

CAPÍTULO QUINTO

LOS DERECHOS SOCIALES

I. Fundamento, justificación y antecedentes históricos de los derechos sociales: el modelo del Estado social	759
1. El individuo indefenso.	761
2. Los nuevos riesgos sociales	763
3. El papel del Estado	764
4. Estado social, desempeño económico y democracia	769
5. El Estado social como Estado constitucional	771
6. El concepto de derechos sociales	775
Los derechos sociales en la teoría constitucional mexicana.	775
7. Hacia una visión normativa de los derechos sociales.	779
A. El contenido de los derechos sociales.	779
B. La exigibilidad procesal	781
8. Estrategias de exigibilidad de los derechos sociales	782
A. El tema de las diferencias estructurales entre derechos sociales y derechos civiles.	782
B. Las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales	786
C. El acceso a la información en materia de derechos sociales.	797
D. El papel del <i>ombudsman</i> en la protección de los derechos sociales.	798
E. La inconstitucionalidad por omisión	801
II. Derecho a la educación (artículo 3o.)	803
1. El derecho a la educación como derecho social.	803

2. Derecho a la educación y derecho internacional de los derechos humanos	804
3. Datos sobre la educación en México	811
III. Derecho a la protección de la salud (artículo 4o., párrafo tercero)	813
1. El derecho a la salud en el ordenamiento jurídico mexicano .	816
2. El acceso universal a los servicios de salud.	823
3. El derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos	826
4. Indicadores sobre la protección de la salud	841
5. Los nuevos riesgos para la salud	844
6. Derechos de las personas con discapacidad.	846
7. Derechos de los adultos mayores	859
La Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores.	866
IV. Derecho a un medio ambiente adecuado (artículo 4o., párrafo cuarto).	870
V. Derecho a la vivienda (artículo 4o., párrafo quinto).	879
1. Vivienda digna y decorosa.	881
2. Efectos normativos del derecho a la vivienda	882
A. El derecho a la vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho comparado . . .	884
B. El derecho a la vivienda en la Observación General número 4 del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales	889
3. Los desalojos forzosos y el derecho a la vivienda	892
4. Algunos datos sobre la vivienda en México	894
VI. Derechos de los menores de edad (artículo 4o., párrafos sexto, séptimo y octavo).	898

1. El trabajo y la explotación infantiles	905
2. Los menores en el derecho mexicano y en el derecho internacional	908
3. Los menores de edad frente a la justicia penal	920
4. La Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre condición jurídica y derechos humanos del niño	930
5. Datos sobre la niñez en el mundo	935
 VII. Derechos de los consumidores (artículo 28, párrafo tercero).	937
 VIII. Derechos de los trabajadores (artículo 123).	942
1. Algunos antecedentes de los derechos de los trabajadores .	943
2. Los derechos laborales como derechos fundamentales: derecho mexicano y derecho internacional	944
 IX. Derecho a la alimentación	948
1. Hambrunas, población y democracia	949
2. El derecho a la alimentación como derecho fundamental .	951
A. Cuestiones empíricas	953
B. Cuestiones normativas.	957
 X. Derecho al agua	961
1. El derecho al agua en el derecho internacional de los derechos humanos	962
2. El derecho al agua en México	969
 XI. Bibliografía	971

CAPÍTULO QUINTO

LOS DERECHOS SOCIALES

I. FUNDAMENTO, JUSTIFICACIÓN Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS DERECHOS SOCIALES: EL MODELO DEL ESTADO SOCIAL

Antes de emprender el estudio pormenorizado de cada uno de ellos, debe tenerse presente que los derechos sociales, para ser realizados en la práctica, requieren de un cierto modelo de organización estatal,¹ de una serie de condiciones incluso de carácter psicológico y de una base axiológica que permita reconocer el deber moral de hacernos cargo de las necesidades de los demás. Ninguna de las tres cuestiones mencionadas se encontraba presente en el primer constitucionalismo, en parte debido a que no lo permitían sus antecedentes históricos más inmediatos, según se expone más adelante. Para decirlo de forma sintética, los tres requisitos mencionados se pueden encasillar en el concepto del “Estado social”, cuyo surgimiento, desarrollo y expansión es una condición esencial para la existencia de los derechos sociales.²

Para explicar el surgimiento, el desarrollo y la crisis del Estado social hay muchas teorías, cada una de las cuales emplea un diferente método de análisis

¹ Gerardo Pisarello señala, con razón, que “Desde su irrupción como categoría histórica y teórica, la suerte de los derechos sociales ha estado anclada a la del propio Estado”, “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002, p. 115.

² Hay que señalar, sin embargo, que la idea de los “derechos sociales” como derechos de rango constitucional es previa al surgimiento del Estado social. Lo que sucede es que dicha idea no pudo ser llevada a la práctica de forma completa y coherente justamente por la falta de las estructuras estatales que lo permitan; el surgimiento del Estado social vendrá a significar, entonces, la posibilidad de realizar en la práctica esa idea de los derechos sociales como derechos que deben ser tutelados por el sistema constitucional. Al respecto, Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, pp. 72 y ss.

y encuentra una determinada forma de justificación.³ Es muy posible que a varias les asista parte de razón, pero ninguna puede reclamar para sí el monopolio de la verdad en esta materia; en el estudio de procesos históricos marcados por una gran complejidad, que se desarrollan de forma desigual en cada país y que están sujetos a avances y retrocesos, quizá sea más útil, al menos en un texto como el presente, tomar perspectivas de varias aproximaciones teóricas, más que centrarse en algún punto de vista; esto es lo que se hará en las páginas siguientes.

Las principales justificaciones del surgimiento del Estado social pueden dividirse, siguiendo a Contreras Peláez, en pluralistas y marxistas.⁴

Las justificaciones pluralistas pueden ser divididas, a su vez, en funcionalistas y conflictualistas. Para las primeras, el Estado social surge como respuesta a necesidades objetivas suscitadas por la modernización socioeconómica; es decir, en la medida en que el sistema económico va evolucionando y los trabajadores se especializan y emigran a las ciudades, el sistema político debe responder a través de la generación de los contenidos característicos del Estado social. El punto de vista conflictualista defiende que el Estado social es el producto de la presión política de los sectores más desfavorecidos, que a su vez se encuentra generada por la ampliación del sufragio y por el ejercicio del derecho de asociación, que permite una acción más eficaz de la clase obrera a través de los sindicatos.

Por su lado, las justificaciones marxistas también pueden ser divididas en funcionalistas y conflictualistas. Para las primeras el Estado social es la respuesta a ciertas exigencias estructurales del capitalismo maduro;⁵ entre esas exigencias se encontraba, por ejemplo, la necesidad de asegurar la reproducción de la fuerza de trabajo, la necesidad de integrar al movimiento obrero dentro del sistema, abortando cualquier intento de acudir a la vía revolucionaria, etcétera. Para las visiones marxistas conflictualistas el Estado social sería el resultado de una serie de conquistas del proletariado y constituiría un episodio intermedio en la lucha de clases.

³ Además de las obras que se mencionan en las siguientes notas, un buen panorama introductorio puede verse en Esping-Andersen, Gosta, *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 2000.

⁴ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996, p. 12.

⁵ Sobre este tema había insistido, desde sus primeros trabajos, Jürgen Habermas; por ejemplo en su libro *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1975.

Como quiera que sea, el surgimiento del Estado social se da en un contexto histórico en el que están presentes las siguientes tres condiciones:⁶

1. El individuo es incapaz de satisfacer por sí sólo, o con la ayuda de su entorno social más inmediato, sus necesidades básicas;
2. Surgen riesgos sociales que no pueden ser enfrentados por las vías tradicionales, basadas en la responsabilidad individual;
3. Se desarrolla la convicción social de que el Estado debe asumir la responsabilidad de garantizar a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar; si el Estado no cumpliera con esa obligación, se pondría en duda su legitimidad.

Al tratarse de condiciones *estructurales*, por decirlo de alguna manera, para el desarrollo del Estado social, conviene detenernos brevemente en cada uno de los tres aspectos que se acaban de enunciar.

1. *El individuo indefenso*

En las sociedades primitivas, y aun en las sociedades rurales premodernas, los individuos seguramente estaban tanto o más indefensos que los habitantes de nuestras sociedades contemporáneas. En los tiempos recientes esa indefensión ha tomado relevancia por: *a)* el cambio en las condiciones físicas o biológicas de nuestra vida social; *b)* la modificación de la estructura económica relacionada con las condiciones de trabajo, y *c)* un replanteamiento de las redes de asistencia social. Vamos por partes.

Respecto a las condiciones biológicas, hay que constatar que las personas hoy en día pueden vivir muchos más años que hace unos siglos; esto constituye un avance en toda regla y es uno de los signos más positivos de la modernidad, logrado en buena medida por el desarrollo de las ciencias médicas. Sin embargo, ocurre que al vivir más tiempo se multiplican las “situaciones de dependencia” y aumenta el porcentaje de individuos que se encuentran en tales situaciones.⁷ La vejez, la invalidez, las enfermedades crónicas son fenómenos de nuestro tiempo, que no existían prácticamente en las sociedades antiguas.

Además de eso, el desarrollo de las formas de trabajo y el propio desarrollo tecnológico han propiciado el surgimiento de situaciones “artificiales” de de-

⁶ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 13.

⁷ *Ibidem*, p. 13.

pendencia, como el desempleo, la jubilación obligatoria o el alargamiento de los periodos de formación antes de acceder al mercado de trabajo.⁸

Conforme avanza el proceso de urbanización de las sociedades, las personas se vuelven más indefensas, ya que son incapaces de proveerse por sí mismas de los bienes básicos. Mientras que en las sociedades rurales abundaban los esquemas de autoabastecimiento en el seno de las familias o de comunidades un poco más amplias, en la vida urbana es casi imposible que una familia pueda autogenerar su propia comida, su ropa, su vivienda y así por el estilo. Se requiere de la ayuda exterior, ya que el habitante de las ciudades es “un ser del todo desamparado”.⁹

Hay una gran diferencia en el sujeto de los derechos sociales propio del siglo XX y la imagen del trabajador del siglo XIX, que tenía una escasa o nula cualificación, que recién había emigrado del campo a la ciudad, con una familia numerosa al no haberse desarrollado los métodos de control de la natalidad y que carecía de la protección de las reglas que luego iban a desarrollarse en materia de ingreso y estabilidad laboral.¹⁰

Bajo el nuevo esquema al que me estoy refiriendo, las personas ya no dominan su espacio vital, aunque gozan de una mayor amplitud para realizar sus planes de vida; una amplitud propiciada en primer lugar por el alargamiento de los años que dura su existencia, y en segundo término por los desarrollos tecnológicos que han puesto a su disposición una serie de comodidades que hasta hace poco eran impensables. Pero ese nuevo entorno no es uno que dominen, sino que está determinado por la concurrencia de otras personas y por la prestación de un sinnúmero de servicios esenciales para la sociedad en su conjunto. Hoy como nunca los unos dependemos de los otros y no solamente de nuestro entorno más inmediato —como lo era antes la familia o la gente de nuestra comunidad más inmediata—.

Tanto las nuevas condiciones biológicas como las que tienen que ver con las técnicas de organización laboral desbordan las formas tradicionales de asistencia social, basadas en la caridad o en el apoyo de la familia, y requieren necesariamente de apoyos exteriores; estos apoyos, a su vez, deben ser institucionalizados para operar de manera eficiente y gozar de la amplitud necesaria que les permita abarcar a grandes grupos sociales. Es entonces cuando el Estado comienza a hacerse cargo, desplazando de ese modo a las ya conocidas formas de

⁸ *Ibidem*, p. 14.

⁹ *Ibidem*, pp. 15 y 16.

¹⁰ *Ibidem*, p. 18.

compasión y socorro cristianos, y creando lo que se ha llamado la “burocratización de la compasión”.¹¹

2. *Los nuevos riesgos sociales*

En las sociedades contemporáneas nos enfrentamos a riesgos que o no estaban presentes en las sociedades premodernas o bien no se consideraban relevantes para el ordenamiento jurídico, de forma que se dejaba a las personas libradas a su propia suerte.

Contreras Peláez recuerda al menos cuatro *factores de vulnerabilidad* que han generado respuestas jurídicas más o menos contundentes durante el siglo XX:

1. El *desempleo*, que ha producido el surgimiento de políticas económicas de pleno empleo, seguros contra el desempleo, redes de asistencia social e incluso de pensiones desligadas del carácter de trabajador que pueda o no tener el beneficiario, etcétera;
2. La *crisis de la familia*; como ya vimos en el capítulo segundo de este libro, el modelo actual de familia presenta muchas diferencias con respecto al modelo anterior; su nueva organización requiere de formas de auxilio externo, que permitan que se haga frente a los riesgos sociales colectivamente, sobre todo en el caso de familias monoparentales (un adulto viviendo con menores de edad), familias de ancianos, familias que tienen a su cargo personas con discapacidad, etcétera;
3. El *factor del sexo*, que ha generado procesos de “feminización de la pobreza” y afecta principalmente a madres solteras, madres con familia numerosa y bajos ingresos y a ancianas que viven solas; y
4. La *inmigración*; en la actualidad, son los inmigrantes uno de los eslabones más débiles de las sociedades desarrolladas, pues en ellos se presentan, acentuadas, varias de las anteriores características: desempleo, desintegración familiar, exceso de cargas para la mujer, escasa preparación para el trabajo, dificultades de integración social, etcétera.

Aparte de lo anterior, algunos desarrollos tecnológicos han contribuido también a generar nuevos riesgos sociales; esto se percibe claramente al analizar el aumento de los accidentes de trabajo o las enfermedades derivadas de riesgos laborales.

Tradicionalmente, la responsabilidad por los riesgos personales era de carácter individual; es decir, quien causaba el daño era el obligado a repararlo: se

¹¹ *Ibidem*, p. 14.

trata del clásico esquema de la responsabilidad civil. Con el paso del tiempo y el aumento de los riesgos como consecuencia del desvalimiento del individuo, se consideró que era necesario cambiar este esquema para avanzar hacia una “socialización del riesgo”, es decir, hacia la creación de mecanismos institucionales que fueran capaces de responder frente a los riesgos sociales.

Para ello, el Estado debe actuar en dos frentes: la promoción del bienestar y la atenuación o compensación del sufrimiento.¹² Esto conlleva la necesidad de que el Estado actúe frente al infortunio (accidentes de trabajo) y frente a la necesidad (seguro de desempleo, pensiones de viudez, por jubilación, por incapacidad, etcétera). De esta manera, surgen lo que hoy conocemos como los modernos sistemas de seguridad social, que encuentran sus antecedentes en las Leyes de Bismarck, dictadas a partir de 1883; entre ellas se encuentran la Ley de Seguro de Enfermedad y Maternidad de 1883, la Ley de Accidentes de Trabajo de 1884 y la Ley de Seguro de Enfermedad, Jubilación y Defunción de 1889.¹³

La seguridad social, tanto por medio de la asistencia en caso de siniestro o la cobertura de riesgos (accidentes laborales, acceso a medicinas, etcétera), o bien a través de la cobertura de situaciones de necesidad (vejez, invalidez, etcétera) es una de las claves y de los signos distintivos del Estado social; quizá sea su nota más presente y representativa, pues a pesar de los varios modelos que existen de Estado social y de las diferentes configuraciones que cada uno de ellos puede tener en un contexto histórico o geográfico, lo que es obvio es que no puede hablarse de Estado social si no se cuenta con un sistema de seguridad social. Como lo señala Benda, la “seguridad social es una expresiva traducción del postulado del Estado social”.¹⁴

3. *El papel del Estado*

Los dos factores que se acaban de analizar (la mayor vulnerabilidad del individuo y la necesidad de hacer frente *socialmente* a los riesgos) exigen que se asuma un nuevo papel por parte del Estado. Ésta es una de las transformaciones que en mayor medida van a afectar a la teoría de los derechos fundamentales y a los procesos de legitimación de los poderes públicos en relación con estos derechos.

¹² *Ibidem*, p. 22.

¹³ Ochendo Claramunt, Carlos, *El Estado del bienestar. Objetivos, métodos y teorías explicativas*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 28.

¹⁴ Benda, Ernesto, “El Estado social de derecho”, en VV. AA., *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 536.

Hay que recordar que, para el primer constitucionalismo, los derechos tenían que imponerse *frente* al Estado; es decir, los derechos se consideraban una especie de valladar frente a las intromisiones de una estructura estatal que, antes de los movimientos revolucionarios de Francia y Estados Unidos, se conducía de manera despótica y no estaba sujeta a más límites que la voluntad del emperador, del rey o del caudillo.

Sin embargo, en el modelo del Estado social, los poderes públicos dejan de ser percibidos como enemigos de los derechos fundamentales y comienzan a tomar, por el contrario, el papel de promotores de esos derechos, sobre todo de los de carácter social. Se entiende ahora que también la concentración de la riqueza y el avance tecnológico no sujetos a reglas pueden vulnerar los derechos fundamentales.¹⁵

De esta manera, la legitimidad de los poderes públicos no depende ya solamente de que no *entorpezcan* o *limiten* el disfrute de los derechos, sino también de que los *promuevan* eficazmente. Esto supone sobre todo un cambio en las mentalidades, derivado de una serie de convicciones sobre las que vale la pena detenerse.

La difusión de ideas humanistas derivadas del pensamiento ilustrado y los importantes avances técnicos que se suceden en el siglo XIX, generan la convicción de que la pobreza y la privación de ciertos bienes fundamentales son incompatibles con la dignidad humana, sobre todo si se toma en cuenta que los avances técnicos permiten una satisfacción universal de esos bienes.

Frente a la pobreza, las sociedades antiguas habían adoptado una actitud de resignación. Con el advenimiento de la Edad Moderna, junto a los pobres estructurales (sujetos a la pobreza por razón de edad, enfermedad o invalidez), surge un conjunto de pobres “coyunturales”, cuyos problemas derivaban de factores aleatorios como las malas cosechas, el incremento en los precios del pan, la muerte de la cabeza de familia, etcétera.¹⁶

La necesidad era atendida, en ese contexto, por las obras de la caridad privada, con frecuencia ligada a movimientos religiosos. Sin embargo, ya desde 1526, un pensador como Luis Vives defiende la necesidad de que el Estado sustituya a las iglesias en el cuidado de los menesterosos.¹⁷

También el pensamiento de la Ilustración comienza a vislumbrar el papel que corresponde al Estado frente a las necesidades sociales; por citar un ejemplo, Montesquieu afirmaba en *El espíritu de las leyes* que

¹⁵ En este sentido, Forsthooff, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.

¹⁶ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 25.

¹⁷ *Ibidem*, p. 27.

En los países comerciantes, donde mucha gente no tiene más que su arte, el Estado se suele ver obligado a precaver las necesidades de los ancianos, los enfermos y los huérfanos. Un Estado bien organizado saca esta subsistencia del fondo de las mismas industrias, dando a unos el trabajo de que ya son capaces y enseñando a otros a trabajar, lo que es ya un trabajo.

Las limosnas que se dan a un hombre desnudo en las calles no satisfacen las obligaciones del Estado, el cual debe a todos los ciudadanos una subsistencia segura, el alimento, un vestido decoroso y un género de vida que no sea contrario a la salud...

Estos párrafos son importantes porque ponen de manifiesto las limitaciones de la caridad privada y señalan los aspectos en los que el Estado debe actuar para asegurar una “subsistencia segura” a todos los ciudadanos: alimentación, vestido y salud representan, según Montesquieu, los objetivos a satisfacer por el Estado, anticipando de esa forma varios de nuestros contemporáneos derechos sociales.

La tendencia hacia la institucionalización de la caridad y la ayuda a los necesitados va cobrando forma en textos jurídicos del primer constitucionalismo, como el artículo 21 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, que señalaba: “La beneficencia pública es una deuda sagrada. La sociedad debe asegurar la subsistencia a los ciudadanos desgraciados, sea proporcionándoles trabajo, sea garantizando los medios de existencia a los que no están en situación de trabajar”.

Las nuevas formas de pobreza que abundan en el siglo XIX generalizan la actitud de que el Estado asuma las funciones caritativas, como consecuencia —en parte— de que las necesidades rebasan notablemente la posibilidad de respuesta de los particulares. En esta actitud frente al Estado tiene una gran influencia la masificación de los derechos democráticos, que permiten que grandes grupos de personas pobres puedan ejercer el derecho de sufragio; también tiene una influencia positiva el ejercicio de la libertad de asociación, que permite sobre todo que los sindicatos y otras formas de organización obrera pongan en la mesa de la discusión “la cuestión social”.¹⁸

Lo intuyó con claridad John S. Mill en su tiempo, cuando escribió que

El gran incremento del poder electoral que la ley sitúa dentro del poder de las clases trabajadoras es permanente... pronto encontrarán los medios de hacer efectivamente instrumental su poder político electoral para promocionar sus fines comunes. Y cuando lo hagan así, no será de la manera ineficaz y desordenada que corresponde a

¹⁸ Sobre este punto, García Herrera, Miguel Ángel, “Antecedentes sociales y teóricos del Estado social: de los pobres al obrero”, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UCM, IJ-UNAM, 2000, t. I, pp. 265 y ss.

una gente no habituada al uso de la maquinaria legal y constitucional, ni tampoco mediante el impulso de un mero instinto de nivelación. Los instrumentos serán la prensa, mítines políticos y asociaciones, y el ingreso en el Parlamento del mayor número de personas posibles, comprometidas en las aspiraciones políticas de las clases trabajadoras.¹⁹

Ya se ha mencionado que los primeros derechos sociales en cuanto formas de protección a los obreros —sin alcanzar todavía el rango de derechos fundamentales— surgen tanto frente a los infortunios derivados del ejercicio del trabajo como frente a los patrones para regular las condiciones laborales de manera que no se permita el menoscabo de la dignidad humana.

Las reivindicaciones sociales se trasladan al Estado, que comienza a incorporar entre sus funciones la de asistencia social. Sin embargo, los movimientos obreros insisten en que no se trata de sustituir la caridad privada por una caridad pública, sino de generar un conjunto de *derechos* que protejan a los trabajadores y a sus familias. La responsabilidad del Estado debe ser entendida, en consecuencia, como una responsabilidad *jurídica*, garantizada incluso a nivel constitucional, de forma que la persona *necesitada* deje de ser *objeto* de la relación asistencial y se convierta en un *sujeto* portador de derechos.²⁰

Asistimos, en el contexto descrito, a una profunda transformación de las relaciones entre Estado y sociedad. Si en la visión del liberalismo clásico se debían mantener separadas ambas esferas, en la visión que sostiene el Estado social se interpenetran y dependen recíprocamente una de la otra. La sociedad condiciona e incide en el Estado a través de los partidos políticos, que articulan las demandas sociales y las convierten, una vez que ganan las elecciones, en normas jurídicas vinculantes.

Por su parte, el Estado interviene en la sociedad para corregir las deficiencias estructurales que derivan de la sociedad capitalista, sacudida por fenómenos recurrentes de crisis, por tasas importantes de desempleo y por la generación de un porcentaje importante de personas en situación de total precariedad, derivada de cuestiones biológicas o producida por los avances de la técnica.

Como escribe Forsthoff, “La constitución jurídica liberal empieza y acaba con la separación de Estado y sociedad... En nuestro tiempo, en que las funciones del Estado se han confundido inextricablemente con los procesos sociales, no podría ya hablarse en modo alguno de una separación de Estado y sociedad”.²¹

¹⁹ *Capítulos sobre el socialismo*, Madrid, Aguilar, 1979, p. 50.

²⁰ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 41.

²¹ Forsthoff, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, cit., pp. 27 y 28.

Manuel García Pelayo describe lo anterior con las siguientes palabras: en el Estado social,

Estado y sociedad ya no son sistemas autónomos, autorregulados, unidos por un número limitado de relaciones y que reciben y envían insumos y productos definidos, sino dos sistemas fuertemente interrelacionados entre sí a través de relaciones complementarias, con factores reguladores que están fuera de los respectivos sistemas y con un conjunto de subsistemas interseccionados.²²

En este contexto, el Estado asume la tarea de lo que el mismo García Pelayo ha llamado “la procura existencial”,²³ que entre otras medidas concretas comporta al menos las siguientes:²⁴

a) El desarrollo de sistemas o el control de sistemas sin los cuales es imposible el despliegue de la vida humana en la civilización de nuestro tiempo; esto puede suponer el control de los poderes privados, restricciones a las grandes concentraciones de capital, la redistribución de la riqueza, la protección de los consumidores frente a las grandes corporaciones, etcétera;

b) La seguridad en distintos aspectos vitales, lo que incluye la protección del medio ambiente, la protección frente a contingencias económicas globales, etcétera;

c) La realización de una serie de prestaciones sociales, entre las que se incluyen lo que en el capítulo segundo de este libro se ha llamado el “derecho a la renta básica” en alguna de sus manifestaciones; la procura de un puesto de trabajo para toda persona que pueda ser capaz de realizarlo, a través de la implementación por el Estado de políticas de pleno empleo; la atención de las personas afectadas por algún tipo de incapacidad o de discapacidad, como desempleados, ancianos, niños, personas con discapacidades mentales, etcétera; provisión de bienes culturales para todas las personas; acrecentamiento de prestaciones sociales, sobre todo a través de los sistemas públicos de seguros y así por el estilo.

²² García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1993, p. 25.

²³ Sobre los antecedentes de este término en el derecho alemán, Carmona Cuenca, Encarnación, *El Estado social de derecho en la Constitución*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000, pp. 58-61.

²⁴ García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit., pp. 29 y 30; ver también, desde una óptica parecida, Ochando Claramunt, Carlos, *El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, cit., pp. 53 y ss.

Se puede afirmar, intentando hacer una síntesis de algunas cuestiones que ya se han mencionado, que el Estado social se caracteriza por las siguientes notas:²⁵

- a) Se constituye como un amplio pacto social, cuyos principales actores son el Estado, los trabajadores, las clases medias urbanas y los empresarios;
- b) Busca atender las necesidades de grandes sectores sociales, principalmente a través de servicios de salud, vivienda y educación;
- c) Cumple el papel de estabilizar la demanda interna mediante el impulso del consumo gubernamental;
- d) Procura la paz social al institucionalizar vías reformistas, que sustituyen a las vías revolucionarias;
- e) Posibilita un marco de crecimiento económico continuo, sostenible y equilibrado;
- f) Crea un régimen fiscal redistributivo; y
- g) Constituye un amplio sector público, dotado de importantes funciones regulativas y, en algunos casos (de forma subsidiaria), directamente productivas.

4. Estado social, desempeño económico y democracia

Hay dos cuestiones que se vuelven capitales para entender la lógica y el funcionamiento del Estado social, tanto en su origen como en su desarrollo y consolidación; la primera es la que tiene que ver con el replanteamiento del lugar de la economía en la sociedad regida por el Estado social; la segunda es la que vincula al Estado social en general con el sistema democrático,²⁶ pero concretamente con un cierto entendimiento de la democracia. Ambas cuestiones guardan una estrecha relación con los derechos fundamentales.

En el Estado social la economía adquiere un papel central, pero cambia de rostro respecto a los planteamientos que existían en el Estado liberal y, desde luego, a los que se tenían en el Antiguo Régimen. La intervención del Estado sobre los procesos productivos se incrementa, ya sea a través de la extensión de los tributos o por medio de la intervención directa de los poderes públicos en la generación de bienes o en la provisión de servicios. Un porcentaje importante del Producto Interno Bruto pasa por las arcas públicas (en algunos países pue-

²⁵ Carbonell, José, "Estado de bienestar", en VV. AA., *Diccionario de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Porrúa, 2002, p. 229.

²⁶ El Estado social, "ha estado íntimamente ligado a la democracia, al grado de que es inconcebible hoy en día la existencia de aquél sin ésta y viceversa", Carbonell, José, "Estado de bienestar", *cit.*, p. 231.

de llegar al 60% del total de los recursos); tales recursos son utilizados en parte para realizar de forma práctica los derechos sociales.

El desarrollo del Estado social y las tareas públicas vinculadas con los derechos sociales pueden generar algunas consecuencias negativas que hay que considerar. Por ejemplo, se observa una creciente tendencia a la autoprogramación de la burocracia encargada de satisfacer los derechos sociales, de modo que los intereses de los funcionarios son puestos en ocasiones por encima de las necesidades del resto de ciudadanos.²⁷

Además de lo anterior, también cabe constatar que la extensión del aparato burocrático y la deficiente regulación a la que está sometido aumentan los ámbitos de discrecionalidad y de opacidad de los poderes públicos. En materia de derechos sociales el principio de legalidad funciona a veces de manera atenuada, por decir lo menos.²⁸

Desde un punto de vista político, el Estado social ha generado signos paternalistas y clientelares. La población se siente tentada a desmovilizarse, como consecuencia de una visión de la democracia en términos puramente delegativos o plebiscitarios. Ante el desinterés de grandes grupos de la sociedad, en algunos países el Estado simplemente ha trasladado algunos servicios públicos esenciales a manos de particulares, incrementando el riesgo de que se generen zonas opacas al control constitucional.²⁹

A pesar de sus tendencias corporativistas, hay que reconocer que en el marco del Estado social, corresponde a los órganos públicos representar al interés general, imponiéndolo contra los intereses gremiales que buscan allegarse los beneficios de la actividad prestacional del Estado para sus integrantes. Aunque las sociedades modernas son sociedades marcadas por un alto grado de corporativismo, es importante que el Estado se mantenga lo más neutral posible con respecto a los grupos enfrentados; su única prioridad deben ser los más necesitados. La realidad de muchos Estados sociales demuestra sin embargo que han sido los grupos de presión organizados los que se han logrado hacer con los beneficios de las políticas sociales.³⁰

Además, las organizaciones que tradicionalmente han reivindicado los derechos sociales muestran en la actualidad fuertes signos de oligarquización, lo

²⁷ Pisarello, Gerardo, “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, *cit.*, p. 116.

²⁸ Ferrajoli, Luigi, “Estado social y Estado de derecho”, en su libro *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2000, pp. 65 y ss.

²⁹ Pisarello, Gerardo, “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, *cit.*, p. 120.

³⁰ *Ibidem*, p. 116.

que genera desconfianza de sus agremiados y extiende las tendencias burocratizantes que se observan en el interior del aparato estatal.³¹

Lo importante en este punto es señalar que el aparato estatal no debe ser rehén de los intereses creados, sino protector de todos los grupos en función de las necesidades que vayan desarrollando con respecto a los bienes básicos que suministra el Estado social (educación, salud, vivienda, un medio ambiente adecuado, calidad de vida, protección para las personas con discapacidad, etcétera). Toca al Estado, de muchas maneras, arbitrar el conflicto social, compensando en ocasiones los intereses de las partes.

Como lo escribe Benda,

La tarea más importante del Estado en el marco de su mandato de configuración social es el deber de defender los intereses generales frente a los intereses de grupo. La idea fundamental de la cláusula del Estado social apunta a que el bien común no resulta automáticamente de la libre concurrencia de las fuerzas sociales y de los individuos, sino que requiere que el Estado con su autoridad arbitre una compensación de intereses.³²

5. *El Estado social como Estado constitucional*

Antes de terminar con esta introducción general a las cuestiones relacionadas con los derechos sociales y antes de pasar al estudio del concepto de derechos sociales y de los concretos derechos sociales que establece la Constitución mexicana, quizá sea de interés recalcar el hecho de que, a consecuencia de todo lo que se acaba de decir, en los textos fundamentales expedidos en el siglo XX el Estado social se *constitucionaliza*, de forma que las aspiraciones sociales y las reivindicaciones obreras dejan de ser buenos deseos y pasan a generar relaciones jurídicas, no sujetas solamente a la lógica de la autonomía de la voluntad y a la forma jurídica del contrato entre las partes, sino regidas, vigiladas y en algunas circunstancias promocionadas por los poderes públicos. De esa manera, se establecen las *reglas del juego* entre el Estado y la sociedad.

Aunque cronológicamente las primeras disposiciones constitucionales en materia de derechos sociales se encuentran en las Constituciones de Querétaro en 1917 y de Weimar en 1919,³³ no es sino hasta la Ley Fundamental de Bonn,

³¹ *Ibidem*, p. 117.

³² Benda, Ernesto, "El Estado social de derecho", *cit.*, p. 540.

³³ Para una primera aproximación al surgimiento del constitucionalismo social en la Constitución de Weimar, ver Carmona Cuenca, Encarnación, *El Estado social de derecho en la Constitución*, *cit.*, pp. 43 y ss.

de 1949, cuando la fórmula del “Estado social de derecho” adquiere reconocimiento constitucional.³⁴

En las primeras fórmulas de consagración de derechos sociales (por ejemplo, en el caso de la Constitución mexicana), más que el reconocimiento constitucional de una nueva forma de Estado, lo que se hacía era dar cobertura en el texto de la carta magna a los derechos de grupos sociales tradicionalmente marginados; así, trabajadores y campesinos, por citar a algunos, que eran grupos que habían alimentado los movimientos revolucionarios de las primeras décadas del siglo XX y que constituían la base social indispensable para la legitimación de los poderes públicos.

En cambio, en los textos de la segunda posguerra, dictados después de 1945, lo que se observa es la consagración constitucional de todo un entramado jurídico, un verdadero cambio de paradigma constitucional. Es entonces cuando podemos decir que el Estado social se consolida, y a partir de ese momento comienza un importante proceso de expansión, tanto desde el punto de vista de sus contenidos como desde una perspectiva geográfica al incrementarse el número de países que intentan adaptarse a sus principios.³⁵

No se trata solamente de que las Constituciones a las que se hace referencia contengan solemnes manifestaciones de principio (“La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social”, dispuso el conocido artículo 20.1 de la Ley Fundamental de Bonn;³⁶ “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, señala el artículo 1.1 de la Constitución española de 1978), sino que a ellas se les acompañan un conjunto de preceptos para hacer posible la intervención del Estado en la sociedad y para asignar a los poderes públicos las responsabilidades concretas que se derivan de la idea general según la cual deben tutelar la “procura existencial”.

³⁴ Carmona Cuenca, *El Estado social de derecho en la Constitución*, cit., pp. 57 y ss.

³⁵ Cfr. Ochando Claramunt, Carlos, *El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, cit., pp. 32 y 33.

³⁶ De la misma Constitución es interesante también ver el artículo 28. La importancia dada a la forma del Estado social recogida en el artículo 20 se refleja en la prohibición de que sea reformada, tal como lo dispone el artículo 79; estamos en presencia de lo que la teoría de la reforma constitucional denomina una “cláusula pétrea”. Para una introducción al estudio de los derechos sociales en Alemania, de entre lo mucho que se ha escrito, puede verse Weber, Albrecht, “Estado social, derechos sociales fundamentales y protección social en la República Federal de Alemania”, en Muñoz Machado, Santiago y otros, *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, Civitas, Escuela Libre Editorial, 2000, pp. 569 y ss.

En México los postulados del Estado social se han ido constitucionalizando por etapas.³⁷ En primer lugar tuvieron reconocimiento constitucional los derechos de los campesinos y los trabajadores (artículos 27 y 123). Luego se fueron incorporando en el texto constitucional otros derechos sociales, como el derecho a la vivienda, el derecho a la salud y la protección a los consumidores. Finalmente, se incorporó el llamado “capítulo económico” en la Constitución, mediante el cual se señalan las responsabilidades del Estado en materia económica.

Por desgracia, los derechos sociales en México fueron capturados por la lógica de un sistema político que basó buena parte de su legitimidad en esquemas paternalistas que más que hacer efectivos esos derechos, creó mecanismos asistencialistas; aunque esos mecanismos durante un tiempo propiciaron resultados que pueden calificarse como no manifiestamente injustos, eso fue logrado al precio de desactivar cualquier contenido normativo de los derechos sociales.

Una consecuencia clara de lo que se acaba de decir se observa al revisar la legislación de desarrollo en materia de derechos sociales; se trata de una legislación que aborda problemas fundamentalmente orgánicos, es decir, que regula a los órganos de la administración pública y reparte competencias, pero no establece prerrogativas concretas para los ciudadanos. Como señala Juan Antonio Cruz Parceró,

Una mirada a estas leyes [las de desarrollo de los derechos sociales] nos proporciona una visión de lo complejo que es este problema. Sin embargo, una nota constante en todos estos ordenamientos es la falta de claridad en el momento de proteger los “derechos”, ya que normalmente suelen conferir deberes *prima facie* al Estado a través de normas programáticas o directrices, de modo que, por mucho que se reglamente, no encontraremos, en términos generales, una protección efectiva de tales derechos. Asimismo, el lenguaje de los derechos que se utiliza en la Constitución pierde fuerza en estos ordenamientos.³⁸

Como se verá en los siguientes apartados, del hecho de que se hayan reconocido por el texto constitucional no se deriva que en la práctica los derechos so-

³⁷ Ver, con carácter general, García Ramírez, Sergio, “Raíz y horizonte de los derechos sociales en la Constitución mexicana”, en su libro *Estudios jurídicos*, México, IJ-UNAM, 2000 y Noriega Cantú, Alfonso, *Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, México, UNAM, 1988.

³⁸ “Los derechos sociales como técnica de protección jurídica”, en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 2001, p. 103.

ciales se hayan realizado plenamente. Ya se han mencionado algunas carencias teóricas y prácticas para hacerlos efectivos; sobre algunas otras volveremos más adelante.

¿Qué cuadro del ordenamiento jurídico en general tenemos luego de la constitucionalización del Estado social? Siguiendo a Abramovich y Courtis, podemos sostener lo siguiente:³⁹

A) Se introducen dimensiones colectivas en el derecho, lo que ocurre a través de la construcción de sujetos de derecho colectivos (sindicatos, grupos de consumidores, etcétera), a través de la articulación de instancias y facultades de negociación colectivas y con la construcción de categorías colectivas o grupales (la noción de medio ambiente, de grupo vulnerable o de salud pública).

B) Se toman en cuentas las desigualdades reales y no simplemente las formales; esto genera a su vez nuevas pautas interpretativas (como las que se expresan en las conocidas fórmulas *favor operatori* o *favor consumatoris*) y nuevas reglas procesales (por ejemplo en materia de carga probatoria, de presunciones en favor de partes procesalmente débiles, etcétera).

C) Se establecen límites a la autonomía de la voluntad; en áreas tradicionalmente dejadas al libre acuerdo de las partes entran en funcionamiento conceptos de orden público y de protección a la dignidad de las personas que pueden generar nulidades contractuales y un importante control estatal de la oferta de bienes públicos y servicios.

D) En relación con el inciso anterior, se limita el ámbito de actuación sujeto a mecanismos contractuales, regulados ahora —con las reglas del Estado social— por medio de leyes; esto produce un efecto de desmercantilización de algunos sectores como resultado del avance del derecho público sobre el derecho privado.

E) Se modifican los criterios de asignación de responsabilidades civiles, como consecuencia del cambio de óptica en materia de generación de riesgos (varios de los cuales se “socializan”, para efecto de proteger a las personas más indefensas) y de distribución de costos.

F) Se amplían las funciones estatales; como ya se ha visto, al asumir el Estado las tareas relacionadas con la “procura existencial” los órganos públicos se multiplican y la burocracia crece de forma sensible. El Estado no se limita a ejercer funciones regulatorias, sino que se reserva para sí ciertas áreas que se consideran estratégicas, lo que conlleva una ampliación de funciones y del gasto público.

³⁹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 54-56.

G) Se incorporan al ordenamiento acciones procesales de carácter colectivo, a través de la ampliación en las posibilidades de acceso a los tribunales (acciones de cumplimiento, acciones de tutela, acciones de clase, etcétera) y por medio de la tutela de bienes colectivos.

En todo caso, importa en este momento subrayar que la constitucionalización del Estado social es una tendencia firme del constitucionalismo contemporáneo, que ha conllevado un cambio de paradigma para el constitucionalismo y para la democracia, quizá el más importante en el desarrollo del Estado constitucional en el siglo XX,⁴⁰ con el objetivo de proteger de mejor manera valores esenciales de las sociedades modernas; tales valores, bajo ese nuevo paradigma, adquieren una protección inédita en otros tiempos al ser reconocidos como derechos fundamentales. En eso consisten, nada más pero nada menos, los derechos sociales, a cuyo estudio se dedican las siguientes páginas.

6. *El concepto de derechos sociales*

De entre todas las categorías de carácter general que hemos analizado o que analizaremos en las páginas que siguen, quizá la que se enfrenta con mayores problemas de comprensión sea la de los derechos sociales. Lo anterior no se debe a que su concepto sea particularmente complejo (aunque tampoco es sencillo, desde luego), sino a las condiciones que lo han acompañado en el contexto jurídico-político nacional, sobre las que conviene detenerse desde el inicio de este capítulo.

Los derechos sociales en la teoría constitucional mexicana

Con respecto a la visión que se ha tenido en México del concepto de derechos sociales, se puede afirmar que no es infrecuente que se les vea como conceptos exclusivamente retóricos. Partiendo de esa premisa, algunos consideran que nada o muy poco cabe decir sobre ellos desde el derecho constitucional.⁴¹

⁴⁰ Como afirma José Carbonell, “Sin duda, puede afirmarse que el resultado más importante del proceso de modernización de la segunda mitad del siglo XX fue la irrupción del componente social dentro de los principios organizativos y rectores de las democracias contemporáneas”, “Estado de bienestar”, *cit.*, p. 231.

⁴¹ Pese a sus defectos, la doctrina nacional no parece ser un caso aislado, ya que, como escriben Abramovich y Courtis al inicio de un libro indispensable sobre el tema de los derechos sociales, “No es raro enfrentarse con opiniones que, negando todo valor jurídico a los derechos sociales, los caracterizan como meras declaraciones de buenas intenciones, de compromiso político y, en el peor de los casos, de engaño o fraude tranquilizador”, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *cit.*, p. 19. Por su parte, Luis Prieto observa que “existe una cierta conciencia de que los derechos socia-

Y no se trata, en el caso de México, de una perspectiva adoptada hace cincuenta años y que ya ha sido superada, sino que sigue estando en buena medida vigente en nuestros estudios constitucionales.

Hay, en este contexto, dos tipos de aproximaciones, que son las que se han impuesto en el pasado y que, como se acaba de decir, siguen teniendo hegemonía dentro de la teoría jurídica nacional.

Para la primera de ellas, los derechos sociales tendrían por objeto regular las relaciones jurídicas entre dos clases sociales, una poderosa, que cuenta con la propiedad de los bienes de producción y que tiene recursos económicos suficientes para ejercer plenamente los derechos fundamentales que la Constitución le reconoce, y otra clase social que estaría caracterizada por tener escasas propiedades y medios económicos muy precarios. Uno de los autores más conocidos en la materia expone este punto de vista en los siguientes términos:

De los antecedentes históricos que acabamos de narrar, se advierte que determinadas clases sociales, colocadas en una deplorable situación económica, exigieron del Estado la adopción de ciertas medidas proteccionistas, de ciertos medios de tutela frente a la clase social poderosa. Por ende... al establecerse las garantías sociales... se formó una relación de derecho entre los grupos sociales favorecidos o protegidos y aquellos frente a los que se implantó la tutela. En vista de esta circunstancia, los sujetos del vínculo jurídico en que se traducen las garantías sociales, son, por un lado, las clases sociales carentes del poder económico o de los medios de producción y en general los grupos colocados en situación precaria, y por otro, las castas poseedoras de la riqueza o situadas en bonacible posición económica... ante las garantías sociales y frente a los derechos y obligaciones que de ellas se derivan, el Estado, por conducto de las autoridades que al efecto establece la ley..., vela por el cumplimiento de todas las modalidades jurídicas y económicas de la relación de derecho en que se ostentan las prerrogativas sociales.⁴²

Una de las peores consecuencias de la forma de entender los derechos sociales que se acaba de mencionar es que sitúa a este tipo de derechos fuera del ám-

les en general y, muy particularmente, los derechos prestacionales o no son auténticos derechos fundamentales, lo que representa una suerte de retórica jurídica, o bien, en el mejor de los casos, son derechos disminuidos o en formación. Esto ocurre incluso en la que parece ser la filosofía política dominante, que concibe estos derechos como expresión de principios de justicia secundarios, cuando no peligrosas confirmaciones del criterio utilitarista que amenaza el disfrute de los derechos individuales”, en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, cit., p. 46.

⁴² Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 35a. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 704 y 706.

bito de obligaciones del Estado, ya que las relaciones jurídicas en materia de derechos sociales se establecerían solamente entre particulares. De esta manera, al Estado le correspondería un papel de vigilante o de árbitro, cuyo objetivo fundamental sería justamente el de vigilar que ninguna de las partes se excediera respecto de la otra, y que ambas cumplieran con lo dispuesto por la Constitución y las leyes. Para este punto de vista, el Estado estaría por encima de las clases sociales en disputa, pero no tendría directamente obligaciones que atender en materia de derechos sociales, más allá de su papel de vigilante.

La segunda aproximación a la que se tiene que hacer referencia es la que entiende que los derechos sociales son mandatos de carácter programático que la Constitución dirige a las autoridades de carácter administrativo, las cuales irán cumpliendo con esos mandatos de acuerdo al monto de recursos económicos de que dispongan y conforme a su propia capacidad administrativa para desarrollar los servicios públicos a través de los cuales se satisfacen los derechos sociales.

Es decir, las normas constitucionales que contienen derechos sociales no son concebidas como verdaderos mandatos, vinculantes para todas las autoridades, sino que representan más bien recomendaciones o programas que las autoridades deben de ir observando según vayan pudiendo o que no deben violar de forma manifiesta y grosera.

Inclusive, el contenido de los derechos sociales no vincula a todas las autoridades, sino nada más a las de carácter administrativo, pues el legislador no está, por virtud de esos derechos, obligado a tomar ningún tipo de medida, ni tampoco los jueces, dentro de cuya esfera de competencias no se encuentra prácticamente ninguna atribución en materia de derecho a la vivienda o de derecho a la educación.

Un argumento que suelen esgrimir quienes defienden este segundo punto de vista es que los derechos sociales no son vinculantes puesto que no pueden ser exigidos jurisdiccionalmente; se trata de la típica confusión entre los derechos y sus garantías, confusión que ha sido puesta de manifiesto y refutada con contundencia por Luigi Ferrajoli en varias de sus obras.⁴³

Este punto de vista puede encontrarse, por ejemplo, en uno de los libros que se han publicado en los últimos años sobre el tema de las garantías individuales en México, en el que se pueden leer afirmaciones como las siguientes:

⁴³ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 59-65; *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 180-196.

mientras las garantías individuales son exigibles por el gobernado en forma directa y ante su violación se tiene el medio procesal idóneo para reivindicarla, que es el juicio de amparo, las garantías sociales lo son de eficacia indirecta. En efecto, este último tipo de preceptos constitucionales requieren de la expedición y puesta en vigor de leyes secundarias y, en específico, de instancias procesales donde plantear la violación a sus contenidos.⁴⁴

A reserva de explicarlo con detenimiento en las páginas siguientes y dejando de lado lo que ya se ha dicho en los párrafos precedentes, se puede desde ahora subrayar algunos equívocos que subyacen a este punto de vista. El primero de ellos es la división tajante entre “garantías individuales” y “garantías sociales”. En segundo lugar podría preguntarse válidamente, ¿con qué base normativa se articula el concepto de “eficacia indirecta”?, ¿cuál es su fundamento?

En tercer término, ¿solamente los derechos sociales requieren de la expedición de leyes secundarias que los detallen?, ¿no pasa lo mismo con la libertad de expresión a través de la tutela penal o civil del honor y la regulación del secreto profesional?, ¿no requieren de leyes secundarias la libertad de trabajo, la libertad de educación, la libertad de imprenta, la libertad de asociación, la libertad religiosa o el principio de no discriminación?

¿Por qué el tema de las “instancias procesales” parece tomar tanta importancia para los derechos sociales y tan poca para los derechos civiles? Como más adelante se explica, es cierto que en la práctica todavía no se han desarrollado cauces procesales para hacer completamente exigibles por vía jurisdiccional los derechos sociales y que una de las tareas pendientes de la ciencia jurídica es criticar dicha omisión, así como proponer las alternativas pertinentes, pero en el estado actual de la cuestión ¿se podría concluir válidamente que la insistencia en la falta de vías procesales deja entrever cierto nerviosismo o cierta incomodidad del sistema político y de los propios jueces frente a la responsabilidad que puede derivarse de una operación de los derechos sociales realizada directamente desde la judicatura?

En fin, se trata de algunas cuestiones que surgen del párrafo transcrito, que es representativo de toda una corriente doctrinal, muy asentada en nuestro imaginario jurídico mexicano y muy defendida en varios escenarios del ordenamiento jurídico nacional, lo mismo por teóricos que por jueces y políticos.

⁴⁴ Rojas Caballero, Ariel A., *Las garantías individuales en México*, México, Porrúa, 2002, pp. 582 y 583.

7. *Hacia una visión normativa de los derechos sociales*

Los derechos sociales tienen que ser entendidos —dejando atrás las dos concepciones que se acaban de comentar— como derechos plenamente exigibles ante todas las autoridades del Estado mexicano, en sus diversos niveles de gobierno. La plena exigibilidad requiere de la creación de una nueva teoría de los derechos sociales, así como de la puesta en marcha de nuevos mecanismos procesales o del mejoramiento de los ya existentes.

Lo anterior significa que, por poner un ejemplo, el derecho a la vivienda genera obligaciones lo mismo para el Poder Ejecutivo federal, que para los congresos locales en las entidades federativas, o que el derecho a la salud debe ser también y en primer término resguardado por el legislador, de forma que en la ley se definan concretamente las obligaciones del Estado en la materia, así como las prerrogativas de los particulares frente a los órganos públicos para hacer efectivas dichas obligaciones. En idéntica situación se encuentran el resto de derechos sociales, los cuales despliegan posiciones subjetivas en favor de todas las personas, a la vez que generan obligaciones para los poderes públicos, en todos sus niveles.

Para desarrollar plenamente la normatividad de los derechos sociales hace falta, en el caso de México, trabajar —entre otras— en dos cuestiones concretas: *a)* el contenido de los derechos sociales, y *b)* la exigibilidad procesal, mismas que desarrollaremos en seguida.

A. El contenido de los derechos sociales

La primera cuestión es la que consiste en determinar el contenido semántico y los alcances concretos de cada derecho social; así, por ejemplo, se debe estar en capacidad de determinar qué significa específicamente que la Constitución establezca el derecho a una vivienda “digna y decorosa”; ¿en qué consiste y qué alcances tiene la “dignidad” y el “decoro” de la vivienda?, ¿cuándo se viola ese mandato constitucional?, ¿qué debe hacer el Estado para darle cumplimiento?, ¿qué significa que la Constitución reconozca el derecho a un medio ambiente “adecuado”?, ¿cuándo el medio ambiente deja de ser adecuado?, ¿qué corresponde hacer a los particulares y qué a las autoridades para preservar el medio ambiente? Y así por el estilo para todos los derechos sociales. En parte, ese intento es el objeto de los apartados que siguen, en los que se analizan en concreto cada uno de los derechos sociales que contiene nuestra Constitución de 1917.

Las dificultades de determinación del contenido de los derechos sociales sin duda que existen y son un obstáculo que se debe superar para hacer plenamente normativos esos derechos, pero no hay que ver en ello un problema insuperable; puede decirse que lo mismo sucede con los derechos de libertad; ¿cómo entender los alcances del derecho a la intimidad?, ¿qué significa en concreto la libertad de procreación?, ¿cuáles son los límites de la libertad de expresión y cuáles las obligaciones del Estado para protegerla? La apertura semántica no tiene que significar, por sí sola, una pérdida de los efectos normativos que pueden derivar de los derechos sociales.

La determinación del campo semántico de los derechos sirve, entre otras cuestiones, para fijar las obligaciones mínimas de los poderes públicos en relación con cada derecho social.⁴⁵ Realizar dicha determinación es una tarea que corresponde desarrollar, en primer término, al legislador, que a través de las leyes debe precisar los contenidos concretos de cada derecho. También es una función de la ciencia jurídica, pues en la medida en que se avance en el plano teórico se podrá también avanzar en el plano práctico.

De forma preliminar, a reserva de lo que sobre cada derecho concreto se dirá más adelante, hay que mencionar que el surgimiento de los derechos sociales representa un cambio profundo respecto a la concepción que sobre los derechos se tenía en el primer liberalismo y que supone también una modificación sustancial en relación al entendimiento del papel del Estado en materia de derechos fundamentales.

De ser entendidos como *derechos de defensa*, en la actualidad los derechos fundamentales pasan a ser *derechos de participación democrática*, y también, como sucede con algunos aspectos de los derechos sociales, *derechos a prestaciones* suministradas por el Estado.⁴⁶ No es posible plantear, en la materia que nos ocupa, puntos de vista ingenuos: los derechos sociales, para ser realizados, requieren de una cierta organización estatal, necesitan de un apoyo social, de un conjunto de actitudes cívicas y de un compromiso democrático serio.

⁴⁵ Para Abramovich y Courtis, la determinación de esas obligaciones mínimas es quizá “el principal déficit del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en la formulación de las normas que consagran los derechos, cuanto en las elaboraciones de los órganos nacionales e internacionales encargados de la aplicación de cláusulas constitucionales o de tratados, y en los escasos aportes doctrinarios al respecto”, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 38 y 39.

⁴⁶ González Moreno, Beatriz, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 19 y 20; sobre el concepto de los “derechos a prestaciones”, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEPC, 2002, pp. 419 y ss.

A explicar el surgimiento y desarrollo (imperfecto y todavía no concluido en ningún país del mundo) de estas condiciones se dedicaron las páginas que conforman el apartado 4. “Estado social, desempeño económico y democracia”, *supra*, en el entendido de que todo ello es lo que explica, justifica y permite sostener teóricamente el desarrollo de los derechos sociales, que por los requerimientos económicos, estructurales y organizativos que comportan no pueden ser estudiados de forma aislada, como si hubieran salido de la nada.

B. *La exigibilidad procesal*

La segunda cuestión en la que se tiene que trabajar en materia de derechos sociales, es en la denuncia de la inexistencia de vías procesales idóneas para hacerlos exigibles, así como en la necesidad de crear esos medios de defensa, de forma que sus violaciones puedan ser llevadas ante los tribunales o ante otros órganos protectores de los derechos fundamentales, como lo pueden ser las comisiones de derechos humanos establecidas en el apartado B del artículo 102 de la Constitución y por las respectivas leyes de desarrollo.

Que esas vías no existan, como ya se ha dicho, no significa que los derechos sociales no obliguen de forma plena a los órganos públicos; implica simplemente —lo cual no es poco desde luego— que sus violaciones no podrán ser reparadas por medio de juicios llevados ante los tribunales nacionales. En este contexto, a la ciencia jurídica le corresponde el deber de sugerir vías alternativas a la de los tribunales para exigir los derechos sociales, así como proponer la creación de procedimientos de carácter judicial para subsanar la laguna que se genera a partir de su inexistencia. Sobre todo esto, que tiene que ver en definitiva con las estrategias para la exigibilidad de los derechos sociales, nos detendremos en el apartado siguiente.

Antes hay que señalar que las vías procesales, desde mi punto de vista, no agotan los medios de exigibilidad de los derechos fundamentales; aunque los expertos señalan que el reconocimiento universal de los derechos sociales, económicos y culturales como derechos plenos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada *justiciabilidad*, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho, no hay que pensar que el Poder Judicial es la única vía para hacer exigibles esos derechos; hay otros mecanismos que pueden ser tanto o más eficaces. Es importante considerar lo que se acaba de decir, sobre todo en el caso de México, puesto que de lo contrario se podría llegar a concluir —erróneamente— que la imposibilidad de plantear la violación de un derecho social ante un juez equivaldría a la imposibilidad de hacerlo exigible, lo que no me parece exacto.

8. Estrategias de exigibilidad de los derechos sociales

Dicho lo anterior, corresponde ahora considerar algunas posibles líneas estratégicas para hacer exigibles los derechos sociales; es decir, si se acepta en primer lugar que los derechos sociales no son puras quimeras, y si se acepta también, en segundo término, que del hecho de que algunos de ellos actualmente no se puedan demandar ante un juez por todos sus destinatarios no se desprende la imposibilidad de crear esas vías jurisdiccionales hoy inexistentes, se hace entonces necesario explicitar con cierto grado de detalle todos los argumentos que nos permitan sostener, al contrario de lo que hace la teoría tradicional, una visión normativa plena de los derechos sociales. A ello se dedican las páginas siguientes.

A. El tema de las diferencias estructurales entre derechos sociales y derechos civiles

Una de las primeras cuestiones que hay que poner en claro para desarrollar la exigibilidad plena de los derechos sociales, es que no existen diferencias estructurales de tal magnitud que hagan completamente diferentes a estos derechos de los derechos civiles y políticos (también llamados derechos de libertad o sencillamente libertades públicas).

De hecho, aunque es evidente que cada uno de los derechos fundamentales tiene un contenido diverso y despliega en consecuencia efectos normativos diferentes (por ejemplo, no es lo mismo el derecho a la información que la libertad de expresión; de igual manera, no tienen contenidos idénticos la libertad de industria y la libertad de tránsito), no puede decirse que exista algo así como una *diferencia genética o estructural* entre los derechos sociales y los derechos de libertad.⁴⁷

Contrariamente a lo que podría parecer, también los derechos de libertad requieren, para tener relevancia práctica y no quedar como buenos deseos contenidos solamente en el texto de las constituciones, de actuaciones positivas del Estado, las cuales conllevan en no pocas ocasiones importantes erogaciones económicas; conjugan por tanto obligaciones de *no hacer* y obligaciones de *hacer* para las autoridades.⁴⁸ Lo mismo sucede con los derechos sociales, que

⁴⁷ Ver, al respecto, lo que ya se dijo en el capítulo primero de este libro sobre las visiones teóricas que dividen a los derechos fundamentales en “generaciones”.

⁴⁸ Abramovich y Courtis lo explican con las siguientes palabras: “el respeto de derechos tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho a casarse, el derecho de asociación, el derecho de elegir y ser elegido, suponen la creación de las respectivas condi-

generan para la autoridad tanto obligaciones de abstención como obligaciones de *realización*, que requieren de actividades prestacionales en muchos casos.

Por otro lado, hay sectores de los derechos sociales que entrañan libertades en sentido estricto, como el derecho de huelga o la libertad sindical, que frente a las autoridades generan obligaciones de no hacer, de abstención y de respeto (además de obligaciones de tutela, como sucede en el caso de todos los derechos); en una situación parecida se encuentran aquellos derechos de los trabajadores que no requieren *prima facie* de prestaciones del Estado para ser realizados, como el derecho a un día de descanso semanal, la limitación de la jornada laboral o el derecho a las vacaciones.⁴⁹

No hay, por tanto, “derechos gratuitos” y “derechos caros”: todos los derechos tienen un costo y ameritan de una estructura estatal que, al menos, los proteja de las posibles violaciones perpetradas por terceras personas. Podríamos decir, en consecuencia, que un análisis detenido de las categorías “derechos civiles” y “derechos sociales” nos permitiría concluir que no hay elementos suficientes para establecer una división clara entre ellas, y que las diferencias que pueden existir son más de grado de que sustancia;⁵⁰ a partir de esa conclusión se puede defender también la tesis de la indivisibilidad y de la interdependencia de los derechos. Gerardo Pisarello ejemplifica parte de lo que se acaba de decir con las siguientes palabras:⁵¹

todos los derechos fundamentales pueden caracterizarse como pretensiones híbridas frente al poder: positivas y negativas, en parte costosas y en parte no costosas.

El derecho a la libertad de expresión, en efecto, no sólo supone la ausencia de censura sino también la construcción de centros culturales y plazas públicas, la subvención de publicaciones, la concesión de espacios gratuitos en radios y televisiones o una regulación general que garantice el pluralismo informativo. El derecho de propiedad se garantiza no sólo mediante la ausencia de interferencias estatales arbitrarias sino también mediante la creación de registros inmobiliarios o a través de la financiación estatal de tribunales, jueces y funcionarios que puedan asegurar el cumplimiento de los contratos. El derecho de voto comporta la puesta en marcha de una compleja infraestructura de personal y de material que en ningún caso carece de repercusiones económicas. Incluso el derecho a no ser torturado exige el mantenimiento de centros de detención adecuados y cuerpos policiales formados en principios garantistas.

Del mismo modo, el derecho a la salud no sólo exige el otorgamiento estatal de medicinas gratuitas o a bajo precio sino también la no contaminación de un río o la no comercialización de productos alimenticios en mal estado. El derecho al trabajo no sólo comporta el acceso a un empleo digno sino también la prohibición de despidos ilegítimos. El derecho a una vivienda adecuada no sólo supone... la provisión de viviendas de protección oficial sino también el cumplimiento de otras obligaciones

estatales no necesariamente costosas: desde el reconocimiento de seguridad jurídica en la tenencia o la interdicción de las cláusulas abusivas en los contratos de alquiler, hasta la derogación de preceptos discriminatorios en las leyes urbanísticas o la prohibición de desalojos arbitrarios.

Para fundamentar lo dicho en los párrafos anteriores hay que considerar también que existen derechos de libertad tendentes a proteger bienes jurídicos prácticamente idénticos a los que tutelan los derechos sociales; así, por ejemplo, existe una libertad de trabajo, antecedente (incluso en sentido histórico, como se verá más adelante) del derecho *social* al trabajo; de la misma forma, existe una *libertad de educación*, indisolublemente vinculada con el derecho *social* a la educación.

Una vez que se tiene claro lo anterior, no deben existir reticencias hacia el despliegue de efectos normativos plenos y directos de los derechos sociales; estos efectos deben ser exigibles incluso en sede judicial. La teoría constitucional tiene, en este punto, la tarea de pensar en vías idóneas de exigencia de los derechos sociales, sin dejar de tener presente que conllevan efectos presupuestales importantes y que la realización completa de algunos de ellos (vivienda, educación, salud), quizá no pueda darse de forma completa en un plazo corto de tiempo, como es obvio. Pero lo anterior no obsta para señalar con rotundidad que los derechos sociales *obligan*, que no son *buenos deseos* o *programas políticos*, sino simplemente normas jurídicas y que como tales deben ser vistos, analizados y aplicados.

A partir de relativizar las diferencias entre derechos civiles y derechos sociales, como ya se apuntaba, se puede desarrollar el principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos, que fue plenamente reconocido por la Declaración y Programa de Viena, aprobado por la Conferencia Mundial que se llevó a cabo en esa ciudad en 1993; en el punto I.5 de dicho documento se afirma que

Todos los derechos 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. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Todo lo anterior no obsta para reconocer que los derechos sociales tienen un indudable componente prestacional, pues suponen la necesidad de que el Estado lleve a cabo un despliegue importante de actuaciones, muchas de ellas de carácter administrativo, para hacer efectivos los mandamientos relacionados con esos derechos.

¿Qué significa que los derechos sociales sean, en parte, *derechos a prestaciones*? Robert Alexy lo explica de la siguiente manera:

Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que —si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente— podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto.⁴⁹

Las prestaciones a las que hace referencia Alexy no son más que actuaciones del Estado (en forma de bienes y servicios) constatables y medibles, como lo pueden ser la construcción de hospitales, la provisión de equipamientos escolares, la creación de un sistema de pensiones para jubilados, un sistema de sanidad público, la construcción de viviendas o el financiamiento para adquirirlas, etcétera.⁵⁰

Se podría decir, en otras palabras, que los derechos sociales se regulan constitucionalmente como *mandatos de optimización*, puesto que postulan la necesidad de alcanzar ciertos fines, pero dejan de alguna manera abiertas las vías para lograrlos. Los mandatos de optimización son normas jurídicas redactadas en forma de principios, los cuales, según Alexy, “están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”; los principios, en opinión de este autor, “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.⁵¹

La obligación de suministrar prestaciones vincula a todos los poderes, no simplemente a las autoridades de carácter administrativo. Desde luego, obligan también al legislador, como lo veremos enseguida.

⁴⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 482.

⁵⁰ Prieto, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, cit., p. 23.

⁵¹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 86.

B. *Las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales*

En virtud de que aspectos sustanciales de los derechos sociales se satisfacen a través de prestaciones a cargo del Estado, es necesario examinar cuáles son en concreto las obligaciones por medio de las cuales se cumple con esas prestaciones y si existen o no parámetros normativos que las enmarquen. Esto es importante porque nos ayuda a definir, preliminarmente y con carácter general, el alcance semántico de los derechos sociales, que es una condición para desarrollar la plena exigibilidad de los mismos.

a. *Obligaciones generales*

Tradicionalmente se ha considerado que las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales (o incluso, en términos más generales, en relación con todos los derechos fundamentales) tienen tres diversos niveles: respetar, proteger y cumplir o realizar.⁵²

La obligación de respetar significa que el Estado —lo que incluye a todos sus organismos y agentes, sea cual sea el nivel de gobierno en el que se encuentren y sea cual sea la forma de organización administrativa que adopten— debe abstenerse de hacer cualquier cosa que viole la integridad de los individuos, de los grupos sociales o ponga en riesgo sus libertades y derechos; lo anterior incluye el respeto del Estado hacia el uso de los recursos disponibles para que los sujetos de los derechos puedan satisfacer estos derechos por los medios que consideren más adecuados.

La obligación de proteger significa que el Estado debe adoptar medidas destinadas a evitar que otros agentes o sujetos violen los derechos sociales, lo que incluye mecanismos no solamente reactivos frente a las violaciones (como lo podría ser la creación de procesos jurisdiccionales o sistemas de tutela administrativa), sino también esquemas de carácter preventivo que eviten que agentes privados puedan hacerse con el control de los recursos necesarios para la realización de un derecho.

La obligación de cumplir o realizar significa que el Estado debe adoptar medidas activas, incluso acciones positivas en favor de grupos vulnerables, para que todos los sujetos de los derechos tengan la oportunidad de disfrutar de ellos cuando no puedan hacerlo por sí mismos.

⁵² Eide, Absjorn, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, núm. 43, diciembre de 1989, p. 48.

Las obligaciones de los poderes públicos en materia de derechos sociales que genéricamente se acaban de describir han sido detalladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su Observación General número 3, referida justamente a la índole de las obligaciones de los Estados, dictada en su quinto periodo de sesiones, en 1990.⁵³

La mencionada Observación toma como punto de partida el texto del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece lo siguiente:

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.

Aunque en su conjunto es del máximo interés, del artículo transcrito conviene preliminarmente subrayar tres expresiones: *a)* todo Estado parte “se compromete a tomar medidas... por todos los medios apropiados”; *b)* “hasta el máximo de los recursos de que disponga”, y *c)* “para lograr progresivamente”.

A partir del texto del artículo 2.1 el Comité afirma que el Pacto genera para los Estados partes tanto obligaciones de *comportamiento* como obligaciones de *resultado*; es decir, no se trata de que los Estados deban solamente conducirse de cierta manera, sino también de que logren ciertos objetivos, que se propongan metas y las realicen.⁵⁴

b. Tomar medidas adecuadas

En primer lugar, los Estados deben garantizar el goce de los derechos establecidos en el Pacto sin discriminación alguna, como lo reitera el mismo artículo 2o. del Pacto, en su apartado 2. Esta obligación es inmediata y no puede estar sujeta a ningún tipo de limitación u obstáculo (párrafo 1 de la Observación General número 3).

En segundo término, los Estados deben “adoptar medidas apropiadas”; esta obligación debe ser cumplida dentro de un plazo razonablemente corto tras la

⁵³ Consultable en Carbonell, Miguel, Moguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., México, CNDH, Porrúa, 2003, t. I, pp. 497 y ss.

⁵⁴ Eide, Absjorn, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, *cit.*, p. 48.

suscripción del Pacto, con independencia de que la plena realización de todos los derechos pueda llevar un tiempo más prolongado (párrafo 2). Sobre esta obligación Courtis y Abramovich señalan que no es declamativa: “significa que el Estado tiene marcado un claro rumbo y debe comenzar a ‘dar pasos’, que sus pasos deben apuntar hacia la meta establecida y debe marchar hacia esa meta tan rápido como le sea posible. En todo caso le corresponderá justificar por qué no ha marchado, por qué ha ido hacia otro lado o retrocedido, o por qué no ha marchado más rápido”.⁵⁵

Entre las primeras medidas a tomar se encuentran las de carácter legislativo, lo cual supone fundamentalmente dos cuestiones: la primera consiste en recoger en el ordenamiento jurídico interno todos los derechos que establece el Pacto, de forma que no quede duda sobre su vigencia dentro del territorio del Estado parte; la segunda consiste en adecuar el ordenamiento interno para el efecto de eliminar cualquier norma que sea contraria a esos derechos o que pueda suponer un obstáculo para su completa realización.

Hay que enfatizar el hecho de que la legislación nacional no solo debe ser *no contradictoria* con los instrumentos jurídicos internacionales, sino que debe contener las disposiciones necesarias para hacer de éstos normas completamente aplicables por las autoridades locales.

El Comité subraya el hecho de que, en el caso de varios derechos, la existencia de legislación interna es indispensable (párrafo 3). En otra de sus Observaciones Generales, el Comité señala que “los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean Parte”.⁵⁶

Otra medida que los Estados parte pueden acometer de inmediato es la de realizar un “diagnóstico” de la situación que guardan cada uno de los derechos protegidos por el Pacto. A partir de ese diagnóstico, los Estados deben elaborar una estrategia nacional para el desarrollo, promoción y protección de los derechos. Entre los objetivos del diagnóstico deben estar el de determinar la proporción de ciudadanos que no disfrutaban de un derecho específico y la identifi-

⁵⁵ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 79 y 80.

⁵⁶ Se trata de la Observación General núm. 9, relativa a la aplicación interna del Pacto, dictada durante el 19o. periodo de sesiones, en 1998; la cita está en el párrafo 3; esta Observación General es importante porque viene a complementar y, en ciertos aspectos, incluso a detallar el contenido de la Observación General núm. 3. La núm. 9 es consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, t. I, cit., pp. 550 y ss.

cación de los sectores de la población que podrían ser vulnerables o con desventaja para su disfrute.⁵⁷

El diagnóstico debe ofrecer una serie de instrumentos de medición que sirvan tanto al Estado como al Comité para medir concretamente si se ha avanzado o no en la consecución de un derecho social. Los instrumentos de medición son determinados sobre una base y unos criterios nacionales, lo cual sirve para poner a salvo la gran variedad de contextos económicos y sociales existentes, objetivo que no se lograría bajo un sólo nivel de medición determinado internacionalmente. En contra de esta consideración se ha dicho que con ella se podrían vaciar de sentido muchos contenidos sustantivos del Pacto.⁵⁸ En realidad quizá lo mejor sería que la determinación nacional se mueva dentro de ciertos parámetros, de manera que no se deje una completa discrecionalidad a los Estados. Como quiera que sea, el Comité ha sostenido que “los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado parte”.⁵⁹

Junto a las medidas legislativas y de diagnóstico deben adoptarse también, en virtud del mandato de utilizar “todos los medios apropiados”, previsiones de carácter administrativo, judicial, económico, social y educativo. En este sentido, hay que decir que en algunas disposiciones del Pacto pueden encontrarse medidas concretas que los Estados deben tomar para implementarlo. Por ejemplo, en el artículo 13.2 se establece que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y gratuita para todos como medida para realizar el derecho a la educación. El Comité ha recalcado que aunque en el texto del Pacto se utilicen supuestos ejemplificativos o ilustrativos (como en los artículos 6.2, 11.2, 12.2, 13.2 o 15.2), no por ello dejan de ser obligatorios.⁶⁰

En principio, cada Estado parte debe determinar por sí mismo cuáles son las medidas más apropiadas que debe tomar para cumplir con las obligaciones del Pacto, considerando sus propias circunstancias y la relación de todos los derechos protegidos. Sin embargo, la “propiedad” de las medidas puede no resultar evidente a primera vista, por lo cual los Estados deben informar claramente al Comité, en términos del artículo 16 del propio Pacto, por qué consideran que

⁵⁷ En este sentido, Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 117.

⁵⁸ Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development*, cit., p. 119.

⁵⁹ Observación General núm. 9, párrafo 5.

⁶⁰ Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development*, cit., p. 116.

las medidas adoptadas son las más pertinentes en vista de las circunstancias (párrafo 4).

c. Creación de recursos legales para defender los derechos sociales

Aparte de las medidas que ya se han comentado, el Comité considera concretamente que una medida apropiada consiste en el ofrecimiento de recursos judiciales para proteger los derechos, de forma que todos ellos puedan considerarse justiciables (párrafo 5). En la Observación General número 9 el Comité ha explorado con mayor detenimiento esta obligación de los Estados parte.

En esta Observación el Comité reconoce que no se trata solamente de crear recursos judiciales, sino de implementar un concepto más amplio al que denomina “recursos legales”. Dentro de esos recursos se encuentran también los judiciales, pero no son los únicos ya que el Comité reconoce que los recursos administrativos “en muchos casos son adecuados”, ya que “quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto”. Los recursos administrativos, no obstante, deben reunir ciertas características, como ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces; en cualquier caso, debe existir la posibilidad de plantear una apelación judicial contra todo proceso administrativo (OG número 9, párrafo 9).

El Comité distingue entre el concepto de justiciabilidad de los derechos sociales y el concepto de “aplicabilidad inmediata”. El primero se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales; a lo anterior hay que agregar que la justiciabilidad también significa que los individuos y los grupos tengan la posibilidad de acudir ante esos mismos tribunales, lo cual es una precondición para luego estar en aptitud de determinar el ámbito en el que la decisión judicial es pertinente. Para el Comité, la aplicabilidad inmediata de un derecho significa que ese derecho permite la aplicación por los tribunales sin mayor disquisición. El Comité señala que todos los derechos reconocidos en el Pacto tienen, al menos en algún aspecto, dimensiones significativas que puedan ser llevadas ante los tribunales, es decir, dimensiones de justiciabilidad (OG número 9, párrafo 10).

Respecto de la aplicabilidad inmediata el Comité realiza una consideración importante en los siguientes términos:

A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reco-

nocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad [OG núm. 9, párrafo 10].

Sobre el tema de la existencia de recursos judiciales que permitan llevar ante los tribunales las violaciones de los derechos sociales reconocidos en el Pacto, Abramovich y Courtis señalan que los Estados deben brindar recursos judiciales idóneos; es decir, “no basta con los recursos previstos para reparar la violación de otros derechos, cuando por sus características impidan el planteo adecuado del caso”.⁶¹ Es muy relevante enfatizar la idoneidad de los recursos judiciales existentes, ya que no puede considerarse como cumplida por los Estados parte la obligación de brindar esos recursos por el simple hecho de que se aduzca que existen las vías judiciales tradicionales en caso de violación de derechos; hay que considerar que en la enorme mayoría de países (como es el caso de México, por cierto) los recursos judiciales existentes fueron diseñados para proteger derechos civiles y políticos, por lo que tienen enormes problemas al momento en que se les pide que sirvan para proteger derechos sociales.

El Comité señala que para la mejor aplicación del Pacto a nivel interno es importante informar a los jueces y a los tribunales competentes de la naturaleza y las consecuencias del propio Pacto, así como explicarles la relevante función que desempeñan los recursos judiciales en su aplicación (OG núm. 9, párrafo 11). Esto es muy importante, sobre todo para el caso de México en donde los tribunales en términos generales desconocen los contenidos del Pacto (lo mismo sucede, por otro lado, con los abogados litigantes), lo que genera que en la práctica se aplique escasamente. Reconociendo esa situación, el Comité afirma que “En la mayoría de países, los tribunales todavía están lejos de recurrir suficientemente a las disposiciones del Pacto” (OG núm. 9, párrafo 13).

El texto del Pacto, reconoce el Comité, puede aplicarse dentro de una amplia variedad de sistemas políticos y económicos, de forma que no está condicionada la protección de los derechos a la adopción de uno de ellos, siempre que queden adecuadamente reconocidos y estén reflejados en el sistema de que se trate (OG núm. 3, párrafo 8).

⁶¹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 87.

Para cumplir con la obligación de crear recursos legales que permitan defender los derechos sociales se tendrían que ampliar los cauces para promover acciones ante los tribunales, para lo cual también sería necesario dotar de sustantividad procesal a los denominados “derechos difusos” o “intereses colectivos”.⁶² A partir del reconocimiento de dicha sustantividad procesal (pues es obvio que derechos como el medio ambiente o en ciertos aspectos el derecho a la educación y a la salud son materialmente difusos y protegen intereses colectivos), habría que ir modelando las estrategias procesales necesarias para cumplir con los señalamientos del Comité en materia de defensa de los derechos sociales. Este aspecto es especialmente importante en México, ya que el principal instrumento de defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales, que es el juicio de amparo, se ha mostrado insuficiente para proteger derechos sociales justamente en virtud de la estrecha legitimación activa que tanto la Constitución como la ley y la jurisprudencia reconocen para promoverlo.⁶³

d. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad

La obligación de “lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos” implica el reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales no podrá lograrse en un periodo breve de tiempo (OG núm. 3, párrafo 9).

Pero lo anterior no significa que se prive a la obligación contenida en el artículo 2.1 de todo contenido significativo. Por el contrario, la obligación de progresividad significa antes que nada que los esfuerzos en la materia deben darse de forma continuada, con la mayor rapidez y eficacia que sea posible alcanzar, de manera que se logre una “mejora continua de las condiciones de existencia”, como lo ordena el artículo 11 del Pacto.

De la obligación de progresividad se desprende también la prohibición de regresividad, es decir, la prohibición de que los Estados parte den marcha atrás en los niveles alcanzados de satisfacción de los derechos; por eso se puede afirmar que la obligación de los Estados parte en relación con los derechos establecidos en el Pacto es de carácter ampliatorio, “de modo que la derogación o re-

⁶² Para una introducción al tema, ver Gidi, Antonio y Ferrer MacGregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, 2003.

⁶³ Ver las reflexiones en el mismo sentido de Ferrer MacGregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2003.

ducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido”.⁶⁴

Sobre este punto el Comité señala que “todas las medidas de carácter deliberadamente restrictivo en este aspecto deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (OG núm. 3, párrafo 9).

Abramovich y Courtis han señalado que la obligación de progresividad constituye un parámetro para enjuiciar las medidas adoptadas por los poderes Legislativo y Ejecutivo en relación con los derechos sociales, es decir, se trata de una fórmula de carácter sustantivo a través de la cual los tribunales pueden llegar a determinar la inconstitucionalidad de ciertas medidas (o al menos su ilegitimidad a la luz del Pacto).⁶⁵

Toda medida regresiva se presume violatoria del Pacto y al Estado corresponde la carga de la prueba para demostrar que no lo es o que, siendo regresiva, está justificada.⁶⁶ Para justificar una medida regresiva el Estado tendrá que demostrar:⁶⁷ *a*) la existencia de un interés estatal permisible que la medida regresiva tutela; *b*) el carácter imperioso de la medida, y *c*) la inexistencia de cursos de acción alternativos que pudieran ser menos restrictivos del derecho que se haya visto afectado de forma regresiva.

Desde luego, si la medida regresiva está dirigida a excluir de los niveles mínimos de protección a ciertas personas, entonces se considera que viola el Pacto, sin que el Estado pueda justificar en forma alguna esa medida.⁶⁸

e. Destinar el máximo de recursos disponibles

La obligación establecida en el artículo 2.1 del Pacto, consistente en destinar “el máximo de los recursos de que disponga” a la realización de los derechos establecidos en el propio Pacto, significa que los recursos del Estado, así sean insuficientes para la satisfacción completa de un derecho, deben ser empleados para dar cumplimiento al contenido del Pacto.

La misma obligación genera para los Estados parte la carga de la prueba a fin de demostrar que en efecto se han empleado “todos los recursos disponibles”

⁶⁴ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *cit.*, p. 94.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 95.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 105.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 109.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 110.

para cumplir con los objetivos del Pacto en el plazo más breve posible. Es decir, la falta o insuficiencia de recursos no debe tomarse como una verdad *prima facie*, sino que debe de ser acreditada por el Estado.

La obligación de informar y de transparentar la gestión pública es muy importante para el caso de todos los derechos sociales, especialmente en derechos como la salud o la vivienda que involucran un monto considerable de recursos y que suponen grandes zonas de opacidad en el funcionamiento de la administración pública.

f. Periodos de crisis y niveles mínimos de los derechos sociales

Para efecto de cumplir con la obligación de destinar el máximo de los recursos disponibles no obsta el hecho de que un país se encuentre en periodo de “ajuste estructural” o pasando por una crisis económica, pues aparte de que los derechos fundamentales están vigentes en todo tiempo, el Comité se ha encargado de enfatizar que es justamente en tiempos de contracción económica cuando mayor relieve toman las obligaciones estatales para satisfacer los derechos y cuando más atención se debe poner a la correcta utilización de los recursos disponibles.

En periodos de crisis los Estados, cuando menos, deben asegurar las mejores condiciones posibles para los grupos con mayor desventaja:⁶⁹ “aun en tiempos de limitaciones graves de recursos —afirma el Comité— causadas por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo” (OG núm. 3, párrafo 12).

Junto a lo anterior, los Estados parte deben también estar en condiciones de ofrecer unos *niveles mínimos* de satisfacción de los derechos. El Comité ha señalado que “Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser” (OG núm. 3, párrafo 10).

Si en un Estado parte no se pudieran satisfacer esos niveles mínimos se estaría frente a una “presunción de culpabilidad” del Estado en el incumplimiento de las disposiciones del Pacto; esta presunción puede ser derrotada si el Estado en cuestión demuestra que la situación de crisis ha sido de tal magnitud que ha estado fuera de su control y de sus posibilidades la satisfacción de los niveles mínimos en materia de derechos sociales.

En palabras del Comité:

⁶⁹ Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development*, cit., p. 139.

Para que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas [párrafo 10].

Craven señala, sin embargo, que dichos niveles mínimos no han sido determinados por el Comité, por lo cual no se tienen los instrumentos que permitan medir con precisión aunque con flexibilidad los eventuales incumplimientos de los Estados parte.⁷⁰ Al respecto, Abramovich y Courtis señalan que

Si bien la tarea del Comité puede fijar los contenidos esenciales que identifiquen a ciertos derechos, resulta claro que tal propósito no puede alcanzarse sólo con volcar conceptos jurídicos en un texto. Numerosas opiniones han propuesto la adopción de algún sistema de indicadores que pudiera servir como parámetro. La utilización de indicadores resulta especialmente relevante cuando se exige al Estado el cumplimiento de ciertos objetivos que resultan mesurables, como la erradicación del analfabetismo, el tratamiento de las enfermedades endémico-epidémicas, la reducción de la mortinatalidad infantil o la siniestralidad laboral. En los últimos años, además, se ha comenzado a trabajar en la correlación entre la noción de contenido mínimo esencial de un derecho y los parámetros de desarrollo social y otros estándares técnicos establecidos a partir de indicadores estandarizados a nivel mundial. El principal propósito de todo sistema de indicadores es dar cuenta de dos factores claves, la voluntad y la capacidad del Estado de promover y proteger los derechos humanos. La diferencia entre estos dos factores, particularmente en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, es crucial para examinar el comportamiento del Estado.⁷¹

En relación con el contenido mínimo, es importante señalar que se trata de un concepto aplicable no solamente a los derechos sino también a sectores de la población; concretamente, se puede aplicar para identificar al mínimo de personas a las que el Estado debe proteger en caso de crisis económica. Es decir, el contenido mínimo respecto a grupos obliga al Estado a identificar a las personas en situación de vulnerabilidad para asegurarles el disfrute de sus derechos sociales; por ejemplo en materia de derecho a la vivienda se considera como

⁷⁰ *Ibidem*, p. 143.

⁷¹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 91 y 92.

grupo vulnerable a los ancianos sin recursos y a las personas con discapacidad; en cuanto a ellos, el Estado debe suministrar una protección especial.⁷²

Como señala Eide,

El umbral mínimo para enfocar el problema sostiene que el establecimiento de un nivel mínimo de satisfacción de necesidades es un requisito previo esencial de esta consecución progresiva de la realización de los derechos. La justicia distributiva de largo curso para realizar las normas completas de los derechos humanos requiere la justicia inmediata para aquellos grupos de personas más desfavorecidos.⁷³

Para sintetizar lo que se ha dicho en este apartado se puede afirmar que los Estados, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, deben:

- a) Tutelar los derechos sin discriminación.
- b) Tomar todas las medidas apropiadas para hacer efectivos los derechos dentro de su territorio.
- c) Demostrar que las medidas tomadas son las más apropiadas para alcanzar los objetivos del Pacto.
- d) Establecer vías judiciales para llevar ante los tribunales las posibles violaciones a los derechos señalados.
- e) Lograr progresivamente la satisfacción de los derechos establecidos en el Pacto, entendiendo por progresividad la obligación de hacerlo de manera inmediata y continua.
- f) No dar marcha atrás en los niveles de realización alcanzados, puesto que está prohibida o severamente restringida la regresividad.
- g) Destinar el máximo de recursos disponibles a cumplir con el Pacto.
- h) Acreditar que en efecto se ha destinado el máximo de recursos disponibles.
- i) En periodos de crisis, priorizar la protección de los miembros más vulnerables de la sociedad; y
- j) Asegurar niveles mínimos de satisfacción de los derechos, los cuales deben ser mantenidos incluso en periodos de crisis o de ajustes estructurales.

⁷² *Ibidem*, p. 92.

⁷³ Eide, Absjorn, "Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo", *cit.*, p. 54.

C. *El acceso a la información en materia de derechos sociales*

Una de las cuestiones más importantes para hacer exigibles los derechos sociales tiene que ver con el acceso a la información relativa a esos derechos.⁷⁴

Lo anterior por varias razones. En primer lugar, porque la información en materia de derechos sociales es necesaria para verificar que los poderes públicos estén cumpliendo con sus obligaciones,⁷⁵ en los términos en que han sido explicadas en el apartado anterior. En este sentido, solamente a partir de que se cuente con información suficiente se podrá saber si se están empleando todos los recursos disponibles a los derechos sociales o si esos recursos están siendo desviados. También se podrá evaluar si las metas propuestas en materia de derechos sociales se están alcanzando. En segundo lugar, porque frente a los fenómenos de corrupción y de funcionamiento opaco de las grandes estructuras burocráticas encargadas de administrar los recursos destinados a la satisfacción de los derechos sociales, la información puede ser una vía de control y un requisito para denunciar actos ilegales. En tercer término, porque si el funcionamiento de los poderes públicos es opaco en materia de derechos sociales, esos poderes pueden caer en manos de grupos de presión organizados, que gestionen clientelariamente las prestaciones sociales.

Por último, hay que decir que la información en un presupuesto mismo del funcionamiento democrático del Estado, basado en gran medida en la participación social.⁷⁶ Concretamente en materia de derechos sociales, la falta de información puede suponer un poderoso incentivo para la desmovilización social, pues a la vista de los ciudadanos la cuestión de los derechos sociales quedaría encerrada dentro del ámbito de decisiones de los expertos gubernamentales, sin que los instrumentos políticos tradicionales (entre los que se encuentran los mecanismos de control jurisdiccional) pudieran penetrar en la lógica burocrática que los guía.

Como señala Gerardo Pisarello, en el Estado social “adquiere una nueva dimensión el deber legislativo de información, publicidad y justificación tanto

⁷⁴ Las modalidades concretas del derecho de acceso a la información han sido estudiadas en el capítulo cuarto de este libro.

⁷⁵ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El acceso a la información como derecho”, *Anuario de Derecho a la Comunicación*, Buenos Aires, núm. 1, 2000, pp. 236 y ss.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 235 y 236.

de los actos como de las omisiones de gobierno que atañan a los derechos”. Para este autor,⁷⁷

En lo que respecta a los derechos sociales, corresponde al legislador y a la administración la obligación de probar e informar regularmente si se están adoptando, y de qué manera, todas las medidas que hagan posible el cumplimiento de las obligaciones antes mencionadas, incluida la utilización del máximo de recursos humanos, tecnológicos, informativos, naturales y financieros disponibles en el cumplimiento de los derechos y las directivas sociales. En un esquema institucional preocupado por la recuperación del principio de transparencia en el manejo de los recursos públicos, esta obligación de información ocupa un lugar capital. Por un lado, constituye una garantía de certeza y seguridad jurídica, en tanto permite a los destinatarios de los derechos conocer de antemano cualquier posible alteración o restricción arbitraria en el goce de los mismos, lo cual abre a su vez la posibilidad de alegar ante las instancias respectivas en ejercicio de su derecho al debido proceso. Y, desde una perspectiva más general, representa en última instancia un deber potencialmente sensible a los controles sociales, en la medida en que su incumplimiento o su cumplimiento defectuoso pueden operar como elementos de deslegitimación ante la opinión pública, mitigando de esa manera la irresponsabilidad con la que los órganos estatales suelen actuar en estos ámbitos.

D. El papel del ombudsman en la protección de los derechos sociales

En tanto los cauces procesales se van abriendo paso en nuestra legislación nacional, un elemento de extraordinaria importancia para incrementar la exigibilidad de los derechos sociales puede encontrarse en el sistema de protección no jurisdiccional de los derechos fundamentales, es decir, en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y en las comisiones semejantes que existen en todas las entidades federativas.

El modelo del *ombudsman* puede servir para reforzar la tutela de los derechos sociales debido entre otras cosas a que para acudir ante ese tipo de organismos las leyes prevén una legitimación activa más amplia; en materia de derechos sociales es muy relevante el tema de la legitimación para interponer reclamaciones por su violación, puesto que a veces tales violaciones afectan colectivamente a una comunidad, pero difícilmente pueden acreditarse violaciones individuales, que permitan activar una defensa de carácter jurisdiccional.

⁷⁷ Pisarello, Gerardo, “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, *cit.*, pp. 125 y 126.

Particularmente en el caso de México, hay que recordar que para interponer el juicio de amparo se requiere que se acredite la existencia de un agravio personal y directo (artículo 107 fracción I constitucional y 73 fracción V de la Ley de Amparo), cuestión que no siempre es fácil de demostrar en el caso de los derechos sociales, sobre todo por lo que respecta a su dimensión colectiva. Por ejemplo, ¿cómo se acredita el agravio personal y directo en el caso de la violación del derecho a un medio ambiente adecuado por la baja calidad del aire que se respira en las grandes ciudades?

Por otro lado, los procesos ante el *ombudsman* están sujetos a menores rigores probatorios, lo que también puede favorecer la posibilidad de formular reclamaciones exitosas por violaciones a los derechos sociales. A veces puede ser complicado acreditar bajo las reglas probatorias clásicas que siguen observando nuestros jueces y tribunales, que se ha producido una violación al medio ambiente, o que el Estado no está cumpliendo con sus obligaciones de satisfacer el derecho a la vivienda, lo cual quizá sí se pueda demostrar en un procedimiento como los que se desahogan ante las comisiones de derechos humanos.

La intervención de esas comisiones en el ámbito de los derechos sociales se puede dar a través de la vía ordinaria de presentación de la queja por un particular y atención de ese caso concreto, o bien por medio de la emisión de recomendaciones generales según lo previsto en el artículo 6o. de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Las recomendaciones generales de las comisiones en materia de derechos sociales podrían centrarse en dos aspectos concretos: *a)* revisión de políticas presupuestales, y *b)* revisión de políticas públicas.

a. Revisión de políticas presupuestales

Aunque sobre la posibilidad de ejercer un control de constitucionalidad de los presupuestos de egresos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido una postura restrictiva,⁷⁸ considero que la CNDH sí debería tener alguna incidencia en el tema. Actualmente no puede ya que el apartado B del artículo 102 constitucional, que fija la competencia de este tipo de órganos, señala claramente que conocerán de quejas que se interpongan contra actos “administrativos”.

Como es obvio, parte de los mandatos constitucionales en materia de derechos sociales dependen de que los poderes públicos encargados de hacerlos

⁷⁸ *Cfr.* Mijangos Borja, María de la Luz, “La naturaleza jurídica del presupuesto y la acción de inconstitucionalidad 4/98”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 2, enero-junio de 2000.

realidad cuenten con los recursos económicos suficientes. Esto implica que el legislador no podrá destinar a áreas no prioritarias los recursos que hacen falta para realizar los derechos sociales. Además, es justamente en las medidas presupuestarias en donde se puede dar cumplimiento o violar el mandato del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales en la parte que establece la obligación de la *progresividad* en materia de derechos sociales.

b. Revisión de políticas públicas

Las recomendaciones generales podrían incidir en el diseño y puesta en práctica de las políticas públicas destinadas a hacer efectivos los derechos sociales; por ejemplo, para que dichas políticas no tuvieran sesgos discriminatorios; pero que, en cambio, tuvieran en cuenta de forma prioritaria la protección de los más débiles y que en su ejecución se procediera con transparencia, evitando fenómenos (comunes en México, por cierto) de clientelismo y corrupción.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha hecho referencia a la función de las instituciones nacionales en la protección de los derechos establecidos en el Pacto, en su Observación General número 10, dictada en 1998.⁷⁹ En esa Observación, el Comité se refiere concretamente a las medidas que pueden tomar los *ombudsman* y otros defensores del interés público y de los derechos humanos. Entre las actividades que el Comité considera especialmente idóneas en relación con los derechos sociales se encuentran las siguientes:

a) El fomento de programas de educación e información destinados a mejorar el conocimiento y la comprensión de los derechos económicos, sociales y culturales, tanto entre la población en general como en determinados grupos, por ejemplo en la administración pública, el Poder Judicial, el sector privado y el movimiento laboral;

b) El minucioso examen de las leyes y las disposiciones administrativas vigentes, así como de los proyectos de ley y otras propuestas, para cerciorarse de que son compatibles con los requisitos estipulados en el Pacto;

c) La prestación de asesoramiento técnico o la realización de estudios en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, inclusive a petición de las autoridades públicas o de otras instancias apropiadas;

d)

⁷⁹ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, t. I, *cit.*, pp. 556 y ss.

La determinación de criterios nacionales de referencia que permitan medir el grado de cumplimiento de las obligaciones que impone el Pacto;

e) La realización de investigaciones y estudios con vistas a determinar la medida en que se llevan a la práctica determinados derechos económicos, sociales y culturales, bien sea dentro del Estado en general, o en determinadas esferas o en relación con determinadas comunidades particularmente vulnerables;

f) La vigilancia de la observancia de derechos específicos que se reconocen en el Pacto y la preparación de informes al respecto dirigidos a las autoridades públicas y a la sociedad civil; y

g) El examen de las reclamaciones en que se aleguen violaciones de las normas aplicables en materia de derechos económicos, sociales y culturales dentro del Estado.

Como es obvio, varios de los puntos anteriores ya están, en el caso de México, asignados al ámbito de competencia tanto de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos como al de las comisiones existentes en las entidades federativas.

E. *La inconstitucionalidad por omisión*

Aunque por razón de su objeto no corresponde tratar en un libro que se refiere a los derechos fundamentales el tema de la inconstitucionalidad por omisión, conviene sin embargo hacer aunque sea una breve referencia a ella. Lo más importante a destacar es que la Constitución puede ser violada tanto por *acción*, como por *omisión* de las autoridades. Por otro lado, si se acepta lo anterior, entonces se genera la necesidad de diseñar mecanismos de carácter procesal para que las omisiones, sobre todo las relacionadas con los derechos fundamentales, puedan ser reparadas.⁸⁰

Hay que señalar que es justamente al momento de enfrentarse con el incumplimiento de obligaciones de carácter positivo (entre las que se encuentran las

⁸⁰ En general sobre el tema, Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, MacGraw-Hill, 1997, Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998 y Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, IJ-UNAM, 2003. Sobre la aplicación en México de la inconstitucionalidad por omisión, Báez Silva, Carlos, "La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México", en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, t. I, pp. 867 y ss.

de carácter prestacional), cuando las estrategias de justiciabilidad de los derechos sociales generan mayores dudas y cuestionamientos.⁸¹

Desde luego, resulta obvio que la intención de llevar las omisiones violatorias de derechos sociales frente al Poder Judicial, se enfrenta a importantes obstáculos, de los que debemos estar advertidos. Así por ejemplo, el Poder Judicial quizá no sea el más indicado para definir políticas públicas como las que exige la realización de los derechos sociales (en materias como la educación, la vivienda o la salud), además de que los medios para ejecutar una sentencia que declare la existencia de una omisión son muy precarios (o incluso inexistentes).⁸²

De todas formas, debe subrayarse que la intervención judicial en materia de omisiones por parte del Estado puede tener varias ventajas; entre ellas, por ejemplo, la de determinar con claridad que dicha omisión existe, lo cual supone un primer paso importante y le añade calidad a un debate que en otras circunstancias suele agotarse en manifestaciones públicas o en ejercicios de presión política.⁸³

En segundo lugar, un pronunciamiento judicial puede servir para poner en la agenda pública nacional una violación de derechos sociales, trasladando a los responsables políticos la necesidad de que dicha violación sea subsanada.⁸⁴ Esto es muy apropiado para quienes consideran que la actuación de los jueces dentro del Estado democrático (y sobre todo de los jueces constitucionales) debe tomar en cuenta la permanente apertura del diálogo público, de forma que las sentencias no se limiten a pronunciar la última palabra, sino que asegu-

⁸¹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 42.

⁸² *Idem*.

⁸³ Como lo señalan Abramovich y Courtis, “las sentencias obtenidas pueden constituir importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, expresadas en términos de afectación de derechos, y no meramente de reclamo efectuado, por ejemplo, a través de actividades de lobby o demanda político-partidaria”, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 44.

⁸⁴ “...es importante establecer mecanismos de comunicación, debate y diálogo a través de los cuales se recuerde a los poderes públicos los compromisos asumidos, forzándolos a incorporar dentro de las prioridades de gobierno la toma de medidas destinadas a cumplir con sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Resulta especialmente relevante a este respecto que sea el propio Poder Judicial el que ‘comunique’ a los poderes políticos el incumplimiento de sus obligaciones en esta materia... Cuando el poder político no cumpla con las obligaciones frente a las que es ‘puesto en mora’ por el Poder Judicial, además de las posibles consecuencias adversas en el plano internacional, se enfrentará a la correspondiente responsabilidad política que derive de su actuación morosa ante su propia población”, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 45.

ren las condiciones para que los participantes en el diálogo puedan seguir exponiendo sus razones.⁸⁵ Los tribunales constitucionales son interlocutores especialmente calificados dentro de la esfera pública deliberativa de los países democráticos; por tanto, sus opiniones y la certificación expresa de que se ha violado un derecho social pueden tener un impacto relevante aunque por sí solas no produzcan la reparación directa del derecho violado.

Una vez que se han analizado algunos aspectos generales sobre el Estado social como modelo de organización estatal que sirve de fundamento político de los derechos sociales, así como de haber realizado una aproximación de carácter conceptual a los mismos, es momento oportuno de comenzar con el estudio de su regulación concreta en el texto constitucional mexicano.

II. DERECHO A LA EDUCACIÓN (ARTÍCULO 3o.)

1. *El derecho a la educación como derecho social*

En el capítulo tercero de este libro tuvimos oportunidad de estudiar la *libertad de educación*; también en ese capítulo fue objeto de análisis el resto del contenido del artículo 3o. constitucional. En este momento quisiera llamar la atención de forma muy sucinta sobre las obligaciones que para el Estado derivan del carácter de *derecho social* que tiene el derecho a la educación.

Es decir, por una parte el derecho a la educación es un derecho de libertad que, dentro del marco del artículo 3o. y de las leyes que lo desarrollan, supone entre otras cuestiones que cualquier persona tiene derecho a acceder a una escuela, que los poderes públicos no le pueden prohibir a alguien que ingrese en un determinado centro educativo si ha cumplido con los requisitos establecidos, que los particulares pueden impartir educación, que en la educación superior existe la libertad de cátedra e investigación, y así por el estilo. Pero por otro lado, y éste es justamente el objeto del presente apartado, el derecho a la educación tiene un componente prestacional, que se puede resumir con las siguientes palabras: es una obligación del Estado construir y mantener el sistema educativo nacional.

El artículo 22 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 24 de junio de 1793 ya consideraba el carácter social del derecho a la educación cuando establecía que “La instrucción es una necesidad para todos. La sociedad debe favorecer con todo su poder los progresos de la razón pública y colocar la instrucción al alcance de todos los ciudadanos”. Este texto es importante como antecedente del moderno derecho a la educación en su vertiente

⁸⁵ Al respecto, Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, cap. VI.

de derecho social; su contenido anunciaba el esfuerzo que una sociedad debe desarrollar para hacer progresar la razón pública y poner la educación al alcance de todos. Aparte de su sentido social, el artículo 22 transcrito contiene ya la semilla de la obligación prestacional del Estado en materia educativa.

Aunque ya se ha examinado el tema en el capítulo tercero a propósito de la libertad de enseñanza, cabe recordar que el párrafo primero del artículo 3o. de la Constitución mexicana, luego de la reforma del 12 de noviembre de 2002, dispone que “Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado —Federación, estados y municipios— impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación preescolar, primaria y la secundaria conforman la educación obligatoria”. Con esta reforma se hizo obligatoria también la educación preescolar; antes eran obligatorias solamente la primaria y la secundaria.

Lo dispuesto por el párrafo transcrito del artículo 3o. se complementa con lo establecido por el artículo 31, que también fue reformado el 12 de noviembre de 2002, para establecer desde entonces que “Son obligaciones de los mexicanos: I. Hacer que sus hijos o pupilos concurren a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria y secundaria, y reciban la militar, en los términos que establezca la ley”.

2. Derecho a la educación y derecho internacional de los derechos humanos

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha dictado dos interesantes observaciones generales en relación con el derecho a la educación; la primera se refiere a los planes de acción para la enseñanza primaria vinculado con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (se trata de la Observación General número 11, adoptada en 1999); la segunda estudia el contenido del artículo 13 del mismo Pacto (se trata de la Observación General número 13, adoptada en 1999).⁸⁶

Antes de entrar a analizar el contenido de ambas observaciones, hay que recordar que el artículo 13 del Pacto establece que

1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en

⁸⁶ Consultables en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, t. I, *cit.*, pp. 558 y ss., y 573 y ss., respectivamente.

que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

- a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
- b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
- e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

3. Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Un contenido muy parecido al del artículo que se acaba de transcribir se observa, en el ámbito regional de América Latina, en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, perteneciente a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por su parte, el artículo 14 del Pacto dispone que

Todo Estado parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detalla-

do de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos.

Las disposiciones de los artículos 13 y 14 del Pacto que se acaban de transcribir seguramente tuvieron como inspiración el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo texto señala lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Aunque es importante para el tema que nos ocupa, sobre la Observación General número 11 emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no nos detendremos en detalle, ya que la mayor parte de su contenido está más ampliamente tratado en la Observación General número 13. Conviene mencionar solamente que la primera de esas observaciones obliga a los Estados parte a crear un plan de acción dirigido a la enseñanza primaria, a fin de que sea un tramo educativo obligatorio y gratuito para todas las personas. La obligatoriedad de la educación primaria significa que ni los padres, ni los tutores ni el Estado tienen capacidad para tomar la decisión de si un niño debe o no tener acceso a la educación. La gratuidad, por su parte, significa que los derechos de matrícula no deben existir, como tampoco los “gastos indirectos”, “tales como los derechos obligatorios cargados a los padres (que en ocasiones se presentan como voluntarios cuando de hecho no lo son) o la obligación de llevar un uniforme relativamente caro” (párrafo 7 de la OG número 11).

La que tiene quizá un mayor interés es la Observación General número 13, dedicada precisamente a la interpretación del extenso artículo 13 del Pacto, que ya se ha transcrito. El Comité abre la Observación destacando la importancia de la educación en la vida de las personas; aunque se trata de un párrafo que ya se ha reproducido en el capítulo tercero de este libro, vale la pena recordarlo de nuevo:

Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. Está cada vez más aceptada la idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer, pero su importancia no es únicamente práctica pues disponer de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana.

Para el Comité los objetivos de la educación están vinculados con la dignidad de la persona y la posibilidad de la convivencia pacífica entre los grupos sociales; sus palabras son las siguientes: “la educación debe orientarse al desarrollo del sentido de la dignidad de la personalidad humana, debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre y debe favorecer la comprensión entre todos los grupos étnicos, y entre las naciones y los grupos raciales y religiosos”.

Las características que debe tener la educación en todos sus niveles también son detalladas por el Comité; se trata de las cuatro siguientes cuestiones (párrafo 6):

1. Disponibilidad, es decir, debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado parte.
2. Accesibilidad, es decir, la educación debe ser accesible a todos; esto supone tres dimensiones: *a)* no discriminación, de forma que en especial los grupos vulnerables tengan acceso a la educación y no se le impida a nadie dicho acceso con base en los criterios prohibidos que señala el artículo 2o. del Pacto y que ya hemos analizado en el capítulo segundo de este libro; *b)* accesibilidad material, que significa que la localización geográfica sea de acceso razonable o por medio de tecnología moderna si ello no es posible, y *c)* accesibilidad económica, de forma que la falta de recursos no sea un impedimento para acceder a la educación.
3. Aceptabilidad, es decir, que los programas de estudios y los métodos pedagógicos sean aceptables (culturalmente pertinentes y de buena calidad) para los estudiantes y/o para los padres.
4. Adaptabilidad, es decir, que se tenga la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades sociales que pueden ser muy dinámicas.

Todos los Estados parte tienen la obligación de desarrollar una estrategia global para el desarrollo de su sistema escolar por completo, pero deben darle prioridad a la enseñanza primaria (párrafo 25 de la OG).

Una obligación del Pacto que debe aplicarse de inmediato, aparte de formular la estrategia nacional ya mencionada, es la de establecer un sistema de becas, enfocado a fomentar la igualdad en el acceso a la educación por parte de los grupos desfavorecidos (párrafo 26).

La atención reforzada a mujeres o a grupos vulnerables puede exigir incluso la creación de un sistema de acciones positivas, tema sobre el que ya se ha dicho algo en la parte final del capítulo segundo de este libro. El Comité considera que, en el ámbito de la educación, las medidas de acción positiva pueden ser legítimas, aunque pone algunas condiciones:

La adopción de medidas especiales provisionales destinadas a lograr la igualdad de hecho entre hombres y mujeres y de los grupos desfavorecidos no es una violación del derecho de no discriminación en lo que respecta a la educación, siempre y cuando esas medidas no den lugar al mantenimiento de normas no equitativas o distintas para los diferentes grupos, y a condición de que no se mantengan una vez alcanzados los objetivos a cuyo logro estaban destinadas (párrafo 32).

Sobre el mismo tema de la igualdad en la educación, el Comité señala que no puede haber grandes disparidades entre los recursos educativos dependiendo del lugar del país en que se resida; en otras palabras, el Comité señala que los Estados Parte deberán esforzarse por suministrar una educación de calidad semejante en todo su territorio, procurando evitar grandes diferencias entre las regiones, por ejemplo en el gasto dedicado a la educación (párrafo 35).

Merecen una especial consideración del Comité la libertad académica y la autonomía de las instituciones educativas, particularmente de las dedicadas a la educación superior: “sólo se puede disfrutar del derecho a la educación —señala el Comité— si va acompañado de la libertad académica del cuerpo docente y de los alumnos” (párrafo 38):

La libertad académica comprende la libertad del individuo para expresar libremente sus opiniones sobre la institución o el sistema en el que trabaja, para desempeñar sus funciones sin discriminación ni miedo a la represión del Estado o cualquier otra institución, de participar en organismos académicos profesionales o representativos y de disfrutar de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente que se apliquen a los demás habitantes del mismo territorio. El disfrute de la libertad académica conlleva obligaciones, como el deber de respetar la libertad académica de

los demás, velar por la discusión ecuaníme de las opiniones contrarias y tratar a todos sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos (párrafo 39).

Por su parte, respecto a la autonomía en la enseñanza superior el Comité establece que

La autonomía es el grado de autogobierno necesario para que sean eficaces las decisiones adoptadas por las instituciones de enseñanza superior con respecto a su labor académica, normas, gestión y actividades conexas. Ahora bien, el autogobierno debe ser compatible con los sistemas de fiscalización pública, especialmente en lo que respecta a la financiación estatal (párrafo 40).

El Comité se ocupa de detallar las obligaciones que tienen los Estados parte en relación con el derecho a la educación; lo hace tomando como base lo señalado en la Observación General número 3 del propio Comité, a la que hemos hecho referencia en los primeros apartados de este capítulo. El Comité señala obligaciones generales y concretas. Nos interesa detenernos en estas últimas.

El Comité señala que los Estados deben respetar, proteger y llevar a cabo las cuatro características generales que debe tener todo el sistema educativo (disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad) y ejemplifica cómo se puede hacer en un lúcido párrafo:

Por ejemplo, la obligación del Estado de respetar la disponibilidad de la educación se demuestra no cerrando escuelas privadas; la de proteger la accesibilidad a la educación, velando por que terceros, incluidos padres y empleadores, no impidan que las niñas asistan a la escuela; la de llevar a efecto (facilitar) la aceptabilidad de la educación, adoptando medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable para las minorías y las poblaciones indígenas, y de buena calidad para todos; la obligación de llevar a efecto (facilitar) la adaptabilidad de la educación, formulando planes de estudio y dotándolos de recursos que reflejen las necesidades contemporáneas de los estudiantes en un mundo en transformación; y la de llevar a efecto (facilitar) la disponibilidad de la educación, implantando un sistema de escuelas, entre otras cosas construyendo aulas, estableciendo programas, suministrando materiales de estudio, formando maestros y abonándoles sueldos competitivos a nivel nacional (párrafo 50).

Otra obligación tiene que ver con la ya mencionada de formular una estrategia nacional; dicha estrategia “debe contar con mecanismos, como indicadores y criterios de referencia, relativos al derecho a la educación que permitan una supervisión estricta de los progresos realizados” (párrafo 52).

Tienen también los Estados la obligación de establecer un sistema de becas, de señalar las normas mínimas que deben observar los particulares que quieran impartir educación y de velar por que las comunidades y familias no dependan del trabajo infantil; sobre esto último el Comité precisa que “los Estados partes tienen la obligación de suprimir los estereotipos sexuales y de otro tipo que impiden acceder a la instrucción a las niñas, las mujeres y otros grupos desfavorecidos” (párrafo 55).

Como en todo derecho social (según lo establecido por la Observación General número 3), los Estados deben asegurar un nivel mínimo de educación; la obligación mínima, según el Comité, consiste en velar por el derecho de acceso a las instituciones y programas de enseñanza públicos sin discriminación alguna; proporcionar enseñanza primaria a todos; adoptar y aplicar una estrategia nacional de educación que abarque la enseñanza secundaria, superior y fundamental; y velar por la libre elección de la educación sin la intervención del Estado ni de terceros, a reserva de la conformidad con las normas mínimas en materia de enseñanza (párrafo 57).

Finalmente, el Comité ilustra con ejemplos concretos las violaciones que se pueden cometer contra el derecho a la educación; al respecto, el Comité señala:

Ejemplos de violaciones del artículo 13 son: la adopción de leyes, o la omisión de revocar leyes que discriminan a individuos o grupos, por cualquiera de los motivos prohibidos, en la esfera de la educación; el no adoptar medidas que hagan frente a una discriminación de hecho en la educación; la aplicación de planes de estudio incompatibles con los objetivos de la educación expuestos en el párrafo 1 del artículo 13; el no mantener un sistema transparente y eficaz de supervisión del cumplimiento del párrafo 1 del artículo 13; el no implantar, con carácter prioritario, la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; el no adoptar “medidas deliberadas, concretas y orientadas” hacia la implantación gradual de la enseñanza secundaria, superior y fundamental...; la prohibición de instituciones de enseñanza privadas; el no velar por que las instituciones de enseñanza privadas cumplan con las “normas mínimas” de educación que disponen los párrafos 3 y 4 del artículo 13; la negación de la libertad académica del cuerpo docente y de los alumnos; el cierre de instituciones de enseñanza en épocas de tensión política sin ajustarse a lo dispuesto por el artículo 4o. [párrafo 59].

Como se puede apreciar a partir de la lectura de este último párrafo, en buena medida el cumplimiento o incumplimiento del Pacto, en relación con el derecho a la educación, se puede acreditar de forma estadística; es decir, debemos acudir a los datos duros para saber si se ha implantado de forma general la edu-

cación primaria o si existe un signo discriminatorio contra las mujeres en el ámbito educativo. Por ello, se ha considerado útil aportar algunas estadísticas, de entre las muchas disponibles, para que el lector pueda confrontar lo dicho por el Comité con lo que realmente sucede en nuestro país. De eso trata, justamente, el apartado siguiente.

3. Datos sobre la educación en México

Para complementar el análisis del derecho a la educación como derecho social fundamental, conviene aportar algunos datos de carácter estadístico, simplemente para efecto, como se apuntaba, de contar con el contexto real en el que dicho derecho se está realizando (o no realizando, se podría decir) en México.⁸⁷

La atención a la población de 4 y 5 años de edad es relativamente baja, aunque se ha ido incrementando en los últimos años. Dicha atención alcanzaba en el ciclo escolar 1990/1991 al 55.7% de la población en ese rango de edad; para el ciclo escolar 2001/2002 esa cifra llegaba al 70%.

Otro dato interesante es el de la eficiencia terminal; para el ciclo escolar 2001/2002 la eficiencia era del 87.7% en primaria, de 77.1% en secundaria y del 59.8% en el bachillerato. La tasa de deserción en ese mismo ciclo alcanzaba el 7.3% en la secundaria y el 15.9% en el bachillerato. La tasa de reprobación fue, siempre en el mismo ciclo, de 19.0% en secundaria y de 39.7% en bachillerato.

En general, en todo el país el porcentaje de los niños de entre 6 y 14 años que no asiste a la escuela es del 8.2%, pero lo más relevante son las disparidades regionales. Así, por ejemplo, mientras ese dato alcanza el 3.6% en el Distrito Federal, sube hasta el 15.9% en Chiapas.

Todavía en 2000, el 9.5% de la población del país era analfabeta; dentro de la generalidad de este dato hay que destacar las diferencias de género, pues mientras solamente era analfabeta el 7.4% de los hombres, en el caso de las mujeres la cifra era del 11.3%. El 28.2% de la población de México no tiene instrucción o tiene la primaria incompleta, y solamente el 51.8% con más de 15 años cuenta con estudios de posprimaria. Únicamente el 12.1% tiene algún grado de instrucción superior. El promedio nacional de escolaridad es de ape-

⁸⁷ Los datos se toman de INEGI, *Estados Unidos Mexicanos. XII Censo General de Población y Vivienda, 2000. Tabulados básicos y por entidad federativa*, Aguascalientes, INEGI, 2001. También se pueden consultar en www.inegi.gob.mx. Un libro en el que se puede encontrar abundante información estadística sobre la educación en México es el de Andere, Eduardo, *La educación en México: un fracaso monumental*, México, Temas de Hoy, 2003.

nas 7.6 años; es decir, la obligatoriedad de la educación primaria y secundaria (y ahora también de la preescolar) no se ha reflejado todavía en los hechos. Cuando comparamos los niveles de instrucción de México con los que existen en otros países nos damos cuenta del atraso que arrastramos.⁸⁸

En torno a la educación en México, se han construido varios mitos, que cada cierto tiempo alimentan y confunden los debates nacionales sobre el tema. Uno de ellos es que el gasto gubernamental en educación es insuficiente. Los datos, sin embargo, acreditan que el gasto educativo representa una parte sustancial del total de gasto del gobierno federal y que además se ha incrementado de forma muy importante en los últimos años; de hecho, el gasto educativo representa poco más del 25% del total de gasto programable del gobierno federal y entre 1990 y 2002 creció 1,500% en términos reales.⁸⁹

Pese a la magnitud de ese gasto, los datos disponibles permiten concluir que la calidad de la educación en México es una de las peores dentro de los países de la OCDE.⁹⁰ Esto significa que el rendimiento que se obtiene del gasto educativo es muy bajo. El problema de la baja calidad se ve incrementado cuando se analizan las diferencias tan sustanciales que existen entre la educación que se recibe en las áreas rurales y la que se recibe en las grandes ciudades, por un lado, y las diferencias de la educación privada frente a la educación pública por otro. Las estadísticas acreditan distancias lamentables entre las cuatro variables mencionadas (educación rural, educación urbana, educación pública, educación privada). Los alumnos de escuelas privadas en zonas urbanas tienen rendimientos escolares muy por encima de los alumnos que estudian en escuelas públicas de zonas rurales.⁹¹ Con todo y las diferencias existentes, incluso cuando se toman los datos solamente de los alumnos de las escuelas particulares de las grandes ciudades, la calidad de la educación mexicana sigue estando por debajo del promedio que tienen los países de la OCDE.⁹² Más aún: si comparamos la calidad del sistema educativo mexicano solamente con los estándares de países de América Latina, tampoco salimos muy bien parados; estamos por debajo de los niveles educativos de Cuba, Argentina, Chile y Colombia y

⁸⁸ Andere, Eduardo, *La educación en México...*, cit., p. 144.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 15 y 16.

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 87 y 88.

⁹¹ De hecho, México presenta la mayor brecha estadística entre el desempeño de las escuelas privadas y públicas en toda América Latina; Andere, Eduardo, *La educación en México...*, cit., p. 114. Este es un dato, como los anteriores, que nos debería de llenar de vergüenza. Alguna autoridad debería asumir responsabilidades por este clamoroso fracaso.

⁹² Andere, Eduardo, *La educación en México...*, cit., pp. 91 y ss.

ligeramente arriba de Paraguay, Bolivia y Venezuela.⁹³ No hay motivo alguno para estar contentos.

III. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD (ARTÍCULO 4o., PÁRRAFO TERCERO)

El párrafo tercero del artículo 4o. constitucional garantiza para todas las personas el derecho a la protección de la salud. En su segunda parte, dicho párrafo ordena al legislador definir las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, así como disponer la concurrencia entre los distintos niveles de gobierno sobre la materia, de acuerdo con lo establecido en la fracción XVI del artículo 73 constitucional. Su texto es el siguiente: “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”.

El derecho a la salud (o a su protección)⁹⁴ es uno de los derechos sociales por antonomasia. Se trata de un derecho complejo que se despliega en una amplia serie de posiciones jurídicas fundamentales para los particulares y para el Estado; aunque lo veremos con detalle más adelante, se puede decir en este momento que el derecho a la salud tiene un carácter prestacional en la medida en que principalmente implica y conlleva una serie de obligaciones positivas (de hacer) por parte de los poderes públicos.⁹⁵ Por ejemplo, a partir del derecho a la salud, corresponde al Estado asegurar la asistencia médica una vez que la salud, por la causa que sea, ha sido afectada; esto es lo que se llama el “derecho a la atención o asistencia sanitaria”.⁹⁶

⁹³ *Ibidem*, p. 111.

⁹⁴ No es lo mismo el derecho a la salud que el derecho a la protección de la salud; aunque considero que no es relevante entrar en cuestiones puramente semánticas, sí es apropiado señalar que el primero es más amplio, mientras que el segundo parece dar cuenta, más bien, de la obligación que tiene el Estado de desarrollar acciones positivas tendentes justamente a proteger la salud o repararla cuando ha sido afectada; sobre esto, Leary, Virginia A., “Justiciabilidad y más allá: procedimientos de quejas y el derecho a la salud”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, núm. 55, diciembre de 1995, pp. 91 y ss.

⁹⁵ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 419 y ss.

⁹⁶ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, *La Ley. Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, año LXV, núm. 119, 25 de junio de 2001, p. 16.

También, el derecho a la salud genera, como sucede con todos los derechos sociales, la obligación del Estado de preservar el bien jurídico protegido por la Constitución, es decir, la salud; tal protección supone la obligación del Estado de abstenerse de dañar la salud, que es una obligación negativa; de la misma manera, hace nacer la obligación —positiva— de evitar que particulares, grupos o empresas la dañen.⁹⁷ Podría decirse que el derecho a la salud se despliega en un haz relativamente complejo de derechos y posiciones subjetivas.⁹⁸

Asimismo, el derecho a la salud obliga a los particulares; por ejemplo, los establecimientos médicos privados están obligados a proporcionar un servicio de urgencia a cualquier persona que lo requiera, con independencia de que pueda o no pagarlo. En caso de que el afectado no tenga recursos económicos para permanecer en el hospital o clínica privados, la obligación del establecimiento se limita a estabilizar a la persona, proporcionarle los medicamentos que necesite en lo inmediato y procurar su correcto traslado a una institución pública. Si no lo hiciera se podría configurar el delito de omisión de auxilio que prevén los distintos códigos penales de la República.

La salud, como objeto de protección del derecho que se comenta, puede entenderse, de acuerdo con una definición de la Organización Mundial de la Salud, como “un Estado de bienestar físico, síquico y social, tanto del individuo, como de la colectividad”.⁹⁹

Es importante enfatizar la idea, contenida en la definición anterior, de que la salud tiene un componente individual y un componente colectivo o social. Desde luego, el goce de la salud es un bien individual, pues cada persona puede o no tenerlo, con independencia de que su familia o sus vecinos también tengan buena salud. Pero la salud tiene una dimensión colectiva si consideramos que hay factores sociales que tienden a preservarla o a quebrarla, como las epidemias, la contaminación, la circulación de agentes patógenos, la falta de hábitos higiénicos, las inapropiadas medidas de prevención de enfermedades, etcétera. La salud, en cuanto bien social, solamente se puede preservar mediante un esfuerzo colectivo, por medio del cual se desarrolla un sistema de atención sanitaria adecuado.¹⁰⁰

⁹⁷ *Idem.*

⁹⁸ Ver, al respecto, la explicación de Principato, Luigi, “Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà piú o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 4, 1999, pp. 2513-2516.

⁹⁹ Freire, José Manuel, “Política sanitaria”, en VV. AA., *Políticas sociales y Estado de bienestar en España. Memoria de 1999*, Madrid, Trotta, 1999, p. 433.

¹⁰⁰ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, *cit.*, p. 17.

La protección de la salud y el desarrollo de los correspondientes sistemas sanitarios asistenciales es una de las tareas fundamentales —en términos políticos y económicos— de los Estados democráticos contemporáneos y representa una de las claves del Estado de bienestar.

Como ya se explicó al tratar el tema del surgimiento histórico del Estado social, durante el siglo XX se produjeron impresionantes avances científicos en el campo de la salud, como resultado de lo que se ha calificado como la “revolución terapéutica”. Sobre todo a partir de los años cincuenta del siglo pasado, hemos asistido a una constante aceleración de la puesta a punto de terapias farmacológicas y quirúrgicas, al desarrollo de instrumentos médicos y de investigaciones genéticas que han permitido enfrentar y derrotar a una serie de enfermedades que en el pasado habían causado graves pérdidas humanas.¹⁰¹

Tal desarrollo ha permitido que la salud no se vea como simple objetivo de “política pública”, sino más bien como derecho del que todos pueden disfrutar porque las condiciones técnicas y tecnológicas lo permiten. Pero ese disfrute no es algo que se consiga en cuanto derivación automática del desarrollo de la ciencia médica, sino que es necesario establecer una serie de dispositivos e instituciones para hacerlo actuable.

A reserva de precisarlo más adelante, preliminarmente podemos decir que de la consideración del derecho a la salud como derecho fundamental deriva que el sistema de prestaciones que se establezca para hacerlo realidad debe tener por lo menos las tres siguientes características: universalidad, equidad y calidad.¹⁰²

La *universalidad*, derivada conceptualmente del carácter de derecho fundamental de la protección a la salud, es recogida también normativamente por vía directa del texto constitucional, al designar como sujeto del derecho a “toda persona”.

La *equidad* implica que los servicios sanitarios públicos sean financiados principalmente por impuestos y no por el pago de cuotas de sus usuarios, salvo de aquellos que tengan capacidad económica suficiente. Con ello se busca evitar las discriminaciones en el acceso, así como la consecución —por ese medio— del mandato de redistribución del ingreso y la riqueza consagrado en el artículo 25 de la misma Constitución; según se ha examinado con detalle en el capítulo segundo de este libro, la no discriminación en materia de derechos sociales se encuentra explícitamente recogida en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que dispone lo si-

¹⁰¹ Borsellino, Patrizia, *Bioética tra autonomia e diritto*, Milán, Zadig, 1999, pp. 139 y ss.

¹⁰² Echániz Salgado, José I., “Política sanitaria: la reforma de la sanidad” en VV. AA., *Políticas sociales y Estado de bienestar en España. Memoria de 1999*, cit., p. 400.

guiente: “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”. En el mismo orden de ideas, el artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución mexicana expresamente recoge la prohibición de discriminar por “condiciones de salud”.

Finalmente, la *calidad* es un requisito tanto de la existencia misma del sistema comprendido globalmente (puesto que no sirve de nada un sistema sanitario que opere en pésimas condiciones de calidad, lo que puede llevar incluso no a la protección de la salud sino con seguridad a su empeoramiento), como un elemento para alcanzar un mínimo de igualdad entre quienes acceden a servicios públicos de salud y de quienes lo hacen a servicios privados.

Como en el caso del resto de los derechos sociales, el desarrollo del derecho a la protección de la salud corre paralelo a la fortaleza de los poderes públicos. Pero esto no quiere decir que el Estado pueda alegar motivos no justificados (como la escasez presupuestal) para dejar de cumplir con sus obligaciones constitucionales.

1. *El derecho a la salud en el ordenamiento jurídico mexicano*

En México, aparte de lo que dispone el artículo 4o., el tema de la salud aparece también en el artículo 2o. constitucional, apartado B, que entre las obligaciones que tienen las autoridades federales, locales y municipales para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos indígenas, establece la de: “Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil”.¹⁰³

La ley que desarrolla los mandatos del artículo 4o. en materia de salud es la Ley General de Salud, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de febrero de 1984 y que ha sufrido diversas reformas con posterioridad. En su artículo 2o., dicha Ley establece que el derecho a la protección de la salud tiene las siguientes “finalidades”:

- I. El bienestar físico y mental del hombre para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;

¹⁰³ El propio apartado B del artículo 2o. también impone la protección de la salud de la mujeres indígenas migrantes, en su fracción VIII.

- II. La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana;
- III. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación, y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;
- IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;
- V. El disfrute de servicios de salud y asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población;
- VI. El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud, y
- VII. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

La misma Ley, en sus artículos 5o. y 6o., define los componentes del sistema nacional de salud y sus objetivos.¹⁰⁴ En el artículo 13 precisa la distribución de competencias entre la Federación y las entidades federativas.¹⁰⁵

Aparte de la citada Ley, conviene también tener en cuenta la Ley de los Institutos Nacionales de Salud (*Diario Oficial de la Federación* del 26 de mayo de 2000), que regula el funcionamiento de los organismos descentralizados que, dentro del sector salud, tienen por objeto la investigación científica en el campo de la salud, la formación y capacitación de recursos humanos calificados y la prestación de servicios de atención médica de alta especialidad (artículo 2o., fracción III de la Ley).

La legislación secundaria en materia de derecho a la salud tiene un carácter sobre todo orgánico, referido más a las entidades públicas que deben prestar los servicios de salud que a los ciudadanos sujetos de ese derecho. Como sucede con buena parte de los ordenamientos secundarios que regulan los derechos sociales fundamentales, la legislación en materia de salud no configura verdaderas prerrogativas de los ciudadanos exigibles a los poderes públicos.

En la jurisprudencia se encuentran escasos pronunciamientos en los que se haga referencia al derecho a la salud. Un caso interesante fue el de la tesis que se transcribe a continuación, emanada a propósito de la interposición de un amparo por parte de una persona que había contraído el virus VIH/Sida y que reclamaba, en 1996, la emisión del cuadro básico y catálogo de medicamentos

¹⁰⁴ Una descripción de la estructura institucional encargada de brindar los servicios de atención a la salud dentro del sistema nacional de salud puede ver en Melgar Adalid, Mario y Pérez López, Miguel, "Derecho de la salud", *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM, Porrúa, 2002, t. XII, caps. IV y V.

¹⁰⁵ Sobre tal distribución, Moctezuma Barragán, Gonzalo, *Derechos de los usuarios de los servicios de salud*, México, Cámara de Diputados, IJJ-UNAM, 2000.

del IMSS para ese año. El 25 de octubre de 1999, el Poder Judicial de la Federación, a través del pleno de la Suprema Corte, resolvió el caso y emitió el siguiente criterio:

SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4o. 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. La Ley General de Salud, reglamentaria del derecho a la protección de la salud que consagra el artículo 4o., párrafo cuarto de la carta magna, establece en sus artículos 2o., 23, 24, fracción I, 27, fracciones III y VIII, 28, 29 y 33, fracción II, que el derecho a la protección de la salud tiene, entre otras finalidades, el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfaga las necesidades de la población; que por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad; que los servicios de salud se clasifican en tres tipos: de atención médica, de salud pública y de asistencia social; que son servicios básicos de salud, entre otros, los consistentes en: a) la atención médica, que comprende preventivas, curativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias, definiéndose a las actividades curativas como aquellas que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno; y b) la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud para cuyo efecto habrá de cuadro básico de insumos del sector salud. Deriva de lo anterior, que se encuentra reconocido en la Ley General de Salud, reglamentaria del derecho a la protección de la salud, el que tal garantía 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, sin que obste a lo anterior el que los medicamentos sean recientemente descubiertos y que existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor atención por parte del sector salud, pues éstas son cuestiones ajenas al derecho del individuo 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 garantía individual, y del deber de proporcionarlos por parte de las dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos. Tesis P.XIX/2000 del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Un caso parecido fue resuelto por la Corte Suprema de Argentina;¹⁰⁶ se trataba del caso de un menor de edad afectado por una grave enfermedad ósea, al

¹⁰⁶ Caso *Campodónico de Beviacqua, Carina c. Ministerio de Salud y Acción Social-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ recurso de hecho*

cual se le venía suministrando en forma gratuita por un órgano del Ministerio de Salud y Acción Social una medicación esencial para su tratamiento. En un momento dado los padres del menor recibieron la notificación de que el medicamento se les iba a suministrar por última vez. Los padres interpusieron el correspondiente recurso y ganaron el caso en las dos instancias ordinarias; finalmente, el asunto llegó a la Corte Suprema, que ratificó la decisión de los inferiores y ordenó al Estado mantener la provisión del medicamento. El Estado argumentó que la decisión de retirar el suministro del medicamento se basaba en el hecho de que el organismo que lo estaba suministrando no era competente para ello y que la obligación la debía asumir el seguro privado —del cual el menor formaba parte— o la autoridad provincial correspondiente. Además, el Estado sostuvo que la provisión del medicamento comprometía recursos económicos necesarios para organizar los planes de salud y que la atención al niño se había dado por razones humanitarias y no porque existiera alguna obligación legal. La resolución de la Corte Suprema de Argentina en este caso es interesante por varios motivos (la decisión de la Corte se basa en parte en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para fundar su sentencia).

La argumentación de la Corte sostiene que no hay alternativas fácticas al tratamiento dispensado, puesto que es esencial para el menor; con ello acota la discrecionalidad de la autoridades, que no pueden disponer su no suministro. Luego la Corte se centra en la cuestión de la autoridad que debe hacerse cargo de ese suministro y señala, teniendo en cuenta las disposiciones del Pacto, que el sujeto obligado es el Estado y que la organización administrativa del mismo no puede servir como excusa para dejar de cumplir con las obligaciones derivadas de un derecho fundamental; esto no es obstáculo para que el Estado, si lo considera oportuno, ejercite las acciones correspondientes contra la autoridad o ente que considere que debe hacerse cargo del suministro del medicamento. La Corte también acude, si bien de forma velada, al argumento de la no regresividad en materia de derechos y sociales, al afirmar que si el Estado se hizo cargo (“por razones humanitarias”) de la provisión del medicamento y si las circunstancias del menor no han cambiado, dicha entrega significa el reconocimiento del Estado de su responsabilidad en la salvaguarda de la salud del niño, no pudiendo desentenderse de su atención. Cabe señalar que los padres habían acreditado la imposibilidad económica de proporcionar al niño el medicamento, por lo que se establecía la necesidad de que los poderes públicos se hicieran cargo del asunto.

24/10/2000 citado y analizado por Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, *cit.*, pp. 17-21.

Otros pronunciamientos jurisdiccionales interesantes son los siguientes:

SALUD, DERECHO A LA. LA AUTORIDAD DEL RAMO NO PUEDE NEGARSE A PROPORCIONAR TRATAMIENTO A UN PROCESADO. Si conforme a lo establecido por el artículo 4o. de la Constitución General de la República, toda persona tiene derecho a la protección de su salud y acceso a los servicios correspondientes, el quejoso tiene tal derecho, lo que se traduce en recibir el tratamiento requerido. Luego, con el hecho de que el secretario de Salud del estado de Tlaxcala, no proporcione la atención médica a un procesado y niegue su traslado a un hospital especializado, es inconcuso que viola esa garantía individual consagrada en el párrafo cuarto del artículo 4o. de la Constitución General de la República. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. II, diciembre de 1995, novena época, tribunales colegiados de circuito, tesis VI. 2o. 37 P, p. 574.

SALUD, DERECHO A LA. TRANSGREDE EL, CUANDO NO SE ORDENA EL TRATAMIENTO SOBRE LA ADICCIÓN DE UN SENTENCIADO TOXICÓMANO. Se transgrede el sentido del artículo 4o. constitucional, que consagra el derecho a la salud, así como lo estatuido en el precepto 194, fracción IV del Código Penal Federal, cuando en un delito contra la salud, al sentenciarse a un acusado que es toxicómano adicto al consumo de enervantes o estupefacientes, la responsable ordenadora omite dejarlo a disposición de la autoridad sanitaria para su tratamiento. Jurisprudencia, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. 57, septiembre de 1992, octava época, tribunales colegiados de circuito, tesis I.2o.P.J./44, p. 43.

SALUBRIDAD. SUSPENSIÓN DE UN TRATAMIENTO POR UN MÉTODO ESPECÍFICO. No existe una norma de derecho que obligue a las autoridades responsables a otorgarle a la quejosa específicamente el tratamiento médico que se le suspendió. Es cierto que conforme al vigente artículo 4o. de la Constitución General de la República, toda persona tiene derecho a la protección de la salud y al acceso a los servicios de salud, pero ello no se traduce en un derecho subjetivo a recibir en especial el tratamiento exclusivamente por el método que le fue suspendido a la quejosa. No es obstáculo para lo anterior, el alegato en el sentido de que desde hace muchos años se aplicaba ese tratamiento a otros mexicanos, toda vez que en caso de ser cierto, dicha práctica tampoco crearía una obligación a cargo de las autoridades médicas. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 97/84. María Díaz Miramón viuda de Mena. 30 de octubre de 1984. Mayoría de votos. Ponente: J. S. Eduardo Aguilar Cota. Amparo en revisión 51/84. Concepción Cervantes. 22 de agosto de 1984. Unanimidad en resolutivos y mayoría en consideraciones. Ponente: J. S. Eduardo Aguilar Cota.

TRASPLANTE DE ÓRGANOS ENTRE VIVOS. EL ARTÍCULO 333, FRACCIÓN VI, DE LA LEY GENERAL DE SALUD, QUE LO PERMITE ÚNICAMENTE ENTRE PERSONAS RELA-

CIONADAS POR PARENTESCO, MATRIMONIO O CONCUBINATO, TRANSGREDE LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA VIDA CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El citado dispositivo legal, al establecer que para realizar trasplantes de órganos entre vivos, el donante debe tener necesariamente con el receptor parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil, o ser su cónyuge, concubina o concubinario, transgrede los derechos a la salud y a la vida establecidos en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues priva a la población en general de un medio apto para prolongar la vida o mejorar su calidad. Es cierto que el legislador, al normar el trasplante de órganos entre vivos de la manera restringida indicada, lo hizo con el propósito de fomentar el altruismo y evitar su comercialización, pero también es cierto 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 tanto, 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. Clave P., núm. IX/2003. Amparo en revisión 115/2003. José Roberto Lamas Arellano. 8 de abril de 2003. Mayoría de siete votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán, José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Encargado del engrose: Juan Díaz Romero. Secretarios: Arnulfo Moreno Flores, Claudia Alatorre Villaseñor y Guillermina Coutiño Mata. El tribunal pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de julio en curso, aprobó, con el número IX/2003, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a catorce de julio de dos mil tres.

Esta última tesis es interesante ya que en su argumentación la Corte hace valer una preferencia valorativa distinta a la que tuvo el legislador y, esgrimiendo un criterio de falta de proporcionalidad, declara inconstitucional la determinación legislativa. En efecto, el legislador consideró que era importante desalentar en la mayor medida posible el comercio de órganos humanos entre personas vivas, motivo por el cual limitó por razón de sujeto las posibilidades de donación de ese tipo de órganos. La Corte sin embargo considera que esa previsión es muy “drástica” y que limita de forma excesiva el derecho a la posibilidad de

contar con un medio de prolongar la vida o mejorar su calidad. Para la Corte, el legislador no acertó en la elección del medio más adecuado para limitar el comercio de órganos; no se justifica esa limitación, según el razonamiento judicial, cuando “el propio sistema jurídico prevé otras medidas tendentes a evitar que se comercie con órganos, o bien, que exista ánimo de lucro en su donación”. Es un caso curioso de aplicación del principio de proporcionalidad que debe atender el legislador al dictar alguna medida restrictiva de los derechos fundamentales.

A partir de 1996 comienza a funcionar en México la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed), como órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, dotada de autonomía técnica plena para emitir sus opiniones, acuerdos y laudos. La Conamed puede recibir quejas por el deficiente funcionamiento de los servicios médicos¹⁰⁷ y fungir como instancia de amigable composición o de arbitraje.¹⁰⁸ Esta Comisión intenta seguir el modelo del *ombudsman* para resolver los conflictos de que conoce y, al parecer, sus actividades han tenido un éxito razonable, a pesar de su todavía corta existencia.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha realizado varios pronunciamientos interesantes sobre las violaciones de derechos fundamentales en el ámbito de la salud, debido en buena medida a que las quejas que le han llegado en esta materia han crecido de forma considerable, ubicándose entre las primeras causas por las que los ciudadanos acuden ante la Comisión a quejarse.

Según datos del informe correspondiente a 2002 de la Comisión, el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) era la segunda institución que mayor número de expedientes de queja había generado, superado solamente por la Procuraduría General de la República; en sexto lugar dentro de esa escala de valoración aparecía el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE).¹⁰⁹

Si se toma en cuenta el número de recomendaciones emitidas, de nuevo el tema de la salud cobra mucha importancia dentro de las tareas de la Comisión; en 2002 la autoridad a la que le fueron dirigidas el mayor número de recomendaciones (siete en total) fue el director del IMSS.¹¹⁰ En las 49 recomendaciones emitidas durante ese año, el tercer hecho calificado como violatorio de dere-

¹⁰⁷ Ver el “Reglamento de procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico”, *Diario Oficial de la Federación* del 21 de enero de 2003.

¹⁰⁸ Moctezuma Barragán, *Derechos de los usuarios...*, cit.

¹⁰⁹ CNDH, *Informe de actividades del 1 de enero al 31 de diciembre de 2002*, México, CNDH, 2003, p. 33.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 51.

chos humanos fue la “negativa o inadecuada prestación del servicio de salud” y el sexto fue la “contracepción forzada”.¹¹¹

En relación con lo que se acaba de decir, conviene recordar que la Comisión Nacional ha determinado, en su *Manual para la calificación de hechos violatorios de derechos humanos*, algunas conductas como claramente violatorias del derecho a la salud; esas conductas son: abandono de paciente, aislamiento hospitalario o penitenciario por tener la condición de seropositivo o enfermo de VIH, deficiencia en los trámites médicos, falta de notificación del estado de salud de VIH, investigación científica ilegal en seres humanos, negativa de atención médica, negativa de atención médica por tener la condición de seropositivo o enfermo de VIH, negativa o inadecuada prestación de servicio público y negligencia médica.¹¹²

Un avance importante en materia de derecho a la salud se ha producido a través de los catálogos de “derechos de los pacientes”; aunque no siempre se trata de verdaderos “derechos” en el sentido técnico-jurídico, se pueden calificar como principios orientadores de la práctica médica, vinculados de forma estrecha a la ética profesional. Entre esos derechos se encuentran los siguientes: asistencia médica de buena calidad, libre elección del médico, autodeterminación, información, confidencialidad, educación de la salud, respeto a la dignidad y asistencia religiosa.¹¹³

2. *El acceso universal a los servicios de salud*

Una cuestión de la mayor relevancia cuando se estudia el derecho a la salud tiene que ver con las posibilidades efectivas que tienen —o no tienen, como en seguida veremos— todos los habitantes del país de acceder a los servicios médicos. En la práctica ese acceso se resume en dos posibilidades: la que se ofrece desde los órganos públicos a través del sistema nacional de salud o bien la que se cubre por los médicos y hospitales privados.

Respecto a la primera posibilidad, la cobertura sanitaria y el acceso a los servicios de salud se estructuran (en México y otros países) a través del sistema de seguridad social, por medio del cual se establecen una serie de mecanismos que

¹¹¹ *Ibidem*, p. 55.

¹¹² Soberanes Fernández, José Luis, “La protección de la salud en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos”, en Muñoz de Alba Medrano, Marcia (coord.), *Temas selectos de derecho y salud*, México, IJ-UNAM, 2002, pp. 182 y 183.

¹¹³ Fernández Varela, Héctor y Sotelo Monroy, Gabriel E., “Derechos y salud: instituciones”, en Muñoz de Alba Medrano, Marcia (coord.), *Temas selectos de derecho y salud*, México, UNAM, 2002, p. 187.

obligan a determinados sujetos a contribuir económicamente para el sostenimiento de las prestaciones en materia de salud a la vez que les dan derecho a los sujetos beneficiarios a obtener las prestaciones médicas correspondientes. Esto es lo que da fundamento a la creación de instituciones como el Instituto Mexicano del Seguro Social o los institutos de seguridad social que prestan servicios a quienes trabajan en el sector público.¹¹⁴

Si alguna persona no es derechohabiente en alguno de los servicios que prestan esas instituciones, tiene dos posibilidades: o bien acudir a la medicina privada, como ya se ha mencionado, o acudir a la sanidad pública pero pagando el costo del servicio.

Si se revisa el costo de los servicios de salud y se compara con los ingresos de la mayor parte de la población en México se verá que, en la práctica, estar fuera de los sistemas previsionales supone un enorme riesgo para muchas personas y, de hecho, una disminución muy sensible del derecho que en su favor consagra el artículo 4o. constitucional en materia de salud.

De acuerdo con datos estadísticos, los sistemas de seguridad social dan cobertura a poco más del 60% del total de la población del país. Es decir, casi el 40% de las personas que viven en México no están cubiertos por esos servicios.

Algunos datos complementarios permiten entender mejor lo anterior. Para el año 2000 estaban cubiertos por alguno de los sistemas de seguridad social 59 millones 231 mil personas, de las cuales 46 millones eran atendidas dentro del IMSS, poco más de 10 millones por el ISSSTE, 647 mil por el servicio de seguridad social de Pemex y 489 mil por el servicio de seguridad social de la Secretaría de la Defensa Nacional. Para ese mismo año la población total del país era de 97 millones y medio de personas en números cerrados.¹¹⁵

Para intentar paliar esa situación de desamparo que afecta a una parte tan importante de la población, se reformó la Ley General de Salud a fin de crear, a partir de enero de 2004, el llamado “seguro popular” (*Diario Oficial de la Federación* del 15 de mayo de 2003). El objetivo de dicha reforma es dar cobertura sanitaria a ese 40% de la población mexicana que no pertenece a alguno de los sistemas de seguridad social existentes, diseñando para ello un sistema de contribuciones que permita hacer financieramente viable esa cobertura.

¹¹⁴ Para un panorama general sobre la seguridad social en México, ver Carrillo Prieto, Ignacio, “Derecho de la seguridad social”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM, Porrúa, t. XII, 2002, pp. 139 y ss.

¹¹⁵ Los datos se toman de *Anuario Estadístico de los Estados Unidos Mexicanos*, edición 2002, México, INEGI, 2003, pp. 33 y 151.

Por medio de la mencionada reforma se adicionó a la Ley de Salud un artículo 77 bis con 41 distintos apartados.¹¹⁶ Al seguro popular se podrán incorporar todas las personas que no sean derechohabientes de alguna institución de seguridad social (artículo 77 bis 3). El domicilio de las personas será el que determine a qué sistema en concreto quedarán adscritas, ya que el seguro popular está coordinado por la Secretaría de Salud del gobierno federal pero lo operan directamente los servicios de salud de las entidades federativas. La Ley establece, para esos efectos, una distribución de competencias entre los distintos niveles de gobierno (artículo 77 bis 5). Para formar parte del sistema, los gobiernos locales deberán firmar acuerdos de coordinación con el gobierno federal, según el modelo de acuerdo que se determine por la Secretaría de Salud; en esos convenios se establecerán los conceptos de gasto, el destino de los recursos, los indicadores de seguimiento a la operación y los términos de evaluación integral del sistema (artículo 77 bis 6).

El sujeto beneficiario es, según la Ley, el núcleo familiar, el cual se compone por los cónyuges, la concubina o concubino, el padre o madre no unidos en vínculo matrimonial o concubinato y otras personas dependiendo del grado de dependencia y convivencia que tengan según lo establezca el Consejo de Salubridad General; también lo integran los hijos menores de 18 años, los menores de esa edad que formen parte del hogar y tengan parentesco de consanguinidad con alguno de los anteriores, entre otros (artículo 77 bis 4). Para ser sujeto beneficiario, además de solicitarlo, se requiere residir en el territorio nacional, no ser derechohabiente de la seguridad social, contar con Clave Única de Registro de Población (lo que se conoce como CURP) y cubrir las cuotas familiares que correspondan según la ley (artículos 77 bis 7 y 77 bis 8).

Los recursos necesarios para el funcionamiento del seguro popular serán aportados por el gobierno federal, los gobiernos de las entidades federativas y las cuotas familiares a cargo de los propios beneficiarios (artículo 77 bis 11). Para la determinación de estas últimas “se tomarán en cuenta las condiciones socioeconómicas de los beneficiarios, mediante la aplicación de un instrumento estandarizado fijado a nivel nacional por la Secretaría de Salud, el cual permitirá ubicarlos en el estrato adecuado” (artículo 77 bis 25); en cualquier caso, “El nivel de ingreso o la carencia de éste, no podrán ser limitantes para el acceso al sistema de protección social en salud” (artículo 77 bis 26).

En los artículos transitorios de la reforma que se comenta se establece el carácter progresivo del sistema del seguro popular, ya que se fija un máximo

¹¹⁶ No hace falta subrayar la falta de técnica legislativa de esta reforma; se trata de un nuevo caso que acredita la escasa preocupación y responsabilidad que demuestran nuestros legisladores al realizar su trabajo.

anual de incorporaciones equivalente al 14.3% de las familias susceptibles de integrarlo, de forma que se alcance el 100% de cobertura en 2010 (transitorio octavo del decreto de reforma).

No es posible, en este momento, ampliar la explicación del seguro popular, ni del funcionamiento de los demás sistemas de protección de la salud existentes en México; hay que subrayar que su creación es muy importante para extender *universalmente* a todos los habitantes del territorio nacional el derecho a la protección de la salud que establece el artículo 4o. constitucional.

El seguro popular es importante, además, porque logra desvincular el hecho de tener efectivamente protegido ese derecho de la circunstancia de ser o no trabajador. Es decir, no se requiere ser trabajador para ser beneficiario del seguro popular, lo que no sucede con los sistemas que seguridad social, los cuales en principio aceptan sólo a personas que mantengan alguna relación laboral o a los familiares del trabajador.

En otros países la extensión universal del derecho a la salud alcanza incluso a los nacionales de un país que se encuentren en el extranjero. Así sucede en el caso de Italia, cuya Corte Constitucional ha reconocido el derecho de los ciudadanos italianos a exigir el reembolso de los gastos médicos que haya tenido que hacer una persona indigente en el extranjero; en Italia, conviene recordarlo, el artículo 32 constitucional consigna la obligación para el Estado de proveer de servicios de salud a las personas indigentes. La legislación ordinaria, sin embargo, no preveía ningún tipo de obligación del Estado hacia los nacionales que por una u otra razón estuvieran fuera de su territorio, lo que fue considerado inconstitucional por la Corte ya que daba como resultado una discriminación indebida.¹¹⁷

3. El derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos

El derecho a la protección de la salud se encuentra recogido en diversos pactos internacionales de derechos humanos, de entre los cuales conviene citar al menos los siguientes:

El artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 dispone 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 vivien-

¹¹⁷ El caso es analizado por Principato, Luigi, “Il diritto costituzionale alla salute...”, *cit.*, pp. 2508-2518.

da, 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.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 establece en su artículo 12 que

1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene en el 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.

Por su parte, el Protocolo en materia de derechos económicos, sociales y culturales de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (Protocolo de San Salvador), dispone en su artículo 10 lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;

c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;

d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;

e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y

f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Algunas declaraciones y tratados sectoriales también hacen referencia en sus textos al derecho a la salud; por su importancia se deben mencionar al me-

nos la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 11, párrafo 1 inciso f, y artículo 12) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24).

Como se puede apreciar, una de las regulaciones más completa del derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos es, todavía hoy, la que está prevista en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Dicho artículo ha sido objeto de una extensa y muy rigurosa Observación General (la número 14) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, sobre la que vale la pena detenerse. En varios aspectos, la OG 14 sigue las pautas metodológicas que el Comité había perfilado en la OG 13 relativa al derecho a la educación y que ya hemos estudiado en este capítulo. Se trata de una metodología que no habían tenido las anteriores observaciones generales y que demuestra un trabajo muy serio y comprometido por parte del Comité. Esta nueva actitud viene a corroborar, por otro lado, la pertinencia de que los organismos internacionales se tomen con seriedad y hasta sus últimas consecuencias los textos internacionales de derechos humanos; al actuar casi como un tribunal en el desarrollo de su argumentación y en la relevancia que le da al texto del artículo 12 del Pacto, el Comité nos proporciona una serie muy importante de herramientas para entender mejor el derecho a la salud. Veamos.

En primer término, el Comité subraya que el derecho a la salud debe ser entendido como un derecho muy amplio, a partir del cual se genera no solamente la posibilidad de contar con atención médica en caso de enfermedad,

sino que abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano [párrafo 4; en el mismo sentido, ver párrafo 11].

De esa forma, el Comité se aleja de posturas reduccionistas, lo que le permite, entre otras cosas, señalar la vinculación que existe entre el derecho a la salud y los demás derechos fundamentales:

El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar *sano*. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica,¹¹⁸ y el de-

¹¹⁸ La salud genésica, se encarga de explicar el Comité en la nota al pie número 12 de su OG, "significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse

recho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura 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 [párrafo 8].

El Comité, haciendo un ejercicio de realismo, reconoce que ningún Estado tiene la capacidad para asegurar que toda su población esté sana, puesto que hay una serie de factores que son imposibles de controlar y que influyen en el goce o no de salud (tal es el caso de la propensión individual a sufrir una dolencia, la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados, la falta de prevención, etcétera). En este sentido, “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” (párrafo 9).

El Comité señala que el derecho a la salud, en todas sus formas y niveles, comprende ciertos elementos esenciales e interrelacionados, que son los siguientes (párrafo 12):

A) Disponibilidad: cada Estado parte debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas.

B) Accesibilidad: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado. La accesibilidad comprende cuatro distintas dimensiones:

1. No discriminación.
2. Accesibilidad física, de forma que los establecimientos, bienes y servicios estén al alcance geográfico de todos los sectores de la población, particularmente en el caso de los grupos vulnerables o marginados.
3. Accesibilidad económica (asequibilidad), lo que implica que los servicios de salud estén económicamente al alcance de todos, para lo cual hay que tener en cuenta las siguientes palabras del Comité:

Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al

y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto”. La libertad de procreación, directamente establecida en el artículo 4 de la Constitución mexicana, ha sido objeto de estudio en el capítulo tercero de este libro.

alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

4. Acceso a la información, lo que comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud.

C) Aceptabilidad, es decir, que los establecimientos, bienes y servicios sean respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, para lo cual se deberá ser sensible a los requisitos de género y del ciclo de la vida, así como respetar la confidencialidad e intimidad de las personas de que se trate.

D) Calidad, de forma que, además de ser culturalmente aceptables, los servicios médicos sean apropiados desde el punto de vista científico, para lo cual se requiere personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

Luego de señalar estas “condiciones mínimas” que se deben observar como consecuencia del derecho a la salud, el Comité se dedica a aportar consideraciones específicas sobre algunos tipos de enfermedades o sobre ciertos grupos humanos que requieren de atención especial, relacionando cada caso con la correspondiente disposición del artículo 12 del Pacto.

Así, por ejemplo, el Comité se refiere a la salud materna, infantil y reproductiva en los siguientes términos:

es preciso adoptar medidas para mejorar la salud infantil y materna, los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia, la atención anterior y posterior al parto, los servicios obstétricos de urgencia y el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información (párrafo 14).

Con respecto a la higiene del trabajo y del medio ambiente el Comité afirma que es necesaria

la adopción de medidas preventivas en lo que respecta a los accidentes laborales y enfermedades profesionales; la necesidad de velar por el suministro adecuado de agua limpia potable y la creación de condiciones sanitarias básicas; la prevención y reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas tales como radiaciones y sustancias químicas nocivas u otros factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente a la salud de los seres humanos. Además, la higiene industrial aspira a reducir al mínimo, en la medida en que ello sea razonablemente

viable, las causas de los peligros para la salud resultantes del medio ambiente laboral (párrafo 15).

Un lugar destacado para preservar la salud lo ocupa la prevención de las enfermedades. Para lograr esa prevención el Comité considera que se deben establecer programas educativos, orientados sobre todo a hacer frente a las preocupaciones de salud que guardan relación con el comportamiento; tal es el caso de las enfermedades de transmisión sexual, en particular el VIH/Sida, y las que afectan de forma adversa a la salud sexual y genésica. Los mencionados programas deben promover los factores sociales determinantes de la buena salud, como lo son la seguridad ambiental, la educación, el desarrollo económico y la igualdad de género (párrafo 16).

Como en casi todas las observaciones generales, también en la OG 14 el Comité señala la obligación de los Estados parte de observar el mandato de no discriminación. Según el Comité

es preciso hacer hincapié en la igualdad de acceso a la atención de la salud y a los servicios de salud. Los Estados tienen la obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes, y, al garantizar la atención de la salud y proporcionar servicios de salud, impedir toda discriminación basada en motivos internacionalmente prohibidos, en especial en lo que respecta a las obligaciones fundamentales del derecho a la salud. Una asignación inadecuada de recursos para la salud puede dar lugar a una discriminación que tal vez no sea manifiesta. Por ejemplo, las inversiones no deben favorecer desproporcionadamente a los servicios curativos caros que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población, en detrimento de la atención primaria y preventiva de salud en beneficio de una parte mayor de la población (párrafo 19).

Una manifestación concreta del fenómeno discriminatorio, como lo vimos en el capítulo segundo de este libro, se produce por el trato desigual que frente a los hombres reciben las mujeres. La discriminación de género existe también en el ámbito de la salud, por lo cual el Comité ha considerado oportuno hacer una mención especial del tema, sugiriendo a los Estados que apliquen una perspectiva de género al asegurar ese derecho:

El Comité recomienda que los Estados incorporen la perspectiva de género en sus políticas, planificación, programas e investigaciones en materia de salud a fin de promover mejor la salud de la mujer y el hombre. Un enfoque basado en la perspectiva de género reconoce que los factores biológicos y socioculturales ejercen una influencia importante en la salud del hombre y la mujer. La desagregación, según el

sexo, de los datos socioeconómicos y los datos relativos a la salud es indispensable para determinar y subsanar las desigualdades en lo referente a la salud (párrafo 20).

En consecuencia con lo anterior, “Un objetivo importante deberá consistir en la reducción de los riesgos que afectan a la salud de la mujer, en particular la reducción de las tasas de mortalidad materna y la protección de la mujer contra la violencia en el hogar” (párrafo 21).

También los niños y los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y los pueblos indígenas merecen comentarios particulares del Comité (párrafos 22 a 27).

Con base en la OG núm. 3, el Comité desarrolla en la OG 14 un estudio para delimitar las obligaciones de los Estados parte en materia de derecho a la salud. Este ejercicio, que ya se había realizado para otros derechos (señaladamente en la OG núm. 13 para el derecho a la educación) es importante porque ofrece respuestas concretas y hasta cierto punto prácticas a la pregunta de ¿qué deben hacer los Estados para cumplir con las disposiciones del Pacto en materia de derecho a la salud?

El Comité se refiere a las obligaciones generales y a las obligaciones específicas. En el caso de las primeras menciona, entre otras, la prohibición de regresividad en el derecho a la salud. Aunque el Comité no ofrece ejemplos concretos, no cuesta imaginar en qué casos estaríamos frente a una medida regresiva; una medida de este tipo podría darse si el Estado decide dejar de suministrar gratuitamente un medicamento a personas que no tienen la capacidad económica para adquirirlo, o si cierra un hospital, o si reduce el número de médicos o de camas en un determinado centro sanitario. En estos casos, el Comité señala, como ya lo había hecho en la OG núm. 3, que la medida solamente será aceptable si el Estado puede acreditar que estudió y desechó la aplicación de todas las medidas alternativas que fueran aplicables y que la medida tomada está justificada en referencia a la totalidad de las disposiciones del Pacto, y particularmente en relación con la obligación de utilizar plenamente el máximo de los recursos disponibles (párrafo 32). Si el Estado no la justifica de esta forma, estaría violando el Pacto.

Para examinar las obligaciones de carácter específico, el Comité se vale de la misma metodología que ha sido detallada desde la OG núm. 3 y se refiere a las obligaciones de respetar, proteger y cumplir el derecho a la salud.

Respecto a la obligación de respetar, el Comité señala que los Estados parte deberán

abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales, comercializar medicamentos peligrosos y aplicar trata-

mientos médicos coercitivos, salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra ellas... los Estados deberán abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y genésica, censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto, así como impedir la participación del pueblo en los asuntos relacionados con la salud [párrafo 34].

Sobre la obligación de proteger el Comité apunta que los Estados deberán

Adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud; 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, experiencia y deontología. Los Estados también tienen la obligación de velar por que las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten al acceso a la atención anterior y posterior al parto ni a la planificación de la familia; impedir que terceros induzcan a la mujer a someterse a prácticas tradicionales, por ejemplo a la mutilación de los órganos genitales femeninos; y de adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas mayores, teniendo en cuenta los actos de violencia desde la perspectiva de género. Los Estados deben velar asimismo por que terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud [párrafo 35].

Como se sabe, la obligación de cumplir puede ser estudiada en términos generales o en sus dos distintos significados: cumplir en el sentido de facilitar y cumplir en el sentido de promover. En términos generales, el Comité señala que la obligación de cumplir supone lo siguiente:

Los Estados deben garantizar la atención de la salud, en particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, y velar por el acceso igual a todos los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas. La infraestructura de la sanidad pública debe proporcionar servicios de salud sexual y genésica, incluida la maternidad segura, sobre todo en las zonas rurales. Los Estados tienen que velar por la apropiada formación de facultativos y demás personal médico, la existencia de un número suficiente de hospitales, clínicas y otros centros de salud, así como por la promoción y el apoyo a la creación de instituciones que prestan asesoramiento y servicios de sa-

lud mental, teniendo debidamente en cuenta la distribución equitativa a lo largo del país. Otras obligaciones incluyen el establecimiento de un sistema de seguro de salud público, privado o mixto que sea asequible a todos, el fomento de las investigaciones médicas y la educación en materia de salud, así como la organización de campañas de información, en particular por lo que se refiere al VIH/Sida, la salud sexual y genésica, las prácticas tradicionales, la violencia en el hogar, y el uso indebido de alcohol, tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas (párrafo 36).

La obligación de cumplir en su aspecto de promover requiere de medidas positivas por parte de los poderes públicos; dichas medidas comprenden, a juicio del Comité, lo siguiente: *a)* fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro de resultados positivos en materia de salud, por ejemplo la realización de investigaciones y el suministro de información; *b)* velar por que los servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista cultural y el personal sanitario sea formado de manera que reconozca y responda a las necesidades concretas de los grupos vulnerables o marginados; *c)* velar por que el Estado cumpla sus obligaciones en lo referente a la difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y la alimentación sanas, así como de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios, y *d)* apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones por lo que respecta a su salud (párrafo 37).

Como en los demás derechos, también en el derecho a la salud es importante la cooperación internacional; lo es, por ejemplo, porque los Estados deben respetar el disfrute del derecho a la salud en otros Estados, así como impedir que otros Estados conculquen ese derecho. Lo es también porque los Estados, según lo establece el Comité, deben facilitar el acceso a los establecimientos, bienes y recursos de salud esenciales en otros países, siempre que sea posible, y prestar la asistencia técnica que corresponda (párrafo 39). Además, los Estados tienen la obligación individual y solidaria, hasta el máximo de su capacidad, de cooperar en la prestación de ayuda en casos de desastre y de asistencia humanitaria en situaciones de emergencia, incluida la prestación de asistencia a los refugiados y los desplazados dentro del país (párrafo 40).

Para ir concretando lo que se acaba de decir sobre las obligaciones de los Estados, el Comité señala que existen obligaciones mínimas que ningún Estado puede dejar de cumplir sin violar el Pacto; también señala que los Estados tienen “obligaciones de prioridad comparable”, que sin bien no forman parte de las obligaciones básicas, deben ser atendidas con la mayor diligencia y prioridad por los Estados.

Entre las obligaciones básicas (que, repito, conforman el contenido mínimo del derecho a la salud) están las siguientes (párrafo 43):

- Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados.
- Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre.¹¹⁹
- Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable.
- Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS.
- Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud.
- Adoptar y aplicar, sobre la base de pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.

Entre las obligaciones de prioridad comparable a las anteriores el Comité señala las siguientes (párrafo 44):

- Velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y posnatal) e infantil.
- Proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que tienen lugar en la comunidad.
- Adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas.
- Impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir esas enfermedades.
- Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos.

¹¹⁹ Sobre el derecho a la alimentación —que comprende también el derecho al agua— nos detendremos en la última parte de este capítulo.

El estudio de las obligaciones que los Estados parte tienen en materia de derecho a la salud, que se acaba de hacer, puede servir para contestar a la pregunta de ¿qué deben hacer los Estados para cumplir con las disposiciones del Pacto en materia de derecho a la salud? Otra pregunta importante es ¿de qué manera o bajo qué circunstancias los Estados violan el artículo 12 del Pacto? Esta pregunta es relevante porque de su respuesta correcta depende el hecho de que seamos capaces de anudar las obligaciones que acabamos de revisar con situaciones concretas que suceden todavía en nuestro país; en otras palabras, el estudio de las obligaciones que emanan del artículo 12 del Pacto solamente adquiere sentido si somos capaces, a través de ellas, de señalar violaciones concretas al mismo. Ese es el tema del que se ocupa el Comité en la última parte de la OG núm. 14.

Para empezar, el Comité, de nuevo apelando al realismo, señala que es importante distinguir entre la incapacidad de un Estado para cumplir con las obligaciones derivadas del Pacto y la renuencia de ese mismo Estado a cumplir con las mismas (párrafo 47); es decir, el Comité señala que las violaciones se pueden dar por imposibilidad material de atender lo dispuesto en el Pacto o bien por simple y pura negligencia.

Siguiendo la metodología establecida para señalar las obligaciones, el Comité divide el estudio de las violaciones al Pacto en violaciones de las obligaciones de respetar, violaciones de las obligaciones de proteger y violaciones a las obligaciones de cumplir.

Como violaciones de las obligaciones de respetar el Comité señala los siguientes ejemplos:

la denegación de acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud a determinadas personas o grupos de personas como resultado de la discriminación *de iure* o *de facto*; la ocultación o tergiversación deliberadas de la información que reviste importancia fundamental para la protección de la salud o para el tratamiento; la suspensión de la legislación o la promulgación de leyes o adopción de políticas que afectan desfavorablemente al disfrute de cualquiera de los componentes del derecho a la salud; y el hecho de que el Estado no tenga en cuenta sus obligaciones legales con respecto al derecho a la salud al concertar acuerdos bilaterales o multilaterales con otros Estados, organizaciones internacionales u otras entidades, como, por ejemplo, las empresas multinacionales (párrafo 50).

Como violaciones de las obligaciones de proteger el Comité señala los siguientes casos:

la no regulación de las actividades de particulares, grupos o empresas con objeto de impedir que esos particulares, grupos o empresas violen el derecho a la salud de los

demás; la no protección de los consumidores y los trabajadores contra las prácticas perjudiciales para la salud, como ocurre en el caso de algunos empleadores y fabricantes de medicamentos o alimentos; el no disuadir la producción, la comercialización y el consumo de tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas;¹²⁰ el no proteger a las mujeres contra la violencia, y el no procesar a los autores de la misma; el no disuadir la observancia continua de prácticas médicas o culturales tradicionales perjudiciales; y el no promulgar o hacer cumplir las leyes a fin de impedir la contaminación del agua, el aire y el suelo por las industrias extractivas y manufactureras (párrafo 51).

Finalmente, como violaciones a las obligaciones de cumplir el Comité señala las siguientes:

la no adopción o aplicación de una política nacional de salud con miras a garantizar el derecho a la salud de todos; los gastos insuficientes o la asignación inadecuada de recursos públicos que impiden el disfrute del derecho a la salud por los particulares o grupos, en particular las personas vulnerables o marginadas; la no vigilancia del ejercicio del derecho a la salud en el plano nacional, por ejemplo mediante la elaboración y aplicación de indicadores y bases de referencia; el hecho de no adoptar medidas para reducir la distribución no equitativa de los establecimientos, bienes y servicios de salud; la no adopción de un enfoque de la salud basado en la perspectiva de género; y el hecho de no reducir las tasas de mortalidad infantil y materna (párrafo 52).

Antes de terminar su larga y muy ilustrativa OG 14, el Comité aborda algunas cuestiones relacionadas con la puesta en práctica del derecho a la salud, en cierta forma complementarias de lo que hasta aquí se ha dicho. Por ejemplo, señala que los Estados deben adoptar una legislación marco para dar mayor efectividad a la estrategia nacional que deben dictar para hacer realidad el derecho a la salud (párrafo 56); con ello, el Comité seguramente busca evitar la dispersión normativa (que en esta materia puede ser especialmente perjudicial), así como permitir que el Estado —en sus diferentes niveles de autoridad— logre un funcionamiento armónico y coordinado a fin de proteger de mejor manera el mencionado derecho.

El Comité también considera importante que el derecho a la salud sea justiciable; esto supone que

¹²⁰ Este aspecto debe ser tenido en cuenta, como ya se ha mencionado en el capítulo tercero de este libro, al momento de analizar la regulación que se puede hacer de la libertad de expresión, sobre todo de las manifestaciones destinadas a la publicidad.

Toda persona o todo grupo que sea víctima de una violación del derecho a la salud deberá contar con recursos judiciales efectivos u otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional. Todas las víctimas de esas violaciones deberán tener derecho a una reparación adecuada, que podrá adoptar la forma de restitución, indemnización, satisfacción o garantías de que no se repetirán los hechos [párrafo 59].

Para el Comité, también los juristas tienen un papel importante en la tutela del derecho a la salud: “Los Estados partes deben alentar a los magistrados y a los demás jurisconsultos a que, en el desempeño de sus funciones, presten mayor atención a la violación al derecho a la salud” (párrafo 61).

Ya hemos visto que uno de los grupos tradicionalmente más discriminados y vulnerables en relación con el derecho a la salud son las mujeres; el Comité ha realizado en la OG 14 varias consideraciones específicas sobre la salud de las mujeres, lo cual refleja la importancia que el tema tiene. Seguramente como consecuencia de esa importancia, la salud de la mujer ha sido también objeto de una Recomendación General por parte del Comité contra la Discriminación de la Mujer de la ONU; se trata de la RG 24, por medio de la cual se interpreta el ya mencionado artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (la llamada CEDAW).¹²¹ En México este tema tiene un interés añadido al que pudiera tener en otras naciones, pues en nuestro país la discriminación contra la mujer es muy intensa y forma parte, desgraciadamente, de la realidad nacional. Por eso es que vale la pena detenerse a estudiar el contenido de la RG 24.

El Comité (recuerde el lector que nos referimos a partir de ahora al Comité contra la Discriminación de la Mujer) considera que hay diferencias biológicas que afectan de forma diferente la salud del hombre y de la mujer, pero que también se producen diferencias como consecuencia de factores sociales, señalando que “debe prestarse especial atención a las necesidades y los derechos en materia de salud de las mujeres pertenecientes a grupos vulnerables y desfavorecidos como los de las emigrantes, las refugiadas y las desplazadas internas, las niñas y las ancianas, las mujeres que trabajan en la prostitución, las mujeres autóctonas y las mujeres con discapacidad física o mental” (párrafo 6).

El Comité aboga por la creación de un sistema médico que atienda específicamente las enfermedades que afectan a la mujer, y que sirva para prevenir la discriminación de género:

¹²¹ La RG 24 se puede consultar en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 689-700.

Las medidas tendentes a eliminar la discriminación contra la mujer no se considerarán apropiadas cuando un sistema de atención médica carezca de servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de la mujer. La negativa de un Estado parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios (párrafo 11).¹²²

¿Qué debe hacer el Estado para que pueda considerarse que atiende correctamente la diferencia entre hombres y mujeres en el ámbito de la salud? El Comité señala los siguientes cinco aspectos que se deben tomar en cuenta (párrafo 12):

- Factores biológicos que son diferentes para la mujer y el hombre, como la menstruación, la función reproductiva y la menopausia, así como el mayor riesgo de la mujer a resultar expuesta a enfermedades transmitidas por contacto sexual.
- Factores socioeconómicos, como el desigual reparto de poder entre hombres y mujeres en el hogar y en el trabajo, lo que puede repercutir en la salud y en la nutrición de la mujer; también es relevante el hecho de que la violencia intrafamiliar afecta mayormente a las mujeres; las niñas y adolescentes con frecuencia están expuestas a abuso sexual por parte de familiares y hombres mayores, lo que conlleva el riesgo de sufrir daños físicos y psicológicos, así como embarazos no deseados; algunas prácticas culturales, como la mutilación genital,¹²³ también conllevan para la mujer un mayor riesgo de muerte y discapacidad.
- La falta de respeto a la confidencialidad de la información médica afecta a hombres y mujeres, pero puede disuadir con mayor fuerza a la mujer de acudir a consulta; esto repercute negativamente en la atención médica que tiene que ver con el tratamiento de enfermedades de los órganos geni-

¹²² Sobre la objeción de conciencia, que también se aplica en el ámbito médico como se acaba de ver, nos hemos detenido en el capítulo tercero de este libro al estudiar los temas pendientes de la libertad religiosa en México.

¹²³ Sobre el tema de la mutilación genital puede verse, para una primera aproximación, Facchi, Alessandra, “Mutilaciones femeninas y derecho positivo”, en Lucas, Javier de (dir.), *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, CGPJ, 1999. El Comité de Discriminación contra la Mujer se ha ocupado —quizá con demasiada brevedad— del tema en su Recomendación General núm. 14, de 1990; consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos, cit.*, t. I, pp. 648-650.

tales, con la utilización de métodos anticonceptivos o con la atención de abortos incompletos, así como en los casos en que la mujer ha sido víctima de violencia sexual o física.

El Comité señala finalmente una serie de medidas que los Estados deberían tomar para respetar el artículo 12 de la CEDAW; esas medidas son las siguientes:

- Situación una perspectiva de género en el centro de todas las políticas y los programas que afecten a la salud de la mujer y hacer participar a ésta en la planificación, la ejecución y la vigilancia de dichas políticas y programas y en la prestación de servicios de salud a la mujer.
- Garantizar la eliminación de todas las barreras al acceso de la mujer a los servicios, la educación y la información sobre salud, inclusive en la esfera de la salud sexual y genésica y, en particular, asignar recursos a programas orientados a las adolescentes para la prevención y el tratamiento de enfermedades venéreas, incluido el VIH/Sida.
- Dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal. En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos.¹²⁴
- Supervisar la prestación de servicios de salud a la mujer por las organizaciones públicas, no gubernamentales y privadas para garantizar la igualdad del acceso y la calidad de la atención.
- Exigir que todos los servicios de salud sean compatibles con los derechos humanos de la mujer, inclusive sus derechos a la autonomía, intimidad, confidencialidad, consentimiento y opción con conocimiento de causa.
- Velar por que los programas de estudios para la formación de los trabajadores sanitarios incluyan cursos amplios, obligatorios y que tengan en cuenta los intereses de la mujer sobre su salud y sus derechos humanos, en especial la violencia basada en el género.

¹²⁴ El tema de la interrupción voluntaria del embarazo y las discusiones que ha generado dentro del derecho constitucional mexicano y de otros países se ha abordado al examinar la libertad de procreación, dentro del capítulo tercero de este libro.

Como puede verse, la RG 24 viene a complementar el estudio del derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos, que se había emprendido en profundidad a partir de la OG núm. 14; conviene apuntar que, para efectos interpretativos, el aplicador de las normas relativas deberá estar atento a la interpretación más favorable; en principio, si se trata de aplicar el derecho a la salud a una mujer, se atenderá a la RG, aunque sin dejar de tener en cuenta la OG núm. 14 en todo aquello en que resulte aplicable (en tanto que contiene una interpretación más amplia y general del derecho a la salud) y, particularmente, en todo lo que resulte más beneficioso para la mujer.

Tanto en el caso de la OG núm. 14 como en el de la RG 24, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité contra la Discriminación de la Mujer (con mayor énfasis el primero de ellos) han intentado precisar las distintas situaciones en las cuales se podría dar una violación de los tratados internacionales en la materia. Como se sabe, México forma parte de ambos, por lo que los criterios de los dos comités le resultan completamente aplicables al Estado mexicano. Sin embargo, para estar en capacidad de determinar si se ha violado o no el derecho internacional de los derechos humanos en materia de derecho a la salud hace falta contar con algunos indicadores estadísticos, que nos suministren elementos para emitir un juicio fundado de manera correcta. Son muchos los datos y estadísticas que se podrían citar, puesto que —como se ha visto— el derecho a la salud involucra un gran número de aspectos y se despliega en múltiples direcciones. Algunos de esos datos conforman, precisamente, el contenido del siguiente apartado.

4. Indicadores sobre la protección de la salud

Antes de terminar con la exposición del derecho a la salud, quizá habría que añadir algunos datos acerca del funcionamiento real del derecho a la protección de la salud en México, particularmente para —como se apuntaba— contar con elementos a partir de los cuales enjuiciar el respeto que el Estado mexicano brinda a los tratados internacionales en la materia.

Los datos del gasto en salud como porcentaje del Producto Interno Bruto (PIB), demuestran que México se encuentra en una situación más bien precaria en esta materia; en el periodo que va de 1990 a 1998 se destinó el 2.8% del PIB al gasto en salud, frente al 6.6% de Europa occidental, el 4% de Europa del Este y Asia Central o el 3.3% del promedio de toda América Latina. Combinando gasto sanitario público y privado se tiene que en la Unión Europea ese gasto alcanza el 8.3% del PIB con datos de 1995, llegando hasta el 9.9% en Francia y el

9.6% en Alemania y Austria; en México, con datos de 1995, el gasto público y privado en materia de salud alcanzaba entre el 4.7% y el 6.5% del PIB.¹²⁵

Si se toma en cuenta el número de camas de hospital por cada 1,000 habitantes la situación no mejora en ningún sentido; para el periodo mencionado México tenía 1.2 camas de hospital por cada mil habitantes frente a las 7.8 de Europa Occidental, el 8.9 de Europa del Este y Asia Central, el 2.6 del Este y Pacífico asiático o el 2.3 del promedio de América Latina.

Un tercer indicador relevante es el constituido por el número de médicos por cada mil habitantes; para el periodo que se viene comentando (1990-1998), México contaba con 1.2 médicos por cada mil habitantes, frente a los 3.7 de Europa Occidental, los 3.3 de Europa del Este y Asia central o los 1.5 del promedio general de toda América Latina. Pese al endeble indicador de México, para 1990 el 19% de los médicos del país se encontraba subocupado, es decir, no podía ejercer su profesión.¹²⁶

Por último, creo que es muy ilustrativo el indicador del gasto *per capita* en salud; en los años que van de 1990 a 1998, México gastó en promedio 201 dólares *per capita* en salud, frente a los 1,974 de Europa Occidental, los 284 del promedio de toda América Latina o los 483 —más del doble que en México— que arroja el promedio mundial. Lo curioso de este último indicador es que en 1980 México gastaba en salud la cifra de 369 dólares por habitante, lo cual significa que el gasto en ese rubro se ha reducido en un 45% aproximadamente en las últimas dos décadas. Se trata, pues, de un gravísimo retroceso en uno de los derechos fundamentales más importantes para la vida y el desarrollo de las personas.

Si los datos anteriores se leen a la luz del crecimiento que ha tenido la población en el periodo examinado, se comprende por qué en México se estima que un porcentaje considerable de personas no rebasan los 40 años como esperanza de vida; para 1998 ese indicador se ubicaba en el 8.2% de la población.

Los menores de cinco años con peso insuficiente en 1998 eran el 14% del total de niños de esa edad, frente al 5% de Venezuela o al 9% de Marruecos y Sudáfrica. Es cierto que, pese a todo, la tasa de mortalidad infantil ha bajado considerablemente en los últimos años, acercándose a los niveles de otros países con igual desarrollo que México. Así, por ejemplo, las defunciones de menores de un año han pasado de 29.3 por cada mil nacimientos en 1985 a 16.1 por cada mil en 1999.

¹²⁵ Frenk, Julio *et al.*, “La seguridad social en salud: perspectivas para la reforma”, en Solís Soberón, Fernando y Villagómez, Alejandro (comps.), *La seguridad social en México*, México, CIDE, Fondo de Cultura Económica, 2001.

¹²⁶ *Idem.*

Pero lo grave es que persisten graves diferencias entre los datos de defunciones infantiles producidas en el campo y las producidas en la ciudad. Las localidades más pequeñas presentan mayores tasas de mortalidad infantil (13.8 por cada mil nacimientos en las localidades de más de 100 mil habitantes frente a 23.08 por cada mil en las poblaciones rurales).

Otra diferencia grave tiene que ver con el nivel de instrucción de la madre y con su calidad de derechohabiente de alguno de los sistemas públicos de salud; así, en promedio en toda la República, la mortalidad infantil en el caso de madres sin instrucción es de 28.13 por cada mil nacimientos frente a los 16.61 por cada mil en madres con instrucción. Las madres no derechohabientes sufren una mortalidad infantil de 20.15 por cada mil nacimientos, frente a los 13.35 de las derechohabientes.¹²⁷

En el país la tasa de población sin acceso a servicios fijos de salud (no de salud pública, sino de servicios de salud en general, incluidos los de carácter privado) se ubicaba, con datos de 1995, en el 11%, mientras que en otros Estados con un desarrollo semejante a México ya se había logrado la cobertura sanitaria universal (como corresponde a un igualmente universal derecho de protección a la salud: el porcentaje de población sin acceso a servicios de salud es de cero en países como Chipre, Uruguay, Turquía y Mongolia).

Aunque si se utilizan como criterios la capacidad de atención de los servicios y el porcentaje de población necesitada, la falta de cobertura asciende en México a 21%. La medicina privada capta hasta el 60% de la demanda de servicios médicos de la población. La población de escasos recursos utiliza estos servicios privados hasta en un tercio del total de la demanda,¹²⁸ lo que viene a reiterar la importancia de la creación del seguro popular que se ha examinado en un apartado anterior.

Una última consideración: en general, de acuerdo con los indicadores de desarrollo humano que cada año da a conocer el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en su *Informe sobre Desarrollo Humano*, México se encontraba en 1999 en el lugar 50 de la escala mundial, por debajo de Panamá (49), Venezuela (48), Argentina (39) o Chile (34). Para 2000 ya había descendido al lugar 55 por debajo de Costa Rica (48), Trinidad y Tobago (50), Dominica (51) o Lituania (52), aunque por arriba de otros países de América Latina como Cuba (56), Panamá (59), Venezuela (65), Colombia (68), Brasil (74), Perú (80), Nicaragua (116) o Guatemala (120). Para 2002 habíamos subido un lugar, al ubicarse México en el número 54 de este índice y en 2003 nos volvimos a ubicar en el lugar 55 de la tabla.

¹²⁷ DEMOS, *Carta demográfica de México*, núm. 13, México, IIS-UNAM, 2000.

¹²⁸ Frenk, Julio *et al.*, "La seguridad social en salud: perspectivas para la reforma", *cit.*

Los indicadores de desarrollo humano son muy ilustrativos acerca de la realidad de los derechos sociales en cada Estado puesto que se elaboran teniendo en cuenta datos referidos a la longevidad de la población, a la tasa de alfabetización, a la diferencia entre géneros, a la pobreza, al acceso a servicios básicos, etcétera.

A partir de 2002, además, contamos con un Informe sobre Desarrollo Humano dedicado exclusivamente a México. Se trata de un instrumento muy útil ya que descompone los datos de desarrollo humano según las distintas entidades federativas del país, lo que nos permite observar con mucho mayor detalle el tipo de problemas que existen en cada región, así como las diferencias entre regiones. Por ejemplo, de acuerdo con el Informe mencionado, las diferencias entre el Distrito Federal y el estado de Chiapas son impresionantes. El Distrito Federal está 10% arriba de Chiapas en esperanza de vida (77 años en el D. F. y 72 en Chiapas), pero 23% arriba en el indicador de educación y 52% en el indicador de Producto Interno Bruto (22,816 dólares en el D. F. contra 3,549 en Chiapas). Estos datos demuestran que si el D. F. fuera considerado un país, aparecería en el Informe sobre Desarrollo Humano de la ONU entre los primeros 25 países, justo por debajo de España y de Israel, pero por encima de Grecia, Corea o Portugal; pero si lo mismo se aplicara a Chiapas, entonces la entidad federativa del sureste mexicano se ubicaría en el lugar 105 del mundo, por debajo de Albania, Ecuador, Túnez, Jordania o Cabo Verde y justo por encima de Argelia, Siria, Viet Nam o Mongolia. Lo anterior corrobora que siguen persistiendo en México graves inequidades, tanto entre las personas como entre las regiones y que mientras la injusta repartición del bienestar no sea corregida, seguiremos teniendo un país fracturado, partido en dos, con una mitad que mira directamente a los ojos a los países del primer mundo, pero con una parte de la población viviendo en condiciones inferiores a las que tienen varios países africanos. Sobra decir el impacto que estos datos tienen para el correcto entendimiento del derecho a la salud.

5. Los nuevos riesgos para la salud

La protección de la salud está sujeta a elementos no fácilmente definibles. El surgimiento de nuevos padecimientos supone la continuación de una batalla que parece irse ganando a ratos, pero que en otros momentos toma tintes de derrota. Uno de los grandes retos mundiales en materia de salud lo constituye actualmente el VIH/Sida. De este virus se contagian 11 personas cada minuto en todo el mundo. Más de 12 millones de personas han muerto ya en África por esa enfermedad y para el 2010 se estima que habrá más de 40 millones de huér-

fanos por la misma causa. Como otras, el VIH/Sida es una enfermedad que parece cebarse con mayor envidia contra los pobres, y se viene a sumar a la larga serie de desgracias que ha sufrido el continente africano (aunque no sólo él) en las últimas décadas.¹²⁹

El surgimiento durante 2003 del llamado Síndrome Respiratorio Agudo Severo (SARS, por su siglas en inglés) ha cobrado un número importante de vidas y se ha extendido sin control por muchos países del planeta. Por su facilidad para ser propagado, las autoridades médicas de algunos de esos países han tenido que implementar medidas restrictivas de algunos derechos fundamentales, como la libertad de tránsito o el derecho a la intimidad (se han practicado revisiones corporales en aeropuertos, por ejemplo). Desde luego, dichas medidas pueden encontrar fundamento en las disposiciones que permiten a las autoridades actuar en caso de emergencias médicas, aunque debe señalarse su necesario carácter transitorio. Las medidas que se tomen deben, en todo caso, ser objeto eventualmente de revisión judicial, a efecto de verificar su correcta fundamentación jurídica.

Además de los efectos destructivos generados por las nuevas enfermedades, en el caso de México siguen siendo un azote las enfermedades que se padecen desde siempre en los países pobres y que generan una serie importante de muertes que podrían evitarse: por diarreas, por cólera, por diabetes, las que se relacionan con la falta de agua potable o con una deficiente alimentación, etcétera.

En la Observación General número 14, que ya hemos estudiado en uno de los apartados precedentes, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU hace referencia a los nuevos riesgos para la salud en los siguientes términos:

enfermedades anteriormente desconocidas, como el virus de la inmunodeficiencia humana y el síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (VIH/Sida), y otras enfermedades, como el cáncer, han adquirido mayor difusión, así como el rápido crecimiento de la población mundial, han opuesto nuevos obstáculos al ejercicio del derecho a la salud... (OG 14, párrafo 10).

Algunos riesgos para la salud pueden derivar, también, de la mala regulación que los Estados hagan de las nuevas tecnologías en el campo de la biología y de la medicina. Los avances que han supuesto recientes descubrimientos

¹²⁹ Algunas observaciones jurídicas en referencia al VIH/Sida se encuentran en Muñoz de Alba, Marcia y Cano Valle, Fernando, *Derechos de las personas con síndrome de inmunodeficiencia adquirida SIDA-VIH*, México, UNAM, Cámara de Diputados, 2000.

en materia genética, y que han permitido entre otras cosas la clonación de seres vivos, deben ser adecuadamente regulados con el objeto de no detener el avance científico —cuestión que quizá, si atendemos a la historia reciente, no esté al alcance de ninguna norma jurídica—, sino procurar dirigirlo correctamente para que redunde en beneficios comunes para toda la humanidad. Un modelo de regulación sobre estos avances, quizá muy incipiente y que sin dudas requerirá pronto de adecuaciones en el futuro inmediato, se puede encontrar, dentro del ámbito de la Unión Europea, en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina y en su protocolo adicional mediante el que se prohíbe la clonación de seres humanos.¹³⁰

En la legislación mexicana los riesgos sanitarios deben ser atendidos por la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, que tiene competencia para identificar y tratar dichos riesgos en las áreas de establecimientos de salud; medicamentos y otros insumos para la salud; disposición de órganos, tejidos, células de seres humanos y sus componentes; alimentos y bebidas; productos de perfumería, belleza y aseos; tabaco, plaguicidas, nutrientes vegetales, sustancias tóxicas o nocivas para la salud; productos biotecnológicos, suplementos alimenticios, materias primas y aditivos que intervengan en la elaboración de los productos anteriores. La Comisión también tiene competencia para prevenir y controlar los efectos nocivos de los factores ambientales en la salud del hombre, salud ocupacional y saneamiento básico.¹³¹

6. *Derechos de las personas con discapacidad*

Un grupo de personas que inequívocamente se encuentra en situación de vulnerabilidad es el de aquellos que tienen alguna discapacidad. Las personas con discapacidad, como es obvio, son titulares de los mismos derechos que las personas sin discapacidad, pues como vimos en el capítulo segundo de este libro, el artículo 1o. constitucional, en sus párrafos primero y tercero establece, respectivamente, la igualdad en el goce de los derechos fundamentales y la prohibición de discriminar por “condiciones de salud”. Una discapacidad es precisamente una condición de salud y por tanto no puede ser considerada criterio legítimo para tratar de forma distinta a una persona.

¹³⁰ El texto de ambos instrumentos puede ser consultado en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. II, pp. 1555-1574.

¹³¹ Ver artículo 17 bis, 17 bis 1 y 17 bis 2 de la Ley General de Salud, según la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 30 de junio de 2003.

Los derechos que las personas con discapacidad tienen por razón justamente de su discapacidad y que se suman a los que tienen por el solo hecho de ser personas no están enunciados en el texto constitucional, ni aparecen tampoco en la Declaración Universal de 1948 o en los pactos de 1966. Por el momento en que esos documentos fueron redactados, el tema de las personas con discapacidad no llamó la atención de sus forjadores. De hecho, el surgimiento de los derechos de las personas con discapacidad se produce como consecuencia del proceso de *especificación* de los derechos, por medio del cual —como ya lo hemos visto— los derechos dejan de asignarse al hombre y a la mujer en abstracto y se comienzan a enfocar a los distintos roles que las personas tienen a lo largo de su existencia, ya sea que dichos roles sean asumidos o bien que deriven de cuestiones ambientales, biológicas, por causa de un accidente, etcétera. Es el caso de los derechos de las personas con discapacidad.

Las referencias generales a esos derechos deben buscarse al menos en dos ordenamientos jurídicos concretos, que forman parte del derecho interno mexicano: la Convención de los Derechos del Niño y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). El artículo 23 de la Convención señala que

1. Los Estados partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse por sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida

la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Por su parte, el artículo 18 del Protocolo de San Salvador, que es anterior a la Convención de los Derechos de Niño, dispone que

Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a:

A) Ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesarios para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso;

B) Proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos;

C) Incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo;

D) Estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena.

Aparte de los preceptos que se acaban de citar, hay tres documentos más en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos que conviene tener presente para comprender mejor los derechos de las personas con discapacidad. El primero es el que integran las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, dictadas por la Asamblea General de la ONU en 1993.¹³² El segundo es la Observación General número 5 (Personas con Discapacidad) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la propia ONU, emitida en 1994.¹³³ El tercer documento que nos puede interesar es la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, vigente en el ámbito de la Organización de Estados Americanos y adoptada en la

¹³² Las Normas Uniformes se encuentran en el anexo de la Resolución 48/96 de la Asamblea General de la ONU, de 20 de diciembre de 1993.

¹³³ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 511-525.

Ciudad de Guatemala en junio de 1999.¹³⁴ Vamos a examinar el contenido de tales documentos.

Antes, sin embargo, conviene recordar que en la Declaración y Programa de Acción de Viena, emitido en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 hay algunos señalamientos interesantes sobre los derechos de las personas con discapacidad. Así, por ejemplo, en ese documento se precisa que

63. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son universales, por lo que comprenden sin reservas a las personas con discapacidades. Todas las personas nacen iguales y tienen el mismo derecho a la vida y al bienestar, a la educación y al trabajo, a vivir independientemente y a la participación activa en todos los aspectos de la sociedad. Por tanto, cualquier discriminación directa u otro trato discriminatorio negativo de una persona discapacitada es una violación de sus derechos. La Conferencia pide a los gobiernos que, cuando sea necesario, adopten leyes o modifiquen su legislación para garantizar el acceso a éstos y otros derechos de las personas discapacitadas.

64. El lugar de las personas discapacitadas está en todas partes. A las personas con discapacidades debe garantizárseles la igualdad de oportunidades mediante la supresión de todos los obstáculos determinados socialmente, ya sean físicos, económicos, sociales, sicológicos, que excluyan o restrinjan su plena participación en la sociedad.

Las Normas Uniformes (NU, en lo sucesivo) conforman el cuerpo normativo más completo que existe sobre el tema de la discapacidad, hasta donde tengo información. Aunque, como se señala en el propio texto, no son obligatorias en sentido jurídico, la Asamblea General de la ONU reconoce que se pueden llegar a convertir en derecho internacional consuetudinario cuando un número importante de países decida aplicarlas (párrafo 14 de la “Introducción”). Partiendo del principio de buena fe que rige las relaciones internacionales, los Estados deberían observar en la mayor medida posible el contenido de las NU.

Una de las cuestiones más discutidas en el tema de los derechos de las personas con discapacidad tienen que ver con los conceptos empleados, y particularmente con el concepto mismo de “discapacidad”. Se trata de un concepto que es importante tener claro porque de lo contrario no estaremos en posibilidad de determinar el objeto de esos derechos y tampoco el sujeto de los mismos. ¿Qué es lo que se protege con los derechos para las personas con discapacidad?, ¿a

¹³⁴ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de marzo de 2001; en vigor desde el 14 de septiembre de 2001. Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 305-311.

quiénes se les deben reconocer esos derechos? Esas respuestas son contestadas por las NU al distinguir entre la “discapacidad” y la “minusvalía”.

Para las NU con la palabra discapacidad

se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones de todos los países del mundo. La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio [párrafo 17 de la “Introducción”].

Por su parte, la minusvalía

es la pérdida o limitación de oportunidades de participar en la vida de la comunidad en condiciones de igualdad con los demás. La palabra “minusvalía” describe la situación de la persona con discapacidad en función de su entorno. Esa palabra tiene por finalidad centrar el interés en las deficiencias de diseño del entorno físico y de muchas actividades organizadas de la sociedad, por ejemplo, información, comunicación y educación, que se oponen a que las personas con discapacidad participen en condiciones de igualdad [párrafo 18 de la “Introducción”].

Hay otros dos conceptos que son esenciales para comprender los derechos de las personas con discapacidad y que las NU también intentan definir. Se trata del concepto de “prevención” y del concepto de “rehabilitación”. Según las NU,

Por prevención se entiende la adopción de medidas encaminadas a impedir que se produzca un deterioro físico, intelectual, psiquiátrico o sensorial (prevención primaria) o a impedir que ese deterioro cause una discapacidad o limitación funcional permanente (prevención secundaria). La prevención puede incluir muchos tipos de acción diferentes, como atención primaria de la salud, puericultura prenatal y posnatal, educación en materia de nutrición, campañas de vacunación contra enfermedades transmisibles, medidas de lucha contra las enfermedades endémicas, normas y programas de seguridad para la prevención de accidentes en diferentes entornos, incluidas la adaptación de los lugares de trabajo para evitar discapacidades y enfermedades profesionales, y [la] prevención de la discapacidad resultante de la contaminación del medio ambiente u ocasionada por los conflictos armados [párrafo 22 de la “Introducción”].

La rehabilitación puede definirse, de acuerdo con las NU, como

un proceso encaminado a lograr que las personas con discapacidad estén en condiciones de alcanzar y mantener un estado funcional óptimo desde el punto de vista fi-

sico, sensorial, intelectual, síquico o social, de manera que cuenten con medios para modificar su propia vida y ser más independientes. La rehabilitación puede abarcar medidas para proporcionar o restablecer funciones o para compensar la pérdida o la falta de una función o limitación funcional. El proceso de rehabilitación no supone la prestación de atención médica preliminar. Abarca una amplia variedad de medidas y actividades, desde la rehabilitación más básica y general hasta las actividades de orientación específica, como por ejemplo la rehabilitación profesional [párrafo 23 de la “Introducción”].

El artículo 1o. de la NU se refiere a la necesidad de una mayor toma de conciencia de los problemas de las personas con discapacidad. Para que esa toma de conciencia se produzca, las NU señalan la obligación del Estado de distribuir información actualizada acerca de los programas y servicios disponibles para esas personas, sus familias, los profesionales que trabajen en esta esfera y el público en general (artículo 1.1). Es necesario también llevar a cabo campañas informativas sobre los derechos de las personas con discapacidad y alentar a los medios de comunicación a que presenten una imagen positiva de ellas (artículo 1o. numerales 2 y 3).

En cuanto a la atención médica, las NU señalan que los Estados deben proporcionar programas de detección precoz, evaluación y tratamiento de las deficiencias (artículo 2.1). Para ello es necesario capacitar a trabajadores comunitarios locales, asegurarse de que las personas con discapacidad reciban atención médica de igual calidad que el resto de la población y dentro del mismo sistema general, contar con personal médico y paramédico debidamente capacitado y equipado para atender a las personas con discapacidad, así como prestar asesoría a los padres para que no limiten las opciones de sus hijos con discapacidad (artículo 1o., párrafos 2 a 5).

Las NU también establecen los servicios de apoyo que deben prestarse a las personas con discapacidad. Los Estados deben proporcionar equipo y recursos auxiliares, asistencia personal y servicios de intérprete según las necesidades de las personas con discapacidad (artículo 4.1), así como apoyar el desarrollo, fabricación, distribución y reparación de esos equipos y recursos auxiliares (artículo 4.2).

Las necesidades especiales de las personas con discapacidad hacen necesario tomar en cuenta una serie de cuestiones para facilitarles el acceso a los bienes y servicios a los que, como el resto de la población, tienen derecho. Las NU se refieren ampliamente a lo que se debe hacer para mejorar las “posibilidades de acceso” de las personas con discapacidad al entorno físico. La adaptabilidad del entorno puede traducirse en leyes que regulen de forma adecuada la cons-

trucción de viviendas, los servicios de transporte y los establecimientos que dan servicio al público (restaurantes, cines, teatros, etcétera).

En el ámbito de la educación, las NU señalan en su artículo 6o. la necesidad de que, en la medida de lo posible, las personas con discapacidad puedan integrarse en el sistema educativo general y sólo de forma excepcional concurren a escuelas de educación especial. En el caso de las escuelas de educación especial el presupuesto asignado deberá ser al menos el mismo que el del resto de las escuelas (en términos porcentuales, como es obvio).

También el tema del empleo recibe un amplio tratamiento en las NU. Se trata de un aspecto, junto al de la salud y la educación, central para la vida digna de las personas con discapacidad, pues es justamente en el ámbito laboral donde existen limitaciones muy importantes para las personas con discapacidad que pueden dar lugar incluso a discriminaciones. El objetivo de los Estados, señala el artículo 7o. de las NU, debe ser el de apoyar activamente la integración de las personas con discapacidad en el mercado laboral abierto; solamente de forma excepcional se podrán crear empresas o ámbitos de actividad profesional especialmente dedicados a la contratación de personas con discapacidad. El apoyo de las instituciones estatales se puede concretar en programas de capacitación profesional, planes de cuotas basadas en incentivos,¹³⁵ el empleo reservado, préstamos o subvenciones para empresas pequeñas, contratos de exclusividad o derechos de producción prioritarios, exenciones fiscales, etcétera (artículo 7.2.).

Las NU también señalan algunas medidas de ejecución que deben ser tomadas por los Estados, siguiendo en buena medida el esquema de obligaciones generales que en relación con el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció el Comité de la ONU correspondiente en la OG núm. 3 que ya fue estudiada al inicio de este capítulo. Las NU señalan la obligación del Estado de reunir datos estadísticos con periodicidad, desglosados por sexo, que permitan conocer las condiciones de vida de las personas con discapacidad; a partir de esa reunión de estadísticas, se debe considerar la creación de una base de datos (artículo 13 numerales 1 y 2).

Los Estados deben adaptar su legislación interna; las NU señalan dos posibilidades: o bien que los derechos de las personas con discapacidad se integren en el catálogo general de derechos que tienen todas las personas del Estado, o bien que se cree un instrumento jurídico específico para ellas (artículo 15.3).

¹³⁵ Señalando, por ejemplo, que las empresas que cuenten entre sus empleados con más del 5% de personas con discapacidad tendrán un trato fiscal favorable, o incluso estableciendo que el Estado se hará cargo de las cuotas de la seguridad social de las personas con discapacidad que las empresas contraten.

En todo caso, se recomienda la puesta en marcha de acciones positivas en favor de las personas con discapacidad.

Por su parte, la Observación General número 5 (OG 5) retoma varias de las cuestiones que fueron abordadas por las Normas Uniformes, a las que nos acabamos de referir, y las aplica a los diversos derechos sociales que establece el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La OG núm. 5 comienza asumiendo la definición de discapacidad que ofrecen las Normas Uniformes, a la que ya nos hemos referido (párrafo 3 de la OG núm. 5). Luego reconoce que los derechos de las personas con discapacidad no están explícitamente previstos en el Pacto de 1966, lo cual no es obstáculo, sin embargo, para que los Estados parte estén obligados a tomar medidas en favor de las personas con discapacidad. En términos generales, dicha obligación de tomar medidas se desprende según el Comité de la obligación general de los Estados de realizar todas las acciones que estén a su alcance para garantizar el goce efectivo de los derechos consagrados en el Pacto; también puede desprenderse la obligación mencionada del artículo 2o. párrafo segundo del Pacto que establece la prohibición de discriminar por una serie de motivos concretos y por “cualquier otra condición social”; entre esas “condiciones sociales” se encontraría la discapacidad (párrafo 5).

Citando datos de la misma ONU, el Comité señala que existen unos 500 millones de personas con discapacidad en todo el mundo, de los cuales el 80% viven en zonas rurales dentro de los países en desarrollo. De esos 500 millones, se calcula que 70% no tiene acceso o tiene un acceso limitado a los servicios que necesitan por razón de su discapacidad (párrafo 8).

Para el Comité, los Estados no pueden limitarse a tomar medidas negativas o de abstención en el caso de las personas con discapacidad; por el contrario, la satisfacción de sus derechos requiere que los Estados desarrollen políticas activas y destinen recursos económicos adicionales. En palabras del Comité,

En el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas [párrafo 9].

Además de las medidas que debe tomar el Estado, es obvio que la tutela adecuada de los derechos de las personas con discapacidad exige también la participación de los particulares. El Comité específicamente hace referencia a la obligación de los particulares de observar un trato igualitario respecto a las

personas con discapacidad, sobre todo en caso de que estén a cargo de la gestión de servicios públicos, o tengan establecimientos abiertos al público, como restaurantes, cines o bibliotecas (párrafo 11).

Para precisar el sentido de su comentario en torno a la discriminación que existe contra las personas con discapacidad, el Comité redactó un acertado párrafo en el que ofrece un concepto de dicha discriminación, retomando los conceptos que ya figuraban en otros ordenamientos jurídicos internacionales.¹³⁶ Para el Comité,

La discriminación, de *jure* o *de facto*, contra las personas con discapacidad existe desde hace mucho tiempo y reviste formas diversas, que van desde la discriminación directa, como por ejemplo la negativa a conceder oportunidades educativas, a formas más “sutiles” de discriminación, como por ejemplo la segregación y el aislamiento conseguidos mediante la imposición de impedimentos físicos y sociales. A los efectos del Pacto, la “discriminación fundada en la discapacidad” puede definirse como una discriminación que incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, o negativa de alojamiento razonable sobre la base de la discapacidad, cuyo efecto es anular u obstaculizar el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio de derechos económicos, sociales o culturales. Mediante la negligencia, la ignorancia, los prejuicios y falsas suposiciones, así como mediante la exclusión, la distinción o la separación, las personas con discapacidad se ven muy a menudo imposibilitadas de ejercer sus derechos económicos, sociales o culturales sobre una base de igualdad con las personas que no tienen discapacidad. Los efectos de la discriminación basada en la discapacidad han sido particularmente graves en las esferas de la educación, el empleo, la vivienda, el transporte, la vida cultural, y el acceso a lugares y servicios públicos [párrafo 15].

El Comité recomienda a los Estados emitir una legislación amplia y antidiscriminatoria en relación con la discapacidad; dicha legislación “no solamente debería proporcionar a las personas con discapacidad la posibilidad de recurso judicial en la medida de lo posible y apropiado, sino que brindaría asimismo programas de política social que permitirían que las personas con discapacidad pudieran llevar una vida integrada, independiente y de libre determinación” (párrafo 16). En esa legislación los Estados deben establecer medidas de acción positiva en favor de las personas con discapacidad; dichas medidas, señala el Comité, no serán consideradas discriminatorias al tenor del artículo 2o. párrafo segundo del Pacto, “mientras se basen en el principio de la igualdad y

¹³⁶ *Cfr.* en el capítulo segundo *supra* los conceptos de discriminación que se encuentran en algunos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos.

se utilicen únicamente en la medida necesaria para conseguir dicho objetivo” (párrafo 18).¹³⁷

En la parte central de la OG núm. 5 el Comité va relacionando los distintos derechos previstos en el Pacto con las personas con discapacidad. Comienza señalando que el mandato de igualdad entre el hombre y la mujer establecido en el artículo 3o. del Pacto, tampoco se observa en el caso de las personas con discapacidad; el Comité subraya “la doble discriminación que padecen las mujeres con discapacidad” (párrafo 19).

En relación con los derechos vinculados con el trabajo (previstos en los artículos 6o. a 8o. del Pacto), el Comité señala que es justamente en la esfera del empleo donde la discriminación contra las personas con discapacidad ha sido tan preeminente como persistente y apunta que

En la mayor parte de los países la tasa de desempleo entre las personas con discapacidad es de dos a tres veces superior a la tasa de desempleo de las personas sin discapacidad. Cuando se emplea a personas con discapacidad, por lo general se les ofrecen puestos de escasa remuneración con poca seguridad social y legal y a menudo aislados de la corriente principal del mercado de trabajo. Los Estados deben apoyar activamente la integración de personas con discapacidad en el mercado laboral ordinario (párrafo 20).

Para el Comité, la discriminación hacia las personas con discapacidad en el ámbito del empleo se debe, con frecuencia, a las barreras materiales que la sociedad ha erigido en esferas como el transporte, la vivienda y el propio puesto de trabajo, conformando obstáculos que se citan como justificación para no emplear a esas personas. Para revertir esa situación, el Comité señala que los gobiernos deben desarrollar políticas de promoción y disposiciones laborales flexibles y alternativas que permitan atender de forma razonable las necesidades de los trabajadores con discapacidad (párrafo 22). Un aspecto crucial, en este contexto, lo juegan los medios de transporte; los Estados deben posibilitar el acceso de las personas con discapacidad a medios de transporte apropiados y, cuando sea necesario, especialmente adaptados a sus necesidades (párrafo 23).

Sobre la seguridad social en favor de las personas con discapacidad, el Comité cita el criterio establecido por las Normas Uniformes, y añade que la cobertura debe referirse no solamente a las personas con discapacidad sino también, en la medida de lo posible, a las personas —que casi siempre son mujeres— que se ocupan de cuidarlas (párrafo 28).

¹³⁷ Sobre el concepto de “acción positiva” y los requisitos que debe reunir para ser considerada adecuada a la Constitución nos hemos detenido en el capítulo segundo *supra*.

Respecto a la protección de la familia, de las madres y de los niños en términos del artículo 10 del Pacto, el Comité señala que las personas con discapacidad tienen derecho a casarse, a fundar su propia familia y a disfrutar de su sexualidad (párrafo 30). Para el Comité, una operación de esterilización o de aborto practicada sobre una mujer con discapacidad sin haber obtenido previamente su consentimiento, que además debe haber sido dado con conocimiento de causa, constituye una grave violación del Pacto (párrafo 31). También reclama el Comité una protección especial para los niños con discapacidad, puesto que son especialmente vulnerables a la explotación, los malos tratos y la falta de cuidado (párrafo 32).

El derecho a la salud, como es obvio, tiene un papel fundamental en la vida de las personas con discapacidad; para el Comité, ese derecho comprende el acceso a los servicios médicos y sociales —incluidos los aparatos ortopédicos, en su caso—, que les permitan en la medida de lo posible ser autónomas, evitar otras discapacidades y promover su integración social; el derecho a la salud debe incluir el acceso a los servicios de rehabilitación (párrafo 34).

También el disfrute del derecho a la educación es especialmente importante para que las personas puedan desarrollar de forma autónoma sus planes de vida. Para el Comité, la mejor manera de procurar la educación de las personas con discapacidad es por medio de su integración en el sistema educativo general; para llevar a cabo dicha integración

los Estados deben velar por que los profesores estén adiestrados para educar a niños con discapacidad en escuelas ordinarias y se disponga del equipo y el apoyo necesarios para que las personas con discapacidad puedan alcanzar el mismo nivel de educación que las demás personas. Por ejemplo, en el caso de los niños sordos debería reconocerse el lenguaje de gestos como lenguaje al que los niños deberían tener acceso y cuya importancia debería reconocerse debidamente en su entorno social general (párrafo 35).

Por último, el Comité señala que es importante que los Estados informen y difundan entre toda la población cuestiones relacionadas con la discapacidad; particularmente, menciona la necesidad de educar al público para que acepte que las personas con discapacidad tienen tanto derecho como los demás a hacer uso de restaurantes, hoteles, centros recreativos y centros culturales (párrafo 38).

La Convención Interamericana, a pesar de ser más reciente que los dos instrumentos que acabamos de revisar, no detalla —como sí lo hacen estos últimos— los derechos y las obligaciones que surgen a partir del reconocimiento de que una persona tiene una discapacidad. De sus 14 artículos haremos refe-

rencia solamente a dos de ellos, que son los que podrían tener un mayor interés para el tema en estudio.

En el artículo 1o., la Convención contiene tres disposiciones de gran interés, que también se encuentran presentes en los otros dos documentos que ya hemos analizado; por un lado, define el término “discapacidad”; en segundo lugar nos ofrece una definición del concepto “discriminación contra las personas con discapacidad” y en tercer lugar señala que las medidas de acción positiva que se tomen en favor de las personas con discapacidad no resultan, por sí solas, discriminatorias contra el resto de personas.

De acuerdo con el artículo 1.1 de la Convención el término “discapacidad”, “significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. Por su parte, el concepto de “discriminación contra las personas con discapacidad” significa “toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales” (artículo 1.2.A). Finalmente, respecto de las acciones positivas o especiales en favor de las personas con discapacidad la Convención establece que

No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación (artículo 1.2.B).

El otro precepto que nos puede interesar de la Convención es el artículo 3o., que se refiere a las medidas que deben tomar las autoridades en favor de las personas con discapacidad y las áreas en que principalmente se deben aplicar tales medidas. Con respecto a lo primero, el mencionado precepto dispone que se deberán tomar medidas de toda índole, por parte de las autoridades y/o de las entidades privadas, para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalacio-

nes, programas y actividades, como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración. También se deberán tomar medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en el territorio de cada Estado parte faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad, así como para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan (artículo 3.1 incisos A, B y C). Los Estados deberán trabajar prioritariamente en las áreas de prevención, detección temprana, tratamiento y rehabilitación, así como en la sensibilización de la población a efecto de eliminar los prejuicios y estereotipos existentes sobre las personas con discapacidad (artículo 3.2).

Bajo la influencia de las Normas Uniformes, de la OG núm. 5 y de la Convención Interamericana, el legislador mexicano introdujo algunas previsiones sobre las personas con discapacidad en el texto de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. En el artículo 11 fracción III de la Ley se establece que

Los órganos públicos y las autoridades federales, en el ámbito de su competencia, llevarán a cabo, entre otras, las siguientes medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades de las niñas y los niños:

...

III. Promover el acceso a centros de desarrollo infantil, incluyendo a menores con discapacidad.

La misma ley consagra un artículo específico para las personas con discapacidad; es el artículo 13, a partir del cual los poderes públicos de la Federación deben llevar a cabo medidas de acción positiva en favor de las personas con discapacidad. El texto del artículo 13 es el siguiente:

Los órganos públicos y las autoridades federales, en el ámbito de su competencia, llevarán a cabo, entre otras, las siguientes medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad:

I. Promover un entorno que permita el libre acceso y desplazamiento;

II. Procurar su incorporación, permanencia y participación en las actividades educativas regulares en todos los niveles;

III. Promover el otorgamiento, en los niveles de educación obligatoria, de las ayudas técnicas necesarias para cada discapacidad;

IV. Crear programas permanentes de capacitación para el empleo y fomento a la integración laboral;

V. Crear espacios de recreación adecuados;

- VI. Procurar la accesibilidad en los medios de transporte público de uso general;
- VII. Promover que todos los espacios e inmuebles públicos o que presten servicios al público, tengan las adecuaciones físicas y de señalización para su acceso, libre desplazamiento y uso;
- VIII. Procurar que las vías generales de comunicación cuenten con señalamientos adecuados para permitirles el libre tránsito;
- IX. Informar y asesorar a los profesionales de la construcción acerca de los requisitos para facilitar el acceso y uso de inmuebles, y
- X. Promover que en las unidades del sistema nacional de salud y de seguridad social reciban regularmente el tratamiento y medicamentos necesarios para mantener y aumentar su capacidad funcional y su calidad de vida.

Como puede apreciarse, el marco jurídico en favor de las personas con discapacidad es todavía muy endeble. Al tratarse de un tema sobre el que tradicionalmente no se había reparado, la atención del ordenamiento jurídico no es tan completa como sería lo deseable. Pese a todo, el hecho de tener ciertas normas sobre el tema que nos ocupa debe suministrar una base mínima para emprender reivindicaciones desde el mundo de lo jurídico en favor de las personas con discapacidad, que por primera vez en la historia aspiran a salir del olvido y la discriminación para comenzar a figurar en la sociedad como cualquier otra persona.

7. Derechos de los adultos mayores

Puede parecer un tanto extraño que el análisis de los derechos de los adultos mayores se haga dentro del apartado encargado de estudiar el derecho a la salud. La verdad es que no hay ningún motivo especial por el cual los derechos de los adultos mayores deban limitarse a su derecho a la salud. Todo lo contrario: en virtud del mandato de no discriminación por razón de edad (artículo 1o., párrafo tercero constitucional y artículo 4o. de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, ya estudiados en el capítulo segundo de este libro), se puede afirmar que los adultos mayores son titulares de todos los derechos fundamentales. Pero intentando hacer un ejercicio de seriedad académica que se aleje de la retórica oficialista que con tanta astucia como cinismo trata de ganarse el voto de los adultos mayores, debe reconocerse que el problema principal al que se enfrentan es el de la salud. Es por eso que conviene no dejar de mencionar su caso particular dentro del estudio más amplio referido al derecho a la salud, tal y como se hizo en el apartado anterior con los derechos de las personas con discapacidad.

El reconocimiento de derechos especiales para los adultos mayores también se enmarca en el proceso de especificación de los derechos, como en el caso de las personas con discapacidad. Como ya lo hemos dicho, la especificación se produce cuando los textos constitucionales y los textos de los tratados internacionales de derechos humanos establecen derechos no en favor de la persona o del ciudadano en abstracto, sino que toman en consideración los distintos roles o situaciones de vulnerabilidad por los que podemos atravesar en un momento de la existencia. No cabe duda de que alcanzar la tercera edad comporta riesgos importantes para la persona y puede, eventualmente, ponerla en una situación de alta vulnerabilidad.

Por otro lado, hay que señalar el enorme impacto que la llamada “transición poblacional” está teniendo en un número importante de políticas públicas. La “transición poblacional” se produce, en el aspecto que ahora nos interesa, por el crecimiento del número de las personas de edad avanzada (pensionados o jubilados) y el decrecimiento de la población en edad juvenil (estudiantes) o en edad productiva desde un punto de vista laboral (trabajadores). La mayor parte de los sistemas de asistencia social fueron diseñados pensando en una sociedad en donde la mayor parte de la población estaba en una situación laboral activa o en vísperas de incorporarse a alguna actividad profesional.

Esa era la situación que prevalecía en la segunda mitad del siglo XX. A principios del siglo XXI, sin embargo, esa situación está comenzando a cambiar de manera drástica. Los efectos del envejecimiento poblacional ya se están dejando sentir en los países más desarrollados; en México, esa tendencia se mostrará con toda intensidad hacia 2050, según algunas proyecciones. Para anticiparse a la situación hay que comenzar a construir las bases de asistencia social y atención médica que nos permitan proporcionar condiciones dignas de vida a los adultos mayores lo más pronto posible. Con seguridad, estos objetivos van a implicar cambios significativos en los seguros sociales públicos y en todo el sistema de protección de la salud (público y privado).

Al abordar el tema de los derechos de las personas adultas mayores, las preguntas que surgen se despliegan en varios niveles. Para empezar, una cuestión de titularidad de los derechos: ¿quiénes son los adultos mayores?, ¿qué personas entran en ese concepto?, ¿qué requisitos deben reunirse para ser adulto mayor? Una segunda cuestión tiene que ver con la base normativa de esos derechos: ¿en qué norma se prevén esos derechos?, ¿cuál es el alcance que pueden tener esas normas?, ¿en qué aspectos de sus derechos fundamentales debemos poner más atención en virtud de las especiales necesidades a las que están sujetos?

Aunque en este momento no podemos tratar de responder con todo el detenimiento que sería necesario esas preguntas, cabe mencionar que varias de ellas dependen de la base normativa que le dé sustento a esos derechos. La cuestión que tendríamos que atender de forma principal sería entonces la del fundamento jurídico.

Los derechos de las personas mayores, tal como sucede con los derechos de las personas con discapacidad, no aparecen explícitamente recogidos ni en el texto constitucional, ni en la Declaración Universal de 1948, ni en los Pactos de derechos humanos de 1966. A nivel regional, en América Latina encontramos un fundamento para esos derechos en el artículo 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; su texto es el siguiente:

Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a:

A) Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas;

B) Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos;

C) Estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.

Aparte de ese precepto, también hay que atender al contenido de la Observación General número 6 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU de 1994, referido a los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores.¹³⁸ Vamos a detenernos en las cuestiones más importantes que aborda la OG núm. 6.

El Comité, como hace normalmente, procura ofrecer al inicio de su Observación evidencia estadística que acredite la importancia del tema; en este sentido, nos recuerda que la población mundial ha envejecido a un ritmo espectacular en los últimos años. Para 2025, se calcula que habrá en todo el mundo 1,200 millones de personas mayores de 60 años, de las cuales 137 millones tendrán más de 80 años (párrafo 1). Este envejecimiento de la población está generando una “revolución silenciosa” que tendrá evidentes repercusiones en las

¹³⁸ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 525-538.

políticas sociales de los Estados, las cuales tendrán que ser adaptadas muy intensamente, sobre todo en el ámbito de la seguridad social (párrafos 2 y 3).

El Comité acude a las pautas seguidas por la Oficina de Estadística de la ONU para establecer quiénes pueden ser considerados adultos mayores (que en la OG son llamados “personas de edad”); bajo ese criterio, se considera como tal a toda persona que tenga 60 o más años. Pese a ello, también cita el criterio del servicio estadístico de la Unión Europea de acuerdo con el cual entran en esa categoría las personas de 65 o más años, considerando que en los países que integran la Unión los 65 años es la edad más común de jubilación (párrafo 9).

El Comité señala la prohibición de discriminar por razón de edad, aunque reconoce que hay discriminaciones sostenidas en ese criterio que son permitidas, como la jubilación forzosa a cierta edad o la limitación para acceder a educación terciaria. Dichas discriminaciones deberían ir desapareciendo, siguiendo la tendencia que ya se observa en varios países (párrafo 12).

Las obligaciones generales de los Estados en relación con los adultos mayores son las mismas que para el resto de los derechos sociales. Esas obligaciones, de acuerdo con el criterio del Comité,

incluyen la necesidad de determinar, mediante una vigilancia regular, el carácter y alcance de los problemas existentes dentro de un Estado, la necesidad de adoptar políticas y programas debidamente concebidos para atender las exigencias, la necesidad de legislar en caso necesario y de eliminar toda legislación discriminatoria, así como la necesidad de adoptar disposiciones presupuestarias que correspondan o, según convenga, solicitar la cooperación internacional [párrafo 18].

En el caso de México, quizá sería importante considerar el asunto de la vigilancia sobre la situación existente de los adultos mayores, pues me parece que no tenemos un diagnóstico nacional que arroje la suficiente claridad para construir políticas públicas en su favor. Como ya hemos visto a lo largo de este capítulo, la realización de un diagnóstico sobre la situación que guarda un determinado derecho es muy importante, porque de esa manera se pueden medir los avances y retrocesos que se vayan sucediendo; esto significa por tanto que, solamente a partir del diagnóstico, estaremos en capacidad de saber si el Estado está o no cumpliendo con el mandato de progresividad y la prohibición de regresividad que establece el Pacto.

Sobre el tema de la igualdad entre el hombre y la mujer, el Comité señala la situación de mayor vulnerabilidad a la que se exponen las mujeres adultas mayores. Esa situación deriva en buena medida del hecho de que tradicionalmente las mujeres han dedicado toda o una parte de su vida a cuidar de su familia, sin

haber desarrollado una actividad productiva que las haga acreedoras a recibir una pensión de vejez (párrafo 20). Para paliar esa mayor vulnerabilidad el Comité señala la necesidad de establecer un régimen de pensiones no contributivas para todas las personas, que se podrían comenzar a disfrutar por el simple hecho de llegar a una cierta edad, sin que haya sido necesaria la previa cotización en la seguridad social (párrafos 21 y 30); se trata, de alguna manera, de la creación de una renta básica, cuya pertinencia y necesidad han sido defendidas en el capítulo segundo de este libro.

Sobre el derecho al trabajo el Comité señala dos cuestiones centrales: la desprotección en la que se encuentran los adultos mayores desempleados, que debería ser atendida por los Estados por medio de la adopción de medidas antidiscriminación (párrafo 22); por otro lado, el Comité se refiere a la información y programas que deberían ofrecerse a las personas antes de su jubilación; sobre este aspecto, el Comité apunta lo siguiente:

En los años anteriores a la jubilación, deberían ponerse en práctica programas de preparación para hacer frente a esta nueva situación, con la participación de las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores y de otros organismos interesados. Tales programas deberían, en particular, proporcionar información sobre sus derechos y obligaciones como pensionistas, posibilidades y condiciones de continuación de una actividad profesional, o de emprender actividades con carácter voluntario, medios de combatir los efectos perjudiciales del envejecimiento, facilidades para participar en actividades educativas y culturales y sobre la utilización del tiempo libre [párrafo 24].

Partiendo del deber de los Estados de proteger a la familia establecido en el artículo 10 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité señala la necesidad de prestar atención no solamente a las personas adultas mayores, sino también a sus familias cuando deban hacerse cargo de esas personas, sobre todo en el caso de familias pobres que deseen mantener en su hogar a adultos mayores en situación de dependencia. Las ayudas deben otorgarse también a los adultos mayores que vivan solos y a las parejas de adultos mayores que quieran permanecer en su hogar (párrafo 31).

En relación con el derecho a la vivienda de los adultos mayores, el Comité señala la pertinencia de que los Estados aseguren que las personas que lo deseen puedan permanecer en su casa, lo cual implica que se deben crear políticas públicas destinadas a restaurar, desarrollar y mejorar sus viviendas, así como adaptarlas, según sea posible, a las dificultades de acceso y movilidad que pueden presentar los adultos mayores (párrafo 33).

Finalmente, entre otras cuestiones, el Comité señala que se deben realizar esfuerzos, tanto por parte de los poderes públicos como por lo que hace a la sociedad civil, para “superar imágenes estereotipadas negativas que presenten a las personas mayores como personas que padecen problemas físicos y psicológicos, que son incapaces de funcionar independientemente y que no desempeñan ningún papel ni tienen ningún valor para la sociedad” (párrafo 41).

Antes de la OG núm. 6, la Asamblea General de la ONU había aprobado la Resolución 46/91 del 16 de diciembre de 1991, en cuyo anexo se contienen los “Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad”. La Resolución busca alentar a los gobiernos a que incorporen en sus programas nacionales para los adultos mayores algunos principios básicos, muchos de los cuales fueron retomados posteriormente por la OG núm. 6.

Como en la OG núm. 6, también la Resolución 46/91 pone mucho énfasis en la autonomía de los adultos mayores; se señala, por ejemplo, que los adultos mayores deben tener el derecho de determinar en qué momento dejan de trabajar (lo cual haría necesario un sistema de jubilación flexible y una prohibición *prima facie* de la jubilación obligatoria) y el derecho a seguir residiendo en su propio domicilio siempre que sea posible (párrafos 3 y 5).

A nivel del derecho interno mexicano, encontramos una referencia a los derechos de los adultos mayores en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, cuyo artículo 12 establece lo siguiente:

Los órganos públicos y las autoridades federales, en el ámbito de su competencia, llevarán a cabo, entre otras, las siguientes medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades para las personas mayores de 60 años:

- I. Garantizar el acceso a los servicios de atención médica y seguridad social, según lo dispuesto en la normatividad en la materia;
- II. Procurar un nivel mínimo y decoroso de ingresos a través de programas, conforme a las reglas de operación que al efecto se establezcan:
 - a) De apoyo financiero directo y ayudas en especie y
 - b) De capacitación para el trabajo y de fomento a la creación de empleos, y
- III. Garantizar, conforme a la legislación aplicable, asesoría jurídica gratuita así como la asistencia de un representante legal cuando el afectado lo requiera.

Como se puede ver, en cada uno de las tres fracciones el legislador fue muy cauteloso y prefirió permitir que lo que podríamos llamar “normas intermedias” precisaran el alcance de los derechos que en ese precepto se establecieron; las expresiones legislativas utilizadas en cada una de las fracciones del artículo 12 fueron “según lo dispuesto por la normatividad” (¿cuál normatividad?, ¿qué límites existen para ella?, ¿quién la puede dictar?), “conforme a

las reglas de operación que al efecto se establezcan” (las mismas preguntas), y “conforme a la legislación aplicable” (de nuevo el matiz resulta poco preciso). Ninguna de esas expresiones figuraban en el artículo 19 del proyecto de la Comisión Ciudadana sobre el que ya hicimos repetidas alusiones en el capítulo segundo de este libro, cuyo texto señalaba con mayor claridad y precisión lo siguiente:

Los órganos públicos y las autoridades, en el ámbito de su competencia, llevarán a cabo, entre otras, las siguientes medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades para las personas mayores de 60 años:

- I. Garantizar el acceso gratuito a los servicios de salud pública y seguridad social;
- II. Otorgar descuentos en el pago por suministro de energía eléctrica;
- III. Garantizar un nivel mínimo y decoroso de ingresos;
- IV. Garantizar un sistema de pensiones, las cuales no podrán ser inferiores al salario mínimo vigente, y
- V. Crear programas de apoyo financiero para la construcción de estancias y albergues.

Como quiera que sea, lo cierto es que el artículo 12 de la Ley contra la Discriminación es una base suficiente para que se desplieguen políticas públicas sustantivas y de largo plazo en favor de los adultos mayores. Ahora bien, es importante tomar medidas para que, como se ha señalado en la OG 6, los problemas de los adultos mayores no queden expuestos únicamente a la lógica paternalista y burocrática de las políticas sociales, sino que se desarrollen también a la luz de los derechos fundamentales, para que puedan ser protegidos frente a las decisiones coyunturales de las mayorías políticas. Es importante recordar que lo que está en juego es el valor de la dignidad, cuya importancia es suficiente para alejar el tema de las personas mayores de los regateos políticos; no se trata de caridad ni de limosna, sino de derechos fundamentales.

En el Distrito Federal se emitió a finales de 2003 una legislación protectora de las personas mayores de 70 años; se trata de la “Ley que establece el derecho a la pensión alimentaria para los adultos mayores de setenta años, residentes en el Distrito Federal”.¹³⁹ De acuerdo con esta Ley, todas las personas mayores de 70 años que residan en el Distrito Federal “tienen derecho a recibir una pensión diaria no menor a la mitad del salario mínimo vigente” (artículo 1o.); para lograrlo, “La Asamblea Legislativa del Distrito Federal deberá aprobar, en el Decreto de Presupuesto anual, el monto suficiente para hacer efectivo el derecho a la pensión alimentaria” (artículo 3o.). Se trata de una legislación muy intere-

¹³⁹ Publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 18 de noviembre de 2003.

sante por varios motivos. En primer término porque se hace cargo de uno de los grupos más vulnerables que existen en México, como lo son los adultos mayores. En segundo lugar, es interesante también porque extiende de forma *incondicional y universal* el derecho a percibir el ingreso en forma de “pensión alimentaria”, es decir, el derecho se asigna a *todas* las personas mayores de setenta años que vivan en el Distrito Federal (universalidad), por el solo hecho de tener esa edad y esa residencia, sin ningún otro tipo de *requisito* o *contra-prestación* (incondicionalidad).¹⁴⁰

La Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores

Aparte del artículo 12 de la Ley contra la Discriminación, en el derecho federal mexicano es también relevante para el tema que nos ocupa la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 25 de junio de 2002. Por su importancia para el tema que nos ocupa y por la forma en que recoge algunos derechos, conviene dedicarle una breve y sumaria mención especial. La Ley considera persona adulta mayor a todas las que tengan más de 60 años de edad y se les aplica tanto a los residentes en el país como a los que se encuentren en tránsito (artículo 3o. fracción I).

La Ley intenta combinar de forma adecuada los derechos de los adultos mayores y las políticas públicas que el Estado debe desarrollar en su favor. Es decir, establece tanto los derechos de los particulares como las obligaciones del Estado.

El artículo de la Ley que más nos interesa para nuestro objeto de estudio es el 5o., ya que establece una larga lista de derechos de los adultos mayores, intentando además aportar algún tipo de sistematización sobre los mismos. El texto del artículo 5o. es el siguiente:

De manera enunciativa y no limitativa, esta Ley tiene por objeto garantizar a las personas adultas mayores los siguientes derechos:

I. De la integridad, dignidad y preferencia:

a. A una vida con calidad. Es obligación de las instituciones públicas, de la comunidad, de la familia y la sociedad, garantizarles el acceso a los programas que tengan por objeto posibilitar el ejercicio de este derecho.

¹⁴⁰ El reglamento de la Ley, que es donde se establecen las modalidades concretas para sumarse a la pensión, fue publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 31 de diciembre de 2003.

b. Al disfrute pleno, sin discriminación ni distinción alguna, de los derechos que ésta y otras leyes consagran.

c. A una vida libre sin violencia.

d. Al respeto a su integridad física, sicoemocional y sexual.

e. A la protección contra toda forma de explotación.

f. A recibir protección por parte de la comunidad, la familia y la sociedad, así como de las instituciones federales, estatales y municipales.

g. A vivir en entornos seguros dignos y decorosos, que cumplan con sus necesidades y requerimientos y en donde ejerzan libremente sus derechos.

II. De la certeza jurídica:

a. A recibir un trato digno y apropiado en cualquier procedimiento judicial que los involucre, ya sea en calidad de agraviados, indiciados o sentenciados.

b. A recibir el apoyo de las instituciones federales, estatales y municipales en el ejercicio y respeto de sus derechos.

c. A recibir asesoría jurídica en forma gratuita en los procedimientos administrativos o judiciales en que sea parte y contar con un representante legal cuando lo considere necesario.

d. En los procedimientos que señala el párrafo anterior, se deberá tener atención preferente en la protección de su patrimonio personal y familiar y cuando sea el caso, testar sin presiones ni violencia.

III. De la salud, la alimentación y la familia:

a. A tener acceso a los satisfactores necesarios, considerando alimentos, bienes, servicios y condiciones humanas o materiales para su atención integral.

b. A tener acceso preferente a los servicios de salud, de conformidad con el párrafo tercero del artículo 4o. Constitucional y en los términos que señala el artículo 18 de esta Ley, con el objeto de que gocen cabalmente del derecho a su sexualidad, bienestar físico, mental y sicoemocional.

c. A recibir orientación y capacitación en materia de salud, nutrición e higiene, así como a todo aquello que favorezca su cuidado personal.

Las familias tendrán derecho a recibir el apoyo subsidiario de las instituciones públicas para el cuidado y atención de las personas adultas mayores.

IV. De la educación:

a. A recibir de manera preferente el derecho a la educación que señala el artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de conformidad con el artículo 17 de esta Ley.

b. Las instituciones educativas, públicas y privadas, deberán incluir en sus planes y programas los conocimientos relacionados con las personas adultas mayores; asimismo los libros de texto gratuitos y todo material educativo autorizado y supervisado por la Secretaría de Educación Pública, incorporarán información actualizada sobre el tema del envejecimiento y los adultos mayores.

V. Del trabajo:

A gozar de igualdad de oportunidades en el acceso al trabajo o de otras opciones que les permitan un ingreso propio y desempeñarse en forma productiva tanto tiempo como lo deseen, así como a recibir protección de las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y de otros ordenamientos de carácter laboral.

VI. De la asistencia social:

a. A ser sujetos de programas de asistencia social en caso de desempleo, discapacidad o pérdida de sus medios de subsistencia.

b. A ser sujetos de programas para contar con una vivienda digna y adaptada a sus necesidades.

c. A ser sujetos de programas para tener acceso a una casa hogar o albergue, u otras alternativas de atención integral, si se encuentran en situación de riesgo o de-samparo.

VII. De la participación:

a. A participar en la planeación integral del desarrollo social, a través de la formulación y aplicación de las decisiones que afecten directamente a su bienestar, barrio, calle, colonia, delegación o municipio.

b. De asociarse y conformar organizaciones de personas adultas mayores para promover su desarrollo e incidir en las acciones dirigidas a este sector.

c. A participar en los procesos productivos, de educación y capacitación de su comunidad.

d. A participar en la vida cultural, deportiva y recreativa de su comunidad.

e. A formar parte de los diversos órganos de representación y consulta ciudadana.

VIII. De la denuncia popular:

Toda persona, grupo social, organizaciones no gubernamentales, asociaciones o sociedades, podrán denunciar ante los órganos competentes, todo hecho, acto u omisión que produzca o pueda producir daño o afectación a los derechos y garantías que establece la presente Ley, o que contravenga cualquier otra de sus disposiciones o de los demás ordenamientos que regulen materias relacionadas con las personas adultas mayores.

Como puede verse, el artículo 5o. reproduce, en lo fundamental, la lista de derechos que las personas adultas mayores ya tienen por el simple hecho de ser personas, agregando de esa manera más bien poco al estatuto jurídico de quienes se encuentran en esa situación. Pese a ello, la cuestión importante del artículo transcrito es que obliga a las autoridades a emprender acciones *específicamente* destinadas a hacer realidad esos derechos para los adultos mayores; esto significa que, dentro de las políticas públicas nacionales deberán existir apartados dedicados a las personas adultas mayores; igualmente, los informes

de gobierno deberán hacer mención del cumplimiento o no cumplimiento de lo dispuesto en la Ley.

En correspondencia con los derechos establecidos por el artículo 5o., la Ley detalla también las obligaciones a cargo del Estado, de las familias y de la sociedad en general respecto a los adultos mayores. Así, el artículo 6o. de la Ley establece lo siguiente:

El Estado garantizará las condiciones óptimas de salud, educación, nutrición, vivienda, desarrollo integral y seguridad social a las personas adultas mayores. Asimismo, deberá establecer programas para asegurar a todos los trabajadores una preparación adecuada para su retiro. Igualmente proporcionará:

I. Atención preferencial: Toda institución pública o privada que brinde servicios a las personas adultas mayores deberá contar con la infraestructura, mobiliario y equipo adecuado, así como con los recursos humanos necesarios para que se realicen procedimientos alternativos en los trámites administrativos, cuando tengan alguna discapacidad.

El Estado promoverá la existencia de condiciones adecuadas para los adultos mayores, tanto en el transporte público como en los espacios arquitectónicos;

II. Información: Las instituciones públicas y privadas, a cargo de programas sociales deberán proporcionarles información y asesoría tanto sobre las garantías consagradas en esta Ley como sobre los derechos establecidos en otras disposiciones a favor de las personas adultas mayores, y

III. Registro: El Estado, a través del Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores, recabará la información necesaria del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, para determinar la cobertura y características de los programas y beneficios dirigidos a los adultos mayores.

Como puede verse, este artículo contiene mandatos de políticas públicas que solamente con mucha imaginación pueden ser reconducidos a posiciones subjetivas que sean exigibles. ¿Qué significa, por poner un ejemplo, que el Estado debe promover la existencia de condiciones adecuadas para los adultos mayores en el transporte público y en los espacios arquitectónicos? Desde luego que la disposición del artículo 6o. implica un “mandato de optimización” para el Estado, pero está redactado con tanta amplitud y ambigüedad que casi de la misma manera puede considerarse cumplido como incumplido.

Con respecto a las obligaciones de la familia, el artículo 9o. de la Ley establece que

La familia de la persona adulta mayor deberá cumplir su función social; por tanto, de manera constante y permanente deberá velar por cada una de las personas adultas mayores que formen parte de ella, siendo responsable de proporcionar los satisfac-

tores necesarios para su atención y desarrollo integral y tendrá las siguientes obligaciones para con ellos:

I. Otorgar alimentos de conformidad con lo establecido en el Código Civil;

II. Fomentar la convivencia familiar cotidiana, donde la persona adulta mayor participe activamente, y promover al mismo tiempo los valores que incidan en sus necesidades afectivas, de protección y de apoyo, y

III. Evitar que alguno de sus integrantes cometa cualquier acto de discriminación, abuso, explotación, aislamiento, violencia y actos jurídicos que pongan en riesgo su persona, bienes y derechos.

De nuevo, parece que los términos escogidos por el legislador son demasiado vagos como para considerar que a partir de ese artículo pueden deducirse planteamientos concretos ante los tribunales. En todo caso, servirá para reforzar lo que prescriben otras normas jurídicas, como el Código Civil en materia de alimentos.

Para la aplicación de la ley en el ámbito administrativo se crea un organismo descentralizado que se llama Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores cuyas principales competencias están señaladas en el artículo 28 de la propia ley.

IV. DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO (ARTÍCULO 4o., PÁRRAFO CUARTO)

El párrafo cuarto del artículo 4o. de la Constitución mexicana establece el derecho a un medio ambiente “adecuado” para el desarrollo y bienestar de todas las personas. Dicho párrafo fue incluido en el artículo 4o. por reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de junio de 1999. La misma reforma añadió también al artículo 25 constitucional el concepto de “desarrollo sustentable”.

La constitucionalización del “derecho al ambiente” es una tendencia reciente, pero muy firme, de los procesos de reforma constitucional de muchos países. Se encuentra en más de 60 textos constitucionales. Toda Constitución que ha sido expedida o reformada desde 1970 ha incorporado alguna mención al medio ambiente.¹⁴¹

Quizá sea justamente esa corta experiencia que se ha podido desplegar en materia ambiental la que genere muchas dificultades en el análisis del derecho

¹⁴¹ Bosselmann, Klaus, “Un approccio ecologico ai diritti umani”, en Greco, Michele (ed.), *Diritti umani e ambiente. Giustizia e sicurezza nella questione ecologica*, Fiesole, Edizioni per la Pace, 2000, p. 71.

al medio ambiente, en el que no es difícil caer en discursos circulares y cuestiones obvias y sabidas.

El ambiente, que es el objeto tutelado por el precepto que se comenta, no se presta fácilmente a una definición desde el punto de vista jurídico. La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEE, en lo sucesivo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de enero de 1988), lo define como “El conjunto de elementos naturales y artificiales o inducidos por el hombre que hacen posible la existencia y desarrollo de los seres humanos y demás organismos vivos que interactúan en un espacio y tiempo determinados” (artículo 3o., fracción I).

En otro intento de definición que conviene recordar, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que

En la Constitución y en otros textos el medio, el ambiente o el medio ambiente es, en pocas palabras, el entorno vital del hombre en un régimen de armonía, que aúna lo útil y lo grato. En una descomposición factorial analítica comprende una serie de elementos o agentes geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales que rodean a los seres vivos y que actúan sobre ellos para bien y para mal, condicionando su existencia, su identidad, su desarrollo y más de una vez su extinción, desaparición o consunción.

El medio ambiente no puede reducirse a la mera suma o yuxtaposición de los recursos naturales y su base física, sino que es el entramado complejo de las relaciones de todos esos elementos que, por sí mismos, tienen existencia propia y anterior, pero cuya interconexión les dota de un significado trascendente, más allá del individual de cada uno. Se trata de un concepto estructural cuya idea rectora es el equilibrio de sus factores [Sentencia 102/1995].

Desde la doctrina se subraya el componente “sistémico” del ambiente, en el sentido de que involucra una serie importante de elementos de diversa procedencia y con presencia variable en los distintos ecosistemas —elementos físico-químicos, biológicos, sociales, etcétera—. ¹⁴² Esa composición compleja del medio ambiente genera lo que se ha llamado con acierto la “*vis expansiva*” de lo ambiental, que lo lleva a “confligir, afectándolos, con diversos intereses”. ¹⁴³

¹⁴² Cfr., entre otros, Brañes, Raúl, *Derecho ambiental mexicano*, México, Editorial Universo Veintiuno, 1987; Canosa, Raúl, *Constitución y medio ambiente*, Madrid, Dykinson, 2000; Carmona, Ma. del Carmen, “Reforma en materia de medio ambiente”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 5a. ed., México, Cámara de Diputados, M. A. Porrúa, UNAM, t. XV, 2000.

¹⁴³ Canosa Usera, Raúl, “Protección constitucional de derechos subjetivos ambientales”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IJ-UNAM, 2002, p. 120.

Aparte del artículo 4o., en el resto del articulado de la Constitución hay varias referencias a la materia ambiental, pero hay tres sobre las que vale la pena reparar en este momento. Las dos primeras se encuentran en el artículo 73 y la tercera en el artículo 2o. La primera de ellas, contenida en la fracción XVI de dicho precepto, faculta al Consejo de Salubridad General para tomar medidas que ayuden a prevenir y combatir la contaminación ambiental, las cuales serán revisadas —con posterioridad a su expedición— por el Congreso de la Unión en los casos en que sean de su competencia. La LGEE define la contaminación como “La presencia en el ambiente de uno o más contaminantes o de cualquier combinación de ellos que cause desequilibrio ecológico” (artículo 3o., fracción VI); la misma Ley define como contaminante “Toda materia o energía en cualesquiera de sus estados físicos o formas, que al incorporarse o actuar en la atmósfera, agua, suelo, flora, fauna o cualquier elemento natural, altere o modifique su composición y condición natural” (artículo 3o., fracción VII).

La segunda disposición se encuentra en la fracción XXIX inciso G del mismo artículo 73 constitucional, de acuerdo con la cual se faculta al Congreso de la Unión “Para expedir leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los gobiernos de los estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico”. De acuerdo con lo anterior, la materia ambiental es de aquellas que se llaman concurrentes, en las que participan más de uno de los tres niveles de gobierno (en este caso los tres, por mandato constitucional).¹⁴⁴

La tercera disposición, contenida en el artículo 2o. apartado A, fracción V, establece que los pueblos y comunidades indígenas tendrán autonomía para “conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución”.

La consideración del medio ambiente “adecuado” como derecho fundamental tiene diversos significados. Robert Alexy apunta que un derecho fundamental ambiental

Está constituido por un haz de posiciones de tipos muy diferentes... puede, por ejemplo, incluir en este haz un derecho a que el Estado omita determinadas intervenciones en el medio ambiente (derecho de defensa), un derecho a que el Estado proteja al titular del derecho fundamental frente a intervenciones de terceros que dañan el ambiente (derecho a protección), un derecho a que el Estado permita participar al titular del derecho en procedimientos relevantes para el medio ambiente (de-

¹⁴⁴ Este mandato constitucional está desarrollado en los artículos 4o. a 14 bis de la LGEE.

recho al procedimiento) y un derecho a que el propio Estado realice medidas fácticas tendentes a mejorar el ambiente (derecho a una prestación fáctica).¹⁴⁵

Lo anterior significa que la “constitucionalización” del ambiente tiene efectos que van en muy diversas direcciones y abarcan muchas modalidades, tanto de carácter negativo —abstenciones— como positivo —acciones—. Como explica Raúl Canosa, la constitucionalización de lo ambiental agrega un interés nuevo al constitucionalismo del Estado social; interés que tiene una textura diferente de la que tienen otros intereses protegidos por esa forma de Estado. Se trata de un interés más complejo, cuya realización y protección pueden ser muy costosas; el carácter expansivo y poliédrico de lo ambiental obliga a un replanteamiento de muchas políticas públicas —tanto de carácter social como en el ámbito de lo económico—, de forma que el Estado pueda estar *ambientalmente orientado*.¹⁴⁶

El hecho de que el medio ambiente haya sido constitucionalizado no ha generado una visión teórica unánime respecto a su entendimiento. Canosa explica, apoyándose en Gomes Canotilho, que en la teoría constitucional hay tres perspectivas usuales para explicar el derecho al medio ambiente.¹⁴⁷ Según el primer punto de vista, el derecho al medio ambiente se considera un derecho subjetivo y fundamental (como sucede en Portugal y, en parte, en España). De acuerdo con el segundo punto de vista, el derecho al ambiente entra en la categoría de derechos o intereses difusos, con lo cual se busca abrir vías de protección jurisdiccional de las pretensiones y los bienes ambientales (es el caso de Italia). Desde una tercera perspectiva se entiende que la protección del ambiente es un fin del Estado, lo cual genera sobre todo obligaciones para los poderes públicos. Estas tres perspectivas, que no son en todo caso excluyentes, aportan elementos interesantes para una adecuada configuración constitucional del medio ambiente, en tanto que subrayan su carácter de derecho, pero también ponen de manifiesto la necesidad de pensar en estrategias procesales para hacerlo valer jurisdiccionalmente y se detienen de la misma forma en subrayar las obligaciones que se generan para el Estado en la materia.

En cualquier caso, la previsión constitucional de un derecho al medio ambiente obliga a una reinterpretación armónica y sistemática de otros derechos fundamentales. Carmen Carmona subraya, en este sentido, que los otros derechos y libertades fundamentales que se verían afectados son, por ejemplo, la

¹⁴⁵ *Teoría de los derechos fundamentales, cit.*, p. 429.

¹⁴⁶ Canosa Usera, Raúl, “Protección constitucional de derechos subjetivos ambientales”, *cit.*, p. 123.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 126.

libertad de movimiento, la libertad de residencia, la libertad de reunión, el derecho al desarrollo, el derecho a la propiedad, etcétera.¹⁴⁸ Se habla por ello de una “limitación ecológica a los derechos humanos”;¹⁴⁹ esta limitación consiste en que actualmente se entiende que la libertad individual no estaría solamente determinada por un contexto social —dedicado a la extensión, realización y tutela de los derechos humanos— sino también por un contexto ecológico.

Como quiera que sea, es cierto que reconocer el derecho al medio ambiente significa también celebrar una especie de “contrato entre generaciones”, pues el ambiente no se tutela solamente con vista en la “adecuación” del mismo a la vida de los que actualmente habitan el planeta, sino también como una medida para que quienes lo van a habitar en el futuro lo puedan hacer en condiciones favorables (o lo menos desfavorables posible).¹⁵⁰

En este sentido, es una obligación de las generaciones actuales actuar de tal forma que las generaciones futuras tengan la posibilidad de disfrutar de un medio ambiente adecuado, no solamente en la teoría sino también en la práctica, lo cual puede significar, como se decía, una restricción de algunos otros derechos y/o un redireccionamiento de otras disposiciones constitucionales (que es lo que ha sucedido, por ejemplo, con lo dispuesto en el artículo 25 que ahora se refiere al desarrollo nacional como “desarrollo sustentable”).¹⁵¹ En Alemania, luego de más de diez años de debate en torno al tema, se reformó la Constitución en 1993 (artículo 20), para recoger como una obligación del Estado la protección de las condiciones de vida de las generaciones futuras.¹⁵²

¹⁴⁸ Carmona, Ma. del Carmen, “Reforma en materia de medio ambiente”, *cit.*, p. 311; ver también las observaciones de Rodotà, Stefano, *Repertorio di fine secolo*, 2a. ed., Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 104 y ss.

¹⁴⁹ Bosselmann, Klaus, “Un approccio ecologico ai diritti umani”, p. 68.

¹⁵⁰ Aunque no en referencia al derecho al medio ambiente, el tema de la justicia entre generaciones fue ya planteado por John Rawls en su libro *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 323 y ss. Las indicaciones de Rawls pueden ser interesantes para nuestro tema en la medida en que explican la forma en que debe llevarse a cabo el reparto de las cargas sociales entre las sucesivas generaciones. También sobre el mismo tema puede verse Van Hoecke, Mark y Ost, Francois, “Del contrato a la transmisión. Sobre la responsabilidad hacia las generaciones futuras”, *Doxa*, Alicante, núm. 22, 1999, pp. 607 y ss.

¹⁵¹ La LGEE define al desarrollo sustentable como “El proceso evaluable mediante criterios e indicadores de carácter ambiental, económico y social que tiende a mejorar la calidad de vida y la productividad de las personas, que se funda en medidas apropiadas de preservación del equilibrio ecológico, protección del ambiente y aprovechamiento de recursos naturales, de manera que no se comprometa la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras” (artículo 3o., fracción XI).

¹⁵² El proceso de discusión es explicado por Bosselmann, Klaus, “Un approccio ecologico ai diritti umani”, *cit.*, pp. 72 y ss. Ver también el texto del artículo 41 de la Constitución de Argentina, transcrito *infra*, donde se encuentra una referencia a las generaciones futuras.

Además, el derecho al medio ambiente significa dotar de relevancia jurídica, al menos en cuanto *objeto* de los derechos, a la naturaleza “no humana”, que es considerada como algo que hay que proteger incluso en sí misma, con independencia de la relevancia directa o indirecta que pueda tener para la vida humana. Esto es lo que permite, por ejemplo, que se protejan especies animales en peligro de extinción aunque no afecten ni tengan que ver (al menos *prima facie*, pues ya se sabe que en materia ambiental *todo* tiene que ver de alguna manera) con la vida humana.¹⁵³

Quizá sean derechos fundamentales como el de disfrutar de un ambiente adecuado los que más pongan de manifiesto la necesidad de superar las visiones tradicionales en materia de soberanía y autodeterminación de los Estados.

Los riesgos medioambientales y los efectos de la contaminación no respetan fronteras. La deforestación de la selva amazónica afecta por igual a los indígenas que viven junto a ella que a los habitantes de Oslo o de Madrid. Las emisiones de gases tóxicos o que afectan a la capa de ozono emitidos por la opulenta sociedad estadounidense generan problemas cancerígenos por radiaciones solares en habitantes de otros países. Vivimos en la era de la interdependencia.

Esto muestra la necesidad de actuar globalmente frente a problemas globales. Del mismo modo que para nadie debe ser indiferente que se torture a un detenido en una cárcel israelí o que se discrimine a los sudafricanos de color en su propio país, tampoco puede ser tomado a la ligera el reto medioambiental al que se está enfrentando la humanidad desde hace unas décadas.

Como escribe Francesco Viola, “La ecología es acérrima enemiga de la soberanía. Los bienes ecológicos no conocen fronteras”.¹⁵⁴

Esto puede verse claramente —explica Habermas— si recurrimos al clásico ejemplo del reactor nuclear que un gobierno vecino construye en las proximidades de la frontera común de acuerdo con unos procedimientos de construcción y seguridad ajenos a los que están vigentes en el propio país. En un mundo cada vez más densamente entretrejido —ecológica, económica y culturalmente— las decisiones que, en virtud de su competencia legítima, pueden adoptar los Estados en su ámbito territorial y social coinciden cada vez menos con las personas y territorios que pueden ser afectados por ellas.¹⁵⁵

Sin embargo, la acción internacional en materia ecológica encuentra un importante dique en la poca afabilidad que los Estados Unidos han demostrado

¹⁵³ Viola, Francesco, *Stato e natura*, Milán, Anabasi, 1995.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 71

¹⁵⁵ Habermas, Jürgen, *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 95.

hacia el derecho internacional (el de los códigos y la diplomacia, no el de las bombas y los marines); su poco empeño en las tareas de la ONU y su falta de compromiso explícito con algunos aspectos de la lucha ecológica no permiten albergar muchas esperanzas. Otros países desarrollados tampoco tienen un expediente impecable en materia ambiental; las pruebas atómicas que Francia ha realizado por años en el Pacífico o la afición japonesa por seguir matando ballenas quizá sean dos ejemplos de ello, de entre los tantos que se podrían ofrecer.

De hecho, las normas jurídicas medioambientales de carácter internacional han sido concebidas más como recomendaciones que como mandatos o prohibiciones. Así, por ejemplo, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992, produjo la Declaración de Río, que contiene una serie de postulados un tanto ambiguos y que son difícilmente evaluables en su acatamiento o desacatamiento práctico.

La Declaración de Río, que menciona la necesidad de preservar el ambiente para las generaciones futuras y que vincula acertadamente el desarrollo sostenible con el combate de la pobreza, sigue los pasos de la Declaración de Estocolmo de 1972.

Otro instrumento internacional importante en materia medioambiental es el Protocolo de Kyoto, referente a la disminución de emisiones de gases nocivos para la atmósfera, que ya ha sido ratificado por México (*Diario Oficial de la Federación* del 10. de septiembre de 2000).

En la Declaración y Plan de Acción de Viena de 1993, se incluyó una mención específica para el derecho al medio ambiente y concretamente sobre los vertidos tóxicos, en los siguientes términos:¹⁵⁶

El derecho al desarrollo debe realizarse de manera que satisfaga equitativamente las necesidades en materia de desarrollo y medio ambiente de las generaciones actuales y futuras. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce que el vertimiento ilícito de sustancias y desechos tóxicos y peligrosos puede constituir una amenaza grave para el derecho de todos a la vida y la salud.

Por consiguiente, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos hace un llamamiento a todos los Estados para que aprueben y apliquen rigurosamente las convenciones existentes en materia de vertimiento de productos y desechos tóxicos y peligrosos y cooperen en la prevención del vertimiento ilícito.

¹⁵⁶ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. II, p. 1316.

Conviene mencionar, antes de dar por terminado el presente apartado, que a partir de una revisión del derecho constitucional comparado se puede afirmar que el derecho al medio ambiente no se encuentra regulado de forma homogénea y que los diferentes textos constitucionales le asignan un carácter distinto según el país de que se trate. Para ilustrar lo que se acaba de decir sirven dos ejemplos concretos.

El primero se puede tomar de las disposiciones del artículo 41 de la Constitución de Argentina, según el cual:

Todos los habitantes gozan del derecho a un medio ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley... Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales... Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radioactivos.

Como se puede ver, este texto contiene diversas disposiciones de detalle, relativamente concretas, y en todo caso más amplias que las del artículo 4o. de la Constitución mexicana.

En tanto modelo que incorpora una concepción distinta a la anterior, puede mencionarse el artículo 45 de la Constitución española, el cual se encuentra ubicado dentro del capítulo III del título primero de dicho ordenamiento, es decir, entre “los principios rectores de la política social y económica” y no dentro del capítulo en el que se establecen los derechos y libertades fundamentales; su texto es el siguiente:

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

Como se puede apreciar, en este precepto el marco de protección es muy amplio e indeterminado (al “medio ambiente adecuado” se hace referencia, como en el caso de la Constitución mexicana), y más bien parece que el peso del artículo se encuentra en su apartado 2, al momento de señalar la obligación de las autoridades de velar por la utilización racional de los recursos naturales. En cualquier caso, si se observa lo establecido por el artículo 53 de la misma Cons-

titución española, el contenido del artículo 45 sobre el medio ambiente, sirve para informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pero solamente podrá ser alegado ante los tribunales ordinarios de acuerdo con lo que dispongan las leyes de desarrollo, sin que sea protegable a través del recurso de amparo.¹⁵⁷

Del mismo artículo 45 conviene destacar el hecho de que impone a toda persona el “deber de conservar” el medio ambiente, creando con ello un tipo de “deber fundamental” que no es muy común en otros ordenamientos constitucionales.¹⁵⁸

El caso español es interesante porque además de la previsión constitucional a la que se acaba de hacer referencia, se han dictado algunos criterios jurisprudenciales para entender los alcances de la protección ambiental. En un caso en el que estuvo involucrado el Estado español, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó una célebre e innovadora sentencia en 1994, conocida como caso *López Ostra*,¹⁵⁹ en la que ponía en relación las molestias que una planta depuradora de aguas residuales generaba por sus malos olores a la señora López Ostra con el derecho a la intimidad;¹⁶⁰ en la sentencia el Tribunal afirmó que “los atentados graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio, perjudicando su vida privada y familiar...”. El mismo criterio ha sido recogido con posterioridad por el Tribunal Constitucional español (por ejemplo en la sentencia 119/2001), a propósito de la contaminación auditiva; en su sentencia el Tribunal considera que

una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida.¹⁶¹

¹⁵⁷ Sobre el derecho al medio ambiente en la Constitución Española, ver el destacado trabajo de Canosa, Raúl, *Constitución y medio ambiente*, *cit.*

¹⁵⁸ Sobre el tema, Rubio Llorente, Francisco, “Los deberes constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 62, mayo-agosto de 2001, pp. 31-34.

¹⁵⁹ Canosa Usera, Raúl, “Protección constitucional de derechos subjetivos ambientales”, *cit.*, pp. 160 y 161. El texto de la sentencia, en la parte que ahora nos interesa puede consultarse, por ejemplo, en Mieres, Luis Javier, *Intimidad personal y familiar. Prontuario de jurisprudencia constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2002, pp. 286-292.

¹⁶⁰ Hemos examinado el derecho a la intimidad en el capítulo tercero *supra*.

¹⁶¹ En esta sentencia es interesante consultar los votos particulares concurrentes de los magistrados Manuel Jiménez de Parga y Fernando Garrido Falla, sobre todo teniendo en

Tanto en la sentencia *López Ostra* como en la que se acaba de citar del Tribunal Constitucional español se observa que algunos aspectos del derecho al medio ambiente (malos olores, ruido excesivo) se han relacionado con otro tipo de derechos (que podríamos considerar derechos de libertad o derechos de seguridad jurídica: integridad física y moral, inviolabilidad del domicilio, etcétera) para reparar las violaciones constitucionales.

Esto demuestra dos cuestiones fundamentales: por un lado, la pertinencia de utilizar estrategias jurisdiccionales de protección de los derechos sociales por medio de las cuales estos derechos vengan puestos en relación con derechos de libertad, que son los que típicamente se han tutelado por las vías jurisdiccionales más conocidas (como sería el juicio de amparo en el caso de México); por otro lado, las sentencias mencionadas hacen evidente que el derecho al medio ambiente no tiene todavía, ni siquiera en contextos de mayor desarrollo político, económico y teórico, la autonomía suficiente como para imponerse por sí solo.

Este último es un aspecto en el que se tendrá que trabajar con mayor intensidad, desarrollando estrategias jurisdiccionales que permitan llevar ante los tribunales las violaciones al derecho al medio ambiente por sí mismas, sin que su acreditación se haga depender de la violación de otros derechos; esto es importante en la medida en que genera una protección más amplia del medio ambiente, por ejemplo, en todos aquellos casos en que se puede producir una violación ambiental, pero que no repercute en ninguna persona en concreto (una tala ilegal de bosques, un vertido tóxico en el mar, una emanación excesiva de sustancias nocivas por parte de una industria, etcétera).

V. DERECHO A LA VIVIENDA (ARTÍCULO 4o., PÁRRAFO QUINTO)

El párrafo quinto del artículo 4 constitucional prevé el derecho de toda familia a disfrutar de una vivienda digna y decorosa. Para alcanzar tal objetivo, la Constitución ordena al legislador establecer los instrumentos y apoyos necesarios.

La regulación constitucional contiene, como es evidente a partir de su simple lectura, una serie importante de errores. En primer lugar, le asigna el derecho fundamental a “la familia” y no a todos los individuos. En segundo término, lo que garantiza la Constitución es “el disfrute” de la vivienda, pero no su adquisición, que siempre suele resultar más difícil que lo primero.

cuenta que, debido a la debilidad probatoria de la demanda, el Tribunal Constitucional negó el amparo a la recurrente.

En términos generales, el derecho a la vivienda pretende dar satisfacción a la necesidad que tienen todas las personas de contar con un lugar digno para vivir. Tener una vivienda es desde los tiempos antiguos una condición necesaria para la supervivencia y para llevar una vida segura, autónoma e independiente.¹⁶² No solamente se trata de un derecho cuyo fin sea que cada persona pueda tener un lugar “para estar” o para dormir, sino que el derecho a la vivienda es una condición esencial para que puedan realizarse otros derechos, de modo que cuando no se cuenta con una vivienda los demás derechos pueden sufrir una grave amenaza; como lo explica Gerardo Pisarello:

La pretensión de una vivienda adecuada, en realidad, encierra un derecho compuesto, cuya vulneración acarrea la de otros derechos e intereses fundamentales. Su violación hace peligrar el derecho al trabajo, que se torna difícil de buscar, asegurar y mantener. Amenaza el derecho a la integridad física y mental, que se encuentran en permanente jaque cuando se vive bajo la presión de un alquiler que no se puede pagar. Dificulta el derecho a la educación, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad, impracticables en cobijos abarrotados, carentes de las condiciones mínimas de habitabilidad. Menoscaba el derecho a elegir residencia, a la privacidad y a la vida familiar, y condiciona incluso los derechos de participación política.¹⁶³

La falta de vivienda es un problema serio para muchas personas en nuestro tiempo. Hay aproximadamente unos cien millones de personas que no tienen, en absoluto, ningún tipo de vivienda en donde habitar: son los llamados “sin techo”, de los cuales unos treinta millones son niños de la calle, que asumen como vivienda “formas miserables de cobijo: tugurios, viejos autobuses, aceras, andenes de estación, calles y terraplenes de carreteras, sótanos, escaleras, tejados, cajas de ascensores, jaulas, láminas de plástico, cajas de cartón o refugios de aluminio y lata”.¹⁶⁴ Además, hay que considerar que cerca de mil millones de personas no tiene satisfecho su derecho a una vivienda digna, porque viven en lugares inseguros, precarios, sujetos a desalojos o como refugiados.

Pese a la importancia del problema de la vivienda, desde el campo de lo jurídico han sido muy escasas las reflexiones que se han hecho. En buena medida, el tema ha sido abordado por los especialistas en derecho administrativo, que lo enfocan desde la óptica del derecho urbanístico y hacen referencia a los planes de uso de suelo, a la distribución de competencias entre los niveles de gobierno y al régimen administrativo y contractual de la industria de la construc-

¹⁶² Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, cit., p. 25.

¹⁶³ *Idem*.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 31.

ción. Son todavía excepcionales los trabajos que traten el derecho a la vivienda como derecho fundamental. Tiene razón Pisarello cuando apunta que desde el punto de vista jurídico, “el tono dominante de las reflexiones sobre el derecho a la vivienda como derecho humano ha sido a menudo el de la resignación... el derecho a la vivienda aparece con frecuencia desplazado al evanescente mundo de las aspiraciones éticas, con escasa relevancia jurídica”.¹⁶⁵

1. *Vivienda digna y decorosa*

Sea como sea, lo cierto es que la Constitución otorga el derecho a disfrutar de una vivienda, pero no cualquier vivienda, sino una que sea “digna y decorosa”. La dignidad y el decoro de una vivienda no son cualidades fáciles de evaluar, pero seguramente tienen que ver con la posibilidad de que las personas puedan desarrollar, dentro de ellas, su autonomía moral y encuentren un mínimo de satisfacción de sus planes de vida.

Desde esta perspectiva, creo que un primer parámetro para evaluar cuándo una vivienda es digna y decorosa tendría que ver con la extensión de la misma en relación con sus habitantes: vivienda digna y decorosa, en esta tesitura, no sería lo mismo que vivienda hacinada y sin espacio que asegure una mínima comodidad e intimidad. Un segundo dato que nos permitiría evaluar si una vivienda cumple o no con las características que le asigna el texto constitucional se puede encontrar en el acceso y dotación de servicios que tenga: acceso a agua potable, electricidad, drenaje, etcétera.

En la Estrategia Mundial de la Vivienda preparada por la ONU, la “vivienda adecuada” se define como “un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad 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”.

Desde una perspectiva más general, la evaluación del grado de satisfacción que existe del derecho a la vivienda puede realizarse tomando en cuenta la posibilidad real de convertirse en propietario de la vivienda que habitan las personas y las políticas públicas que tienen las administraciones con respecto a la vivienda. Además, del derecho a la vivienda se desprende también un derecho a no ser desposeído arbitrariamente de ella, de modo que algunos derechos de rango inferior tendrán que ceder o acomodarse a este derecho fundamental; en relación con este tema, ver *infra* lo que se dirá sobre el tema de los desalojos forzosos.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 19.

2. Efectos normativos del derecho a la vivienda

La Constitución despliega sus efectos normativos de carácter positivo, por lo que hace al derecho a la vivienda, en dos diferentes sentidos. En primer término, supone un mandato al legislador para que desarrolle la legislación necesaria para hacer realidad ese derecho; en segundo lugar, supone un mandato hacia las administraciones públicas de todos los niveles de gobierno a fin de que se implementen políticas públicas de fomento a la vivienda, de otorgamiento de créditos, de regulación de uso de suelo habitacional a costos accesibles, etcétera. Hay que subrayar que las disposiciones constitucionales vinculan a todas las autoridades, no solamente a las federales, de modo que lo dicho aplica también para los poderes legislativos y ejecutivos locales, así como —dentro de su esfera de su competencia— a los municipios.

El relator especial de la ONU sobre el derecho a la vivienda ha señalado que los Estados tienen al menos tres deberes generales en esta materia:¹⁶⁶

1. El deber de procurar por cualquier medio posible, que todos tengan acceso a recursos habitacionales adecuados para su salud, bienestar y seguridad.
2. El deber de facilitar a quien carezca de hogar, tenga una vivienda inadecuada o se encuentre incapacitado en general para ejercer los derechos vinculados a recursos habitacionales, la interposición de reclamos y demandas.
3. El deber de adoptar, en un tiempo razonablemente breve, medidas que al menos indiquen el reconocimiento político y normativo de los elementos constitutivos del derecho a la vivienda.

Desde un punto de vista negativo, es obvio que tanto las autoridades como los particulares están obligados a no interferir en el disfrute de la vivienda y en general a no impedir su satisfacción por las demás personas.

Tomando en consideración las obligaciones positivas y negativas, se puede decir que el derecho a la vivienda asegura tanto el disfrute de la vivienda que ya se tiene, como la necesidad de que las autoridades tomen todas las medidas a su alcance para que quienes no la tengan, accedan a ella.

A partir de las obligaciones positivas (y a reserva de las que más adelante se precisarán como obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos) las autoridades deben construir un entorno urbano que permita disfrutar de la vivienda y contar con los servicios mínimos indispensables para

¹⁶⁶ Citado por Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, cit., p. 116.

que sea habitable. Es decir, el derecho a la vivienda no se agota con el disfrute de la persona “hacia dentro” de su vivienda, sino que requiere de un ambiente “externo” que también sea adecuado. En este sentido se habla de un derecho “al entorno urbano” o “derecho a la ciudad”.¹⁶⁷

Aparte de la contenida en el artículo 4o. que ya se ha citado, otra referencia a la vivienda dentro del texto de la Constitución se encuentra en el artículo 123, apartado A, fracción XII y en el apartado B, fracción XI, inciso F. En la primera de esas disposiciones se establece que

Toda empresa agrícola, industrial, minera o de cualquier otra clase de trabajo, estará obligada, según lo determinen las leyes reglamentarias a proporcionar a los trabajadores habitaciones cómodas e higiénicas. Esta obligación se cumplirá mediante las aportaciones que las empresas hagan a un fondo nacional de la vivienda a fin de constituir depósitos a favor de sus trabajadores y establecer un sistema de financiamiento que permita otorgar a éstos crédito barato y suficiente para que adquieran en propiedad tales habitaciones

Se considera de utilidad social la expedición de una ley para la creación de un organismo integrado por representantes del gobierno federal, de los trabajadores y de los patrones, que administre los recursos del fondo nacional de la vivienda. Dicha ley regulará las formas y procedimientos conforme a los cuales los trabajadores podrán adquirir en propiedad las habitaciones antes mencionadas.

Por lo que se refiere a la vivienda de los pueblos y comunidades indígenas, el artículo 2o. apartado B de la Constitución dispone, en su fracción IV, que es obligación de las autoridades federales, locales y municipales: “Mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y de sus espacios para la convivencia y recreación, *mediante acciones que faciliten el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda*, así como ampliar la cobertura de los servicios sociales básicos” (cursivas añadidas).

En materia de derecho a la vivienda es muy importante prever mecanismos para dotar de transparencia a las acciones de los poderes públicos con el fin de evitar un funcionamiento corrupto de los mecanismos necesarios para acceder a una vivienda construida con financiamiento público.

En este terreno la corrupción se puede dar al no respetar la igualdad de todos los ciudadanos (de toda familia, habría que decir, junto con el texto de la Constitución), o por lo menos de los más necesitados, para acceder a las viviendas o a los créditos con el fin de comprarlas o construirlas. Pero también se puede dar al momento de asignar recursos a empresas privadas para que sean ellas las que construyan las viviendas con fondos públicos.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 84.

Desde luego, es legítimo que el derecho a la vivienda sea satisfecho por empresas privadas, que sean ellas las que construyan las viviendas, pero eso no releva al Estado de la obligación de asegurar y hacer respetar el principio de igualdad en materia de derechos sociales, como lo establece el artículo 2o. del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Incluso, a partir del entendimiento del principio de igualdad desde un punto de vista sustancial, el Estado está obligado a tomar medidas positivas para atender preferentemente a los grupos más necesitados, los cuales deben gozar de una “consideración prioritaria” dentro de las políticas públicas referidas a la satisfacción del derecho a la vivienda.¹⁶⁸

En buena medida los efectos normativos del derecho a la vivienda se pueden desprender de la regulación que hacen diversos instrumentos internacionales sobre el tema, asunto al que se dedica el siguiente apartado.

A. El derecho a la vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho comparado

En el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la vivienda está previsto en varios instrumentos relevantes, tanto de carácter general como sectorial. Entre los primeros puede mencionarse el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ha sido objeto de dos interesantes observaciones generales a las que nos referiremos más adelante; en dicho precepto se establece que

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, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

En la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada en la ciudad de Niza en diciembre de 2000 se establece que “La Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda a la vivienda para garantizar una existencia digna a toda persona que no disponga de recursos suficien-

¹⁶⁸ En este sentido, el Comentario General núm. 4 del Comité sobre los Derechos Sociales, Económicos y Culturales de la ONU; consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, t. I, *cit.*, pp. 503 y ss. Sobre el contenido de este Comentario General nos detendremos más adelante.

tes, según las modalidades establecidas por el derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”.

De entre los instrumentos sectoriales del derecho internacional de los derechos humanos que hacen referencia al derecho a la vivienda puede citarse la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que dispone en su artículo 14 párrafo 2 que

Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a... h) gozar de las condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de *la vivienda*, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en el artículo 27 párrafo 3 que

Los Estados partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y *la vivienda*.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, dispone en su artículo 21 lo siguiente:

En materia de vivienda y en la medida en que esté regida por leyes y reglamentos o sujeta a la fiscalización de las autoridades oficiales, los Estados contratantes concederán a los refugiados que se encuentre legalmente en sus territorios el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente en las mismas circunstancias a los extranjeros.

Por último, se puede mencionar la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (de 1990), cuyo artículo 43, párrafo 1, establece que “Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación a... d) el *acceso a la vivienda*, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres”.

Con respecto al derecho a la vivienda, también se deben de tomar en cuenta los instrumentos generales que integran el llamado *soft-law* dentro del derecho

internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, es muy útil aplicar el esquema general de obligaciones que para los Estados derivan del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha expuesto el Comité respectivo en su Observación General número 3, a la que ya nos hemos referido.¹⁶⁹

De acuerdo con esa Observación, los Estados deben, entre otras cosas, generar una serie de indicadores que permitan: *a)* conocer la situación en la que se encuentra un determinado derecho, y *b)* evaluar si las medidas tomadas son o no adecuadas para su satisfacción. Pues bien, en el caso del derecho a la vivienda los indicadores son muy importantes, ya que su desarrollo “puede desempeñar un papel fundamental para que ciertas acciones u omisiones estatales que menoscaban derechos habitacionales no queden impunes y sean consideradas como auténticas vulneraciones jurídicas de las necesidades en juego”.¹⁷⁰ ¿Qué indicadores podrían sernos de utilidad para conocer la situación del derecho a la vivienda en un país? Por ejemplo los siguientes:¹⁷¹

- Gasto público en vivienda como parte del presupuesto general.
- Porcentaje de viviendas de protección oficial.
- Porcentaje de viviendas en régimen especial de alquiler, en régimen de alquiler privado y en régimen de propiedad.
- Número total de personas sin techo.
- Número total de viviendas desocupadas.
- Número total de albergues y centros de alojamiento públicos para personas sin hogar.
- Facilidad de acceso a recursos administrativos y judiciales en materia habitacional.
- Presencia de fenómenos de discriminación en el acceso a la vivienda.
- Gasto en vivienda de la población en relación con su ingreso.
- Porcentaje de personas con problemas de seguridad jurídica en la tenencia de la vivienda.
- Porcentaje de viviendas sin agua potable, electrificación y alcantarillado.

¹⁶⁹ La aplicación de ese esquema al derecho a la vivienda puede verse en Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, cit., pp. 115 y ss.

¹⁷⁰ Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, cit., p. 109.

¹⁷¹ Sigo en lo general la exposición de Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, cit., pp. 111 y 112.

El derecho a la vivienda figura también en diversos textos constitucionales de otros países. Por ejemplo, la Constitución colombiana establece en su artículo 51 que “Todos los colombianos tiene derecho a una vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas”.

La Constitución de Venezuela de 1999 dispone en su artículo 82 que

Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un habitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estados en todos sus ámbitos.

La Constitución de Costa Rica contiene una regulación igual de escueta que la mexicana; su artículo 65 establece: “El Estado promoverá la construcción de viviendas populares y creará el patrimonio familiar del trabajador”.

La Constitución paraguaya dispone, en su artículo 100:

Todos los habitantes de la República tienen derecho a una vivienda digna.

El Estado establecerá las condiciones para hacer efectivo este derecho, y promoverá planes de vivienda de interés social, especialmente las destinadas a familias de escasos recursos, mediante sistemas de financiamiento adecuados.

El texto constitucional de Uruguay también contiene el derecho a la vivienda: “Todo habitante de la República tiene derecho a gozar de vivienda decorosa. La ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su adquisición y estimulando la inversión de capitales privados para ese fin” (artículo 45).

La Constitución de Portugal establece en su artículo 65 un amplio reconocimiento del derecho a la vivienda, en los siguientes términos:

1. Todos tendrán derecho, para sí y para su familia, a una vivienda de dimensión adecuada, en condiciones de higiene y comodidad, y que preserve la intimidad personal y familiar.
2. Corresponde al Estado para asegurar el derecho a la vivienda:
 - a) Programar y realizar una política de vivienda inserta en planes de reordenación del territorio y apoyada en planes de urbanización que garanticen la existencia de una red adecuada de transportes y de servicios colectivos.

b) Estimular y apoyar las iniciativas de las comunidades locales y de la población tendentes a resolver los respectivos problemas de vivienda y fomentar la autoconstrucción y la creación de cooperativas de vivienda.

c) Estimular la construcción privada, con subordinación a los intereses generales.

3. El Estado adoptará una política destinada a establecer un sistema de alquiler compatible con la renta familiar y de acceso a la propiedad de la vivienda.

4. El Estado y las entidades locales ejercerán un control efectivo del parque inmobiliario, procederán a la expropiación de los suelos urbanos que resulten necesarios y definirán el respectivo derecho de utilización.

El primer párrafo del artículo 47 de la Constitución española de 1978 señala que “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”.

De los textos que se acaban de citar pueden desprenderse al menos dos cuestiones interesantes: la primera es que el derecho a la vivienda se le otorga, en los países citados, a todas las personas y no a “la familia” (o al menos no solamente a la familia) como lo hace el texto mexicano; la segunda es que el derecho a la vivienda es un derecho de configuración legal, es decir, un derecho que deberá ser regulado con detalle por el legislador.¹⁷² Pero dicha intermediación legislativa no priva de efectos normativos a lo previsto por la Constitución; en otras palabras, la inactividad del legislador (o una actividad no protectora) no deja sin sentido el mandato constitucional, el cual sigue manteniendo sus efectos, o al menos algunos de ellos, en virtud de un “contenido esencial” que no puede ser vulnerado por el legislador, ni por vía de acción ni por vía de omisión.

De la regulación contenida en la Constitución portuguesa conviene destacar varios aspectos, que son centrales para el entendimiento del derecho a la vivienda. En primer lugar, es interesante el hecho de que el artículo 65 transcrito señala características y fines de la vivienda, al establecer que deberá tener una dimensión adecuada, a fin de permitir la higiene y la comodidad, así como la intimidad personal y familiar. Además, el texto portugués señala claramente una serie de tareas positivas a cargo del Estado en relación con el derecho a la vivienda. Por ejemplo, la necesidad de contar con planes de ordenación territorial y de desarrollo urbano o la de realizar expropiaciones para contar con suelo

¹⁷² Sobre la forma en que se proyecta el derecho constitucional a la vivienda sobre la ordenación legislativa del derecho urbanístico, ver Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, cit., pp.141 y ss.

urbano necesario en la edificación de nuevas viviendas. También acierta el texto del artículo 65 cuando señala la obligación del Estado para proteger el régimen de las viviendas en alquiler; a veces se tiende a pensar que el derecho a la vivienda conlleva necesariamente el derecho de propiedad sobre la vivienda, lo cual no es siempre exacto; pueden haber muchas formas jurídicas de tenencia que satisfagan el derecho que nos ocupa. Una de ellas es justamente el alquiler, que debe ser regulado de tal forma que sea asequible para las personas y que pueda dar lugar a la adquisición en propiedad de la vivienda si fuera el caso, tal como lo señala el artículo 65 de la Constitución portuguesa.

B. El derecho a la vivienda en la Observación General número 4 del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales

En su Observación General número 4, el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de la ONU se ha referido al derecho a la vivienda. Su contenido es muy importante para comprender este derecho en clave normativa y no como una mera declaración retórica.

Para empezar, el Comité señala el enorme “abismo” que existe entre lo dispuesto en el artículo 11 del Pacto, al que ya hemos hecho referencia, y la situación reinante en muchas regiones del mundo; acudiendo a cifras de la propia ONU destaca que en todo el mundo existen alrededor de 100 millones de personas sin hogar y otros 1,000 millones alojadas en viviendas inadecuadas (párrafo 4).

El Comité se preocupa por definir el concepto de vivienda adecuada y acude al concepto que ya se ha citado en párrafos precedentes, dado dentro de la Estrategia Mundial de Vivienda, pero agrega lo siguiente:

el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, “la dignidad inherente a la persona humana”, de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada.

¿Cómo saber si estamos o no frente a una vivienda “adecuada”? El Comité identifica siete aspectos que contribuyen a que una vivienda sea adecuada y que pueden ser aplicables a cualquier contexto, con independencia de las condiciones sociales, económicas, culturales o jurídicas del lugar en donde se deba hacer efectivo el derecho. Son los siguientes:

a) Seguridad jurídica en la tenencia: esto quiere decir que todas las personas deben de tener un mínimo de seguridad jurídica que les garantice contra el desahucio, el hostigamiento y otras amenazas. Para lograrlo, el Estado debe tomar medidas en primer término de carácter legislativo. La seguridad jurídica es necesaria para las distintas modalidades por la que se puede tener acceso a una vivienda; por ejemplo, para el alquiler, la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia, los asentamientos informales, etcétera.¹⁷³

b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructuras: dentro de este punto se incluye la posibilidad de contar con acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.

c) Gastos soportables: esto significa que los gastos que conlleva una vivienda no deben de ser tan altos como para impedir que se satisfagan otras necesidades básicas. Para lograr esto se pueden llegar a requerir subsidios por parte del Estado, así como una regulación que impida especulaciones sobre los alquileres o sobre el precio de la tierra.

d) Habitabilidad: se considera que una vivienda es habitable si protege a sus ocupantes del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento y otras amenazas para la salud; debe también garantizar la seguridad física de sus habitantes. El Comité recuerda la existencia de los Principios de Higiene de la Vivienda pre-

¹⁷³ Sobre la importancia de la seguridad jurídica en la tenencia, Gerardo Pisarello apunta lo siguiente: “Vivir sin seguridad, en un *status* incierto, supone en esencia que las personas no tienen control último sobre sus viviendas. Ello explica que las personas, grupos y familias expuestos a esa situación se muestren con frecuencia reticentes a introducir mejoras en sus hogares por miedo a que estos les sean destruidos o simplemente arrebatados como consecuencia de un desalojo. La falta de seguridad en la tenencia, en definitiva, refuerza la exclusión social y la pobreza y desalienta la participación... La seguridad jurídica en la tenencia se convierte, así, en la piedra de toque de la autotutela del derecho a una vivienda adecuada: un medio sin dudas no costoso, realista y solidario de tomarse en serio el derecho en cuestión”, Pisarello, Gerardo, “El derecho a una vivienda adecuada: notas para su exigibilidad”, en Abramovich, Víctor, Añón, María José y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 200 y 201.

parados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y exhorta a los Estados a que los apliquen con la mayor amplitud.

e) Asequibilidad: la asequibilidad significa que los grupos con mayor desventaja de la sociedad deben tener acceso pleno y sostenible a los recursos necesarios para conseguir una vivienda. Entre dichos grupos figuran los ancianos, los enfermos terminales, los discapacitados físicos, los enfermos mentales, las víctimas de catástrofes naturales, etcétera. Las políticas de vivienda, enfatiza el Comité, no deben destinarse a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a costa de los demás.

f) Lugar: la ubicación de la vivienda debe ser tal que permita el acceso a las opciones de empleo, a los servicios de atención a la salud, a centros de atención de niños, escuelas y demás servicios sociales. Las viviendas no deben construirse cerca de lugares contaminados o próximas a fuentes de contaminación que pongan en riesgo el derecho a la salud de sus habitantes.

g) Adecuación cultural: esto quiere decir que la forma de construir la vivienda, los materiales utilizados y las políticas públicas que se desarrollen deben permitir la expresión de la identidad cultural de sus habitantes, que puede variar de forma importante dentro de un mismo país, e incluso dentro de una misma ciudad.

Por último, el Comité recomienda la adecuación del sistema jurídico para permitir que, de alguna forma, el derecho a la vivienda sea justiciable, es decir, que quienes vean de cierta manera afectado ese derecho puedan acudir ante los tribunales para presentar una reclamación.

Entre las medidas a tomar por los Estados para hacer justiciable el derecho a la vivienda, el Comité recomienda las siguientes:

- Apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los tribunales.
- Procedimientos jurídicos que busquen obtener una indemnización luego de un desahucio ilegal.
- Reclamaciones contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados) en relación con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda.
- Denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda.
- Reclamaciones contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubres o inadecuadas.
- Acciones populares frente a situaciones que impliquen niveles de gran aumento de personas sin hogar.

Lo anterior, además de servir para precisar los alcances del derecho a la vivienda *como derecho fundamental*, no como un enunciado puramente retórico dentro de la Constitución, sirve para poner en claro las posibilidades que ofrece el derecho internacional de los derechos humanos al momento de intentar hacer operativos los derechos sociales.

A la luz de lo que se acaba de decir, podemos concluir que el derecho a la vivienda no es simplemente una declaración que figura en el artículo 4o. constitucional como un añadido decorativo o un signo de las buenas intenciones de los gobernantes mexicanos, sino que en dicho precepto anidan posibilidades normativas de la mayor importancia, derivadas del propio texto constitucional y apoyadas por la normatividad internacional y por la interpretación de la misma a la que hemos hecho referencia.

3. *Los desalojos forzosos y el derecho a la vivienda*

Un fenómeno que ha sido y, por desgracia, sigue siendo recurrente en México y en varios países de América Latina es el de los desalojos forzosos, que en no pocas ocasiones violan el derecho a la vivienda. Justamente por su gravedad y por su incidencia negativa en el disfrute de varios derechos fundamentales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU emitió su Observación General número 7, donde se precisan algunas cuestiones de la mayor importancia sobre el tema y que, en consecuencia, es necesario analizar.¹⁷⁴

Una primera cuestión que se propone el Comité es definir el término “desalojos forzosos”; según el Comité, por tales debe entenderse “el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos”.

El Comité distingue entre los desalojos forzosos y los desalojos llevados a cabo legalmente, y precisa que “la prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los desalojos efectuados legalmente y de acuerdo con las disposiciones de los pactos internacionales de derechos humanos”.

Para que quede más claro lo que le preocupa, el Comité da ejemplos de desalojos forzosos al señalar que pueden derivarse de conflictos armados internacionales, de disensiones internas y de violencia comunitaria o étnica. Otros casos se producen en nombre del desarrollo, y acontecen en el marco de conflictos sobre derechos de tierra o proyectos de infraestructura, como sucede cuando se construye una presa u otros proyectos energéticos en gran escala.

¹⁷⁴ Su texto en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos, cit.*, t. I, pp. 538-545.

Los Estados partes deben adoptar una legislación que prohíba los desalojos forzosos; dicha legislación, dice el Comité, debería comprender medidas que *a)* brinden la máxima seguridad de tenencia posible a los ocupantes de viviendas y tierras, *b)* se ajusten al Pacto, y *c)* regulen estrictamente las circunstancias en que se pueden llevar a cabo los desalojos, tanto los que lleva a cabo el propio Estado como los que pudieran realizar los particulares o agencias privadas.

Los desalojos forzosos, señala el Comité, afectan en mayor medida a los grupos vulnerables, como las mujeres, los niños, los ancianos, los pueblos indígenas y las minorías étnicas. Es importante, en este contexto, que los Estados partes vigilen que cualquier desalojo forzoso no encubra un fenómeno de discriminación.

Antes de permitir un desalojo forzoso, todo Estado parte debe velar por que se estudien, en consulta con los interesados, las medidas alternativas que permitan evitarlo o, por lo menos, minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza.

Para que los desalojos sean legales, el Comité señala que los Estados deben prever una serie de garantías procesales, entre las que se encuentran las siguientes: *a)* una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; *b)* un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; *c)* facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a los que se destinan las tierras o las viviendas desalojadas; *d)* la presencia de funcionarios del gobierno o de sus representantes en el desalojo, especialmente cuando se afecte a grupos de personas; *e)* identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; *f)* no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; *g)* ofrecer recursos jurídicos, y *h)* ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales.

En caso en que el desalojo sea inevitable, el Comité establece que el Estado deberá velar por que las personas afectadas no se queden sin vivienda, ni expuestas a otras violaciones de sus derechos. Para ello, el Estado deberá adoptar todas las medidas necesarias para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según sea el caso.

Como puede apreciarse, el tema de los desalojos forzosos es uno de los más delicados en relación con el derecho a la vivienda. En virtud de que casi siempre afecta a los grupos más vulnerables, deben tenerse en cuenta todas las garantías que se han mencionado para poder realizarlos. De su cumplimiento deben estar especialmente atentas las organizaciones protectoras de derechos

humanos, los órganos públicos encargados de proteger esos derechos (los *ombudsman*) y, antes incluso, la propia administración pública y los jueces.

4. *Algunos datos sobre la vivienda en México*

En México se ha calculado, mediante comparaciones internacionales y modelando diversos supuestos, que la demanda anual de vivienda en el sector urbano se ubica entre las 700,000 y las 800,000 unidades; frente a esta demanda, la oferta formal alcanza apenas las 250,000 unidades. Es decir, tenemos un déficit crónico en el nivel de satisfacción del derecho a la vivienda y la brecha entre necesidades y satisfacciones se está agrandando de forma importante. Y no solamente desde el punto de vista numérico; desde el punto de vista de la calidad, no es difícil comprobar que por la falta de planeación urbana y por la gran cantidad de población hoy en día las viviendas construidas están en peores condiciones que las que se hacían hace unos años. Son más pequeñas, están más alejadas de las vías de comunicación y, en general, son menos “decorosas” de lo que sería recomendable.

Además, en las grandes ciudades el precio de la vivienda ha llegado a niveles verdaderamente inaccesibles para la mayor parte de la población, como resultado de los intereses especulativos, de la fuerte demanda y de la falta de programas de protección oficial a las viviendas y de racionalización del uso de suelo. El suelo de las ciudades y la posibilidad de edificar están en manos de especuladores que se han enriquecido a la vista de todos, sin que las diferentes administraciones públicas competentes hayan hecho nada para evitarlo.

Aparte de lo anterior, quizá también sea interesante aportar algunas estadísticas sobre el número de viviendas, la dotación de servicios con que cuentan y el número de ocupantes. Con los datos que figuran en los cuadros 5.1, 5.2 y 5.3 podremos contar con una radiografía lo más precisa posible para saber si en México en verdad tenemos viviendas “dignas y decorosas”, es decir, sabremos si se viola o se respeta el mandato del artículo 4o. constitucional.

Cuadro 5.1. Viviendas particulares habitadas y ocupantes por material predominante en pisos, paredes y techos (1990 y 2000)¹⁷⁵

<i>Material predominante</i>	1990 ^a		2000 ^b	
	<i>Viviendas particulares habitadas</i>	<i>Ocupantes</i>	<i>Viviendas particulares habitadas</i>	<i>Ocupantes</i>
Total	16 035 233	80 433 824	21 513 235	95 373 479
Pisos				
Tierra	3 119 917	16 741 528	2 844 601	14 017 970
Cemento o firme	8 542 194	43 577 363	11 866 194	53 536 597
Madera, mosaico u otros recubrimientos	4 282 482	19 704 280	6 676 844	27 230 646
No especificado	90 640	410 653	125 596	588 266
Paredes				
Materiales ligeros, naturales y precarios ^c	4 662 805	24 233 799	4 429 632	20 666 895
Materiales sólidos ^d	11 148 978	55 122 856	16 968 348	74 160 536
Otros materiales	139 594	696 459	NA	NA
No especificado	83 856	380 710	115 255	546 048
Techos				
Materiales ligeros, naturales y precarios ^e	7 321 917	37 953 296	7 649 941	35 350 164
Materiales sólidos ^f	8 244 841	40 166 122	13 737 973	59 435 778
Otros materiales	375 476	1 889 568	NA	NA
No especificado	92 999	424 838	125 321	587 537

NOTA: El total de viviendas particulares habitadas excluye los refugios y sus ocupantes, debido a que no se capturaron características en esta clase de vivienda.

^a Excluye 136 341 viviendas sin información de ocupantes y una estimación de población por un total de 409 023 personas correspondientes a estas viviendas. Cifras al 12 de marzo.

^b Excluye 425 724 viviendas sin información de ocupantes y una estimación de población por un total de 1 730 016 personas correspondientes a estas viviendas. Cifras al 14 de febrero.

^c Comprende: lámina de cartón; lámina de asbesto y metálica; carrizo, bambú y palma; embarro y bajareque; madera y adobe; y para 2000, además, material de desecho.

^d Comprende: tabique, ladrillo, block, piedra y cemento; y para 2000, además, cantera y concreto.

^e Comprende: lámina de asbesto, y metálica, lámina de cartón, palma, tejamanil, madera y teja; y para 2000, además, material de desecho.

^f Comprende: losa de concreto, tabique y ladrillo; para 2000, además, terrado con viguería.

¹⁷⁵ Los cuadros siguientes fueron tomados de *Anuario Estadístico de los Estados Unidos Mexicanos, 2002*, México, INEGI, 2003, p. 68, cuya fuente fue: Para 1990: INEGI, *Estados Unidos Mexicanos. XI Censo General de Población y Vivienda, 1990. Resumen General*, Aguascalientes, 1992. Para 2000: INEGI, *Estados Unidos Mexicanos. XII Censo General de Población y Vivienda, 2000. Tabulados básicos, Tomo III*, Aguascalientes, 2001.

Cuadro 5.2. Viviendas particulares habitadas y ocupantes
por disponibilidad de servicios
1990 y 2000

<i>Servicios</i>	<i>Viviendas particulares habitadas</i>	<i>Ocupantes</i>
1990 ^a	16 035 233	80 433 824
Drenaje		
Disponen	10 202 934	49 454 701
Conectado al de la calle	8 362 838	40 262 432
Conectado a fosa séptica	1 402 525	6 897 617
Con desagüe al suelo, a un río o lago	437 571	2 294 652
No disponen	5 544 451	29 517 784
No especificado	287 848	1 461 339
Agua entubada		
Disponen	12 729 987	63 055 542
Dentro de la vivienda	8 072 518	38 904 669
Fuera de la vivienda pero dentro del terreno	4 186 307	21 704 389
De llave pública o hidrante	471 162	2 446 484
No disponen	3 173 348	16 734 373
No especificado	131 898	643 909
Energía eléctrica		
Disponen	14 033 451	69 983 666
No disponen	2 001 439	10 448 481
No especificado	343	1 677
2000 ^b	21 513 235	95 373 479
Drenaje		
Disponen	16 800 934	72 654 381
Conectado a la red pública	13 666 180	58 606 370
Conectado a fosa séptica	2 460 620	10 859 128
Con desagüe a barranca o grieta	401 393	1 913 573
Con desagüe a río, lago y mar	272 741	1 275 310
No disponen	4 592 550	22 137 266
No especificado	119 751	581 832
Agua entubada		
Disponen en el ámbito de la vivienda	18 139 843	79 468 826
Dentro de la vivienda	12 427 656	52 999 114

Fuera de la vivienda pero dentro del terreno	5 712 187	26 469 712
Disponen por acarreo	955 613	4 299 976
De llave pública de hidrante	567 616	2 672 332
De otra vivienda	387 997	1 627 644
No disponen	2 201 383	10 592 002
Usan agua de pipa	350 210	1 599 706
Usan agua de pozo, río, lago, arroyo y otra	1 851 173	8 992 296
No especificado	216 396	1 012 675
Energía eléctrica		
Disponen	20 445 525	90 415 309
No disponen	988 804	4 551 008
No especificado	78 906	407 162

NOTA: El total de viviendas particulares habitadas excluye los refugios y sus ocupantes debido a que no se capturaron características en esta clase de vivienda.

^a Excluye 136 341 viviendas sin información de ocupantes y una estimación de población por un total de 409 023 personas correspondientes a estas viviendas. Cifras al 12 de marzo.

^b Excluye 425 724 viviendas sin información de ocupantes y una estimación de población por un total de 1 730 016 personas correspondientes a estas viviendas. Cifras al 14 de febrero.

Cuadro 5.3. Viviendas particulares habitadas por número de ocupantes (1990 y 2000)

<i>Número de ocupantes</i>	<i>1990^a</i>	<i>2000^b</i>
Total	16 035 233	21 513 235
1 ocupante	756 122	1 288 935
2 ocupantes	1 613 852	2 639 774
3 ocupantes	2 273 356	3 706 832
4 ocupantes	2 891 718	4 682 744
5 ocupantes	2 270 743	3 817 204
6 ocupantes	2 019 766	2 335 642
7 ocupantes	1 374 917	1 224 623
8 ocupantes	916 160	738 801
9 y más ocupantes	1 468 599	1 078 680

NOTA: El total de viviendas particulares habitadas excluye los refugios, debido a que no se capturaron características en esta clase de vivienda.

^a Excluye 136 341 “Viviendas sin información de ocupantes”. Cifras al 12 de marzo.

^b Excluye 425 724 “Viviendas sin información de ocupantes”. Cifras al 14 de febrero.

VI. DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD (ARTÍCULO 4o., PÁRRAFOS SEXTO, SÉPTIMO Y OCTAVO)

Los derechos de los menores han sido incorporados recientemente a los textos constitucionales. Tradicionalmente, el tema de los menores de edad —en general, no solamente respecto a sus derechos fundamentales— se ubicaba en el terreno del derecho privado, ya que su regulación estaba incluida en las disposiciones del derecho civil. De hecho, aunque en términos generales la legislación sobre menores comenzó a surgir a principios del siglo XX, no es sino hasta hace pocos años cuando el tema alcanzó rango constitucional.

La regulación de los menores y de sus derechos por el ordenamiento jurídico tiene que ver con dos importantes procesos que han marcado el desarrollo del constitucionalismo contemporáneo: por un lado, el proceso por medio del cual se han ido *constitucionalizando* cada vez más parcelas de la vida humana, en la medida en que los textos constitucionales han dejado de contener simplemente la regulación de los poderes públicos;¹⁷⁶ por otro lado, el proceso de especificación de los derechos, gracias al cual los textos constitucionales ya no consideran a los sujetos de los derechos en forma abstracta (la persona o el ciudadano, por ejemplo) sino que toman en cuenta los distintos roles o características que las personas asumen o desarrollan en su vida, a fin de lograr una mejor protección.

En términos históricos puede decirse que los derechos de los menores comienzan a ser reconocidos cuando la infancia como categoría adquiere importancia; no es sino hasta bien entrado el siglo XVII cuando surge el concepto de infancia tal como se lo entiende hoy en día. Antes de eso la infancia no existía, de forma que las personas pasaban de una etapa de estricta dependencia física al mundo de los adultos.¹⁷⁷

El descubrimiento del concepto de niñez y la tutela de los derechos de los menores están animados por una mezcla de vergüenza y necesidad de orden.

¹⁷⁶ Se trata, como lo ha explicado Riccardo Guastini, de una de las consecuencias de la llamada “constitucionalización” del ordenamiento jurídico, bajo la cual la Constitución no se limita sólo a regular las relaciones políticas, sino que entra también a regular las relaciones sociales; al respecto, Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 49 y ss. Ver también *supra* capítulo primero.

¹⁷⁷ García Méndez, Emilio, *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*, México, Fontamara, 1999, p. 38. El libro clásico sobre la concepción de la infancia (en el que se explica la “invención” del concepto de infancia) es el de Ariés, Philippe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, México, Taurus, 2001 (la edición original francesa es de 1973).

Por un lado, la vergüenza de saber las condiciones en que los menores eran tratados, particularmente en el ámbito de la represión penal; por otro lado, la necesidad de poner orden en la organización social, de forma que la niñez se pudiera prolongar a través de la escuela, que junto con la familia era la institución encargada de mantener la separación entre el mundo de los menores y el de los adultos.¹⁷⁸

Si es verdad que los derechos son, en palabras de Ferrajoli, las “leyes del más débil”, el sujeto por naturaleza de tales derechos deben ser los niños, en tanto que son los miembros de la comunidad que se encuentran en una situación de extraordinaria debilidad y necesitan una serie de cuidados y protecciones adicionales a las que tienen los adultos. Los derechos de los niños se concretan en diversos contenidos constitucionales: educación, salud, prohibición de trabajo a ciertas edades, creación de procedimientos judiciales y de sanciones específicas para los menores, etcétera.

Para la teoría de los derechos fundamentales, la protección de los menores supone antes que nada volver al tema de los sujetos de dichos derechos, entendiendo por sujetos justamente los titulares de los derechos y no solamente los destinatarios de su protección. Esto es muy relevante ya que, como es obvio, el menor de edad es ante todo persona y, como tal, portador de la misma dignidad humana que los mayores de edad y titular de los derechos que para todos establece la Constitución.¹⁷⁹

Con respecto a la titularidad de los derechos fundamentales por parte de los menores hay que considerar los siguientes puntos:

1. En primer lugar, la mayoría de los derechos que establece la Constitución mexicana protegen a “toda persona” o a “todo individuo”; en estos casos, sobra decir que los menores son también titulares de estos derechos en tanto que son personas. Como señala Aláez,¹⁸⁰

Si el *objeto* de los derechos fundamentales hace referencia al ámbito de libertad que trata de garantizar el tratamiento normativo en que aquéllos consisten, no se puede negar que éste es el mismo durante la minoría y la mayoría de edad del individuo, y lo único que varía son las circunstancias personales en las que éste se encuentra. Por ello, el derecho a la vida y la integridad física, la libertad ideológica y de conciencia, la libertad personal, la intimidad y la propia imagen, la liber-

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 38.

¹⁷⁹ Al respecto, Aláez Corral, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 21 y 22.

¹⁸⁰ Aláez Corral, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, cit., pp. 173 y 174.

tad de reunión y manifestación, la libertad de circulación y residencia, la libertad de expresión y creación artística, la libertad de asociación, la tutela judicial efectiva, o la educación, por citar algunos de ellos, constituyen los ámbitos de libertad a través de los cuales el individuo se autodetermina y se autorrepresenta.

2. En segundo lugar, el artículo 1o. constitucional en su párrafo tercero establece la prohibición de discriminar por razón de edad, lo cual nos hace suponer que la no asignación de un derecho fundamental a una persona por el hecho de ser menor de edad es algo que solamente la Constitución puede hacer y que si lo hiciera el legislador sería inconstitucional.
3. Hay algunas referencias a la edad en varias partes de la Constitución; así por ejemplo, en el artículo 34 se establece la edad a partir de la cual se adquiere la “ciudadanía” (18 años); el ser ciudadano es un requisito para ejercer los derechos de carácter político-electoral, como el derecho de sufragio activo (artículo 35 fracción I constitucional). También el artículo 123 de la carta magna hace referencia a la edad, al señalar en la fracción III de su apartado que “Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de catorce años. Los mayores de esta edad y menores de dieciséis tendrán como jornada máxima la de seis horas”. Como se puede ver, la Constitución establece ciertos límites por razón de edad para ser titular de los correspondientes derechos.
4. En otras disposiciones constitucionales la edad figura como un requisito para desempeñar algunos puestos públicos; así, por ejemplo, ser diputado requiere haber cumplido 21 años (artículo 55 fracción II constitucional), ser senador requiere haber cumplido 25 años (artículo 58), ser presidente de la República requiere tener 35 años (artículo 82 fracción II), que es la misma edad que la Constitución exige para ser ministro de la Suprema Corte (artículo 95 fracción II).
5. Hay algunos derechos que aunque no están circunscritos exclusivamente a los menores, se dirigen a ellos de forma primordial; tal es el caso del derecho a la educación, con todas las especificaciones que marca el artículo 3o. constitucional y el correspondiente deber de completar la educación preescolar, primaria y secundaria que impone el mismo precepto y que repite el artículo 31 de la propia Constitución.
6. En orden a que, como se verá en seguida, la Constitución establece un sistema mixto de protección de los menores, la legislación ordinaria puede, en algunos casos, restringir no la titularidad, pero sí la capacidad de ejercicio que el menor tiene respecto a sus derechos fundamentales, de forma que en ciertos supuestos esos derechos sean ejercidos en nombre y representación del menor por otros sujetos.

En síntesis, podemos decir que la regla general es que siempre que el texto constitucional atribuya un derecho a todas las personas, debemos entender que la titularidad del mismo corresponde también a los menores, sin distinción alguna. Por excepción, el propio texto constitucional puede imponer como requisito para ser titular de un derecho el alcanzar cierta edad (es el caso de los ya mencionados derecho al trabajo o derecho de sufragio). En otros casos, la edad puede configurarse como un requisito para desempeñar ciertos cargos y en este sentido puede ser un factor de diferenciación entre dos o más personas. Finalmente, la titularidad de un derecho por parte del menor no asegura de forma automática su ejercicio directo por el mismo menor, ya que la capacidad de goce del derecho (su titularidad) no equivale a su capacidad de ejercicio (traducible, por ejemplo, en la posibilidad de plantear ante los tribunales una acción para reparar la violación de un derecho).

En México, los últimos párrafos del artículo 4o. constitucional, del sexto al octavo, contienen diversas disposiciones sobre el régimen constitucional de los menores. En ellos se establecen diversas obligaciones para los padres y el Estado, en orden a garantizar la satisfacción de las necesidades, la salud física y moral, la educación, el sano esparcimiento, etcétera, de las niñas y los niños. Su texto es el siguiente:

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Estos últimos tres párrafos del artículo 4o., en su redacción actual, son producto de una reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de abril de 2000.

Como se puede apreciar con su simple lectura, el sexto párrafo establece una serie de derechos para “los niños y las niñas”: alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Varios de estos derechos ya estaban previstos en el propio artículo 4o. (como la salud) o en otros artículos constitucionales (en el artículo 3o. la educación) en cuanto derechos asignados a todas las personas, por lo que este párrafo parece agregar más bien poco, aunque precisa el objeto y la finalidad de dichos derechos: el desarrollo integral de los menores, concepto que como luego veremos se concreta en un con-

junto de disposiciones legislativas destinadas a su consecución tanto en el ámbito laboral, como en el educativo y familiar.

La obligación correspondiente a lo dispuesto por ese párrafo, según entiendo, corre *prima facie* a cargo de las instituciones públicas, las que deberán legislar e implementar políticas públicas que protejan y hagan realidad las prerrogativas mencionadas. El Poder Judicial también deberá velar, dentro del ámbito de sus competencias, por hacer realidad estos derechos; particularmente, asegurándolos en los procesos jurisdiccionales en que aquéllos sean parte o en los que les reporten algún posible perjuicio. Esto sería lo natural tratándose de un derecho fundamental, pero el párrafo que sigue parece desmentir que la obligación en este punto la tenga en exclusiva el Estado.

En efecto, el párrafo siguiente —séptimo— señala como obligados a “preservar” esos derechos a los ascendientes, tutores y custodios; para propiciar lo anterior el Estado proveerá lo necesario para el ejercicio pleno de los derechos de los niños y para el respeto de su dignidad. Es decir, la obligación la tienen en primer lugar los ascendientes, tutores y custodios y de forma subsidiaria el Estado. A la misma conclusión llega Benito Aláez respecto al sistema constitucional español cuando señala que

Los padres son los destinatarios, en primer término, de las obligaciones y facultades legales, a través de los cuales se garantiza el correcto desarrollo del proceso evolutivo del menor... y al Estado sólo le corresponde una función supervisora y aseguradora de que los padres o, en su defecto, las instituciones tutelares cumplan adecuadamente aquella función constitucional.¹⁸¹

El último párrafo del artículo 4o. aparentemente se encarga de repetir lo que ya se dijo en el anterior: que el Estado otorgará facilidades a los particulares para que “coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”. Extraña un poco que este párrafo le asigne a los particulares tal “coadyuvancia”, pues en el párrafo anterior les había impuesto no ese papel, sino el de los directamente obligados, pues particulares y no otra cosa son los padres, tutores y custodios. Quizá de lo que se trate con este párrafo es de poner de manifiesto la responsabilidad colectiva que tenemos todos como sociedad en el cuidado de la niñez y en el aseguramiento de sus derechos.

El hecho de que los sujetos de las obligaciones que contienen los párrafos mencionados sean múltiples (la Constitución menciona al Estado, a los ascendientes, a los tutores, a los custodios y a los particulares en general) enfatiza el esfuerzo social que se debe hacer para preservar los derechos de los menores.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 68.

Esta parte del artículo 4o. debe leerse conjuntamente con la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 25 de enero de 1991),¹⁸² que han firmado y ratificado más de 190 Estados del planeta y a la que más adelante nos referiremos con algún detenimiento.

Aparte de lo señalado en el artículo 4o., en la Constitución hay otras normas destinadas a la protección de la infancia. Por ejemplo, la que recoge el derecho a la educación y hace obligatoria la educación preescolar, primaria y secundaria (artículo 3o.), o la que prohíbe el trabajo para los menores de 14 años (artículo 123, apartado A, fracción III). Sobre este último punto, el relativo a la prohibición del trabajo infantil, conviene detenerse, ya que es a través de la explotación laboral como se dan varias de las violaciones más importantes a los derechos de los menores; al análisis de este tema se dedica el siguiente apartado.

Del panorama que muy brevemente se acaba de trazar, se desprende el hecho de que los menores son titulares de los derechos fundamentales que la Constitución atribuye a todas las personas; además, el propio texto constitucional prevé mecanismos y obligaciones especiales para lograr su desarrollo integral. Con esa finalidad se enlistan una serie de sujetos obligados; así, podría decirse que el menor de edad es por un lado sujeto por parte de la Constitución de una autoprotección establecida por la titularidad de los derechos y de una heteroprotección determinada por las obligaciones de los mencionados sujetos en relación con los menores.¹⁸³

Otra cuestión de orden general tiene que ver con la determinación de los sujetos a los que protegen los derechos de los menores, o en otras palabras, la determinación de quiénes son menores; en la Constitución no encontramos respuesta con toda claridad esa duda, pues aunque el texto hace varias menciones a la edad (que ya se han analizado en los párrafos precedentes), no lo establece en alguno de sus artículos.¹⁸⁴ No puede tomarse sin más como único criterio lo establecido en el artículo 34 para adquirir la ciudadanía puesto que en otros países la mayoría de edad y los derechos de ciudadanía no se alcanzan conjuntamente. Lo que está diciendo el artículo 34 es que para ser ciudadano se tiene

¹⁸² Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., pp. 119-143.

¹⁸³ Aláez Corral, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, cit., pp. 41 y 59.

¹⁸⁴ Una de las conclusiones del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, celebrado en la ciudad de México entre el 6 y el 9 de febrero de 2001, fue la siguiente: "Establecer en el texto constitucional el límite de la minoría de edad"; todas las conclusiones del Congreso pueden verse en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2001, t. III, pp. 265-271.

que tener más de 18 años, pero ¿también para ser mayor de edad? ¿Podría el legislador diferenciar ambos conceptos y decir que son mayores de edad los que tengan más de 14 años?

Para resolver estas dudas (cuya respuesta tiene importantes repercusiones prácticas, por ejemplo en materia penal, como veremos más adelante), conviene acudir a los instrumentos internacionales de derechos humanos; concretamente a la Convención de los Derechos del Niño, cuyo artículo 1o. establece: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Lo que nos dice la Convención es que a los 18 años se alcanza la mayoría de edad como regla general, aunque la ley que le sea aplicable a una persona puede considerar otra edad anterior. Ahora bien, para que esa ley pueda determinar una edad inferior en la que se alcance la mayoría de edad (por ejemplo 14 o 16 años) el legislador tendrá que justificar la necesidad de esa medida, su proporcionalidad —ya que se trata de una medida restrictiva de derechos fundamentales— y que con ella no se violenta el objeto general de la Convención que es proteger los mejores intereses del niño.

De lo dicho hasta aquí podemos concluir que contamos ya con los elementos suficientes para comprender la forma en que la Constitución trata a los menores (autoprotección por un lado y heteroprotección por otro) y el criterio para determinar quiénes lo son. Sin embargo, queda un aspecto importante por mencionar. Se trata del tema, ya apuntado líneas arriba, de si el deber de cuidado que tienen los sujetos obligados por los derechos de los menores puede tener alguna repercusión no en la titularidad de los derechos fundamentales, sino en su ejercicio. La pregunta concreta sería si el legislador puede restringir la capacidad de ejercicio de los menores en relación con alguno o algunos de los derechos que les reconoce. Es evidente que una primera respuesta tiene que depender del tipo de derecho fundamental de que se trate; aquellos que solamente pueden ser ejercidos directamente por la persona no suscitan mayor discusión; tal es el caso de la libertad de conciencia, la libertad de expresión, etcétera.¹⁸⁵

El caso es distinto cuando se trata de los derechos fundamentales que pueden tener carácter patrimonial y cuando se trata de los derechos que sirven como cauces de tutela para otros derechos (es decir, el derecho de acudir ante los tribunales). Veamos cada caso.

En relación con los derechos que tienen o pueden tener bajo determinadas circunstancias contenido patrimonial (el derecho de propiedad, la capacidad

¹⁸⁵ Aláez Corral, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, cit., pp. 126 y 127.

general de realizar actos jurídicos de carácter mercantil, el derecho a la propia imagen, etcétera) habría que atender al grado de madurez del menor; en cualquier caso, el mandato de protección reforzada impone que sus intereses sean siempre tutelados, de forma que si un menor firma un contrato de compraventa en el que sus intereses salgan claramente perjudicados, dicho contrato podría ser declarado nulo. Ahora bien, si el menor tiene la madurez suficiente para realizar ciertos actos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales, la ley no puede impedirle o prohibirle que los lleve a cabo, ni le puede exigir que lo haga a través de un representante. Aláez cita los casos de un menor que contrata un seguro médico privado, cuando decide asociarse a un club de fútbol o a una organización política, o bien cuando decide celebrar un contrato de edición.¹⁸⁶

Junto a esta posibilidad de autonomía del menor hay que considerar el deber de heteroprotección que impone el texto constitucional, de acuerdo con lo cual los menores pueden ver condicionado el ejercicio de algunos derechos al hecho de que sea realizado por medio de algún representante. En caso de duda debe tomarse en cuenta que el ejercicio de un derecho requiere la voluntad de querer y entender el acto que se está realizando.

Esto es justamente lo que sucede en materia de ejercicio de acciones procesales en las que, como regla general, los menores deben estar representados ya sea por sus familiares o bien por el Estado. En este caso el deber de heteroprotección alcanza una mayor amplitud porque lo que está en juego es justamente la protección de algún derecho del menor.¹⁸⁷ Ahora bien, también en estos casos deberá tomarse en cuenta la madurez del menor, de forma que el legislador debería de prever que el inicio de ciertos procedimientos pudiera efectuarse por el menor, así como el derecho de los menores a exponer su propia postura dentro de un proceso judicial en el que se vean afectados sus intereses (por ejemplo en un proceso del orden de lo familiar).

1. *El trabajo y la explotación infantiles*

La persistencia de la explotación infantil parece quedar acreditada con una estadística escalofriante: en todo el mundo hay 250 millones de niños trabajadores. 140 millones de niños y 110 millones de niñas. Muchos de ellos son tra-

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 132 y 133. En el capítulo tercero de este libro, dentro del apartado sobre la libertad de procreación, se mencionó una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la que se declaraba inconstitucional una ley por medio de la cual se obligaba a las mujeres menores de edad que quisieran someterse a una interrupción voluntaria del embarazo a recabar la autorización por escrito de sus progenitores.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 136.

bajadores domésticos y sufren diversas formas de abuso físico y psicológico. Esta pequeña humanidad desprotegida es la que conforma lo que se ha venido a llamar los “nuevos esclavos”, los esclavos de la modernidad que todavía no hemos sido capaces de proteger.

Para evitar tal explotación expertos en la materia como Emilio García Méndez han sugerido como líneas de acción las tres siguientes: *a)* para los menores de 12 años la erradicación completa del trabajo infantil, adoptando para ello estrategias de universalización de la educación básica y apoyo a la generación de ingreso familiar; *b)* para la franja de edad que va de los 12 a los 14 años es necesario promover políticas de profesionalización, “destinadas no tanto a una inserción precoz en el mercado de trabajo sino más bien a una inserción inteligente en el mismo”, y *c)* para los mayores de 14 años se recomienda insistir en la formación profesional y en la vigilancia y la protección legal.¹⁸⁸

En esta misma línea de pensamiento se ubica, por ejemplo, la recientemente aprobada Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en su artículo 30 dispone:

Está prohibido el trabajo infantil. La edad mínima de admisión al trabajo no debe ser inferior a la edad en que concluye la escolaridad obligatoria, sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes y salvo excepciones limitadas.

Los jóvenes admitidos a trabajar deben disponer de unas condiciones de trabajo adaptadas a su edad y deben estar protegidos frente a la explotación económica y cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, salud o desarrollo físico, mental, moral o social, o poner en peligro su educación.

En este tema deben considerarse también dos importantes convenios de la Organización Internacional del Trabajo: el número 138 sobre la edad mínima a partir de la que se puede trabajar y el número 182 relativo a la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación.¹⁸⁹

En el primero de esos convenios se establece que “Todo miembro para el cual esté en vigor el presente Convenio se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores” (artículo

¹⁸⁸ García Méndez, Emilio y Araldsen, Hege, “El debate actual sobre el trabajo infantil-juvenil en América Latina y el Caribe. Tendencias y perspectivas”, *Estudios básicos de derechos humanos*, San José, IIDH, 1996, t. VI.

¹⁸⁹ Consultables en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 345-354 y 373-378, respectivamente.

1). El Convenio establece varias modalidades de edad para admisión al empleo, pero establece como regla general que no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso a quince años (artículo 2.3); para México dicha edad estaría marcada por la finalización de la educación secundaria, que es el último grado obligatorio según el artículo 3o. constitucional. Para trabajos que puedan suponer un riesgo para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores, la edad de admisión será de 18 años (artículo 3o.). El Convenio admite excepciones cuando se trata de la realización de actividades formativas dentro del currículo escolar, en cuyo caso se deberá tener mínimo 14 años (artículo 6o.). También autoriza a que las autoridades competentes puedan conceder permisos individuales para que menores de edad participen en representaciones artísticas, aunque dichos permisos limitarán el número de horas del empleo y prescribirán las condiciones en que puede llevarse a cabo (artículo 8o.).¹⁹⁰

Por su parte, el Convenio 182¹⁹¹ define como niño a todo menor de 18 años (artículo 2o.). Las peores formas de trabajo infantil que pretende combatir son las siguientes: *a)* todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; *b)* la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; *c)* la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes; y *d)* el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños (artículo 3o.).

Para evitar esas formas de explotación, los Estados parte deberán hacer lo siguiente: *a)* impedir la ocupación de niños en las peores formas de trabajo infantil; *b)* prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social; *c)* asegurar a todos los niños que hayan sido librados de las peores formas de trabajo infantil el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional, y *d)* tener en cuenta la situación particular de las niñas (artículo 7.2).

¹⁹⁰ Me parece que esta última excepción es poco conveniente, ya que en la práctica ha dado lugar a la explotación de los menores en espectáculos ambulantes, circos, grupos de teatro, eventos deportivos profesionales, etcétera, impidiendo su correcto desarrollo y desatendiendo su formación escolar obligatoria.

¹⁹¹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 1o. de junio de 2000.

Aparte de lo que se ha dicho y de lo que disponen los dos convenios a los que se acaba de hacer referencia, conviene realizar dos advertencias sobre el trabajo infantil y juvenil. La primera es que en ningún caso debe aceptarse que los menores desempeñen actividades peligrosas, ilícitas o inmorales, de conformidad con el artículo 32 de la Convención de los Derechos del Niño. La segunda tiene que ver con un cierto discurso académico (y ya no digamos político) que pretende banalizar el terrible problema del trabajo infantil, tanto argumentando sus supuestos efectos “formativos” benéficos como descalificando a las posiciones contrarias por su “romanticismo e ingenuidad”.

Lo cierto es que hoy en día los niños son objetos de inaceptables abusos en el terreno de lo laboral; bastaría recordar los dolorosos casos de los “niños-soldados” o de las “niñas-prostitutas” para dar cuenta de la importancia del problema, pero junto a esos casos extremos hay un sinnúmero de áreas intermedias que la sociedad se ha acostumbrado a mirar con resignación y hasta con cierta simpatía.¹⁹²

No hay que olvidar que el trabajo infantil destruye al ser humano dos veces, como niño y como adulto,¹⁹³ lo cual adquiere un profundo significado y genera un gran compromiso para combatirlo de manera eficaz.

Frente a las claudicaciones del presente se tiene que insistir en la necesidad de proteger en serio a la infancia, implementando políticas públicas y activando mecanismos de presión política e incluso de tipo jurisdiccional, para hacer que los derechos de los menores sean algo más que pura retórica, animada, eso sí, de buenas, muy buenas intenciones.

2. Los menores en el derecho mexicano y en el derecho internacional

El estudio del régimen constitucional de los menores, debe completarse con dos instrumentos normativos de la mayor importancia: la ley reglamentaria del artículo 4o. en materia de menores (se trata de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de mayo de 2000), y la Convención sobre los Derechos del Niño.¹⁹⁴

¹⁹² Para los detalles de esta postura, García Méndez, Emilio y Araldsen, Hege, “El debate actual sobre el trabajo infanto-juvenil en América Latina y el Caribe. Tendencias y perspectivas”, *cit.*

¹⁹³ García Méndez, Emilio, *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*, *cit.*, p. 177.

¹⁹⁴ Las normas internacionales protectoras de los menores en el ámbito laboral ya se han estudiado en el apartado anterior.

La Ley desarrolla varios de los derechos contenidos en la Convención, creando también un mandato para las autoridades encargadas de la procuración de justicia a fin de que cuenten con personal capacitado para la efectiva observancia de los derechos recogidos en la misma Ley. La Ley distingue entre niños y adolescentes; los primeros son todas las personas que tengan hasta doce años, mientras que los segundos son todas las personas que tengan entre 12 y 18 años.

Tal como lo hace el artículo 4o. constitucional, la Ley no solamente señala obligaciones a cargo de los poderes públicos sino que también las establece para los ascendientes y tutores; así, por ejemplo, el artículo 11 de la ley dispone que

Son obligaciones de madres, padres y de todas las personas que tengan a su cuidado niñas, niños y adolescentes:

A. Proporcionarles una vida digna, garantizarles la satisfacción de alimentación, así como el pleno y armónico desarrollo de su personalidad en el seno de la familia, la escuela, la sociedad y las instituciones, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo.

Para los efectos de este precepto, la alimentación comprende esencialmente la satisfacción de las necesidades de comida, habitación, educación, vestido, asistencia en caso de enfermedad y recreación.

B. Protegerlos contra toda forma de maltrato, prejuicio, daño, agresión, abuso, trata y explotación. Lo anterior implica que la facultad que tienen quienes ejercen la patria potestad o la custodia de niñas, niños y adolescentes no podrán al ejercerla atentar contra su integridad física o mental ni actuar en menoscabo de su desarrollo.

Las normas dispondrán lo necesario para garantizar el cumplimiento de los deberes antes señalados. En todo caso, se preverán los procedimientos y la asistencia jurídica necesaria para asegurar que ascendientes, padres, tutores y responsables de niñas, niños y adolescentes cumplan con su deber de dar alimentos. Se establecerá en las leyes respectivas la responsabilidad penal para quienes incurran en abandono injustificado.

Las autoridades federales, del Distrito Federal, estatales y municipales en el ámbito de sus respectivas atribuciones, impulsarán la prestación de servicios de guardería, así como auxilio y apoyo a los ascendientes o tutores responsables que trabajen.

En el cumplimiento de esas obligaciones, la Ley involucra a las autoridades de todos los niveles de gobierno e incluso a los particulares que sin tener una responsabilidad directa sobre los menores guardan algún tipo de relación con ellos, como puede ser el caso de médicos, maestros, vecinos o trabajadores sociales. En este sentido el artículo 13 de la Ley señala que

A fin de garantizar el cumplimiento de los derechos establecidos en este capítulo, las leyes federales, del Distrito Federal y de las entidades federativas podrán disponer lo necesario para que se cumplan en todo el país:

A. Las obligaciones de ascendientes o tutores, o de cualquier persona que tenga a su cargo el cuidado de una niña, de un niño, o de un o una adolescente de protegerlo contra toda forma de abuso; tratarlo con respeto a su dignidad y a sus derechos; cuidarlo, atenderlo y orientarlo a fin de que conozca sus derechos, aprenda a defenderlos y a respetar los de las otras personas.

B. Para que el Estado, en los ámbitos federal, estatal y municipal pueda intervenir, con todos los medios legales necesarios, para evitar que se generen violaciones, particulares o generales del derecho de protección de niñas, niños y adolescentes. Especialmente se proveerá lo necesario para evitar que salgan del país sin que medie la autorización de sus padres, tutores o de un juez competente.

C. La obligación de familiares, vecinos, médicos, maestros, trabajadores sociales, servidores públicos, o cualesquiera persona, que tengan conocimiento de casos de niñas, niños o adolescentes que estén sufriendo la violación de los derechos consignados en esta Ley, en cualquiera de sus formas, de ponerlo en conocimiento inmediato de las autoridades competentes, de manera que pueda seguirse la investigación correspondiente.

En las escuelas o instituciones similares, los educadores o maestros serán responsables de evitar cualquier forma de maltrato, perjuicio, daño, agresión, abuso o explotación, en contra de niñas, niños o adolescentes.

La Ley llama la atención sobre el papel que pueden jugar los medios de comunicación masiva en relación con los derechos de los menores de edad; en su artículo 43 establece lo siguiente:

Sin perjuicio de lo previsto en la normatividad aplicable a los medios de comunicación masiva, las autoridades federales, en el ámbito de sus competencias, procurarán verificar que éstos:

A. Difundan información y materiales que sean de interés social y cultural para niñas, niños y adolescentes, de conformidad con los objetivos de la educación que dispone el artículo 3o. de la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño.

B. Eviten la emisión de información contraria a los objetivos señalados y que sea perjudicial para su bienestar o contraria con los principios de paz, no discriminación y de respeto a todas las personas.

C. Difundan información y materiales que contribuyan a orientarlos en el ejercicio de sus derechos, les ayude a un sano desarrollo y a protegerse a sí mismos de peligros que puedan afectar a su vida o su salud.

D. Eviten la difusión o publicación de información en horarios de clasificación A, con contenidos perjudiciales para su formación, que promuevan la violencia o hagan apología del delito y la ausencia de valores.

E. Además, las autoridades vigilarán que se clasifiquen los espectáculos públicos, las películas, los programas de radio y televisión, los videos, los impresos y cualquier otra forma de comunicación o información que sea perjudicial para su bienestar o que atente contra su dignidad.

Por lo que hace a la Convención, vale la pena apuntar que es la que más países han ratificado de entre las declaraciones internacionales de derechos humanos; hasta el 16 de febrero de 2000 la habían ratificado 191 países, quedando un sólo país sin haberla ratificado ni firmado y otro que la ha firmado pero no la ha ratificado. En ella se recogen varios derechos de libertad, económicos, sociales y culturales de los niños. Vale la pena destacar que el artículo 1o. define a los “niños” como todos los individuos menores de 18 años.

La Convención ha tenido un impacto significativo en las legislaciones nacionales sobre menores, dando origen a las leyes de “segunda generación”, inspiradas por una protección integral de los menores.¹⁹⁵ La Convención tiene entre sus múltiples méritos el de haber considerado a los menores como sujetos de derechos y no como objetos de la mera compasión social, además de haber producido un efecto sensibilizador con respecto a esos derechos, tanto en el nivel de la opinión pública como en el nivel de los especialistas, que han comenzado a examinar con mayor detalle las posibilidades jurídicas de protección de los menores.¹⁹⁶

Un panorama clasificatorio del contenido de la Convención podría ser el siguiente:¹⁹⁷

A) Principios generales:

- a) La no discriminación (artículo 2o.),
- b) El interés superior del niño (artículo 3o.),
- c) El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (artículo 6o.),
- d) El respeto a la opinión del niño (artículo 12).

B) Derechos y libertades civiles:

- a) El nombre y la nacionalidad (artículo 7o.).
- b) La preservación de la identidad (artículo 8o.),
- c) La libertad de expresión (artículo 13),

¹⁹⁵ García Méndez, Emilio, *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*, cit., p. 29.

¹⁹⁶ *Ibidem*, pp. 66 y 67.

¹⁹⁷ Se toma del Folleto Informativo núm. 12 del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; dicho folleto se puede consultar en internet: www.unhcr.ch.

- d) El acceso a la información pertinente (artículo 17),
 - e) La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 14),
 - f) La libertad de asociación y de celebrar reuniones pacíficas (artículo 15),
 - g) La protección de la vida privada (artículo 16),
 - h) El derecho a no ser sometido a torturas ni tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 37 apartado A).
- C) Entorno familiar y otro tipo de tutela:
- a) La dirección y orientación parentales (artículo 5o.),
 - b) Las responsabilidades de los padres (artículo 18 párrafos 1 y 2),
 - c) La separación de los padres (artículo 9o.),
 - d) La reunión de la familia (artículo 10),
 - e) El pago de la pensión alimenticia del niño (artículo 27 párrafo 14),
 - f) Los niños privados de un medio familiar (artículo 20),
 - g) La adopción (artículo 21),
 - h) Los traslados ilícitos y la retención ilícita (artículo 11),
 - i) Los abusos y el descuido (artículo 19), incluidas la recuperación física y psicológica y la reintegración social (artículo 25).
- D) Salud física y bienestar:
- a) La supervivencia y el desarrollo (artículo 6o. párrafo 2),
 - b) Los niños discapacitados (artículo 23),
 - c) La salud y los servicios sanitarios (artículo 24),
 - d) La seguridad social y los servicios e instalaciones de guarda de niños (artículos 18 párrafo 3 y 26),
 - e) El nivel de vida (artículo 27 párrafos 1 a 3).
- E) Educación, esparcimiento y actividades culturales:
- a) La educación, incluidas la formación y la orientación profesionales (artículo 28),
 - b) Los objetivos de la educación (artículo 29),
 - c) El descanso, el esparcimiento y las actividades culturales (artículo 31).
- F) Medidas especiales de protección:
- a) Los niños en situaciones de excepción:
 - i) Los niños refugiados (artículo 22),
 - ii) Los niños afectados por un conflicto armado (artículo 38), incluidas su recuperación física y psicológica y su reintegración social (artículo 39).

- b) Los niños que tienen conflictos con la justicia:
 - i) La administración de justicia juvenil (artículo 40),
 - ii) Los niños privados de libertad, incluida toda forma de detención, encarcelamiento o colocación bajo custodia (artículo 37 apartados B, C y D),
 - iii) La imposición de penas a los niños, en particular la prohibición de la pena capital y la de prisión perpetua (artículo 37 apartado A),
 - iv) La recuperación física y psicológica y la reintegración social (artículo 39).
- c) Los niños sometidos a explotación, incluida su recuperación física y psicológica y su reintegración social (artículo 39),
 - i) La explotación económica, incluido el trabajo infantil (artículo 32),
 - ii) El uso indebido de estupefacientes (artículo 33),
 - iii) La explotación y el abuso sexuales (artículo 34),
 - iv) Otras formas de explotación (artículo 35).
- d) Los niños pertenecientes a minorías o a grupos indígenas (artículo 30).

Luego del esbozo que se acaba de hacer de los contenidos básicos de la Convención, conviene detenernos con más detalle sobre ciertos aspectos de esos contenidos, que son especialmente relevantes para entender la protección internacional de los derechos de los niños.

Como puede apreciarse en el elenco que se acaba de exponer, la Convención contiene tanto previsiones que por su carácter general ya estaban previstas en otros ordenamientos no solamente para los menores sino también para todas las personas, así como otro tipo de disposiciones que fueron incluidas para proteger algunas peculiaridades de los menores, teniendo en cuenta el deber reforzado de protección que existe respecto de ellos. Interesa en este momento destacar justamente los preceptos de la Convención de especial aplicación a los menores.

Uno de los conceptos novedosos, que se repite en varias partes de la Convención, y que supone la clave interpretativa de la misma y de las disposiciones internas sobre menores, lo constituye el denominado “interés superior del niño”, establecido en el artículo 3o. de la Convención, conforme al siguiente texto:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Lo que nos viene a decir el precepto transcrito es que las autoridades deben tomar en cuenta que hay un interés superior que debe ser preservado: el del niño, y que debe imponerse siempre que entre en conflicto con otro tipo de intereses. El artículo 3o. de la Convención lo que establece es una especie de cláusula de prevalencia, por medio de la cual se declara que el interés del niño tendrá preferencia sobre los demás y deberá ser un objetivo a perseguir por particulares y autoridades: “La realización del interés del menor aparece, por tanto, como piedra angular de toda la regulación jurídica de la minoría de edad, y, en particular, de la que afecta a los derechos fundamentales”.¹⁹⁸ El interés superior del niño deberá ser observado con mayor intensidad por quienes tienen a su cuidado al menor, es decir, los progenitores, tutores o custodios, los cuales deberán velar por ese interés en todas las facetas de la vida del menor; también deberán observarlo, en la esfera en que tengan competencia, los educadores, los jueces, la administración pública, etcétera. El concepto de interés superior del niño aparece, además de en el artículo 3o. ya mencionado, en los artículos 9o., 18, 20, 21, 37 y 40 de la Convención.

De alguna manera, el concepto de “interés superior del niño” ha sido aplicado por nuestra Suprema Corte al enjuiciar la legitimidad constitucional de un Código Civil local que preveía para ciertos supuestos la pérdida de la patria potestad para alguno de los progenitores; se trata de la tesis siguiente:

PATRIA POTESTAD. EL ARTÍCULO 299, REGLA PRIMERA DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE CAMPECHE, NO INFRINGE EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL, PUES LA PÉRDIDA DE AQUÉLLA QUE ESTABLECE NO ES UNA PENA O SANCIÓN EXCESIVA. La regla especificada no infringe el artículo 4o. de la Constitución federal, en virtud de que la pérdida de la patria potestad que establece en los casos de divorcio necesario no es una pena, sino una consecuencia natural de la sentencia de divorcio, a lo que además está constreñido el juzgador ordinario merced a la voluntad impuesta por el

¹⁹⁸ Aláez Corral, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, cit., p. 157.

legislador local, declaración que ha de entenderse en razón del interés mayor que tiene la sociedad y el Estado de proteger el bienestar de los hijos menores del matrimonio que se disuelve por alguna o más de las causas previstas en la citada regla. A lo antes dicho cabe sumar que la declaración de pérdida de la patria potestad del cónyuge culpable, no sólo no es una pena, sino tampoco puede considerarse que sea “excesiva”, toda vez que en la referida primera regla del precepto en cuestión la privación de la patria potestad no se hace en virtud de que resultó condenado determinado cónyuge a la disolución del vínculo matrimonial, sino con la finalidad de procurar y proteger el bienestar del menor de edad. En efecto, el beneficio del menor, su integridad moral y corporal, su educación, instrucción y formación de su carácter, son los valores que determinan la declaración de pérdida de la patria potestad del cónyuge culpable, si bien para ello ha de tomarse en consideración la naturaleza de los actos que cometió, es decir, que con su conducta puede deformar moralmente al menor y corromperlo, que su modo de comportarse ofrece un modelo perverso o viciado de la familia, así como su calidad moral. De este modo, si bien en la regla primera del artículo 299 del Código Civil del Estado de Campeche se previenen diversos tipos de conducta considerados graves, también lo es que todos ellos participan de la misma consecuencia negativa para los menores, pues, de un modo u otro, inciden en los derechos del menor a la satisfacción de sus necesidades y a su salud física y moral, o sea, trascienden en perjuicio de la salud, seguridad o moralidad de los hijos, de tal modo que estos bienes protegidos, dada la conducta del cónyuge culpable, estarán en riesgo de no ser preservados, razón que justifica que se imponga en esa hipótesis la privación de la patria potestad, puesto que es la sociedad la que tiene interés en que la situación de los hijos quede definida para asegurar la protección del interés superior del menor. No cabe entonces hacer distinción alguna entre las diversas conductas contempladas en la regla primera del numeral de que se trata, a fin de establecer si unas u otras son más o menos graves, cuenta habida que, sin lugar a dudas, todos los actos previstos por el legislador local en la indicada regla revelan semejante calidad moral del cónyuge culpable y tienen trascendencia perjudicial en el bienestar del menor, de hecho o potencialmente, pues implican descuido de los deberes que impone la patria potestad. Novena época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, julio de 2000, tesis 2a. LXXVII/2000, p. 162.

Que las mayores y originales obligaciones respecto al menor incumben a los familiares queda muy claro a partir del artículo 5o. de la Convención cuando establece que

Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades,

dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

A partir del artículo 5o. debe entenderse que la responsabilidad primaria es de los progenitores o custodios y que el Estado deberá respetar sus decisiones siempre y cuando no sean contrarias al interés superior del niño, en cuyo caso será el propio Estado el que podrá sustituir a aquellos en las responsabilidades sobre el menor. En el mismo sentido y sobre el mismo tema, debe atenderse también a lo dispuesto por el artículo 18 de la Convención, el cual dispone que:

1. Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

La idea que se encuentra en el artículo 18 parece estar presente en todo el texto de la Convención; aparece de nuevo en forma específica en su artículo 27.¹⁹⁹

Uno de los primeros derechos que deben ser materializados después del nacimiento del menor es el que tiene que ver con su inscripción en el registro público competente y la asignación de un nombre, tal como lo dispone el artículo 7o. de la Convención; el mismo precepto establece claramente el derecho de todo menor a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, cuestión que reite-

¹⁹⁹ El artículo 27 dispone, en sus tres primeros párrafos, lo siguiente: “1. Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. 3. Los Estados partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

ra y amplía el artículo 9o. de la misma Convención, en cuyo primer párrafo se puede leer lo siguiente:

1. Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Otra disposición interesante tiene que ver con el concepto de reunificación familiar, es decir, con la obligación que se establece para los Estados partes a fin de que faciliten que los menores puedan reunirse con sus familiares cuando por alguna circunstancia vivan en países diferentes. El artículo 10 de la Convención en su párrafo primero dispone que “toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva”.

Como ya se ha comentado en uno de los apartados anteriores, hay algunos derechos que los menores no pueden ejercer por sí mismos, como los que tienen que ver con promover acciones ante los tribunales o realizar ciertas solicitudes ante la administración pública; sin embargo, del hecho de que no puedan personarse directamente ante un juez o ante una autoridad administrativa no se desprende que su opinión, si su madurez lo permite, no pueda ser expuesta y tomada en cuenta por los órganos de autoridad. Así lo establece el artículo 12 de la Convención:

1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

A partir del artículo 12 de la Convención, los Estados partes están obligados a introducir en sus códigos procesales las previsiones necesarias para que los menores puedan opinar en todos los procedimientos en que se vean involucrados, para el efecto de dar cumplimiento al precepto transcrito.

Un derecho que tienen los menores y que no está previsto como tal para los mayores de edad es el derecho a jugar, el derecho a la recreación (lo más parecido para los adultos quizá pueda ser el derecho a tener vacaciones). El artículo 31 de la Convención dispone que:

1. Los Estados partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.
2. Los Estados partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

Tal como puede apreciarse, la Convención es un instrumento sumamente rico en conceptos, extenso en artículos y de gran interés para comprender el régimen jurídico de los menores en su conjunto. A partir de su texto se han emitido un par de protocolos adicionales que también deben ser tenidos en cuenta al estudiar los derechos de los menores en el derecho internacional de los derechos humanos. Se trata del protocolo relativo a la participación de niños en conflictos armados y del protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.²⁰⁰

A pesar de su amplio y muy pertinente contenido, la Convención ha visto frenada su aplicación práctica por marcadas reticencias judiciales; algunos jueces la han visto como un documento programático y se han negado a darle valor jurídico pleno, lo cual ha impedido su plena operatividad.²⁰¹

Para mejorar su aplicación en el nivel interno conviene tener en cuenta la Observación General número 5 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, que se refiere justamente a las medidas generales para la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño.²⁰²

El propio Comité de los Derechos del Niño ha resaltado el hecho de que la tutela de esos derechos requiere de una infraestructura institucional que se en-

²⁰⁰ El texto de ambos protocolos puede consultarse en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos, cit.*, t. I, pp. 143-159.

²⁰¹ García Méndez, Emilio, *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia, cit.*, p. 151.

²⁰² Dicha Observación General fue aprobada en el 34o. periodo de sesiones del Comité, celebrado entre el 19 de septiembre y el 3 de octubre de 2003, y figura en el documento CRC/GC/2003/5.

cargue de la tarea y ha recomendado una serie de pasos que los responsables pueden ir tomando para cumplirla.²⁰³

También en el marco internacional de los derechos humanos, debe considerarse que en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 se dijo en relación con los derechos de los menores lo siguiente:

Deben reforzarse los mecanismos y programas nacionales e internacionales en defensa de la protección de los niños, particularmente las niñas, los niños abandonados, los niños de la calle y los niños explotados económica y sexualmente, incluidos los utilizados en la pornografía y la prostitución infantil o la venta de órganos, los niños víctimas de enfermedades, en particular el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, los niños refugiados y desplazados, los niños detenidos, los niños en situaciones de conflicto armado y los niños víctimas del hambre y la sequía o de otras calamidades.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece también una consideración especial para los menores en su artículo 24, a partir del cual el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la ONU ha dictado su Observación General número 17, de 1989.²⁰⁴ En consonancia con lo que ya se ha dicho, la Observación General número 17 considera que

La obligación de garantizar a los niños la protección necesaria corresponde a la familia, a la sociedad y al Estado. Aunque el Pacto no indique cómo se ha de asignar esa responsabilidad, incumbe ante todo a la familia, interpretada en un sentido amplio, de manera que incluya a todas las personas que la integran en la sociedad del Estado parte interesado, y especialmente a los padres, la tarea de crear las condiciones favorables a un desarrollo armonioso de la personalidad del niño y al disfrute por su parte de los derechos reconocidos en el Pacto. No obstante, puesto que es frecuente que el padre y la madre ejerzan un empleo remunerado fuera del hogar, los informes de los Estados partes deben precisar la forma en que la sociedad, las instituciones sociales y el Estado cumplen su responsabilidad de ayudar a la familia en el sentido de garantizar la protección del niño. Por otra parte, en los casos en que los padres falten gravemente a sus deberes o maltraten o descuiden al niño, el Estado debe intervenir para restringir la patria potestad y el niño debe ser separado de su familia cuando las circunstancias lo exijan. En caso de disolución del matrimonio, deben adoptarse medidas, teniendo en cuenta el interés superior de los niños, para ase-

²⁰³ El Comité lo ha señalado en su Observación General núm. 2, aprobada en su 32o. período de sesiones, celebrado entre el 13 y el 31 de enero de 2003. La OG 2 figura en el documento CRC/GC/2002/2.

²⁰⁴ Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 419-422.

gurarles la protección necesaria y garantizar, en la medida de lo posible, relaciones personales con ambos padres. El Comité considera útil que, en sus informes, los Estados partes proporcionen información sobre las medidas especiales de protección que han adoptado para proteger a los niños abandonados o privados de su medio familiar, con el fin de permitir que se desarrollen en las condiciones que más se asemejen a las que caracterizan al medio familiar (párrafo 6).

Dentro del ámbito regional de América Latina, es importante tomar en cuenta lo establecido en favor de los menores de edad por el artículo 16 del Protocolo de San Salvador.

3. Los menores de edad frente a la justicia penal

El artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño, en su apartado 1, señala que

Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

El mismo artículo 40, en su apartado 3, dispone que

Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.

Como ya se ha visto, el propio artículo 1o. de la Convención define como niño a toda persona menor de 18 años.

De lo transcrito me parece que pueden derivarse dos cuestiones claves; la primera es que existe un límite a la capacidad punitiva del Estado: una edad por debajo de la cual se entiende que las personas todavía no son capaces de asumir las consecuencias de sus conductas (por lo menos de aquellas que tienen carácter penal).

Por otro lado, del contenido de la Convención puede derivarse un mandato de “razonabilidad” en la determinación de la edad penal; en este sentido habría algún elemento, derivado de varios de los artículos de la Convención y principalmente de los transcritos, para suponer que dicha determinación no tendría que estar por debajo de los 18 años, o por lo menos, para deducir que para los menores se tendría que crear un régimen jurídico-penal específico, acorde con su capacidad de entendimiento y con la protección de su dignidad.

Este último punto, además, encontraría un sustento adicional en la regla 4 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) que establece que “En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual” (Resolución 40/33 de la Asamblea General, de 28 de noviembre de 1985).²⁰⁵

Además, en el ordenamiento jurídico internacional se establece que la pena privativa de libertad impuesta a un menor debe ser “el último recurso”, por el periodo mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales (regla 1 apartado 2 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, de 14 de diciembre de 1990).²⁰⁶ Esto quiere decir que la decisión de un país de prever penas privativas de la libertad para menores deberá ser cuidadosamente argumentada, tanto en su establecimiento como en su duración.

Por otra parte, para reforzar el argumento que se viene defendiendo, hay que recordar que en su Observación General número 21, relativa al contenido del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha señalado que del contenido del Pacto puede inferirse que “todos los menores de 18 años deberían ser tratados como menores, al menos en las cuestiones relativas a la justicia penal” (párrafo 13).²⁰⁷

A nivel de derecho mexicano, hay que considerar que los artículos 44 y 45 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, a la que ya nos hemos referido, establecen una serie de garantías en favor de los

²⁰⁵ Consultables en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. II, pp. 1281 y ss. La Constitución de Ecuador de 1998 no deja espacios para la duda; en su artículo 51 establece claramente que: “Los menores de dieciocho años estarán sujetos a la legislación de menores y a una administración de justicia especializada de la función judicial. Los niños y adolescentes tendrán derecho a que se respeten sus garantías constitucionales”.

²⁰⁶ *Ibidem*, pp. 1251 y ss.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 432.

menores de edad que hayan violado la legislación penal; su contenido es el siguiente:

Artículo 44

Las normas protegerán a niñas, niños y adolescentes de cualquier injerencia arbitraria o contraria a sus garantías constitucionales o a los derechos reconocidos en esta ley y en los tratados, suscritos por nuestro país, en los términos del artículo 133 Constitucional.

Artículo 45

A fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo anterior, las normas establecerán las bases para asegurar a niñas, niños y adolescentes, lo siguiente:

A. Que no sean sometidos a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

B. Que no sean privados de su libertad de manera ilegal o arbitraria. La detención o privación de la libertad del adolescente se llevará a cabo de conformidad con la ley y respetando las garantías de audiencia, defensa y procesales que reconoce la Constitución.

C. Que la privación de la libertad sea aplicada siempre y cuando se haya comprobado que se infringió gravemente la ley penal y como último recurso, durante el periodo más breve posible, atendiendo al principio del interés superior de la infancia.

D. Que de aquellos adolescentes que infrinjan la ley penal, su tratamiento o internamiento sea distinto al de los adultos y, consecuentemente se encuentren internados en lugares diferentes de éstos. Para ello se crearán instituciones especializadas para su tratamiento e internamiento.

E. Que de conformidad con el inciso que antecede, se promoverán códigos o leyes en los que se establecerán procedimientos y crearán instituciones y autoridades especializadas para el tratamiento de quienes se alegue han infringido las leyes penales. Entre esas acciones se establecerán ministerios públicos y jueces especializados.

F. Que en el tratamiento a que se refiere el inciso anterior, se considere la importancia de promover la reintegración o adaptación social del adolescente y para que asuma una función constructiva en la sociedad.

G. Que entre las medidas de tratamiento que se apliquen a quienes infrinjan la ley penal, se encuentren las siguientes: El cuidado, orientación, supervisión, asesoramiento, libertad vigilada, colocación de hogares de guarda, programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que sean tratados de manera apropiada para su reintegración y adaptación social, en función de su bienestar, cuidando que la medida aplicada guarde proporción entre las circunstancias de su comisión y la sanción correspondiente.

En las leyes penales se diferenciarán las medidas de tratamiento e internamiento para aquellos casos que se infrinja la ley penal, cuando se trate de delitos graves o de delincuencia organizada por los mismos adolescentes, ante lo cual se podrán prolongar o aumentar las medidas de tratamiento y en último caso, optar por la internación.

H. Que todo aquel adolescente que presuntamente ha infringido las leyes penales, tenga derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y a cualquier otra asistencia adecuada, a fin de salvaguardar sus derechos. Consecuentemente, se promoverá el establecimiento de Defensores de Oficio Especializados.

I. Que en los casos que se presume se han infringido las leyes penales, se respete el derecho a la presencia de sus ascendientes, tutores, custodios o de quienes estén responsabilizados de su cuidado.

J. Que a quienes se prive legalmente de su libertad, sean tratados respetando sus derechos humanos y la dignidad inherente a toda persona.

K. Que quienes sean privados de su libertad tengan derecho a mantener contacto permanente y constante con su familia, con la cual podrá convivir, salvo en los casos que lo impida el interés superior de la infancia.

L. Que no procederá la privación de libertad en ningún caso cuando se trate de niñas o niños. Cuando se trate de adolescentes que se encuentren en circunstancias extraordinarias, de abandono o de calle, no podrán ser privados de su libertad por esa situación especialmente difícil.

Me gustaría llamar la atención del lector particularmente sobre el contenido de los incisos D y E del artículo 45, ya que establecen una obligación explícita para diferenciar tanto el tratamiento normativo (tipificación de conductas, establecimiento de sanciones, etcétera) como la respuesta frente a violaciones de la legislación penal para adultos y menores. Hay que recordar que en términos del artículo 1o. de la propia Ley, el artículo 45 obliga a todas las autoridades del país, cualquiera que sea su esfera de competencia.

Teniendo presente lo anterior puede concluirse de manera clara y contundente que los códigos penales de las entidades federativas que fijan la edad penal en menos de 18 años, violan la Convención y las demás normas jurídicas mencionadas al no distinguir entre los adultos y lo que la Convención entiende y define como niños (menores de 18 años).

Quienes defiendan la posibilidad de tratar a los menores de 18 años con el mismo sistema penal que el de los adultos deben argumentar y probar qué condiciones biológicas, sicosociales e incluso organizativas hacen posible y necesario ese tratamiento igual. También deben de probar que el sistema de justicia penal diseñado para los menores de 18 tiene a la privación de libertad como recurso extremo y por el menor tiempo posible.

El *test* de “razonabilidad” para demostrar que un régimen jurídico-penal que se aplique por igual a los menores de 18 años que a los adultos no viola las normas jurídicas ya citadas, sería muy arduo de aprobar en cualquier Estado democrático.

Debe atenderse también, como se explica más adelante, el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitido en la Opinión Consultiva 17/2003 sobre el régimen jurídico de los menores, en la cual se reitera la necesidad de un tratamiento diferenciado entre menores y mayores frente al procedimiento penal. Sobre el punto de vista de la Corte Interamericana se abunda en el apartado siguiente.

Desde una perspectiva más amplia debe afirmarse con rotundidad que la idea, “sencilla y práctica” según sostienen algunos con descarado cinismo, de rebajar la edad penal a fin de tratar a los menores como adultos se produce sobre todo en países atrasados, en donde el régimen de libertades no está asegurado y en los que el Estado de derecho no deja de formar parte de la retórica oficial, sin que signifique nada concreto para las personas de carne y hueso. En ninguno de los países avanzados se habla con seriedad de rebajar la edad penal (quizá con la excepción de una cierta franja ideológica de cuño ultraconservador en los Estados Unidos), por el contrario, como señala Klingsberg,

Todo el esfuerzo está volcado en su rehabilitación (de los menores), porque está demostrado que la mejor manera de reducir las tasas delictivas de niños y jóvenes consiste en invertir en fortalecer la familia, aumentar la educación y crear oportunidades de trabajo en el caso de los jóvenes (la tasa de desocupación juvenil latinoamericana supera el 20%). Es urgente actuar. Las generaciones futuras juzgarán a América Latina más que nada por lo que ha hecho con su gente y, sobre todo, con sus niños.²⁰⁸

Aunque no existe un pronunciamiento jurisprudencial firme sobre el tema del que nos hemos ocupado en este apartado, hay alguna tesis aislada que parece sostener un criterio totalmente opuesto al referido. Se trata de la siguiente tesis:

IMPUTABILIDAD, CIUDADANÍA Y MAYORÍA DE EDAD. CONSTITUYEN PREMISAS DISTINTAS, Y POR ELLO, NO EXISTE CONTRADICCIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 4o. DEL CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE PUEBLA Y 1o. DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, CON EL 34 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Si en la especie, la legislación específica aplicable

²⁰⁸ Klingsberg, Bernardo, “Las grandes víctimas de Latinoamérica”, *La Vanguardia*, Barcelona, 9 de agosto de 2003, p. 8.

al inconforme, artículo 4o. del Código de Defensa Social, dispone que serán imputables los mayores de dieciséis años, entendiéndose por imputabilidad, la capacidad del sujeto para comprender lo ilícito de su actuación, es inconcuso que tal hipótesis no encuadra en los considerados menores de edad por la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo presupuesto excluye a aquellos que son considerados mayores de edad cuando dispone expresamente, en lo que interesa "...salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad", motivo por el cual no pueden ser estimados opuestos tales ordenamientos, como tampoco que sea contrario al precepto 34 de la carta magna, ya que allí trata lo atinente a los requisitos para adquirir la ciudadanía —dieciocho años y comportamiento honesto—, siendo entonces, tópicos distintos la imputabilidad —como presupuesto de la culpabilidad—, y las obligaciones y deberes que se adquieren al cumplir dieciocho años de edad. Novena época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, julio de 2000, tesis VI.P.66 P, p. 775.

Esta tesis incurre en un error por varias razones. En primer lugar porque no realiza una interpretación sistemática de la Convención de los Derechos del Niño, puesto que aunque en efecto el artículo 1o. podría hacer suponer que los Estados parte pueden disponer por ley de una edad distinta a la de 18 años para marcar el inicio de la mayoría de edad, también lo es que en otros dispositivos de la Convención se señala la necesidad de que los menores sean tratados en el ámbito del procedimiento penal de una forma distinta —se entiende que más protectora, como es obvio— a los mayores de edad.

En segundo lugar, la tesis se equivoca al no hacer ninguna consideración sobre un concepto central de la Convención, que es el del "interés superior del niño", el cual no solamente se debe verificar frente a los actos de las autoridades administrativas, sino que prevalece también frente al legislador.

En tercer término, la tesis parte de una interpretación estrecha, casi literalista, del derecho penal, reduciendo los intereses de los menores a datos sobre culpabilidad e imputabilidad; por desgracia, no es de eso de lo que se habla cuando se rebaja la edad penal, sino de una decisión sustantiva que supone arrojar a los menores al funcionamiento de una maquinaria salvaje de degradación del ser humano que, si atendemos a cualquiera de las evidencias disponibles, es muy probable que termine de una vez por todas con las esperanzas de un futuro mejor para ellos. No se trata, por tanto, de una decisión que se pueda tomar con base solamente en consideraciones de técnica jurídica, sino que comporta la entrada en juego de una serie de valores (no metafísicos por cierto, sino claramente establecidos en la Convención de los Derechos del Niño, si se realiza una interpretación sistemática de su contenido) muy importantes para

toda sociedad democrática; así lo ha entendido perfectamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 17/2002.

Aparte de la tesis que se acaba de analizar, existen otros criterios jurisprudenciales que también conviene tener presentes para entender el tratamiento penal que debe proporcionarse a los menores infractores. Se trata de las siguientes interpretaciones:

MENORES INFRACTORES. EL PROCEDIMIENTO QUE ESTABLECE LA LEY DEL CONSEJO TUTELAR RELATIVA DEL ESTADO DE PUEBLA, ES VIOLATORIO DE LAS GARANTÍAS DE AUDIENCIA Y DE ADECUADA DEFENSA PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 20, APARTADO A, FRACCIONES V Y IX, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA. Acorde a los artículos 15, 16, 18, 25, 26, 28, 29 y 30 de dicha Ley secundaria, el procedimiento de menores infractores en el estado de Puebla, comprende: a) La consignación por parte del Ministerio Público u otra autoridad al consejo y la radicación del expediente; b) La investigación clínica y social y el auto que resuelve la situación jurídica del menor, estableciendo si existe o no causa para continuar el procedimiento (en caso afirmativo, se practicarán los exámenes de la especialidad y se recibirán las demás pruebas que se ofrezcan en defensa del menor); c) La convocación a los consejeros para la consideración del proyecto de resolución definitiva; y, d) La sentencia definitiva que dicta el consejo con la aprobación de la mayoría de sus miembros. En ese procedimiento no se advierten prerrogativas a favor del quejoso frente a los actos por los que se le impone una medida tutelar, que tiende a privarlo de la libertad, pues si bien en el artículo 26 se establece que una vez presentado el menor ante el presidente del consejo tutelar o ante el delegado correspondiente procederán, entre otras cosas, a escucharlo sin demora, como a sus acusadores o a los denunciantes que hayan comparecido y al representante de la defensa del menor y la familia, a fin de establecer si existe o no causa para continuar el procedimiento, resulta que no se da oportunidad al menor para defenderse, bien por conducto de sus padres, tutores o quienes ejerzan la patria potestad o del profesional de su confianza, esto último de lo que gozan los adultos procesados penalmente, en términos del artículo 20, apartado A, fracción IX, constitucional. Lo anterior se impone considerando que por conductas que implican infracciones a la ley, las autoridades del consejo tutelar pueden aplicar al menor infractor medidas de seguridad, que entrañan actos privativos de la libertad o de sus derechos; aun cuando los artículos 16, 26, fracción I, 28 y 30 establecen como órgano auxiliar oficioso la figura del representante de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, sobre el que recaen las facultades tutelares de la defensa del menor, su intervención es impositiva y no responde con plenitud a las garantías del menor y que corresponde ejercitar a sus padres, tutores o al profesional que pueda designar (por conducto de sus padres), a efecto de que sea asesorado en cuanto pueden aconsejarlo con base en conocimientos técnicos y en la experiencia, además de informarle las normas sustanciales y procesales relacionadas con el hecho y las peculiaridades del caso, implicando

dicha asistencia la vigilancia del interviniente en los diversos actos del proceso, como son el cumplimiento de términos y el curso mismo de éste, lo cual podrá ser en forma mancomunada con el citado representante de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia. Por otra parte, el procedimiento al que son sometidos los menores limita la recepción de pruebas al prudente arbitrio del consejo tutelar, ya que en términos del artículo 28 de la Ley, una vez declarada la existencia de la causa para continuar el procedimiento en términos del artículo 26, se dispone de quince días naturales para integrar el expediente, permitiendo el presidente del consejo o el delegado correspondiente, que en ese lapso los consejeros sometan al menor a los exámenes de su especialidad, escuchándolo, al igual que a las personas cuya declaración estime necesaria, como al representante de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, pudiendo allegar de oficio las pruebas conducentes, y sobre ese particular, el diverso numeral 30 precisa que en la sesión del consejo o delegación que corresponda, el secretario expondrá y justificará el proyecto de resolución definitiva, y en dicha sesión se desahogarán las pruebas que a “juicio” del consejo o delegación sean pertinentes, todo lo cual permite establecer la limitación del derecho del menor de probar en la citada audiencia, quedando al arbitrio del consejo tutelar el desahogo de los medios de prueba que a su juicio sean pertinentes, siendo que el artículo 20, apartado A, fracción V, constitucional, lleva a la obligada conclusión de que se deben recibir las pruebas que ofrezca a fin de obtener la convicción de inocencia de quien lo juzga, respecto de los hechos que le son atribuidos. En esa forma, es inconcuso que el procedimiento establecido en la Ley en comento, coarta las garantías anotadas, por una parte, por no instituir a favor del menor las defensas a que tiene derecho, pues no le permite que intervenga en su defensa por conducto de sus padres, tutores o quienes ejerzan la patria potestad, o a través del defensor o persona de confianza que quiera señalar, antes de establecer si existe causa para someterlo a procedimiento y, por la otra, que se le limita el derecho de rendir pruebas antes y después de la sesión prevista en el artículo 30, pues queda al prudente arbitrio del consejo el desahogo de las que considere prudentes, hecho que evidentemente coarta la garantía de audiencia del menor, para ejercer por conducto de quienes su derecho representen, las pruebas durante la tramitación del procedimiento tutelar, lo que es contrario a lo dispuesto en los citados preceptos constitucionales. Novena época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, abril de 2002, tesis VI.2o.P.27 P, p. 1291.

En esta tesis, generada también a partir de la interpretación de un ordenamiento del estado de Puebla como la anteriormente citada, el Tribunal Colegiado sostiene un criterio interesante al señalar que los derechos fundamentales de los menores no se podrán ver disminuidos dentro del procedimiento específico al que sean sometidos por su edad cuando cometan hechos de relevancia penal. Es decir, para el Colegiado, los derechos establecidos por ejemplo por el artículo 20 constitucional se aplican tanto a los mayores de edad sujetos a los

procedimientos penales ordinarios, como a los menores de edad sujetos a procedimientos específicos por razón justamente de su edad. Es una tesis correcta, que comprende el sentido garantista que debe tener presente el intérprete al aplicar los derechos fundamentales, tanto más si se trata de los derechos los menores.

La postura anterior, sin embargo, no es sostenida de forma unánime por todos los tribunales colegiados; algunos defienden criterios verdaderamente ofensivos para el sentido común, llegando a negar que los menores puedan ser titulares de los derechos de libertad que establece el artículo 16 constitucional en contra de detenciones arbitrarias e ilegales. Eso sucede, por mencionar un criterio que debería ser cambiado a la brevedad, en la siguiente tesis:

MEJORES INFRACADORES. NO SON SUJETOS A LA LEY PENAL, SINO A PROCEDIMIENTOS ESPECIALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). Los menores infractores no son sujetos a la ley penal, pues de la lectura del artículo 13 del Código Penal para el Estado de Jalisco, en su capítulo IV, relativo a las causas excluyentes de responsabilidad, se desprende que: “Excluyen de responsabilidad penal las causas de inimputabilidad, las de inculpabilidad y las de justificación. I. Son causas de inimputabilidad: a) El hecho de no haber cumplido dieciocho años de edad, al cometer la infracción penal...”; asimismo el artículo 1o. de la Ley de Readaptación Juvenil para la citada entidad, textualmente dispone: “Los infractores menores de dieciocho años, no podrán ser sometidos a proceso ante las autoridades judiciales sino que quedarán sujetos directamente a los organismos especiales a que se refiere la presente Ley, para que previa la investigación y observación necesarias, se dicten las medidas conducentes para su educación y adaptación social, así como para combatir la causa o causas determinantes de su infracción... Se considerarán menores infractores los que teniendo menos de 18 años de edad, cometan una acción u omisión que las leyes penales sancionen”; por su parte, el numeral 6o. de la referida ley especial, establece: “Son autoridades y órganos encargados de la aplicación de la presente Ley: I. El Consejo Paternal de la capital del Estado y los que se establezcan en las cabeceras municipales en los términos de ley. II. La Granja Industrial Juvenil de Recuperación. III. Las dependencias del Patronato de la Asistencia Social en el Estado y los hogares sustitutos”; por otro lado, el precepto 18 de la Constitución federal, en su párrafo cuarto, dispone: “La Federación y los gobiernos de los estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores”; con base en lo anterior, debe válidamente sostenerse que los menores de edad infractores no son delinquentes sujetos a la ley penal, y por tanto, no es posible que en el procedimiento administrativo al que se encuentren sujetos, se analice si en su detención medió o no el supuesto de la flagrancia, pues aun cuando el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución...”; sin embargo, tratándose de los infractores menores de dieciocho años, al no poder some-

terlos a proceso ante las autoridades judiciales competentes, es obvio que quedan sujetos directamente a organismos e instituciones especiales para su tratamiento, para que a través de ellos y mediante medidas educativas y de adaptación social, procedan a combatir las causas que determinaron su infracción; de donde se desprende que si por disposición de la propia ley, los mencionados menores no pueden ser sujetos a proceso ante las autoridades judiciales, menos es dable observarse la aplicación de preceptos legales que atañen sólo a la esfera del proceso mismo (instruible sólo a personas mayores de dieciocho años), como es el caso dispuesto en el párrafo sexto, del artículo 16 constitucional (antes de su última reforma, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el día ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, en vigor al día siguiente), el cual en lo conducente, dice: “En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.”, apartado éste, que por aludir al “juez que reciba la consignación del detenido”, necesariamente se vincula con las restantes garantías que tiene el inculcado en todo proceso del orden penal, que diáfananamente enumera el artículo 20 de nuestra carta magna; de ahí que no exista obligación por parte del presidente del Consejo Paternal, para calificar si en la detención de un menor, medió o no el supuesto de la flagrancia. En tal virtud, si la detención de un menor infractor se lleva a cabo sin que exista orden de aprehensión y no se da el supuesto de flagrancia, ningún perjuicio le irroga, supuesto que, se reitera, los menores, por disposición legal, no deben ser sometidos a proceso penal ante autoridades judiciales competentes, y por ende, no deben aplicarse preceptos legales que atañen a la esfera del proceso mismo (aplicables sólo a mayores de dieciocho años); por tanto, no es indispensable que para la retención de un menor medie flagrancia u orden de aprehensión, en virtud de que tal requisito sólo es dable tratándose de personas imputables, respecto de las cuales exista denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado en su comisión. A mayoría de datos, en el caso los menores de edad, no perpetran delitos, sino que cometen infracciones, por tanto, no pueden ser sometidos a proceso penal ante las autoridades judiciales, ni tratárseles como delincuentes, sino que quedan sujetos a las instituciones y organismos especiales, para su educación y adaptación social, conforme a lo dispuesto en los artículos 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1o., 5o., 21, 22, 23 y 24 de la Ley de Readaptación Juvenil para el Estado de Jalisco. Novena época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, octubre de 1999, tesis III.2o.P.57 P, p. 304.

Es un criterio curioso, porque además contiene en su propio texto la más poderosa razón por la cual está del todo desautorizada: el mandato del artículo 1o. constitucional, que señala que no puede restringirse el goce de ningún derecho,

salvo que así se establezca por la Constitución. Pero además, la protección del artículo 16 constitucional es para todas las personas, con independencia de su edad. Pensemos en la consecuencias prácticas que arroja la tesis anterior: toda vez que el artículo 16 no rige para los menores, la policía los puede detener sin contar con orden judicial y sin que se configure el supuesto de flagrancia, es decir, los puede detener en cualquier momento y por cualquier razón, sin que a la autoridad judicial competente (en el caso en estudio, una autoridad que ya resulta sospechosa desde su nombre: el Consejo Paternal) pueda revisar si esa detención estuvo bien o mal hecha en términos constitucionales. Es una buena forma de instaurar, por razón de edad, un retorno a la ley de la selva, vaciando de ese modo el contenido protector y garantista del artículo 16 y convirtiendo en humo la tutela que a los menores se les debe dar en el Estado constitucional.

4. *La Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre condición jurídica y derechos humanos del niño*

El 28 de agosto de 2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Opinión Consultiva 17/2002 que tiene mucha relevancia para el tema que nos ocupa, ya que está referida a la condición jurídica y a los derechos humanos del niño.²⁰⁹ La Opinión fue solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debido que éste órgano entiende que algunas medidas especiales de protección dirigidas a los menores tienden al debilitamiento de las garantías judiciales de los propios menores. Concretamente, a la Comisión le preocupaban las siguientes medidas:

- La separación de jóvenes de sus padres y/o familia por considerarse, al arbitrio del órgano decisor y sin debido proceso legal, que sus familias no poseen condiciones para su educación y mantenimiento.
- La supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia, por considerárseles abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad; causales que no configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstanciales del menor.
- La aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías.

²⁰⁹ Su texto puede consultarse en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. II, pp. 1099-1185.

- La tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se involucran derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor.
- La determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación.

La Comisión le requería a la Corte que se pronunciara sobre la compatibilidad de esas medidas con los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El primero de esos preceptos se refiere a los derechos que tiene toda persona ante una autoridad judicial (fundamentalmente derechos para su oportuna defensa); por su parte, el artículo 25 de la Convención Americana establece el derecho a la protección judicial, es decir, el derecho de toda persona para acudir, mediante un recurso “sencillo y rápido”, ante un juez para que la ampare por la violación de sus derechos fundamentales, de la ley o de la propia Convención.

Como puede apreciarse, varias de las cuestiones planteadas por la Comisión ante la Corte Interamericana incumben no solamente al sistema interamericano de derechos humanos, sino a todo el derecho internacional de derechos, pues se trata en buena medida de la interpretación de preceptos contenidos también en la Convención de los Derechos del Niño.

La Opinión Consultiva que emite la Corte es muy extensa y, como en todas sus opiniones, la Corte demuestra un gran rigor jurídico al dar contestación a las cuestiones planteadas. Su misma extensión —derivada en parte del mucho espacio que ocupa la síntesis de los alegatos de todos los órganos e instituciones que se interesaron por la consulta y que aportaron elementos para su mejor solución— hace imposible ofrecer un resumen mínimamente completo de ella, por lo que nos limitaremos a destacar los puntos más interesantes.

Como en todas sus opiniones consultivas, la Corte comienza señalando su competencia y luego pasa a estudiar si para resolver las cuestiones planteadas puede tomar en cuenta otros tratados internacionales aparte de la Convención Americana, tema al que responde afirmativamente con base en las consideraciones que había hecho la misma Corte en alguna opinión consultiva anterior (ver párrafos 20 a 23 de la OC/17).

La Corte se ocupa, en segundo término, de definir el concepto de niño, para lo cual toma en cuenta el artículo 1o. de la Convención de los Derechos del Niño, al que ya hemos hecho referencia, y realiza las siguientes consideraciones:

41. La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana.

42. En definitiva, tomando en cuenta la normatividad internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad.

Al responder a las cuestiones planteadas por la Comisión, la Corte señala que

76. La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención.

77. En conclusión, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

La Corte señala que la intervención en favor de los menores y de la familia debe hacerse, cuando corresponda al Estado, por los medios adecuados y contando con personal especializado, es decir, que no basta con que el Estado disponga en términos generales de juzgados y centros de asistencia social, sino que tienen que crear estructuras especializadas en la atención de menores. La Corte lo explica en los siguientes términos:

78. La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas... no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos.

79. ...No basta con disponer protecciones y garantías judiciales si los operadores del proceso carecen de capacitación suficiente sobre lo que supone el interés superior del niño y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos.

Para la Corte, los deberes del Estado en relación con los menores de edad no se agotan en actos de abstención por parte de los poderes públicos, sino que re-

quieren y exigen de políticas activas para la preservación de sus derechos, entre las cuales la educación tiene un papel fundamental:

88. ...los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural... es sobre todo a través de la educación que gradualmente se supera la vulnerabilidad de los niños. Asimismo, el Estado, como responsable del bien común, debe, en igual sentido, resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar.

En cuanto a la participación de los menores dentro de los procedimientos judiciales, la Corte señala que en términos generales el órgano aplicador del derecho (sea judicial o de carácter administrativo) debe atender a la capacidad del niño para acordar su intervención:

102. En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.

Una cuestión de la mayor relevancia, que ya se ha analizado en el apartado precedente, es la que tiene que ver con la separación que los Estados deben observar entre mayores y menores de edad para efectos de su enjuiciamiento penal. Como el lector recordará, se ha defendido la idea de que el Estado mexicano (tanto la Federación como cada una de las entidades federativas) no puede someter a un mismo régimen jurídico-penal a los mayores de edad y a los menores, ni tampoco considerar como mayores —para esos efectos— a las personas que tengan menos de 18 años. Pues bien, sobre este punto también la Opinión de la Corte se pronuncia, en el mismo sentido de lo que se acaba de explicar.²¹⁰ La Corte considera, citando expresamente el artículo 40.3 de la Convención de los derechos del niño, que

²¹⁰ Las ideas mencionadas fueron sostenidas desde antes de que la Corte emitiera la Opinión 17/2003; ya estaban expuestas en Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, UNAM, Porrúa, 2001, pp. 242-244 (hay una reimpresión de 2002).

109. ...los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad.

La Corte precisa que las medidas restrictivas de la libertad personal de los menores también están regidas, como para los mayores, por el principio de legalidad en materia penal, por lo cual la imposición de algún tipo de sanción deberá darse solamente cuando el menor haya violado alguna norma que establezca con claridad la conducta a sancionar, pero no por meras situaciones de riesgo o peligro. La Corte emite su criterio en los siguientes términos:

110. Es inadmisibles que se incluya en esta hipótesis [se refiere al sometimiento del menor a órganos jurisdiccionales específicos] la situación de los menores que no han incurrido en conducta penalmente típica, pero se encuentran en situación de riesgo o peligro, por desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad, y menos aún la que aquellos otros que simplemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría, se apartan de los patrones de conducta generalmente aceptados, presentan conflictos de adaptación al medio familiar, escolar o social, en general, o se marginan de los usos y valores de la sociedad de la que forman parte. El concepto de delincuencia infantil o juvenil sólo puede aplicarse a quienes se hallan en el primer supuesto mencionado, esto es, a los que incurren en conductas típicas, no así a quienes se encuentran en los otros supuestos.

Finalmente, la Corte sintetiza todo su estudio en la parte final del fallo, que constituye todo un resumen del régimen jurídico internacional de los menores; en esa parte de la Opinión se asienta, entre otras cuestiones, lo siguiente:

- Los niños son titulares de derechos y no solamente su objeto de protección.
- El interés superior del niño implica que el desarrollo del menor y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.
- La familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.
- Debe preservarse la permanencia del niño en el medio familiar. La separación del menor de su familia debe ser una medida excepcional y de prefe-

- rencia temporal, solamente aplicable cuando así lo requiera su interés superior.
- El Estado debe contar con instituciones idóneas y personal capacitado para atender a los menores.
 - En los procedimientos judiciales o administrativos en los que se resuelve sobre los derechos del niño, se deben observar los principios del debido proceso legal, lo que incluye las reglas del juez natural —competente, independiente e imparcial—, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción, audiencia y defensa. En ellos, además, se deberán tomar en cuenta las particularidades que se puedan desprender de la participación personal del menor, así como las medidas de protección que sean indispensables en favor del mismo.
 - Los menores de 18 años a quienes se les atribuya la comisión de una conducta delictiva deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que pueden adoptar.

5. Datos sobre la niñez en el mundo

El panorama teórico y analítico que se acaba de ofrecer en los apartados precedentes no estaría completo si no se aportaran también una serie de indicadores empíricos que nos permitan tener una visión clara del grado de incumplimiento que los derechos de los niños tienen alrededor del mundo.²¹¹

Cada día mueren en todo el planeta 30,00 niños y niñas menores de cinco años por causas susceptibles de prevención; esta cantidad significa que cada tres segundos muere un niño, 21 cada minuto, 1,270 cada hora.

Unos 100 millones de niños viven o trabajan en la calle en todo el mundo. Entre ellos, 15,000 en la ciudad de México y 5,000 en la ciudad de Guatemala.

En los países en desarrollo trabajan unos 250 millones de niños de entre cinco y 14 años y entre 50 y 60 millones de niños que tienen de 5 a 11 años trabajan en condiciones peligrosas.

Unos 300,000 niños fueron soldados en el decenio de 1990; 6 millones de niños resultaron heridos en conflictos armados y 2 millones murieron en ellos; decenas de miles de niños han sido víctimas de minas terrestres.

²¹¹ Los datos que siguen, salvo indicación en contrario, se toman de UNICEF, *Estado mundial de la infancia 2000*, Nueva York, ONU, 2000.

Casi un millón y medio de menores de 15 años tienen SIDA y 10 millones han perdido a sus padres por culpa del virus. El 90% de esos 10 millones vive en el África subsahariana. Cada mes que pasa se contagian de SIDA 250,000 niños y adolescentes en el mundo. Hay casi 13 millones de niños que han quedado huérfanos a causa del SIDA.

Los abusos sexuales sobre los niños son una constante incluso en los países desarrollados. De acuerdo con encuestas de fines de los años noventa, el 20% de las niñas y adolescentes en Suiza, el 17% en Oslo (Noruega) y más del 14% en Nueva Zelanda han denunciado abusos sexuales.

Sólo el 30% de los niños son amamantados por sus madres en los primeros cuatro meses de vida; bastaría con incrementar este porcentaje para salvar un millón y medio de vidas al año. En América Latina, pese a su enorme potencial de producción de alimentos, uno de cada tres menores de dos años se encuentra en situación de “alto riesgo alimentario”.²¹²

La pobreza también afecta a los niños: 500 millones de ellos en todo el mundo viven con menos de un dólar al día. En América Latina, según datos del Banco Interamericano de Desarrollo, son pobres el 58% de los menores de cinco años y el 57% de quienes tienen entre 6 y 12 años.²¹³

En los países en vías de desarrollo, el 20% de los niños no asisten a la escuela y cada año 15 millones de niñas de entre 15 y 19 años se convierten en madres; en este mismo grupo de edad se calcula que cada año se realizan 8 millones de abortos. En todo el mundo hay más de 130 millones de niños no escolarizados.

Los anteriores son datos que, además de infundirnos una inmensa vergüenza, nos deben mover a la reflexión detenida y a plantearnos la necesidad de desarrollar mejores condiciones de vida para todos los niños del planeta. Estamos construyendo una humanidad con un presente precario y con un futuro poco promisorio, debido a que el respeto elemental a la dignidad de los niños simplemente no ha pasado de ser una cuestión retórica en muchos aspectos.

Una sociedad que desprecia y maltrata a la infancia es una sociedad suicida. Ningún esfuerzo es vano para tratar de proteger, cuidar y educar a los menores de edad. Como en tantos otros problemas, estamos frente a una cuestión de *derechos* incumplidos, de violaciones al pacto social mínimo que se debe exigir una sociedad democrática. Y no sólo eso: estamos también frente a un escenario moralmente inaceptable en el cual únicamente los cínicos pueden sentirse complacidos.

²¹² Klingsberg, Bernardo, “Las grandes víctimas de Latinoamérica”, *cit.*, p. 8.

²¹³ *Idem.*

VII. DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES (ARTÍCULO 28, PÁRRAFO TERCERO)

Aunque en México no se suelen estudiar bajo la óptica de los derechos fundamentales, y por tanto los estudios doctrinales no los incluyen en sus índices, considero que dentro del capítulo de derechos sociales de este libro hay que hacer una mención, así sea breve, sobre los derechos de los consumidores.

Por cuestiones que tienen que ver con el desarrollo tecnológico y por la forma tendencialmente monopolista que han ido tomando los sistemas capitalistas, en la actualidad un grupo social en situación de vulnerabilidad lo constituyen los consumidores, lo cual ha llevado a regulaciones minuciosas de sus derechos en muchos países, a veces incluso a través de previsiones constitucionales.

Los consumidores se encuentran cotidianamente con la necesidad de realizar actos jurídicos frente a grandes corporaciones. Muchas veces, dichas corporaciones gozan de un régimen de monopolio en la prestación de un servicio público e imponen casi por la fuerza (la fuerza de la necesidad, se podría decir) sus condiciones a los consumidores.

Dejar el tema de las relaciones entre grandes empresas y consumidores dentro del ámbito del derecho privado, regidas bajo la idea de la autonomía de la voluntad, no puede ser más que una ficción, pues las condiciones de desigualdad entre unas y otros no permite que se manifieste una voluntad plenamente libre de las partes, sobre todo de la parte más débil. De hecho, la mayoría de contratos que suscribimos para la prestación de un servicio o la adquisición de un bien son contratos adhesivos, en donde las cláusulas suelen estar redactadas y previstas de antemano por la parte ofertante.

Es por eso que, como lo ha dicho Mauro Cappelletti, hay que reintegrar el equilibrio entre las partes (tanto desde un punto de vista del derecho sustantivo, como por lo que hace al derecho procesal), de forma que se proteja efectivamente la libertad de mercado.²¹⁴

De hecho, el propio Cappelletti señala que la protección de los consumidores tiene el mismo objetivo que la preservación de las condiciones de competencia a través de la prohibición de monopolios. Es decir, la idea de regular a las grandes empresas en sus relaciones con los consumidores no persigue sofocar la libertad de industria o trabajo, sino justamente al contrario: su objetivo es

²¹⁴ Cappelletti, Mauro, “El acceso a la justicia de los consumidores”, en su libro *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (cuatro estudios de derecho comparado)*, México, Porrúa, 1993, p. 117.

asegurar que esa libertad va a seguir siendo efectiva para todos los que intervienen en el proceso productivo y de prestación de servicios.²¹⁵

En México la Constitución hace solamente una breve mención sobre la especial protección que debe dispensarse a los consumidores, pero no llega a recoger derechos fundamentales en esta materia. El artículo 28, párrafo tercero, dispone que “La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses”.

Para regular legislativamente el párrafo que se acaba de transcribir, se expidió la Ley Federal de Protección al Consumidor, en cuyo artículo 1o. se señalan los principios básicos del derecho del consumo y de las relaciones jurídicas que regula esa rama del ordenamiento jurídico; en la parte que ahora interesa, su texto es el siguiente:

Son principios básicos en las relaciones de consumo:

I. La protección de la vida, salud y seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por prácticas en el abastecimiento de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos;

II. La educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, que garanticen la libertad para escoger y la equidad en las contrataciones;

III. La información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como sobre los riesgos que representen;

IV. La efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos;

V. El acceso a los órganos administrativos con vistas a la prevención de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos, garantizando la protección jurídica, administrativa y técnica a los consumidores;

VI. El otorgamiento de facilidades a los consumidores para la defensa de sus derechos; y

VII. La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios.

VIII. La efectiva protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y la adecuada utilización de los datos aportados.

Más detallada que el artículo 28 del texto constitucional mexicano es la Constitución argentina, luego de su reforma de 1994, que dispone en su artículo 42 lo siguiente:

²¹⁵ *Ibidem*, p. 118.

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios.

En la misma línea se ubica la Constitución de Portugal, en cuyo artículo 60 se establece que:

1. Los consumidores tendrán derecho a la calidad de los bienes y servicios consumidos, a la formación y a la información y la protección de su salud, su seguridad y de sus intereses económicos, así como a la reparación de los daños sufridos.

2. La publicidad será regulada por ley. Se prohíben cualesquiera formas de publicidad oculta, indirecta o engañosa.

También es interesante, en relación al tema que nos ocupa, el contenido del artículo 51 de la Constitución española, cuyo texto es el siguiente:²¹⁶

1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por lo apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

En relación con el apartado 2 del artículo 51 que se acaba de transcribir y concretamente sobre el derecho de los consumidores a obtener información, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que

Cuando el precepto en cuestión dice que el adquirente de bienes o el usuario de servicios tiene el legítimo derecho del consumidor a disponer de una información ade-

²¹⁶ Algunas de las cuestiones que se suscitan en torno a este artículo han sido examinadas en Menéndez Menéndez, Adolfo, "La defensa del consumidor: un principio general del derecho", *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. II, pp. 1901 y ss.

cuada, está configurando el derecho del consumidor a disponer de una información veraz y completa sobre las características esenciales del bien o servicio, de su calidad, composición, precio, etcétera, que le permitan dirigir la elección, utilizar el bien o servicio o reclamar la reparación de los eventuales daños causados por el producto adquirido o servicio utilizado [Sentencia 71/1982].

La protección de los consumidores también se ha desarrollado en el ámbito internacional; principalmente en el seno de la Unión Europea y en la ONU.²¹⁷

Sintetizando lo que se ha dicho, se puede afirmar que la protección del consumidor en el marco del derecho constitucional comparado pasa por los siguientes aspectos:

1. Un fomento del asociacionismo de los particulares (lo cual, en algunos países, se realiza a través del subsidio con fondos públicos de las asociaciones más representativas). Es importante señalar que en esta materia, las asociaciones tienden a reforzar la protección de los derechos de los consumidores, ya que les permite enfrentar coaligadamente a los intereses corporativos, los cuales superan en recursos económicos y personales a los consumidores aislados. El elemento colectivo sirve, pues, como una red de solidaridad para generar relaciones más simétricas entre los sujetos del derecho del consumo.
2. El acceso a la información de los consumidores sobre los productos que están consumiendo, lo que supone la regulación de la publicidad para evitar engaños, fraudes y maquinaciones indebidas por parte de los proveedores.
3. La reparación del daño siempre que algún producto sea de mala calidad o no cumpla con las condiciones establecidas en la oferta de venta; es importante apuntar que el daño se puede producir no solamente porque el producto tenga una calidad defectuosa, sino también porque no se corresponda con la publicidad realizada por el ofertante o por tener características diferentes a las que aparecían en la oferta de venta.
4. La creación de mecanismos jurisdiccionales especializados en los conflictos derivados de las relaciones jurídicas entre consumidores y usuarios por un lado, y proveedores o prestadores de servicios por otro.

²¹⁷ Al respecto, Ovalle Favela, José, “Los derechos fundamentales y el Estado: la protección al consumidor”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IJ-UNAM, 2002, pp. 559 y ss.

En relación con la protección procesal de los consumidores hay que realizar algunas reflexiones adicionales, pues se trata de un campo que demanda importantes modificaciones respecto a las visiones clásicas del derecho procesal.

Para construir una adecuada protección de los consumidores hay que considerar que muchos productores suelen estar habitualmente bien organizados para defenderse, cuentan con buena información y asesoría jurídicas y son *repeat players*, en el sentido de que una experiencia litigiosa no será para ellos una experiencia aislada sino una actividad que se repite en su esquema normal de funcionamiento. Por otro lado, los consumidores se encuentran aislados y no suelen ser más que litigantes ocasionales, que se encuentran en grave desventaja frente a la corporación oferente de bienes o servicios.²¹⁸

En este contexto, hay varias posibilidades de protección que han sido exploradas en el derecho comparado.²¹⁹ Una primera consiste en asignar a la figura del Ministerio Público la tutela de los derechos difusos de los consumidores, dándole legitimidad para promover acciones ante los tribunales.

Una segunda posibilidad consiste en crear nuevos órganos públicos especializados, siguiendo el modelo de los *ombudsman*, que se ocupen de los derechos de los consumidores; se trata de agencias administrativas, como lo puede ser en México la Procuraduría Federal del Consumidor.

Un tercer modelo consiste en otorgar legitimidad procesal a agrupaciones de carácter privado, que actúan en defensa de los derechos de los consumidores, promoviendo tanto acciones de carácter individual como acciones colectivas o de grupo; en este caso se produce una excepción al clásico principio procesal de que quien litiga lo hace en defensa de un interés propio, puesto que en este modelo se trata de defender intereses generales o de grupo. Este modelo, como lo señala Cappelletti, tiene la ventaja de superar los inconvenientes del consumidor como litigante aislado y permite hacer económicamente posible el proceso, en cuanto que se genera una cierta socialización del costo procesal al permitirse defensas de grupo o colectivas.

Un cuarto modelo es el de las acciones de clase o acciones de legitimidad abierta, mediante las que cualquier persona puede promover una demanda en los tribunales, actuando en defensa del interés público; se trata de un esquema procesal que ha tenido un gran desarrollo en los Estados Unidos de América. Hay varias cuestiones que destacar de este modelo. En primer lugar que la legitimación se otorga a cada individuo para promover en nombre de todos los afectados, concurran o no al juicio; en segundo término que la condena al pago de daños cubre, en consecuencia con lo anterior, no solamente a quienes litiga-

²¹⁸ Cappelletti, Mauro, "El acceso a la justicia de los consumidores", *cit.*, p. 123.

²¹⁹ *Ibidem*, pp. 124 y ss.

ron contra el proveedor sino también a toda persona que haya sufrido un daño; en tercer lugar hay que subrayar que, para que las acciones de clase funcionen, se debe contar con una forma determinada de ejercer la abogacía, de manera que los abogados cuenten con los incentivos suficientes para concluir a satisfacción los casos (por ejemplo a través de la participación porcentual del abogado vencedor en las indemnizaciones que arroje la causa).

En materias distintas a la del derecho de los consumidores las acciones de clase se han considerado muy positivas, por ejemplo para proteger bienes de carácter ecológico, para impugnar permisos de construcción otorgados ilegalmente por la administración pública o para tutelar bienes del patrimonio nacional.²²⁰

Aunque las cuatro opciones mencionadas tienen ventajas y desventajas, lo que quizá pueda funcionar de una manera más eficaz es una solución de carácter pluralista, que genere una combinación de factores favorables para tutelar los intereses de los consumidores; así, por ejemplo, se puede dar legitimidad al Ministerio Público para promover acciones en determinados supuestos; en otros la legitimación puede estar a cargo de un organismo especializado (un *ombudsman* de los consumidores) o puede establecerse en favor de asociaciones privadas de consumidores; de manera complementaria, se puede también reconocer la posibilidad de interponer *acciones de clase* para defender ciertos intereses.²²¹

VIII. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES (ARTÍCULO 123)

No es frecuente que los libros que estudian en México los derechos fundamentales (o las garantías individuales, como se les suele llamar), analicen el tema de los derechos de los trabajadores. Tradicionalmente ha sido un aspecto reservado a los especialistas en derecho laboral, sobre el que los estudiosos del derecho constitucional no suelen detenerse; al menos no desde la óptica de los derechos fundamentales, aunque sí desde la perspectiva del significado que en 1917 tuvo la inclusión de los derechos de los trabajadores y de los campesinos en el entendimiento del papel de la Constitución en un Estado moderno.

Pese al desinterés de la teoría constitucional, me parece que el relativo a los derechos de los trabajadores es un tema no solamente relevante para el constitucionalismo, sino del todo apropiado para ser incluido en un texto que pretende estudiar los derechos fundamentales en el sistema jurídico mexicano. Además, la cuestión también tiene interés si se entiende que son justamente las

²²⁰ *Ibidem*, pp. 130 y 131, donde aparecen ejemplos concretos.

²²¹ *Ibidem*, p. 132.

luchas por los derechos de los trabajadores las que, en parte, dan lugar a los modernos derechos sociales.

Por otro lado, es obvio que el artículo 123 constitucional consagra derechos fundamentales para los trabajadores; en general, puede decirse que se trata de derechos de carácter social, los cuales son el complemento natural de la libertad de trabajo, ocupación y empresa establecido en el artículo 5o. constitucional.

1. *Algunos antecedentes de los derechos de los trabajadores*

El derecho al trabajo (entendido no solamente como libertad, sino también como derecho de la sociedad en su conjunto que genera algún tipo de obligación del Estado) ha estado presente durante buena parte de la historia de los derechos fundamentales, y encuentra sus antecedentes teóricos en los autores más importantes del pensamiento de la Ilustración. No se trata, en este apartado, de hacer un recorrido exhaustivo por la historia de los derechos de los trabajadores, pero creo que puede ser de algún interés delinear ciertos momentos relevantes en la evolución del tema que nos ocupa.

Así, por ejemplo, Montesquieu escribe en su obra clásica *El espíritu de las leyes* que “Un hombre no es pobre porque no tiene nada, sino porque no trabaja. El que no tiene ningún bien, pero trabaja, vive con tanta holgura como el que tiene cien escudos de renta sin trabajar”.

Por su parte, John Locke escribió sobre el tema que nos ocupa lo siguiente:

El derecho a la existencia es el derecho primordial del hombre. Ahora bien, siendo así que, en general, los medios de existencia sólo le pueden ser dados al hombre por medio del trabajo, síguese de ello que el derecho a la existencia se torna en un derecho para todo hombre a ganarse la vida por medio de su trabajo. El Estado debe, pues, garantizar contra todo menoscabo del derecho al trabajo y a los frutos del trabajo.

Desde luego, en el primer constitucionalismo (durante la segunda mitad del siglo XVIII), la preocupación central era la libertad de trabajo y el derecho al salario. Particularmente, se genera una lucha contra el antiguo régimen para eliminar las cortapisas gremiales, de forma que progresivamente se pudiera establecer en gran escala el trabajo asalariado.²²²

Entre los instrumentos normativos que pueden señalarse como antecedentes de los modernos códigos laborales se encuentran el Edicto de Turgot de 1776 y la conocida como Ley Le Chapelier de 1791. La intención de Turgot fue eliminar

²²² Sastre Ibarreche, Rafael, *El derecho al trabajo*, Madrid, Trotta, 1996, p. 25.

los gremios, cofradías y comunidades de artes y oficios, de forma que se dejara a un lado la organización gremial que hasta entonces había prevalecido; con ello, Turgot pensaba que se conseguiría el pleno empleo. El objetivo fundamental de la Ley Le Chapelier fue prohibir el asociacionismo laboral y las organizaciones obreras, que eran consideradas contrarias a la libertad de trabajo.²²³

2. *Los derechos laborales como derechos fundamentales: derecho mexicano y derecho internacional*

En la actualidad, para entender plenamente el derecho al trabajo como derecho fundamental de carácter social deben hacerse algunas distinciones conceptuales. La primera es que el derecho al trabajo o los derechos de los trabajadores, para efectos de este análisis, son distintos de la libertad de trabajo, que ya fue estudiada en el capítulo tercero de este libro. Esto no significa, ni mucho menos, que unos excluyan a la otra; al contrario, solamente a partir de que existe la libertad de trabajo se puede comenzar a hablar de los derechos de los trabajadores, ya que sería muy difícil sostener que estos derechos existen si no se tiene la posibilidad de escoger el trabajo que cada persona prefiera o incluso de escoger si trabajar o no. Puede afirmarse, en consecuencia, que el derecho al trabajo, como otros derechos sociales, es un “derecho bifronte”, puesto que es a la vez un derecho social y un derecho de libertad.²²⁴

Como ya se ha visto, la libertad de trabajo comporta una serie de obligaciones a cargo del Estado: la primera de ellas es la de abstenerse de impedir que los individuos desempeñen la actividad de su preferencia, siempre que sea lícita (así lo dispone el artículo 5o. constitucional, entendiendo la licitud bajo las consideraciones que se formularon en el capítulo tercero *supra*). También exige, la libertad de trabajo, que el Estado combata los monopolios o las posiciones de dominio absoluto sobre algún sector del mercado, es decir, para que la libertad de trabajo sea efectiva se requiere que el Estado salvaguarde la competencia entre los actores económicos.

Aunque en algunos ordenamientos de otros países se señala que el trabajo es una obligación de los ciudadanos,²²⁵ no es éste el caso de México, pues el artículo 123 constitucional comienza señalando que “ Toda persona tiene derecho

²²³ *Ibidem*, pp. 25-27.

²²⁴ *Ibidem*, p. 89.

²²⁵ Así por ejemplo, la Constitución española de 1978 señala que “ Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo...” (artículo 35.1). En el mismo sentido, la Constitución de Portugal establece que “ El deber de trabajar es inseparable del derecho al trabajo, excepto para quienes sufran merma de su capacidad por razón de edad, enfermedad o vejez” (artículo 58.2).

al trabajo digno y socialmente útil...”. De esto se deriva que ninguna ley secundaria puede sancionar a una persona por el simple hecho de no trabajar, ya que tanto el artículo 5o. como el 123 claramente señalan que el trabajo es un *derecho* y no una *obligación*.²²⁶ Esto desde luego no quiere decir que no pueda haber distinciones entre los trabajadores y los no trabajadores por ejemplo en el régimen de la seguridad social.²²⁷ Lo que se desprende del derecho al trabajo como *derecho* es la prohibición de sancionar el “no trabajo”, por ejemplo a través de los tipos penales de “vagancia” y “malvivencia” hoy por fortuna en franca retirada de nuestra legislación penal, pero que hasta hace poco fueron armas de represión indiscriminada en manos de las autoridades administrativas y judiciales.

La primera obligación del Estado en relación con el derecho al trabajo como derecho social es promover las condiciones para que ese derecho pueda ser ejercido, lo que se traduce en la creación de ocasiones de empleo para las personas que quieran trabajar. Como lo señala el Tribunal Constitucional español,

El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo, y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo... En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa. En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma [Sentencia 22/1981].

En este sentido, no sería congruente con el derecho al trabajo una política tributaria que castigara las contrataciones de jóvenes o que desincentivara la creación de nuevos puestos de trabajo en las empresas. Aunque se trata de cuestiones que tienen que ver con el diseño y la planificación de la “macro-economía” de un país, también pueden ser analizadas (y en su caso juzgadas) desde el punto de vista del derecho constitucional, pues lo que involucran en última instancia es la posibilidad de ejercer o no un derecho fundamental; además, las políticas de pleno empleo y el papel rector del Estado en la economía están asimismo previstos en la Constitución mexicana, dentro de los artículos 25, 26 y 28. Concretamente, el párrafo primero del artículo 25 señala

²²⁶ Debe tomarse en cuenta, sin embargo, el señalamiento contenido en el artículo 5o. constitucional respecto a ciertos trabajos que sí pueden ser obligatorios.

²²⁷ Sastre Ibarreche, Rafael, *El derecho al trabajo*, cit., p. 94.

como un objetivo de la rectoría económica del Estado “el fomento del crecimiento económico y el empleo...”.

Sería imposible realizar en este momento un análisis detenido del conjunto de disposiciones que tanto en el texto constitucional como en los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos regulan el derecho al trabajo. En los párrafos siguientes se dibujan simplemente algunas cuestiones en torno al tema, que sin duda deberá ser profundizado con la lectura de las obras especializadas en derecho laboral.

El derecho al trabajo en general está recogido en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, como también lo están algunos derechos más concretos que guardan relación con él. Así, por ejemplo, se puede citar el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el llamado Protocolo de San Salvador), que recoge el derecho al trabajo en general (artículo 6o.) y luego le dedica un artículo a las “condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo” (artículo 7o.), a los derechos sindicales (artículo 8o.) y al derecho a la seguridad social (artículo 9o.).

Algunos aspectos concretos de los derechos laborales están igualmente en la legislación internacional. Por ejemplo, respecto de los derechos sindicales, el Protocolo de San Salvador dispone en su artículo 8o. lo siguiente:

1. Los Estados partes garantizarán:

A) El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente;

B) El derecho a la huelga.

2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstas sean propias a una sociedad democrática, necesarias para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley.

3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato.

En consecuencia con el artículo que se acaba de transcribir y atendiendo a muchas otras disposiciones que garantizan la libertad de asociación también en

el ámbito sindical, la Suprema Corte estableció que las leyes que imponían la sindicación única (sucedió con las que regulaban el funcionamiento de la burocracia federal) eran violatorias del artículo 123 constitucional; así se establece, por ejemplo, en la siguiente tesis jurisprudencial:

SINDICACIÓN ÚNICA. LAS LEYES O ESTATUTOS QUE LA PREVÉN, VIOLAN LA LIBERTAD SINDICAL CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN X, CONSTITUCIONAL. El artículo 123 constitucional consagra la libertad sindical con un sentido pleno de universalidad, partiendo del derecho personal de cada trabajador a asociarse y reconociendo un derecho colectivo, una vez que el sindicato adquiere existencia y personalidad propias. Dicha libertad debe entenderse en sus tres aspectos fundamentales: 1. Un aspecto positivo que consiste en la facultad del trabajador para ingresar a un sindicato ya integrado o constituir uno nuevo; 2. Un aspecto negativo, que implica la posibilidad de no ingresar a un sindicato determinado y la de no afiliarse a sindicato alguno; y 3. La libertad de separación o renuncia de formar parte de la asociación. Ahora bien, el mandamiento de un solo sindicato de burocratas por dependencia gubernativa que establezcan las leyes o estatutos laborales, viola la garantía social de libre sindicación de los trabajadores prevista en el artículo 123, apartado B, fracción X, de la Constitución federal de la República, toda vez que al regular la sindicación única restringe la libertad de asociación de los trabajadores para la defensa de sus intereses. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IX, mayo de 1999, tesis P./J. 43/99, p. 5.

El que se acaba de transcribir es un criterio muy relevante no solamente para afianzar el ejercicio de la libertad de asociación, sino también porque tiene evidentes repercusiones sobre el aparato corporativo que se había construido desde hace muchos años alrededor del Partido Revolucionario Institucional (PRI), a través del cual se manipulaba descaradamente la participación electoral de los trabajadores y los dirigentes sindicales se beneficiaban de formas legales e ilegales por dicha manipulación. Aunque ese sistema todavía no se desmonta del todo, no cabe duda que la tesis transcrita en mucho puede ayudar para ese objetivo.

De forma complementaria a los derechos de los trabajadores, fueron surgiendo históricamente los sistemas de seguridad como una vía para trasladar a las instituciones públicas el deber de asistencia de los desamparados y como una estrategia de “socialización del riesgo”, según ya lo vimos en la primera parte de este capítulo. En consecuencia con lo anterior, la fracción XXIX del apartado A del artículo 123 constitucional prevé la existencia de un sistema de seguridad social. Su texto es el siguiente:

Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y ac-

cidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares.

Sobre el tema de la seguridad social hay que recordar que el artículo 9o. del Protocolo de San Salvador dispone que:

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.
2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

El artículo 123 constitucional no solamente contempla la vertiente social del derecho al trabajo, sino que buena parte de su contenido se puede articular como derechos individuales, con todas las consecuencias que ello tiene en orden a su protección jurisdiccional. Así, por ejemplo, en ese artículo se establece la duración de la jornada laboral, las previsiones básicas respecto al salario, el derecho al descanso remunerado, la participación de utilidades del trabajador sobre los beneficios de la empresa, etcétera.

IX. DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

Aunque no se encuentra recogido en el texto de la Constitución mexicana, quizá convenga, antes de terminar el capítulo de derechos sociales, dedicar unas breves reflexiones al derecho a la alimentación, que ha sido reconocido en varios tratados y documentos internacionales de derechos humanos.

Las hambrunas han estado presentes en la historia reciente de un buen número de países; en México, aunque el fenómeno no alcanza las proporciones que tiene en otros países, actualmente muchas personas sufren de desnutrición y un número considerable de ellas muere por enfermedades relacionadas con el hambre.

La falta de alimento, la deficiente ingestión de calorías y la desnutrición, son fenómenos que afectan de forma directa el disfrute de casi todos los derechos fundamentales, además de que tienen un impacto directo en el derecho a la salud.

Uno de los máximos analistas del fenómeno de las hambrunas es el muy reconocido economista Amartya K. Sen, Premio Nobel de Economía en 1998. Me basaré en su pensamiento para exponer algunas cuestiones generales, no de carácter jurídico, que configuran el contexto económico, social y político necesario para emprender adecuadamente el estudio del derecho a la alimentación.

1. *Hambrunas, población y democracia*

Lo primero que habría que decir es que el hambre no es, según podría pensarse, un fenómeno del pasado. Como escribe Amartya K. Sen,

En la actualidad no faltan acontecimientos terribles y desagradables pero uno de los peores es, sin duda alguna, el persistente problema general del hambre en un mundo que goza de una prosperidad sin precedentes... El hambre endémico y general causa, además, grandes sufrimientos en numerosas partes del mundo, debilitando a cientos de millones de personas y matando a una considerable proporción con inexorable regularidad estadística.²²⁸

Cuando se habla de temas relacionados con la alimentación, se suele citar la tesis de Malthus contenida en su *Ensayo sobre la población*, publicado en 1798, en el que se anticipaba que el crecimiento de la población sobrepasaría las capacidades productivas del planeta, particularmente en lo referido a los alimentos.

Las profecías de Malthus no se han cumplido, por fortuna; pero es obvio que la población ha crecido diametralmente en los últimos siglos. La especie humana tardó millones de años en sumar la cantidad de 1,000 millones de personas en el planeta, pero solamente 123 años en llegar a los 2,000 millones, 33 años en llegar a los 3,000 millones, 14 años en llegar a los 4,000 millones y 13 años en llegar a los 5,000 millones.²²⁹ ¿Esta cantidad de habitantes del planeta ha disminuido la existencia de alimentos para cada uno de ellos? La respuesta que ofrecen las más fiables estadísticas parece que es negativa, pues, con excep-

²²⁸ Sen, Amartya K., *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Planeta, 2000, p. 250.

²²⁹ *Ibidem*, p. 256. Un ensayo bastante original y polémico sobre el crecimiento poblacional es el de Sartori, Giovanni y Mazzoleni, Gianni, *La tierra explota. Superpoblación y desarrollo*, Madrid, Taurus, 2003; los autores recuerdan que actualmente la población del mundo crece a un ritmo de 230,000 personas cada día, lo que significa que cada mes el planeta tiene 7 millones más de habitantes; al año se suman a la tierra 84 millones más de personas, lo que representa algo así como dos veces la población de España o una vez la población de Alemania.

ción del continente africano, la producción de alimentos ha crecido en todas las regiones del mundo y los precios de los alimentos básicos han disminuido en casi un 70% en los últimos 50 años.²³⁰

De acuerdo con lo anterior, podemos afirmar que la violación del derecho a la alimentación se puede dar no por falta de alimentos, sino por falta de capacidad de alguna persona para hacerse con esos alimentos, ya sea que los produzca por sí misma o que los adquiera en el mercado;²³¹ esto guarda relación con la organización general de carácter económico y político que se adopte, así como con las posibilidades de producción e intercambio con que cuente una persona.

Por su relación con el tema de los derechos fundamentales hay que poner de relieve el vínculo estrecho entre el tipo de sistema político y la presencia de hambrunas. Sen afirma, con evidencia empírica contundente, que un sistema democrático por sí solo (es decir, con independencia de las condiciones económicas del país de que se trate) puede hacer frente a una hambruna o incluso prevenirla. Viviendo en democracia, sostiene, la amenaza de que se produzcan hambrunas en un país genera una presión enorme para los gobernantes, que cuentan con fuertes incentivos para tratar de combatirlas o prevenirlas. Por otro lado, un sistema democrático permite un mayor acceso a la información, lo cual tiene una influencia decisiva en contra de las hambrunas; nuestro autor escribe que

La libertad de prensa y la práctica de la democracia contribuyen de manera extraordinaria a sacar a relucir información que puede influir enormemente en las medidas que se adopten para prevenir las hambrunas (por ejemplo, la información sobre los efectos iniciales de las sequías y las inundaciones y sobre la naturaleza y las consecuencias del paro). La fuente más elemental de información básica procedente de zonas distantes sobre una amenaza de hambruna son los medios de prensa con iniciativa, sobre todo cuando hay incentivos —proporcionados por un sistema democrático— para sacar a la luz hechos que pueden resultar embarazosos para el gobierno (hechos que un gobierno autoritario tendería a censurar). En consecuencia, creemos que una prensa libre y una oposición política activas constituyen el mejor sistema de alerta inmediata que puede tener un país amenazado por hambrunas.²³²

Después de haber hecho mención de estas cuestiones generales, corresponde examinar los fundamentos jurídicos del derecho a la alimentación, a efecto de conocerlos y precisar su alcance.

²³⁰ Sen, Amartya K., *Desarrollo y libertad*, cit., pp. 252 y 253, cuadros 9.1 y 9.2.

²³¹ *Ibidem*, p. 200.

²³² *Ibidem*, p. 223.

2. *El derecho a la alimentación como derecho fundamental*

Aunque ya existía una mención sobre el derecho a la alimentación en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 (artículo 25.1), este derecho se comienza a regular de forma más detallada a partir de la expedición del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,²³³ cuyo artículo 11 establece, en la parte que nos interesa en este momento, que

1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia, incluso *alimentación*, vestido y vivienda...

2. 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 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 en los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

A nivel regional, el derecho a la alimentación se reconoce por ejemplo en el artículo 12 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ha sido ratificado por México;²³⁴ el texto del precepto mencionado es el siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual.

2. Con el objeto de hacer efectivo este derecho y erradicar la desnutrición, los Estados partes se comprometen a perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos, para lo cual se comprometen a promover una mayor cooperación internacional en apoyo de las políticas nacionales sobre la materia.

²³³ Sobre los antecedentes y el marco jurídico internacional del derecho a la alimentación, *cf.* Villán Durán, Carlos, "Contenido y alcances del derecho a la alimentación en el derecho internacional", en VV. AA., *El derecho a la equidad*, Barcelona, Icaria, 1997.

²³⁴ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 10. de septiembre de 1998.

El derecho a la alimentación también figura en algunos tratados sectoriales de derechos humanos; por ejemplo en la Convención de los Derechos del Niño, cuyo artículo 27 hace referencia incluso a aspectos muy concretos relacionados con ese derecho; tal es el caso de la cuestión relativa a la pensión alimenticia que incumbe a las personas responsables del menor y para cuya eficaz cobertura la Convención instruye a los Estados para que promuevan la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados, particularmente en el caso en que el responsable viva en un país distinto a aquel en el que vive el menor. La misma Convención se refiere a la obligación de los Estados parte de tomar medidas a fin de combatir la malnutrición, así como para asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los menores, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, y sobre todo las ventajas de la lactancia materna (artículo 24, párrafo 2, incisos C y D).

De los preceptos que se acaban de mencionar se puede colegir que el derecho a la alimentación forma parte del concepto más amplio de “calidad de vida”,²³⁵ que se relaciona con el conjunto de derechos sociales que se han estudiado en el presente capítulo.

También hay que destacar que, como se desprende de los textos transcritos, tanto el Pacto Internacional como el Protocolo de San Salvador hacen referencia al importante tema de la producción y distribución de los alimentos, sin las cuales no se podrá satisfacer adecuadamente el derecho a la alimentación.

El derecho a la alimentación ha sido estudiado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su Observación General número 12, dictada en 1999, y cuyo objeto es precisar los alcances que se derivan del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.²³⁶

Aparte de la Observación General número 12, es importante mencionar también que en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU se han preparado varios documentos a manera de informes de relatores especiales que precisan el alcance del derecho a la alimentación; dos reportes relevantes por su carácter justamente informativo son el informe “El derecho a una alimenta-

²³⁵ Al respecto, Martín Mateo, Ramón, “La calidad de vida como valor jurídico”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, cit., t. II, pp. 1437 y ss. Desde una perspectiva amplia, no restringida a los aspectos jurídicos, uno de los textos más importantes sobre el tema es el de Nussbaum, Martha C. y Sen, Amartya (comps.), *La calidad de vida*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

²³⁶ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 562 y ss.

ción adecuada y a no padecer hambre. Estudio actualizado sobre el derecho a la alimentación”, elaborado por Absjorn Eide en 1999,²³⁷ y el informe “El derecho a la alimentación”, preparado por Jean Ziegler en 2001.²³⁸

Se trata de dos de los varios documentos que tienen gran interés para el tema que se está estudiando, pues conjugan con mucha precisión las cuestiones empíricas y las normativas. Veamos con algún detalle su contenido antes de entrar al análisis de la ya mencionada Observación General número 12, que nos permitirá precisar el significado y alcances del derecho a la alimentación y las posiciones subjetivas que se derivan del mismo.

Hay que decir que ambos informes de los relatores especiales muestran muchos puntos de coincidencia, puesto que el de Ziegler —que es posterior en el tiempo— toma en cuenta casi todos los aspectos abordados por Eide y los desarrolla o pone al día.

Antes de analizar los documentos mencionados hay que señalar que algunas indicaciones relacionadas con el derecho a la alimentación se encuentran contempladas en el ordenamiento jurídico mexicano dentro de la Ley General de Salud, a partir de una reforma publicada el 19 de junio de 2003. De acuerdo con esa reforma, se le agrega un párrafo al artículo 114 de la Ley para establecer que

La Secretaría de Salud, las entidades del sector salud y los gobiernos de las entidades federativas, en sus respectivos ámbitos de competencia, formularán y desarrollarán programas de nutrición, promoviendo la participación en los mismos de los organismos nacionales e internacionales cuyas actividades se relacionen con la nutrición, alimentos, y su disponibilidad, así como de los sectores sociales y privados.

Además, en los artículos 210 y 212 se precisan los requisitos que, en materia de información al consumidor, deberán de tener los productos alimenticios.

A. Cuestiones empíricas

El informe de Eide comienza con el reconocimiento de que el combate al hambre ha fracasado en el mundo y que ello “constituye una de las deficiencias más graves del programa relativo a los derechos humanos” (párrafo 1). La Comisión de Derechos Humanos de la ONU, recuerda Eide, ha reafirmado que el hambre “constituye un ultraje y una violación de la dignidad humana” (párrafo 85).

²³⁷ Figura en el documento E/CN.4/Sub.2/1999/12.

²³⁸ Figura en el documento E/CN.4/2001/53.

En ambos informes se destaca que la cifra de personas que padece hambre en el mundo es de más de 800 millones (Eide, párrafo 3, Ziegler, párrafos 3 a 7). En los dos informes se aportan datos de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO, por sus siglas en inglés), según los cuales 826 millones de personas padecen actualmente desnutrición crónica y grave. Esta cifra alcanza niveles dramáticos en Asia, en donde la sufre el 24% de la población (equivalente a unos 515 millones de personas) y en el África subsahariana, en donde la padece el 34% de la población (equivalente a uno 186 millones de personas). Una parte relevante de esas personas sufren lo que la FAO considera “hambre extrema”, que es la que afecta a quienes ingieren menos de 300 calorías al día.

Estas cifras deben analizarse de forma conjunta con otras que nos dan cuenta de los efectos del hambre; así, por ejemplo, entre las repercusiones de la malnutrición tenemos que 208 millones de personas padecen retraso de crecimiento, 50 millones están afectadas de daño cerebral por carencia de yodo, 3 millones de niños están expuestos a riesgos de infección, ceguera y muerte por falta de vitamina A, 2,000 millones de personas están afectadas por falta de hierro y por anemia y así por el estilo (Eide, párrafo 14).

La malnutrición en la primera etapa de la vida (la que afecta a niños menores de seis años) predetermina o “programa” a los individuos a padecer ciertas enfermedades durante toda su existencia y genera un ciclo biológico que limita las posibilidades de desarrollo de las personas y, en consecuencia, el goce de los derechos fundamentales (Eide, párrafos 20 y 21). La malnutrición afecta de manera más sensible a las mujeres y a las niñas, las cuales —en los países en desarrollo— comienzan embarazos precoces afectadas por desnutrición y dan a luz a niños que nacen con bajo peso; la malnutrición de la madre y del niño durante la lactancia puede ocasionar la presencia de enfermedades infecciosas y afectar el desarrollo encefálico de los menores (Eide, párrafo 23).

Es importante señalar la importancia que tiene la alimentación por medio de la leche materna, al menos hasta que los recién nacidos cumplan seis meses. De acuerdo con Eide (párrafo 26),

El Estado tiene la obligación de *respetar* el derecho de la mujer a proporcionar ese alimento y de *proteger y facilitar* las condiciones necesarias para que pueda hacerlo durante seis meses. Esto puede requerir medidas legislativas y de apoyo, que protejan a las madres de las situaciones que las obligan a suspender el amamantamiento y a utilizar alimentos alternativos, incluidos los sucedáneos de la leche materna...

En el derecho mexicano, la fracción V del apartado A del artículo 123 constitucional garantiza algunas condiciones favorables para la mujer trabajadora

durante el periodo de lactancia, aunque no lo define en cuanto a su extensión temporal.

El derecho a la alimentación se puede entender como

el derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra en dinero, a una alimentación 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 síquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna (Ziegler, párrafo 14).

El objetivo que busca alcanzar el derecho a la alimentación es la seguridad alimentaria, la cual se define según Eide como “el acceso de todas las personas en todo momento a los alimentos necesarios para una vida sana y activa. Alcanzar la seguridad alimentaria significa garantizar que se disponga de suficientes alimentos, que los suministros sean relativamente estables y que quienes los necesiten puedan obtenerlos” (párrafo 60).

El logro de la seguridad alimentaria implica variaciones según la edad de los titulares del derecho a la alimentación; así, por ejemplo, un lactante requiere de 300 calorías al día; a partir del primero o segundo año se requieren 1,000 calorías; a los cinco años se requieren 1,600 calorías por día y un adulto necesita entre 2,000 y 2,700 calorías al día, dependiendo de la región en la que habita y del trabajo que realiza (Ziegler, párrafo 15).

Eide concuye su informe con algunas recomendaciones, entre las que se pueden mencionar las siguientes:

- Los Estados deben elaborar indicadores nacionales sobre la inseguridad alimentaria, o ampliar los ya existentes.
- Se deben establecer mecanismos apropiados para manejar los aspectos técnicos relativos a la alimentación y nutrición.
- En todos los países deben establecerse consejos nacionales de nutrición.

Para alcanzar la seguridad alimentaria es muy probable que se requiera de una regulación internacional sobre las semillas de los granos básicos, que constituyen la principal fuente alimenticia del planeta. Dicha regulación debería de tener entre sus objetivos impedir la apropiación monopólica de la producción de semillas, evitar que dicha producción tenga efectos perjudiciales sobre el medio ambiente y que no se sometan a procesos de modificación genética que puedan generar efectos nocivos sobre la salud de las personas.²³⁹

²³⁹ Algunos de estos aspectos son analizados, desde una perspectiva no jurídica, por Shiva, Vandana, *Cosecha robada. El secuestro del suministro mundial de alimentos*, Barcelona, Paidós, 2003; sobre el mismo tema, Shiva, Vandana, “Derecho a la alimentación, libre

El informe de Ziegler precisa algunas de las cuestiones que se han mencionado en los párrafos anteriores. Por ejemplo, Ziegler relaciona el tema del derecho a la alimentación con el derecho al agua potable y recuerda algunas cifras preocupantes: en todo el mundo más de 1,000 millones de personas no tienen conexión a una red moderna de abastecimiento de agua; 2,400 millones no disponen de instalaciones adecuadas de saneamiento; bastarían 10,000 millones de dólares al año para asegurar en poco tiempo que todas las personas del planeta tuvieran acceso al agua potable. Aunque pueda parecer una cifra aparatosa, Ziegler recuerda que esa cantidad es el equivalente de lo que los europeos se gastan en helados o la quinta parte de lo que los habitantes de los Estados Unidos de América gastan anualmente en alimentos para sus animales domésticos (párrafo 33).

Una cuestión que afecta al derecho a la alimentación es la que se refiere a la manipulación genética de los alimentos, técnica que se practica en varios países, generalmente sin control adecuado. Ziegler señala que el derecho a la alimentación supone el acceso a alimentos sanos, exentos de cualquier sustancia nociva, de forma que su ingestión no produzca resultados perjudiciales para la salud y el desarrollo de las personas (párrafo 73).

Para hacer realidad el derecho a la alimentación Ziegler indica que se tienen que superar obstáculos económicos y sociales; entre los de carácter social menciona varios, pero hay dos sobre los que conviene detenerse pues tienen una especial relevancia para el caso de México. Ziegler menciona, con base en la Declaración de la Cumbre Mundial de la Alimentación (Roma, 1996) que la corrupción es una de las causas de la inseguridad alimentaria y pone varios ejemplos de países que han utilizado la ayuda internacional para alimentos en la compra de armas; o bien, los fondos destinados a ese objetivo han ido a parar a las cuentas personales de los gobernantes en turno (párrafo 75).

Otro obstáculo de carácter social que conviene mencionar es el que se refiere a la discriminación contra las mujeres, sobre el que también había reparado Eide en su informe; el problema, como ya se ha mencionado, es doble, ya que por una parte las mujeres y las niñas figuran entre las primeras víctimas de las hambrunas, mientras que por otra son las que transmiten las secuelas de la malnutrición de generación en generación (Ziegler, párrafo 78); por lo anterior, la lucha contra la discriminación de la mujer se puede constituir, simultáneamente, en una lucha por el derecho a la alimentación.

B. *Cuestiones normativas*

Aunque ya hay más de 20 países en cuyas Constituciones se consagra el derecho a la alimentación o una norma similar (Ziegler, párrafo 52), puede decirse, para efectos de la presente exposición, que las cuestiones normativas sobre el derecho a la alimentación se desprenden fundamentalmente de los textos internacionales a los que ya se ha hecho referencia, para cuya interpretación es indispensable atender al contenido de la Observación General número 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. La Observación General mencionada toma muchos elementos de la Observación General número 3, dictada por el mismo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Observación General número 3 es la que define las obligaciones que para los Estados parte se desprenden del contenido del Pacto (su contenido ya ha sido examinado en este capítulo, dentro del apartado que aborda el tema de las obligaciones de los Estados derivadas del Pacto).

La OG número 12 precisa que el derecho a la alimentación tiene mucha importancia porque permite el pleno disfrute de todos los demás derechos, y añade que es un derecho que corresponde a todas las personas, sin hacer ninguna distinción entre ellas (párrafo 1).

El derecho a la alimentación se proyecta sobre el concepto más amplio, fundamental para el tema de los derechos humanos, de la justicia social, “pues requiere la adopción de políticas económicas, ambientales y sociales adecuadas, en los planos nacional e internacional, orientadas a la erradicación de la pobreza y al disfrute de todos los derechos humanos...” (párrafo 4).

El Comité reconoce que el origen del problema del hambre no está, como ya lo hemos visto al exponer las tesis sobre las hambrunas de Amartya Sen, en la falta de alimentos suficientes, sino “en la falta de acceso a los alimentos disponibles, por parte de grandes segmentos de la población del mundo entre otras razones, a causa de la pobreza” (párrafo 5).

El derecho a la alimentación no puede reducirse a un asunto de calorías, sino que comporta otros muchos factores. Por ejemplo, la obligación del Estado de adoptar medidas para mitigar el hambre en caso de desastre natural o de otra índole (párrafo 6).

El contenido básico del derecho a la alimentación, sostiene el Comité (párrafo 8), es el siguiente:

- La disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada.

—La accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos.

A partir de estas definiciones, el Comité aborda con mayor detalle el contenido básico del derecho en cuestión. Así, por ejemplo, señala que por necesidades alimentarias,

se entiende que el régimen de alimentación en conjunto aporta una combinación de productos nutritivos para el crecimiento físico y mental, el desarrollo y el mantenimiento, y la actividad física que sea suficiente para satisfacer las necesidades fisiológicas humanas en todas las etapas del ciclo vital, y según el sexo y la ocupación [párrafo 9].

Al hablar de la ausencia de sustancias nocivas, el Comité se refiere a los requisitos de inocuidad de los alimentos, lo que supone una serie de obligaciones tanto de los poderes públicos como de los particulares, a fin de evitar que los alimentos se contaminen por la adulteración, la mala higiene ambiental o la manipulación incorrecta en algún momento del ciclo de producción (párrafo 10).

La accesibilidad de los alimentos, según el Comité, debe entenderse de dos maneras: accesibilidad económica y accesibilidad física. La primera implica que los costos financieros personales o familiares asociados a la adquisición de alimentos estén a un nivel que no amenacen la provisión o satisfacción de otras necesidades básicas; para garantizarla, el Estado en algunos casos tendrá que implementar programas especiales, por ejemplo en favor de las personas sin tierra o de otros grupos particularmente empobrecidos de la población. Por su parte, la accesibilidad física significa que los alimentos estén al alcance de todos, incluso de los individuos físicamente vulnerables, de las personas de edad, de los lactantes y de los niños, de las personas con alguna discapacidad, de los moribundos, etcétera (párrafo 13).

Al referirse a las obligaciones y violaciones que se pueden dar en el derecho a la alimentación, el Comité sigue la clasificación de los tipos de obligaciones que ya se examinaron en apartados precedentes de este capítulo y habla de obligaciones de respetar, de proteger y de realizar (hacer efectivo o facilitar).

La obligación de respetar requiere que los Estados parte no adopten medidas de ningún tipo que tengan por resultado impedir el acceso a una alimentación adecuada por parte de todas las personas que se encuentran en su territorio.

La obligación de proteger requiere que el Estado parte adopte medidas para velar por que las empresas o los particulares no priven a las personas del acceso a una alimentación adecuada. En el ordenamiento constitucional mexicano, como ya fue analizado en el capítulo relativo a los derechos de libertad al tratar

el tema de las libertades económicas y sus límites, los poderes públicos tienen un mandato reforzado para proteger el derecho a la alimentación, pues el artículo 28 de la carta magna, en sus párrafos segundo y tercero establece que

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

La obligación de realizar es entendida por el Comité en el sentido de facilitar y en el sentido de hacer efectivo el derecho a la alimentación. La obligación de facilitar consiste en que el Estado parte debe procurar iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y vías que aseguren sus medios de vida, incluida la seguridad alimentaria. Por su parte, la obligación de hacer efectivo el derecho a la alimentación consiste en tomar todas las medidas para que el derecho a la alimentación sea realizado cuando un individuo o un grupo sean incapaces, por razones que escapan a su control, de disfrutar de ese derecho por los medios que tienen a su alcance (párrafo 15).

Las violaciones al Pacto se producen, como ya lo establece la Observación General número 3 para todos los derechos económicos, sociales y culturales, cuando los Estados parte no garantizan al menos un nivel mínimo esencial que proteja a su población contra el hambre (párrafo 17).

El Comité reconoce que el derecho a la alimentación vincula no sólo a los poderes públicos, sino también a los particulares y que éstos pueden en consecuencia violar ese derecho; en concreto, señala que “Las violaciones del derecho a la alimentación pueden producirse por actos realizados directamente por los Estados o por otras entidades insuficientemente reguladas por los Estados” (párrafo 19). Desde luego, el Comité reconoce que solamente los Estados son

parte en el Pacto y los responsables últimos de su cumplimiento, pero aclara que toda la sociedad es responsable de la realización del derecho a la alimentación. Así, el Comité señala que “El sector empresarial privado, tanto nacional como transnacional, debería actuar en el marco de un código de conducta en el que se tuviera presente el respeto del derecho a una alimentación adecuada, establecido de común acuerdo con el gobierno y la sociedad civil” (párrafo 20).

Siguiendo el esquema de la Observación General número 3, el Comité señala que los Estados parte deben elaborar una estrategia nacional que garantice la seguridad alimentaria y la nutrición para todos, procediendo a formular las políticas públicas y los indicadores que sean necesarios para ese efecto (párrafo 21).

La formulación de la estrategia debe tener en cuenta los principios de responsabilidad, transparencia, participación popular, descentralización, capacidad legislativa e independencia de la magistratura; la estrategia debe precisar las responsabilidades de cada nivel de gobierno y de cada autoridad, así como concretar un marco temporal de aplicación de las medidas necesarias (párrafos 23 y 24).

Los Estados parte deben también evitar la discriminación en el acceso a los alimentos, para lo cual deben tener en cuenta los siguientes elementos (párrafo 26):

- Garantías de un acceso completo y equitativo a los recursos económicos, especialmente para las mujeres, incluido el derecho a heredar y a poseer tierras y otros bienes, y el derecho de acceso al crédito, a los recursos naturales y a una tecnología adecuada.
- Medidas para respetar y proteger el trabajo por cuenta propia y los trabajos remunerados de modo que aseguren una vida digna para los asalariados y sus familias.
- Mantener registros sobre los derechos a la tierra, incluidos los bosques.

Tanto la estrategia nacional como la prohibición de discriminar en el acceso a los alimentos deben estar, según el Comité, en una ley marco, que sea la base de aplicación del derecho a la alimentación dentro del territorio de cada Estado parte (párrafo 29).

Los Estados deben crear los recursos judiciales necesarios para proteger ante los tribunales el derecho a la alimentación y las comisiones de derechos humanos deben atender también esas posibles violaciones (párrafo 32).

El Comité sugiere que el orden jurídico nacional de cada Estado parte introduzca como derecho interno las disposiciones que sobre el derecho a la alimen-

tación existen en los instrumentos internacionales, de forma que se pueda “mejorar de modo importante el alcance y la eficacia de las medidas de remedio” frente a las violaciones del derecho (párrafo 33).

Los Estados no deben utilizar los alimentos como una forma de presión hacia otros Estados; es decir, el Comité señala que no están permitidos los embargos o medidas semejantes que se apliquen sobre los alimentos en el plano de las relaciones internacionales (párrafo 37).

Po último, el Comité señala que en materia de derecho a la alimentación es muy recomendable la asistencia internacional, pero que dicha asistencia debe respetar a los productores locales, evitando afectarlos negativamente, y debe basarse en las necesidades de los beneficiarios previstos; los productos que figuren en el comercio internacional o en los programas de asistencia deben ser sanos y aceptables culturalmente para las poblaciones beneficiarias (párrafo 39).

X. DERECHO AL AGUA

Como ya hemos visto, una manifestación concreta del derecho a la alimentación se relaciona con el “derecho al agua”, es decir, con el derecho a acceder y utilizar en cantidades suficientes y bajo condiciones sanitarias adecuadas la cantidad de agua que necesitamos para llevar una vida digna.

Para algunos analistas, el tema del derecho al agua acerca a la teoría de los derechos fundamentales al iusnaturalismo, por dos razones principalmente: la primera porque se trata de defender un derecho que no está recogido con claridad en casi ningún ordenamiento jurídico; la segunda porque al tratarse de una cuestión biológica en sentido estricto (en la medida en que nuestro cuerpo está formado en un 70% de agua y ese nivel es esencial para la vida, y por tanto para el disfrute del resto de derechos), parecería ser una exigencia derivada de forma directa e inmediata de la “naturaleza humana”.²⁴⁰

Aunque es un tema sobre el que apenas se han empezado a generar los primeros estudios,²⁴¹ conviene tenerlo presente, pues en México y en muchos otros países será una cuestión de la mayor importancia dentro de muy poco tiempo.²⁴² De hecho, en la actualidad ya hay problemas serios de abastecimiento de agua en muchas partes del territorio nacional, lo cual ha generado diver-

²⁴⁰ Fantini, Emanuele, “Per il diritto umano all’acqua”, *Teoria Politica*, Milán, año XVIII, núm. 2 de 2002, p. 4.

²⁴¹ Uno de ellos, realizado desde el ámbito de la ciencia política, aunque interesante en lo general para el debate jurídico, es el de Fantini, Emanuele, “Per il diritto umano all’acqua”, *cit.*, pp. 3-15.

²⁴² En nuestro país se le empieza a catalogar como una cuestión de “seguridad nacional”.

sas reacciones de los particulares y de las autoridades, incluyendo a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, como veremos más adelante. Según datos internacionales, 12% de la población en México no tiene acceso sostenible a fuentes de agua mejoradas;²⁴³ y es probable que este porcentaje se eleve sensiblemente en los próximos años.

1. *El derecho al agua en el derecho internacional de los derechos humanos*

El tema del derecho al agua ha sido abordado desde una óptica internacional, a través de tres interesantes documentos producidos en el seno de las Naciones Unidas. El primero es el informe preliminar presentado por el relator especial El Hadji Guissé sobre la “Relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento”, rendido ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU el 25 de junio de 2002;²⁴⁴ el segundo es el “Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo”, coordinado por la UNESCO, realizado por 23 agencias de las Naciones Unidas y publicado a principios de 2003; el tercer documento es la Observación General número 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.²⁴⁵

Antes de comenzar el estudio de esos documentos conviene mencionar que el derecho al agua encuentra su fundamento jurídico dentro del derecho internacional de los derechos humanos en varias disposiciones, tanto de carácter general como sectoriales. Así, por ejemplo, se encuentra contenido en el derecho a la salud establecido por el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o en el derecho a la vivienda y a la alimentación del artículo 11 del mismo Pacto. Además, está expresamente mencionado en el párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (la CEDAW) y en el párrafo 2 del artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño.

En el documento citado del relator especial se da cuenta de la problemática mundial sobre el acceso al agua y se apunta la debilidad de las construcciones jurídicas en torno a esa necesidad básica. Para empezar, el relator cita un dato estrictamente biológico del que no podemos desentendernos: el contenido mis-

²⁴³ PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2003*, Madrid, Mundiprensa, 2003, p. 245.

²⁴⁴ Figura en el documento E/CN.4/Sub.2/2002/10.

²⁴⁵ Se encuentra en el documento E/C.12/2002/11; fue aprobada durante el 29o. periodo de sesiones del Comité, celebrado del 11 al 29 de noviembre de 2002.

mo del cuerpo humano está formado en gran parte de agua; entre un 58% y un 67% en los adultos y entre un 66% y un 74% en los recién nacidos.

Los datos que aporta en su informe son alarmantes, por más que sean ya conocidos: 1,500 millones de personas no tienen acceso a agua potable en el mundo y 4,000 millones carecen de servicios de saneamiento adecuados. Un dato todavía más escalofriante si cabe: el 80% de las enfermedades se transmiten a través del agua, lo cual demuestra la necesidad de asegurar un cierto nivel de calidad en la provisión del líquido. El futuro no se presenta muy halagüeño; el relator calcula que para 2025 cerca de 3,000 millones en todo el planeta sufrirán escasez de agua.

La escasez de agua se produce por muchas razones; entre ellas el relator especial identifica las siguientes: la destrucción de las cuencas hidrográficas, la deforestación, los efectos nocivos de las prácticas agrícolas basadas en la utilización masiva de plaguicidas y otros productos químicos y la descarga de desechos tóxicos en los mantos acuíferos. En el caso de las grandes ciudades mexicanas habría que añadir que la escasez se produce por el nulo mantenimiento de la red de conducción de agua, por sus constantes fugas, por la sobreexplotación de los mantos freáticos, por el irracional uso que la población hace del agua y por la falta de planeación estratégica de las autoridades, entre otras cuestiones.

El objetivo del derecho al agua, explica el relator en su documento, es “garantizar a cada persona una cantidad mínima de agua de buena calidad que sea suficiente para la vida y la salud, es decir, que le permita satisfacer sus necesidades esenciales que consisten en beber, preparar los alimentos, conservar la salud y producir algunos alimentos para el consumo familiar” (párrafo 19).

Entre las obligaciones que para los Estados se generan a partir del derecho al agua (no concebido, todavía, como derecho autónomo, pero sí derivado de otros derechos) el relator señala las de tipo positivo y las de tipo negativo; entre las obligaciones positivas menciona la de suministrar agua potable, la de evacuar las aguas residuales y la de darles tratamiento; entre las negativas menciona la de no interrumpir el servicio de agua. En ambos casos los Estados tienen la obligación de igualdad de trato hacia los distintos usuarios.

El derecho al agua se relaciona con otros derechos humanos. El relator señala varios casos, de entre los que conviene mencionar el derecho a la paz, pues en su opinión la escasez de agua es foco de conflictos, tanto en las relaciones entre Estados como hacia el interior de un país. Este asunto es especialmente importante en México, en donde se han generado importantes tensiones sociales por la falta de aprovisionamiento de agua a determinadas comunidades. A reserva de lo que más adelante se dirá sobre el caso del Distrito de Riego 025,

en varias ciudades del país se han registrado enfrentamientos, por la falta de agua, entre grupos de personas y la policía. Los habitantes han tenido que manifestarse cerrando vialidades importantes o agrediendo a las fuerzas de seguridad para que las autoridades los atendieran. La represión estatal ha estado presente en muchos casos.

El relator también destaca la relación entre el derecho al agua y el derecho a la libre determinación. ¿Puede haber libre determinación de un país si el agua que consume pasa por otro país que le puede cortar en cualquier momento el suministro? El grado de injerencia en temas relacionados con el agua puede ser muy alto, como en México lo sabemos bien, sobre todo en la frontera norte en relación con el intercambio de recursos hídricos con los Estados Unidos de América.

Desde luego, el derecho al agua está muy vinculado con el derecho a la vivienda, pues como ya se ha visto en este mismo capítulo, no puede hablarse de vivienda digna y decorosa si no se cuenta con agua potable en la misma.

La escasez de agua, como se encarga de poner de manifiesto el relator especial, afecta al derecho a la educación, particularmente en el caso de las niñas, las cuales asumen la tarea en muchos casos de trasladar el agua desde grandes distancias hacia el hogar. El relator describe el dramatismo de la situación:

En lo que respecta a las necesidades domésticas de agua para beber, preparar los alimentos, lavar la ropa, fregar los platos y lavarse, son las mujeres, de preferencia las jóvenes e incluso las niñas, las que con un barreño sobre la cabeza recorren largas distancias, a menudo varias veces, para llegar al punto de agua más cercano. El camino a la escuela no lo conocen [párrafo 45].

Por lo que respecta al “Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo”, coordinado por la UNESCO, conviene considerar los siguientes puntos importantes.

El informe destaca que aunque pudiera pensarse que el agua sobra en el planeta, lo cierto es que solamente el 2.53% del total es agua dulce; de ese pequeño porcentaje hay que tomar en cuenta que la mayor parte se encuentra inmovilizada en los glaciares y en las nieves perpetuas.

También retoma el informe el asunto de la contaminación de las aguas y menciona que 2 millones de toneladas de desechos son arrojados cada día en aguas receptoras; la producción global de aguas receptoras es de 1,500 kilómetros cúbicos, lo que da como resultado que el 50% de la población que vive en los países en vías de desarrollo esté expuesta a aguas contaminadas.

Las proyecciones hacia el futuro, si no se toman medidas drásticas, no son muy halagüeñas; hacia el año 2050 se calcula que 7,000 millones de personas en 60 países sufrirán escasez de agua, aunque si las tendencias se corrigen dicha escasez afectará únicamente a 2,000 millones de personas en 48 países.

La UNESCO ubica, entre otros, los siguientes desafíos mundiales en torno al agua:

- Satisfacer las necesidades humanas básicas; de acuerdo con algunos estudios, cada ser humano necesita entre 20 y 50 litros de agua no contaminada cada día.
- Proteger los ecosistemas en bien de la población y del planeta. La degradación ecológica ha suscitado cambios medioambientales que han reducido la disponibilidad de recursos hídricos; al haberse roto varios ciclos naturales la recarga de los mantos acuíferos no se da de forma completa, lo cual tiene impactos en la agricultura y en el suministro de agua para las grandes concentraciones de población.
- Satisfacer las necesidades de los entornos urbanos. Hay que considerar que para el año 2030 el 60% de la población mundial vivirá en pueblos y ciudades, lo cual requiere de una gestión planificada y racional del agua.²⁴⁶ Este desafío también comporta la conexión de una toma de agua en las viviendas existentes y en las que se vayan construyendo.
- Asegurar el abastecimiento de alimentos para una población mundial creciente. Sobre este desafío conviene remitir a lo que se dijo en el apartado sobre el derecho a la alimentación.
- Promover una industria más limpia en beneficio de todos. En el mundo el uso industrial del agua supone el 22% del total, aunque en los países desarrollados esa cifra alcanza 59% y en los países con desarrollo medio y bajo apenas llega al 10%. Para cubrir este desafío es importante contar con la participación decidida del sector privado, haciendo responsables a los particulares por el uso racional del agua que consuman.
- Utilizar la energía para cubrir las necesidades del desarrollo. Se propone utilizar el agua para generar electricidad, la cual a su vez tiene una incidencia directa en el combate a la pobreza. El uso de la energía hidráulica puede reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y de muchos otros contaminantes.

²⁴⁶ Una buena introducción a los temas relacionados con la gestión de entornos urbanos puede verse en el libro de Borja, Jordi y Castells, Manuel, *Local y global. La gestión de las ciudades en la era de la información*, Madrid, Taurus, 2002.

—Compartir el agua. Ya se ha hecho referencia a los potenciales conflictos que se pueden desatar por causa del agua. La idea de este desafío va en el sentido de señalar que un uso responsable del agua implica que se comparta, por medio de acuerdos que garanticen una correcta gestión interregional y transfronteriza.

La Observación General número 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU viene a sintetizar de forma clara y bastante acertada el estado de la problemática del derecho al agua y a precisar sus alcances jurídicos. En algunas de sus partes retoma conceptos que ya estaban contenidos en los dos documentos que acabamos de analizar.

La OG 15 comienza reconociendo la importancia que tienen los recursos hídricos en nuestro mundo: “El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos” (párrafo 1).

El Comité define el derecho al agua como

el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica (párrafo 2).

El Comité reconoce que el derecho al agua es de carácter complejo, en tanto que involucra tanto libertades como derecho a acciones positivas por parte del Estado:

las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos. En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua [párrafo 10].

El Comité señala ciertos factores que deberán estar presentes en cualquier circunstancia para asegurar el derecho al agua (párrafo 12):

—*Disponibilidad*: el abastecimiento de agua para cada persona debe ser continuo y suficiente; la cantidad de ese abastecimiento tiene que ade-

cuarse a los estándares establecidos por la Organización Mundial de la Salud.

- Calidad*: el agua disponible debe ser salubre y por tanto no contener microorganismos o sustancias químicas y radioactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas, lo que incluye un adecuado color, olor y sabor.
- Accesibilidad*: el agua debe ser accesible para todos dentro del territorio de un Estado; la accesibilidad tiene cuatro distintas dimensiones:
 - a) accesibilidad física, lo que significa que se pueda acceder al suministro de agua desde cada hogar o lugar de trabajo, o que se le encuentre en las cercanías inmediatas;
 - b) accesibilidad económica, lo que significa que los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles para todos;
 - c) no discriminación, que comprende la posibilidad de que todos accedan al agua, sobre todo los sectores más vulnerables y marginados de la población, y
 - d) acceso a la información, de modo que cualquier persona pueda solicitar, recibir y difundir información sobre cuestiones relacionadas con el agua.

El Comité se detiene en un aspecto central del derecho al agua al señalar medidas específicas para tutelar ese derecho en favor de los grupos vulnerables. Particularmente señala el especial énfasis que las autoridades deben poner en el abastecimiento de agua de las mujeres (que en muchos casos tienen la carga de conseguir el agua), de los niños (que pueden ver conculcado su derecho a la educación por falta de agua en las instituciones de enseñanza o en su hogar), de los habitantes de las zonas rurales, de los pueblos indígenas, de las comunidades nómadas y errantes, de los refugiados, solicitantes de asilo, desplazados internos y repatriados, de los presos y detenidos, así como de las personas que tienen dificultades para acceder al agua por sus condiciones físicas, como son los adultos mayores, las personas con discapacidad, las víctimas de desastres naturales o los habitantes en zonas áridas (párrafo 16).

El Comité también señala que los Estados deben tomar medidas no solamente para garantizar el abasto de agua para las actuales generaciones, sino también para las generaciones futuras. Con la finalidad de lograrlo, se proponen una serie de medidas que el Estado debe tomar, entre las que se encuentran las siguientes (párrafo 28):

- Reducción de la disminución de recursos hídricos por extracción, desvío o contención.
- Reducción y eliminación de la contaminación de las cuencas hidrográficas y de los ecosistemas relacionados con el agua por radicación, sustancias químicas nocivas y excrementos humanos.
- Vigilancia de las reservas de agua.
- Aumento del uso eficiente del agua por parte de los consumidores.
- Reducción del desperdicio durante el proceso de distribución.

Siguiendo la terminología adoptada desde la Observación General número 3, el Comité señala en la OG 15 las obligaciones básicas de los Estados en relación con el derecho al agua (párrafo 37):

- Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua, que sea suficiente y apta para el consumo personal y doméstico, así como para prevenir las enfermedades.
- Asegurar el derecho de acceso al agua sin discriminación, especialmente por lo que hace a los grupos vulnerables o marginados.
- Garantizar el acceso físico a las instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular, que tengan las salidas necesarias para evitar largos tiempos de espera y que se encuentren a una distancia razonable del hogar.
- Velar por que no se vea amenazada la seguridad personal cuando se acuda en busca de agua.
- Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles.
- Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población; se deben crear indicadores y niveles de referencia que permitan evaluar los avances logrados.
- Vigilar el grado de realización, o no realización, del derecho al agua.
- Adoptar programas de agua orientados a fines concretos y de relativo bajo costo para proteger a grupos vulnerables o marginados.
- Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados.

Estas obligaciones básicas deben ser siempre cumplidas por los Estados, con independencia de la disponibilidad de recursos que tengan y de si están o no atravesando por periodos de crisis económica. Cualquier violación de una

de estas obligaciones básicas arrojaría una presunción prácticamente irrefutable en el sentido de que el Estado está violando el Pacto.

Para lograr vencer algunos de los desafíos que se han señalado hay que considerar que, según datos de la Organización Mundial de la Salud, cada día se hace necesario llevar agua potable a 274,000 nuevas personas, es decir, 100 millones al año en todo el planeta. Para cubrir las necesidades de saneamiento básico se requiere atender cada día a 342,000 nuevas personas, o sea, 125 millones cada año. De ese tamaño es el reto al que se enfrenta la humanidad.

Todos los anteriores son desafíos de gran escala, que involucran cuestiones centrales de nuestras organizaciones sociales; tienen que ver con la forma en que nos relacionamos con la naturaleza y con la manera en que gestionamos nuestros espacios comunes, tanto en el sector rural como en el urbano, tanto en el ámbito de los particulares como en el de las empresas y en el de las autoridades.

Sobra señalar los múltiples puntos de enlace entre los desafíos señalados y los derechos fundamentales: ¿cómo pensar en la inviolabilidad del domicilio si en dicho domicilio no hay agua potable?, ¿cómo mejorar la educación si los niños no pueden asearse o beber cantidades suficientes de agua?, ¿qué se puede exigir a las autoridades en relación con el derecho a la salud si no han resuelto el problema del abastecimiento de recursos hídricos a los núcleos urbanos de población? Las preguntas podrían continuar y multiplicarse, pero lo que queda claro es la importancia del tema y la necesidad de comenzar a valorarlo como parte de la temática de los derechos fundamentales.

2. *El derecho al agua en México*

En México el tema se encuentra vagamente regulado en el artículo 27 constitucional, aunque de su texto quizá no pueda inferirse un derecho fundamental al agua; en efecto, en sus párrafos primero, tercero, cuarto, quinto, octavo y noveno en sus diversas fracciones, el artículo 27 contiene referencias al agua o a las aguas, tanto interiores como marítimas, nacionales o internacionales, pero sin que en ninguna de esas disposiciones se establezca en términos constitucionales un “derecho al agua”.

La ley que desarrolla en parte los mandatos del artículo 27 constitucional es la Ley de Aguas Nacionales.²⁴⁷ Ésta se refiere, en términos muy generales, a los distintos tipos de recursos hídricos, a su forma de explotación y a la coordinación que deben observar las autoridades competentes en la materia. No contiene derechos subjetivos articulables frente a la jurisdicción constitucional,

²⁴⁷ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 10. de diciembre de 1992.

aunque sí permite algunas impugnaciones en el ámbito de la jurisdicción administrativa.

Otra referencia constitucional al agua se encuentra en el artículo 115, en cuya fracción III se establece que los municipios tienen a su cargo la prestación del servicio público de “agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales” (inciso A). De nuevo hay que decir que tampoco en el artículo 115 se contiene un “derecho al agua”, aunque existe la obligación de las autoridades municipales de prestar los servicios públicos que han sido mencionados.

El tema del derecho al agua ha sido examinado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en su recomendación 47/2002, referida al caso de los usuarios del distrito de riego 025. En ese distrito de riego, la Comisión Nacional del Agua restringió hasta el 100% el suministro de agua durante los ciclos agrícolas de 2000-2001 y 2001-2002. Dicha restricción se hizo con el argumento de la fuerte sequía registrada a partir del año 2000. La CNDH emitió una recomendación a los secretarios de Medio Ambiente y de Relaciones Exteriores, por apreciar que se habían vulnerado en contra de los quejosos el principio de legalidad y los derechos de seguridad jurídica y de petición. En algunos párrafos de su Recomendación, la CNDH se refiere a violaciones al derecho al desarrollo. Aunque no utiliza el argumento de un “derecho al agua”, la Recomendación mencionada es un avance en la medida en que contribuye a someter a la lógica de los derechos fundamentales una cuestión que no hace muchos años hubiera sido simplemente archivada con cualquier argumento banal. Con toda seguridad servirá para que en el futuro próximo se vaya dando reconocimiento jurídico a la necesidad básica de tener acceso al agua, así como para ir delimitando los derechos y obligaciones de particulares y autoridades en el tema.

Como conclusión de lo expuesto en este apartado puede señalarse que el derecho al agua apenas se está comenzando a estudiar y que su formulación en términos jurídicos es todavía muy débil. Sin embargo, en tanto se trata de una necesidad apremiante para muchos millones de personas, cualquier teoría de los derechos fundamentales que quiera ser mínimamente realista debe dar cuenta de la problemática tan ardua que se genera alrededor de este tema. En un futuro no muy lejano deberemos reconocer como derecho fundamental, de carácter tanto individual como colectivo, protector de las generaciones actuales y de las futuras, el derecho al agua.²⁴⁸

²⁴⁸ Fantini, Emanuele, “Per il diritto umano all’acqua”, *cit.*, p. 7.

Mientras se desarrolla plenamente el derecho al agua en las Constituciones nacionales y en los instrumentos internacionales, las cuestiones relacionadas con los recursos hídricos se deben plantear en relación con otros derechos, como el derecho a la alimentación, el derecho a la vida o el derecho a una vivienda digna. Desde luego, su defensa también se puede dar con los instrumentos que proporciona el derecho administrativo, aunque como es obvio tienen una capacidad limitada para solucionar el fondo de este tipo de problemas.

Como se ha explicado, el derecho al agua genera dos distintas obligaciones básicas o primarias para los poderes públicos: la primera consiste en proveer materialmente el líquido, haciéndolo asequible para la población en general y de manera especial para los grupos más vulnerables; la segunda, es asegurar que ese líquido tenga la calidad necesaria para el consumo humano, ya sea directo (es decir, cuando el agua se usa para beber o para la higiene personal) o indirecto (usos agrícolas o alimentarios en general). De esas dos obligaciones básicas pueden derivarse muchas otras, como la necesidad de limitar y controlar los productos agrícolas que deterioren los mantos freáticos, proteger los ecosistemas para generar un uso sostenible del agua, depurar las aguas ya utilizadas, impedir que algún particular se haga indebidamente con grandes cantidades de aguas, administrar racional y responsablemente el agua, etcétera.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “El acceso a la información como derecho”, *Anuario de Derecho a la Comunicación*, Buenos Aires, núm. 1, 2000.
- , “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 2001.
- , “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, *La Ley. Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, año LXV, núm. 119, 25 de junio de 2001.
- , *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- , “Acceso a la información y derechos sociales”, en ABRAMOVICH, Víctor y otros (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- ABRAMOVICH, Víctor y otros (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.

- ALÁEZ CORRAL, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2003.
- ANDERE, Eduardo, *La educación en México: un fracaso monumental*, México, Temas de Hoy, 2003.
- ANTÓN, Danilo J., *Ciudades sedientas. Agua y ambientes urbanos en América Latina*, Montevideo, CIID, UNESCO, Normand, 1996.
- AÑÓN, María José, “El derecho a no padecer hambre y el derecho a la alimentación adecuada: dos caras de una misma moneda”, en ABRAMOVICH, Víctor y otros (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- AÑÓN ROIG, María José y GARCÍA AÑÓN, José (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- ARAGÓN, Manuel, “Los problemas del Estado social”, *Sistema*, Madrid, núm. 118-119, 1994.
- ARIÉS, Philippe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, México, Taurus, 2001.
- BÁEZ SILVA, Carlos, “La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México”, en FERRER MACGREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, t. I.
- BALDASARRE, Antonio, *Los derechos sociales*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2001.
- BENDA, Ernesto, “El Estado social de derecho”, en VV. AA., *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- BOBBIO, Norberto, “Sobre los derechos sociales”, en su libro *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003.
- BOLAÑOS, Bernardo, *El derecho a la educación*, México, ANUIES, 1996.
- BORJA, Jordi y CASTELLS, Manuel, *Local y global. La gestión de las ciudades en la era de la información*, Madrid, Taurus, 2002.
- BORSELLINO, Patrizia, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Milán, Zadig, 1999.
- BOSSERMANN, Klaus, “Un approccio ecologico ai diritti umani”, en GRECO, Michele (ed.), *Diritti umani e ambiente. Giustizia e sicurezza nella questione ecologica*, Fiesole, Edizioni per la Pace, 2000.
- BRAÑES, Raúl, *Derecho ambiental mexicano*, México, Editorial Universo Veintiuno, 1987.
- CANCADO TRINDADE, Antonio Augusto, “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Estudios básicos de derechos humanos I*, San José, IIDH, 1994.
- CANOSA, Raúl, *Constitución y medio ambiente*, Madrid, Dykinson, 2000.

- , “Protección constitucional de derechos subjetivos ambientales”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro, “El acceso a la justicia de los consumidores”, en su libro *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (cuatro estudios de derecho comparado)*, México, Porrúa, 1993.
- CARBONELL, José, “Estado de bienestar”, en VV. AA., *Diccionario de derecho constitucional*, México, UNAM, Porrúa, 2002.
- CARBONELL, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, IIJ-UNAM, 2003.
- CARMONA CUENCA, Encarnación, *El Estado social de derecho en la Constitución*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000.
- CARMONA, Ma. del Carmen, “Reforma en materia de medio ambiente”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 5a. ed., México, Cámara de Diputados, M. A. Porrúa, UNAM, t. XV, 2000.
- CARRILLO PRIETO, Ignacio, “Derecho de la seguridad social”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM, Porrúa, 2002, t. XII.
- CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, *Defensa del Estado social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Los derechos sociales como técnica de protección jurídica”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2001.
- CABO, Carlos de, *La crisis del Estado social*, Barcelona, PPU, 1986.
- CASTRO CID, Benito de, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, León, Universidad de León, 1993.
- DENTON NAVARRETE, Thalía, “Régimen jurídico internacional del agua”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, núm. 95, mayo de 2003.
- DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 8a. ed., Madrid, Taurus, 1991.
- ECHÁNIZ SALGADO, José I., “Política sanitaria: la reforma de la sanidad”, en VV. AA., *Políticas sociales y Estado de bienestar en España. Memoria de 1999*, Madrid, Trotta, 1999.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta, *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 2000.
- FANTINI, Emanuele, “Per il diritto umano all’acqua”, *Teoria Politica*, Milán, año XVIII, núm. 2 de 2002.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998.
- FERNÁNDEZ VARELA, Héctor y SOTELO MONROY, Gabriel E., “Derechos y salud: instituciones”, en MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia (coord.), *Temas selectos de derecho y salud*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi, “Estado social y Estado de derecho”, en su libro *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2000.
- FORSTHOFF, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- FREIRE, José Manuel, “Política sanitaria”, en VV. AA., *Políticas sociales y Estado de bienestar en España. Memoria de 1999*, Madrid, Trotta, 1999.
- FRENK, Julio *et al.*, “La seguridad social en salud: perspectivas para la reforma”, en SOLÍS SOBERÓN, Fernando y VILLAGÓMEZ, Alejandro (comps.), *La seguridad social en México*, México, CIDE, FCE, 2001.
- GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel, “Antecedentes sociales y teóricos del Estado social: de los pobres al obrero”, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UCM, IIJ-UNAM, 2000, t. I.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*, México, Fontamara, 1999.
- y ARALDSEN, Hege, “El debate actual sobre el trabajo infanto-juvenil en América Latina y el Caribe. Tendencias y perspectivas”, *Estudios básicos de derechos humanos*, IIDH, San José, 1996, t. VI.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1993.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Raíz y horizonte de los derechos sociales en la Constitución mexicana”, en su libro *Estudios jurídicos*, México, IIJ-UNAM, 2000.
- GARGARELLA, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- GIDI, Antonio y FERRER MACGREGOR, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, 2003.
- , *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2003.
- GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, Universidad de Vigo, 2002.

- LEARY, Virginia, “Justiciabilidad y más allá: procedimientos de quejas y el derecho a la salud”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, núm. 55, diciembre de 1995.
- LEVY, Daniel C., *La educación superior y el Estado en Latinoamérica. Desafíos privados al predominio público*, México, FLACSO, UNAM, M. A. Porrúa, 1995.
- MARTÍN MATEO, Ramón, “La calidad de vida como valor jurídico”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, Madrid, Civitas, 1991.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, José, *Políticas del bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Madrid, Tecnos, 1998.
- MELGAR ADALID, Mario y PÉREZ LÓPEZ, Miguel, “Derecho de la salud”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM, Porrúa, 2002, t. XII.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo, “La defensa del consumidor: un principio general del derecho”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. II.
- MIJANGOS BORJA, María de la Luz, “La naturaleza jurídica del presupuesto y la acción de inconstitucionalidad 4/98”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 2, enero-junio de 2000.
- MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo, *Derechos de los usuarios de los servicios de salud*, México, Cámara de Diputados, IJ-UNAM, 2000.
- MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia (coord.), *Temas selectos de derecho y salud*, México, IJ-UNAM, 2002.
- , “Reforma en materia de derechos de los menores”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 5a. ed., México, Cámara de Diputados, M.A. Porrúa, UNAM, 2000, t. XIV.
- y CANO VALLE, Fernando, *Derechos de las personas con síndrome de inmunodeficiencia adquirida SIDA-VIH*, México, UNAM, Cámara de Diputados, 2000.
- NINO, Carlos Santiago, “Sobre los derechos sociales”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 2001.
- NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, México, UNAM, 1988.
- NUSSBAUM, Martha C. y SEN, Amartya (comps.), *La calidad de vida*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- OCDE, *Exámenes de las políticas nacionales de educación. México, educación superior*, París, OCDE, 1997.

- OCHANDO CLARAMUNT, Carlos, *El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, Barcelona, Ariel, 1999.
- OFFE, Claus, *Contradicciones en el Estado de bienestar*, México, Alianza, CNCA, 1991.
- OLIVAS, Enrique, *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, 1991.
- OVALLE FAVELA, José, “Los derechos fundamentales y el Estado: la protección al consumidor”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- PISARELLO, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003.
- , “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 92, mayo-agosto de 1998.
- , “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2001.
- , “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002.
- , “El derecho a una vivienda adecuada: notas para su exigibilidad”, en ABRAMOVICH, Víctor y otros (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2003*, Madrid, Mundiprensa, 2003.
- , *Informe sobre Desarrollo Humano México 2002*, México, Mundiprensa, 2003.
- PRIETO, Luis, “Notas sobre el bienestar”, *Doxa*, Alicante, núm. 9, 1991.
- , “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2001.
- PRINCIPATO, Luigi, “Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà piú o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 4, 1999.
- SASTRE ARIZA, Santiago, “Hacia una teoría exigente de los derechos sociales”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 112, abril-junio de 2001.

- SASTRE IBARRECHE, Rafael, *El derecho al trabajo*, Trotta, 1996.
- SEN, Amartya K., *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Planeta, 2000.
- SHIVA, Vandana, *Cosecha robada. El secuestro del suministro mundial de alimentos*, Barcelona, Paidós, 2003.
- , “Derecho a la alimentación, libre comercio y fascismo”, en GIBNEY, Matthew J. (ed.), *La globalización de los derechos humanos*, Barcelona, Crítica, 2003.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, “La protección de la salud en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos”, en MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia (coord.), *Temas selectos de derecho y salud*, México, IJ-UNAM, 2002.
- TRUJILLO PÉREZ, Isabel, “La questione dei diritto sociali”, *Ragion Pratica*, Génova, núm. 14, 2000.
- UNICEF, *Estado mundial de la infancia 2000*, Nueva York, ONU, 2000.
- VAN HOECKE, Mark y OST, Francois, “Del contrato a la transmisión. Sobre la responsabilidad hacia las generaciones futuras”, *Doxa*, Alicante, núm. 22, 1999.
- VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, FCE, ITAM, 1999.
- VEGA, Pedro de, “La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social”, en GARCÍA HERRERA, M. A. y CORCUERA, J., *Derecho y economía en el Estado social*, Madrid, Tecnos, 1986.
- VILLÁN DURÁN, Carlos, “Contenido y alcances del derecho a la alimentación en el derecho internacional”, en VV. AA., *El derecho a la equidad*, Barcelona, Icaria, 1997.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, MacGraw-Hill, 1997.
- VV. AA., *Mujeres, trabajos y políticas sociales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.
- VV. AA., *Los derechos del niño. Estudios con motivo del X aniversario de la Convención de los Derechos del Niño*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002.
- WEBER, Albrecht, “Estado social, derechos sociales fundamentales y protección social en la República Federal de Alemania”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago y otros, *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, Civitas, Escuela Libre Editorial, 2000.
- ZEPEDA, Manuel, “El desafío de la vivienda”, en SOLÍS SOBERÓN, Fernando y VILLAGÓMEZ, Alejandro (comps.), *La seguridad social en México*, México, CIDE, Fondo de Cultura Económica, 2001.