

## APUNTES SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO LABORAL. LOS DERECHOS SOCIALES\*

Patricia KURCZYN VILLALOBOS\*

SUMARIO: I. *Introducción. ¿Hay derechos en broma?* II. *Los derechos humanos.* III. *El Estado y los derechos del ser humano.* IV. *Las características de los derechos humanos.* V. *Derechos fundamentales y el derecho positivo.* VI. *Derechos sociales. Derechos prestacionales.* VII. *Los derechos sociales fundamentales.* VIII. *Los derechos sociales en el trabajo.* IX. *El valor de los derechos humanos al interior de los sistemas jurídicos internos.* X. *La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos.* XI. *Los derechos sociales como derechos prestacionales.* XII. *Reflexiones.*

Acerca del doctor Jorge Carpizo McGregor hay mucho que decir. No sólo pueden verse expresiones académicas, sin duda muchísimas, cuyos testimonios quedan en libros y grabaciones, y quedan para la discusión, para la enseñanza y para fundamentar teoría y doctrina de elevado nivel. La sorpresiva y anticipada muerte del jurista y del amigo nos deja el sentimiento de la ausencia pero igualmente deja el recuerdo perenne de su obra y de sus gestos humanos, de amistad y de solidaridad. A ello, algunos podemos agregar el privilegio de rendir testimonio por su espléndido goce de todo aquello que la vida le permitió y que hizo con serenidad y con la armonía que no siempre es fácil alcanzar en la vida. La medida de sus acciones le permitió la extensión de muchas otras. Puede parecer contradicción lo expresado, pero no lo es. Tuvo la inteligencia de saber combinar las alegrías de la vida común con las de la cultura, la paz, la entrega a los semejantes mediante obra jurídica

\* Este ensayo fue presentado como trabajo de ingreso a la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, silla número 14, en la ciudad de Montevideo, Uruguay, en noviembre de 2011. Los trabajos de ingreso no han sido publicados a la fecha por la Academia. El artículo ha sido revisado y actualizado para presentarlo en homenaje al doctor Jorge Carpizo, por su incansable labor en la defensa de los derechos humanos.

\*\* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

cotidiana que puso en práctica en sus muy diversas funciones, todas exitosas, reflejo de su talento y su vocación de servicio. Quiero recordar las palabras con las cuales inició su discurso al asumir la Rectoría de nuestra casa de estudios, porque en esas palabras muestra que siempre actuó como universitario, y que por medio de la UNAM trabajó por México:

Con entusiasmo asumo la Rectoría de la Universidad Nacional y manifiesto a ustedes mi absoluto e incondicional compromiso de servir en ella a México y a nuestra comunidad. Asimismo, expreso mi firme propósito de actuar con estricto apego a las normas jurídicas que nos rigen, y a los principios que están impresos en la conciencia colectiva de esta casa de estudios, como son el respeto a todas las ideas y la pluralidad como esencia de la Universidad...

Así lo hizo, cumplió y fue un extraordinario universitario, ¡extraordinario mexicano!

## I. INTRODUCCIÓN. ¿HAY DERECHOS EN BROMA?

¿Hay derechos en broma? Es una pregunta interesante con la cual se comienza este trabajo para hacer una referencia al sugestivo título del libro formado con trabajos de Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*,<sup>1</sup> con el anticipo de que no se comparten del todo las ideas filosóficas del autor, pero debemos aceptar que sus argumentos provocan reflexiones que llevan a rechazar o bien a confirmar ciertos presupuestos jurídicos en el ámbito del derecho social.

Dworkin fundamenta su tesis filosófica en los derechos individuales y consagra la idea de que ninguna directriz política ni objetivo social colectivo puede triunfar frente a un auténtico derecho, a diferencia de las teorías utilitaristas que se basan en fines colectivos a los cuales se deben subordinar los derechos individuales. El planteamiento que de esto hace Calsamiglia, autor del prólogo del libro referido, enfrenta posiciones que tienen una especial relevancia en derecho social, pues de cierta manera coloca al lector ante la tesitura, o tal vez confrontación, entre el valor superior del interés individual y el del interés social. Esta situación puede aparecer; de facto se presenta en la cotidianidad y sugiere una disyuntiva de semejante nivel al de discernir entre el valor moral y el valor jurídico, lo cual no es tarea menor.

Del mismo modo puede considerarse que lo que se plantea es el enigma de soportar el neoliberalismo cuando la convicción podría ir más hacia

<sup>1</sup> Trad. de Marta Gustavino, Barcelona, Ariel, 2002, *passim*.

las tendencias de los derechos llamados sociales, esta parte de los derechos humanos que en principio se señalaron como de segunda generación; un título que debe desecharse para evitar que se proyecte una incorrecta visión de grados o jerarquías, sobre todo en su distinción con los derechos civiles y políticos, en especial al ponderar la indivisibilidad y la interdependencia que caracteriza a los derechos humanos.

Para el ámbito del derecho social es de particular importancia el punto de vista de los derechos en serio, porque si bien es cierto que los derechos sociales tienen un fundamento individualista es imposible dejar de lado el interés social, con imposibilidad de abandonarlo o de ignorarlo por más visión liberalista que se apuntara; por el contrario, desde un particular punto de vista la doble visión permite dilucidar el vínculo entre los derechos sociales, los derechos económicos y los culturales. Para mayor certeza téngase presente que se trata de derechos humanos, no de derechos de la sociedad como tal, no de las colectividades como tales, sino del individuo como parte de una colectividad o como parte de la sociedad. Esta concepción no puede llevar a las disputas de antaño sobre la denominación o predominio del derecho social, confrontaciones ya superadas que tuvieron su razón de ser en tiempos de su propia formación teórica y doctrinal como un nuevo y tercer género de derecho, que de cierta forma incomodaba la bipartición jurídica y algunos sistemas políticos.

En tal sentido, los derechos sociales, como derechos humanos, llevan este nombre para distinguirse de los que se han conocido como derechos individuales; a la vez hay desmarcación de los mismos al referir a su lado los derechos económicos y culturales, con importante vinculación entre sí, lo que se fundamenta al equiparar sus presupuestos. Uno de estos, tal vez el más importante, sea el de la cohesión social o la solidaridad como tal en sus dos direcciones, la vertical y la horizontal.

Por otra parte, al admitir que el liberalismo social es una tendencia moderna con cuna en el siglo pasado, y que se nutre de la combinación y el equilibrio de los intereses individual y social, se concibe la mezcla del interés público y el interés social para converger en el interés nacional. En este contexto convendría partir de la defensa de los derechos humanos del individuo como tal para incursionar en la defensa y construcción, o el propio fortalecimiento de los derechos sociales como tales. Estos derechos forman parte del trinomio que se forma con los derechos económicos y culturales, cuya construcción es similar a la de los derechos civiles y políticos, aunque en éstos pareciera que se juega más a través del interés individual. Se piensa en una construcción similar para ambas categorías al entender que se constituyen

los apartados entre sí para efectos de su comprensión, conceptualización y desarrollo, y desde luego para hacer más eficiente su protección y fortalecimiento, en lo que interviene el Estado en el proceso de reconocimiento, estructura legal de garantía y su justiciabilidad.

En tales condiciones puede declararse de manera categórica que el ser humano, el individuo, bajo el *iusnaturalismo* o bajo el positivismo, es el único titular de los derechos humanos en cualquiera de sus formas o expresiones. La defensa de los mismos ha tenido un proceso interesante en el derecho positivo y se ha nutrido de los hechos sociales relevantes acontecidos en el mundo, cuyas manifestaciones han dejado, en ocasiones, sólo rastros o huellas y, en otras, poderosas columnas que permiten sostener estructuras individuales y sociales —sean políticas, económicas, o de otra índole—, en una práctica coordinada que sustenta el interés público.

Volviendo a Dworkin, concretamente al planteamiento del prólogo del libro citado, cuando expresa que “...no existe [la libertad] porque el Estado puede limitar la libertad de los ciudadanos basándose en políticas de bienestar social”.<sup>2</sup> ¿Cómo dejar inadvertida la consideración sobre la negativa de un derecho a la libertad? Ciertamente es que estos planteamientos que ahora se expresan de manera simple, puede decirse que casi con aparente superficialidad, requieren profunda meditación y tal vez hasta de abstracciones para encontrar finalmente lo que se puede considerar que es lo más valioso para el ser humano en todos los tiempos: la justicia y los caminos rectos y simples a la misma.

La justicia es un bien escaso hoy en día, sobre todo en algunas naciones, como lo prueban los altos índices de pobreza en distintas regiones del mundo y la debilidad de la cohesión social, como bien lo expresa Jorge Carpizo con números explosivos.<sup>3</sup> Esta fotografía de la realidad —como la califica el autor en alguna parte del artículo— fundamenta que la justicia se trata de un valor difícil de descubrir y más de concretar; tal vez a ello se le apliquen apellidos, como el de justicia social, un término que suele mantenerse vinculado con la equidad, a la cual igualmente se le califica como *equidad social*. Aunque acaso ambas sean expresiones resultantes de una carga socialista que se desarrollara formalmente al correr del siglo XIX como respuesta a los acontecimientos y al despertar social del momento, hoy son admitidas no sólo como expresiones gramaticales sino como conceptos, políticas y tendencias con una carga filosófica de importante medida, además de contar

<sup>2</sup> *Ibidem*, pp. 23 y 24.

<sup>3</sup> Carpizo, Jorge, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 16, enero-junio de 2013, pp. 3-30.

con regulaciones *ad hoc* para su realización;<sup>4</sup> así, hoy también puede afirmarse que la justicia se ha vuelto principio y fin de derecho.

En función de que justicia y equidad no son términos de cuño moderno, sus conceptos han evolucionado; los cambios ocurridos pueden analizarse de manera simple a través de los siglos con las nociones y afirmaciones construidas o, mejor, reconstruidas durante el siglo XX; baste para ello considerar que el término latino *ius*, en su origen, *no* significa derecho sino *justo*, en tanto que *derecho* proviene de *directum*, cuyo contenido es moral, es lo *recto* y *adecuado*.<sup>5</sup> Igual puede considerarse respecto de *equidad*, de la cual dice José Luis Soberanes que fue un concepto clave en el derecho medieval, definida por uno de los primeros glosadores como: "...la armonía derivada de los hechos conforme a la cual en causas similares se debe aplicar un derecho similar...".<sup>6</sup>

En las primeras décadas del siglo XIX, las referencias a justicia y a equidad no contemplaban más calificación que la de *justicia natural*, como ocurre en la encíclica *Rerum Novarum* de 1891 al tratar sobre el señalamiento del *justo* salario entre el patrón y el trabajador —*que puede hasta contentarse con un modesto salario*—. <sup>7</sup> Y sin mencionar más, recuérdese que el principalísimo entre todos los deberes de los amos se consigna en el dar a cada uno lo que se merezca en justicia. En cuanto a la referencia a la propiedad, la encíclica citada se refiere a una repartición de los bienes ciertamente más conforme a la equidad. La Carta Papal, que en realidad tiene gran valor como parte de la doctrina social católica, no contiene conceptos estructurados y no se refiere en ningún caso a justicia social o a equidad social, sino a justicia natural. Esta encíclica, que como se sabe fue de enorme importancia, hace referencia a la cuestión obrera, no a la cuestión social, como después lo hace la *Quadragesimo Annus* de 1931, que por cierto elude la incorporación de la filosofía socialista y pretende dar una razón circunstancial por la terminología.

Por otra parte, el insigne jurista Néstor de Buen, con razón, ha mencionado que la justicia social se convierte en el instrumento de mayor rango del derecho social,<sup>8</sup> y debe recordarse al filósofo y jurista Gustavo Radbruch

<sup>4</sup> En algunos sistemas jurídicos funcionan tribunales especializados para las causas relacionadas con derechos sociales, por justicia social; en algunos países se les llaman *juzgados sociales*, tal es el caso de España, en tanto que en otros, como el mexicano, son tribunales especiales denominados juntas de Conciliación y Arbitraje o tribunales agrarios.

<sup>5</sup> Carpintero, F. *et al.*, *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2003, p. 20, citado por Soberanes, José Luis, *Sobre el origen de las declaraciones de derechos humanos*, México, UNAM-CNDH, 2009, p. 10

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>7</sup> Encíclica *Rerum Novarum... Justo salario*.

<sup>8</sup> *Razón de Estado y justicia social*, México, Porrúa, 1991, pp. 194 y 195.

cuando manifiesta que la justicia social es la forma de expresión de la ética colectiva (y lo colectivo es social). Y cómo dejar fuera las disertaciones de Castán Tobeñas al referirse a la justicia social en aquel ilustre discurso que pronunciara con motivo de la inauguración del curso 48-49 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación,<sup>9</sup> en que hace atinada alusión a Helmut Coing.<sup>10</sup>

En función de que justicia y equidad no son términos de cuño moderno, sus conceptos han evolucionado; bastaría con advertirlo de manera simple a través de los siglos con las nociones y afirmaciones construidas, o mejor reconstruidas, durante el siglo XX; baste para ello considerar que el término latín *ius*, en su origen, no significa derecho sino *justo*, en tanto que *derecho* proviene de *directum*, cuyo contenido es moral, es lo *recto* y *adecuado*.<sup>11</sup> Igual puede considerarse respecto de *equidad*, sobre la cual dice José Luis Soberanes que fue un concepto clave en el derecho medieval, definida por uno de los primeros glosadores como: "...la armonía derivada de los hechos conforme a la cual en causas similares se debe aplicar un derecho similar...".<sup>12</sup>

En las primeras décadas del siglo XIX, las referencias a justicia y a equidad no contemplaban más calificación que la de *justicia natural*, como ocurre en la encíclica *Rerum Novarum* al tratar sobre el señalamiento del *justo* salario entre el patrón y el trabajador —*que puede hasta contentarse con un modesto salario*—.<sup>13</sup> Y sin mencionar más, recuérdese que el principalísimo entre todos los deberes de los amos se consigna en el dar a cada uno lo que se merezca en justicia. En cuanto a la referencia a la propiedad, la encíclica citada se refiere a una repartición de los bienes ciertamente más conforme a la equidad. La Carta Papal no tiene conceptos estructurados y no se refiere en ningún caso a justicia social o a equidad social, sino a justicia natural, lo que resulta propio de la época.

Bajo tales consideraciones se desarrollan cuestiones que entretienen el pensamiento mientras lo pasean por la doctrina con la elaboración de estructuras para acoger cambios que permitan la adecuación a los distintos momentos que la historia después describirá. Se trataría de la *cuestión social de cada época*. Como hoy, siglo XXI, en que se presenta una *nueva cuestión*

<sup>9</sup> *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1966, p. 7.

<sup>10</sup> *Die obersten Grundzüge des Rechts*, Heidelberg, 1947, pp. 179 y ss., citado por Castán Tobeñas, *op. cit.*, p. 11, nota 3.

<sup>11</sup> Carpintero, F. et al., *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2003, p. 20, citado por Soberanes, José Luis, *Sobre el origen de las declaraciones de derechos humanos*, México, UNAM-CNDH, 2009, p. 10

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>13</sup> Encíclica *Rerum Novarum... Justo salario*.

*social*,<sup>14</sup> conforme a la cual las nociones y los conceptos son renovados o actualizados.

Y es en este intrincado escenario que salen a relucir los derechos individuales como derechos del ser humano que tienen que delimitarse y que deben conceptualizarse para convertirse en nociones jurídicas y alcanzar su construcción positivista en forma de ley, de acuerdo con los principios jurídicos y morales que conduzcan a buscar la obligatoriedad, la justiciabilidad y desde luego la justificación de su razón de ser.

Un planteamiento como el que hoy se presenta —ante la Honorable Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social—,<sup>15</sup> podría parecer problemático o hasta confuso, pero en ambos casos merece hacerse la aclaración. El tópico de este trabajo es el tema principal con el cual continuará el estudio, en que se hará especial referencia a la libertad e igualdad de los individuos en el ámbito del trabajo. Éstos, como derechos fundamentales, se insertan en el seno de las relaciones laborales, y tanto la doctrina como el derecho positivo los admiten irrefutablemente bajo la categoría de derechos fundamentales, cuyos titulares hasta ahora se siguen identificando como *trabajadores*, concepto utilizado para designar al hombre productivo en la sociedad de asalariados, como le llama el eminente sociólogo Castel.<sup>16</sup> El término de asalariados hoy parece cambiar el sentido que tuviera en los primeros años del siglo XIX, como consecuencia del cambio de estructuras económicas, procesos de producción, organización científica del trabajo y aun de las formas políticas de las sociedades contemporáneas, que retornan al individualismo con un traje neoliberalista adornado por los efectos de la globalización. Un sentido que no cambiaría su *utilidad social* como factor de producción, dice el mismo Castel, pero un sentido que sí cambia las condiciones de vida del trabajador. Sentidos que finalmente revierten la conceptualización de los derechos humanos del trabajador.

En esos cambios debe hacerse hincapié en la trascendencia de los temas laborales y de seguridad social. Se trata de los trastornos que puedan darse

<sup>14</sup> Véase Ackerman, Mario, “Constitucionalismo social en Latinoamérica”; Buen, Néstor de, “La Constitución y la nueva cuestión social”; Pasco Cosmópolis, Mario, “La Constitución y la nueva cuestión social”; Sánchez-Castañeda, Alfredo, “La nueva cuestión social”, todos en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 1, enero-julio de 2005.

<sup>15</sup> Se recuerda que este trabajo originalmente se presentó como trabajo de ingreso a la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, aun inédito por razones ajenas a la voluntad del autor. Véase nota 1.

<sup>16</sup> Véase Castel, Roberto, “Trabajo y utilidad para el mundo”, *Trabajar por tiempos mejores. Repensar el trabajo en el siglo XXI*, Editorial Española, 2007, colección Informes OIT, núm. 75, pp. 748 y 749.

en las relaciones humanas en el ámbito socioeconómico pero que repercuten en los bolsillos de los individuos; que trasciende a la condición de vida de millones de mujeres y de hombres, que en su condición de subordinados (parasubordinados o cuasisubordinados, que para los efectos económicos y sociales da igual el nombre) avizoran la amenaza de vivir cada vez con menos protección social; como ejemplo de ello puede traerse a colación el problema latente del financiamiento de las pensiones, que se presenta en casi todo el orbe que lo regula. Las razones de duda o indefensión justifican plenamente la construcción conceptual de los derechos fundamentales, su defensa estructural y su justiciabilidad.

El enfoque central del trabajo, cuya introducción hoy se presenta, son los *derechos fundamentales* llevados al ámbito del trabajo y de la seguridad social, cuyo significado se extiende al de derechos sociales fundamentales. Estos derechos, a su vez, se basan en los derechos esenciales del individuo, considerado —en su contexto colectivo— como integrante de una comunidad en la cual se identifica con los otros por compartir intereses sociales, económicos y políticos, además de los inespecíficos que puedan abrir otras opciones de la vida social. El desarrollo requerirá considerar que a la par de la construcción teórica se contemple la construcción del cambio mismo o su reestructuración y el reciclaje mismo —casi indispensable y natural— que se produce en el complejo relacional de lo social, de lo económico y de lo político, y que finalmente el derecho asume, o debe asumir, para su transformación en derechos y deberes y, aún más, para implementar su ejercicio, su eficaz cumplimiento y su justiciabilidad.

## II. LOS DERECHOS HUMANOS

El tema de los derechos humanos en realidad es la esencia del derecho. El ser humano es el titular de la historia, el ser humano es el artífice de la vida; es principio y es fin. La historia que ha tejido es un intrincado que surge de la razón y de la sinrazón con su actuar y con su no actuar. El hombre, como lo dijo Hobbes, se pelea y se ha peleado consigo mismo y sabemos que seguirá combatiéndose permanentemente. Queda claro que las sociedades luchan entre sí, que las clases sociales libran distintas batallas con diversos instrumentos y con diversas estrategias que mantienen vigente la lucha de clases; si bien las manifestaciones pueden ser diversas.

La concepción individualista es innegable y tampoco puede ocultarse la imposibilidad del hombre para vivir en el aislamiento, por lo que esos derechos que le son inherentes e inviolables desde la dimensión iusnaturalista

sólo son válidos en el tejido social, en cuyo seno debe ponderarse cada uno de ellos con su carácter de inalienabilidad. Aunque también es cierto que se presenta la necesidad de distinguir entre los derechos propios de cada persona física —como individuo— y los derechos del mismo individuo dentro del contexto colectivo del que es parte y que conforma su entorno como antes se mencionó.

La indivisibilidad de los derechos humanos es incondicional e indudable como se corrobora en el texto de distintas declaraciones que datan de años. Así, y a título de ejemplo, están: la resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas del 16 de diciembre de 1977 que confirmó que “...todos los derechos del hombre y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes”. En el mismo sentido, se consideró en la Conferencia Mundial de Viena en 1993 que: “...Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar de forma global y de manera justa y equitativa en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.<sup>17</sup>

Por otra parte, hay que mantener presente que la esencia humana no puede darse o manifestarse en porciones o de manera parcial. Los derechos del hombre pueden catalogarse o clasificarse como igual, pueden numerarse y nombrarse las distintas partes del cuerpo del ser humano, pero en realidad, aquéllos y éstos sólo son los componentes de un todo que es uno solo. Puede haber definiciones y otorgamientos en el ámbito jurídico, pero es categórico que los derechos humanos no requieren declaraciones ni reconocimientos para su existencia, sea cual fuere su connotación de individuales o sociales, de solidaridad u otros, como los difusos y hasta los llamados inespecíficos. Derechos existen por el solo hecho de la existencia del individuo, pero a éste habrá que contemplarlo en su dimensión tanto individual como social y en el contexto socio-jurídico político y económico en que vive y en que se desarrolla.

Por lo que se expresa antes, se advierte una complejidad conceptual con muchos enfoques y ello hace que se forme no sólo una sino varias clasificaciones; por ende la conceptualización se vuelve una exigencia como lo es igualmente exhibir su fundamento; paralelo a ello se desarrolla necesariamente un sistema jurídico que le dé obligatoriedad a su existencia en la realidad social, esto es, que debe haber operatividad y coerción, o bien, para expresarlo en dos palabras, para hacerlos justiciables.

<sup>17</sup> Véase Adame Goddard, Jorge, “Los derechos económicos, sociales y culturales como deberes de solidaridad”, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

### III. EL ESTADO Y LOS DERECHOS DEL SER HUMANO

Se hace indispensable un sistema jurídico que además de reconocer los derechos los proteja con la eficacia necesaria para evitar que se conviertan en declaraciones de buena voluntad. La sociedad, por su parte, habrá de sostenerlos con la eficacia necesaria en el tiempo y en el espacio a través de instrumentos jurídicos vigentes y viables cuya regulación se sustente desde las normas fundamentales, esto es, que emanen de la norma suprema (Constitución) y de los tratados y convenios internacionales.

El respeto, preámbulo de la realización de los derechos humanos (siempre y de cualquier categoría), obliga a los propios individuos como sujetos de los derechos, pero de igual manera el sentido que debe darse a la defensa de los mismos les concierne a las personas en la medida de su capacidad para organizar, coordinar, regular y en su caso enfrentar o confrontar a las autoridades públicas. El Estado mismo está obligado a establecer, a regular y a vigilar el cumplimiento de los derechos humanos mediante un sistema legal autónomo, sancionador en caso de su violación. Esto significa que debe haber una estructura organizacional con la creación de instituciones autónomas a las cuales el Estado deba proporcionarles los medios y elementos, así como instrumentos materiales, jurídicos, administrativos y financieros necesarios para su buen desempeño.

La obligación del Estado incluye la elaboración de programas y políticas públicas y la exigencia de hacerlos cumplir a los órganos de su administración, dotarlos de instrumentos legales propios, con los cuales incluso se les pueda coaccionar y sancionar en su caso. Esto implica contar con sistemas regulatorios de responsabilidades de funcionarios y servidores públicos que puedan ir más allá de las competencias y sumisiones nacionales. En ello no puede dejarse al olvido la condición de la validez universal y aplicar las normatividad internacional reconocida (en su caso, ratificada), e incluso presionar a otros Estados para tomar medidas o instalar procedimientos legales internacionales.<sup>18</sup> La protección de los derechos humanos es y debe ser internacional.

Al Estado se le puede imputar, en primera instancia, la responsabilidad por las violaciones a los derechos humanos por actos del poder público o de sus representantes. Por ello es importante que se elaboren programas sustentados en derecho positivo y que se haga labor de convencimiento por parte de organismos internacionales, e incluso se validen las exigencias de

<sup>18</sup> EDTEC, *Enforced Disappearances*, disponible en: <http://www.ediec.org/es/areas/obligaciones-de-estado/proteger-respetar-y-promover-los-derechos-humanos>.

las organizaciones no gubernamentales, convertidas en una especie de conciencia social con la posibilidad de convertirse en los voceros autorizados de la sociedad civil, los reclamantes y exigentes al y del Estado, obligado en tales deberes. Bajo estas alternativas, los Estados pueden contar con el análisis que coadyuve a su propio examen respecto de aquellas situaciones que amenacen con violar los derechos, o más aún el de advertir cuando éstas se hayan cometido, caso en el cual sólo quedará subsanar y corregir sus funciones, programas y políticas, o incluso sus normas, en beneficio del cumplimiento y respeto integral de los derechos humanos en general para impedir su repetición. Estas perspectivas sólo pueden germinar en Estados fuertes, sólidos y democráticos. Un Estado débil, un Estado corrupto, un Estado antidemocrático es la antítesis de la cultura de la legalidad y específicamente de la cultura de los derechos humanos.

Sin duda alguna el Estado tiene una importante responsabilidad en cuanto a la prevención de las violaciones a los derechos humanos, de investigarlas cuando se cometan y de sancionarlas conforme a derecho, incluida la reparación del daño o daños causados, así como el ofrecer atención a las víctimas y hasta la reparación y/o indemnización correspondiente. El incumplimiento del Estado en esta función, su debilidad o incapacidad le lleva a considerarse “Estado fallido”, lo que puede definirse por ser: “incapaz de controlar su territorio o garantizar la seguridad de sus ciudadanos, incapaz de mantener su orden legal interno, incapaz de proporcionar a su población servicios públicos o de crear las condiciones adecuadas para tal provisión”.<sup>19</sup>

De manera más clara puede afirmarse que las obligaciones del Estado respecto a la violación de los derechos humanos consisten en cuatro etapas:

- a) Prevención mediante información, cultura de los derechos humanos, campañas, reglamentación, prevención de violaciones y prevención de la continuación de los daños ocasionados a la víctima.
- b) Investigación por todos los medios posibles.
- c) Sanción a los agresores y responsables de acuerdo con la ley.
- d) Reparación de daños materiales y morales, con la finalidad de que además de evitar que continúen los efectos, en la medida de lo posible, se restituya o se restablezca para que la situación vuelva al estado que guardaba antes del quebrantamiento de los derechos.

La reparación del daño material puede cuantificarse y exigirse su pago en moneda; lo que parece más complicado es reparar los daños morales,

<sup>19</sup> *Idem.*

que no necesariamente deben considerarse pecuniariamente, en cuyo caso caben otras alternativas como puede ser la información y difusión de la sentencia, anunciar las medidas que se asuman para proteger a la víctima y para evitar otras violaciones, con la modificación de reglamentos o la expedición de otra normatividad. Además puede ofrecerse apoyo psicológico a las víctimas y a sus familiares.

La defensa de los derechos humanos merece atención especial. Esta exigencia no requiere de justificaciones, es simplemente la exigencia natural por respeto a los seres humanos. El maestro e investigador emérito Héctor Fix-Zamudio<sup>20</sup> menciona que en la defensa de los mismos hay tres principios básicos: *a)* procedimientos sencillos y rápidos; *b)* amplias y eficaces medidas cautelares o precautorias que impidan la consumación irreparable de las violaciones de los derechos fundamentales, y *c)* una decisión que tienda a la restitución de los propios derechos infringidos, hasta donde ello sea posible, y en la que además se establezcan las medidas de reparación de los daños y perjuicios ocasionados a las víctimas y a sus familiares.

Por otra parte, la defensa también debe tener un comportamiento horizontal con sistemas legales adecuados y con el combate a la corrupción y a la impunidad, que en cierto sentido corresponde a la práctica de la cultura de la legalidad. Parte de la promoción de esa defensa horizontal reside en ofrecer a la sociedad condiciones iguales de desarrollo social y económico con la generación de empleos, con trabajo decente y protección social.

#### IV. LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las características de los derechos esenciales corresponden tanto a los derechos civiles y políticos como a los económicos, sociales y culturales, entre ellos los llamados de solidaridad, verbigracia los derechos a la libre determinación, al desarrollo, a la paz y al medio ambiente, así como los inespecíficos, que se han considerado como intereses transpersonales o difusos.<sup>21</sup> De ahí que se justifique incluir estas referencias en un documento que incursiona en los derechos sociales fundamentales en el trayecto al terreno jurídico del trabajo y de la seguridad social.

<sup>20</sup> “Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal en Latinoamérica”, en Valadés, Diego y Gutiérrez, Rodrigo (coords.), *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 6.

<sup>21</sup> Colmenares Bastidas, Ana María, “Los derechos laborales inespecíficos. Enfoque en el derecho venezolano”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 12, enero-julio de 2011.

La doctrina ha sistematizado las características principales de los derechos humanos, mismas que se han incorporado a la Constitución mexicana a partir de 2011:

- a) Universalidad. En este campo hay dos sentidos. La universalidad que se refiere a la imposibilidad de admitir que los derechos humanos sean exclusivos; que sólo correspondan a un grupo o a una clase determinada o para un cierto lapso de tiempo, o por excepción; los derechos humanos son para todos los seres humanos por igual y para siempre. En el otro sentido se refiere a una relatividad dependiente del reconocimiento que se haga para que todas las naciones los acepten. Una universalidad entendida y admitida al igual como universalización. La tendencia es que todos los instrumentos internacionales se reconozcan por todos los Estados y se garantice la protección universal.

Se entiende que hay inherencia o inseparabilidad de los derechos humanos de la persona. El hecho de que en algunas legislaciones no se reconozcan o no se respeten los derechos humanos no significa inexistencia de los mismos; verbigracia, los Estados que admiten o que toleran el trabajo forzoso representan supresión o represión mas no la inexistencia de los derechos que corresponden a la libertad de trabajo. La evidente y autorizada discriminación de la mujer en algunas legislaciones (como ocurre en algunos países musulmanes) respecto de la educación, de su participación en el trabajo, de sus derechos de sucesión, y otros, no significa que sea válida, como tampoco es válido el desconocimiento de los derechos de los migrantes en Arizona o en las fronteras del sur de México o en cualquier otra parte del mundo. El desconocimiento de los derechos humanos, su rechazo, su incumplimiento, la tolerancia o la impunidad a su violación por los Estados, incluido o no en sus sistemas legales, representa un fuerte agravio a la comunidad internacional y a la misma humanidad.

- b) Interdependencia. Entendida como la interrelación que se mantiene entre los derechos humanos, indivisibles en sí. Si no se interrelacionaran, la integralidad quedaría en duda y por lo tanto no habría el cumplimiento de los derechos humanos; es decir, no puede hablarse de cumplir en fracciones. La interdependencia se vincula con la indivisibilidad. Además, no hay jerarquización entre los derechos civiles y políticos o los económicos, sociales y culturales.

No hay forma de considerar que se pueda negociar en materia de derechos humanos. No hay condicionamientos y las transacciones de cualquier índole son impensables. La dignidad humana en cualquiera de sus expresiones no puede colocarse a la suerte ni al juego de los intereses económicos, políticos, sociales o de cualquier índole.

- c) Indivisibilidad. La garantía y la defensa de los derechos humanos corresponden a una integralidad; no puede entenderse la protección para sólo un derecho humano, lo que significaría un desequilibrio, un desnivel que conduce a la ruptura de la armonía necesaria para responder a la integralidad del ser humano.

Interdependencia e indivisibilidad son dos características que se mantienen mancomunadamente; de hecho, las características de los derechos humanos también son universales y todos los derechos humanos, señalados por categorías o por generaciones, por su carácter individual o social, integran un todo y en tal forma deben ser reconocidos y protegidos. Sin embargo, la clasificación que se haga para su análisis o estudio, para su enseñanza y aun para determinar los mecanismos de protección, no sólo es válida sino necesaria; no afecta la integralidad que se pondera como indiscutible, no afecta la unicidad. En tal sentido se entiende que la especificidad no sólo se admite sino que se hace necesaria y la indivisibilidad se convierte en principio de interpretación de los derechos humanos en su conjunto.<sup>22</sup>

No es válida la renuncia que una persona pudiera hacer, aun voluntariamente, a los derechos humanos en ningún sentido ni de manera parcial o total. La inalienabilidad y la irrenunciabilidad son características secundarias que forman parte de la universalidad y de la inherencia a la persona, de la interdependencia y la indivisibilidad.

Para confirmar lo anterior puede aludirse a los criterios judiciales y que para este caso se transcribe el siguiente rubro:

Principios de optimización interpretativa de los derechos humanos reconocidos en la Constitución federal (universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad). Orientan la interpretación de los preceptos cons-

<sup>22</sup> Blanc Lemir, Antonio, “La universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal”, *La protección de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Universitat de Lleida, Tecnos, ANUE, 2001, pp. 13-35, *passim*, disponible en: [http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/BLAC\\_ALTEMIR\\_A\\_Universalidad\\_indivisibilidad\\_e\\_interdependencia\\_de\\_los\\_DH.pdf](http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/BLAC_ALTEMIR_A_Universalidad_indivisibilidad_e_interdependencia_de_los_DH.pdf). Véase, también, tesis IV.2°.A.15 (10°) del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, *Gaceta*, libro XII, septiembre de 2012, t. 3, p. 1946.

tucionales en esa materia y son de ineludible observancia para todas las autoridades.<sup>23</sup>

- e) Progresividad, entendida como el avance que debe darse con la finalidad de alcanzar la cobertura y protección total de los derechos humanos.

## V. DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO POSITIVO

De lo anterior se desprende que los derechos del ser humano deben tener un lugar prioritario en el sistema jurídico objetivo con su traslación a la categoría de derechos subjetivos. Es la transformación de los derechos humanos a derechos fundamentales, “jurídico-institucionalmente garantizados y limitados espacio-temporalmente; son derechos objetivamente vigentes en un orden jurídico concreto”.<sup>24</sup>

Hay una tendencia a considerar que las características de universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos confirman que los derechos humanos fueron *descubiertos* como tales, un argumento de *revelación* que en ocasiones se manifiesta por algunos autores,<sup>25</sup> que se puede refutar porque los derechos son inherentes a la dignidad humana, por lo tanto no se descubren como tales, sino que se realizan en cuanto se propician las condiciones para ello, de ahí su otra característica de progresividad.

Los derechos humanos no son descubiertos pero sí se da el proceso de reconocimiento cuando la ley o el derecho positivo los define; cuando los regula y los incluye en su normatividad, con lo cual se convierten en derechos fundamentales. Este reconocimiento ha sido validado por la Constitución mexicana con su reforma promulgada el pasado 10 de junio de 2011. Puede decirse que no había desconocimiento como tal, pero la forma de regular fue la de garantizar, de ahí que el primer capítulo de la carta magna se denominara “De las garantías individuales”, hoy “De los derechos humanos y las garantías individuales”.

Pero al polemizar o aclarar si han sido descubiertos o reconocidos, lo relevante es la meta que se traza por la salvaguarda de la dignidad huma-

<sup>23</sup> *Idem.*

<sup>24</sup> Hernández Martínez, Pilar, “Derechos humanos y Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXVIII, núm. 84, septiembre-diciembre, p. 1042.

<sup>25</sup> Aguilera Portales, Rafael Enrique, *Concepto y fundamento de los derechos humanos (Implicaciones político-jurídicas en el constitucionalismo del estado de Nuevo León)*, Monterrey, México, junio de 2010, colección Altos Estudios, núm. 18, p. 30.

na y el interés jurídico de asegurarla por sobre todas las condiciones, esto es, de manera prioritaria. En este sentido se entiende que el hombre ha sido poseedor de estos derechos que se han definido tras un “largo proceso de descubrimiento histórico que [ha] ido paralelo al descubrimiento de la exigencia de libertad e igualdad de todos los hombres por su condición de personas”.<sup>26</sup> Puede entenderse que el reconocimiento histórico corresponde a la progresividad jurídica y en la reconsideración en el orden normativo.

Los derechos fundamentales son por lo tanto derechos públicos subjetivos que se acompañan de instrumentos para su eficacia, entre los cuales las garantías constitucionales suelen tener especial connotación. Junto a éstas se conforman no sólo como derechos sustantivos, sino acompañados de las normas que aseguren su justiciabilidad. Al concordar con los señalamientos de la investigadora mexicana Pilar Hernández Martínez se puede seguir la conceptualización que formula al determinar que los derechos fundamentales confieren al individuo un *status*. Esta condición implica asegurarle al individuo una posición en las relaciones con los demás individuos, a la vez que los derechos fundamentales se constituyen como medio de defensa de su libertad frente a los poderes públicos, esto es, frente al Estado mismo.

## VI. DERECHOS SOCIALES. DERECHOS PRESTACIONALES

Los derechos sociales fueron considerados como derechos de segunda generación, con lo cual pareciera darles una categoría distinta, o jerarquizarlos, cuando en realidad, como antes se expresa, su condición e importancia es similar a la de los derechos civiles y políticos, de los cuales se distinguen por los mecanismos de defensa y realización.

Todavía se puede agregar que los derechos civiles y políticos son concebibles sin Estado; que existirían sin el funcionamiento de instituciones sociales que los definieran, a diferencia de los sociales (económicos y culturales), que requieren alguna forma de organización política.<sup>27</sup> En tal sentido puede comprenderse que existe una evolución del concepto paralelo al desarrollo de las relaciones entre los individuos.

Los derechos sociales se conforman de acuerdo a las necesidades que los propios individuos van requiriendo, o según las necesidades que las transformaciones les crean. Los derechos sociales de las colectividades de los trabajadores, o de las sociedades de los asalariados, son una respuesta a

<sup>26</sup> *Idem*.

<sup>27</sup> Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad”, *Derechos sociales*, *cit.*, p. 21.

la defensa de los derechos esenciales inherentes a la persona del trabajador cuando surgen las luchas de intereses de clase; o bien cuando se trata de derechos humanos de solidaridad como puede ser sobre el medio ambiente, que surgen cuando se cierne la amenaza a la naturaleza en medio de la cual habita el individuo y de la que depende su salud y forma digna de vida integral, así como respecto de los derechos humanos correspondientes a los intereses difusos o inespecíficos. En todos estos casos, la protección tendrá visos distintos. Sin embargo, las características serán las mismas y tan solo variarán para determinarse por medio de la organización estatal en función de la protección que deba otorgar mediante prestaciones públicas o sociales, en donde la aplicación de la progresividad puede ser advertida de manera sobresaliente; situaciones que parecerían complicar la realización de los derechos humanos como tales pero que finalmente encontrarán la respuesta legal adecuada.<sup>28</sup>

Los *derechos* fundamentales son también derechos de participación social. La participación es un principio en la organización y en el control del ejercicio del poder público del Estado (que puede entenderse como consecuencia de la defensa de la libertad del individuo), y son derechos prestacionales porque, en su carácter subjetivo;

...comprenden la puesta en marcha de la actividad general del estado para satisfacer las necesidades bien individuales, ya colectivas, así como la pretensión de aprovechar servicios ya prestados o instalaciones ya existentes, en definitiva, y con base en el principio de la dignidad de la persona en relación con la defensa de la personalidad, los derechos fundamentales a prestaciones (derechos prestacionales), [que] se traducen en el aseguramiento del mínimo vital a los individuos por parte del Estado.<sup>29</sup>

Los derechos humanos corresponden a la expresión de las necesidades, los valores, intereses y bienes que, por su urgencia e importancia, han sido considerados como básicos y comunes a todos los seres humanos y, consecuentemente, se decide elevarlos al rango de derechos positivos a través de los tratados internacionales y las Constituciones de los distintos Estados.

En coherencia con lo anterior, los Estados que han decidido constitucionalizar determinados derechos, así como adherirse a los instrumentos internacionales que los contienen, deben tener en cuenta que éstos se convierten en el fundamento y en el límite de todos sus actos (leyes, políticas públicas, programas, sentencias, etcétera). Es por ello que se insiste en la idea de que

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>29</sup> Hernández Martínez, Pilar, *op. cit.*, p. 1044.

los derechos humanos son la columna vertebral del Estado, punto neurálgico para la democracia. Dice Armando Hernández Cruz que la presencia de la “segunda generación de derechos (los económicos y sociales) hace pasar de la democracia formal a la material; del Estado de derecho al Estado social del derecho”; como cierto resulta que la condición prestacional de estos derechos resulta más complicada en su desarrollo progresivo en virtud del costo que representa, a diferencia de los derechos civiles y políticos, en los que el Estado conserva la actitud de no hacer, una postura de omisión<sup>30</sup> como más adelante se señala.

“Los derechos fundamentales, especialmente los derechos de libertad política, son considerados, hoy día, como el centro de la idea democrática concebida como «autodeterminación de los pueblos», [que] representan las garantías constitutivas de una verdadera función democrática”.<sup>31</sup>

En sentido objetivo, los

...derechos fundamentales prestacionales se configuran como directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa, de las cuales se desprende la obligación —no accionable, pero sí jurídicamente vinculante— de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal para la satisfacción en la medida de las posibilidades físicas (infraestructura) y presupuestales del Estado, respecto de las necesidades de los individuos (educación, salud, vivienda, etcétera).<sup>32</sup>

Como ya ha sido señalado en la doctrina, “...los derechos humanos constituyen el núcleo de un orden internacional justo. Expresan exigencias morales referidas a un bien X y al mismo tiempo a la implementación de las condiciones para acceder a dicho bien”.<sup>33</sup> Al quedar establecidos al interior de un orden jurídico, el Estado adquiere la obligación de generar los mecanismos que les permitan a todos los individuos, y en especial a aquellos que sufren de pobreza, exclusión y marginación, acceder plenamente a sus derechos. En el caso de los derechos de los trabajadores, la regla puede ser

<sup>30</sup> *Los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad en el derecho mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 11 y 12.

<sup>31</sup> *Idem.*

<sup>32</sup> *Idem.*

<sup>33</sup> Kreide, Regina, “Justicia global, pobreza y responsabilidad: ¿tienen obligaciones las empresas transnacionales?”, en Cortés, Francisco y Gusti, Miguel (eds.), *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de Antioquia-Pontificia Universidad Católica de Perú, 2007, p. 110, citado por Kurczyn, Patricia y Gutiérrez, Rodrigo, *Estudios orientados a determinar las implicaciones jurídicas de la Ley General de Desarrollo Social en la medición multidimensional de la pobreza en México*, 2009, presentado a Coneval.

aplicable para la confirmación, fortalecimiento y defensa en general de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, con mayor razón cuando se trate de trabajo precario. Derechos como son principalmente la libertad y la igualdad que encabezan los demás derechos, tales como el derecho a la justa remuneración, a la estabilidad, a la formación o capacitación, a la seguridad social, etcétera, como prestaciones sociales y económicas que finalmente desembocan en la idea del trabajo decente, que es indisoluble de la dignidad del hombre.

Si bien el cumplimiento de tales prestaciones corresponde al empleador, habrá que tomar en cuenta que los organismos encargados de fijar las remuneraciones mínimas y la participación de utilidades, y los que administran y supervisan derechos de la seguridad social, son mixtos, de composición tripartita, que tienen singular importancia por su participación en el financiamiento de algunas de esas prestaciones o beneficios a través de las cuotas sociales provenientes del Estado, y en algunos sistemas por la aplicación tributaria para los mismos fines.

Además, el Estado tiene el deber de inspeccionar el cumplimiento de las leyes, como las que corresponden a la higiene y seguridad, el pago de cuotas de seguridad social, etcétera, lo cual implica la organización de un aparato administrativo con funciones y responsabilidades.

La distinción básica que se ha hecho entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales reside en la actitud del Estado frente a ellos. En relación con los primeros, también llamados derechos humanos de primera generación, el Estado debe permanecer sin actuar, sin dar y sin prestar, puesto que intervenir de una u otra forma es una injerencia en la vida democrática. En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales, representan a los auténticos derechos prestacionales, y se les identifica por la obligación que asume el Estado para proveer o facilitar su realización. Con esta perspectiva, los derechos sociales se identifican con la obligación del Estado de hacer y proveer derechos básicos.

El Estado no interviene para la realización de los derechos civiles y políticos, lo cual no indica que se mantenga totalmente ajeno, pues finalmente da el soporte y procura el sustento legal para su consecución y sanción, si es el caso. Por ello hay tribunales civiles y electorales.

“Esto significa que es necesario definir con mayor detalle no sólo aquello que el Estado no debe hacer, a fin de evitar violaciones, sino también aquello que debe hacer en orden a lograr la plena realización de los derechos civiles, políticos y también en materia de DESC”.<sup>34</sup> Por tanto, con base

<sup>34</sup> Faur, Eleonor (dir.), *Las políticas para disminución de la pobreza implementadas en la Argentina*

en el enfoque de los derechos sociales, el diseño, implementación, regulación, aplicación y evaluación de los programas y políticas relativas a los derechos humanos y a los principios derivados de los mismos deberán reflejar y respetar el contenido de las normas (nacionales e internacionales) relativas a los derechos humanos y a los principios derivados de los mismos: universalidad, interdependencia, indivisibilidad, igualdad, no discriminación, *pro homine* (mejor llamado *pro personae*), *pro debilis* y participación social, entre otros.

En este sentido, debe expresarse que en el ámbito del derecho internacional, además de las declaraciones, pactos y convenciones en materia de derechos humanos, existe una cantidad importante de instrumentos que han desarrollado el contenido mínimo de cada uno de los derechos que enuncian y, en consecuencia, las obligaciones estatales que se derivan de los mismos. Tal sería el caso de las evaluaciones de los programas o de los reportes de los comités encargados de la supervisión o monitoreo de la aplicación de esas normas (Programa de erradicación del trabajo infantil IPEC, Programa contra la discriminación en contra de la mujer; Comité de Expertos de OIT o Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas), que si bien no provocan sanciones económicas, marcan el prestigio o desprestigio del Estado frente a la comunidad internacional.

## VII. LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

Los derechos sociales fundamentales, en los términos de Robert Alexy<sup>35</sup> y en función de la adscripción de los mismos en las Constituciones de acuerdo con el sistema jurídico que los acepta, pueden ser de tres tipos en atención a puntos de vista teórico estructurales que en seguida se mencionan:

- a) Normas que confieren derechos subjetivos o que obligan al Estado sólo objetivamente.
- b) Normas vinculantes o no-vinculantes y, en este sentido, pueden ser enunciados programáticos.
- c) Normas que pueden fundamentar derechos y deberes *definitivos* o *prima facie* (pueden ser principios o reglas).

*entre los años 2002 y 2005. Un análisis de su diseño, implementación y exigibilidad desde la perspectiva de derechos humanos*, Buenos Aires, UNESCO-CELS, 2006. Véase Gargarella, Roberto *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Burlington, Aldershot, 2006, y Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

<sup>35</sup> “Los derechos sociales fundamentales”, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Porrúa-UNAM, 2000, pp. 70 y 71.

Tanto la condición como la naturaleza de los derechos sociales fundamentales no han sido aceptadas automáticamente. La estructura doctrinal todavía inserta cuestionamientos que la evolución misma de los derechos humanos ha ido venciendo y que con la aceptación del Protocolo de San Salvador y las ratificaciones de la mayor parte de los Estados latinoamericanos, hay un progreso significativo, aun cuando deba analizarse cuál es la categoría otorgada o reconocida por los tratados internacionales y su aplicabilidad respecto de los derechos internos de cada país,<sup>36</sup> además de que se conozca el índice de aplicación o cumplimiento del mismo. La entrada en vigor del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1988 es el respaldo más importante que hoy por hoy tienen los derechos sociales fundamentales a nivel internacional, así como los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo que comprenden derechos específicos sobre condiciones laborales y en general de protección social para los trabajadores.

Una de las razones por las cuales los derechos sociales fundamentales pudieron no ser aceptados indeliberadamente podría obedecer justamente a la observación de Dworkin sobre la limitación a la libertad que infiere, *per se*, la proclamación de los derechos fundamentales sociales, como se dijo antes en la introducción de este trabajo. Tal podría ser el caso de la negativa de varios Estados para ratificar convenios como el 98 de OIT sobre Libertad Sindical y Derecho a la Negociación Colectiva (México entre ellos), o de la menor importancia que países como Estados Unidos y Canadá otorgan a los convenios de ese organismo.

Habría que incursionar detalladamente en el planteamiento que formula Alexy<sup>37</sup> sobre los criterios de la contradicción de las libertades y valdría la pena hacerlo con referencia a las relaciones laborales. Por la importancia del tema y por tratarse de situaciones hasta cierto punto novedosas, es casi obligado aludir a las referencias del autor que además, por su conocimiento en el arte de la argumentación, hace más complejo confrontar sus ideas —si tal fuera el caso— o convencerse de las mismas. Alexy da varios ejemplos sobre el vínculo entre el derecho y el deber de trabajar. Así, por ejemplo, se dice que un derecho al trabajo implica un deber de trabajar,<sup>38</sup> aseveración con la que asentimos.

<sup>36</sup> En el caso del derecho mexicano, producto de la contradicción de tesis 293/2011, se definió expresamente que “cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional”. En otras circunstancias opera el principio *pro persona*.

<sup>37</sup> Alexy, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

<sup>38</sup> Isensee, J., “Verfassung ohne soziale Grundrechte”, citado por Alexy, *op. cit.*, p. 79.

Se trata del binomio derecho-deber que puede encontrarse en leyes fundamentales, como es el caso de la Constitución mexicana, que señala en el artículo 123 que *el trabajo es un derecho y es un deber social*. Sin embargo, quien no trabaje no pierde sus derechos ciudadanos ni los de su protección ni las libertades de tránsito o de asociación; nada importarían las razones de no trabajar, ya que el sujeto ejerce su derecho a no trabajar como la propia Constitución le garantiza en el artículo 5o., referido a la libertad de trabajo. No trabajar no representa la imposición de sanción alguna. El vagabundo, como otrora ocurriera, no es un delincuente y no se persigue por la ley como ocurría en los tiempos de la colonia española, en que los vagos eran reclutados para trabajar forzosamente en las minas. Las sanciones corresponderían a otras formas sociales y la posible afectación en la satisfacción de sus necesidades.

Desde otro punto de vista, si se impusiera la obligación de trabajar, como deber social —mas no como trabajo forzoso—, el Estado asumiría la obligación de proveer un trabajo a cada habitante en edad de trabajar; *ergo*, el ciudadano sin trabajo podría demandar el pago de un seguro de desempleo o el monto salarial que le correspondería en relación con un empleo de acuerdo a sus capacidades. Este tema requiere otras reflexiones en cuanto a la obligación del Estado para crear sistemas productivos y generar la distribución de la riqueza con equidad, como se dispone en el artículo 25 constitucional en relación con el desarrollo social de la nación, y desde luego la creación de un seguro de desempleo, el cual no es para ofertarse a quien no desee trabajar sino a quien busca un empleo y no lo consigue, circunstancias que todavía deben delimitarse, ya que no se trata de beneficiar indiscriminadamente.

## VIII. LOS DERECHOS SOCIALES EN EL TRABAJO

La teoría de los derechos humanos desarrolla en el siglo XX la concepción moderna que lleva a implantar sistemas de defensa en contra del poder público y del Estado mismo. Es entonces cuando surgen instituciones que reciben hasta la fecha denominaciones variadas, como es la del *ombudsman*, la más desarrollada o la primera que se instala en los países escandinavos, o la defensoría del pueblo en España, o la de la defensa de los derechos [universitarios] como se estableció en la UNAM y otras más que tienen en común perseguir y alcanzar los mismos fines para proteger a los individuos de los actos arbitrarios que pudieran cometerse por el poder público. En su origen no se concibieron clasificaciones como derechos humanos individuales o sociales o en civiles, políticos o de generaciones.

Las clasificaciones han surgido, como antes se dijo, por las necesidades que se desarrollan en los ciclos de la sociedad. Por ello es que antes de que se concibieran los derechos humanos como sociales y de que éstos se hubieran conceptualizado, se había iniciado la construcción doctrinal de los derechos colectivos o de los derechos sociales como nociones referentes a grupos integrados por trabajadores o miembros de un grupo o colectividad. El ejemplo se tiene con el constitucionalismo social iniciado en 1917 con la carta magna mexicana y la regulación de las que hasta entonces se concibieron como garantías sociales, constituidas entonces como derechos agrarios y derechos laborales —que incluían los de seguridad social— en reivindicación con las clases campesina y obrera, las más oprimidas. Con estos presupuestos jurídico-sociales se presentó ese nuevo escenario que fue construyéndose y reconstruyéndose durante el siglo XX y que en el intermedio se dio la fuerza de la defensa de los derechos humanos con perspectivas individuales y sociales.

El constitucionalismo social que después se introdujo en los sistemas legales de otros países dio materia para que los llamados derechos sociales se refirieran a los derechos de los trabajadores en su condición de grupo; se armaron jurídicamente los derechos colectivos que, como se sabe, forman hasta ahora una trípole para fortalecer la condición de la clase trabajadora frente a los intereses empresariales o patronales. De cierta manera puede pensarse que así como el derecho del trabajo se apropió en un principio del título de *derecho social* en una especie de confusión del todo con una parte, los derechos colectivos del trabajo adoptaron el nombre de derechos sociales. Con el desarrollo de la doctrina, y aun con la práctica de la defensa de los derechos humanos en general, debieron distinguirse los derechos humanos con distintas clasificaciones, entre las cuales está la de derechos sociales.

## IX. EL VALOR DE LOS DERECHOS HUMANOS AL INTERIOR DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS INTERNOS

La evolución sociopolítica en la modernización de las teorías constitucionalistas tiene evidencia a partir de incorporar la protección jurídica de los derechos en la parte dogmática de las Constituciones y, en consecuencia, en el sistema jurídico. Lo anterior hasta el punto de que múltiples autores afirman que los derechos constituyen la *sustancia* constitucional y por tanto son los criterios fundamentales para determinar la validez de todas las normas secundarias.<sup>39</sup> Como lo expone Ferrajoli, “el constitucionalismo, que

<sup>39</sup> Salazar, Pedro y Vásquez, Paula, “La reforma al artículo 6°...”, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución de la naturaleza del derecho que se manifiesta en una modificación interna del paradigma positivista clásico”.<sup>40</sup>

Bajo este nuevo paradigma constitucional, los derechos fundamentales se han convertido en los vínculos sustanciales más importantes de la legislación secundaria. Como se ha señalado, hoy los derechos humanos son considerados como el conjunto de normas y principios obligatorios que deben operar como la guía principal de las instituciones estatales, ya sea para la creación de leyes, el dictado de sentencias o el diseño de políticas públicas y programas de gobierno.

## X. LA JERARQUÍA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

Por lo que toca a la jerarquía de los tratados internacionales como normas vinculantes para las instituciones del Estado hay diferencias, pues mientras en algunos casos se conforma un derecho comunitario como la Unión Europea, en otros se conserva la celosa condición de supremacía del derecho interno. México por fin abrió el sistema jurídico a la incorporación de los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano,<sup>41</sup> con prevalencia en los derechos humanos, situación que todavía está en la agenda del foro jurídico con opiniones contrarias, a diferencia de otros países latinoamericanos, que han optado por dar relevancia a los tratados internacionales ratificados, sin someterse a derecho comunitario y sin perder soberanía.

Pero debe decirse que en el caso particular de México la resistencia a este cambio en el orden jurídico cedió finalmente al acceder en la incorporación de la normatividad internacional de los derechos humanos como parte del derecho interno. En 1994 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) había modificado su criterio de interpretación del artículo 133 constitucional, relativo a la jerarquía de las normas,<sup>42</sup> y estableció que los

<sup>40</sup> Ferrajoli, Luigi, *Diritti fondamentali*, Roma, Laterza, 2001, pp. 33 y 34.

<sup>41</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011.

<sup>42</sup> Ello al resolver un amparo promovido por el Sindicato Nacional de Controladores Aéreos (amparo 1475/98). De esta resolución deriva la tesis 192,867 cuyo rubro es “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”. Véase tesis P. LXXVII/99, Novena Época, Pleno, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, noviembre de 1999, t. X, p. 46. El criterio anterior ha sido reforzado en fecha reciente, véase “SU-

tratados internacionales se encontraban por debajo de la Constitución pero por encima de todas las leyes promulgadas por el Poder Legislativo (leyes generales, federales, orgánicas).<sup>43</sup>

Este criterio se ratificó y se reforzó en 2007 con otra resolución de la Suprema Corte de Justicia en la que determina la regla de interpretación armonizada con los principios del derecho internacional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho. La última resolución de la SCJN sostenía la primacía constitucional y colocaba a los tratados internacionales debajo de la Constitución federal pero por encima de las leyes generales, federales y locales. Habrá que considerar que de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y conforme al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario *pacta sunt servanda*, México, en este caso, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo más, una responsabilidad de carácter internacional.<sup>44</sup> Como lo ha destacado Dulitzky: “En materia de derechos humanos, ya superada la clásica distinción entre derecho internacional y derecho interno, ambos interactúan, auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de las libertades fundamentales”.<sup>45</sup>

El 10 de junio de 2011 se publicó en el *Diario Oficial* una de las más importantes y trascendentes reformas a la Constitución mexicana. La modificación incorporó los derechos humanos al texto del primer capítulo, lo que dio un giro significativo no sólo a la letra constitucional sino al orden jurídico mexicano. Aún después de este avance, la polémica sobre la primacía constitucional se mantiene vigente entre algunos constitucionalistas. Se cuestiona también el significado de admitir el predominio de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y las implicaciones en su soberanía, así como en el control de la convencionalidad.

La discusión se basa en algunos criterios; por una parte está el tema relevante de la interpretación de los tratados internacionales de derechos

PREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”, tesis aislada PVIII/2007, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV*, abril de 2007, p. 6.

<sup>43</sup> El criterio anterior establecido por la Corte era que los tratados internacionales y las leyes tenían el mismo rango jerárquico.

<sup>44</sup> Tesis P. IX/2007, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 20 de mayo de 2007, t. XXV.

<sup>45</sup> Dulitzky, Ariel, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, 2004, p. 34.

humanos con características que los distinguen de otros tratados internacionales, como son los económicos y comerciales, cuyo objetivo principal es establecer acuerdos para el intercambio de beneficios, basado en el principio de equilibrio y acuerdo entre las partes, hasta el punto de que cuando se denuncia el incumplimiento o desequilibrio entre ellas, es posible anular el tratado. En cambio, los pactos y convenciones de derechos humanos tienen naturaleza distinta. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: "...los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio entre Estados, a garantizar el goce de los derechos y libertades del ser humano".<sup>46</sup>

El objetivo principal de estos tratados es construir un orden común basado en la dignidad humana y en el establecimiento de criterios que permitan universalizar niveles de vida adecuados, por lo que tampoco se sujetan a cumplimientos parciales. Una vez que un Estado decide firmarlos y ratificarlos de acuerdo con las normas del derecho interno, se incorporan al derecho positivo, como ocurre en el caso mexicano de conformidad con el artículo 133 constitucional. Ratificados dichos instrumentos, las instituciones quedan obligadas a cumplirlas en virtud del principio *pacta sunt servanda*.<sup>47</sup>

Es importante señalar la condición jurídica y el rango que tienen los tratados de derechos humanos en cada sistema jurídico nacional para concebir su obligatoriedad y la de importantes pactos y convenios internacionales, como el Protocolo de San Salvador sobre los Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención de los Derechos del Niño, la CEDAW y los convenios de la OIT, entre los que destacan los ocho fundamentales sobre la libertad de trabajo (29 y 105), igualdad en el trabajo (100 y 111), protección al trabajo de los niños (138 y 182) y libertad sindical (87 y 98), y algunos otros como el 102 sobre normas mínimas de seguridad social que, sin formar parte de los convenios fundamentales, tiene gran preponderancia.

## XI. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS PRESTACIONALES

No es necesario abundar en la naturaleza de los derechos sociales cuya realización requiere condiciones propias de la organización política o estatal; sin embargo, la polémica que se alza respecto de los derechos laborales

<sup>46</sup> CIDH, Opinión Consultiva OC- 1/81, "Otros Tratados", Serie A, Núm. 1, para. 24, citado por Dulitzky, Ariel, "La aplicación...", *op. cit.*, p. 36.

<sup>47</sup> México ratificó el 25 de septiembre de 1974 la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuyos artículos 26 y 27 cristalizan el principio *pacta sunt servanda* y su corolario.

como derechos prestacionales se ubica en altos niveles de filosofía, en los cuales no se pretende incursionar toda vez que la finalidad de este trabajo se dirige a la defensa de los derechos laborales, con una inclinación definitiva a la defensa del derecho al trabajo o al empleo y las instituciones que de ello derivan, tales como el derecho al salario, el derecho a la formación, a la seguridad y protección social, incluidos los derechos a la salud y a la vivienda y, por supuesto, los relativos a la libertad y a la igualdad.

En este mismo tenor está que los derechos prestacionales, que en el ámbito laboral y de la seguridad social requieren consideraciones de excepción. Por una parte no puede negarse su condición de derechos sociales fundamentales y, como tales, su inclusión en las Constituciones, con lo cual se formaliza el constitucionalismo social ya con tradición casi centenaria por lo que respecta a México.

La excepción consistiría en admitir observaciones como las que hace el autor mexicano Federico Arcos Ramírez<sup>48</sup> que conviene atender y analizar, y las que presenta de manera más accesible uno de los autores que el mismo Arcos cita, Luis Prieto Sanchís cuando se refiere a derechos sociales que carecen en su opinión de contenido prestacional, como el derecho a la huelga o la libertad sindical, salvo, dice para terminar esa frase, "...que interpretemos que la tutela pública de estas libertades es ya una prestación..."<sup>49</sup>, con lo cual puede aclararse que, en efecto, al hablar de lo prestacional no significa que el Estado deba otorgar beneficios de orden económico, sino que su tarea es de hacer, de dar o proveer, que en el caso particular del ejercicio del derecho de huelga debe atender a través de las autoridades y procedimientos que correspondan, condicionar su lícito ejercicio y velar para que se dicten resoluciones justas. Con estos presupuestos legales se impide obstaculizar el derecho de huelga, como ocurre en innumerables asuntos que actualmente se pueden documentar.<sup>50</sup>

Por otra parte, el derecho a la sindicalización implica prestaciones no económicas que pertenecen al orden administrativo y que reflejan la voluntad estatal de respeto al derecho fundamental a la asociación; y en esa dirección hay otros tantos casos que permiten reflexionar sobre prestaciones por proveer a través de actos administrativos.

<sup>48</sup> Arcos Ramírez, Federico, "La naturaleza del derecho al trabajo como derecho social fundamental", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 3-2000, disponible en <http://www.uv.es/CEFD/3/arcos.htm>.

<sup>49</sup> Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 23.

<sup>50</sup> Y que para muestra estarían los bochornosos casos de los mineros y de los electricistas en México.

Vale la pena recurrir a los argumentos del mismo autor cuando se refiere al sentido estricto de derechos prestacionales, que hace respecto a bienes o servicios económicos evaluables:

...subsidios de paro, de enfermedad o vejez, sanidad, educación, vivienda, etcétera; pues, de otro modo, si se incluyera también la defensa jurídica o la protección administrativa, todos los derechos fundamentales merecerían llamarse prestacionales, dado que todos ellos exigen en mayor o menor medida una organización estatal que permita su ejercicio o que los defienda frente a intromisiones ilegítimas...<sup>51</sup>

En relación con los supuestos que se afirman en los párrafos precedentes, se suscita el debate en el sentido de que lo prestacional no necesariamente debe considerarse evaluable en sentido económico; en tal caso se haría referencia a los derechos económicos cuando aparecen sólo en el tema de lo social, pues hay, en efecto, derechos como el de la vivienda que son valubles económicamente, frente a otros derechos que se refieren a la mera protección jurídica en su ejercicio y que, en todo caso, no es el Estado el obligado a resarcir las violaciones y sus daños pecuniariamente, sino el obligado a exigir de los responsables el cumplimiento de dichas obligaciones cuando existan las resoluciones jurisdiccionales correspondientes; se podría pensar en la defensa horizontal de estos derechos.

En todo caso habría que apuntar que el mismo autor Prieto Sanchís, cuando se refiere a la titularidad de los derechos sociales —económicos y culturales— señala al trabajador, al joven, al anciano, etcétera, lo que puede ser el indicador de que al aceptar la figura concreta del receptor en concreto, a diferencia del hombre abstracto, titular de los derechos civiles o políticos; con lo cual se admite frente al Estado que puede haber una exigencia vía indemnización cuando no cumpla con sus obligaciones de velar por la defensa de los derechos humanos y no cumpla con la justiciabilidad, como falta de sus órganos públicos.

Lo anterior se puede apoyar en otro sentido cuando se dictan resoluciones de las comisiones de derechos humanos o de los órganos encargados de su defensa que dictaminan el resarcimiento del daño causado a la víctima por la violación de sus derechos o a sus familiares con derecho a recibir el pago de una indemnización.

<sup>51</sup> El autor cita a Gomes Canotilho, J. J., “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, trad. de E. Calderón y A. Elvira, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 1998, p. 247, obra que no fue posible consultar directamente.

Lamentablemente en México tales resoluciones no son vinculantes y el derecho positivo mexicano excluye de la competencia de las comisiones mencionadas, la defensa de los derechos laborales.

## XII. REFLEXIONES

Los derechos laborales forman parte de la casta de derechos sociales y en su carácter de fundamentales sí pueden entenderse como prestacionales; conforme a los cánones de la doctrina y el derecho mexicano, por sus fuentes y con base en el derecho positivo interno e internacional, los derechos laborales responden a prestaciones que pueden tener o no un valor económico o pecuniario (la libertad sindical, por ejemplo, no implica que el Estado otorgue prestaciones de orden económico).

La defensa de los derechos sociales fundamentales se sostiene tanto en los tratados internacionales generales de derechos humanos como en los específicos, con una especial consideración en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o que sean estrictamente laborales como los adoptados por la OIT —especialmente los convenios fundamentales, sin excluir otros—, o bien los referidos a otra temática con inclusiones alusivas a los derechos laborales, tal cual sería el caso de la CEDAW en defensa de la igualdad laboral de las mujeres, con énfasis en el embarazo y la maternidad como factores de discriminación, así como la Convención de los Derechos del Niño en cuanto a su protección laboral.

La defensa debe sustentarse en distintos procedimientos, jurisdiccionales y no jurisdiccionales, pero en ambos casos es importantísimo que dicha defensa se fortalezca a nivel interno y se amplíe a nivel internacional con la intervención de organismos internacionales, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a cuya jurisdicción deben someterse por igual los países de América.

A nivel interno es necesario promover una revisión de los sistemas jurídicos, tal sería el caso de México, para dar competencia a las comisiones de derechos humanos para conocer de las violaciones a los derechos fundamentales del trabajo, así como para implementar las resoluciones vinculantes que emitan dichos organismos.

En cuanto a la defensa jurisdiccional, es urgente modificar los esquemas procedimentales para agilizar la justicia laboral y de seguridad social que carece de agilidad y eficacia en el cumplimiento de sus resoluciones, con lo cual no puede hablarse de justicia.

Existen otros medios de defensa propios del área laboral, que son característicos del diálogo social ampliado, como el que ha inspirado a la OIT por más de noventa años y que puede ser de enorme utilidad, como lo ha demostrado el mismo organismo. Su aplicación sería redituable, social y económicamente, si se incluyeran las cláusulas sociales en los tratados comerciales y si se intensificara y ampliara la construcción de los acuerdos marco internacionales.

También debe insistirse enfáticamente en la importante proyección que debe darse al PIDESC, no sólo con su ratificación sino haciéndolo un auténtico y eficiente instrumento para atender los retos de la globalización, cuya trascendencia recorre los distintos puntos del mundo con motivo de la instantánea y eficiente comunicación y su afectación a los novedosos factores de comercialización, sin que se pueda negar la intervención de los intereses políticos y económicos nacionales o transnacionales, en ocasiones correspondientes a importantes consorcios empresariales cuya influencia llega a modificar los patrones económicos, sociales y culturales de los pueblos en general. Ello es un motivo más que hace urgente encauzar los cambios para evitar la erosión de la vida digna y del trabajo decente de millones de individuos en distintas partes del globo.

Hace falta dirigir enfáticamente la mirada al sector de los trabajadores, que conforman la mayor parte de la población mundial, entre asalariados y no asalariados, entre trabajadores del sector formal y del informal —éste con un incremento desproporcionado por el incumplimiento a las normas para evadir responsabilidades—. Hoy en día no sólo es exigencia la ampliación de las plataformas de protección social con estrategias distintas a las tradicionales, sino la de vigilar su cumplimiento sin tregua alguna y la de tender las políticas hacia la armonización social, y uno de los presupuestos para ello es el de implantar igualdad de condiciones de trabajo. Es comprensible que para ello uno de los instrumentos más importantes y útiles es la normatividad internacional, como el ya citado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los convenios específicos de la OIT. Instrumentación que implica la urgencia del diálogo social ampliado a su máxima expresión.

El diálogo social ampliado a su máxima expresión significa mantener comunicación entre los organismos sociales: OCDE, OMC, BM, FMI, OMS y OIT. Este diálogo en que se incluyan las voces de los sectores más representativos de los sectores de la producción puede constituir el mejor trayecto para lograr la cohesión social contemporánea que tanto urge. Son los derechos humanos, su respeto y cumplimiento, precisamente, los que facilitarían esa transición.

## PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES

María Ascensión MORALES RAMÍREZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Agenda internacional sobre el envejecimiento*. III. *Protección de las personas mayores*. IV. *Seguimiento del Plan Internacional de Madrid*. V. *Hacia una Convención*. VI. *Contenido de la Convención*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

La población del mundo está envejeciendo a un ritmo sin precedentes. Para 2050 habrá dos mil millones de personas mayores en todo el planeta. El 65% de ellas se ubica en países en desarrollo.<sup>1</sup>

De acuerdo con los datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, las personas adultas mayores representan el 8.2% del total de la población en Latinoamérica y se espera que crezca a un 24% para el año 2050. Es decir, se pasaría de una población de 43 millones de adultos mayores a 183.7 millones. Asimismo, las mujeres mayores continúan superando en número a los hombres, de tal suerte que la brecha entre los géneros se amplía con la edad.<sup>2</sup>

El envejecimiento poblacional es el resultado de una profunda transformación socioeconómica que plantea nuevos desafíos en la economía, el tratamiento de las necesidades específicas de la población adulta mayor, el replanteamiento de las políticas públicas y la planeación del futuro, que reflejen este cambio en la estructura poblacional.

\* Profesora titular de carrera en la Facultad de Derecho de la UNAM.

<sup>1</sup> ONU, *World Population Ageing*, Nueva York, 2009 (ESA/P/WP/212).

<sup>2</sup> CEPAL y CELADE, *El envejecimiento y las personas de edad. Indicadores sociodemográficos para América Latina y el Caribe*, Santiago, 2009, pp. 13 y 14; CEPAL, *Los derechos de las personas mayores*, 2011, p. 7.

En ese contexto, la comunidad internacional ha abordado el desafío que trae aparejado el envejecimiento y, para ello, ha realizado esfuerzos a fin de otorgar visibilidad a la situación de este sector con miras a avanzar hacia la protección y promoción de sus derechos humanos.

Así, el objetivo del trabajo se centra en identificar el posicionamiento y consolidación de los derechos humanos de las personas mayores, a tres décadas de iniciativas mundiales. Para ello se presenta, en primer lugar, una reseña evolutiva de las acciones internacionales y regionales más importantes sobre el envejecimiento; segundo, se analiza la contribución efectuada por algunos mecanismos y organismos del sistema normativo internacional al protagonismo creciente adquirido por las personas mayores en la agenda de los derechos humanos y, tercero, se revisa el Plan de Acción Internacional de Madrid con el propósito de identificar si las actividades hasta ahora emprendidas han supuesto una línea de progreso en el reconocimiento de los derechos de este sector en el marco normativo internacional. Posteriormente se exponen los argumentos a favor de la creación de una convención y su contenido mínimo; para concluir, se identifican los desafíos.

## II. AGENDA INTERNACIONAL SOBRE EL ENVEJECIMIENTO

Desde hace tres décadas, el envejecimiento mundial y la situación específica de las personas mayores han sido objeto de atención y preocupación por parte de la comunidad internacional, y a tal efecto se han emprendido diversas iniciativas que marcan la incorporación de una perspectiva de derechos humanos<sup>3</sup> respecto de este grupo de la sociedad.

La referencia precursora<sup>4</sup> fue el Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento, aprobado en la Primera Asamblea Mundial en Viena en

<sup>3</sup> El doctor Jorge Carpizo define los derechos humanos como el conjunto de atribuciones reconocidas en los instrumentos internacionales y en las Constituciones para hacer efectiva la idea de la dignidad de todas las personas y, en consecuencia, que puedan conducir una existencia realmente humana desde los ámbitos más diversos, los que se imbrican, como el individual, el social, el político, el económico y el cultural. “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 25, 2011, p. 13.

<sup>4</sup> En los instrumentos internacionales, las primeras referencias a las personas mayores han sido en forma indirecta y se limitan a la protección y a un nivel de vida adecuado. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25, reconoció el derecho a las prestaciones sociales en la vejez; el Convenio 102, Norma Mínima de Seguridad Social, estableció como una de las ramas, la prestación de vejez; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 plasmó en el artículo 9o. el derecho de toda persona a la seguridad social; el Convenio 128 de la OIT sobre prestaciones de invali-

1982.<sup>5</sup> En dicha Asamblea se consideró a las personas mayores como un grupo de población diverso y activo con aptitudes diferentes y, en ocasiones, con necesidades especiales. Se recomendaron medidas en materia de empleo, seguridad económica, salud y nutrición, vivienda, educación y bienestar social.

En 1991 se adoptaron los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad, con los cuales se establecieron normas universales en cinco ámbitos principales: independencia, participación, atención, realización personal y dignidad.<sup>6</sup>

En 1992, con motivo del décimo aniversario de la Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, se aprobó la Proclamación sobre el Envejecimiento, con una orientación general para seguir aplicando el Plan de Acción Internacional de Viena y la necesidad de formular una estrategia para el decenio 1992-2001.<sup>7</sup>

En 1999 se proclamó el “Año Internacional de las Personas de Edad”, en reconocimiento de la llegada de la humanidad a su madurez demográfica y de la promesa de modificar las actitudes y las capacidades en la esfera social, económica, cultural y espiritual, en particular para el logro de la paz mundial.<sup>8</sup>

En 2002, en Madrid, se celebró la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento. En ella se orientó a la formulación de una política internacional para responder a las oportunidades y retos planteados por el envejecimiento de la población en el siglo XXI, así como promover el desarrollo de la sociedad para todas las edades. En dicha Asamblea se aprobó la Declaración Política y un nuevo Plan de Acción Internacional, mediante los cuales los gobiernos se comprometieron a adoptar medidas en todos los niveles y en tres esferas prioritarias: a) las personas de edad y el desarrollo; b) la promoción de la salud y el bienestar en la vejez, y c) el logro de entornos propicios y favorables. Igualmente, el Plan identificó los problemas esenciales en la participación de las personas mayores: factores excluyentes y discriminatorios.<sup>9</sup>

dez, vejez y sobrevivencia de 1967; la Recomendación 162 de la OIT sobre los trabajadores de edad, adoptada en 1980.

<sup>5</sup> Celebrada del 26 de julio al 6 de agosto de 1982.

<sup>6</sup> Se aprobaron en la Resolución 46/91 de la Asamblea General de la ONU, el 16 de diciembre de 1991.

<sup>7</sup> Aprobada en la resolución 47/5 de la Asamblea General de la ONU, el 16 de octubre de 1992.

<sup>8</sup> También se adoptó con base en la Resolución 47/5.

<sup>9</sup> ONU, *Informe de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento*, Nueva York, 2002.

En el documento se reconoció como uno de los mayores logros de la humanidad el aumento de la esperanza de vida en muchas regiones del mundo, lo que dio lugar a una transformación demográfica sin precedentes, pero a la vez planteó el reto de incrementar las oportunidades de las personas, en particular las de mayor edad, para aprovechar al máximo sus capacidades en todos los aspectos de la vida.

Por su parte, las comisiones regionales de las Naciones Unidas han adoptado la Estrategia de Implementación Regional del Plan de Acción Internacional de Madrid.

Dentro de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE), en el marco de las conferencias ministeriales europeas sobre el envejecimiento, se han aceptado dos declaraciones. La primera, la Declaración Ministerial de Berlín “Una sociedad para todas las edades en la región”, en 2002, en la cual los Estados miembros se comprometieron a asegurar a las personas adultas mayores: el pleno disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos civiles y políticos; eliminar toda forma de violencia, abuso, abandono y discriminación; asegurar la igualdad de acceso a una atención sanitaria y social de calidad, aumentar el reconocimiento de la dignidad e independencia, y desarrollar la perspectiva transversal de género en todas las políticas de envejecimiento.<sup>10</sup>

La segunda, la Declaración Ministerial de León (España) “Una sociedad para todas las edades: retos y oportunidades”, en 2007, además de reiterar los compromisos de la primera declaración, agregó: fomentar una imagen positiva de las personas de edad con miras a la cohesión social; impulsar una vejez activa a través de la educación permanente y el acceso a tecnologías modernas de información y las comunicaciones, así como el voluntariado y la acción cívica; ajustar los sistemas de protección social a fin de evitar la pobreza y la exclusión social y mejorar la calidad de vida a todas las edades.<sup>11</sup>

En América se han celebrado tres conferencias regionales intergubernamentales sobre el envejecimiento en América Latina y el Caribe.<sup>12</sup> La

<sup>10</sup> Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE), *Declaración Ministerial de Berlín “Una sociedad para todas las edades en la región”*, ECE/AC.23/2002/3/Rev.2, del 11 de septiembre de 2002.

<sup>11</sup> CEPE, *Declaración Ministerial de León (España) “Una sociedad para todas las edades: retos y oportunidades”*, ECE/AC.30/2007/2, del 28 de enero de 2007.

<sup>12</sup> La región se encuentra en plena transición demográfica y, como consecuencia, durante las próximas décadas se producirá un cambio en la composición etaria de la población. El envejecimiento planteará una ecuación entre la población activa y la dependiente, lo que requerirá de altos niveles de productividad para generar los recursos necesarios para cubrir requerimientos en salud y seguridad social en las edades más vulnerables.

primera en Santiago de Chile en 2003, en la cual se adoptó la Estrategia Regional de Implementación del Plan de Acción Internacional de Madrid.

La segunda Conferencia fue en Brasil en 2007, en ella se adoptó la Declaración de Brasilia: Hacia una Sociedad para todas las Edades y de Protección Social basada en Derechos.<sup>13</sup> En dicha conferencia se acordó: *a)* la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas de edad avanzada; *b)* eliminar la discriminación y violencia; *c)* crear redes de protección de los adultos mayores para hacer efectivos sus derechos, y *d)* la elaboración de una Convención Interamericana.

Los países se comprometieron a ampliar la cobertura de las pensiones contributivas y no contributivas; incorporar mayor solidaridad a los esquemas de protección social; reconocer e impulsar el acceso igualitario a los servicios de salud integrales, oportunos y de calidad de acuerdo con las políticas públicas de cada país; fomentar el acceso a los medicamentos básicos de uso continuo para las personas de edad; promover el trabajo digno (conforme a los criterios de la Organización Internacional del Trabajo); gestionar y destinar apoyos crediticios, capacitación y programas de comercialización que promuevan una vejez digna y productiva.

A fin de dar seguimiento a esta Declaración, se celebraron tres reuniones regionales: una en Río de Janeiro en 2008; la segunda en Buenos Aires en 2009, y la tercera en Santiago de Chile en octubre de 2009.<sup>14</sup> En esta última se solicitó a la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) la elaboración de una propuesta de estrategia sobre cómo avanzar en el seguimiento de los artículos 24 y 25 de la Declaración de Brasilia, los cuales se refieren a tomar en cuenta a las personas de edad y designar a un relator especial encargado de velar por la promoción y protección de los derechos humanos de este grupo.

La tercera conferencia se llevó a cabo en San José de Costa Rica en 2012,<sup>15</sup> en donde se aprobó la “Carta de San José”, en la cual por primera vez se incluyeron las aportaciones de la sociedad civil. Dicha conferencia

<sup>13</sup> La CEPAL ratificó esta Declaración mediante su Resolución 644 (XXXII) de 2008.

<sup>14</sup> En la conferencia se invitó a los países a fortalecer las instituciones públicas que permitan abordar cabalmente las implicaciones del proceso de envejecimiento de la población; la autonomía de las personas mayores y una imagen real de la vejez que considere su heterogeneidad; integrar los sistemas médicos y sociales para adoptar medidas específicas; reforzar las acciones de formación y capacitación geriátrica y gerontológica desde una pedagogía de acción y desarrollar metodologías de trabajo con y para los mayores; generar conocimiento y propiciar la participación activa de los adultos mayores.

<sup>15</sup> En preparación a dicha conferencia, en marzo de 2012 se realizó en México el Foro Internacional sobre los Derechos de las Personas Mayores.

tuvo como ejes del debate: igualdad, solidaridad y derechos. También se señalaron acciones en los ámbitos legislativos, administrativos, programáticos e institucionales; asimismo, se identificaron y analizaron buenas prácticas desde la perspectiva de los derechos de las personas mayores, así como acciones para reforzar la protección de éstas en los próximos años.

El Parlamento Europeo designó al 2012 como el “Año Europeo del Envejecimiento Activo y la Solidaridad entre Generaciones”, con el objetivo de aumentar la conciencia pública sobre los desafíos de este proceso en la población y la importancia de mantenerse activos en la vejez.<sup>16</sup>

Los diversos instrumentos y estrategias emprendidas hasta el momento dan cuenta de la pretensión de formular una política pública específica para las personas adultas mayores desde la perspectiva de los derechos humanos<sup>17</sup> y la necesidad de establecer medidas adicionales, incluida la creación de una convención.

### III. PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES

La comprensión y creación de normas específicas para atender las particularidades de las personas mayores han seguido diversos caminos: uno a través de la interpretación progresiva de los derechos humanos; el otro mediante la conformación de grupos de trabajo en materia de envejecimiento, tanto en el ámbito internacional como en el regional, con el objetivo de encarar los múltiples desafíos enfrentados por este sector de la sociedad

#### 1. Interpretación progresiva de los derechos humanos

Diversos órganos encargados de la supervisión de las convenciones, así como comités y resoluciones de organismos internacionales, han realizado una interpretación progresiva de los derechos humanos para colaborar en la línea de progreso en el reconocimiento de los derechos de las personas mayores en el marco normativo internacional.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> CEPAL, “Envejecimiento y desarrollo en América Latina y el Caribe”, *Boletín* 9, 2011.

<sup>17</sup> El doctor Carpizo señala que el fundamento de los derechos humanos se encuentra en la noción de la dignidad humana y ésta carecería de sentido sin la existencia de aquéllos, porque forman una unidad indestructible. Define a la primera como el reconocimiento de que la persona es algo especial y extraordinario; debido a su racionalidad y a todo lo que ello implica, hay que protegerla y defenderla. *Cfr.* Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza...”, *op. cit.*, p. 8.

<sup>18</sup> *Cfr.* Rodríguez-Piñero Royo, Luis, *Los desafíos de la protección internacional de los derechos*

### A. *Comité de Derechos Económicos y Culturales*

Este Comité ha contribuido a través de algunas de sus observaciones generales:

- a) Observación 6 de 1995, sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad.<sup>19</sup>
- b) Observación 7 de 1997, sobre los desalojos forzosos.<sup>20</sup>
- c) Observación 13 de 1999, sobre educación.<sup>21</sup>
- d) Observación 14 de 2000, sobre el derecho a la salud.<sup>22</sup>
- e) Observación 19 de 2008, sobre el derecho a la seguridad social.<sup>23</sup>
- f) Observación 20 de 2009, sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales.

### B. *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*

Dicho Comité ha prestado particular atención a las situaciones de las mujeres de edad, en donde ha incluido aspectos como la violencia contra éstas, la educación y el analfabetismo, y el acceso a prestaciones sociales. Entre sus contribuciones destacan:

- a) La Decisión 26/III, “Eliminación de la discriminación de las mujeres de edad”, aprobada en 2002. Esta decisión se basó en la sistematización y en el desarrollo de la propia jurisprudencia del Comité.<sup>24</sup>
- b) Una nota conceptual relativa a la mujer mayor y la protección de sus derechos humanos de 2009, en la que reconoció que los cambios en la estructura etaria de la población tienen profundas consecuencias para sus derechos y su protección frente a la discriminación.

*humanos de las personas de edad*, Santiago, CEPAL, UNFPA, 2010; CEPAL, “Envejecimiento y desarrollo en América Latina y el Caribe”, *op. cit.*, 2011.

<sup>19</sup> Se realiza una interpretación amplia para incluir a las personas mayores y adoptar medidas especiales para ellas (E/1996/22).

<sup>20</sup> Ligada al derecho a una vivienda adecuada, párrafo 1 del artículo 11 del Pacto (E/1999/22, anexo IV, 1997).

<sup>21</sup> En relación con el derecho a la educación, referido en el artículo 13 del Pacto (E/C.12/1999/10, 1999).

<sup>22</sup> Derecho al disfrute del más alto nivel de salud, artículo 12 del Pacto (E/C.12/2000/4, 2000).

<sup>23</sup> Derecho a la seguridad social previsto en el artículo 9o. del Pacto (E/C.12/GC/19, 2008).

<sup>24</sup> A/57/38, Parte I, 7 de mayo de 2002.

c) La Recomendación General núm. 27 de 2010, con la cual se propuso identificar las múltiples formas de discriminación sufridas por las mujeres mayores y realizar sugerencias en materia de políticas públicas. Se reconoció que las mujeres mayores son las más vulnerables, afrontan más estereotipos sociales, en general participan menos en la sociedad y tienen menos oportunidades; están más expuestas a la agresión verbal, sexual y psicológica; a las limitaciones financieras, y a menudo sufren muchos actos de discriminación.<sup>25</sup> Igualmente, se reconoció que el pleno desarrollo de la mujer no podrá lograrse sin un enfoque basado en el ciclo vital, en donde se acepte que las distintas etapas de la vida de las mujeres tienen un efecto en el disfrute de sus derechos humanos cuando llegan a la vejez.

C. *Comité de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*

Este Comité, en su Observación General núm. 2, de 2008, estableció la protección de ciertas personas o grupos que corren mayor peligro de ser torturadas o recibir malos tratos, entre ellas las personas mayores.

D. *Consejo de los Derechos Humanos*

El Consejo, en el marco de sus procedimientos especiales,<sup>26</sup> ha desempeñado un papel en la situación específica de las personas mayores, aunque todavía limitado.<sup>27</sup> Desarrolló el principio de no discriminación por motivos de edad al examinar determinados casos y ha identificado a este sector como un grupo que requiere protección especial en los ámbitos de vivienda adecuada, salud física y psíquica, a pesar de que dentro de sus mecanismos no existe actualmente un mandato temático específico.

<sup>25</sup> ONU, *Informe del grupo de trabajo*, cit.

<sup>26</sup> Los procedimientos especiales de este Consejo son resoluciones de los órganos políticos de la ONU, integrados por expertos independientes y por relatores que actúan a título independiente.

<sup>27</sup> Una de las principales potencialidades de los procedimientos de las Naciones Unidas es su carácter universal. Ello les otorga una peculiar flexibilidad en sus actividades, permitiendo el intercambio de información y de buenas prácticas, así como la visualización de las barreras y desafíos para el cumplimiento de los derechos de las personas mayores en todas las regiones del mundo. La flexibilidad de acción es posible independientemente de la adopción de estándares internacionales específicos de los derechos de las personas mayores.

### E. *Informe del Relator Especial*

El Relator Especial, en 2011, planteó que la sociedad debe aspirar no sólo a que el ciudadano envejezca saludablemente, sino también a promover su inclusión plena en la sociedad y su desarrollo como titulares de derechos.<sup>28</sup>

### 2. *Grupos de trabajo*

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización de los Estados Americanos (OEA) han trabajado conjuntamente para colocar a las personas mayores en un lugar cada vez más destacado en el campo del desarrollo social y los derechos humanos, a través de la creación de una Convención Internacional y una Convención Interamericana.

#### A. *ONU*

El 21 de diciembre de 2010, en el seno de la ONU, se conformó un Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre el Envejecimiento para fortalecer la protección de los derechos humanos de las personas mayores.<sup>29</sup>

El grupo tuvo como objetivos examinar el marco internacional vigente en la materia, detectar y atender las deficiencias sobre los derechos humanos de los adultos mayores y estudiar la viabilidad de nuevos instrumentos y medidas para enfrentar desafíos en temas que presentan brechas en términos normativos, de aplicación y monitoreo, como: *a)* la discriminación por edad y múltiple; *b)* la violencia, y *c)* la escasa protección en salud.

En febrero de 2011, el grupo de trabajo realizó su primera reunión y programó dos sesiones para ese año. En la primera sesión, llevada a cabo en abril, el grupo estudió la situación de los derechos de las personas mayores en el mundo, examinó el marco internacional para su protección y expuso algunas consideraciones al respecto:<sup>30</sup>

<sup>28</sup> En la Declaración de Brasil se hizo especial hincapié en la existencia de un relator para los derechos humanos de las personas mayores dentro del sistema de procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos con miras a velar por la promoción y protección de los derechos humanos de estas personas, a través de la elaboración de estudios específicos, realización de visitas a los gobiernos, a efecto de investigar la situación de tales derechos humanos y, en su caso, enviar comunicaciones de carácter confidencial cuando se detecten violaciones a los mismos.

<sup>29</sup> Resolución A/RES/65/82 de la Asamblea General de la ONU.

<sup>30</sup> El Grupo celebró su primer periodo de sesiones del 18 al 21 de abril de 2011. Al efecto, sostuvo seis sesiones, dos mesas redondas y un debate, con los temas: “Sentar las bases:

- 1) Situación actual de los derechos humanos de las personas mayores. El grupo reconoció el carácter particular de algunos problemas de derechos humanos afrontados por las personas mayores, los cuales hasta la fecha no han sido atendidos debidamente: *a)* el acceso a los servicios médicos y la disponibilidad de ellos o el examen más detenido a la jubilación; *b)* la atención a largo plazo; *c)* políticas de vivienda y transporte encaminadas a apoyar la vida independiente; *d)* la necesidad de aportar tecnologías y dispositivos de apoyo a este sector; *e)* impulsar la vejez activa y reconocer su contribución en su comunidad y en la sociedad, y *f)* empoderamiento como dimensión central de sus derechos humanos y de su participación en el desarrollo.<sup>31</sup>
- 2) Marco internacional sobre los derechos humanos de las personas mayores. El grupo señaló que si bien varias disposiciones de los tratados de derechos humanos son aplicables a dichas personas, porque son universales, lo cierto es que no existe un instrumento dedicado específicamente a este sector de la población y pocos instrumentos hacen referencia explícita a la vejez.<sup>32</sup> Asimismo, indicó que el régimen de protección a nivel internacional es fragmentado y, además, determinados problemas graves como la discriminación múltiple aún no son tratados, en tanto existe concentración en los derechos económicos, sociales y culturales y poca atención en los derechos civiles y políticos.<sup>33</sup>

En la segunda sesión, celebrada en agosto de 2011, el grupo se concentró en el examen de los derechos económicos, sociales y culturales. A tal efecto, analizó cinco ejes temáticos:

- a) Discriminación. Se reconoció que la discriminación por edad es uno de los problemas más frecuentes afrontados por las personas mayo-

marco internacional vigente de los derechos humanos de las personas de edad”; “Sentar las bases: marco o mecanismos regionales actuales sobre los derechos humanos de las personas de edad”, y el debate sobre “Detección de las deficiencias existentes a nivel internacional y medidas para corregirlas”.

<sup>31</sup> ONU, *Informe del grupo de trabajo de composición abierta sobre el envejecimiento*, A/AC.278/2011/4, 17 de mayo de 2011, p. 7.

<sup>32</sup> A diferencia del sistema interamericano, en el cual el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) consagra el derecho a la protección especial durante la ancianidad. Sin embargo, dicho Protocolo tiene un alcance limitado debido a su carácter programático y a la perspectiva estereotipada a la vejez que influenció su contenido.

<sup>33</sup> ONU, *Informe del grupo de trabajo...*, *cit.*, p. 8.

res. Esta situación se hace más crítica cuando se suman otras fuentes de discriminación como de género, origen étnico o la discapacidad, circunstancias no completamente consideradas en los actuales instrumentos de derechos humanos.<sup>34</sup>

- b) Salud. Se identificaron las diferencias existentes en el acceso a la salud, promoción y cuidado de largo plazo y paliativo como consecuencias derivadas del nivel de ingreso, zona de residencia y género, entre otras.<sup>35</sup>
- c) Violencia y abuso en la vejez. Se puso el acento en la falta de mecanismos legales, programáticos y de aplicación práctica para proteger a las personas mayores de acciones u omisiones que vulneren su dignidad, integridad física, mental y psicológica, y se reconoció la escasa visibilidad de estas personas en las agendas políticas públicas.
- d) Protección social. Se identificó la vulnerabilidad de este sector para caer en la pobreza y, muy especialmente, a las mujeres mayores. En materia de seguridad social, se encontró que es un ámbito escasamente desarrollado en varios países.
- e) Exclusión social. Se destacó el valor de estas personas en la familia, la comunidad y la sociedad en general, pese al limitado reconocimiento que se les otorga en la toma de decisiones y a las escasas oportunidades de participación.

En agosto de 2012 el grupo celebró su tercera reunión de trabajo,<sup>36</sup> la cual se centró en la discriminación por edad, autonomía, vida independiente y atención médica, vida digna, seguridad social y el acceso a los recursos, la violencia contra las personas de edad y el acceso a la justicia.

Como conclusiones, el grupo reiteró que el marco internacional no es suficientemente específico para atender y proporcionar adecuada protección a las personas mayores, por lo cual consideraron la construcción de posibles iniciativas en los planos nacional, regional, interregional e internacional para hacer frente a las principales causas de los vacíos de protección y de discriminación por edad, con miras a una atención integral de estas personas. Igualmente, el grupo reiteró la necesidad de una Convención vin-

<sup>34</sup> ONU, *Segunda sesión del grupo de trabajo para la protección de los derechos humanos de las personas mayores*, Minuta Informativa, agosto de 2011.

<sup>35</sup> Se designó a un relator especial a efecto de que elabore un estudio temático sobre el derecho a la salud de las personas mayores que incluyan los principales problemas existentes y las mejores prácticas.

<sup>36</sup> Se celebraron seis sesiones de trabajo del 21 al 24 de agosto de 2012.

culante que identifique los derechos de las personas mayores, así como las obligaciones de los Estados para promover y proteger esos derechos.<sup>37</sup>

## B. OEA

El 28 de octubre de 2010, miembros de la OEA y expertos se reunieron en la sede en Washington, D.C.,<sup>38</sup> para discutir la viabilidad de crear una Convención específica a nivel regional para la promoción y protección de los derechos de las personas mayores,<sup>39</sup> aunque en la región ya se cuenta con una serie de mecanismos jurídicos para la protección de este sector.

El 22 de septiembre de 2011, por mandato de la Asamblea General,<sup>40</sup> se creó un grupo de trabajo<sup>41</sup> sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, con el objeto de preparar una Convención Interamericana a partir de: *a)* un diagnóstico de la situación de vulnerabilidad en el ejercicio de los derechos humanos de las personas mayores; *b)* generar la conciencia en las sociedades de la necesidad de garantizar el principio de no discriminación, igualando a los desiguales, y *c)* la efectividad de los instrumentos universales y regionales, vinculantes, de derechos humanos en relación con la protección de estas personas.

El 4 de junio de 2012 se mandató al grupo de trabajo para formular un borrador de proyecto de convención,<sup>42</sup> teniendo como principios claves:

- a) No discriminación. Porque sufren en general estigma, exclusión y violencia.
- b) Participación. Al contribuir de manera sustancial a sus familias, comunidades y sociedades en general, por ello deben participar en cualquier decisión que les concierna.

<sup>37</sup> ONU, Open-Ended Working Group on Ageing for the Purpose of Strengthening the Protection of the Human Rights of Older Persons, Nueva York, 21-24 de agosto de 2012, disponible en: <http://social.un.org/ageing-working-gruop/thirdsession.shtml>.

<sup>38</sup> En cumplimiento a las resoluciones AG/RES/2455 (XXXIX-0/09) y AG/RES/2562 (XXXIX-0/09).

<sup>39</sup> La reunión contó con la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Organización Panamericana de la Salud (OPS), el Fondo de Población de las Naciones Unidas, representantes de la sociedad civil y de especialistas de la Secretaría General de la OEA.

<sup>40</sup> Resolución AG/RES/2654 (XLI-01/11).

<sup>41</sup> Estuvo conformado por representantes nacionales y expertos del sector académico, la sociedad civil, los organismos internacionales y las agencias especializadas.

<sup>42</sup> Resolución AG/RES/2726 (XLII-0/12).

- c) Rendición de cuentas. Que los sistemas judiciales protejan los derechos de los adultos mayores, incluso con penas mayores cuando los delitos sean cometidos en contra de éstos.

El 18 de junio de 2012, la Asamblea General acordó facultar al grupo de trabajo para llevar el proceso formal de negociación del proyecto de Convención Interamericana y presentarlo para su adopción en el cuadragésimo tercer periodo de sesiones de la Asamblea.<sup>43</sup>

De acuerdo con el plan de trabajo, el grupo sostendría siete reuniones a partir del 15 de octubre de 2012 y hasta el 16 de abril de 2013.<sup>44</sup> En una primera parte, de octubre de 2012 a febrero de 2013, realizará la negociación respectiva (independientemente de que durante 2012 ha tenido reuniones para la búsqueda de consensos en México<sup>45</sup> y Buenos Aires).<sup>46</sup> En una segunda parte, en marzo y abril de 2013, presentará el proyecto de resolución.

Aun cuando el grupo de trabajo de la OEA concluya su proyecto de Convención Iberoamericana, esperará las conclusiones del Grupo de la ONU. En este tiempo el grupo se concentrará en promover medidas para que los gobiernos respeten y mejoren sus obligaciones en materia de derechos humanos hacia las personas mayores, de acuerdo con los tratados existentes, como una forma potencialmente más eficaz e inmediata de abordar los problemas graves en este ámbito.<sup>47</sup>

#### IV. SEGUIMIENTO DEL PLAN INTERNACIONAL DE MADRID

A diez años del Plan de Acción Internacional de Madrid el panorama aún no es favorable. Si bien muchos gobiernos han introducido a modo ex-

<sup>43</sup> Para este nuevo mandato el Grupo de Trabajo fue instalado por la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, el 13 de septiembre de 2012.

<sup>44</sup> OEA, *Plan de trabajo del Grupo de Trabajo sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2012-2013)*, CAJP/GT/DHPM-51/12rev.2, 18 de octubre de 2012.

<sup>45</sup> En México, la reunión se llevó a cabo del 8 al 11 de marzo de 2012 y tuvo como propósito formular conceptos globales sobre qué se entiende respecto de las personas mayores: igualdad y discriminación, integridad, malos tratos, violencia, vida adecuada, servicios sociales, etcétera.

<sup>46</sup> La reunión en Buenos Aires se celebró del 9 al 21 de septiembre de 2012. Dicha reunión tuvo como objetivo lograr acuerdos sobre el texto de los diez primeros artículos del proyecto, a fin de facilitar su negociación formal en las reuniones del 15 y 16 de octubre de 2012, de acuerdo al plan de trabajo.

<sup>47</sup> OEA, *Proyecto de Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, CAJP/GT/DHPM-37/12, 30 de abril de 2012.

perimental políticas innovadoras relacionadas con los sistemas de salud y seguridad social, planes de acción sobre el envejecimiento, medidas legislativas<sup>48</sup> y creación de nuevas instituciones o modernización de las existentes a fin de responder gradualmente a los problemas de las personas mayores, los resultados del primer examen y evaluación<sup>49</sup> realizado en el periodo de 2007-2008<sup>50</sup> demostraron que la discriminación, el abandono, la violencia por edad y la ausencia de una protección social significativa continúan siendo una triste realidad en muchos de los países, tanto ricos como pobres, pero especialmente en países en vías de desarrollo. Varios de los compromisos se han quedado sólo en papel y el hecho de que el Plan no sea un documento internacional vinculante no ha ayudado tampoco a su aplicación.<sup>51</sup>

Se ha detectado una falta de políticas coordinadas de apoyo a la integración y participación de las personas mayores en la sociedad. Las políticas públicas y normativas se han centrado en la provisión de prestaciones y su costo económico, sin prestar atención a que este sector puede y debe seguir contribuyendo al desarrollo social.

El 26 de julio de 2012,<sup>52</sup> el secretario general presentó un informe en el que destaca, por una parte, la discriminación múltiple: género, origen étnico, lugar de residencia, discapacidad, orientación sexual, pobreza o nivel de alfabetización y los tipos de exclusiones de que son objeto las personas adultas mayores.<sup>53</sup> Por otra parte, ofrece una sinopsis de la integración social

<sup>48</sup> Constitución y leyes.

<sup>49</sup> El examen y evaluación generales del plan es realizado por la Comisión de Desarrollo Social, organismo intergubernamental del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. La Comisión está integrada por 46 miembros, por un periodo de cuatro años: 12 países africanos, 9 de América Latina y el Caribe, 10 asiáticos, 5 de Europa oriental y 10 de Europa occidental y otros.

<sup>50</sup> La revisión del plan se realiza cada cinco años, en dos ámbitos: a) su aplicación, y b) examen de evaluación. El 13 de febrero de 2004, mediante la Resolución 42/1, la Comisión de Desarrollo Social acordó dicho plazo. El primer examen se llevó a cabo en 2007 y concluyó en 2008. El informe respectivo fue presentado por el secretario general en 2009. *Cfr.* ONU, *Primer examen y evaluación del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento*, 2002, E/CN.5/2008/L.5; ONU, *Informe del secretario general, ulterior aplicación del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento*, 2002, E/CN.5/2010/4. Respecto a la Declaración de Brasilia, el Comité Especial sobre Población y Desarrollo de la CEPAL es el órgano intergubernamental encargado de dar seguimiento.

<sup>51</sup> Consejo Internacional de Bienestar Social, "Naciones Unidas continúa trabajando para consolidar la protección de los derechos humanos de las personas mayores", *Boletín de Cooperación Mundial*, agosto de 2012.

<sup>52</sup> El informe se presentó en acatamiento a la Resolución AG/66/127 de la Asamblea General.

<sup>53</sup> De conformidad con la Resolución 2010/14 del 22 de julio de 2010, en 2013 rendirá el informe definitivo.

de estas personas en el desarrollo social y analiza los principales retos que afrontan en este sentido y en el goce de sus derechos humanos.<sup>54</sup>

### 1. *Exclusiones*

*Exclusión laboral.* Son más propensas a sufrir despidos en tiempos económicos difíciles. Habitualmente no se benefician de las oportunidades de capacitación y se enfrentan a duras barreras para reinsertarse a la población activa. Con frecuencia padecen largos periodos de desempleo y tensión financiera. El desempleo es una consecuencia directa de la discriminación en la contratación, el ascenso y el acceso a la formación laboral. Los empleadores tienen percepciones estereotipadas de los trabajadores mayores y sus supuestas deficiencias (capacidad y productividad), lo cual incide en la decisión para contratarlos o mantenerlos.<sup>55</sup>

*Exclusión de atención médica.* Es un área cargada de prácticas discriminatorias. Las personas mayores son vulnerables a los excesivos costos relacionados con los seguros médicos complementarios o la falta de seguro médico, y en muchos casos tienen dificultades para acceder a los servicios de salud.

*Exclusión financiera.* Las instituciones no les ofrecen créditos y ciertos productos financieros; en este sentido, su integración social está restringida por las sanciones y los límites de edad impuestos por proveedores de servicios financieros. Los bancos les niegan o restringen el acceso a las hipotecas, a tarjetas de crédito, a préstamos a largo plazo o para microempresas, independientemente de la capacidad de reembolso.

*Exclusión de beneficios y servicios.* A pesar de la existencia de información sobre los beneficios disponibles en Internet, las personas mayores tienen dificultades para navegar y perderse en la información sobre los mismos. En materia de seguros la cobertura es limitada y las primas son más elevadas o prohibitivas, y al no existir ninguna legislación vinculante sobre esta discriminación, enfrentan límites para acceder a seguros de viaje, seguros médicos complementarios, etcétera.

*Exclusión política.* Las personas mayores suelen sentirse excluidas de la política convencional y los debates sociales. Además, la democracia repre-

<sup>54</sup> ONU, *Informe del secretario general sobre el seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento*, A/67/188, 26 de julio de 2012.

<sup>55</sup> En los países desarrollados las personas mayores se encuentran empleadas en sectores como la salud, educación y el trabajo social. En los países en desarrollo se ubican en el sector informal, con las consecuentes bajas remuneraciones, inseguridad laboral, escasas oportunidades de ascenso y falta de prestaciones para el retiro.

sentativa y los marcos de desarrollo existentes no han logrado dar respuesta a sus inquietudes.

## 2. *Integración social*

### 1) Por medio de sus contribuciones económicas y sociales:

- a) Trabajo y empleo. Estos aspectos son importantes para la integración social de las personas mayores. Por ello se sugiere prever oportunidades en las reformas al mercado de trabajo y en la adopción de prácticas de empleo favorables para ellos, como la de tiempo parcial (que puede ser una transición hacia el retiro).
- b) Participación comunitaria social. La inclusión social y contribución a la sociedad de las personas mayores va más allá del mercado de trabajo y el empleo. El voluntariado es una medida eficaz para potenciar la inclusión social de este grupo, la cohesión social de la comunidad y la calidad de vida.<sup>56</sup> El trabajo voluntario contribuye a la sociedad, fortalece los lazos comunitarios y mejora la calidad de vida a través de las generaciones. Además, refuerza la solidaridad y la participación cívica, y tiene un valor económico considerable, aunque no se contabilice. A nivel individual, el voluntariado ayuda a las personas a mantenerse activas y comprometidas. Engendra sentimientos de pertenencia y bienestar y reduce su vulnerabilidad a la exclusión, aunque también enfrenta como barrera el nivel educativo.<sup>57</sup>
- c) Participación cívica y política. Son elementos cruciales para la inclusión social, pues la participación en organizaciones de la sociedad civil otorga voz a las personas mayores ante los problemas que afectan directamente su vida personal.

### 2) Acceso a bienes y servicios:

- a) Ingresos. Son factores determinantes en la integración social, pues a medida que la gente envejece sus ingresos y activos tienden a disminuir y, como consecuencia de ello, afronta inseguridad eco-

<sup>56</sup> En 2011 se celebró el Año Europeo del Voluntariado.

<sup>57</sup> El trabajo voluntario tiene relación con el desarrollo económico y las tradiciones democráticas. En los países desarrollados es bastante común, mientras que los países en desarrollo y las personas con niveles educativos bajos tienden a no participar en dichas actividades.

nómica, vulnerabilidad y el riesgo de caer en la pobreza o seguir sumida en ella.

- b) Servicios. Se sugiere, por un lado, conceder préstamos basados exclusivamente en la capacidad de reembolso de la persona, independientemente de la edad del solicitante, así como la supresión, por parte de los bancos, de las prácticas discriminatorias por motivos de edad en la concesión de tarjetas de crédito, préstamos, hipotecas y, por otro lado, impulsar programas de desarrollo de microempresas para apoyar planes básicos empresariales creados por personas mayores, que abarquen desde la agricultura, la artesanía o la producción textil.
- c) Acceso a la asistencia sanitaria. Para atender problemas derivados de las enfermedades y afecciones crónicas que aumentan con la edad (visuales y auditivas), depresión, soledad, ansiedad y otros trastornos que empeoran la calidad de vida y su capacidad de participación (problemas cardíacos, cardiovasculares, diabetes, cáncer, etcétera). Además, los servicios deben ser prestados por personal médico calificado.

### 3) Entornos vitales y residenciales a las personas de edad:

- a) Vivienda adecuada. Que permita acoger a las personas con movilidad y fortaleza limitada, en un entorno limpio y seguro dentro y fuera del hogar, a fin de permitir vivir confortablemente y permanecer activas e implicadas en la sociedad en general.
- b) Transporte asequible y accesible. Para favorecer la participación e independencia de las personas mayores, así como contar con tarifas reducidas, vías peatonales, señales de tránsito que permitan suficiente tiempo para cruzar las calles con seguridad, lugares para descansar en el exterior.
- c) Ayuda a domicilio y atención a largo plazo. Cuidados en entornos institucionales como en residencias privadas con el fin de mantener la salud, calidad de vida e independencia de las personas mayores.

### 3. Principales desafíos a la integración social en la vejez

- a) La soledad y el asilamiento social. Son fenómenos comunes entre las personas mayores, tanto en los países desarrollados como en el mundo en desarrollo, aunque se debe a otros factores y no propiamente

- a la edad (mala salud, ingresos bajos, barrios en dificultades, falta de acceso al transporte y telecomunicaciones).
- b) Discriminación por motivos de edad. Este hecho sigue socavando la participación de las personas mayores.

## V. HACIA UNA CONVENCIÓN

El largo camino recorrido hasta ahora a favor de la protección de las personas adultas mayores ha permitido identificar los problemas actualmente no atendidos, las áreas de intervención; contar con un listado de conceptos y delinear las esferas prioritarias. Con base en ello, se ha insistido en la necesidad de crear un instrumento específico potente para desencadenar una acción social decisiva que permita defender y apoyar los derechos humanos de este grupo social, y a tal efecto se han señalado los beneficios que se obtendrían al satisfacer problemáticas ya reconocidas:

- a) Falta de un sustento normativo específico. En la actualidad, al no existir un convenio de derechos humanos de ámbito universal que sistematice y haga operativos los derechos de las personas mayores, y al tampoco contar con un mecanismo específico para su amparo,<sup>58</sup> trae consigo una serie de consecuencias de orden práctico para la promoción y protección de tales derechos.

Por ello la convención, como instrumento necesario, dotaría de una máxima prioridad a este grupo social, al tiempo que clarificaría los principios de derechos humanos orientadores de las leyes, las políticas y los programas de desarrollo en el contexto del nuevo cambio demográfico.<sup>59</sup> De esta forma, se aseguraría que los beneficios en la protección de la población, en sus derechos y en el desarrollo en

<sup>58</sup> En la literatura sobre la materia es posible identificar dos posturas: una, minoritaria, considera innecesaria la creación de una convención bajo el argumento de que los instrumentos internacionales de derechos humanos son aplicables a todos los grupos vulnerables como niños, mujeres, personas con discapacidad, entre otros, en consecuencia, tales normas pueden aplicarse en la protección de los adultos mayores, aunque no hagan una mención específica de ellos. Otra postura, la mayoritaria, señala que en estricto sentido no existe laguna jurídica con respecto a los derechos de las personas mayores; empero sí graves vacíos de protección en el marco de los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas, porque las convenciones existentes proporcionan una protección limitada a dichos sujetos

<sup>59</sup> OEA, “Convoca a debatir la creación de una convención interamericana para los derechos”. Comunicado de prensa, 28 de octubre de 2010; CEPAL, Propuesta de estrategia para avanzar, desde la perspectiva de América Latina y el Caribe hacia una convención internacional sobre los derechos humanos de las personas de edad, LC/L.3220 (CEP.2010/5),

edades menores no se pierdan en la vejez, con lo cual se crearía una sociedad para todas las edades y se combatiría la discriminación por edad existente.

- b) Dispersión y fragmentación normativa. La carencia de un convenio específico ha propiciado la interpretación progresiva de los instrumentos por parte de los órganos y mecanismos internacionales de derechos humanos, así como la creación de normas nacionales y regionales de distinta categoría jurídica, alcance y variedad en el contenido mínimo de los derechos, con las cuales se ha provocado gran dispersión.<sup>60</sup>

Esta diversidad dificulta una aplicación acotada y genera, en cierto modo, desprotección, lo cual conlleva a dificultades prácticas para los titulares de derechos, los gobiernos, los responsables de medidas legislativas y normativas para proporcionar la protección especial que ese grupo de la población necesita para disfrutar de sus derechos fundamentales en pie de igualdad con los demás sectores de la sociedad.

Ante esta situación, la existencia de un convenio específico ayudaría a sistematizar en un único instrumento legalmente vinculante<sup>61</sup> y de alcance universal el contenido del consenso normativo, tanto existente como emergente, de tal suerte que unificaría conceptos, criterios, abordajes, estándares relativos a los derechos de las personas mayores y obligaciones de los Estados.

Asimismo, incentivaría la creación de instancias para la observación de los avances, rendición de cuentas económicas, sociales y morales para los gobiernos y para la sociedad civil. Por otro lado, facilitaría la labor de los Estados en la adopción de las medidas legislativas y de políticas a nivel interno con miras a fortalecer la protección y promover un enfoque basado en derechos humanos en las políticas de envejecimiento, con lo cual se lograría dar más visibilidad a los problemas enfrentados por este grupo social en el disfrute de sus derechos fundamentales.

10 de mayo de 2010, disponible en: [www.eclac.org/publicaciones/xml/2/39482/LCL3220\\_CEP2010.pdf](http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/39482/LCL3220_CEP2010.pdf), p. 17.

<sup>60</sup> Las iniciativas internacionales y regionales impactaron en los países, de tal suerte que motivaron procesos para normar los derechos de las personas mayores en el derecho interno. En la actualidad existen más de 90 fuentes tanto en el ámbito de las Naciones Unidas como en el interamericano (entre Constituciones y leyes nacionales) en donde es posible ubicar referencias respecto a los derechos de estas personas.

<sup>61</sup> Vinculante significa la obligación de cumplir el convenio por parte de los Estados que lo suscriben y ratifican.

- c) Discriminación. Las personas mayores sufren discriminación en distintos ámbitos, derivada de los estereotipos que imperan sobre la vejez y otras circunstancias estructurales.

Ante ello, la convención representaría un sólido instrumento pedagógico, en particular en el ámbito nacional, para combatir los estereotipos predominantes y generar imágenes positivas, realistas y la conciencia de la humanidad sobre el proceso de envejecimiento, a través de la sensibilización y la educación que promuevan paulatinamente los cambios culturales sobre la vejez al reconocer las muchas contribuciones realizadas por las personas mayores a la sociedad en su conjunto.<sup>62</sup>

- d) Aspectos desprotegidos. Diversas condiciones sobre la vida de las personas mayores se encuentran no abordadas suficientemente en las normas actuales, incluidas las que figuran en las convenciones de derechos humanos de las Naciones Unidas y las desarrolladas por la práctica de los órganos de derechos humanos, como, por ejemplo, los aspectos de cuidados de la salud, los sociales a largo plazo o la provisión de bienes y servicios.<sup>63</sup>

La aprobación de la convención ayudaría a tratar dichas esferas y promovería la inclusión e intervención de las personas mayores, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural, así como el ejercicio de la participación libre, activa y significativa en su desarrollo personal, esto es, hacia el envejecimiento activo y exitoso.

## VI. CONTENIDO DE LA CONVENCIÓN

La evolución de la agenda internacional; las diversas asambleas; los principios de las Naciones Unidas; las proclamaciones, planes, declaraciones internacionales y regionales; las normas consagradas en los instrumentos de derechos humanos existentes, de alcance universal o regional;<sup>64</sup> el trabajo de los comités, así como las resoluciones<sup>65</sup> de la Asamblea General,

<sup>62</sup> CEPAL, *Propuesta de estrategia...*, cit., p. 16.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>64</sup> Las normas internacionales existentes enumeran cuestiones que suscitan especial preocupación en torno a las personas mayores e identifican el tipo de medidas para salvar esos derechos

<sup>65</sup> Estas disposiciones, aceptadas comúnmente como derecho blando, tienen un valor jurídico distinto al de los tratados, sin embargo, no significa que carezcan de relevancia jurídica, pues al ser aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su carácter

han contribuido a construir un enfoque normativo común respecto del contenido mínimo de una futura convención sobre los derechos de las personas mayores. En este marco, en el seno de la CEPAL y en el grupo de trabajo de la OEA se han delineado conceptos globales y las esferas de intervención, los cuales se sintetizan en catorce clases de derechos:<sup>66</sup>

- 1) *Derecho a la igualdad y no discriminación por motivos de edad*. Este principio supone la adopción de medidas respecto de determinados aspectos:<sup>67</sup>
  - a) Medidas especiales o afirmativas. Para prevenir, reducir o compensar las desventajas o la discriminación,<sup>68</sup> prever la igualdad sustantiva al tener en cuenta la situación específica del grupo en desventaja y romper este ciclo.
  - b) Ajustes razonables. Toda modificación o acomodo de una práctica laboral o entorno de trabajo debe permitir a una persona perteneciente a un grupo socialmente discriminado realizar las funciones esenciales y disfrutar de los beneficios correspondientes a un puesto específico.
- 2) *Derecho a la vida y a una muerte digna*. El principio determina una serie de garantías a favor del grupo social:
  - a) Limitación de las condiciones de imposición de la pena de muerte o la cadena perpetua a las personas adultas mayores.
  - b) El derecho de acceder a tratamientos paliativos para asegurar a los pacientes terminales una muerte digna y sin dolor.

de órgano más representativo de la organización, expresan las preocupaciones, los compromisos y las aspiraciones de la comunidad internacional.

<sup>66</sup> *Cfr.* Proyecto de Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, CAJP/GT/DHPM-37/12, 30 de abril de 2012; CEPAL, *Propuesta de estrategia para avanzar, desde la perspectiva de América Latina y el Caribe hacia una convención internacional sobre los derechos humanos de las personas de edad*, LC/L.3220 (CEP.2010/5), 10 de mayo de 2010, disponible en: [www.eclac.org/publicaciones/xml/2/39482/LCL3220\\_CEP2010.pdf](http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/39482/LCL3220_CEP2010.pdf); Huenchuan, Sandra y Rodríguez-Piñero, Luis, *Envejecimiento y derechos humanos: situación y perspectivas de protección*, Santiago, CEPAL, UNFPA, ASDI, 2010.

<sup>67</sup> Hasta el momento, sólo dos instrumentos internacionales consideran el principio de igualdad y la no discriminación de las personas mayores: a) la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus familias, y b) la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

<sup>68</sup> Se define a la discriminación como cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo.

- c) La prohibición de abandonar el tratamiento o practicar la eutanasia activa por motivos económicos.
- 3) *Derecho a la integridad física, psíquica y emocional, y a un trato digno:*
- a) No padecer ningún tipo de malos tratos<sup>69</sup> físicos, psíquicos, emocionales o económicos, ni la explotación o el abandono.<sup>70</sup>
  - b) No ser objeto de tortura u otros tratos o castigos crueles, inhumanos y degradantes o de experimentos médicos o científicos sin su consentimiento libre, previo e informado.
  - c) Violencia en la familia contra estas personas.<sup>71</sup>
- 4) *Las personas de edad en situación de detención o prisión:*
- a) Se reconoce el derecho a un trato preferencial en los establecimientos penitenciarios.
  - b) Separación de las personas de edad en distintas dependencias de los establecimientos penitenciarios.
  - c) Provisión de los elementos y servicios necesarios para satisfacer las necesidades especiales, en relación con su salud física y psíquica.
  - d) Acceso a medidas penales distintas de la privación de la libertad y a otros beneficios penitenciarios.<sup>72</sup>
- 5) *Personalidad y capacidad jurídica:*
- a) Reconocer los plenos derechos y el derecho legal, en pie de igualdad con cualquier otra persona.
  - b) Reconocer su capacidad para ejercer sus derechos o para otorgar a otras personas las autorizaciones necesarias para actuar en su nombre.

<sup>69</sup> El maltrato se define como el abuso físico, emocional o sexual por una persona que se halla en una posición de confianza. Sus formas numéricas incluyen la tutela forzada y la violencia física y sexual en los centros de atención, hospitales o en el seno de la familia. Los malos tratos fueron abordados en la Declaración de Toronto para la Prevención Global del Maltrato a las Personas Mayores, en la Organización Mundial de la Salud y en el Plan de Acción sobre la Salud de las Personas Mayores de la Organización Panamericana de la Salud.

<sup>70</sup> Conlleva la adopción de medidas para prevenir, eliminar y castigar a los responsables de este tipo de actos.

<sup>71</sup> Implica el establecimiento de mecanismos de prevención y supervisión, y el fortalecimiento de los mecanismos judiciales.

<sup>72</sup> Las normas internacionales, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para las Sanciones No Privativas de la Libertad, y los Principios y Buenas Prácticas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconocen el derecho de las personas mayores privadas de su libertad a un trato preferencial.

- c) Prohibir la limitación de la capacidad jurídica, excepto por medio de una decisión judicial.
- 6) *Derecho a participar en la vida social, cultural y política de la comunidad:*
- a) Participar activamente en la formulación y aplicación de las medidas legislativas y políticas públicas que afectan directamente sus derechos, y en particular con las políticas sobre el envejecimiento, el desarrollo social y las estrategias de reducción de la pobreza.
  - b) Establecer sus propios movimientos o asociaciones y a recibir apoyo del Estado mediante medidas jurídicas o económicas.
  - c) Participación en actividades de voluntariado e intergeneracionales.
  - d) Desarrollo de programas y actividades sociales, culturales o de esparcimiento.<sup>73</sup>
- 7) *Derecho a un nivel de vida adecuado y a los servicios sociales:*
- a) Servicios sociales que promuevan el mantenimiento de las funciones básicas.
  - b) Facilidad de acceso físico y el transporte a los servicios sociales.
  - c) Protección especial frente a la pobreza.
  - d) Promoción de actividades de voluntariado a favor de estas personas, en especial en asilos.
- 8) *Derecho a la salud física y psíquica:*
- a) Disfrute del más alto nivel de salud<sup>74</sup> física y mental sin discriminación y con pleno respeto a la dignidad y la autonomía.
  - b) Disfrute de la atención a la salud preventiva y reconstituyente, en particular atención primaria y servicios de rehabilitación.
  - c) Acceso preferencial a medicamentos relacionadas con la edad.
  - d) Apoyo económico y técnico a la asistencia en el hogar, así como formas de cuidado en las familias, con la inclusión de la capacidad y visitas periódicas.

<sup>73</sup> Diseñadas especialmente para las personas de edad y, en especial, para las que se encuentran en asilos.

<sup>74</sup> El Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento, el Plan de Acción Internacional de Madrid, el Marco Político de la OMS sobre el Envejecimiento Activo y el Plan de Acción sobre la Salud, Envejecimiento Activo y Saludable de la OPS, incorporan medidas especiales tendentes a asegurar el derecho y disfrute a la salud.

- e) Prestar un consentimiento informado, previo a cualquier tratamiento o prueba médicos o internamiento en asilos.

9) *Derecho a la educación y a la cultura:*

- a) El derecho está enfocado al aprendizaje permanente, tanto en instituciones oficiales como extraoficiales.
- b) Políticas activas contra el analfabetismo, en especial de las mujeres de edad.
- c) Acceso y participación en las instituciones y actividades culturales, incluidas las del voluntariado.
- d) Programas de educación en las que puedan transmitir sus conocimientos, cultura y valores espirituales.

10) *Derecho a la vivienda y a un enfoque saludable:*

- a) Disfrutar de una vivienda adecuada, en particular en situaciones de crisis, emergencia, desplazamiento o desalojo derivado del desarrollo, y a tener alta prioridad en la asignación de viviendas o tierras en esas situaciones.<sup>75</sup>
- b) Vivir en un ambiente seguro y saludable, incluido el acceso al agua y al aire limpios y estar libres de la exposición a la contaminación.
- c) Permanecer en su propio hogar durante el máximo tiempo posible, de acuerdo a sus deseos y necesidades.

11) *Derecho al trabajo:*

- a) Derecho a trabajar y tener acceso a actividades que generen ingresos.
- b) Derecho a igualdad de trato y de oportunidades; en particular, acceso a la igualdad en materia de remuneración, condiciones de trabajo, orientación y capacitación profesional y colocación laboral.
- c) Participación en políticas activas de empleo o reincorporación al mercado de trabajo.
- d) Libertad de asociación sin discriminación por motivos de edad.
- e) Empleos a tiempo parcial y horarios flexibles.
- f) A conocer la información sobre la jubilación, y posibilidad de otras actividades profesionales o de voluntariado.

<sup>75</sup> La vivienda representa un factor importante en relación con la independencia y la salud de las personas mayores.

12) *Derecho a la seguridad social:*

- a) Igualdad de las condiciones de jubilación entre hombres y mujeres.<sup>76</sup>
- b) Prohibir reducción de los beneficios de la jubilación.
- c) Otorgamiento de los beneficios por edad o viudez.

13) *Derechos de las mujeres mayores:*

- a) Eliminar todo tipo de discriminación por motivos de edad y el pleno reconocimiento y respeto a sus derechos.
- b) Prevenir todas las formas de violencia, incluida la sexual.
- c) Abolir los ritos relacionados con la viudez y otras prácticas tradicionales que afecten la integridad.
- d) Reconocer el papel que juegan en el desarrollo político, económico, social y cultural de sus comunidades y asegurar su participación equitativa en el diseño y la aplicación de los planes en todos los niveles, principalmente en las zonas rurales.
- e) Acceder a la seguridad social y otras medidas de protección, en especial cuando no gocen de jubilación a causa de sus labores en el seno familiar y otras formas de ocupación no estructurada.
- f) Garantizar los derechos de propiedad y posesión de las viudas.

14) *Derechos de los ancianos indígenas:*

- a) Protección especial, en particular contra todo tipo de violencia ejercida contra ellos.
- b) Protección de los sistemas familiares, en particular la familia extensa, sobre la base de igualdad de género y generacional.

## VII. CONCLUSIONES

Al identificar el posicionamiento y consolidación de los derechos humanos de las personas mayores a tres décadas de iniciativas mundiales, pueden observarse ciertos avances, pero a la vez desafíos fundamentales.

Las iniciativas y actividades internacionales y regionales hasta ahora emprendidas, en cierta medida, han supuesto una línea de progreso en el

<sup>76</sup> Se pretende que las personas mayores tengan acceso a beneficios de pensión por retiro, cuando al alcanzar la edad establecida en la legislación nacional no tengan derecho a dicha pensión ni a la seguridad social.

reconocimiento de los derechos de este sector en el marco normativo internacional.

A partir de la emergente notoriedad de los problemas y necesidades de las personas mayores, durante las últimas décadas proliferaron procesos de reformas constitucionales y legislativas en las que se reconoció a la vejez como una fuente de transgresión de derechos y se establecieron medidas específicas para prevenir o sancionar la discriminación fundada en ese motivo.

En la actualidad existen más de noventa fuentes,<sup>77</sup> en las cuales es posible observar un cambio de paradigma al reemplazar la concepción históricamente predominante respecto de las personas mayores como “objetos” de asistencia, por una en la que son vistas como sujetos de derechos. También se vislumbran algunos avances en la perspectiva de género. Estas leyes tienen el mérito de ser el primer intento por estandarizar los derechos y contenidos en favor de la protección en la vejez.

Sin embargo, el hecho de estar tutelados estos derechos en las Constituciones y en un marco legislativo específico, a la fecha, no ha sido suficiente para que los mismos sean efectivos, entre otras causas, porque falta coherencia entre las actividades que enfatizan esos derechos y el cumplimiento de los mismos. En algunos casos no se han creado las instituciones o mecanismos (de seguimiento y supervisión) y tampoco se ha dado prioridad y presupuestos estables y sostenidos. Asimismo, el cuidado y la atención a este grupo social no han sido adecuadamente asumidos en el marco de las políticas públicas, etcétera, situaciones que pueden resumirse en dos grandes retos en la protección de las personas mayores: *a)* su inclusión en las esferas políticas, sociales y culturales, y *b)* su capacitación para la exigibilidad de sus derechos.

Ante este panorama, es urgente concluir el proceso para la creación de las convenciones internacionales y regionales, a fin de convertirlas en herramientas eficaces en el logro de la igualdad sustantiva, en el establecimiento de garantías institucionales y ciudadanas, por ser el marco conceptual aceptado y capaz de ofrecer un sistema coherente de principios y reglas en el ámbito de las políticas públicas.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

CARPISO, Jorge, “El estado de los derechos de la justicia social”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 14, 2012.

<sup>77</sup> En América Latina, 13 países constitucionalizaron los derechos de las personas mayores, aunque no existe un concepto compartido respecto a los ámbitos de protección ni sobre la amplitud de los grupos a los cuales debe extenderse (a todos o sólo a los vulnerables).

- , “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 25, 2011.
- , “Los derechos humanos”, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1376/27.pdf>.
- , “Los derechos humanos de solidaridad”, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/19/cle/cle4.pdf>.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL), *Envejecimiento, solidaridad y protección social: la hora de avanzar hacia la igualdad*, San José, Costa Rica, mayo de 2012.
- , “Envejecimiento y desarrollo, en América Latina y el Caribe”, *Boletín* 9, 2011.
- , *Foro Internacional sobre los Derechos de las Personas Mayores*, México, 2012.
- , *Los derechos de las personas mayores*, 2011.
- y CELADE, *El envejecimiento y las personas de edad. Indicadores sociodemográficos para América Latina y el Caribe*, Santiago, Chile, 2009.
- CONSEJO INTERNACIONAL DEL BIENESTAR SOCIAL, “Naciones Unidas continúa trabajando para consolidar la protección de los derechos humanos de las personas mayores”, *Boletín de Cooperación Mundial*, agosto de 2012.
- HELPAGE INTERNATIONAL, *¿Por qué es tiempo para una convención sobre los derechos de las personas mayores?*, Londres, 2009.
- HUENCHUAN, Sandra y RODRÍGUEZ-PIÑERO, Luis, *Envejecimiento y derechos humanos: situación y perspectivas de protección*, Santiago, CEPAL, UNFPA, ASDI, 2010.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), “Convoca a debatir la creación de una convención interamericana para los derechos de las personas mayores”, *Comunicado de Prensa*, 28 de octubre de 2010, disponible en: [www.oas.or/es/centro\\_noticias/comunicado:prensa.asp?sCodigo=C-409/10](http://www.oas.or/es/centro_noticias/comunicado:prensa.asp?sCodigo=C-409/10).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “ONU llama a incluir envejecimiento de la población en agenda de desarrollo”, *Servicio de Noticias de las Naciones Unidas*, 1o. de octubre de 2012, disponible en: [www.un.org/spanish/News/printnews.asp?newsID=24622](http://www.un.org/spanish/News/printnews.asp?newsID=24622).
- , *Open-Ended Working Group on Ageing for the Purpose of Strengthening the Protection of the Human Rights of Older Persons*, Nueva York, 21-24 de agosto de 2012, disponible en: <http://social.un.org/ageing-working-gruop/documents/Charissummary3>.
- , *Proteger los derechos de las personas de edad*, 23 de agosto de 2012 disponible en: [www.un.org/es/development/desa/news/social/protecting-rights](http://www.un.org/es/development/desa/news/social/protecting-rights).