscita por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales”. Esta afirmación da prueba una vez más de la confusión que en México prevalece entre la noción de garantías individuales y derechos humanos. Situación que la reforma del artículo 1o. constitucional buscó resolver, pero que requerirá un tiempo para ser asimilada. Otra reflexión merece el hecho de que la jueza finalmente concede el amparo recurriendo al artículo 16 constitucional y no por violación del derecho humano al agua, sosteniendo que la quejosa debía haber demostrado ser propietaria o posesionaria del predio en el que habita y en donde solicita el servicio. Esta decisión se puede discutir a la luz del artículo 13 de la Ley de Amparo. Además, la jueza reconoce por un lado que la quejosa es competente para reclamar un acto de autoridad que le fue notificado en su casa y que implicaba una negativa

²⁷ Recopilación de observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, Documento ONU, HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de mayo de 2004, disponible en [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/3e4492f624f618b2c1256d5000565fcc/\\$FILE/G0441305.pdf](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/3e4492f624f618b2c1256d5000565fcc/$FILE/G0441305.pdf)

²⁸ El instrumento se encuentra disponible en http://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_resources_textocdn.pdf.

²⁹ El instrumento se encuentra disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>.

en relación con el servicio, y por otro lado se niega a analizarlo por no haberse demostrado la posesión. Lo anterior es discutible desde la visión de los derechos humanos; al ser éstas normas jurídicas que protegen bienes y necesidades tan relevantes para la vida vinculados directamente a la persona, no pueden quedar condicionados al hecho de que la quejosa sea o no propietaria (lo que constituye una discriminación por razón económica además de estarse supeditando un interés fundamental a un derecho patrimonial).

Lo interesante es que la presión suscitada a través del litigio, que sigue frente a los tribunales, llevó a la autoridad responsable a construir la red hidráulica durante el desarrollo del juicio, lo que ha beneficiado a las 100 familias de la colonia. El problema es que el agua les llega por tandeo sólo los lunes durante 3 horas, situación en la cual se encuentran la mayoría de los pobladores pobres del estado, y que supone violación del derecho al agua por falta de disponibilidad del líquido.³⁰

3) Finalmente, hay que referir muy brevemente a la sentencia en el juicio de amparo 2245/2008 y su acumulado 2262/2008 de enero 2011, relativa al caso del proyecto de construcción de la presa El Zapotillo, en el estado de Jalisco. De construirse, esta

³⁰ En el párrafo 2 de la OG núm. 15 se define el derecho humano al agua como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”. Sobre el tema de la disponibilidad, párrafo 12, el documento precisa que ese requisito se cumple cuando el suministro de agua para cada persona es continuo y suficiente para el uso personal y doméstico. Esos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. La cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS). En el documento de la OMS se considera como acceso básico al servicio de agua potable un promedio de 20 litros diarios por persona y por día, como acceso intermedio 50 y como acceso óptimo 100 litros. Las directrices se encuentran publicadas en: Bartram, J. y Howard, G., “Domestic water quantity, service level and health: what should be the goal for water and health sectors”, OMS, 2002. Véase también P. H. Gleick (1996), “Basic water requirements for human activities: meeting basic needs”, *Water International*, 21, pp. 83-92.

presa desplazaría cientos de personas, en su mayoría ancianos que dependen de la agricultura y de las remesas que les envían sus hijos migrantes. Los afectados, junto con el Instituto Mexicano para el Desarrollo Comunitario (IMDEC) y los abogados del Comité Salvemos Tamaca, han presentado una queja frente a la Comisión de Derechos Humanos de Jalisco que ha emitido una importante recomendación,³¹ además de haber emprendido un sinnúmero de acciones a nivel nacional e internacional. Lo que sostienen es que el proyecto se ha desarrollado violando una serie de derechos sociales además de estar plagado de irregularidades. Por todo ello se ha implementado el juicio de amparo antes mencionado, en el que se afirma que el proyecto es violatorio del derecho a un medio ambiente sano, a la vivienda, a la información, a la propiedad, a la libertad de culto, al derecho de audiencia, entre otros. Por lo que se solicitó la suspensión de la obra. La jueza que conoció del caso otorgó el amparo a los quejosos ordenando a las autoridades competentes suspender la construcción. Para hacerlo, la jueza reconoció, aplicando el artículo 133 constitucional y dedicó varias páginas a fundamentarlo, centrando su interés principalmente en el derecho de propiedad, dejando parcialmente de lado a los demás derechos.

Lo que a los fines del presente análisis se puede considerar como un límite de la decisión jurisdiccional, es que en esa se sostiene, haciendo referencia a la jurisprudencia del Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, cuyo rubro es “Concepto de violación fundado hace innecesario el estudio de los demás”, que tres de los conceptos de violación presentados en la demanda —los que se refieren a los artículos 14, 16 y 27 constitucionales— están fundados y son suficientes para conceder el amparo. Es así como la jueza decide no entrar en el análisis de los DESC, perdiendo la posibilidad de avanzar en el desarrollo de criterios que profundicen el contenido de los derechos y los alcances de sus obligaciones y que puedan enriquecer el debate sobre el tema.

³¹ Recomendación 35/2009 del 31 de diciembre de 2009, disponible en <http://www.cedhj.org.mx/recomendaciones/emitidas/2009/rec0935.pdf>

EL PAPEL DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES EN LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Jorge Mario PARDO REBOLLEDO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Necesidad de un control judicial*. III. *Control de constitucionalidad y convencionalidad*. IV. *Control convencional*. V. *Criterios de la Suprema Corte sobre los DESC*. VI. *El juez de contexto social*. VII. *Retos de la Suprema Corte de Justicia en materia de justiciabilidad de los DESC*.

I. INTRODUCCIÓN

Históricamente, América Latina ha sido un continente de muchos contrastes y grandes paradojas: es un territorio muy extenso, abundante en recursos de diversa índole, con gran calidez humana y una riqueza cultural notable; sin embargo, es igualmente un continente en donde ha imperado una notable desigualdad social, pobreza extrema y desde luego, en muchas áreas marcado por la ausencia de una política de respeto a los derechos fundamentales de la población.

Acorde con la información proporcionada por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL),¹ entre 2009 y 2010,

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, presidente de la Primera Sala.

¹ La CEPAL fue establecida por la resolución 106 (VI) del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas de 25 de febrero de 1948. La CEPAL es una de las cinco comisiones regionales de las Naciones Unidas y su sede está en

el 33% de los habitantes de la región eran pobres, de los cuales un 12.9% vivía en condiciones de pobreza extrema o indigencia. Esto es, la mala distribución de la riqueza es un elemento característico de la región geográfica en la que vivimos.

Ante esta difícil situación, los gobiernos del siglo XXI aún no han podido dar una respuesta y/o eficaz solución a las demandas sociales, en muchos casos, consagradas a nivel constitucional *in genere*, bajo el rubro denominado *derechos sociales*.²

No se debe olvidar que el bienestar social generalizado, que florece en ambientes de paz y seguridad, es una condición básica para el desarrollo sostenido de todos los pueblos. Luego, la generación de esas condiciones favorables es una responsabilidad primaria de los Estados.

En efecto, a fin de que un Estado pueda ser identificado como un *Estado social de derecho*, es necesario, en primer lugar, que dentro de su orden jurídico —preferentemente a nivel constitucional— reconozca en favor de todos sus gobernados la existencia de los derechos humanos, en este caso, de corte económico, social y cultural, pero además, promueva su respeto dentro de su territorio y, en caso de vulneración de los mismos, cuente con los recursos eficaces necesarios para su protección. Las anteriores premisas son las notas características de un auténtico *constitucionalismo social*, el cual debe ser el ideal a alcanzar en este nuevo siglo.

Esto es, los derechos humanos deben ser un elemento estructural insoslayable de las Constituciones de los Estados sociales y

Santiago de Chile. Se fundó para contribuir al desarrollo económico de América Latina, coordinar las acciones encaminadas a su promoción y reforzar las relaciones económicas de los países entre sí y con las demás naciones del mundo. Posteriormente, su labor se amplió a los países del Caribe y se incorporó el objetivo de promover el desarrollo social.

² Por “derechos sociales” en un sentido amplio, se debe entender el catálogo de derechos establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; *v. gr.* derecho al trabajo, derechos laborales individuales y colectivos, derecho a la seguridad social, derecho a la protección de la familia, derecho a un nivel de vida adecuado (alimentación, vivienda, vestido etcétera), derecho a la salud, a la educación o a participar en la vida cultural, entre otros.

democráticos de derecho, no sólo desde un mero plano formal de la legislación y arquitectura administrativa del Estado, sino principalmente, en su aspecto sustantivo, que implica su reconocimiento y protección como derechos inherentes a la condición humana, por lo cual se erigen como principio, razón y fin del mismo Estado.

Sobre el particular, se debe reconocer que en nuestro país, hasta hace unos años, existía una insuficiente regulación de los medios de exigibilidad judicial de los derechos sociales, económicos y culturales, atribuido ya sea por su falta de definición, por la falta de mecanismos legales diseñados *ex profeso* para dicho efecto, o bien por el desconocimiento de sus titulares con respecto a la justiciabilidad de los mismos.

En otras palabras, no obstante que nuestra Constitución mexicana de 1917 fue considerada como pionera en el campo del reconocimiento y protección de los aludidos derechos sociales, derivado de múltiples coyunturas históricas y económicas, se ha advertido en el país una tendencia a dejar de lado los derechos sociales, económicos y culturales; muestra de ello es que la sociedad mexicana —al igual que muchas sociedades del mundo— paulatinamente ha abandonado un principio de solidaridad social, centrándose cada vez más en un sentido individualista, el cual conlleva a la desconfiguración filosófico-jurídica de esos derechos sociales.

Sin embargo, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, asumiendo su papel de máximo Tribunal Constitucional del país —tal y como será suficientemente desarrollado en diverso apartado— ha sentado importantes precedentes en torno a la urgente necesidad de garantizar a todos los gobernados un derecho al mínimo vital, concepto que abarca todas las acciones públicas, ya sean positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano, por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. Criterio que fue plas-

mado en la siguiente tesis aislada emitida por la Primera Sala de este Supremo Tribunal Constitucional:³

DERECHO AL MÍNIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO. El derecho constitucional al mínimo vital cobra plena vigencia a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución General y particularmente de los artículos 1o., 3o., 4o., 6o., 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123. Un presupuesto del Estado Democrático de Derecho es el que requiere que los individuos tengan como punto de partida condiciones tales que les permitan desarrollar un plan de vida autónomo, a fin de facilitar que los gobernados participen activamente en la vida democrática. De esta forma, el goce del mínimo vital es un presupuesto sin el cual las coordenadas centrales de nuestro orden constitucional carecen de sentido, de tal suerte que la intersección entre la potestad Estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales consiste en la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma protegido constitucionalmente. Este parámetro constituye el contenido del derecho al mínimo vital, el cual, a su vez, coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria, de tal manera que el objeto del derecho al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. Así, este derecho busca garantizar que la persona —centro del ordenamiento jurídico— no se convierta en instrumento de otros fines, objetivos, propósitos, bienes o intereses, por importantes o valiosos que ellos sean.

Amparo en revisión 1780/2006. Lempira Omar Sánchez Vizuet. 31 de enero de 2007. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo.

³ Tesis aislada número 1a. XCVII/2007 en materia constitucional, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXV, mayo de 2007, p. 793.

De ahí que el tema que nos corresponde analizar: “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, adquiera una enorme trascendencia y relevancia en la consolidación de un Estado social de derecho. Lo anterior es así, ya que el reconocimiento de los derechos sociales como derechos plenos no podrá alcanzarse hasta superar las barreras que impidan su adecuada justiciabilidad, entendida *lato sensu* como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de su incorporación al marco jurídico.

II. NECESIDAD DE UN CONTROL JUDICIAL

En efecto, la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en últimas fechas ha generado una importante discusión a nivel mundial. La postura mayoritaria y que progresivamente va adquiriendo mayores adeptos es la relativa a que una verdadera calificación de un derecho como *social* no es simplemente que la conducta sea reconocida y cumplida por el Estado, sino también la posibilidad de su reclamo ante un eventual incumplimiento.

En efecto, la condición de Estado social de derecho impone, en principio, el deber de proveer una situación mínima de dignidad humana en la sociedad para el ejercicio pleno de los derechos. Luego, cualquier decisión política institucionalizada en norma jurídica debe contar, para no resultar una mera declaración de principios, con medios de efectividad adecuados a la realidad y conforme a su especial naturaleza.

Acorde con el pensamiento de Fried van Hoof, existen cuatro *niveles de obligaciones* estatales básicas en materia de derechos humanos, los cuales son los siguientes:

1. Obligaciones de respetar.
2. Obligaciones de proteger.
3. Obligaciones de garantizar.
4. Obligaciones de promover el derecho en cuestión.

De esta forma, la justiciabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales debe considerarse entonces como una obligación de protección y garantía a cargo del Estado. Sobre este punto, el derecho procesal constitucional ha desempeñado un papel fundamental, en la medida en que a través de éste el individuo, considerado por el ordenamiento como titular de intereses jurídicamente relevantes, y por ende tutelables, puede ejercer la facultad de reclamar la satisfacción de aquéllos.

Así, el artículo 17 constitucional consagra una importante prerrogativa fundamental: el derecho a la tutela judicial efectiva, la cual debe ser entendida desde una triple perspectiva:

- a) La libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo.
- b) La obtención de una sentencia de fondo, motivada y fundamentada, en un tiempo razonable.
- c) La ejecutoriedad o cumplimiento del fallo.

Es así que el aludido principio de tutela judicial efectiva hoy más que nunca está llamado a convertirse en la efectiva herramienta con que cuentan los gobernados para hacer posible el goce de los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico constitucional, específicamente de los derechos económicos sociales y culturales.

Por lo que respecta al plano internacional, la justiciabilidad de los DESC está reconocida en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece:

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

De igual manera, destaca el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual establece lo siguiente:

ARTÍCULO 25. PROTECCIÓN JUDICIAL. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

De esta forma, la judicialización o justiciabilidad de los derechos humanos, en particular los de naturaleza económica, social o cultural, implica el establecer los mecanismos legales necesarios a fin de que los gobernados puedan acceder a recursos efectivos y adecuados en caso de violaciones de los mismos. Dicho en otras palabras, la obligación de protección que tienen los Estados requiere que asegure que las víctimas tengan acceso a recursos en caso de violaciones de sus derechos, se reitera, aun cuando la violación no hubiera sido cometida directamente por el Estado.

En palabras del célebre maestro del garantismo, Luigi Ferrajoli, acorde con el principio de jurisdiccionalidad, para que las lesiones a los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, sean sancionadas y eliminadas, es necesario que tales derechos sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por acción o bien por omisión.

Sobre el particular, es necesario precisar que acorde con una ingeniería institucional contemporánea, tal parece que los

poderes encargados de cumplir con las obligaciones que se desprenden de la incorporación de los DESC son los denominados *poderes políticos*, es decir, la Administración y la Legislatura, ya que a estas funciones de Estado tradicionalmente les corresponde la regulación normativa y la actuación administrativa destinada a velar por la efectividad de tales derechos. Por lo que respecta al Poder Judicial, a este le corresponde un papel de garante del eficaz cumplimiento de dichas obligaciones, interviniendo cuando los demás poderes incumplan con las obligaciones a su cargo, sea por su propia acción, por no poder evitar que otros particulares afecten el bien que constituye el objeto del derecho o bien por incumplir con las acciones positivas debidas.

Luego, acordes con nuestro actual marco jurídico, existen hoy en día dos mecanismos eficaces para reclamar cualquier eventual vulneración por parte del Estado mexicano con respecto a los DESC. Me refiero al control de constitucionalidad y al control de convencionalidad.

III. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de manera previa a la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, había interpretado en su jurisprudencia número 73/99,⁴ en relación con el control de constitucionalidad difuso, que la supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución, y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades. De ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquélla.

⁴ Véase la jurisprudencia de rubro “Control judicial de la Constitución. Es facultada exclusiva del Poder Judicial de la Federación”.

En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Por tanto, si bien es cierto que los tres Poderes de la Unión deben observar el contenido de la Carta Magna, no puede afirmarse que por esta razón las autoridades puedan, por sí y ante sí, en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que al respecto la propia Constitución consagra en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa *ex profeso*, por vía de acción, como es el juicio de amparo, y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación.

Asimismo, en relación con el artículo 133 constitucional, que previene que “Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”, el mismo Pleno de este alto tribunal sostuvo en la jurisprudencia número 74/99,⁵ que, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución, el aludido artículo 133 constitucional no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.

Ahora, a partir de la reforma constitucional al artículo 1o., segundo y tercer párrafo, en el sentido de que

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacio-

⁵ Véase la jurisprudencia de rubro “Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 constitucional”.

nales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

La Suprema Corte ha reinterpretado lo establecido en el artículo 133 constitucional, en relación con el control difuso, para sostener que con motivo de la entrada en vigor de dichas disposiciones constitucionales debe estimarse que han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales P./J. 73/99 y P./J. 74/99.⁶ Lo anterior, toda vez que actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial.

En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto. En segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente, y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es

⁶ Véase la tesis aislada P. I/2011, de rubro “Control difuso”.

la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional.

Debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.⁷

De igual manera, la Primera Sala ha sostenido el mismo argumento en su jurisprudencia de número 1a./J 18/2010, que establece:

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011). Mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se modificó el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rediseñándose la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad. Con anterioridad a la reforma apuntada, de conformidad con el texto del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, se entendía que el único órgano facultado para ejercer un control de constitucionalidad lo era el Poder Judicial de la Federación, a través de los medios establecidos en el propio precepto; no obstante, en virtud del reformado texto del artículo 1o. constitucional, se da otro tipo de control, ya que se estableció que todas las autoridades del Estado mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio Estado mexicano es parte, lo que también comprende el control de convencionalidad... se concluye que en el sistema jurídico mexicano actual, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en

⁷ Véase la tesis aislada P. LXX/2011 (9a.), de rubro “Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano”.

los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o los tratados internacionales, mientras que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En resumen, se puede afirmar que en la actualidad en el sistema jurídico mexicano existen dos clases de control de constitucionalidad y de convencionalidad:

- a) *El concentrado*: ejercido exclusivamente por el Poder Judicial de la Federación, mediante el juicio de amparo, las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, y cuyo efecto será la declaración de inconstitucionalidad de la norma u acto impugnado.
- b) *El difuso*: ejercido por el resto de juzgadores del país, también tribunales de naturaleza administrativa, así como exclusivamente en materia de derechos humanos por toda autoridad, en sus respectivas esferas de competencia, y que tendrá como efecto la inaplicación de la norma impugnada, sin poderse pronunciar sobre su inconstitucionalidad.

En este sentido, la Suprema Corte ha reconocido⁸ que México atraviesa una etapa de intensa transformación en la manera de identificar la sustancia normativa de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus consecuencias para la mecánica del funcionamiento del juicio de amparo. Una de las manifestaciones específicas de este fenómeno es la alteración de

⁸ Véase la tesis de rubro “Derecho a la salud. Su naturaleza normativa”, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIV, agosto de 2011, p. XV/2011, p. 31.

la comprensión, hasta ahora tradicional, de derechos como el relativo a la salud o a la educación.

Esto es, a pesar de su consagración textual en la Carta Magna, estos derechos han sido tradicionalmente entendidos como meras declaraciones de intenciones, sin mucho poder vinculante sobre la acción de ciudadanos y poderes públicos. Se ha entendido que su efectiva consecución estaba subordinada a actuaciones legislativas y administraciones específicas, en cuya ausencia los jueces constitucionales no podían hacer mucho.

Ahora, en cambio, se parte de la premisa de que aunque en un Estado constitucional democrático el legislador ordinario y las autoridades gubernamentales y administrativas tienen un margen muy amplio para plasmar su visión de la Constitución y, en particular, para desplegar en una dirección u otra las políticas públicas y regulaciones que deben dar cuerpo a la garantía efectiva de los derechos, el juez constitucional puede contrastar su labor con los estándares contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados de derechos humanos que forman parte de la normativa y vinculan a todas las autoridades estatales.

IV. CONTROL CONVENCIONAL

Como puede apreciarse, gran parte del mérito de esta notable evolución jurisdiccional se debe primeramente al reconocimiento y posterior incorporación a nivel constitucional, de la doctrina del derecho internacional público denominada *control de la convencionalidad*, específicamente en el texto del precitado artículo 1o. de nuestra Ley Fundamental.

Dicho principio parte de la idea de que la concepción de los derechos humanos se encuentra en un constante proceso de construcción y de defensa.

La doctrina del *control de la convencionalidad* surge en 2006, en el “Caso Almonacid Arellano vs. Chile”, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que el Poder Judicial local debía ejercer una especie de *control convencional* entre

las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En dicha tarea, el Poder Judicial debía tomar en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la citada Corte Interamericana, como intérprete último de la Convención Americana.

En efecto, las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional —como lo es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o bien la pluricitada Convención Americana— todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de dicho tratado no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.

De esta forma, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles tienen la obligación de ejercer *ex officio* un *control de convencionalidad* entre las normas internas y la convención internacional, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Empero, en dicha tarea, tal y como fue precisado, los jueces y órganos jurisdiccionales vinculados deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo se haya realizado, *v. gr.* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como intérprete último de la citada Convención Americana sobre la materia.

Así, el control difuso de convencionalidad convierte al juez nacional en un primer y legítimo guardián de las convenciones o tratados que en materia de derechos humanos hubieran sido suscritos y ratificados por nuestro país, y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que interpreta dicha normatividad. De esta forma, los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales tienen la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino

también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales, y cuyo compromiso internacional asumió.

Los jueces nacionales vienen a ser ahora los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados y la nueva *misión* que ahora tienen para salvaguardar el *corpus juris* interamericano a través de este nuevo control.

Como consecuencia lógica, la ampliación de este campo de acción de los órganos jurisdiccionales en nuestro país, específicamente los de corte constitucional, redundará en beneficio de la judicialización de los DESC, esto, en virtud de la notable desprotección que la realidad nacional denotaba, debido a la inequidad, falta de oportunidades, carencia en la cobertura de necesidades básicas, entre otros factores. Estas circunstancias han permitido que esta Suprema Corte se avoque a la protección de estos derechos, mediante la resolución de diversos asuntos y formación de trascendentes tesis jurisprudenciales, a fin de darle protección a los mismos. Por lo cual procederemos ahora a analizar algunas de las tesis más relevantes.

V. CRITERIOS DE LA SUPREMA CORTE SOBRE LOS DESC

1. *Salud*

Uno de los derechos económicos, sociales y culturales que ha sido mayormente controvertido ante la Suprema Corte mexicana es sin duda el relativo al derecho a la salud, lo que ha permitido que este alto tribunal se haya pronunciado al respecto, llegando a definirlo y señalando sus alcances en casos específicos.

En primer lugar, es importante señalar que el derecho a la salud se encuentra establecido en el artículo 4, párrafo cuarto, constitucional, el que establece:

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Al respecto, este Supremo Tribunal ha señalado⁹ que el *derecho a la protección de la salud* previsto en el citado precepto constitucional tiene, entre otras finalidades, la de garantizar el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan las necesidades de la población, y que por servicios de salud se entienden *las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad*.

Lo anterior es compatible con varios instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que destacan el apartado 1o. del artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”; el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que alude al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y refiere que los Estados deben adoptar medidas para asegurar la plena efectividad de este derecho; y el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, según el cual “toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”.

⁹ Véase la tesis aislada de la Primera Sala de rubro “DERECHO A LA SALUD. SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 4O. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVIII, julio de 2008, 1a. LXV/2008, p. 457.

En ese sentido, y en congruencia con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el derecho a la salud debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos y no sólo como el derecho a estar sano.

Así, el derecho a la salud entraña libertades y derechos, entre las primeras, la relativa a controlar la salud y el cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, torturas, tratamientos o experimentos médicos no consensuales; y entre los derechos, el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.

Asimismo, la protección del derecho a la salud incluye, entre otras, las obligaciones de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con ella; vigilar que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia. De ahí que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.

Aún más, este tribunal constitucional considera¹⁰ que el derecho a la salud no se limita a la salud física del individuo, es decir, a no padecer, o bien a prevenir y tratar una enfermedad, sino que atento a la propia naturaleza humana, va más allá, en tanto comprende aspectos externos e internos, como el buen estado mental y emocional del individuo. De ahí que el derecho a la salud se traduzca en la obtención de un determinado bienestar general

¹⁰ Véase la tesis de rubro “DERECHO A LA SALUD. NO SE LIMITA AL ASPECTO FÍSICO, SINO QUE SE TRADUCE EN LA OBTENCIÓN DE UN DETERMINADO BIENESTAR GENERAL”, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, diciembre 2009, p. LXVIII/2009, p. 6.

integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona, del que deriva un derecho fundamental más, consistente en el derecho a la integridad físico-psicológica.

En este sentido, este alto tribunal, con base en dichos razonamientos, ha resuelto varios asuntos, de los cuales nos parece interesante comentar los siguientes:

*A. Recepción de medicamentos básicos para tratamiento de una enfermedad*¹¹

El Pleno de este tribunal constitucional ha señalado que el derecho a la protección de la salud comprende la recepción de los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad, como parte integrante del servicio básico de salud, consistente en la atención médica, que en su actividad curativa significa el proporcionar un tratamiento oportuno al enfermo, lo que incluye, desde luego, la aplicación de los medicamentos básicos correspondientes conforme al cuadro básico de insumos del sector salud.

De esta manera, no puede obstar a lo anterior el que los medicamentos se hayan descubierto recientemente 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 de recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de su enfermedad, como parte integrante del derecho a la protección de la salud, que se encuentra consagrado como derecho fundamental, y del deber de proporcionarlos por parte de las dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos.

¹¹ Véase la tesis de rubro “SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 40. CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS”, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, marzo de 2000, p. XIX/2000, p. 112.

B. *Trasplante de órganos entre vivos*¹²

En dicho asunto, se impugnó el artículo 333, fracción VI, de la Ley General de Salud, que autorizaba únicamente el trasplante de órganos entre personas cuando éstas se encuentran relacionadas por parentesco, por consanguinidad, por afinidad o civil, matrimonio o concubinato. Lo anterior, con la finalidad, de acuerdo con la exposición de motivos de dicha Ley, de evitar la comercialización de órganos.

No obstante, el Pleno de la Suprema Corte consideró que tan drástica limitación no es indispensable para alcanzar dichos objetivos, ya que el propio sistema jurídico prevé otras medidas tendentes a evitar que se comercie con los órganos, o bien que exista ánimo de lucro en su donación. Además, aunque la existencia de una relación de parentesco, de matrimonio o de concubinato permite presumir que una persona, ante la carencia de salud, e incluso el peligro de que su pariente, cónyuge o concubino pierda la vida, le done un órgano movida por ánimo altruista, de solidaridad o afecto, es un hecho notorio que no sólo en ese tipo de relaciones familiares se presenta el ánimo de solidaridad y desinterés, sino también entre quienes se profesan amistad y aun entre desconocidos.

Por lo tanto, resolvió que cualquier persona que se sujete a los estrictos controles técnicos que establece la Ley General de Salud y tenga compatibilidad aceptable con el receptor, sin que vea afectada su salud y motivada por su ánimo de altruismo y solidaridad, podría de manera libre donar gratuitamente un órgano, sin desdoro de los fines perseguidos por el legislador y por el precepto constitucional en cita.

¹² Véase la tesis de rubro “TRASPLANTE DE ÓRGANOS ENTRE VIVOS. EL ARTÍCULO 333, FRACCIÓN VI, DE LA LEY GENERAL DE SALUD, QUE LO PERMITE ÚNICAMENTE ENTRE PERSONAS RELACIONADAS POR PARENTESCO, MATRIMONIO O CONCUBINATO, TRANSGREDE LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA VIDA CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 40. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVIII, agosto 2003, p. IX/2003, p. 54.

C. *Reasignación de sexo a una persona transexual*¹³

Con fundamento en la concepción de que el derecho a la salud implica también la obtención de un determinado bienestar general, integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona, se advierte que los tratamientos psicológicos, hormonales e incluso quirúrgicos a que se hubiera sometido una persona transexual para lograr la reasignación del sexo que vive como propio, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que dichos tratamientos no resultan suficientes para alcanzar ese estado de bienestar integral si no se le permite también, mediante las vías legales correspondientes, adecuar su sexo legal con el que realmente se identifica y vive como propio.

Por lo tanto, se le debe facilitar la expedición de nuevos documentos de identidad, dado que en caso contrario se le obligaría a mostrar un documento con datos que revelarían su condición de transexual, sin el pleno reconocimiento de la persona que realmente es, generando una situación tortuosa en su vida cotidiana, lo que indudablemente afecta determinantemente su estado emocional o mental, y de ahí su derecho a una salud integral.

2. *Seguridad social*

Respecto de este derecho, en el ámbito del Distrito Federal, el Pleno de la Suprema Corte ha sostenido¹⁴ que de la interpretación gramatical, sistemática, histórica y teleológica de los artículos 4o., 27, fracción III, y 122, apartado C, base primera, fracción V,

¹³ Véase la tesis de rubro “DERECHO A LA SALUD. TRATÁNDOSE DE LA REASIGNACIÓN DEL SEXO DE UNA PERSONA TRANSEXUAL, ES NECESARIA LA EXPEDICIÓN DE NUEVOS DOCUMENTOS DE IDENTIDAD, A FIN DE LOGRAR EL ESTADO DE BIENESTAR GENERAL PLENO QUE AQUEL DERECHO IMPLICA”, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, diciembre de 2009, p. LXX/2009, p. 6.

¹⁴ Véase la jurisprudencia de rubro “ASISTENCIA SOCIAL. LA ASISTENCIA PÚBLICA Y PRIVADA FORMAN PARTE DE ELLA”, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, septiembre 1999, P./J. 83/99, p. 614.

inciso i), de la Constitución federal, 24, fracción I, 36 y 42, fracción XIII, del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, 1o., 2o., fracción V, 3o., fracción XVIII, 4o., fracción IV, 5o., 13, fracción I, 24, fracción III, 27, fracción X, y 167 de la Ley General de Salud, 1o., 3o. al 8o., 11, fracciones V y VI, 13, 36, 37, 41, 42 y 43 de la Ley sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social y 1o. y 2o., fracción I, de la Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal (vigentes en 1999), se concluye que la asistencia social es materia de la salubridad general que, esencialmente consiste en el conjunto de acciones tendentes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impidan al individuo su desarrollo integral, así como la protección física, mental y social de personas en estado de necesidad, desprotección o desventaja física y mental, hasta lograr su incorporación a una vida plena y productiva; y que la asistencia social la prestan diversos sectores, lo que ha motivado particularmente la diferenciación entre la asistencia privada y la pública, atendiendo a la naturaleza de los recursos económicos con que se presta y de los sujetos que la proporcionan (públicos o privados), pero que coinciden en un fin común, que es la asistencia social, con independencia de la naturaleza de tales recursos.

Respecto a este derecho, en relación con la garantía de igualdad, ante la impugnación del artículo 24, fracción V, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, que señala que para que el esposo o concubinario de la trabajadora, como familiar derechohabiente, tenga derecho a la atención médica, de diagnóstico, odontología, hospital, farmacia o rehabilitación en el citado instituto, es necesario que sea mayor de cincuenta y cinco años o esté incapacitado física o psíquicamente y dependa económicamente de ella, en tanto que la esposa o concubina del trabajador, para obtener los mismos beneficios, sólo requiere demostrar tal hecho, sin que se le exija alguna otra condición. La Suprema Corte ha señalado que de conformidad con el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé, como derecho funda-

mental, la igualdad del varón y la mujer ante la ley, evitando las discriminaciones de que frecuentemente eran objeto uno u otra por razón de su sexo y, que por su parte, el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso d), de la propia Constitución, establece en forma genérica que los familiares de los trabajadores tienen derecho a la asistencia médica en los casos y en la proporción que establezca la ley, se evidencia una transgresión a la garantía de igualdad establecida en el artículo 4o. de nuestra Carta Magna.

3. *Vivienda*

Es el artículo 4o., párrafo sexto, constitucional el que establece el derecho a la vivienda, al señalar: “Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo”.

Este derecho ha sido reconocido e interpretado por esta Suprema Corte, en los siguientes casos:

A. Trato preferencial en el impuesto predial a los bienes inmuebles destinados a casa habitación¹⁵

Al impugnarse el párrafo tercero de la fracción II del artículo 149 del Código Financiero del Distrito Federal (vigente en 1996), por establecer que para la determinación del impuesto predial se multiplicará la cantidad que resulte de aplicar la tarifa respectiva por un factor más elevado cuando el uso del inmueble sea distinto al habitacional, el Pleno de este máximo tribunal resolvió que dicha medida no viola el principio de equidad tributaria, porque

¹⁵ Véase la jurisprudencia de rubro “PREDIAL. EL PÁRRAFO TERCERO DE LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 149 DEL CÓDIGO FINANCIERO DEL DISTRITO FEDERAL, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA AL ESTABLECER DIVERSOS FACTORES PARA LA DETERMINACIÓN DEL IMPUESTO ATENDIENDO A LA FINALIDAD A QUE SE DESTINE EL INMUEBLE”, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IV, octubre 1996, P./J. 60/96, p. 99.

el trato desigual busca apoyar el derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa, consagrado en el párrafo quinto del artículo cuarto constitucional, el que además dispone que la ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar ese objetivo, lo que constituye un fin extrafiscal que busca contribuir a la solución del problema de la vivienda.

*B. Definición de crédito barato para la adquisición de vivienda*¹⁶

La Segunda Sala de este máximo tribunal ha definido algunos de los instrumentos utilizados por el legislador ordinario, para el cumplimiento del derecho a la vivienda digna por parte del Estado, cuando ha sostenido que el Constituyente Permanente, con el propósito de poner a disposición de los trabajadores, créditos baratos para adquirir una vivienda digna y decorosa, ideó un sistema solidario en el que interviene el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, cuya función es administrar los recursos del Fondo Nacional de la Vivienda, patrimonio de aquéllos.

Sin embargo, al instituir el mencionado derecho social, no estableció qué debe entenderse por crédito barato, motivo por el cual la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como máximo intérprete de la Constitución general de la República, consideró que la expresión *crédito barato* utilizada en relación con el financiamiento otorgado a los trabajadores con el mencionado propósito debe entenderse referida a un crédito concedido en condiciones más benéficas que las fijadas por las instituciones de crédito o las empresas particulares dedicadas a ese objeto, a fin de que el trabajador pueda liquidarlo, sin que exceda su capacidad real de pago.

¹⁶ Véase la tesis de rubro “INFONAVIT. SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN ‘CRÉDITO BARATO’, PREVISTA EN LA FRACCIÓN XII DEL APARTADO A DEL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXII, septiembre 2006, 2a. XC/2010, p. 197.

C. *Libertad del legislador ordinario para implementar políticas de ayuda a la obtención de vivienda*¹⁷

La Suprema Corte no sólo se ha encargado de definir el derecho a la vivienda o validar los mecanismos utilizados por el Estado para su logro, sino también ha señalado que el legislador ordinario tiene plena libertad para diseñar éstos, cuando afirma que el artículo 76, fracción I, de la Ley del Impuesto sobre la Renta no transgrede el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto prevé el derecho de toda familia a disfrutar de vivienda digna y decorosa, al establecer que las personas físicas residentes en el país podrán deducir los intereses reales efectivamente pagados en el ejercicio por créditos hipotecarios destinados a casa habitación contratados con los integrantes del sistema financiero, sin contemplar dentro de la deducción a quienes contraten el crédito indicado con personas físicas o morales distintas a aquéllos.

Lo anterior, ya que dicho numeral no impide ni limita la posibilidad de los gobernados de disfrutar o adquirir vivienda, además de que si bien el referido precepto constitucional dispone que la ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios para lograr la finalidad perseguida, corresponde al legislador decidir la medida del apoyo que se otorgue a la satisfacción de dicha necesidad social, siempre y cuando no contravenga lo establecido por la propia norma suprema, y resulte constitucionalmente válido que se haya determinado limitar dicha deducción a los intereses derivados de créditos hipotecarios contratados con el sistema financiero, para evitar prácticas evasoras y la realización de po-

¹⁷ Véase la tesis de rubro “RENTA. EL ARTÍCULO 176, FRACCIÓN IV, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, AL EXCLUIR LA DEDUCCIÓN DE LOS INTERESES REALES EFECTIVAMENTE PAGADOS DERIVADOS DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS DESTINADOS A CASA HABITACIÓN CONTRATADOS CON PERSONAS FÍSICAS O MORALES DIVERSAS A LOS INTEGRANTES DEL SISTEMA FINANCIERO, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 4O. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVIII, septiembre 2008, 2a. CXXX/2008, p. 280.

sibles actos fraudulentos o ilícitos en perjuicio del fisco federal, a fin de mejorar el control fiscal y asegurar la efectiva recaudación del impuesto; máxime que éste persigue la satisfacción del interés colectivo, que lógicamente debe estar por encima de los intereses particulares.

Además, los gobernados se encuentran en libertad de elegir a la persona con quien más les convenga contratar un crédito hipotecario destinado a la adquisición de vivienda, por lo que en todo caso pueden decidir hacerlo con integrantes del sistema financiero, a fin de acceder al beneficio concedido por la norma reclamada, si estiman que ello resulta más favorable a sus intereses.

VI. EL JUEZ DE CONTEXTO SOCIAL

Acorde con las consideraciones anteriores, se puede advertir que los DESC, a la vez que son auténticos derechos humanos, conforman principios constitucionales con fuerza vinculante y, por tanto, deberán ser garantizados acorde a las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso concreto; por tanto, son imperativos por cuanto no se puede alcanzar la paz y la justicia sin garantizar su acceso a toda la población.

Por ende, ninguna de las acciones emprendidas por el Estado, resultaría completa sin contarse con un *Juez de contexto social*, comprometido con su alto papel institucional y social frente a la protección de los DESC. Por tanto, una justiciabilidad exitosa en los términos expuestos dependerá en gran parte del activismo judicial.

Luego, el juez deberá asumir un rol protagónico en el respeto y garantía de los derechos sociales de los gobernados, procurando actuar con ética e independencia en cada asunto sometido a su potestad decisora, ya que no puede intervenir de forma temerosa por cuanto se refiere a la invasión de aspectos que aparentemente pertenecen a otras esferas del poder (Legislativo o Ejecutivo), ya que su función es la de garantizar todos los derechos de todos los

ciudadanos, y en un Estado social de derecho ese proceder reviste una función fundamental.

Por ende, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su carácter de tribunal constitucional, ha propugnado por que los jueces nacionales conozcan —de modo conciso y sistematizado— las principales obligaciones derivadas del reconocimiento de los DESC conforme al derecho internacional de los derechos humanos.

Resulta importante destacar la importancia que tiene su función de contexto social, buscando en cada caso concreto aplicar las medidas cautelares necesarias en la realización de los derechos sociales, ya que su actuación es la que en buena medida determina el grado de eficacia de la sentencia emitida. Por esta razón, resulta de la mayor importancia no sólo el establecer de manera contundente la posibilidad de que los derechos sociales sean exigidos y reclamados por la vía judicial, como ya se ha hecho en nuestro país, sino también la constitucionalización de medidas cautelares en su favor, puesto que la ausencia de dichas medidas o la limitación de las mismas es igualmente contraria al espíritu proteccionista de los derechos fundamentales, específicamente en lo referente al aludido derecho a la tutela judicial efectiva.

De igual manera, los jueces imbuidos con este nuevo contexto social o garantista deberán procurar en todos los casos interpretar de la manera más amplia, proteccionista y progresista, cada uno de los instrumentos nacionales e internacionales donde se hallen consagrados los derechos sociales; e incluso, acorde a las circunstancias de cada caso concreto, deberán velar por una eficaz y suficiente reparación del daño ocasionado con motivo de la vulneración de tales derechos humanos.

Esto es, tal y como la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional proteccionista de derechos humanos, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que el efecto útil de dicho instrumento internacional no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a

sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer su función jurisdiccional —y ahora convencional— con un amplio y definido contexto social.

VII. RETOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA EN MATERIA DE JUSTICIABILIDAD DE LOS DESC

Como punto de partida, se estima necesario el realizar una campaña de difusión masiva en torno a la existencia, naturaleza y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en favor de toda la población mexicana en el Pacto Internacional de la materia. Lo anterior es así, ya que de nada serviría pugnar por una tutela judicial de dichas prerrogativas fundamentales si sus titulares o destinatarios, que eventualmente resultarán ser accionantes de los mismos ante las respectivas instancias judiciales —o administrativas—, desconocen su existencia y alcance.

Sobre este punto en particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede coadyuvar a la adecuada difusión de los mismos a través de medios de difusión masiva (radio y televisión principalmente) a través de su Dirección General de Comunicación Social.

De igual manera, otro reto muy importante a considerar sería el que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la creación y/o modificación de su jurisprudencia, primeramente desarrollara una importante labor definitoria o interpretativa en torno a la naturaleza y alcances de cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en los diversos instrumentos internacionales de los que nuestro país es parte signante —desde luego, dicha labor estará supeditada a que los referidos tratados u Órganos facultados para su exégesis no establezcan *per se* una definición del derecho a tutelar—. ¹⁸ Luego,

¹⁸ Por ejemplo, destacamos las Observaciones Generales aprobadas por el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

en segundo término, sería conveniente que este alto tribunal estableciera, a través de sus diversas ejecutorias, las directrices o lineamientos básicos a fin de considerar en cada caso concreto cuándo la obligación internacional asumida por el Estado —ya sea positiva o negativa— ha quedado o no cumplida y, desde luego, ante la perspectiva de una eventual vulneración de tales derechos, las condiciones jurídicas necesarias para restablecer su vigencia en cada caso concreto.¹⁹

Desde luego, dicha actividad inicialmente podría ser desarrollada mediante la selección de los casos más representativos para cada rubro de los DESC, y en esos supuestos, ejercer la respectiva facultad de atracción, a fin de proceder a la rápida integración de una jurisprudencia con efectos vinculatorios para todas las autoridades estatales, *v. gr.*, a través de este modelo jurisdiccional se podría vincular a los DESC con grupos que requieren una protección específica, tales como niñas, niños, adolescentes, personas mayores, personas con discapacidad o indígenas.

Es innegable que la capacitación y actualización permanente para todos los juzgadores del país —sin distinción de fuero o materia— debe ser uno de los más importantes objetivos a alcanzar en el corto plazo, la cual deberá ser eminentemente multi e interdisciplinaria —incluidas materias tales como ética, sociología o filosofía aplicada a la doctrina de los derechos humanos, aunado a las clásicas materia de derecho procesal, constitucional y amparo, entre otras— a fin de coadyuvar en el ideal de contar con auténticos *jueces de contexto social*.

Tocante a este punto, el máximo tribunal constitucional puede intervenir activamente en esta trascendental función, tal y como lo ha hecho en otras materias de relevancia, mediante la organización de foros, cursos o diplomados de forma conjunta con otras organizaciones tanto públicas como privadas, los cuales

¹⁹ Por ejemplo, este supremo tribunal constitucional mexicano podría hacer justiciables los derechos siguientes: a) al agua; b) a la alimentación; c) a la vivienda; d) a la educación; e) al salario digno; f) al medio ambiente adecuado, y g) a la cultura, entre otros.

pueden adoptar el usual esquema mixto utilizado en otro tipo de eventos de esta índole; esto es, tanto de realización *presencial*, así como transmitidos simultáneamente bajo el formato de videoconferencia en las respectivas Casas de la Cultura Jurídica de este máximo tribunal, a fin de abarcar el mayor número de sedes o plazas a nivel nacional.

Desde un punto de vista procesal, se erige como un importante reto conjunto para este supremo tribunal, así como para la función legislativa del Estado —tanto local como federal— el amplificar el espectro jurídico de las recientemente incorporadas *acciones colectivas*²⁰ a fin de que puedan convertirse en un importante instrumento de justiciabilidad para los DESC.

Consecuentemente, habrá que dotar de un amplio contenido a la figura del interés legítimo colectivo para facilitar que el juicio de amparo se asuma como la acción colectiva por excelencia para hacer justiciables los DESC. Por ende, se deberá facilitar la suspensión de los actos reclamados para evitar que se consuman daños irreparables (por ejemplo, en tratándose del medio ambiente).

Con base en las obligaciones establecidas para los Estados parte suscriptores del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en lo concerniente a adoptar todo tipo de medidas para salvaguardarlos hasta el máximo de recursos disponibles, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, como integrante del Poder Judicial de la Federación, deberá buscar establecer los vínculos interinstitucionales eficaces y expeditos con los otros Poderes de la Unión, a fin de que puedan ser institucionalizadas en el texto de nuestra Ley Fundamental, tanto la adopción de *medidas cautelares*, igualmente tendentes a evitar la consumación de daños irreversibles para los gobernados, así como la

²⁰ Previstas en el artículo 17 constitucional, párrafo tercero, cuya reforma fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 29 de julio de 2010, y que textualmente establece:

“Artículo 17.- ...

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas”.

constitucionalización de la figura de la *reparación del daño* tratándose de vulneraciones a los DESC.

En estas líneas de acción, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su carácter de máximo tribunal constitucional del país —por ende, de garantía interna de los derechos humanos— puede convertirse en el actor que impulse por la vía jurisdiccional la concreción de estos derechos, teniendo un efecto ejemplificador, y principalmente multiplicador en el resto de los impartidores de justicia del país que repliquen sus precedentes.

PROFUNDIZANDO LA DISCUSIÓN
SOBRE DESC

ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Omar GÓMEZ TREJO*

SUMARIO: I. *El derecho al agua y al saneamiento.* II. *El derecho a la alimentación adecuada.* III. *El derecho a la salud.* IV. *El derecho a la vivienda.* V. *Corolario.*

En el marco de las importantes reformas constitucionales en materia de derechos humanos (constitucional, amparo, agua, alimentación y medio ambiente) realizadas entre junio de 2011 y marzo de 2012, es importante empezar a detonar la discusión sobre los diversos niveles de aplicación, interpretación y vinculación que tienen los derechos humanos que contienen dichas reformas. Muchas de estas discusiones ya se han dado a nivel internacional, en el seno de los tribunales internacionales, los Órganos de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, los procedimientos especiales y los organismos que promueven y protegen los derechos humanos en el Sistema Universal y los sistemas regionales. El presente escrito es una ruta de contenidos ya desarrollados y de fuentes en donde se puede encontrar esas aportaciones, a manera de una carta de navegación.

Las normas generales de interpretación de los tratados están señaladas en la Convención de Viena sobre el Derecho de

* Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, profesor invitado de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-México.

los Tratados, en particular en su artículo 31. Al aplicar dichas normas, la Corte Internacional de Justicia ha señalado que los tratados deben ser interpretados considerando las transformaciones ocurridas con posterioridad a la fecha en que el tratado fue adoptado porque no puede ignorarse la evolución posterior del derecho. Además, un instrumento debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación.¹

Retomando esta práctica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desarrollado la noción de *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos al interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señalando que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.² En la Opinión Consultiva OC-16/1999, sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, el tribunal señaló que

el corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenidos y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones.³

¹ Corte Internacional de Justicia. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1979), Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1971, pp. 16-31).

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99, *El derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, 1 de octubre de 1999, párrafo 114.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-16/99, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, 1 de octubre de 1999, párrafo 115.

Esta interpretación evolutiva debe tenerse presente en el actual contexto mexicano, toda vez que los derechos no deben leerse aisladamente, sino a la luz de la evolución de los marcos protectores de derechos humanos. En México, el marco protector, e incluso de reconocimiento de derechos humanos, apenas cambió. La pregunta que surge ahora es ¿cómo empatar ese ámbito amplio de interpretación que hay en el ámbito internacional con el interno? La reforma de junio 2011 en materia de derechos humanos ha iniciado ese proceso; la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emprendido discusiones sobre lo que debe entenderse por bloque de constitucionalidad, control concentrado o difuso y el alcance del principio pro persona y algunos tribunales y juzgados federales han empezado a desarrollar la reforma constitucional, en algunos casos acertadamente, en otros en un sentido contrario.

Para realizar la complementariedad de normas, es importante señalar que de conformidad con el artículo 1.1 constitucional, una nueva forma de entender y de relación entre ámbitos jurídicos (nacional e internacional) ha surgido, y esta nueva forma de entender el derecho constitucional de los derechos humanos⁴ tiene que analizarse y desarrollarse desde una perspectiva holística, donde el reconocimiento y la protección de los derechos humanos de las personas que se encuentran en México, sea cualquiera su condición jurídica, política, migratoria, económica, social o cultural, sea el centro.

Para desarrollar este diálogo es importante que los operadores jurídicos consideren no sólo las normas presentes en la Constitución y en los tratados, sino toda aquella interpretación que de las mismas hayan hecho sus intérpretes autorizados: la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los tribunales federales, así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (no sólo las sentencias sobre México, sino todos

⁴ Sepúlveda Iñiguez, Ricardo, “*El Derecho constitucional de los derechos humanos*”, Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 282.

sus fallos) y las observaciones o Recomendaciones Generales de los Órganos de tratados de Derechos Humanos del Sistema de las Naciones Unidas.

En aquellos casos en el que el derecho vigente y su interpretación no es suficientemente clara o tenga lagunas, el operador jurídico puede acudir a las aportaciones de mecanismos internacionales de otra índole, como los Procedimientos Especiales de las Naciones Unidas o los organismos que promueven y protegen los derechos humanos en el Sistema Universal y los sistemas regionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Igualmente, se podrá recurrir a otros sistemas de los que México no forma parte, pero que cuenten con una rica jurisprudencia, como el Sistema Europeo de Derechos Humanos, o revisar el derecho comparado; es decir, otros países que han tenido desarrollos legislativos notables, como España, Colombia, Argentina, Sudáfrica, Guatemala, etcétera.

El apartado segundo del artículo primero constitucional, que se refiere a la aplicación del principio *pro personae*,⁵ debe cruzar toda la ruta anteriormente señalada, en donde las y los jueces deben aplicar la norma más protectora o la menos restrictiva de derechos, rechazando desde un principio cualquier interpretación meramente enunciativa o restrictiva, sino al contrario, conducirse siempre ampliando el campo de aplicación del derecho en cuestión.

Asimismo, al momento de interpretar el sentido y alcance de un derecho, es importante tener en cuenta los siguientes aspectos:

- Las obligaciones establecidas en los tratados (promover, respetar, proteger y garantizar).
- Las características generales de los derechos humanos, como la universalidad, interdependencia, interrelación con otros derechos, indivisibilidad y progresividad.

⁵ Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos”, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editorial del Puerto, 1997, p. 163.

- El principio de la no discriminación, incluyendo los estándares internacionales desarrollados para grupos en situación de vulnerabilidad o desventaja, como las mujeres, la niñez, las personas con discapacidad, los pueblos indígenas, etcétera.
- Especialmente en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, indicadores estructurales.

Este trabajo sólo aborda cuatro derechos: el derecho al agua y al saneamiento, a la alimentación, a la salud y a la vivienda. Esta lista de derechos no es exhaustiva y guarda un sinnúmero de vinculaciones con otros derechos, así como con realidades que se viven desde esquemas de discriminación o pobreza, como lo reafirmó la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena del 14 al 25 de junio de 1993.⁶

I. EL DERECHO AL AGUA Y AL SANEAMIENTO

Si bien el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), no señalan expresamente el derecho al agua y al saneamiento, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité de DESC)—Órgano encargado de la interpretación del PIDESC— ha expresado que este derecho forma parte del derecho a un nivel de vida adecuado, que se desprende directamente del artículo 11 del Pacto.⁷

⁶ “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”. Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993, párrafo 5.

⁷ En el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto se enumera una serie de derechos que dimanán del derecho a un nivel de vida adecuado, “incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”, y son indispensables para su realización. El uso de la palabra “incluso” indica que esta enumeración de derechos no pretendía

El derecho al agua se define como el derecho de todas las personas a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, asequible para el uso personal y doméstico.⁸ Y el derecho al saneamiento se define como el derecho de toda persona a acceder a un servicio de saneamiento adecuado y seguro que proteja la salud pública y el medio ambiente.⁹

Varios instrumentos internacionales con distintos niveles de obligatoriedad han reconocido expresamente los derechos al agua y al saneamiento.

Los siguientes tratados ratificados por México contemplan el derecho al agua y/o al saneamiento: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 14.2.h);¹⁰ el Convenio núm. 161 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los servicios de salud en el trabajo (artículo 5);¹¹ la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24.2.c);¹² la Convención sobre los Derechos de las Personas

ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías esenciales para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones más fundamentales para la supervivencia". Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General núm. 15, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, párrafo 3.

⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general núm. 15, *El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, párrafo 2.

⁹ Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Directrices para la Realización del Derecho al Agua y Saneamiento. E/CN.4/Sub.2/2005/25, 11 de julio de 2005, p. 4.

¹⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, Resolución 34/180, 18 de diciembre de 1979.

¹¹ Organización Internacional del Trabajo. *Convenio núm. 161 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los servicios de salud en el trabajo*. Adopción: Ginebra, 71a. reunión CIT (25 de junio de 1985).

¹² Asamblea General de las Naciones Unidas. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

con Discapacidad (artículo 28);¹³ y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador),¹⁴ cuyo artículo 11 señala que toda persona tendrá derecho a contar con servicios públicos básicos; entre ellos podrían considerarse el agua y al saneamiento.

El precedente esencial en el Sistema Interamericano es el caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek *vs.* Paraguay.¹⁵ En dicho caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó la situación de una comunidad indígena de la región del Chaco paraguayo, que se vio obligada a salir de sus tierras ancestrales, abandonando las posibilidades de autoabastecimiento y autosostenibilidad de acuerdo con sus tradiciones, viéndose en la imperiosa necesidad de depender casi exclusivamente de las acciones estatales y a vivir en condiciones de miseria. Al analizar la posible violación al derecho a la vida, la Corte determinó que la asistencia estatal brindada en materia de acceso y calidad del agua, alimentación, servicios de salud y educación no había sido suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad en las que se encontraban. Declaró que el Estado no había brindado las prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna en condiciones de riesgo especial, real e inmediato para un grupo de personas:

el Estado no ha demostrado que esté brindando agua en cantidad suficiente para garantizar un abastecimiento para los mínimos re-

¹³ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Resolución A/RES/ 106 del 13 de diciembre de 2006.

¹⁴ Organización de los Estados Americanos. *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, San Salvador, El Salvador, Adoptado el 17 de noviembre de 1988, artículo 11.1

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214.

querimientos. Es más, el Estado no ha remitido prueba actualizada sobre el suministro de agua..., ni tampoco ha demostrado que los miembros de la Comunidad tengan acceso a fuentes seguras de agua... Por consiguiente, la Corte considera que las gestiones que el Estado ha realizado... no han sido suficientes para proveer a los miembros de la Comunidad de agua en cantidad suficiente y calidad adecuada, lo cual los expone a riesgos y enfermedades.¹⁶

En consecuencia, la Corte recomendó crear un fondo de desarrollo comunitario como compensación, destinando recursos “para la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, de seguridad alimentaria y de salud, así como de suministro de agua potable y la construcción de infraestructura sanitaria, en beneficio de los miembros de la Comunidad”.¹⁷

Los Comités de Naciones Unidas han realizado aportaciones importantes al contenido del derecho humano al agua y al saneamiento. El Comité de DESC, a través de su función interpretativa, emitió la Observación General núm. 15 sobre el derecho al agua, en 2002.¹⁸ En este documento, el Comité subrayó el fundamento legal del derecho al agua, el alcance de las obligaciones de los Estados en la materia, la interrelación que guarda el derecho al agua con otros derechos, las características que debe reunir el derecho, las violaciones al mismo y las formas en las que los Estados están llamados a remediar las situaciones en que puede violarse el derecho.

Al momento no existe un mecanismo que permita al Comité de DESC analizar casos concretos de presuntas violaciones a derechos económicos, sociales y culturales, por lo que el Comité no ha conocido de casos que versen sobre el derecho al agua. En

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214, párrafos 195 y 196.

¹⁷ *Ibidem*, párrafo 323.

¹⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General núm. 15, El derecho al agua, artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. E/C.12/2002/11, 20 de enero 2003.

diciembre de 2008, la Asamblea General aprobó el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que contempla un mecanismo para conocer de peticiones individuales y colectivas, que aún no ha entrado en vigor, pero lo hará el 5 de mayo de 2013.¹⁹

En el ejercicio de su facultad de revisión periódica de informes de cumplimiento de los Estados, el Comité de DESC

se ha ocupado de la falta de acceso a agua potable y servicios de saneamiento en los asentamientos precarios, los estándares inferiores aplicados a las minorías, las restricciones del acceso, la situación de los desplazados internos, la contaminación del agua, los problemas ambientales y sus efectos en el acceso al agua, los desequilibrios en el suministro de agua y servicios de saneamiento.²⁰

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha examinado el efecto del agua envenenada en las mujeres rurales y su acceso al agua y al saneamiento, entre otras cuestiones.²¹ El Comité contra la Tortura y el Comité de Derechos Humanos han considerado que la falta de acceso a agua potable y servicios adecuados de saneamiento forman parte de las condiciones de detención y puede ser motivo para que esas condiciones se definan como inhumanas o deficientes.²² El Comité de los Derechos del Niño se ha ocupado del acceso de las y los niños al agua potable y servicios de saneamiento, especialmente como parte de los derechos a un nivel de vida adecuado y a la salud.²³

¹⁹ Hasta febrero de 2013, 42 Estados habían firmado el PF-PIDESC y 10 lo han ratificado. El Estado mexicano no lo ha ratificado aún.

²⁰ Véase los siguientes informes: E/C.12/CRI/CO/4 (CESCR, 2008), E/C.12/ARG/CO/3 (CESCR, 2011) E/C.12/CRI/CO/4 (CESCR, 2008).

²¹ Véase los siguientes informes: CEDAW/C/COD/CO/5 (CEDAW, 2006), CEDAW/C/COG/CO/6 (CEDAW, 2012), CRC/C/GTM/CO/3-4 (CRC, 2010).

²² Véase los informes finales: CAT/C/ETH/CO/1 (CAT, 2011), CAT/C/BGR/CO/4-5 (CAT, 2011) y CAT/C/DJI/CO/1 (CAT, 2011).

²³ Véase los informes finales: CRC/C/15/ADD.236 (CRC, 2004), CRC/C/GTM/CO/3-4 (CRC, 2010), CRC/C/CMR/CO/2 (CRC, 2010).

Entre los instrumentos regionales figuran la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos;²⁴ la Carta Social Europea;²⁵ la Carta Árabe de Derechos Humanos,²⁶ que consagra expresamente la garantía del Estado de suministrar agua potable y sistemas de saneamiento adecuados; el Protocolo relativo al agua y la salud del Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales,²⁷ de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, que dispone que los Estados partes deberán adoptar medidas apropiadas para asegurar el acceso a agua potable y saneamiento; la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño,²⁸ el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los derechos de la mujer en África²⁹ y el Convenio Africano sobre la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales,³⁰ que contienen disposiciones expresas

²⁴ Organización de la Unidad Africana. *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos* (Carta de Banjul). Aprobada el 27 de julio de 1981, Nairobi, Kenia. Si bien no se enuncia expresamente el derecho al agua, se ha argumentado que éste se desprende de los derechos a la vida (artículo 4), a la salud (artículo 16) y al medio ambiente (artículo 24).

²⁵ Consejo de Europa. *Carta Social Europea*. Aprobada en Turín el 18 de octubre de 1961. Si bien no contiene el derecho al agua explícitamente, se desprende del derecho a la salud (artículo 11).

²⁶ League of Arab States, *Arab Charter on Human Rights*, May 22, 2004, reprinted in 12 Int'l Hum. Rts. Rep. 893 (2005), entered into force March 15, 2008, article 39.2.e.

²⁷ Economic Commission for Europe. *Protocol on Water and Health to the 1992 Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes, done in London*, on 17 June 1999, article 5.

²⁸ Organización para la Unidad Africana. *Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño*, 11 de julio de 1990, artículo 14.

²⁹ Organization of African Unity. *Protocol on the Rights of Women in Africa, Adopted by the 2nd Ordinary Session of the Assembly of the Union*, Maputo, 11 July 2003, article 25.

³⁰ Organización para la Unidad Africana. *Convenio Africano sobre la conservación de la naturaleza y los recursos naturales*, Argelia, 15 de septiembre de 1968, artículo 2.

respecto al compromiso de los Estados de garantizar el acceso al agua. Por lo que hace a los instrumentos de *soft law*, destacan: la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas;³¹ los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos;³² las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos;³³ las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad;³⁴ los Principios de las Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad;³⁵ y las Directrices Voluntarias en apoyo a la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional, de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO).³⁶

³¹ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Resolución aprobada [sin remisión previa a una Comisión Principal (A/61/L.67 y Add.1)] 61/295. 13 de septiembre de 2007.

³² *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos*. Presentados por el representante especial del secretario general de las Naciones Unidas para la cuestión de los desplazados internos en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1998, en su informe E/CN.4/1998/Add.2.

³³ *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*. Adoptadas por el primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrada en Ginebra en 1955, y aprobada por el Consejo Económico Social en sus resoluciones 663 C (XXIV), 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII), 13 de mayo de 1977.

³⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*. Adoptadas en la Resolución 45/113, el 14 de diciembre de 1990.

³⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad*. Aprobados por resolución 46/91 el 16 de diciembre de 1991.

³⁶ Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. *Directrices voluntarias en apoyo a la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*. Aprobadas por el Consejo de la FAO en su 127o. período de sesiones, Roma, 22-27 de noviembre de 2004.

En el caso de la Carta Social Europea, el Consejo de Europa ha afirmado que toda persona tiene derecho a una cantidad suficiente de agua para satisfacer sus necesidades básicas.³⁷

En 2007, a solicitud del Consejo de Derechos Humanos, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos realizó un estudio sobre el alcance y contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso equitativo al agua potable y saneamiento.³⁸ Entre otros puntos relevantes, el estudio concluye que el acceso al agua potable y al saneamiento son un derecho humano.

El Consejo de Derechos Humanos, mediante la resolución 7/22 del 28 de marzo de 2008, creó el mandato de un Experto Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionados con el acceso al agua potable y al saneamiento. La señora Catarina de Alburquerque fue designada como la primera Experta Independiente por un mandato de tres años.

En julio de 2010, la Asamblea General aprobó la Resolución 64/292, que “reconoce el derecho al agua potable segura y limpia y al saneamiento como un derecho humano que es esencial para el pleno disfrute de la vida y todos los derechos humanos”.³⁹ Posteriormente, el Consejo de Derechos Humanos, en septiembre de 2010, en su resolución 15/9 reafirmó este reconocimiento y aclaró que el derecho se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado.⁴⁰ Teniendo en cuenta estos documentos, el Consejo de Derechos Humanos, el 24 de marzo de 2011, prorrogó el mandato

³⁷ Recomendación Rec(2001)14 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la Carta Europea de Recursos Hídricos.

³⁸ Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos*. A/HRC/6/3, 16 de agosto de 2007.

³⁹ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. *Resolución aprobada por la Asamblea General, 64/292. El derecho humano al agua y el saneamiento*. A/RES/64/292, 3 de agosto de 2010.

⁴⁰ Consejo de Derechos Humanos. *Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento*. A/HRC/RES/15/9, 6 de octubre de 2010.

de la Experta Independiente y cambió su denominación por el de Relator Especial sobre el derecho humano al agua potable y al saneamiento a través de la Resolución 16/2.⁴¹

La Relatora Especial ha realizado seis visitas y varios informes entre los que destacan los siguientes temas: la falta de acceso a los servicios de saneamiento y su relación con otras violaciones de los derechos humanos;⁴² la definición de saneamiento, las obligaciones que de ellos derivan y la interrelación que guarda con otros derechos humanos;⁴³ las obligaciones de derechos humanos y las responsabilidades aplicables en los casos de servicios no estatales de suministro de agua y saneamiento;⁴⁴ la aportación que los derechos humanos, en particular los relacionados con el agua y el saneamiento, pueden hacer como una contribución al logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio prestando especial atención a la meta 7.C;⁴⁵ el marco del derecho al agua y al saneamiento para evaluar las buenas prácticas desde la perspectiva de los derechos humanos empleando cinco criterios normativos (disponibilidad, calidad y seguridad, aceptabilidad, accesibilidad y asequibilidad) y cinco criterios comunes (no discriminación, participación, responsabilidad, repercusión y sostenibilidad).⁴⁶

⁴¹ Consejo de Derechos Humanos. *El derecho humano al agua potable y el saneamiento*, A/HRC/RES/16/2, 8 de abril de 2011.

⁴² Consejo de Derechos Humanos. *Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, Catarina de Albuquerque*. A/HRC/10/6, 25 de febrero de 2009.

⁴³ Consejo De Derechos Humanos. *Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, Catarina de Albuquerque*. A/HRC/12/24. 1 de julio de 2009.

⁴⁴ Consejo de Derechos Humanos. *Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, Catarina de Albuquerque*. A/HRC/15/31. 29 de junio de 2010

⁴⁵ Consejo de Derechos Humanos. *Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, Catarina de Albuquerque*. A/65/254, 6 de agosto de 2010.

⁴⁶ Consejo de Derechos Humanos. *Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, Catarina de Albuquerque*. A/HRC/15/31/Add.1, 1o. de julio de 2010.

Por lo que respecta al Sistema Africano de Derechos Humanos, se encuentra el caso del Centro por el Derecho a la Vivienda contra los Desalojos (COHRE) *vs.* Sudán,⁴⁷ en el cual la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, al aplicar la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, señaló que “el Estado demandado fue cómplice en el saqueo y la destrucción de alimentos, cultivos y ganado, así como envenenar los pozos y denegar el acceso a fuentes de agua en la región de Darfur”.⁴⁸ En consecuencia, dicha instancia internacional recomendó rehabilitar la infraestructura económica y social, como la educación, la salud, el agua, los servicios y la agricultura en las provincias de Darfur a fin de proporcionar condiciones para el retorno seguro y digno de los desplazados internos y refugiados. Asimismo, ordenó “establecer un Foro de Reconciliación Nacional para la asignación equitativa de los recursos nacionales a las distintas provincias,... y resolver los problemas de la tierra, de pastoreo y agua”.⁴⁹

II. EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN ADECUADA

Los siguientes instrumentos ratificados por México reconocen el derecho a la alimentación adecuada de manera explícita: la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 2), el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12).

⁴⁷ Desde febrero de 2003, tras el inicio de un conflicto armado en la región de Darfur del Sudán, miembros de la milicia llamada *Janjaweed* se dieron a la tarea de desalojar por la fuerza, matar y violar a miles de indígenas negros de la región sin que del Estado interviniera para salvaguardar la vida y la integridad de las comunidades.

⁴⁸ African Commission on Human and Peoples' Rights. *Communications 279/03, Centre on Housing Rights and Evictions vs. The Sudan*. Adopted during the 45th Ordinary Session, held between 13 and 27 May 2009, Banjul, The Gambia. párr. 212.

⁴⁹ *Ibidem*, párrafo 229.

El PIDESC, por su parte, establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado en el artículo 11.1, y el párrafo segundo de dicho artículo establece que

los Estados partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos que se necesitan para: a) mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales, en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.⁵⁰

De acuerdo con la Observación General núm. 12 del Comité de DESC, el derecho a la alimentación “se ejerce cuando todo hombre o mujer o niño [o niña], ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla”.⁵¹ Por su parte, el Comité sobre Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Observación General núm. 6 sobre el derecho a la vida, señaló que la protección del derecho a la vida requiere que los Estados adopten medidas positivas, como las medidas para eliminar la desnutrición.⁵² El Comité contra la Tortura ha señalado que “la

⁵⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. A/RES/2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.

⁵¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General núm. 12, relativa al derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto)*. Adoptada durante el 20o. período de sesiones, E/C.12/1999/5.1999, párrafo 6.

⁵² Comité de Derechos Humanos. *Observación General núm. 6, relativa al derecho a la vida (artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)*. Adoptada el 16o. período de sesiones, 1982, párrafo 5.

falta adecuada de alimentación en las prisiones puede constituir un trato inhumano o degradante”.⁵³

La Corte IDH en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay, consideró que el Estado paraguayo no adoptó las medidas adecuadas de derecho interno necesarias para garantizar a la comunidad el uso y goce efectivo de sus tierras tradicionales, y con ello amenazó el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales. Así, la Corte resolvió que Paraguay violó los derechos a la propiedad y a la protección judicial, así como el derecho a la vida, ya que privó a la comunidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales. El Tribunal estableció que Paraguay no había garantizado el derecho de los miembros de la comunidad Yakye Axa a la propiedad comunitaria y consideró que esto afectó “el derecho a una vida digna de los miembros de la comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades”.⁵⁴ Añadió que

Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia.⁵⁵

⁵³ Comité contra la Tortura. *Conclusiones y recomendaciones: Argentina*. 10/12/2004. CAT/C/CR/33/1. párr. 6 h)

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Comunidad Yakye Axa contra Paraguay*, Sentencia del 17 de junio de 2005 (fondo, reparaciones y costas), párrafo 168.

⁵⁵ *Ibidem*, párrafo 167.

Por su parte, la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño⁵⁶ y el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África⁵⁷ refieren expresamente al derecho a la alimentación.

La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en el caso del Pueblo Ogoní, denunció que el gobierno militar de Nigeria era responsable de, entre otras cosas, violaciones del derecho a la salud, el derecho a disponer de la riqueza y los recursos naturales, el derecho a un medio ambiente limpio y los derechos de familia, debido a que condonaba y facilitaba las operaciones de empresas petroleras en tierras del Pueblo Ogoní. La Comisión dictaminó que los ogoni habían sufrido violaciones a su derecho a la salud (artículo 16) y al derecho a un medio ambiente general satisfactorio favorable al desarrollo debido a la omisión del gobierno de prevenir la polución y la degradación ecológica. También sostuvo que la omisión del Estado de vigilar las actividades petroleras y de hacer participar a las comunidades locales en las decisiones violaba el derecho del Pueblo Ogoní a disponer libremente de su riqueza y sus recursos naturales, y que el derecho a la alimentación está protegido por intermedio del derecho a la vida, el derecho a la salud y el derecho al desarrollo económico, social y cultural.⁵⁸

Desde el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación ha definido este derecho como

el derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra en dinero, a una alimen-

⁵⁶ Organización para la Unidad Africana. *Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño*, 11 de julio de 1990, artículo 14.

⁵⁷ Organization of African Unity. *Protocol on the Rights of Women in Africa, Adopted by the 2nd Ordinary Session of the Assembly of the Union, Maputo*, 11 July 2003, article 15.

⁵⁸ African Commission on Human and Peoples' Rights. *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, comunicación núm. 155/96, párrafo 64

tación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el consumidor y que garantice una vida psíquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna.⁵⁹

El mandato de la Relatoría sobre el derecho a la alimentación fue establecido originalmente por la Comisión de Derechos Humanos en abril de 2000 por la resolución 2000/10. Con posterioridad a la sustitución de la Comisión por el Consejo de Derechos Humanos, en junio de 2006, el mandato fue aprobado y prorrogado por el Consejo de Derechos Humanos en su resolución 06/02, el 27 de septiembre de 2007. Dentro de las actividades que tiene el Relator Especial se incluyen: promover la plena realización del derecho a la alimentación y la adopción de medidas a nivel nacional, regional e internacional para la realización del derecho de toda persona a una alimentación apropiada y el derecho fundamental de toda persona a no padecer hambre, a fin de que pueda desarrollar y mantener plenamente su capacidad física y mental; examinar los medios apropiados para superar los actuales obstáculos, así como los que puedan presentarse, a la realización del derecho a la alimentación; realizar visitas a los países y presentar recomendaciones sobre posibles medidas destinadas a lograr progresivamente la plena realización del derecho a la alimentación, en particular medidas para promover las condiciones que permitan que ninguna persona padezca hambre y que, tan pronto como sea posible, toda persona pueda disfrutar plenamente del derecho a la alimentación, teniendo en cuenta las enseñanzas obtenidas en la aplicación de planes nacionales de lucha contra el hambre, entre otras medidas.

El Relator Especial ha realizado 22 visitas y ha emitido informes sobre los siguientes temas: definición e historia sobre el

⁵⁹ Comisión de Derechos Humanos. *Informe preparado por el señor Jean Ziegler, Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, de conformidad con la resolución 2000/10 de la Comisión de Derechos Humanos*. E/CN.4/2001/53, 7 de febrero de 2001, Introducción.

derecho a la alimentación;⁶⁰ el acceso a la tierra, la reforma agraria y el derecho a la alimentación;⁶¹ la naturaleza del derecho a la alimentación como un derecho justiciable y el progreso y acontecimientos en el comercio internacional y el derecho a la alimentación, así como las sanciones económicas y el derecho a la alimentación;⁶² empresas transnacionales y el derecho a la alimentación;⁶³ la elaboración de directrices voluntarias de alcance internacional sobre el derecho a la alimentación bajo los auspicios de la FAO; la elaboración de una nueva Observación General núm. 15 sobre el derecho al agua por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;⁶⁴ seguridad y soberanía alimentaria;⁶⁵ el derecho a una alimentación adecuada y la pesca como medio de vida;⁶⁶ obligaciones extraterritoriales de los Estados en relación con el derecho a la alimentación;⁶⁷ responsabi-

⁶⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la alimentación, Jean Ziegler. 23 de julio de 2001. A/56/210.* Comisión de Derechos Humanos. Informe preparado por el sr. Jean Ziegler, Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, de conformidad con la resolución 2000/10, E/CN.4/2001/53, 7 de febrero de 2001.

⁶¹ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la alimentación, Jean Ziegler. 27 de agosto de 2002. A/57/356.*

⁶² Comisión de Derechos Humanos. *Informe preparado por el señor Jean Ziegler, Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, de conformidad con la resolución 2000/10, E/CN.4/2002/58, 10 de enero de 2002.*

⁶³ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la alimentación, Jean Ziegler. A/58/330, 28 de agosto de 2003.*

⁶⁴ Comisión de Derechos Humanos. *Informe preparado por el señor Jean Ziegler, Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, de conformidad con la resolución 2000/10, E/CN.4/2002/58, 10 de enero de 2002.*

⁶⁵ Comisión de Derechos Humanos. *Informe preparado por el señor Jean Ziegler, Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, de conformidad con la resolución 2000/10, E/CN.4/2004/10, 9 de febrero de 2004.*

⁶⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la alimentación, Jean Ziegler, A/59/385, 27 de septiembre de 2004.*

⁶⁷ Comisión de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, el señor Jean Ziegler, E/CN.4/2005/47, 24 de enero de 2005.*

lidad de las organizaciones internacionales respecto del derecho a la alimentación;⁶⁸ definición del derecho a la alimentación en la era de la globalización;⁶⁹ los niños y su derecho humano a la alimentación;⁷⁰ los efectos de los biocombustibles sobre el derecho a la alimentación;⁷¹ exclusión y discriminación sobre el goce del derecho a la alimentación y refugiados del hambre;⁷² la construcción de resiliencia en respuesta a la crisis alimentaria mundial;⁷³ las políticas de semillas y el derecho a la alimentación: mejora de la biodiversidad de la agricultura y fomento de la innovación;⁷⁴ la función de la cooperación para el desarrollo y la ayuda alimentaria para la realización del derecho a una alimentación adecuada: de caridad a obligación;⁷⁵ las adquisiciones o arrendamientos de tierras en gran escala: conjunto de principios mínimos y medidas para tener en cuenta los derechos humanos;⁷⁶ la agroindustria y el derecho

⁶⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la alimentación*, Jean Ziegler, A/60/350, 12 de septiembre de 2005.

⁶⁹ Comisión de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación*, el señor Jean Ziegler, E/CN.4/2006/44, 16 de marzo de 2006.

⁷⁰ Comisión de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación*, el señor Jean Ziegler, A/HRC/4/30, 19 de enero de 2007.

⁷¹ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la alimentación*, Jean Ziegler, A/62/289, 22 de agosto de 2007.

⁷² Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la alimentación*, Jean Ziegler, A/HRC/7/5, 10 de enero de 2008.

⁷³ Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la alimentación*, Olivier De Schutter, A/HRC/9/23, 8 de septiembre de 2008.

⁷⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la alimentación*, Olivier De Schutter, A/64/170, 23 de julio de 2009.

⁷⁵ Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la alimentación*, Olivier De Schutter, A/HRC/10/5, 11 de febrero de 2009.

⁷⁶ Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la alimentación*, Olivier De Schutter, A/HRC/13/33/Add.2, 28 de diciembre de 2009.

a la alimentación;⁷⁷ acceso a la tierra y derecho a la alimentación;⁷⁸ agroecología y el derecho a la alimentación;⁷⁹ criterios de derechos humanos para hacer la agricultura por contrato y la inclusión de otros modelos de negocios para los pequeños agricultores;⁸⁰ principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de los acuerdos de comercio e inversión en los derechos humanos;⁸¹ el derecho a una alimentación adecuada: el nexo entre la agricultura, alimentos y salud⁸² y pesca y el derecho a la alimentación.⁸³

III. EL DERECHO A LA SALUD

El derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5); la Convención sobre la Eliminación de Todas

⁷⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la alimentación*, Olivier De Schutter, A/HRC/13/33, 22 de diciembre de 2009.

⁷⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la alimentación*, Olivier De Schutter, A/65/281, 11 de agosto de 2010.

⁷⁹ Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la alimentación*, Olivier De Schutter, A/HRC/16/49, 20 de diciembre de 2010.

⁸⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la alimentación*, Olivier De Schutter, A/66/262, 29 de agosto de 2011.

⁸¹ Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la alimentación*, Olivier De Schutter, A/HRC/19/59/Add.5, 19 de diciembre de 2011.

⁸² Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la alimentación*, Olivier De Schutter, A/HRC/19/59, 26 de diciembre de 2011.

⁸³ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la alimentación*, Olivier De Schutter, A/67/268, 8 de agosto de 2012.

las Formas de Discriminación Contra la Mujer (artículo 12); la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 28); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 10); y la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25).

El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que el derecho al más alto nivel posible de salud no sólo implica el acceso a determinadas acciones o prestaciones por parte del Estado, sino a generar medidas tendientes a asegurar la efectividad plena del derecho. Los Estados partes en el Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho figuran las necesarias para: a) la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.⁸⁴

El Comité de DESC, en su Observación General núm. 14, sobre el disfrute del más alto nivel posible de salud, ha señalado que el derecho a la salud surge como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también los factores determinantes de la salud, como acceso al agua limpia y potable y a condiciones sanitarias adecuadas; suministro adecuado de alimentos; una nutrición adecuada; una vivienda

⁸⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, artículo 12.

adecuada; condiciones sanas en el trabajo y el ambiente; acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva y participación de la población en los procesos de toma de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud.⁸⁵

Otros Comités de Naciones Unidas han establecido en sus Observaciones Finales a los Estados, diversos pronunciamientos sobre el derecho a la salud. Por ejemplo: el Comité contra la Tortura se ha concentrado en el acceso a la salud de las personas detenidas, incluidas las que están en instituciones psiquiátricas y en la rehabilitación de las víctimas de tortura y violencia sexual.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentenciado a varios Estados latinoamericanos por el derecho a la salud vía interpretación indirecta por los derechos a la vida y a la integridad personal establecidos en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente. En el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, por la muerte del señor Damiao Ximenes Lopes, persona con enfermedad mental, en circunstancias violentas, la Corte Interamericana señaló que

los Estados tienen el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental. La anterior obligación se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios de salud básicos; la promoción de la salud mental; la prestación de servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posibles, y la prevención de las discapacidades mentales. Debido a su condición psíquica y emocional, las personas que padecen de discapacidad mental son particularmente vulnerables a cualquier tratamiento de salud, y dicha vulnerabilidad se ve incrementada cuando las personas con discapacidad mental ingresan a instituciones de tratamiento psiquiátrico. Esa vulnerabilidad aumentada, se da en razón del desequilibrio de poder existente entre los pacientes y el personal médico respon-

⁸⁵ Comité DESC, Observación General núm. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, E.C./12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párrafos 57 y 58.

sable por su tratamiento, y por el alto grado de intimidad que caracterizan los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas.⁸⁶

Otros instrumentos internacionales señalan expresamente el derecho a la salud, tales como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 16), y la Carta Social Europea (artículos 11 y 13).

El Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y Bienestar del Niño condenó a Kenia en el caso Nubians, señalando que la niñez Nubian tiene menos acceso a los servicios de salud en comparación con las comunidades en donde no se encuentra niñez de esta etnia. Existe de facto inequidad en su acceso a los servicios de salud disponible y esto es atribuible en la práctica a la falta de estatus de ciudadanía en la República de Kenia. Sus necesidades de salud no han sido efectivamente reconocidas y adecuadamente equipadas incluso en el contexto de los recursos disponibles para el cumplimiento del derecho a la salud por el Estado keniano.⁸⁷

El Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental fue creado por la Resolución 2002/31 de la Comisión de Derechos Humanos. Con posterioridad a la sustitución de la Comisión por el Consejo de Derechos Humanos, en junio de 2006, renovó y prorrogó el mandato del Relator.

El mandato del Relator Especial concentra su labor en tres puntos, los cuales son el promover y alentar el derecho a la salud como derecho humano fundamental; establecer el contenido del derecho a la salud, y determinar las prácticas adecuadas para hacer realidad el derecho a la salud a nivel comunitario, nacional e internacional.

⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006, párrafos 128 y 129.

⁸⁷ African Committee of Experts on the rights and welfare of the child. *IHRDA and Open Society Justice Initiative (OSJI) (on behalf of children of Nubian descent in Kenya) v Kenya*. 22/03/2011, párrafo 62.

Los métodos de trabajo son muy similares a los relatores del derecho a la alimentación y al agua y al saneamiento. Hasta el momento ha realizado 17 visitas a distintos países, y sus informes anuales se han centrado en esclarecer las fuentes y el contenido del derecho a la salud, la discriminación y el estigma en relación con este derecho;⁸⁸ el derecho a la salud sexual y reproductiva, examinando la relación que existe entre pobreza y el derecho a la salud, en particular las estrategias de reducción de la pobreza, las enfermedades desatendidas y el derecho a la salud y la prevención de la violencia;⁸⁹ la discapacidad mental y el derecho a la salud;⁹⁰ un sistema de salud accesible a todos y los indicadores relacionados con el derecho a la salud;⁹¹ la salud y el movimiento de derechos humanos;⁹² los sistemas de salud y el derecho al más alto nivel posible de salud;⁹³ el derecho a la salud en el contexto del acceso a los medicamentos y los derechos de propiedad intelectual;⁹⁴ el derecho a la salud y la penalización del comportamiento homosexual, la orientación sexual y la identidad de género, el trabajo sexual

⁸⁸ Comisión de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial, señor Paul Hunt, presentado de conformidad con la resolución 3003/31*. E/CN.4/2003/58, 13 de febrero de 2003.

⁸⁹ Comisión de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial, señor Paul Hunt, presentado de conformidad con la resolución 3003/31*. E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004.

⁹⁰ Comisión de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial, señor Paul Hunt, presentado de conformidad con la resolución 3003/31*. E/CN.4/2005/51, 14 de febrero de 2005.

⁹¹ Comisión de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial, señor Paul Hunt, presentado de conformidad con la resolución 3003/31*. E/CN.4/2006/48, 3 de marzo de 2006.

⁹² Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, señor Paul Hunt. A/HRC/4/28, 17 de enero de 2007.

⁹³ Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. A/HRC/7/11, 31 de enero de 2008.

⁹⁴ Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. A/HRC/11/12, 31 de marzo de 2009.

y la transmisión del VIH;⁹⁵ el derecho a la salud de las personas adultas mayores;⁹⁶ y el derecho penal y otras restricciones jurídicas que afectan al derecho a la salud sexual y reproductiva,⁹⁷ la salud ocupacional como parte integrante del derecho a la salud⁹⁸ y la obligación del Estado de asegurar una financiación nacional para la salud suficiente, equitativa y sostenible.⁹⁹

IV. EL DERECHO A LA VIVIENDA

El artículo 11 del PIDESC señala en su párrafo primero: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.¹⁰⁰ El Comité DESC en su Observación General núm. 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada, rescató el concepto de vivienda que reconoció la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda adecuada, el cual “significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad

⁹⁵ Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. A/HRC/14/20, 27 de abril de 2010.

⁹⁶ Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. A/HRC/18/37, 4 de julio de 2011.

⁹⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. A/66/254, 3 de agosto de 2011.

⁹⁸ Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover*. A/HRC/20/15, 10 de abril de 2012.

⁹⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover*. A/67/302, 13 de agosto de 2012.

¹⁰⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. A/RES/2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, artículo 11.1.

adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”.¹⁰¹ Por su parte, el Relator Especial sobre el derecho a la vivienda ha señalado que “el derecho humano a una vivienda adecuada es el derecho de toda mujer, hombre, joven y niño a tener y mantener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y con dignidad”.¹⁰²

Diversos tratados internacionales han incluido en su articulado el derecho a la vivienda, como la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951 (artículo 21); el Convenio núm. 117, de 1962, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre política social (artículo 7); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 14); la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 27); el Convenio núm. 169 de la OIT (artículo 20.2 a); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 43 y 62) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 28).

Respecto a la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el caso de las masacres de Ituango contra Colombia, la Corte IDH determinó que los desalojos forzosos y la destrucción de las viviendas habían violado el párrafo 2 del artículo 11 (el derecho de ser libre de toda injerencia arbitraria o abusiva en el hogar) y el artículo 21 (el derecho a la propiedad) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte consideró que “el efecto que tuvo la destrucción de los hogares

¹⁰¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General núm. 4 relativa al derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Adoptada durante el 60. período de sesiones. E/1992/23.1991, párrafo 7.

¹⁰² Comisión de Derechos Humanos. *Relatoría especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, y sobre el derecho a la no discriminación en este contexto*. E/CN.4/2001/51, 25 de enero de 2001, párrafo 8.

fue la pérdida, no sólo de bienes materiales, sino de todo referente social de los habitantes. También declaró que constituyó una injerencia grave, injustificada y abusiva en la vida privada y el hogar de las víctimas”.¹⁰³

Respecto a los Comités de Naciones Unidas, el Comité DESC, ha publicado las Observaciones Generales núm. 4 (sobre el derecho a una vivienda adecuada)¹⁰⁴ y 7 (sobre desalojos forzosos),¹⁰⁵ así como ha dado seguimiento a los informes de los países a través de las Observaciones Finales tal como es el caso de México. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha considerado este derecho en relación con el principio de no discriminación y con la protección contra la injerencia ilegal en la privacidad de las personas.¹⁰⁶ El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha destacado casos de discriminación que impiden a las poblaciones minoritarias el disfrute efectivo del acceso a una vivienda adecuada.¹⁰⁷ El Comité de los Derechos del Niño ha tratado varias cuestiones en torno a la niñez en situación de calle y niñez desplazada.¹⁰⁸ El Comité contra la Tortura ha planteado preocupaciones sobre la manera en que se han llevado a cabo

¹⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de las Masacres de Itanago contra Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006, párrafo 182.

¹⁰⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General núm. 4 relativa al derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Adoptada durante el 60. periodo de sesiones. E/1992/23.1991.

¹⁰⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General núm. 7 relativa al derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Adoptada durante el 16o. periodo de sesiones. E/1998/22.

¹⁰⁶ Comité de Derechos Humanos. *Observaciones Finales a los Estados: Portugal*. CCPR/CO/78/PRT. 5 de julio de 2003, párrafo 20.

¹⁰⁷ Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. *Observaciones Finales a los Estados: Ucrania*. CERD/C/UKR/CO/18, 8 de febrero de 2007, párrafo 11.

¹⁰⁸ Comité de los Derechos del Niño. *Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Colombia*, CRC/C/15/Add.137, 16 de octubre de 2000, párr. 32 y 60.

los desalojos forzosos y el reasentamiento de comunidades románicas.¹⁰⁹

A nivel regional, el derecho a una vivienda adecuada se encuentra reconocido en el Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante (artículo 13); la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño Africano (artículo 20) y la Carta Social Europea (artículo 31). De igual forma, existen resoluciones internacionales en materia del derecho a la vivienda, a través de la interpretación indirecta de los derechos a la privacidad, a la propiedad y al disfrute pacífico de los bienes y el derecho a la protección de la familia. Tal es el caso del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Carta Social Europea, y la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

La Carta Africana fue interpretada por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en el caso del Centro de Acción para los Derechos Económicos, Sociales *vs.* Nigeria, donde determinó que el derecho a una vivienda adecuada no estaba reconocido explícitamente en la Carta, pero

el resultado de la combinación de las disposiciones que protegen el derecho a disfrutar del mejor estado de salud mental y física que se pueden alcanzar... el derecho a la propiedad y la protección que se otorga a la familia, es prohibir la destrucción injustificada de la vivienda, porque cuando esto ocurre se ven adversamente afectados el patrimonio, la salud y la vida de la familia. Por lo tanto, se observa que el efecto combinado de los artículos 14, 16 y 18.1 conducen a la interpretación de que en la Carta está incluido un derecho a la vivienda.¹¹⁰

Finalmente, la Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho

¹⁰⁹ Comité contra la Tortura. *Conclusiones y Recomendaciones del Comité contra la Tortura: Grecia*. CAT/C/CR/33/2, 10 de diciembre de 2004, párrafo 5 j).

¹¹⁰ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. *Caso Centro de Acción para los Derechos Económicos, Sociales contra Nigeria* (comunicación 155/96), 29 de julio de 2010, párrafo 212.

a un nivel de vida adecuado, que se forma mediante resolución 2000/9 de la Comisión de Derechos Humanos y fue renovada por el Consejo de Derechos Humanos mediante la resolución 6/27. Actualmente se encuentra desempeñando ese cargo la señora Raquel Rolnik, nombrada por el Consejo de Derechos Humanos, en 2008. Entre sus funciones se encuentra la realización de misiones de país, la investigación de cuestiones de preocupación, el examen de comunicaciones de personas o grupos que aleguen violaciones del derecho a una vivienda adecuada y la intervención ante los gobiernos, cuando proceda, en relación con las presuntas violaciones, y la presentación de su informe anual ante la Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos.

En sus informes finales, la Relatoría Especial ha desarrollado estándares internacionales sobre el estatus jurídico y el contenido del derecho a una vivienda adecuada;¹¹¹ la carencia de hogar;¹¹² los desalojos forzosos;¹¹³ la actual crisis financiera, económica, y de la vivienda;¹¹⁴ los megaeventos y su efecto en el derecho a una vivienda adecuada;¹¹⁵ el acceso al agua y el saneamiento como

¹¹¹ Comisión de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado*, señor Miloon Kothari, presentado de conformidad con la resolución 2000/9 de la Comisión. E/CN.4/2001/51, 25 de enero de 2001.

¹¹² Comisión de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto*, Miloon Kothari. E/CN.4/2005/48, 3 de marzo de 2005.

¹¹³ Comisión de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto*, Miloon Kothari. E/CN.4/2004/48, 8 de marzo de 2004.

¹¹⁴ Consejo de Derechos Humanos. *Informe de la Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado sobre el derecho de no discriminación a este respecto*, Raquel Rolnik. A/HRC/13/20, 18 de diciembre de 2009.

¹¹⁵ Consejo de Derechos Humanos. *Informe de la Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado sobre el derecho de no discriminación a este respecto*, Raquel Rolnik. A/65/261, 9 de agosto de 2010.

elementos del disfrute del derecho a una vivienda adecuada,¹¹⁶ las mujeres y el derecho a la vivienda,¹¹⁷ políticas actuales de financiación de la vivienda y sus efectos en el derecho a una vivienda adecuada de las personas que viven en la pobreza.¹¹⁸

V. COROLARIO

El desarrollo de los elementos de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales se encuentra por debajo de la línea de análisis en muchos de los ámbitos en los que se discuten los derechos humanos en comparación con los derechos civiles y políticos, debido a una serie de mitos que se construyeron a su alrededor desde una perspectiva filosófica, política, histórica, económica y jurídica. El Sistema de las Naciones Unidas, a través de sus diferentes Órganos e instituciones, así como otros mecanismos regionales, han hecho un amplio trabajo en robustecer los DESC e ir rompiendo los mitos que hicieron daño durante muchos años.

La propuesta del análisis del derecho constitucional de los derechos humanos que planteo no es más que una visión de entender, retomando las palabras del juez Antonio Augusto Cançado Trindade, que “las normas jurídicas del derecho internacional de los derechos humanos deben ser interpretadas y aplicadas teniendo siempre presentes las necesidades apremiantes de protección de las víctimas, y reclamando, de ese modo, la humanización de los postulados del Derecho Internacional Público”.¹¹⁹

¹¹⁶ Comisión de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto*, Miloon Kothari. E/CN.4/2003/5, 3 de marzo de 2003.

¹¹⁷ Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre el derecho sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado*. A/HRC/19/53, 26 de diciembre de 2011.

¹¹⁸ Asamblea General de Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial sobre el derecho sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado*. A/67/289, 10 de agosto de 2012.

¹¹⁹ Cançado Trindade, Antonio, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 48 y 49.

El propósito de este texto es enriquecer el contenido, las aproximaciones y el análisis jurídico sobre los DESCAs que los operadores de justicia, la academia, los y las defensoras de derechos humanos y toda aquella persona que defiende y promueve sus derechos está llamada a implementar de acuerdo con las obligaciones establecidas en la Constitución. Se invita a explorar y a retomar la amplia gama de elementos interpretativos que existen, rompiendo los viejos mitos de que en materia de DESCAs se ha dicho poco.

CONTENIDO ESENCIAL, PROGRESIVIDAD, PROHIBICIÓN DE REGRESIÓN Y MÁXIMO USO DE RECURSOS DISPONIBLES

Daniel VÁZQUEZ
Sandra SERRANO*

SUMARIO: I. *El contenido esencial de los derechos humanos.*
II. *Principio de progresividad.* III. *La prohibición de regresión.*
IV. *El máximo uso de recursos disponibles.* V. *A manera de conclusión.*

Desde el derecho internacional de los derechos humanos se han creado una serie de obligaciones a cargo de los Estados, que se pueden agrupar de la siguiente forma:

1. Obligaciones generales: respetar, proteger, garantizar y promover.
2. Elementos institucionales: disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad.
3. Principios de aplicación: contenido esencial, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles.

Se debe tener cuidado para no confundirse, pese al nombre que le asignó a cada grupo, todos ellos suponen obligaciones internacionales para los Estados y, por ende, también generarán

* Profesores-investigadores en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Sede México.

responsabilidad internacional en materia de derechos humanos en caso de su incumplimiento. En este documento no nos ocuparemos de todos los grupos de las obligaciones en materia de derechos humanos,¹ sólo del tercero: los principios de aplicación. En particular, este último grupo es relevante para pensar los derechos económicos, sociales y culturales, debido a que por su supuesta naturaleza programática, en la teorización de estos derechos es donde más se han desarrollado estas obligaciones.

En efecto, a partir de la disputa proveniente de la Guerra Fría y de la confrontación entre los bloques socialista y capitalista se otorgó un mayor valor a los derechos civiles y políticos por encima de los derechos económicos, sociales y culturales, argumentando que estos derechos costaban dinero, suponían siempre acciones de tipo programático-presupuestal a cargo del Estado, y sus contenidos obligacionales no eran claros y específicos. En conclusión, estos derechos eran sólo algunas directrices deseables en el actuar del Estado. Ahora está claro que no es así. A partir del principio de indivisibilidad de los derechos humanos sabemos que todos los derechos son igualmente valiosos (independientemente de que sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales) y no se pueden establecer jerarquías entre derechos. También se sabe que todos los derechos implican acciones y omisiones a cargo del Estado, y todos requieren procesos de planeación y de presupuestación. Finalmente, la poca o mucha especificación obligacional de un derecho no depende de su naturaleza jurídica,

¹ Para mayor información sobre el análisis de las obligaciones en materia de derechos humanos son útiles Vázquez, Daniel y Sandra Serrano (2011), “Los principios de universalidad, interdependencia, invisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas (hay una reedición de la SCJN); Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel (2012), *El enfoque de los derechos humanos*, México, mimeo, colección: Guía de estudio de la Maestría en Derechos Humanos y Democracia; y Vázquez, Daniel y Serrano, Sandra (2012), *Principios y obligaciones de derechos humanos: una propuesta de derechos en acción*, México, OACNUDH-CDHDF (en prensa).

sino de la forma en que fueron legislados; a la par que dicha especificación se ha venido generando por medio de la jurisprudencia de las Cortes.

Más allá de los argumentos que se han esgrimido para este tratamiento diferenciado, el elemento central es que debido a la falsa naturaleza jurídica de tipo programática que se otorgó a los DESC, las organizaciones nacionales y organismos internacionales dedicados al estudio y aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales son quienes, especialmente, han desarrollado los principios de aplicación mencionados a fin de establecer políticas públicas con perspectiva de derechos humanos a fin de que se cumplan los contenidos y extremos de estos derechos. En buena medida las obligaciones de contenido esencial, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles lo que hacen es determinar los contenidos y extremos de los derechos (tanto económicos, sociales y culturales como civiles y políticos) para especificar los núcleos obligacionales de cumplimiento inmediato y las obligaciones que pueden sujetarse a los principios de progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles.

Antes de comenzar también es relevante hacer un apunte sobre la obligación establecida en el famoso inciso 1) del artículo segundo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en combinación con el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que a la letra dicen:

Artículo 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Artículo 26. Desarrollo progresivo. Los Estados parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y

técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia, cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

La falsa idea de una naturaleza programática junto con la enunciación sobre la obligación de *adoptar medidas* establecida en estos artículos tuvo como consecuencia cierta interpretación errónea por parte de los Estados en torno a las obligaciones sobre DESC. Bajo esta idea, se creía que la adopción de medidas es algo que se puede postergar sin señalar tiempos específicos. Esto no es así. Los Estados están obligados a tomar medidas de forma inmediata; la toma de medidas es una obligación de cumplimiento inmediato que no puede diferirse en el tiempo. En cambio, el tipo de medidas que se adoptan es lo que va a variar Estado con Estado y momento a momento, y esta variación dependerá precisamente de los elementos a los que dedicaremos las siguientes páginas: el contenido esencial de cada derecho, la progresividad, la prohibición de regresión y el máximo uso de recursos disponibles.

I. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La identificación del contenido esencial de un derecho supone el establecimiento de elementos mínimos que el Estado debe proveer a cualquier persona de forma inmediata y sin que medien contraargumentaciones fácticas de imposibilidad provenientes de escasez de recursos o elementos semejantes. Un punto relevante a iluminar es que la identificación de contenidos esenciales de los derechos no sólo establece rutas de acción a cargo de los Estados, sino también los límites de las restricciones posibles. Estas obligaciones mínimas existen con independencia de los recursos con que cuenten los países. Sin embargo, los Principios de Limburgo

y las Directrices de Maastricht establecen que dado que la escasez de recursos no libera a los Estados de sus obligaciones mínimas, en caso de no poder cumplirlas a cabalidad, deben demostrar que han realizado “todo esfuerzo a su alcance para utilizar la totalidad de los recursos que están a su disposición en pos de satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”.²

La determinación sobre el contenido esencial de un derecho supone una pregunta nada fácil de responder: ¿cuál es la base mínima obligatoria a partir de la cual debe progresar el derecho? Una vez identificado el contenido esencial de la obligación, esto no quiere decir que el derecho no puede expandirse, hay que mencionar que los DH establecen los puntos mínimos, no los máximos de cada derecho. De aquí que cobre sentido el contenido esencial como antecedente obligado para explicar la progresividad, la prohibición de regresión y el máximo uso de recursos disponibles.

Lo cierto es que no hay una sola y correcta metodología para determinar el contenido esencial de los derechos. Una primera aproximación la realizó tanto el Comité de Derechos Humanos como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando, a través de sus Observaciones Generales, comenzó a determinar el contenido esencial de ciertos derechos. Siguiendo a Jochen von Bernstorff (2012), el paso inicial para entender esta metodología proviene de la aplicación del artículo 5.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,³ donde se

² Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 1986, párrafos 25-28 y Directrices de Maastricht sobre las Violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 1997, párrafo 10. También, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles...*, *cit.*, p. 90.

³ “Artículo 5.1.- Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo, para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”.

determina que ninguna disposición puede ser interpretada de tal forma que genera una destrucción o limitación superior a la establecida en los propios documentos institucionales de cualquier otro derecho humano. En particular, sustentándose en la segunda variante (limitación superior a la establecida en los documentos convencionales) es que el Comité de Derechos Humanos comenzó a reflexionar sobre los contenidos esenciales de los derechos, en particular como elemento constitutivo del último límite a la restricción de todos los derechos del Pacto (Von, 2012: 158).

Con una lógica semejante, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales comenzó a determinar ciertos aspectos obligacionales como contenidos esenciales de los derechos. Por ejemplo, respecto del derecho a la alimentación adecuada ha sostenido que su contenido mínimo esencial comprende la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para un cultura determinada, y la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos.⁴

Bajo esta metodología, las obligaciones que constituyen los contenidos esenciales de los derechos humanos dejan de ser principios y se convierten en reglas.⁵ Un argumento cercano a este tipo de aproximación (contenido esencial como regla) la realiza Jochen von Bernstorff (2012)⁶ en su defensa a la construcción categórica *versus* la ponderación. Para Jochen (2012:160), la construcción de una forma argumentativa categórica semejante a la realizada por el Comité de DESC es ajena y preferible a las pon-

⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 12. El derecho a una alimentación adecuada, (E/C.12/1999/5), 12 de mayo de 1999, párrafo 8.

⁵ Diferenciar principios de reglas.

⁶ Von Bernstorff, Jochen. (2012). Las formas argumentativas con base en la categorización como alternativa a la ponderación: protección del contenido esencial de los derechos humanos por parte del Comité de Derechos Humanos de la ONU y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/8.pdf>, consultado el 27 de agosto del 2012.

deraciones en la construcción de argumentos de los tribunales, ya que estas formas de argumentación contribuyen al cumplimiento de las funciones centrales de la salvaguarda de los derechos. Bajo esta metodología argumentativa se restringen al máximo las posibilidades del examen de proporcionalidad y, por ende, las ponderaciones generales de los intereses y bienes jurídicos afectados relativas a casos particulares. Jochen ejemplifica la fuerza de esta metodología argumentativa con la determinación de los contenidos esenciales —particularmente de las prohibiciones— en los derechos civiles. Así, observa que la construcción argumentativa categórica del contenido esencial de la prohibición de la tortura supone la imposibilidad del Estado de limitar la integridad física y psíquica de las personas sin que quepa ponderación alguna. Incluso en el caso de que algunas otras prohibiciones, como las de los homicidios estatales, el contenido esencial construido mediante una argumentación-categorial supone que las excepciones a esta prohibición deben ser interpretadas estrictamente y aplicadas independientemente de la ponderación. En este caso, toda sobre-extensión de la excepción constituye una violación al contenido esencial del derecho.

Puede suceder que haya derechos humanos que puedan ser restringibles. ¿Esto nos lleva directamente a la ponderación para determinar el contenido esencial del derecho? Jochen von Bernstorff (2012) dirá rápidamente que no. Previo a la ponderación se pueden utilizar otras técnicas argumentativas. En principio, el Comité de Derechos Humanos ya ha generado una serie de categorías donde no cabe ningún tipo de ponderación, como la detención que excede de cierta duración independientemente de los intereses del Estado; o la obligación de cumplir con el servicio militar de personas que por razones religiosas están impedidas para ello. Además, se ha establecido el examen de idoneidad y necesidad más exhaustivo cuando las restricciones están permitidas para ciertos objetivos estatales, como la seguridad nacional o la salud pública. En estos casos el Estado debe demostrar que la medida en cuestión era necesaria para el logro del objetivo de segu-

ridad nacional o salud pública que se buscaba, donde, entre otras cosas, se debe probar que no se trataba de un peligro abstracto, sino de un riesgo inmediato. Otra estrategia argumentativa que es útil para evitar la ponderación es el examen de necesidad. Bajo este examen, el Estado debe demostrar que no existían medios de intervención de menor intensidad. Así, si la medida tomada supera los exámenes de idoneidad y necesidad, es muy probable que la medida no sea violatoria del contenido esencial del derecho.

De esta forma, Jochen presenta a la argumentación categórica como la forma más óptima de identificar el contenido esencial de los derechos humanos: “Mientras mayor sea la categorización del estilo de argumentación empleado, más elevado será su potencial de protección del contenido esencial” (Von, 2012: 163). Esto supone otros dos aspectos relevantes: quitar de las manos del Estado la facultad de interpretar de forma restrictiva los derechos en situaciones contramayoritarias (cuando el cumplimiento de un derecho —de acuerdo con la interpretación de un Estado— es contraria a la materialización de intereses colectivos particularmente importantes) y, por ende, adoptar una posición abiertamente antiutilitaria de determinar el contenido esencial de los derechos. Pero esto que para Jochen es la principal ventaja de este método, para otros es uno de sus principales defectos, como veremos en la construcción argumentativa por medio de la razonabilidad del contenido esencial. En cualquier caso, concluye Jochen, cuando hay una marcada tendencia a la ponderación como estrategia de argumentación jurídica, habrá una limitada concreción de los contenidos esenciales de los derechos.

Del otro lado se tiene el análisis del contenido esencial de los derechos por medio de análisis de razonabilidad. Mientras que en la metodología anterior el contenido esencial es una regla, en esta propuesta el contenido esencial sigue siendo un principio. El ejemplo más claro es el de la Corte Constitucional de Sudáfrica, que no sólo critica dicho enfoque, sino que desarrolla la llamada revisión de razonabilidad de los derechos positivos. Respecto del contenido mínimo, dicho tribunal identificó primero la difi-

cultad de definir el *mínimo básico*, dado que la situación de cada grupo es diferente, como también lo son sus necesidades sociales. Siguiendo a Sandra Liebenberg, en segundo lugar “señaló que la imposición de un mínimo básico impone obligaciones poco realistas al Estado, ya que ‘es imposible dar acceso a todos, ni siquiera a un servicio básico, de manera inmediata’. Por último, el Tribunal Constitucional sostuvo que el mínimo básico era incompatible con las competencias institucionales y el papel de los tribunales”,⁷ pues implicaría decidir cuál es la política más apropiada. En cambio, la Corte opta por dejar en los poderes Legislativo y Ejecutivo un margen de discrecionalidad más o menos amplio a partir del cual pueda analizar si la política desarrollada es o no razonable, atendiendo a las circunstancias particulares del lugar y de la población.⁸

La pregunta principal que se responde el Tribunal Sudafricano es “si es razonable suponer que las medidas elegidas son capaces de permitir la satisfacción de los derechos en cuestión”. Así, la Corte evalúa la capacidad de inclusión de la medida y su impacto en el corto, mediano y largo plazo. En este sentido, señala Sandra Liebenberg, “la razonabilidad no se evalúa simplemente por el avance estadístico en facilitar el acceso a los diferentes derechos socioeconómicos, sino también por intereses relativos a la dignidad del grupo afectado, especialmente por el impacto de la denegación de derechos específicos a los demandantes”.⁹ En el caso Grootboom, el Tribunal Constitucional sostuvo:

La razonabilidad debe ser entendida también en el contexto global de la Declaración de Derechos. El derecho a tener acceso a una vivienda adecuada está firmemente arraigado, porque valoramos a los seres humanos y deseamos garantizarles sus necesi-

⁷ Liebenberg, Sandra, “Adjudicación de derechos sociales en la Constitución de transformación social de Sudáfrica”, *Anuario de Derechos Humanos 2006*, Santiago, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2006, p. 55.

⁸ Corte Constitucional de Sudáfrica, caso CCT 11/00, *The Government of the Republic of South Africa and Others v. Irene Grootboom and Others*.

⁹ Liebenberg, Sandra, “Adjudicación de derechos sociales...”, *cit.*, p. 56.

dades humanas básicas. Una sociedad debe tratar de garantizar que las necesidades vitales básicas de todos sus integrantes estén satisfechas para poder ser una sociedad basada en la dignidad humana, la libertad y la igualdad. Para ser razonables, las medidas no pueden dejar de lado el grado y el alcance de la denegación del derecho que pretenden hacer realidad. Aquellos cuyas necesidades son más urgentes y que, en consecuencia, corren mayor peligro de no llegar a gozar de todos los derechos, no deben ser ignorados por las medidas propuestas para alcanzar la realización del derecho... Si las medidas, aunque sean exitosas en términos estadísticos, no logran responder a las necesidades de quienes están más desesperados, no podrán pasar la prueba.¹⁰

La revisión de razonabilidad establece un estándar que puede considerarse menor al impuesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre los contenidos mínimos esenciales; sin embargo, la Corte Constitucional de Sudáfrica cuida dos aspectos fundamentales. El primero, relativo a asegurar un margen mínimo de cumplimiento para las poblaciones más necesitadas, pero sin definir exactamente en qué consiste, de forma abstracta, ese mínimo. En segundo lugar, este Tribunal prefiere mantener una posición de no confrontación con los otros Poderes; por ello no designa la política social apropiada, sino sólo analiza la que discrecionalmente fue adoptada por los órganos encargados de ello.

Otras Cortes, como el Tribunal Constitucional de Colombia, han seguido, en principio, el estándar de los contenidos mínimos esenciales, a los que define como

el ámbito necesario e irreductible de conducta que protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de las coyunturas o ideas política[s].

¹⁰ Corte Constitucional de Sudáfrica, caso CCT 11/00..., *cit.*, párrafo 44.

En esta aproximación sí parece que nos encontramos ante una perspectiva de inmutabilidad del contenido mínimo y justificable ante los tribunales; sin embargo, sus efectos deben valorarse con precaución.

Una primera consecuencia de esta aproximación es la inversión de la carga de la prueba al Estado. En efecto, le corresponde al Estado demostrar que a pesar de haber realizado todos los esfuerzos razonables le ha sido imposible satisfacer el derecho sin desatender la protección básica de otros derechos de igual categoría. Esto supone que presente todas las acciones llevadas a cabo y los recursos dispuestos para satisfacer el derecho, corresponde al peticionario exponer las circunstancias por las que considera violado su derecho, pero no así la aportación de pruebas. Todo ello, conviene resaltar, siempre y cuando se trate de uno de los aspectos considerados como contenido esencial.

El segundo aspecto a analizar tiene relación con el proceso seguido por el Estado para determinar la forma en que se cumplirá el derecho y no respecto de su sustancia. El Tribunal colombiano distingue entre un derecho fundamental, que es a la vez un derecho subjetivo y un derecho fundamental que no lo es, de tal forma que sólo los primeros son justiciables en tanto sus disposiciones pueden ser imputadas a uno o varios actores públicos o privados. Así, por ejemplo:

[a]l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo.¹¹

Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia sostiene que en tanto el derecho a la salud, como otros derechos, tiene una

¹¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-859, 2003.

estructura normativa de principio o mandato de optimización, la indeterminación que le subyace debe ser precisada por quien ejerce la labor de fijar el sentido y alcance de este derecho. Esta tarea la realiza la Corte con la ayuda de los instrumentos y resoluciones internacionales a partir de un grupo de principios: continuidad en la prestación del servicio, integralidad, eficacia, eficiencia, universalidad y confianza legítima. De esta forma, por ejemplo, uno de los componentes esenciales del derecho a la salud es la calidad del servicio público, que debe entenderse de conformidad con los citados principios.¹²

Por tanto, lo que analiza la Corte Constitucional en estos casos del derecho a la salud no es el derecho en sí mismo, sino la forma en que el Estado ha desplegado sus obligaciones para respetar, proteger y garantizar que el servicio de salud sea prestado de conformidad con el estándar fijado. Siguiendo con el ejemplo, que los servicios de salud sean de calidad, esto es, que garantice la continuidad en la prestación del servicio, la integralidad, la eficacia, la eficiencia, la universalidad y la confianza legítima.

Lo que se busca es el óptimo del derecho atendiendo a principios, pero también a los procesos que llevaron al Estado a adoptar determinado sistema en un tiempo y espacio determinado. Si bien no se trata de evaluar la mera razonabilidad de la política estatal como en el caso de la Corte de Sudáfrica, sino que se precisan un mayor número de principios, el óptimo del derecho no puede analizarse de una forma inamovible como lo parecería sugerir la literalidad de los comentarios emitidos por el Comité de DESC. Al contrario, tanto la Corte de Sudáfrica como la colombiana parecen poner el énfasis en el procedimiento y el resultado de las políticas estatales para satisfacer el derecho en cuestión más que en el derecho de forma aislado. Esto les permite —en mayor medida a la Corte colombiana y en menor a la sudafricana— evaluar las formas en que se toman las decisiones y proteger a un mayor número de personas, especialmente a los

¹² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-576 de 2008.

grupos en situación de vulnerabilidad, pues se trata de mecanismos dinámicos y no de un núcleo esencial estático. Más allá del estándar que se prefiera, lo fundamental es la satisfacción de las necesidades vitales a las poblaciones que más lo requieren, si esto está satisfecho en cierta forma da lo mismo apearse a la revisión de razonabilidad, al mandato de optimización o al estándar de los núcleos esenciales.

Se tiene, pues, que hay dos situaciones que pueden resultar problemáticas al usar la argumentación categórica para definir el contenido esencial de un derecho:

- En la medida en que la situación de cada grupo es diferente, como también lo son sus necesidades sociales, determinar un solo estándar “mínimo básico” se torna complicado no sólo al interior de un país, sino incluso entre países con diferentes niveles de desarrollo económico.
- Además, este proceso puede llevar a generar obligaciones poco realistas en Estados con situaciones muy precarias y, por otro lado, obligaciones superfluas o irrelevantes para Estados con alta capacidad de recursos de distinta índole.

Frente a esta doble problemática es que tanto la Corte Constitucional sudafricana como la propia Corte Constitucional colombiana ha ensayado la argumentación desde el análisis de razonabilidad de la medida. Por medio de este test se analiza caso por caso sin pretensiones de crear una regla más general. Las categorías que integran este test de razonabilidad son:

- Cuál es la capacidad de inclusión de la medida.
- Qué impacto en el corto, mediano y largo plazo tendrá la medida.
- Cuáles son los intereses relativos a la dignidad del grupo afectado.
- Qué impacto tiene la denegación de derechos específicos a los demandantes.

Sin embargo, de acuerdo con Sandra Fredman, este enfoque a partir de la razonabilidad de la política atendiendo a un lugar y tiempo determinado no es tan lejano de las explicaciones que respecto del contenido mínimo esencial da el Comité de DESC. Explica Fredman que los contenidos mínimos esenciales son una cláusula de optimización de los derechos, esto es, que el Estado no está obligado a hacer más de lo que sus recursos le permitan, pero debe ser capaz de mostrar y explicar que no pudo hacer más de lo que hizo dados esos recursos. Es decir, de nueva cuenta se trata de verificar el funcionamiento de lo satisfecho y su progresión. Así, el contenido esencial se referiría no a un núcleo mínimo indisponible, sino a la obligación de hacer todo lo posible por optimizar el derecho a la supervivencia de los más desaventajados en la sociedad, porque habría muy poco que puede ser más prioritario que garantizar este derecho.

En términos prácticos no habría una distinción muy clara entre ambas aproximaciones, aunque probablemente sea más fácil de atender la explicada por Sandra Fredman a partir del Comité DESC. Cabe señalar, sin embargo, que varias de las Observaciones Generales de dicho Comité van más en el sentido de establecer un núcleo esencial indisponible de los derechos que los Estados no podrían alegar no haber cumplido por no tener los recursos suficientes.¹³ La diferencia con las dos argumentaciones expuestas anteriormente es que esta última no da margen al Estado para explicar cómo fue que distribuyó recursos y priorizó derechos e intervino de forma más directa en la política pública, mientras que las otras dos sí sancionan pero analizan el proceso de generación de la política y la distribución de los recursos disponibles de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación de aquellos sectores más subordinados. La intervención en la política pública, en este último caso, se da a partir de un criterio de optimización o de razonabilidad, pero no en cuanto a su materialización.

¹³ Fredman, Sandra, *Human Rights Transformed...*, cit., pp. 84-87.

II. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

En el interior de cada derecho se tienen múltiples obligaciones. Así, por ejemplo, en los derechos a la educación, a la salud o a la integridad personal, se tendrán obligaciones de respetar, proteger, garantizar y promover derechos humanos que estarán informadas por otras obligaciones de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad. Cada una de estas obligaciones tendrá un contenido esencial mínimo, así como aspectos que no necesariamente serán de cumplimiento inmediato, pero que el Estado está obligado a adoptar medidas para tener un cumplimiento progresivo en un breve lapso: esta es la obligación de progresividad. Una vez decidido el estándar que se utilizará para identificar los elementos mínimos del derecho y realizada dicha identificación, es que entra en acción el principio de progresividad.

La progresividad implica tanto gradualidad como progreso.¹⁴ La gradualidad se refiere a que la efectividad de los derechos no va a lograrse de una vez y para siempre, sino que se trata de un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazo. El progreso patentiza que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar.¹⁵ La progresividad requiere del diseño de planes para avanzar hacia el mejoramiento de las condiciones de los derechos mediante el cumplimiento de dichos planes. Los derechos humanos codificados en tratados internacionales no son más que un mínimo; su progresión está en manos de los Estados,¹⁶ por lo

¹⁴ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales...*, cit., p. 58.

¹⁵ El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que los Estados partes se comprometen a “adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr *progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

¹⁶ Cabe aclarar que este principio no se refiere aquí al momento en que surge la responsabilidad internacional del Estado frente al incumplimiento de la obligación, sino que se trata de una perspectiva que observa la forma en que

que las medidas que adopte deben ser “deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones”.¹⁷ Para validar este proceso progresivo de adopción de medidas, el principio de progresividad supone también la obligación a cargo de los Estados de crear indicadores para poder verificar efectivamente el avance progresivo del ejercicio de los derechos.¹⁸ Estos indicadores permitirán además observar si efectivamente se cumplen los elementos mínimos de cada derecho y si, con el paso del tiempo, nos encontramos frente a un mayor y mejor ejercicio de los derechos, comenzando por los grupos estructuralmente peor situados.

En materia de implementación, este principio aplica por igual a derechos civiles y políticos y a derechos económicos, sociales y culturales, porque siempre habrá una base mínima que deba atenderse, pero, sobre ella, los Estados deberán avanzar en su fortalecimiento. Tradicionalmente se ha relacionado al principio de progresividad con el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, dando a entender que los derechos civiles y políticos deben realizarse de una sola vez. Si bien existen normas que son de exigibilidad inmediata y otras que son de exigibilidad progresiva, es importante no cometer dos errores: confundir la exigibilidad con la autoejecutabilidad de la norma;¹⁹

cada derecho es implementado por el Estado. Esta aclaración es pertinente, porque tratándose de derechos civiles y políticos, un Estado cae en responsabilidad internacional si el derecho no es inmediatamente efectivizado. En cambio, en el caso de los DESC habrá algunas obligaciones cuyo incumplimiento genera la responsabilidad internacional inmediata, mientras que otras no.

¹⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, párrafo 2.

¹⁸ Hay toda una discusión sobre cómo construir indicadores de derechos humanos y, más importante, cómo elaborar los índices que permitan evaluar la progresividad en el ejercicio del derecho.

¹⁹ Las normas autoejecutivas son aquellas que pueden ser directamente aplicadas por las autoridades internas, puesto que establecen con claridad el sujeto a favor de quien se establece el derecho, el contenido de la obligación y el sujeto a cargo de la misma. A diferencia de las normas clásicas del derecho internacional público, el derecho internacional de los derechos humanos establece obligaciones a cargo del Estado y derechos a favor de las personas que

y dar por hecho que las obligaciones inherentes a los derechos civiles y políticos son siempre de exigibilidad inmediata, y las de los derechos económicos, sociales y culturales son siempre de exigibilidad progresiva. Habrá casos en que ciertas obligaciones de los primeros serán progresivas y algunas de los segundos podrán ser de cumplimiento inmediato; por ejemplo, la emisión de una ley que garantice el acceso al derecho a la educación y a la salud respetando el derecho a la igualdad y a la no discriminación.²⁰

III. LA PROHIBICIÓN DE REGRESIÓN

Una vez logrado el avance en el disfrute de los derechos, el Estado no podrá, salvo en ciertas circunstancias, disminuir el nivel alcanzado.²¹ En breve este es el principal contenido de la prohibi-

se encuentran al interior de su territorio. Por ende, se establece una relación jurídica entre particulares y el Estado y en algunos casos incluso relaciones entre particulares, y no sólo relaciones interestatales. Este es un elemento central para poder pensar en la autoejecutividad de la norma. En cambio, las normas no ejecutables son aquellas que necesitan de un desarrollo normativo interno para ser aplicadas. De inmediato podrán darse cuenta que los tratados, en su totalidad, no son autoejecutables o no autoejecutables, por el contrario, al interior de cada tratado habrá cláusulas que son autoejecutables y otras que no lo sean, se requiere ir revisando caso por caso. Más aún, siempre seguramente se requerirá de un proceso de interpretación que permita la aplicación inmediata de la cláusula que integra el tratado de derechos humanos. Rábago, Miguel. (2004), "Aplicación de los tratados internacionales por parte de los tribunales mexicanos: algunas observaciones relativas a su efecto directo", *Revista Mexicana de Derecho Público*, México, ITAM, núm. 6, abril.

²⁰ Cabe aclarar que este principio no se refiere al momento en que surge la responsabilidad del Estado frente al incumplimiento de la obligación, sino que se trata de una perspectiva que observa la forma en que cada derecho es implementado por el Estado. Esta aclaración es pertinente, porque tratándose de derechos civiles y políticos, un Estado cae en responsabilidad internacional si el derecho no es inmediatamente efectivizado. En cambio, en el caso de los DESC habrá algunas obligaciones cuyo incumplimiento genera la responsabilidad internacional inmediata, mientras que otras no.

²¹ De acuerdo con Abramovich y Courtis, "el Estado solo puede justificar la regresividad de una medida demostrando: a) que la legislación que propone pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avance, teniendo en

ción de regresión. Este principio debe observarse en las leyes, políticas públicas, decisiones judiciales y, en general, en toda conducta estatal que afecte derechos. Se trata de un análisis sustantivo sobre las decisiones estatales, es decir, que los contenidos asignados a su actividad no decrezcan lo ya logrado en cuanto al contenido y alcance del derecho. Se trata de evaluar a quién beneficia la medida, a quién perjudica, en qué medida cumple el derecho y, en su caso, cómo lo amplía. De disminuir su alcance en alguna forma, se estará frente a una regresión prohibida.

Ahora bien, la jurisprudencia comparada presenta el caso colombiano, donde la Corte Constitucional ha desarrollado un acervo importante de discusión en torno a este principio, a partir de dos posiciones radicales, una que implica que toda regresión es violatoria y otra que no ve en la regresión necesariamente un problema. La posición adoptada ahora busca más bien un equilibrio entre ambas posiciones, pues habrá situaciones en que deba darse una regresión debido a circunstancias fuera del control del Estado. Sin embargo, como en el caso del contenido mínimo esencial, de nueva cuenta habrá que verificar la razonabilidad de la medida en relación con el conjunto de derechos y la situación que se pretende remediar. Así, la Corte de Colombia ha desarrollado criterios novedosos como las *expectativas legítimas* para salvaguardar los derechos de los trabajadores a la luz de reformas laborales. En todo caso, será necesario que la Corte mexicana también se mueva en estos y otros aspectos para desarrollar parámetros creativos que permitan salvaguardar los derechos de las personas.

Por su parte, el Comité de DESC emitió una Declaración en 2007, donde uno de los puntos que toca es el análisis de los recursos limitados. Al respecto, el Comité señala que cuando un Esta-

cuenta *la totalidad de los derechos previstos en el Pacto* [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales], y b) *que ha empleado todos los recursos de que dispone*, y que aun así, necesita acudir a ella para proteger los demás derechos del Pacto. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales...*, cit., Madrid, Trotta, 2004, pp. 109 y 110.

do argumente una medida regresiva a partir de la existencia de recursos limitados, en caso de que lleguen comunicaciones sobre este punto al Comité de DESC, para determinar si la medida es o no violatoria a derechos humanos el Comité analizará:

1. El nivel de desarrollo del Estado en cuestión;
2. La severidad de la supuesta violación, en particular la situación del disfrute del contenido esencial de los derechos considerados en el Pacto;
3. La situación económica en la que se encuentra el Estado parte, en especial si está experimentado un periodo de recesión económica;
4. La existencia de otras reclamaciones contra el Estado parte sobre recursos limitados; por ejemplo, procedentes de un desastre natural o de un conflicto armado interno o internacional;
5. Si el Estado parte había buscado identificar otras opciones de menor costo;
6. Si el Estado parte había buscado cooperación y asistencia internacional o ha rechazado ofertas de recursos de la comunidad internacional con el propósito de implementar las provisiones necesarias del Pacto sin que haya una razón suficiente.

IV. EL MÁXIMO USO DE RECURSOS DISPONIBLES

Ahora bien, uno podría válidamente preguntarse: ¿cómo se puede observar y garantizar tanto la progresividad como la prohibición de regresión de las obligaciones en materia de derechos humanos? Una herramienta útil es el máximo uso de recursos disponibles. Por ejemplo, a través de un análisis presupuestal se puede observar, primero, cuáles son las cantidades que efectivamente pueden ser disponibles y, después, cómo fueron ejercidas. Así, si en un buen año se obtuvo un ingreso superior al esperado y ese excedente se utiliza en gasto corriente —celulares, compra de autos, etcétera— entonces válidamente

se puede pensar que hubo una violación al principio de máximo uso de recursos disponibles.

De esta forma, el principio de aplicación del máximo uso de recursos disponibles supone revisar que el Estado haga efectivamente un uso del máximo de los recursos que tiene a su disposición. Este uso máximo deberá atender también a las necesidades concretas del lugar y de la población, y comprende no sólo a los recursos económicos, sino también a los recursos tecnológicos, institucionales y humanos. De hecho, el Comité de DESC, a partir de la elaboración del Protocolo Facultativo del PIDESC, con el objetivo de dar certeza a los Estados sobre la forma en que se examinarán las comunicaciones relacionadas con esta obligación, emitió una Declaración sobre la evaluación de la obligación de tomar medidas hasta el máximo uso de recursos de que disponga (Comité de DESC, 2007). En esta Declaración se especifica que la adopción de medidas debe incluir todos los mecanismos apropiados, lo que incluye medidas legislativas, judiciales (u otros mecanismos de exigibilidad), así como medidas administrativas, financieras, educativas y sociales. Por ende, se debe entender también que el máximo uso de recursos está relacionado con todos estos tipos de medidas.

En la misma Declaración, el Comité menciona que el máximo uso de recursos supone la obligación del Estado de asegurar el más alto nivel posible de disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales bajo las circunstancias específicas del Estado. Atendiendo a estas circunstancias, en situaciones de crisis los Estados están obligados a proteger a los grupos más desaventajados o marginalizados de la sociedad mediante la adopción de programas públicos inmediatos. Otro aspecto relevante mencionado en la Declaración es que el máximo uso de recursos disponibles se refiere no sólo a los recursos propios del Estado, sino también a los provenientes de la cooperación y asistencia internacional.

En relación con la administración de recursos económicos, uno de los problemas implicados con este principio tiene que ver con la elección del derecho al que se asignará el recurso y la

proporción que la realización de cada derecho debe ocupar del gasto público. Dado que el Estado tiene obligaciones de inmediato cumplimiento, como los niveles esenciales mínimos de cada derecho, el presupuesto debe garantizar, en primer lugar, estos deberes. Respecto del restante, los recursos deben asignarse de conformidad con los planes desarrollados para atender el aseguramiento progresivo de todos los derechos.

Así, si se ha asignado durante años un presupuesto robusto para el desarrollo de un sistema de justicia que, en la práctica, beneficia a aquellos que interponen causas por materias fiscales más que a la protección de los derechos de los grupos desventajados, no será racional asignar una mayor porción presupuestaria a dicho sistema sobre, por ejemplo, el sistema de salud o el sistema educativo. Ello tampoco implica que no se deba otorgar un presupuesto adecuado al sistema de justicia, sólo que el máximo de recursos disponibles para la justicia deberá ser proporcionalmente menor que el dedicado a otros derechos.

La imagen de un pastel sirve para ilustrar esto. La rebanada de pastel para el sistema de justicia debiera ser más delgada que la rebanada de salud, pero en ambos casos deberá consumirse toda la rebanada. Para partir el pastel, el Estado deberá guiarse por los planes y programas donde se expresa la progresividad de los derechos. El tamaño del pastel, y por tanto, de las rebanadas, va a depender de los recursos con que cuente cada país, de tal forma que Finlandia, por ejemplo, podrá tener un pastel más grande para repartir en menos rebanadas que el pastel de Colombia, que será más pequeño y requerirá de un mayor número de rebanadas, pues tiene más población, más necesidades y menos recursos.

Finalmente, en la Declaración elaborada por el Comité de DESC se señala que el análisis de las comunicaciones relacionadas con el máximo uso de recursos disponibles, y en particular sobre si las medidas adoptadas cumplen con este principio de aplicación, se tomará en cuenta para el estudio de la adecuación o la razonabilidad:

1. El grado en que las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales;
2. Si el Estado parte ejerció su discrecionalidad de una norma no discriminatoria y no arbitraria;
3. Si la decisión del Estado parte para asignar (o no asignar) los recursos disponibles se realizó de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos;
4. Entre múltiples opciones de política pública existentes, si el Estado parte adoptó la forma menos restrictiva a los derechos contemplados en la Convención.
5. El contexto en el que la decisión fue tomada;
6. Si las medidas tomadas consideraron la situación precaria de los grupos o individuos en situación de desventaja y marginalidad, y si ellos no fueron discriminados, y si se priorizó su situación de gravedad y de riesgo.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como el lector seguramente ya se lo está imaginando, el contenido específico de cada de estos principios de aplicación variará dependiendo del derecho al que sea aplicado; así, por ejemplo, unos serán los contenidos esenciales para determinado derecho o para ciertas obligaciones considerando no sólo la estructura jurídica del derecho, sino los contextos en donde se analiza el contenido específico (no será el mismo contenido para Noruega que para Haití). Por ende, también distintos serán los elementos progresivos, las pautas para aplicar la prohibición de regresión y las posibilidades de aplicación del máximo uso de recursos disponibles.

En consecuencia, el principio de progresividad cumple la promesa de la constante creación de los derechos humanos, pues aún después de alcanzados los mínimos y los estándares exigibles siempre permanecerán como una promesa a futuro. En este sentido, los derechos humanos siempre serán los derechos por venir.

EL DERECHO AL MÍNIMO VITAL: SU CONTENIDO Y RELEVANCIA

Juan N. SILVA MEZA*

El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, esencial para el ejercicio de los demás derechos humanos. Este derecho no comprende sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado arbitrariamente de la vida, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad indígena Yákye Axa vs. Paraguay*, párrafo 157.

SUMARIO: I. *¿Qué es el mínimo vital?* II. *Argumentos para reflexionar el derecho al mínimo vital.* III. *El derecho al mínimo vital como estándar para la vigencia de los derechos.*

En las reflexiones sobre los derechos humanos, en particular sobre los derechos sociales, un tema continuamente referido es el del mínimo vital. El Foro Internacional para la Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el marco de la re-

* Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal.

forma constitucional de derechos humanos en México (celebrado el 3 de febrero de 2012 en la Suprema Corte de Justicia de México), no fue la excepción, varios de los ponentes que en él participaron aludieron al mismo. No obstante, se trata de un concepto con diferentes acepciones y del cual se encuentran distintas referencias tanto en el plano teórico como el normativo.

Frente a lo anterior, y en la lógica de aportar herramientas argumentativas para la vigencia de los derechos sociales, se consideró pertinente reflexionar sobre el contenido del concepto de mínimo vital, retomando para ello lo que se ha entendido desde una perspectiva teórica, desde el derecho internacional de los derechos humanos, desde el derecho comparado y desde el marco normativo interno. Una vez precisado el alcance del mínimo vital desde estas cuatro perspectivas, se exponen las razones por las cuales la garantía de este derecho es relevante en un contexto democrático. Finalmente, este ensayo cierra reflexionado sobre cómo el estándar del mínimo vital es un *argumento fuerte* para avanzar en la concreción de los derechos sociales, vía para la existencia de sociedades más igualitarias, condición *sine qua non* de todo Estado democrático.

I. ¿QUÉ ES EL MÍNIMO VITAL?

Como una primera aproximación que sirva para ubicar su contenido esencial, el concepto de mínimo vital alude a la cobertura de ciertas condiciones mínimas vinculadas con las necesidades básicas del individuo. Este primer elemento del concepto es importante en la medida en que permite delimitar el tipo de necesidades que aquél incorpora; es decir, aquellas vinculadas con la supervivencia, como la alimentación, la salud, la educación y la vivienda. En suma, el mínimo vital alude a ciertas prestaciones que garantizan una vida digna y autónoma para las personas.

Partiendo de esta aproximación general del concepto de mínimo vital, hay que analizar cómo se ha entendido desde distintos ámbitos.

1. Desde la perspectiva teórica

No existe una definición única sobre el mínimo vital. Desde un punto de vista teórico, diversos autores han reflexionado en relación al mismo, coincidiendo en ciertos aspectos vinculados con su contenido central, distinguiéndose sobre todo en los elementos que debe incluir.

Luigi Ferrajoli, por ejemplo, se refiere a la existencia de un mínimo vital como componente de la democracia sustancial y precondition de la democracia formal.

De acuerdo con este autor italiano, los derechos fundamentales estipulados en las Constituciones “corresponden, conforme a su forma universal, a expectativas y a necesidades *vitales de todos*”.¹ En esta referencia Ferrajoli vincula los derechos fundamentales con necesidades vitales de todos, sin distinguir cuáles derechos pueden caracterizarse de esa forma. Al aludir a los derechos fundamentales distingue cuatro clases de derechos: los políticos, los civiles, los de libertad y los sociales, articulando con base en ellos las dos dimensiones, formal y sustancial, de la democracia constitucional. Es así como plantea que los derechos civiles y políticos, que equivalen a derechos secundarios o instrumentales, son fundamento de la dimensión formal de la democracia, en tanto los derechos de libertad y los sociales, que equivalen a derechos primarios o sustanciales, lo son de la dimensión sustancial de la democracia.²

Complementando lo anterior, Ferrajoli propone un modelo de democracia construido a partir de cuatro dimensiones de la misma.³ En tanto el concepto de mínimo vital está estrechamente

¹ Ferrajoli, L. (2011), *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, t. 2, Teoría de la democracia, Madrid, Trotta, p. 18.

² *Op. cit.*, p. 23.

³ Luigi Ferrajoli distingue dos dimensiones de la democracia constitucional: la formal y la sustancial, cada una de las cuales a su vez se divide en dos dimensiones: la formal en la democracia política y en la democracia civil, y la sustancial en la democracia liberal y en la democracia social. Cada una de estas dimensiones de la democracia se fundamenta en el ejercicio de ciertos derechos

asociado con los derechos sociales, nos referiremos solamente a una de ellas. La democracia sustancial se divide en dos dimensiones: la liberal, es decir, el sistema de garantías, en su mayoría negativas, para tutelar los derechos de libertad, y la social, prevalentemente positivas, dirigidas a la satisfacción de los derechos sociales. Las garantías liberales, que representan un conjunto de límites al ejercicio de los poderes, configuran el modelo normativo del Estado liberal de derecho; las garantías sociales, al integrar un sistema de vínculos a cargo de la esfera pública, servirán en cambio para construir el modelo normativo del Estado social de derecho.⁴

Para Ferrajoli, estos dos modelos, el de la democracia liberal y el de la democracia social, no son opuestos, al contrario, son complementarios, debido a que la vida y la supervivencia, las libertades fundamentales y los mínimos vitales, las garantías de los derechos de libertad y de los derechos sociales se refuerzan recíprocamente.⁵ En otras palabras, los derechos de autonomía y libertad no deben verse en conflicto con los derechos sociales; por el contrario, el ejercicio de los primeros pasa necesariamente por la garantía de los segundos.

Del desarrollo teórico de este autor italiano se desprenden algunas ideas. En primer lugar, que algunos de los derechos fundamentales están vinculados con la supervivencia de las perso-

fundamentales, la primera en los derechos políticos, la segunda en los derechos civiles, la tercera en los derechos individuales de libertad y autonomía, y la cuarta en la satisfacción de los derechos sociales.

Ferrajoli sostiene que si bien la dimensión política es necesaria para hablar de un sistema democrático, tanto la democracia civil como la liberal y la social son presupuesto de la democracia política, de ahí que las cuatro dimensiones sean necesarias para identificar a la democracia constitucional.

De acuerdo con lo anterior, aunque no cabe hablar de democracia sin los derechos políticos, es inconcebible una democracia constitucional sin derechos fundamentales, debido a que el ejercicio pleno de los derechos políticos y de los derechos de libertad y autonomía demandan necesariamente la vigencia de los derechos sociales. *Cfr. op. cit.*, pp. 23 y 24.

⁴ *Ibidem*, p. 301.

⁵ *Ibidem*, pp. 301 y 302.

nas, como la alimentación, la salud, la vivienda, la educación y el trabajo. En segundo lugar, que en tanto representan necesidades indispensables para garantizar la vida de los individuos, consecuentemente se trata de mínimos vitales; es decir, de requerimientos que de no estar garantizados pondrían en riesgo la vida. En tercer lugar, que la cuarta dimensión del modelo de democracia constitucional propuesto por dicho autor se funda, precisamente, en la garantía de los derechos sociales, entendidos como aquellas necesidades vitales vinculadas con la supervivencia de las individuos.

Finalmente, Ferrajoli plantea que un corolario del derecho a la vida es el derecho a la supervivencia, que conlleva el ejercicio de varios derechos sociales, como el derecho a la alimentación, a la salud, al trabajo, a la educación.⁶ Vivir no solamente requiere de la prohibición de matar, sino que demanda también de tomar las medidas necesarias mínimas para garantizar la supervivencia a través de la satisfacción de mínimos vitales.

Retomando la construcción teórica de Luigi Ferrajoli, la garantía de los derechos sociales, entendidos como el componente del concepto de mínimo vital, estaría relacionada con la ejercicio pleno de los derechos políticos y de libertad, por una parte, y con la garantía del derecho a la vida, derecho fundamental en tanto condición para el ejercicio de los derechos humanos, por la otra.

Robert Alexy, por su parte, al distinguir entre derechos de defensa y de prestación,⁷ plantea como parte de los segundos los derechos prestacionales en sentido estricto, que corresponden con aquellos derechos del individuo frente al Estado, a algo que podría obtener, de tener los medios financieros suficientes, también de particulares.⁸ Los derechos al trabajo, a la seguridad social, a la educación y a la vivienda representan derechos prestacionales en sentido estricto.

⁶ *Ibidem*, p. 379.

⁷ Alexy, R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 189.

⁸ *Ibidem*, pp. 419 y ss.

Con relación a cuáles son los derechos fundamentales sociales, Alexy plantea que esa es una cuestión de ponderación de principios, pero que el individuo tendrá derecho a la prestación cuando el principio de la libertad fáctica tenga un peso mayor que los principios formales y materiales opuestos tomados en conjunto. Esta condición se cumple en lo que él denomina derechos fundamentales sociales mínimos, como el derecho al mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica.⁹

Luis Jimena Quesada, por otro lado, se refiere al “derecho a recursos mínimos garantizados” aludiendo con ello a la provisión del Estado de las necesidades básicas de cualquier individuo (alimentación, vivienda, salud, educación) que deben estar cubiertas por los servicios públicos de forma que lleguen a los sujetos que no estén en condiciones de proveerse por sí mismos de los recursos precisos.¹⁰

De acuerdo con Encarna Carmona Cuenca, cuando se habla del derecho al mínimo vital, debe referirse al derecho de todos los individuos de contar con una cantidad mínima para hacer frente a las necesidades más básicas (como la alimentación y el vestido). Para esta autora, los derechos a la educación, a la salud y a la vivienda no forman parte del derecho al mínimo vital, debido a que están reconocidos en las Constituciones y en los instrumentos internacionales, lo que supone su garantía. Asimismo, considera que en tanto la mayor parte de los Estados cuentan con la infraestructura de servicios públicos para hacerlos llegar a todas las personas, no deben considerarse como parte del mínimo vital.¹¹

Luego de esta revisión de las posiciones de distintos autores, parece indiscutible su coincidencia en relación con ciertas condi-

⁹ *Ibidem*, pp. 421 y ss.

¹⁰ Quesada, L. Jimena, *La Europa social y democrática de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 277 y 278.

¹¹ Carmona Cuenca, E., “Los derechos sociales de prestación y el mínimo vital”, *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas. Los Derechos Sociales*, p. 184.

ciones básicas, indispensables para la supervivencia de las personas, las cuales están respaldadas en los derechos humanos que las reconocen. De esa forma, el concepto de mínimo vital conlleva la garantía de los derechos a la alimentación, a la salud, a la educación, a la vivienda, al trabajo y a la seguridad social.

2. *Desde el derecho internacional de los derechos humanos*

En este campo el mínimo vital ha tenido un importante desarrollo, tanto en el sentido de considerarlo como un derecho humano como de especificar su contenido.

Antes de abordar ambos aspectos, valdría la pena detenerse en un par de precisiones. La primera tiene que ver con que el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), y como parte de éste los estándares tanto del Sistema Universal como del Interamericano de protección de los derechos humanos, surgen como resultado de un consenso entre los Estados en torno a la creación de un orden internacional o regional que tiene como objeto y fin la protección de los derechos humanos de todas las personas. El énfasis es relevante en la medida en que supone que los instrumentos internacionales a los que se refiere a continuación no fueron impuestos de manera arbitraria, sino que son resultado de un acuerdo entre los Estados sobre los derechos básicos de cualquier ser humano, los cuales han sido ratificados en ejercicio de su soberanía, aceptando con ello las obligaciones impuestas para ellos. En ese sentido, bastaría esa consideración para que los Estados se comprometieran verdaderamente con la protección y garantía de los derechos humanos en aquellos reconocidos.

La segunda consideración es que la creación de un sistema universal y de otro regional de protección de los derechos humanos, desde su origen y a lo largo de su desarrollo, se visualizó como complemento del derecho interno de cada país. De esa forma, el DIDH no supone sobreponerse al ordenamiento interno, sino complementarlo, privilegiándolo de ser el caso, cuando la norma sea más favorable para la persona.

Dicho lo anterior, se abordarán cuál ha sido el desarrollo que ha tenido el mínimo vital en el derecho internacional de los derechos humanos, teniendo presente que las referencias al mismo se encuentran en diversas normas internacionales, de naturaleza jurídica distinta, pero que en su conjunto le han dado contenido, además de especificar las obligaciones de los Estados para la garantía de los derechos contenidos en aquellas.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, considerado el principal documento de reconocimiento de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocido universalmente, así como la base para cualquier regulación adicional que se produzca de cualquiera de los derechos que incorpora, establece lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.¹²

Dos ideas centrales que se desprenden del texto de la Declaración Universal son el reconocimiento de un nivel de vida adecuado como derecho humano, por un lado, y la especificación de su contenido, por el otro, incorporando la salud, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios de asistencia social como parte del mismo. Asimismo, prevé la seguridad social en situaciones específicas, así como la pérdida de medidas de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de la persona. Resulta significativo que aluda al derecho no sólo de la persona, sino también de la familia, a un nivel de vida adecuado.

Adicionalmente, la Declaración Universal establece el derecho de todas las personas a satisfacer los derechos económicos,

¹² Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25.

sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.¹³ La referencia resulta relevante, toda vez que vincula los derechos a la salud, a la educación, a la vivienda, entre otros, a la dignidad humana y al libre desarrollo de las personas.

Finalmente, este documento internacional incorpora el derecho al trabajo y el derecho de toda persona a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana. También establece que ésta será completada por cualquier otro medio de protección social.¹⁴ De esa forma, se prevé el derecho a contar con una vida digna, derivado del goce de un salario adecuado, previendo la protección social como vía complementaria para asegurarlo.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), por su parte, desarrolla el derecho al mínimo vital de la siguiente forma:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho...¹⁵

En esta norma se reitera la idea del derecho a un nivel de vida adecuado como derecho humano, ubicando al sujeto titular de dicho derecho no sólo en la persona de manera individual, sino en la familia. Asimismo, se especifican los aspectos que están relacionados con la existencia de un nivel de vida adecuado. De manera adicional, el PIDESC establece el avance progresivo de las condiciones de existencia para asegurar aquel.

¹³ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 22.

¹⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 23, numeral 3.

¹⁵ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 11.

En el mismo sentido que la Declaración Universal, el Pacto establece el derecho de toda persona de gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren una remuneración que le permita tener condiciones de existencia dignas para ella y su familia.¹⁶

Tanto la DUDH como el PIDESC ponen de manifiesto la relación que se ha planteado entre el derecho al trabajo y el mínimo vital, misma que ha sido interpretada en el sentido de que un nivel de vida digno está asociado a un trabajo con una remuneración adecuada. Resulta indiscutible que contar con ingresos suficientes es una vía para asegurarse condiciones de vida digna; sin embargo, asociar el derecho al mínimo vital con una remuneración deja de lado ciertos elementos.

El primero es que si el derecho al mínimo vital es un derecho humano, consecuentemente es universal, es decir, un derecho de todos los individuos, no pudiendo circunscribirse únicamente a aquellos que tienen trabajo y una remuneración suficiente. El segundo aspecto que se deja de lado es que el primer sujeto obligado para la garantía de los derechos humanos es el Estado, correspondiéndole a éste impulsar las medidas necesarias para garantizarlos.

Sobre esto último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en su jurisprudencia la obligación de los Estados, en tanto garantes de los derechos humanos, de generar condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de las personas,¹⁷ colocando en aquellos la obligación de adoptar medidas positivas para la satisfacción del derecho a una vida digna.

En suma, no debe perderse de vista que la existencia de un nivel de vida digno supone aspectos como la alimentación, la salud, la vivienda y la educación, para cuya garantía es necesario entre otras medidas el desarrollo de políticas públicas dirigidas en ese sentido.

¹⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 7, a, ii).

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad indígena Yakie Axa vs. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125, párrafo 162.

Siguiendo con la tendencia de vincular el derecho a una vida digna con el derecho al trabajo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador, lo desarrolla de la siguiente forma: “Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”.¹⁸

De dicho enunciado podría desprenderse que el derecho a una vida digna depende exclusivamente del derecho al trabajo, interpretación que no puede hacerse sin considerar el desarrollo adicional que ha tenido el propio Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos en relación con este derecho, en el sentido de que el derecho a la vida digna está fundamentado en la dignidad humana, característica inherente de todos los individuos (con independencia de su condición laboral) y de que el goce de ese derecho incluye la satisfacción de otros aspectos como la alimentación, la salud, la vivienda, la educación, entre otros.

Parecería que el estándar incluido en el Protocolo de San Salvador alude al derecho al trabajo como una vía para el acceso a una remuneración a través de la cual se puede tener acceso a ciertas prerrogativas, sin olvidar que la garantía de estas últimas se ubica en primer término en el Estado.

Adicionalmente, como parte de la evolución que ha tenido el derecho internacional de los derechos humanos, existe un desarrollo del derecho al mínimo vital en el sentido de garantizarlo, en especial para grupos de personas en situación de vulnerabilidad, cuya atención se vuelve prioritaria, como es el caso de indígenas, niñas, niños y adolescentes, personas privadas de la libertad, personas en situación de pobreza extrema o marginación, personas con discapacidad, entre otras.

¹⁸ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 6, numeral 1.

En términos generales, el enfoque considerado para la garantía de ese derecho a estas poblaciones es que, en virtud de las condiciones en que éstas se encuentran, se trata de un derecho que supone obligaciones para el Estado, en razón de lo cual la provisión de servicios sociales y de seguridad social no debe manejarse como una especie de *caridad pública*, sino como parte del cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de mínimo vital (vida digna).

No debe perderse de vista, por otra parte, que la suscripción de los tratados internacionales de derechos humanos por los Estados supone la adquisición de una serie de obligaciones generales, concretamente las de respetar, adoptar y de garantizar a todas las personas sometidas a su jurisdicción, todos los derechos humanos reconocidos en tales tratados. En el caso de la obligación de respetar, y tratándose de una obligación de carácter negativo; es decir, de no hacer, impone a todas las autoridades estatales el deber de abstenerse de realizar cualquier conducta que directa o indirectamente lesione, afecte negativamente o extinga los derechos. Se trata de una obligación que supone un claro límite al poder estatal de no actuar frente a una esfera que no puede vulnerar.

La obligación de adoptar, en cambio, es una obligación de carácter positivo; es decir, que supone hacer por parte del Estado, lo que involucra adoptar las medidas —de carácter legislativo y de cualquier otra índole— que sean necesarias para garantizar el goce y ejercicio de los derechos protegidos.

A partir de esta obligación no sólo es necesario impulsar disposiciones constitucionales o legislativas, sino también derogar aquellas que sean incompatibles con los tratados internacionales de derechos humanos.

La obligación de garantizar, también de carácter positivo, impone al Estado el deber de organizar todo el aparato gubernamental de manera que sea capaz de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos, esta obligación sólo puede cumplirse ple-

namente si el Estado adopta medidas positivas para impedir que terceros interfieran, obstaculicen o impidan un derecho humano. De esa forma, prevé la acción del Estado no sólo cuando sus propios agentes vulneran los derechos, sino también ante la posibilidad de que lo hagan particulares.

Para cumplir con la obligación de garantizar, el Estado debe cumplir con cuatro deberes: prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.¹⁹

Si bien en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se encuentran referencias explícitas al derecho al mínimo vital, en algunos de los casos resueltos relacionados con poblaciones indígenas, dicho tribunal ha determinado la violación al derecho a la propiedad, vinculándolo con la violación al derecho a la vida, en tanto, no se ha garantizado la existen-

¹⁹ El deber de prevenir supone impulsar medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y aseguren que las violaciones de éstos sean hechos ilícitos.

Como su nombre lo dice, el de investigar demanda que toda situación en que se hayan violado derechos humanos sea investigada con diligencia y no como una mera cuestión de trámite. Este deber no se incumple si la investigación no conduce a resultado satisfactorio, siempre y cuando se lleve a cabo con seriedad.

Los deberes de prevención e investigación son de medio o de comportamiento, no de resultado; sin embargo, deben ser asumidas por el Estado como un deber jurídico propio y no como meras cuestiones formales o de trámite.

El deber de sancionar, por su parte, involucra castigar a los responsables de violaciones a los derechos humanos, incluyendo tanto a los autores materiales como intelectuales. Puede implicar la modificación de la legislación interna (como las leyes de amnistía o de ausencia de tipos penales), cuando tienen como consecuencia la impunidad. Medidas como éstas buscan garantizar el derecho a la justicia, partiendo del hecho de que la impunidad conduce a la repetición de violaciones de derechos humanos.

El deber de reparar demanda que frente a violaciones de derechos humanos el Estado este obligado a reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación. Consiste en el restablecimiento de la situación anterior y la adopción de medidas para hacer desaparecer los efectos de las violaciones, en pocas palabras, garantizar los derechos y reparar las consecuencias. *Cfr.* Dulizky, A. (2004), "Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos", en Martín, C. Rodríguez-Pinzón, D. (comp.). *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Fontamara-Universidad Iberoamericana, pp. 79-118.

cia de condiciones de vida dignas (vinculadas con el acceso a la alimentación, a la salud, a la educación y, por supuesto, a la vivienda).²⁰

Como principios generales la Corte Interamericana ha establecido lo siguiente:

150. El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. De conformidad con el artículo 27.2 de la Convención este derecho forma parte del núcleo indelegable, pues se encuentra consagrado como uno de los que no puede ser suspendido...

151. En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable.

152. En este sentido, la Corte ha señalado en su jurisprudencia constante que el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción.

153. En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para... salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna,

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad indígena Yá-kie Axa vs. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia del 29 de marzo de 2006, serie C, núm. 146; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214.

lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho.²¹

Es así como en el Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos encontramos referencias a condiciones de vida digna como componente obligado para la garantía del derecho a la vida, pudiendo establecer un vínculo entre este último y el mínimo vital.

3. Desde el derecho comparado

Para conocer cómo se ha incorporado el derecho al mínimo vital en otros países y cómo se ha entendido, a continuación se analiza su reconocimiento en la Constitución española, por un lado, y en la Constitución Política de Colombia, por el otro, retomando el contenido que se ha dado a dicho derecho a partir de sentencias de la Corte Constitucional de Colombia.

No es común encontrar un reconocimiento explícito del derecho al mínimo vital en los textos constitucionales. La Constitución española de 1978 refuerza esta idea en la medida en que no contiene un reconocimiento expreso del derecho al mínimo vital, aunque es posible deducirlo a partir de la consagración de otros derechos. En primer lugar, el derecho a un mínimo vital puede adscribirse al reconocimiento constitucional del derecho a la vida que se encuentra en el artículo 15. Dicha inclusión tiene como una de sus consecuencias, garantizar a los ciudadanos el derecho a la obtención de prestaciones sociales que faciliten condiciones de subsistencia mínimas.²²

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia del 29 de marzo de 2006, serie C, núm. 146, párrafos 150, 151, 152 y 153.

²² El Tribunal Constitucional alemán se ha pronunciado en el mismo sentido al determinar que el Estado está obligado a proteger el derecho a la vida, en el campo de las prestaciones asistenciales mínimas, eligiendo un medio o varios medios que conviertan en efectivo ese derecho. Tomado de Carmona Cuenca, E., “Los derechos sociales de prestación y el mínimo vital”, *cit.*, p. 1874.

Asimismo, el derecho al mínimo vital se ha deducido del principio del Estado social (artículo 1.1), vinculado con la dignidad de la persona (artículo 10.1) y con algunos principios rectores, como el derecho a la protección de la salud (artículo 43).

La Constitución española también ha sostenido el reconocimiento del derecho al mínimo vital a partir del reconocimiento de ciertos principios que contemplan la protección básica y mínima de determinados colectivos vulnerables frente a la eventual insuficiencia de recursos, tales como el artículo 39 (protección de la familia y los hijos); el artículo 49 (protección de los discapacitados físicos, sensoriales y psíquicos) y el artículo 50 (protección de los ancianos).

Los artículos 40 (“Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económicos y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa”) y 41 (“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”) son dos preceptos adicionales en los que ha fundamentado el derecho de todos los ciudadanos a prestaciones existenciales mínimas.

El derecho al trabajo, reconocido en el artículo 35 de la Constitución española, también se ha considerado como una referencia que da lugar al derecho al mínimo vital, en tanto reconoce “el derecho a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia”.

Debe tenerse en cuenta que la disponibilidad de las prestaciones sociales que reconoce la Constitución española está considerada únicamente para ciudadanos, es decir, para personas de nacionalidad española, lo que representa un límite claro del tipo de individuos que son sujetos de ese derecho.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español podemos encontrar algunas referencias del derecho al mínimo vital. Por ejemplo, en la STC 113/1989 se justifica la legitimidad constitucional de la norma que asegura la inembargabilidad de

las pensiones, con base en el respeto a la dignidad de la persona (artículo 10 de la Constitución española), que impide que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales. Esta sentencia también se apoya en varios principios rectores, como son los que se refieren a la protección de la familia, el mantenimiento de la salud y el uso de la vivienda digna y adecuada (artículos 39, 41, 43 y 47 de la Constitución española).²³

Uno de los países donde el derecho al mínimo vital está reconocido en el marco normativo y ha tenido un amplio desarrollo por su Corte Constitucional es Colombia.

La Constitución Política de Colombia introduce en varios de sus artículos, referencias al mínimo vital. Sin embargo, antes de plantear en dónde se encuentra ese reconocimiento y los términos del mismo, vale la pena precisar la razón por la cual el derecho fundamental al mínimo vital está reconocido y ampliamente desarrollado por la jurisprudencia de su Corte Constitucional. El fundamento se encuentra en la caracterización que el artículo 1o. constitucional hace de la organización política, definiendo al Estado colombiano como Estado social de derecho.

De acuerdo con la Corte Constitucional, el presupuesto central sobre el cual se construye este tipo de organización política es “el de la íntima e inescindible interrelación entre las esferas del Estado y la sociedad” donde ésta se visualiza como “un conglomerado de personas y grupos en condiciones de desigualdad real. El papel del Estado Social de Derecho consiste, así, en crear los supuestos sociales de la misma libertad para todos, esto es de suprimir la desigualdad social”, entendiéndose por ello la acción del Estado dirigida a garantizar condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que el papel del Estado “no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga

²³ Tomado de Carmona Cuenca, E., “Los derechos sociales de prestación y el mínimo vital”, *cit.*, p. 189.

en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y superar los apremios materiales”.²⁴ Es así como la Corte Constitucional de Colombia ha determinado que el derecho al mínimo vital se deriva de los principios de Estado social de derecho, de dignidad humana y de solidaridad.²⁵

Regresando al reconocimiento del mínimo vital en la norma constitucional colombiana, al igual que en las Constituciones mexicana y española, en aquella dicho derecho se deriva del reconocimiento de otros. De esta forma, se ha interpretado que del artículo 1o.²⁶ se deduce, en consonancia con el derecho a la vida y el principio de igualdad sustancial, el derecho al mínimo vital en tanto garantía de la dignidad humana.²⁷

La Corte Constitucional colombiana ha interpretado que el derecho constitucional al mínimo vital se encuentra protegido en el artículo 13 constitucional, que a la letra señala lo siguiente:

Artículo 13o. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

²⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-776/03.

²⁵ *Idem.*

²⁶ El artículo 1o. enuncia lo siguiente: “Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

²⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-776/03.

Como parte del capítulo 2 de la Constitución colombiana, denominado “De los derechos sociales, económicos y culturales”, se establece en el artículo relativo al estatuto del trabajo, que la ley correspondiente deberá tener en cuenta como uno de sus principios mínimos fundamentales, una remuneración *mínima vital*.²⁸ De esa forma, se introduce el mínimo vital como una parte del salario dedicada a la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, misma que deberá ser considerada en la definición de los montos de toda remuneración.

A partir del reconocimiento anterior podría inferirse que el derecho al mínimo vital tiene una estrecha relación con la remuneración. Sin embargo, al ser un derecho fundamental que se deriva del Estado social de derecho, ello conlleva a que el Estado tenga un papel activo en la garantía de condiciones de vida digna, impulsando, como se verá más adelante, tanto medidas de carácter positivo como negativo.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana se encuentra un rico desarrollo con relación al contenido del derecho fundamental al mínimo vital.

Es así como ha determinado que

los bienes y servicios de primera necesidad son aquellos que consumen muy amplios sectores de la población con el propósito de atender aspectos vitales de sus necesidades básicas. Así, los bienes y servicios de primera necesidad, son los que se requieren para satisfacer el derecho a la subsistencia, es decir, para contar con las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, en fin guardan una relación estrecha con el mínimo vital.²⁹

De esta forma, el derecho al mínimo vital involucra las condiciones materiales básicas e indispensables para asegurar una supervivencia digna y autónoma.

²⁸ Constitución Política de Colombia, artículo 53.

²⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-776/03.

Dicho tribunal ha precisado que el objeto del derecho al mínimo vital abarca

todas las medidas positivas o negativas constitucionalmente ordenadas con el fin de evitar que la persona se vea reducida en su valor intrínseco como ser humano, debido a que no cuenta con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. ...Tal derecho protege a la persona... contra toda forma de degradación que comprometa no sólo su subsistencia física sino por sobre todo su valor intrínseco. Es por ello que la jurisprudencia bajo el derecho fundamental al mínimo vital ha ordenado al Estado, reconocer prestaciones positivas a favor de personas en situación de vulnerabilidad.³⁰

De acuerdo con la Corte Constitucional colombiana

el derecho fundamental al mínimo vital presenta una dimensión positiva y una negativa. La dimensión positiva... presupone que el Estado, y ocasionalmente los particulares, cuando se reúnen las condiciones de urgencia, y otras señaladas en las leyes y en la jurisprudencia constitucional, están obligados a suministrar a la persona que se encuentra en una situación en la cual ella misma no se puede desempeñar autónomamente y que compromete las condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación y aniquilamiento como ser humano. Por su parte, respeto a la dimensión negativa, el derecho fundamental al mínimo vital se constituye en un límite o cota inferior que no puede ser traspasado por el Estado, en materia de disposición de recursos materiales que la persona necesita para llevar una existencia digna.³¹

En la jurisprudencia también se ha establecido cuál es el papel que debe desempeñar el juez constitucional en los casos referentes al derecho fundamental al mínimo vital:

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

Con el fin de establecer si el derecho al mínimo vital de una persona ha sido vulnerado por parte de una entidad pública o privada, el juez de constitucionalidad debe considerar e identificar de manera correcta y precisa la situación de hecho bajo estudio, sin entrar a hacer valoraciones en abstracto, lo cual implica realizar una valoración cualitativa más que cuantitativa de su contenido frente al caso concreto de la persona que busca la protección del derecho, atendiendo a sus especiales condiciones sociales y económicas. Ello significa que corresponde al juez de cara a un caso concreto desarrollar una actividad valorativa de las particulares circunstancias que rodean a una persona y su grupo familiar, a sus necesidades, y a los recursos de los que demanda para satisfacerlas, de tal forma que pueda determinar si vista la situación de hecho se está ante la presencia o amenaza de la afectación del derecho al mínimo vital, y sí (sic) por ello se hace necesario que se otorgue de manera urgente la protección judicial solicitada a través de la acción de tutela.³²

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional fijó los requisitos que deben concurrir en un proceso para considerar la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital

...la jurisprudencia constitucional ha señalado unos requisitos que de estar presentes en un caso concreto indican que el derecho fundamental al mínimo vital de un trabajador o pensionado está siendo objeto de amenaza o vulneración, como son: que “(i) el salario o mesada sea el ingreso exclusivo del trabajador o pensionado o existiendo ingresos adicionales sean insuficientes para la cobertura de sus necesidad (sic) básicas y que (ii) la falta de pago de la prestación genere para el afectado una situación crítica tanto a nivel económico como psicológico, derivada de un hecho injustificado, inminente y grave”.³³

De esta forma, nos encontramos ante un desarrollo extenso y reiterado de este derecho por la Corte Constitucional colombiana,

³² Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-865/09.

³³ *Idem*.

que ha servido para identificar su contenido, las obligaciones que éste conlleva y algunas consideraciones para determinar la violación del mismo.

4. *Desde el derecho interno*

Coincidiendo con los textos constitucionales revisados previamente, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no incorpora el derecho al mínimo vital como parte de los derechos humanos que reconoce.

El reconocimiento del derecho a la vida en la norma constitucional bien podría vincularse con el derecho al mínimo vital, partiendo de la idea sostenida a lo largo de este ensayo, de que la garantía de ese derecho conlleva la existencia de determinadas prestaciones públicas que faciliten condiciones de subsistencia mínimas.

A reserva de hacer estudios más exhaustivos que permitan formar un criterio, el reconocimiento, aunque implícito, del derecho al mínimo vital también podría relacionarse con diversos preceptos que contemplan en qué campos debe darse esa protección básica y mínima. La incorporación de los derechos a la educación, a la salud, a la vivienda, a la alimentación y al trabajo parecen configurar el piso mínimo que se ha asociado con el mínimo vital.

La Constitución mexicana establece el derecho a la educación (artículo 3o.), a la salud, a una vivienda digna, además del derecho a la alimentación para niñas y niños (artículo 4o.), y a un trabajo digno (artículo 123).

Además del reconocimiento de estos derechos sociales, la Constitución incorpora una mención sobre el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos. En su artículo 25 se establece que

Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la

Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y dignidad de los individuos, grupos y clases sociales...

En esta referencia, la Constitución establece un claro vínculo entre condiciones económicas y pleno ejercicio de la libertad.

El artículo 123 no solamente reconoce el derecho de toda persona a un trabajo digno, sino que también hace mención de que los salarios deben ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural. De esa forma se vincula el derecho al trabajo y a una remuneración digna con la satisfacción de las necesidades económicas, sociales y culturales de las personas.

Como se ha señalado, si bien la Constitución mexicana no incorpora la referencia explícita del derecho al mínimo vital, varios de sus preceptos parecen apuntar en esa dirección.

En todo caso, el nuevo artículo 1o. constitucional incorpora los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, entre ellos el derecho al mínimo vital que, como acaba de revisarse, es retomado en tres instrumentos ratificados por el Estado mexicano. De esa forma, tanto la Constitución como la DUDH, el PIDESC y el Protocolo de San Salvador, implícita y explícitamente, reconocen el derecho al mínimo vital.

Adicionalmente al reconocimiento normativo, existe un desarrollo del derecho al mínimo vital en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Su Primera Sala ha interpretado que se trata de un derecho presente en el orden constitucional mexicano, haciendo una interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 1o., 3o., 4o., 6o., 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123. En esta tesis se establece que un presupuesto de un Estado democrático de derecho es el que requiere que los individuos tengan como punto de partida

condiciones tales que les permitan desarrollar un plan de vida autónomo, y participar activamente en la vida democrática. En ese sentido, el goce del mínimo vital es un presupuesto del orden constitucional.³⁴

La determinación de un mínimo para una subsistencia digna y autónoma protegido constitucionalmente constituye el parámetro para dar contenido al derecho al mínimo vital, el cual coincide con las condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre.³⁵

Interpretándolo en relación con la materia fiscal, la Primera Sala de la SCJN ha establecido que el principio de generalidad tributaria conforme al cual las personas que reúnan las condiciones relativas a la obligación de contribuir al gasto público deben tributar, conlleva una excepción determinada por el derecho al mínimo vital, en tanto debe admitirse que las personas cuyos niveles de ingreso y patrimonio apenas resultan suficientes para subsistir no deberán ser obligadas a aportar ninguna cantidad a título de contribuciones.³⁶ De esta forma, el mínimo vital se ha reconocido como un límite claro para el pago de impuestos.

Una vez analizado el desarrollo que ha tenido el derecho al mínimo vital desde la perspectiva teórica, desde el derecho internacional de los derechos humanos y desde el derecho comparado e interno, a continuación nos detendremos en reflexionar cuál es el fundamento de ese derecho y a partir de ello su relevancia.

³⁴ Tesis 1a. XCVII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 793. Reg. IUS 172545.

³⁵ *Idem*.

³⁶ Al respecto véanse Tesis 1a.X/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, enero de 2009, p. 547. Reg. IUS 168160; Tesis 1a.XCVIII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 792. Reg. IUS 172546; Tesis 1a. XVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, enero de 2009, p. 5503. Reg. IUS 168137; Tesis 1a./J.77/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 118. Reg. IUS 161233.

II. ARGUMENTOS PARA REFLEXIONAR EL DERECHO AL MÍNIMO VITAL

Existen varios argumentos para reflexionar acerca de la garantía del derecho al mínimo vital.

El primero de ellos es su estrecha relación con la supervivencia de las personas, y en ese sentido con el derecho a la vida.

Si el derecho al mínimo vital hace referencia a condiciones mínimas relacionadas con las necesidades básicas de todo ser humano, consecuentemente está estrechamente vinculado con su supervivencia. Al inicio de este ensayo se retomó jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que el derecho a la vida no solamente demanda de su protección frente a violaciones arbitrarias, sino también de garantizar las condiciones necesarias para la supervivencia. El mínimo vital es de esa forma un estándar que apunta en ese sentido.

Un segundo argumento a favor del mínimo vital es su estrecho vínculo con el ejercicio pleno de la libertad. Luigi Ferrajoli, igual que otros autores, han puesto énfasis en que el ejercicio de los derechos de libertad demanda necesariamente de la existencia de un piso mínimo de condiciones que permitan a los individuos tomar las decisiones que se quiera en completa autonomía.

Del argumento del profesor Ferrajoli se sigue que siendo la libertad uno de los principios básicos de todo Estado de derecho, su ejercicio pleno requiere que las personas tengan acceso a satisfactores básicos, de tal forma que en las decisiones que se toman no esté en juego el acceso a necesidades vitales.

Este vínculo estrecho entre el principio de libertad y el mínimo vital ha llevado a Ferrajoli a sostener la idea de los derechos sociales como prerequisites para la garantía de los derechos de libertad y de autonomía.

En este mismo sentido, Alexy fundamenta los derechos presenciales en sentido estricto en la tesis de la libertad fáctica, de acuerdo con la cual la libertad jurídica para hacer u omitir algo

sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad verdadera de elegir entre lo permitido, carece de valor.

Asimismo, establece que en las condiciones de la sociedad moderna industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en el ámbito vital dominado por ellos, sino que depende esencialmente de actividades estatales de prestación.³⁷

Luis Prieto Sanchís, por su parte, establece que el disfrute de las libertades debe conducir a decisiones públicas a favor de la consecución de un nivel de vida para todos los titulares de esas libertades, en tanto transforma su titularidad formal en ejercicio real.³⁸

Para Gregorio Peces-Barba, todos los derechos fundamentales son derechos de libertad en tanto pretenden crear las condiciones para el pleno desarrollo de la autonomía, ya que sólo se puede hablar de hombres libres donde se encuentran hombres liberados por la satisfacción de las necesidades.³⁹

En suma, el derecho al mínimo vital es fundamento para el ejercicio pleno de la libertad, principio de cualquier democracia.

Además de la libertad, un principio medular de todo sistema democrático es el de la igualdad, lo que lleva al tercer argumento para justificar la relevancia de reflexionar acerca del mínimo vital. Si entendemos la igualdad no solamente en el plano formal, como prohibición de la discriminación, sino también en el material, como la equiparación de las condiciones reales de existencia, el mínimo vital parece representar una vía para concretar dicho principio, en tanto a través de él se aseguran condiciones materiales mínimas de existencia como base para la igualdad real de las personas.

³⁷ Alexy, R., *op. cit.*, pp. 486 y 487.

³⁸ Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 47 y 48.

³⁹ Peces-Barba, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, BOE-Universidad Carlos III, 1999, p. 247.

III. EL DERECHO AL MÍNIMO VITAL COMO ESTÁNDAR PARA LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS SOCIALES

La garantía de los derechos sociales en México tiene aún mucho camino por recorrer. Argumentos contrarios a su justiciabilidad, desmontados desde el debate teórico y conceptual,⁴⁰ no han servido para avanzar de su reconocimiento en textos normativos nacionales e internacionales a su realización.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 sin duda abre un contexto muy favorable, a partir de la incorporación de diversos principios y criterios interpretativos que son de gran utilidad para la exigencia y garantía de los derechos sociales en México.

Además de dicha reforma, existen estándares internacionales que son una herramienta para litigantes, defensores, impartidores, operadores jurídicos, y en general para todas las personas, en la exigencia de aquellos derechos. El mínimo vital es uno de los estándares que bien podría ser retomado para argumentar la garantía de los derechos sociales.

Asumiendo que el mínimo vital es un derecho humano, que en virtud de lo anterior debe ser garantizado a todas las personas; que está reconocido en varios instrumentos internacionales ratificados por el Estado mexicano; que su garantía pasa por la satisfacción de los derechos a la alimentación, a la vivienda, a la salud, a la educación, al trabajo, entre otros; que se trata de un derecho en estrecho vínculo con el derecho a la vida, no admitiendo ningún tipo de medida u omisión contraria al mismo; que en tanto derecho conlleva obligaciones de prestación para el Estado, parecería que estamos ante una herramienta de gran alcance para la exigencia de los derechos sociales.

Si bien el reconocimiento de estos derechos en tratados internacionales suscritos por el Estado es una razón suficiente para

⁴⁰ Al respecto véase Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004, p. 255; Pisarello, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, p. 138.

exigir su concreción, la distancia que existe entre su reconocimiento y su concreción lleva a dedicar la última parte de este libro a aportar estándares adicionales que sirvan para argumentar a favor de la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales.

El reconocimiento de estos derechos en los tratados internacionales, las ideas de contenido esencial, de progresividad y no regresión y de máximo uso de los recursos disponibles, y el derecho al mínimo vital, son estándares que fortalecen la exigencia de los derechos económicos, sociales y culturales. En suma, se presentan diversas alternativas de argumentación en el litigio de este grupo de derechos que son pauta para exigir su garantía.

En el caso concreto del derecho al mínimo vital, representa un derecho adicional al derecho propiamente social, para exigir la vigencia de este último, con un enorme potencial, que es su estrecho vínculo con el derecho a la vida, uno de los derechos humanos que no admite limitación alguna o la no toma de medidas para su protección.

Ojalá que las ideas vertidas a lo largo de este ensayo sirvan a la o el lector para dimensionar la amplitud de opciones argumentativas, una de ellas el derecho al mínimo vital, con las que se cuenta para exigir la satisfacción de los derechos sociales, en el entendido de que una democracia más acabada, más consolidada, pasa necesariamente por la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales.

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en marzo de 2014 en los talleres de Ediciones Corunda, S.A. de C.V., calle Panteón núm. 209, Bodega 3, Colonia Los Reyes Coyoacán, Delegación Coyoacán, C.P. 04330, México, D.F. Se utilizaron tipos Baskerville Mt Std de 10, 11 y 12 puntos. La edición consta de 3,000 ejemplares impresos en papel bond crema de 75 grs.

