

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO HUMANO A LA SALUD COMO PROTECCIÓN SOCIAL EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS SOCIALES

Julio Ismael CAMACHO SOLÍS*

SUMARIO: I. *Los derechos sociales y la protección social desde una nueva perspectiva.* II. *El derecho constitucional a la protección de la salud.* III. *Los retos de México para garantizar el derecho a la salud.* IV. *La salud como derecho, la enfermedad como evolución.* V. *De las garantías a los derechos y de la Constitución a la realidad.* VI. *El derecho a la salud, un deber de bienestar funcional.* VII. *De la crisis del Estado liberal al Estado social de derecho.* VIII. *Derechos fundamentales.* IX. *Diferencia entre las garantías sociales y las individuales.* X. *Bibliografía.*

I. LOS DERECHOS SOCIALES Y LA PROTECCIÓN SOCIAL DESDE UNA NUEVA PERSPECTIVA

En la actualidad, cuatro de cada cinco personas en el mundo no disfrutan de un nivel de protección social que les permita ejercer plenamente en su favor los derechos humanos, y menos de la mitad de toda la población mundial cuenta con algún sistema de seguridad social. Garantizar un nivel de protección social básica y una vida decente para estas personas, muchas de las cuales luchan sólo para sobrevivir, es una prioridad inaplazable, es una necesidad y una obligación al amparo de los nuevos y renovados instrumentos jurídicos de derechos humanos. La calidad de vida está en estrecho vínculo con la justicia en todas sus facetas revisadas; implica el hacer y el vivir desde la propia acción y elección sin infringir las ventajas sociales, disfrutando los derechos básicos como mínimos indispensables para vivir una vida en la que se respete la dignidad humana; se cuente además con una verdadera gama de oportunidades reales de salud e integridad física, mantenimiento de relacio-

* Académico-investigador de tiempo completo en la FCA-C-I de la Universidad Autónoma de Chiapas; investigador nacional nivel I del SNI del Conacyt.

nes afectivas, educación, control sobre el entorno, esto es, tener capacidades y oportunidades para funcionar de manera integral y armónica como persona y como parte de un hogar mayor llamado tierra, en donde los vínculos de justicia sean evidentes para todos los seres sensibles.

De hecho, el significado mismo de enfermedad se ha transformado. Hasta hace poco, la experiencia de enfermedad se caracterizaba por una sucesión de episodios agudos, de los que uno se recuperaba o fallecía. Ahora la gente pasa una parte sustancial de su vida en condiciones menos que perfectas de salud, lidiando con padecimientos crónicos. La enfermedad no siempre nos mata, pero casi siempre nos acompaña. Los avances, sin embargo, han generado nuevos retos. La equidad es el elemento más apremiante porque el progreso en las condiciones de salud no se ha distribuido de manera homogénea ni entre los países ni dentro de ellos. Por su desigualdad social, México, como todas las naciones en desarrollo, enfrenta simultáneamente una triple carga de enfermedades. En primer lugar está la agenda aún pendiente de las infecciones comunes, la mortalidad materna y la desnutrición. La patología del rezago sigue presente en las poblaciones de menores recursos, sobre todo en las comunidades indígenas. En segundo lugar, sin haber resuelto del todo este rezago, es ya dominante el panorama de enfermedades no transmisibles, como la diabetes, los males cardíacos, el cáncer y los problemas de salud mental, así como las muertes debidas a accidentes o a la violencia. En 1970 estas causas representaban el 40% de las muertes; hoy representan más del 85%.¹

En tercer lugar está la indiferencia, la atroz impunidad, la irresponsabilidad social y la enorme corrupción gubernamental; que junto con el olvido y la gravísima injusticia social son el complemento para considerar la enorme vulnerabilidad del derecho a la salud. Los indicadores generales de salud de un país son, en buena medida, reflejo de su nivel de desarrollo social en términos de progreso y justicia.

Los países que presentan niveles más altos de desarrollo son, generalmente, aquellos que tienen una mayor esperanza de vida, menores tasas de mortalidad materno infantil, erradicación de enfermedades que pueden ser fácilmente prevenidas y una amplia cobertura de los sistemas de salud pública ante los diferentes riesgos que puede enfrentar la salud a lo largo del ciclo vital. Son además países que en la mayoría de los casos no condicionan el acceso a los servicios públicos de salud al estatuto laboral de la población, como en los países de seguro social limitado, sino que cuentan con servicios con cobertura universal y prestaciones integrales.

¹ Secretaría de Salud, *La democratización de la salud en México. Hacia un sistema universal de salud*, México, 2001, p. 324, disponible en: www.salud.gob.mx/plandedesarrollo.

Puede afirmarse que a partir del siglo XX la capacidad de los Estados nacionales para garantizar a su población el acceso universal a los servicios de salud se convirtió en una característica fundamental del grado de desarrollo de un país. Esto se debió a un cambio de la mayor trascendencia: el reconocimiento de la salud como un derecho y no como una dádiva, mucho menos una mercancía. En la mayor parte del mundo, a lo largo del siglo anterior los Estados nacionales reconocieron como uno de los derechos sociales más importantes el acceso a los servicios de salud y crearon entramados institucionales para garantizarlo, aunque con resultados muy distintos, por no decir contrastantes.

En este sentido, en tanto que los recursos para la atención integral a la salud son una inversión y no un gasto, que puede ser dejado para después, es posible afirmar que uno de los más grandes avances que ha alcanzado la humanidad es el reconocimiento de que la salud no es mercancía, caridad ni privilegio, sino un derecho social por demás exigible; no hay ni puede haber desarrollo humano sin un sistema de salud y seguridad social universal e integral. El Estado no puede abdicar de su responsabilidad de garantizar el acceso a la salud a todos los ciudadanos. El mercado solamente reproduciría la asimetría en la distribución del ingreso en el acceso a los servicios de salud.

Bajo esta óptica, es claro que no son ni pueden ser las fuerzas del mercado o las negociaciones comerciales las que determinen los niveles de salud de la población; la definición de las políticas que garanticen la seguridad social y la salud de los mexicanos es tarea ineludible del Estado, y más aún, una obligación establecida en la Constitución Política de nuestro país, que en su artículo 4o. reconoce el derecho a la salud. Es responsabilidad de todos, y en particular de médicos, abogados y economistas, diseñar los mecanismos adecuados para garantizar este derecho.

A esto hay que agregar los riesgos asociados directamente a la globalización: pandemias como el Sida y la influenza, el comercio de productos dañinos para la salud como el tabaco y otras drogas, las consecuencias en la salud del cambio climático, y la diseminación de estilos de vida no saludables que han dado paso a la pandemia silenciosa de la obesidad, que alguien ha llamado “globesidad” precisamente para enfatizar su vínculo con la globalización. Las cifras son particularmente dramáticas: en México hay 41 millones de adultos, seis millones de adolescentes y más de cuatro millones de niños con sobrepeso y obesidad.²

² Secretaría de Salud, *Encuesta nacional de salud y nutrición 2006*, Morelos, Instituto Nacional de Salud Pública, 2006, disponible en: www.salud.gob.mx/plantedesarrollo (consulta: 13 de noviembre de 2012).

Dado que la seguridad social para la vejez no cubre actualmente el riesgo de la dependencia, resulta fundamental realizar cambios en la legislación secundaria en relación con el derecho a la salud en su conjunto y en la normatividad que rigen los programas de salud, sobre todo la de brindar protección a los adultos mayores, así como en la operación y coordinación de instituciones públicas, privadas, lucrativas y no lucrativas que brindan algún servicio o atienden a este grupo de edad. Dirigir esfuerzos en este sentido es especialmente relevante ante el escenario actual, en el que los sistemas tradicionales de protección, como las familias numerosas, están desapareciendo, y ante el aumento de la fase improductiva debido a una mayor longevidad.

II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

Regular la protección de la salud es el resultado de diversos eventos. Luego de la expedición de las Leyes de Reforma (1859), que abolieron los fueros eclesiásticos y desconocieron a las órdenes religiosas, tocó al Estado mexicano velar por la salud de sus habitantes. En 1981 se expidió el primer Código Sanitario del México independiente, cuyo contenido y cuya denominación cambiaron paulatinamente, hasta convertirse en la actual Ley General de Salud. A raíz de la Revolución de 1910, el derecho a la protección de la salud adoptó un carácter social, dado que su regulación fue puesta en manos del Congreso de la Unión.

El tercer párrafo del artículo 4o. constitucional indica que “toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”. Este párrafo fue adicionado el 3 de febrero de 1983, a fin de elevar a rango constitucional el derecho a la protección de la salud.

Gozan de este derecho toda persona y colectividad que se encuentren en el territorio nacional. Correlativamente, el Estado está obligado a promover leyes que aseguren una adecuada atención a los servicios de salud. En sí, este párrafo protege la posibilidad de acceder a servicios dignos de atención a la salud en cualquier caso y bajo cualquier circunstancia. Aunque correctamente se haya indicado que a esta garantía se le pueda hacer extensiva la previsión de igualdad que contiene el artículo 1o. de la Constitución Política, se trata de un derecho predominantemente social, pues

entraña la actuación del Estado en beneficio de las condiciones de vida de la población.³

En torno a este derecho, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha expresado así:

...el derecho a la protección de la salud tiene otras finalidades, el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfaga las necesidades de la población; ...por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad; ...los servicios de salud se clasifican en tres tipos: de atención médica, de salud pública y de asistencia social; ...son servicios básicos de salud, entre otros, los consistentes en: a) la atención médica, que comprende actividades preventivas, curativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias, definiéndose a las actividades curativas como aquellas que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno, y b) la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud, para cuyo efecto habrá un cuadro básico de insumos del sector salud.⁴

Para ser efectivo, el derecho a la protección de la salud requiere de la participación del individuo, la sociedad y el Estado. Entre sus características específicas destacan las siguientes:

- a) Sobresale el concepto de garantías individuales.
- b) Sus titulares pueden ejercerlo libremente.
- c) Es un derecho universal, pues protege a todo ser humano.
- d) Su parte medular consiste en el acceso a los servicios de salud.

De acuerdo con la propia Constitución federal, gozar de una adecuada protección de la salud depende de bases y modalidades que al efecto defina la ley. La fracción XVI del artículo 73 constitucional, relativo a las facultades del Congreso de la Unión, indica que a éste corresponde indicar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.

La ley reglamentaria del párrafo tercero del artículo 4o. constitucional es la Ley General de Salud, cuyo artículo 5o. se refiere al sistema nacional de salud, el cual debe hacer frente a los problemas de salubridad que

³ Sánchez Cordero, Olga, *El derecho constitucional a la protección de la salud*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2000, colección Discursos, núm. 6, pp. 10 y 11.

⁴ Tesis P. XIX/2000, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, marzo de 2000, t. XI, p. 112.

aquejen a la población. Según el precepto indicado, el sistema nacional de salud está constituido por las dependencias y entidades de la administración pública, tanto federal como local, y las personas físicas o morales de los sectores social y privado que presten servicios de salud, así como por los mecanismos de coordinación de acciones, y tiene por objeto dar cumplimiento al derecho a la protección de la salud.

Los fines de este sistema están enumerados en el artículo 6o. de la Ley señalada; de entre ellos destacan los siguientes:

- 1) Proporcionar servicios de salud a toda la población y mejorar la calidad de los mismos, atendiendo a los problemas sanitarios prioritarios y a los factores que condicionen y causen daños a la salud, con especial interés en las acciones preventivas.
- 2) Contribuir al desarrollo demográfico armónico del país.
- 3) Colaborar al bien social de la población mediante servicios de asistencia social, principalmente a menores en estado de abandono, ancianos desamparados y minusválidos, para fomentar su bienestar y propiciar su incorporación a una vida equilibrada en lo económico y social.
- 4) Dar impulso al desarrollo de la familia y de la comunidad, así como la integración social y el crecimiento físico y mental de la niñez.
- 5) Apoyar el mejoramiento de las condiciones sanitarias del medio ambiente que propicien el desarrollo satisfactorio de la vida.

Otras leyes que regulan este derecho son la Ley de los Institutos Nacionales de Salud, la Ley de Salud para el Distrito Federal y el Estatuto Orgánico de Servicios de Salud Pública del Distrito Federal. Los estados también deben legislar respecto de esta materia, dado que la protección de la salud supone una actividad concurrente; es decir, requiere la intervención tanto de la Federación como de las entidades federativas y los municipios, en congruencia con el sistema federal de gobierno que existe en México.⁵

La legislación ha dado lugar a la creación de organismos que en gran medida participan a favor de la protección de la salud. Tal es el caso, por ejemplo, del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado (ISSSTE). Así como 32 sistemas estatales que brindan servicios médicos para la cobertura de la seguridad social para el caso de los trabajadores al servicio de las entidades federativas.

⁵ Véase el inciso *i* de la fracción III del artículo 115 constitucional.

En el plano internacional se han producido diversos tratados y convenios destinados a proteger este derecho, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Convenio Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Carta de los Derechos Humanos de los Pueblos Africanos, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

III. LOS RETOS DE MÉXICO PARA GARANTIZAR EL DERECHO A LA SALUD

No obstante las reformas realizadas y el hecho de que el gasto per cápita en salud se incrementó entre 1997 y 2007 a una tasa promedio de 4.4% real anual por encima del promedio de 4.1% que registraron los países de la OCDE, México presenta asimetrías entre la atención prestada por el sistema de salud y las necesidades de la población. En 2007, el gasto público representó 45.2% del gasto total en salud, porcentaje menor que el promedio (73%) de los países de la OCDE y también inferior a países de América Latina con ingresos similares o inferiores a los nuestros, como Chile (48.8) y Honduras (56.5). Con estos recursos se financia la operación de los dos tipos básicos de instituciones públicas: a las que ofrecen servicios a la población derechohabiente por su condición laboral (IMSS, ISSSTE y los servicios de salud de PEMEX y las secretarías de Defensa y Marina), así como las instituciones dedicadas a atender a la población sin seguridad social. El gasto privado asciende a 54.8%, del cual más del 94% corresponde a gasto de bolsillo y el resto a esquemas de aseguramiento privado.⁶

Si nos quisiéramos medir con los miembros de la OCDE encontraríamos que somos el país que destina el menor porcentaje del PIB al gasto en salud. Pero más allá de las comparaciones internacionales y de que no se cuente con parámetros universales en cuanto al monto óptimo de inversión en salud, conviene preguntarse si México realiza la inversión adecuada (considerando el gasto total, las fuentes de financiamiento y su distribución). Esta cuestión puede responderse con solvencia al revisar la información disponible, que indica que la inversión en salud no sólo es menor a la requerida y esperada para un país con el nivel de desarrollo y necesidades del nuestro, sino que el financiamiento tiene deficiencias y su distribución no contribuye a reducir las disparidades en los indicadores de salud.

No obstante lo anterior, hay que reconocer que uno de los cambios más significativos de los últimos años ha sido el incremento, en términos reales,

⁶ Véase *www.sistemanacional.org/saludencifras.2011*.

de los recursos federales para la población sin seguridad social; aumento que, sin embargo, no ha logrado equilibrar el desbalance del gasto público, observado entre la población asegurada y la no asegurada. En este contexto, conviene apuntar que como resultado de diversas reformas a la Ley General de Salud, en 2004 empezó a operar el seguro popular, cuyo funcionamiento es solidario y tripartito: recursos federales asignados por la Secretaría de Salud, recursos estatales y cuota familiar. Datos del Centro de Estudios de las Finanzas Públicas de la Cámara de Diputados indican que para 2009 los recursos con los que contó el seguro popular representaron el 48.6% del gasto total del ramo; en ese ejercicio presupuestal dispuso de 41,368 millones de pesos, 5.7% más que en 2008.

Resulta innegable que se requiere avanzar en la extensión de los servicios de salud. Sin embargo, no resulta evidente que la creación del seguro popular sea la solución más conveniente para ampliar la cobertura. Más aún, cabe preguntarnos si la creación de un nuevo programa con un nuevo gobierno, con una nueva visión, pero quizá con los mismos vicios institucionales, no abona en positivo que en la segmentación de los servicios públicos de salud, en la heterogeneidad de sus prestaciones y en la ineficiencia operativa del sistema nacional de salud. El principal reto para garantizar el derecho a la salud consiste en universalizar la cobertura sin provocar nuevas simetrías por la heterogeneidad en la calidad y en las prestaciones de los sistemas públicos de salud, que es consecuencia a su vez de su segmentación.

La protección social para los gobernados se ve limitada e inalcanzable; en este sentido deberán ser varios elementos los que formen parte del diagnóstico que debemos hacer sobre el estado actual que guardan hoy día los derechos sociales en nuestro propio continente. El diagnóstico no parece ser muy promisorio; una versión relativamente robusta del Estado de derecho implica no sólo la cuestión del imperio de la ley sino también la existencia de mecanismos de control y responsabilidad entre los poderes públicos, un control jurisdiccional de la Constitución independiente y, finalmente, la promoción y defensa de los derechos individuales. Por ello respecto al primero de estos elementos, el imperio de la ley y la seguridad jurídica, América Latina no parece pasar ningún estándar; por ejemplo, la cuestión de seguridad jurídica implica que las normas deben de ser estables y confiables, claras, públicas y permanentes, que garanticen su plena aplicación y respeto.

Las normas se cambian mucho o de plano permanecen estáticas, se aplican retroactivamente, se aplican mal y están mal diseñadas; eso, digamos, es una responsabilidad directa de los poderes públicos encargados de su creación, por ello no podremos ser capaces de mejorar estándares en términos de nuestros derechos sociales ni podremos ser agentes de cambio

para impulsar el Estado de derecho en su conjunto o, por lo menos, su aplicabilidad básica.

Es decir, sin sujetos sociales no hay derechos sociales; no basta que el Estado sea soberano y poderoso para que pueda haber la realización de los derechos sociales; tampoco se trata de un Estado totalmente paternalista, mucho menos de un Estado no interventor, se trata de un Estado comprometido con los derechos sociales de última generación, homologado de manera ordenada, pragmática y organizada con el tema a los derechos humanos. De tal manera se justifica la existencia de cuatro ejes fundamentales para lograr la construcción de los derechos sociales: el empoderamiento, la productividad, la sustentabilidad y la equidad; este conjunto de componentes es el que nos puede permitir construir con bases sólidas el reconocimiento de los derechos sociales, y después proponer su exigibilidad; si no estamos los sujetos sociales en este camino, lo que tendremos será más de lo mismo, tendremos pues un desarrollo sin rostro humano, sin garantías sociales y sin la protección social tan necesaria para unos y tan insignificante para otros; un desarrollo inhumano, desigual y desproporcionado como es el que se manifiesta de manera lacerante en América Latina en la últimas décadas; por ello, las personas que están en la función pública deberán, conocer, respetar y aplicar los derechos sociales. En los términos actuales cobra vigencia inusitada la reforma constitucional en referencia, clara, precisa y analítica sobre los derechos humanos, que describe de manera clara y objetiva lo siguiente:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.⁷ Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indi-

⁷ Artículo constitucional reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, además los párrafos subsecuentes se adicionaron mediante el mismo decreto, en la que sin duda es la reforma esperada para que el Estado mexicano transite de la obligación, a la cultura de garantizar la plenitud en el ejercicio de los derechos humanos.

visibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos, los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

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

IV. LA SALUD COMO DERECHO, LA ENFERMEDAD COMO EVOLUCIÓN

El país ha mostrado una evolución favorable en cuanto a la cobertura y el gasto general en salud, si bien los logros alcanzados no han eliminado todos los riesgos y desafíos que existen en este campo. De un lado, se confirma para la salud lo dicho por otros sectores interesados en cuanto a la evolución demográfica del país y la creciente importancia que tienen los grupos de mayor edad, especialmente los adultos mayores. Han sido los últimos doce años el escenario en el que México comenzó a dejar atrás el perfil en el que predominaban la muerte materno-infantil y las enfermedades infecto-contagiosas, para adquirir otro en el que las enfermedades no contagiosas ocupan un lugar preponderante. Cada vez más, la muerte responde al reloj biológico, no a las carencias sociales.⁸

Por otro lado está el asunto de la evolución de las capacidades institucionales de los gobiernos para adaptarse a los cambios y para entender las necesidades resultantes. En el caso de México, en la opinión y datos de los últimos funcionarios del gobierno federal encargados del ramo de salud, el progreso es un reflejo de auténticas políticas de Estado que a lo largo del último tercio del siglo, es decir, desde 1982, han mantenido el rumbo de las instituciones públicas de salud frente a los cambios de administración y la alternancia democrática. Esto quiere decir que, cuando menos en esta importante arena de política pública, los objetivos y acciones gubernamentales no se alejaron demasiado de una agenda básica de prioridades y necesidades.

⁸ Frenk, Julio, “La salud en México”, *Revista Nexos*, México, 2008, p. 65.

V. DE LAS GARANTÍAS A LOS DERECHOS Y DE LA CONSTITUCIÓN A LA REALIDAD

La Constitución mexicana de 1917 prometía lo que no podía cumplir. Quizá no fue diseñada para la democracia pero prometía organizar al país democráticamente. Quizá no ofrecía mecanismos idóneos de garantía para los derechos de las personas pero otorgaba un amplio catálogo de derechos fundamentales (mal llamados garantías individuales) a todos los seres humanos que se encontraran en el territorio nacional. Y quizá el documento constitucional emanado de la Revolución no ofrecía un entramado institucional idóneo para activar los mecanismos de control de poder que contenía explícitamente en su texto, pero supuestamente organizaba al Estado bajo el principio de la separación de los poderes y el modelo federal. Por ello, durante mucho tiempo la Constitución se convirtió en un paliativo e instrumento de vigencia retórica: un conjunto de normas inspirado en un movimiento político y arropado de una retórica emancipadora pero que no serviría para organizar al país en clave democrática, social y desigual que lo caracterizaba.⁹

En su texto, la Constitución siempre ha delineado las coordenadas de un Estado social democrático y de derecho. Sin embargo, en los hechos, hasta ahora, ese modelo no se ha verificado. Como un material mórbido que no se ajusta al molde diseñado para atraparlo, la realidad mexicana, llamada también como la Constitución material, se ha desbordado y escapado de su proyecto constitucional.¹⁰

Por eso no es fácil hablar del Estado de derecho en México. Es cierto que desde el punto de vista formal tenemos una Constitución que responde a ese paradigma, y para probarlo bastaría con narrar la evolución de las normas que han sido incorporadas en la Constitución (desde 1917 y hasta el primer decenio del siglo XXI). Pero esa narrativa, desde el punto de vista de la realidad práctica, equivaldría a contar el devenir normativo de una promesa incumplida. En los hechos, lamentablemente, los principios e instituciones del constitucionalismo democrático, que pudieran entenderse como lo más avanzado del modelo del Estado de derecho, no tienen vigencia para la enorme mayoría de los mexicanos. Destacando los bienes más valiosos de ese modelo: los derechos fundamentales o humanos de las personas. Libertades, derechos políticos y derechos sociales que constituyen la

⁹ Salazar Ugarte, Pedro, *Equidad social y parlamentarismo*, México, Siglo XXI, 2012, pp.189-199.

¹⁰ Mortati, Carlo, *Sobre la idea de constitución material. La costituzione in senso materiale*, Milán, Giuffrè, 1940, p. 145.

base de legitimidad de ese modelo y, al mismo tiempo, el objetivo que las instituciones políticas deben perseguir.

Pero no todos los saldos son negativos en esta materia. Así como la democracia se fue construyendo sobre la base de la Constitución posrevolucionaria, la agenda de los derechos en general ha venido ganando terreno. La prueba contundente de esta afirmación es la reforma constitucional en materia de derechos humanos aprobada en 2011. Con esta reforma cambio, el texto constitucional mexicano de manera sustantiva. Técnicamente hablando, el apartado dogmático de la Constitución fue objeto de modificaciones sustanciales que sientan las bases para una transformación profunda de las prácticas políticas, jurídicas y programáticas en materia de derechos humanos.¹¹

Las reformas constitucionales son solamente eso y por sí solas no conllevan transformaciones políticas y prácticas concretas. Para traducir a las normas en realidades es necesario implementar acciones desde diferentes ámbitos de la vida social y política. Ello sobre todo cuando se trata de una materia tan compleja como la de los derechos humanos que tienen múltiples dimensiones (sociales, económicas, políticas y, por supuesto, jurídicas). Algunas de las tareas que deben asumir los diferentes operadores jurídicos del país y, sobre todo, los jueces para poner la reforma en práctica. En una democracia constitucional, la garantía efectiva de los derechos humanos depende tanto de esos ámbitos como de las acciones que se lleven a cabo en la esfera estrictamente jurídica.

La reforma de derechos humanos es la culminación de un largo proceso. Y a la vez es el punto de partida de una nueva etapa de transformaciones jurídicas, políticas, sociales, e institucionales. Por eso constituye un punto de referencia para valorar la situación del Estado de derecho o Estado constitucional en México; los alcances potenciales de esa operación constitucional emergen de seis ejes estratégicos: *a)* la ampliación del conjunto de derechos humanos; *b)* el ensanchamiento de la titularidad de los derechos; *c)* la especificación de las obligaciones de las autoridades; *d)* el fortalecimiento de las instituciones de protección (jurisdiccionales y no jurisdiccionales); *e)* el énfasis en la protección de los derechos desde las políticas públicas, y *f)* el apego y respeto a la convencionalidad internacional.¹²

¹¹ Una primera aproximación en esa dirección puede consultarse en Carbonell, M. y Salazar, P. (coords.), *La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 56.

¹² Comentarios expuestos por Alan García en el Seminario sobre la Reforma de Derechos Humanos organizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas sedes nacionales el 23 de septiembre de 2011.

Detrás de la reforma se encuentra un proceso de paulatina apertura del sistema político mexicano al derecho internacional. Un proceso que condujo al reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1988 y a la adhesión y ratificación de múltiples instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Mediante la interacción entre factores internos e internacionales a lo largo de seis décadas México pasó de sostener una posición defensiva a una proactiva frente al régimen internacional de derechos humanos.

Para que los derechos humanos llegaran a ser prioritarios en la política exterior de México debió primero desarrollarse un proceso por el cual los mexicanos se familiarizaron con este paradigma y lo adoptaron como lente interpretativo de su propia situación política y social. Esta socialización de los derechos humanos en México comenzó en la década de los ochenta, de la mano de organizaciones de la sociedad civil principalmente y se extendió a partidos políticos y gobernantes.

Además, los cambios en la política exterior de México coincidieron con transformaciones en el orden internacional que potenciaron la calidad de influencia de las redes transnacionales de derechos humanos.¹³

Este proceso constituye el telón de fondo que explica en parte el sentido de la reforma aprobada en 2011. La prueba de ello es que la reforma, aunque proviene de un proceso político nacional, tiene una fuerte orientación internacional. De hecho parece atinado sostener que el eje articular de todas las modificaciones a la Constitución mexicana son los criterios, principios e instituciones de garantía de los derechos humanos que han madurado en el ámbito de los organismos internacionales

Además, la reforma fue precedida por una mutación en el lenguaje jurídico, político y académico mexicano que instaló el concepto de los derechos humanos en el centro de una agenda programática. Poco a poco el lenguaje de las garantías individuales, término constitucionalizado desde 1917 para recoger en la Constitución a los derechos de las personas, se fue desplazando por conceptos más modernos como el de derechos fundamentales o más amplios como el de derechos humanos. De hecho, estos conceptos ya se habían introducido en la propia Constitución en reformas anteriores a los artículos 18 y 102-B, respectivamente. De esta manera, poco a poco fue cobrando fuerza la idea que finalmente quedó reconocida en el texto constitucional modificado en 2011: una cosa son los bienes jurídicos que se protegen —los derechos humanos— y otra los mecanismos con los

¹³ Saltalamacchia, N. y Covarrubias, A., *Derechos humanos en política exterior. Seis casos latinoamericanos*, México, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, 2011, pp. 199, 201 y 203.

que se le ofrece protección —las garantías—, ya que la agenda de los derechos es una agenda sustantiva que exige protecciones adjetivas.

La democracia constitucional, inspirada en la libertad y en su defensa, sólo se consolida si tiene seguidores. En tiempos de crisis en los que campea el miedo, por desgracia, éstos escasean. En las emergencias soplan vientos favorables para los autócratas, y son muchos los —reaccionarios o espantados— promotores de la idea. Por eso, quienes creemos en el valor de la libertad y en la importancia de las instituciones democráticas, debemos actuar en consecuencia. La comprensión, promoción y puesta en práctica de la reforma de derechos humanos de 2011 es una buena estrategia.

VI. EL DERECHO LA SALUD, UN DEBER DE BIENESTAR FUNCIONAL

Las capacidades representan las oportunidades que una persona puede tener para funcionar en la vida, esto es, lo que cada quien decida ser: voluntario, profesionista, amoroso, pacifista, estudiante, sano, político, ecologista, bombero; o hacer campañas, arte, objetos, viajes, estudios... Esto se podría llamar, de manera integral, que consiste a este ser y hacer: funcionamientos. Se puede apreciar que este término está íntimamente ligado con las capacidades, ya que si en un país no existen servicios asistenciales de salud, aunado a condiciones severas de desnutrición, es altamente probable que el funcionamiento de la salud no logre hacer presencia.¹⁴

De acuerdo con un enfoque social, las capacidades deben ser parte de la planificación política de los Estados en virtud de que éste influye drásticamente en la calidad de vida de las personas en aspectos diversos como desnutrición, libertad de expresión, educación, salud, práctica religiosa, a través de sus instituciones sociales básicas, y adiciona que "...una vida que no contenga estos derechos en una medida suficiente es una vida tan degradada que no es compatible con la dignidad humana".¹⁵

A continuación se enuncia la lista de las diez capacidades que Nussbaum propone:

- 1) Ser capaz de preservar la vida: que permita a la persona terminar su ciclo normal de vida y sin una interrupción prematura.
- 2) Ser capaz de mantener la salud corporal: casa y alimentación quedan incluidas como factores que permitan una buena salud integral. Tan-

¹⁴ Amartya, Sen, "Capacidad y bienestar", en Nussbaum, Martha y Sen, Amartya, *La calidad de vida*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 176.

¹⁵ Nussbaum, Martha C., *Las fronteras de la justicia*, Barcelona, Paidós, 2007, p. 278.

to en la presente capacidad como en la anterior quedan involucrados los servicios públicos asistenciales, asequibles a todo ser.

- 3) Ser capaz de mantener la integridad corporal: se incluye la capacidad de movimiento para desplazarse a diferentes espacios, así como el mantenerse a salvo de asaltos y acosos, incluyendo el sexual; se considera también la oportunidad para el disfrute de la sexualidad y la libertad para decidir en cuestiones de salud reproductiva. A nivel gubernamental quedan involucrados los servicios de seguridad pública, procuración de justicia, servicios de asistencia para discapacitados, así como la promoción y asesoría de los servicios de salud reproductiva.
- 4) Ser capaz de expresar los sentidos, la imaginación y el pensamiento: queda altamente involucrada la educación para el fomento de la ejercitación de los mismos, para lo cual es importante el acceso a la alfabetización y a la formación científica básica, así como para el fomento del intelecto en la creación de obras literarias, políticas, religiosas, musicales, entre otras. Sin que por tal razón alguna persona tenga que ser perseguida, y por lo tanto queda implícito que se den condiciones de protección a través de la libertad de expresión.
- 5) Ser capaz de expresar emociones: se refiere a la libre expresión de emociones y sentimientos como el amor, el ansia, así como el coraje justificado, entre otros, y que no sean reprimidos por miedo o ansiedad, productos de presiones externas que no “aprueban” determinadas clases de asociación humana. Aquí aunque la autora no lo mencione en este apartado, puede entrar también la libre asociación de parejas heterosexuales; tal como lo considera con la militancia política o religiosa, también pueden ser incluidas en la capacidad siete, que avala de la libertad de filiación.
- 6) Ser capaz de ejercer la razón práctica: permite la autorreflexión de plan de vida personal, así como el discernimiento entre el bien y el mal. Incluye dos libertades: la religiosa y la de conciencia. Sin duda se le asigna especial importancia a esta capacidad por estar vinculada con la libertad y la capacidad de agencia del individuo, por lo tanto tendrá un impacto importante en el resto de las capacidades.
- 7) Ser capaz de ejercer la libertad de afiliación: enfatiza en poder reconocer y demostrar la preocupación por el otro y da la importancia a las instituciones que posibilitarán estas formas de afiliación y la protección de las libertades tanto de asociación política como de expresión.

- 8) Ser capaz de convivir respetuosamente con otras especies: se abre a la convivencia respetuosa más allá de la especie humana, incluye a todo el entorno de la naturaleza; sin embargo, su análisis se centra en los animales no humanos: por un lado defiende para ellos el evitarles el sufrimiento innecesario, y por otro el respetar en lo posible sus condiciones naturales de hábitat que como especie requieren.
- 9) Ser capaz de expresarse a través del juego: considera aquí la de experimentación del placer a través de actividades recreativas, del juego y de la risa. Esta capacidad bien se puede complementar con la cinco, que corresponde a la expresión de emociones.
- 10) Ser capaz de ejercer control sobre el propio entorno: hace referencia tanto al entorno político como material. Con respecto a lo político contempla el derecho a participar en elecciones de figuras políticas, así como de la efectividad de dicha participación, también la libertad de asociación y de expresión son consideradas —abordadas en la capacidad siete de afiliación—.

Respecto al control material, hace referencia a la disposición tanto de bienes mobiliarios como inmobiliarios, que le permitan ostentar los derechos de propiedad en un plano de igualdad con los demás.¹⁶

Incluye aspectos de su entorno laboral, condiciones para laborar como ser humano, poder hacer uso de su razón práctica y poder relacionarse con los demás de tal forma que se demuestre libremente el reconocimiento mutuo con los otros.

Al depender en gran parte estas capacidades del Estado a través de sus instituciones, es muy probable que en las sociedades no ordenadas no sea posible, por un lado, contar con la infraestructura suficiente para que todas sus instituciones funcionen con efectividad, y por otra parte, las irregularidades en el servicio directo de las mismas instituciones vinculadas con actos corruptos, abuso de poder, falta de responsabilidad, pueden ser otro factor que limite la justicia en el servicio. Ambos aspectos en conjunto, aunados a las condiciones sociopolíticas de esa sociedad, degradan la calidad de vida de sus ciudadanos.

Es importante considerar al respecto la propuesta de Rawls en donde menciona que una de las metas de la justicia como equidad es aportar una base filosófica y moral aceptable para las instituciones democráticas y afrontar así la cuestión de cómo han de entenderse las demandas de la libertad y la igualdad... nos fijaremos en la cultura política pública de una sociedad

¹⁶ *Ibidem*, p. 89.

democrática y en las tradiciones de interpretación de su Constitución y sus leyes fundamentales.¹⁷

Lo anterior ha de permitir encontrar ideas comunes para integrar una concepción de la justicia política. Finalmente, sin justicia política el resto de la justicia y de las buenas pretensiones se ven severamente afectadas. La misma justicia al interior de las familias se ve afectada en diferentes aspectos, como la equidad de género, el maltrato infantil, la segregación del discapacitado o del adulto mayor, además de aspectos como el incesto o el no afrontamiento de las responsabilidades de afecto y económicas sobre los menores.

Son estas otras facetas de la justicia que afectan de manera inmediata la vida digna de los integrantes de la familia más vulnerable, y que a su vez serán detonadores para una adultez (en el caso de los infantes) dañada que podrá degenerar en patologías sociales como el alcoholismo, la delincuencia y la prostitución, además de duplicar el modelo de injusticia en sus nuevas familias.

Por su parte, un concepto idealista puede ser: Los derechos humanos deben centrarse en el derecho de la especie humana a sobrevivir en paz (consigo misma y con el resto de la familia de la tierra). La calidad de vida está en estrecho vínculo con la justicia en todas sus facetas revisadas; implica el hacer y el vivir desde la propia acción y elección sin infringir las ventanas sociales, disfrutando los derechos básicos como mínimos indispensables para vivir una vida en la que se respete la dignidad humana, se cuente con oportunidades reales de salud e integridad física, mantenimiento de relaciones afectivas, educación, control sobre el entorno, esto es, tener capacidades (oportunidades) para funcionar de manera integral y armónica como persona, y como parte de un hogar mayor llamado tierra, en donde los vínculos de justicia sean evidentes para todos los seres sensibles.

VII. DE LA CRISIS DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

A partir de la crisis de liberalismo y, consecuentemente del Estado de derecho liberal, surgió la conceptualización del Estado social de derecho, precisamente como fórmula para superar el esquema democrático-liberal-individualista, propio del modo de producción capitalista, vigente en las sociedades industriales más desarrolladas, así como la que provocaron las soluciones totalitarias en que esta fórmula degeneró.

¹⁷ Rawls, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002, p. 27.

Del Estado gendarme, policía, vigilante del orden y la legalidad, que supuestamente haría posible el crecimiento económico y, consecuentemente, el mejoramiento de la calidad de vida de la mayoría, se pasó al Estado benefactor, paternalista y compensador, administrador público de enorme aparato burocrático.

Otra respuesta vino de quienes intentaron la solución socialista, saltándose o superando la fórmula del Estado social de derecho, también llamado Estado benefactor; los que plantearon la necesidad de alterar el esquema conceptual del Estado de derecho, con la propuesta de la fórmula transitoria basada en la dictadura del proletariado, que pronto se convirtió en dictadura del secretariado del partido comunista, derivando a otra variante de la solución totalitaria.

En efecto, con la intención de adaptar sus estructuras jurídico-políticas a las condiciones del desarrollo científico y tecnológico, y ante el crecimiento desmesurado de las necesidades económicas y sociales, aquel Estado abstencionista del liberalismo —fincado en el individualismo— se vio presionado a evolucionar; incorporando a los elementos de la fórmula del Estado aspectos diversos con planteamientos de carácter social.

El Estado social de derecho, es obvio advertirlo, continúa construyéndose como auténtico Estado de derecho”. El calificativo social quiere ahí hacer referencia, se dice, a la corrección del individualismo clásico liberal a través de una afirmación de los llamados derechos sociales y de una realización de objetivos de justicia social: al lado de los derechos aparecen, como en Weimar, los derechos sociales. Y paralelamente actúa como meta la consecución de un bienestar social que configura precisamente al Estado social de derecho como *Welfare State* y como Estado material de derecho frente al carácter meramente formal, que no muy fundamentalmente, se atribuye a la fórmula institucional de liberalismo. Se puede concluir que el *sozialer Rechttat* es una feliz expresión que designa una realidad ya mentada anteriormente cuando la incorporación de los derechos sociales a las Constituciones europeas. Trátase del intento loable de convertir en derecho positivo viejas aspiraciones sociales, elevadas a la categoría de principios constitucionales por las garantías del Estado de derecho.

Pero no sólo se requirió revisar el individualismo, sino también el abstencionalismo estatal que deviene con el liberalismo. “Lo que se propugna en el Estado social de derecho es un Estado decididamente intervencionista, un Estado, se repite, dotado de un Ejecutivo fuerte”.

No obstante la figura de este Ejecutivo fuerte, al preservarse los elementos del Estado de derecho, siempre quedaría acotada por la ley. Esto es, que-

daron claramente diferenciados de los regímenes totalitarios donde estaban prácticamente incontrolados. Por el contrario, el Estado social de derecho es un auténtico Estado de derecho, y por esto, el principio de legalidad que delimita la discrecionalidad administrativa de los gobernantes queda en esta fórmula mejor y más eficazmente protegido por medios de defensa procesal y a través de tribunales especiales *ad hoc*, para dirimir las controversias entre los gobernados y la autoridad.

El principio que se postula no puede ser más claro y contundente: se impone como tarea moral prioritaria: limitar el poder para hacerlo cien por ciento responsable, y proponer juicios que faciliten su control con sujeción a criterios de justicia que corrijan el abuso y desvío del poder.

En otro orden de ideas, es importante advertir que el hilo conductor de estos procesos de transición del Estado de derecho liberal al social está en su naturaleza democrática. Esto es, en la tendencia hacia una participación ciudadana cada vez más amplia, directa y determinante en las tareas oficiales del Estado. Sin perder de vista que esta tendencia democratizadora también configura un proceso evolutivo hacia su perfeccionamiento.

En efecto, el Estado social de derecho, como fórmula evolucionada del moderno Estado liberal, buscó hacer compatibles en un mismo sistema, el capitalismo como modo de producción más que como filosofía y el reordenamiento social orientado a buscar un bienestar general. Aparece entonces la concepción del mercado como ámbito de intercambio en el que todos los que intervienen obtengan el máximo beneficio.

El ciudadano, que gracias al desarrollo científico y tecnológico en las comunicaciones puede estar en el lugar de los acontecimientos a la hora en que éstos se suscitan y participar en ellos, entre otras razones, ya no se contenta con delegar sus poderes o entregar su soberanía, para sentarse a esperar a que quienes lo representan tomen todas las decisiones y le resuelvan todos sus problemas.

La historia demuestra que esta situación, en la medida que vuelve a la sociedad inactiva o ausente, deriva irremediablemente hacia la configuración de poderes absolutistas, nuevos fascismos, que se vuelven irresponsables, incontrolables y perpetuos, los cuales no pueden aceptarse sin retroceder en el devenir de la historia.

VIII. DERECHOS FUNDAMENTALES

Derechos fundamentales son así calificados porque sin ellos la persona humana no conseguiría existir o no sería capaz de desenvolverse y de participar de la vida social. Todos los seres humanos, a partir del nacimiento,

deben tener garantizadas las condiciones mínimas necesarias para tornarse útiles a la humanidad, y tener la posibilidad de recibir los beneficios que la vida en sociedad pueda proporcionar, asociada a las características naturales de los seres humanos, a la capacidad natural de cada persona y a los medios de que puede valerse como resultado de la organización social. Bastaría decir que esos derechos corresponden a las necesidades esenciales de la persona humana, que son iguales para todos los seres humanos y que deben ser considerados para que puedan vivir con dignidad. La preservación de la vida, la alimentación, la salud, la morada, la educación y la serie de necesidades relacionadas componen el concepto de derechos fundamentales, resumidamente derechos humanos.

Todas las personas tienen esas necesidades, y por eso todas las personas son iguales, pues todas deben tener la posibilidad de disfrutarlas. Cada uno tiene su individualidad, su personalidad, su propio modo de ver y de sentir, que son diferentes, pero todos, como seres humanos, tienen las mismas necesidades y facultades de lo que ocurre en la existencia de los derechos fundamentales iguales para todos.

Por sus características naturales, las personas por igual serán dotadas de inteligencia, conciencia, voluntad, y por ser más que una simple porción de materia, tienen una dignidad que las pone encima de todas las cosas de la naturaleza. Existe una dignidad inherente a la condición humana y a la preservación de esa dignidad; es el fin definitivo de los derechos humanos.

El respeto a la dignidad de la persona humana debe siempre existir, en todas las partes y en todos los lugares, de manera igual para todos. La ciudadanía expresa actualmente el conjunto de derechos que da a la persona humana la posibilidad de participación activa en la vida y del gobierno de su país.

Si en la Antigüedad no era así, el crecimiento económico y social ha pasado a tener un valor negativo cuando fue alcanzado a costa de ofensas a la dignidad de los seres humanos. El prestigio, la riqueza, el suceso no serán merecedores de respeto si hubieran sido conseguidos por medio de ofensas a la dignidad y a los derechos fundamentales de los seres humanos.

Cada persona sabe que aun siendo un mismo adulto, saludable y muy rico, puede percibir que no tendría que haber nacido y sobrevivido sin la ayuda de muchos. Todos perciben que no pueden dispensar ni conseguir hacer sus necesidades básicas sin la ayuda constante de muchas personas. Por tanto, existe una solidaridad natural, la cual recurre de la fragilidad de la persona humana, que necesita ser completada con el sentimiento de solidaridad; acá se encuentra el punto de partida de los derechos humanos en este final de milenio.

IX. DIFERENCIA ENTRE LAS GARANTÍAS SOCIALES Y LAS INDIVIDUALES

Las garantías individuales y sociales no pueden equipararse, pues eventualmente se ha evidenciado la distinción entre el individuo político y el individuo social, debido a la transformación operada no sólo en la teoría general del Estado, sino también en la doctrina de los derechos individuales, limitados por los sociales. Por ello se han roto los moldes clásicos de las Constituciones del pasado. Mientras que, como su nombre lo indica, las garantías individuales son atributos exclusivos de los individuos, las sociedades corresponden al hombre visto desde la perspectiva social; surgen ante la necesidad de proteger a determinadas clases económicamente débiles contra cualquier acto perjudicial por parte del Estado.¹⁸

Efectivamente, la garantía individual implica una relación jurídica entre dos sujetos que son, del lado activo, los gobernados y, del lado pasivo, el Estado y sus autoridades. Por el contrario, la garantía social se traduce en un vínculo jurídico existente entre dos clases sociales económicamente diferentes desde una óptica general e indeterminada, o entre individuos particulares y determinados pertenecientes a dichas clases.¹⁹

La titularidad de las garantías individuales se hace extensiva a todo individuo, independientemente de sus condiciones peculiares. Por el contrario, las garantías sociales nacieron como una medida jurídica para preservar a una clase social económicamente inferior y a sus componentes particulares, ya no frente al Estado y sus autoridades como obligados directos, sino ante una clase social pudiente. Por tal motivo, la titularidad de las garantías sociales es más restringida que la que corresponde a las garantías individuales, puesto que se circunscribe a una clase social específica. Entonces, las garantías individuales y sociales no se contradicen, sino que son compatibles en cuanto a su existencia simultánea. Ambas constituyen elementos y conceptos jurídicos diferentes con diversas notas sustanciales. Además, no sólo existe entre dichas clases de garantías una perfecta compatibilidad, sino que las sociales crean, en realidad, una situación donde la parte económicamente débil en las relaciones jurídico-sociales puede desempeñar su libertad frente a otros sujetos fuertes y poderosos.

Los intereses difusos son aquellos que socialmente pueden atribuirse a una colectividad pero que no suponen intereses jurídicos individuales de las

¹⁸ Izquierdo Muciño, Martha Elba, *Garantías individuales y sociales*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 1995, pp. 66 y 67.

¹⁹ Burgoa, Ignacio, *Garantías individuales*, México, Porrúa, 2001, pp. 709-711.

personas que integran a la propia comunidad. La sociedad tiene interés en un medio ambiente saludable pero no existe un interés jurídico individual para lograr mediante el ejercicio de acciones jurídicas que logren ese ambiente. Nadie puede pedir amparo porque exista contaminación ambiental ni es este procedimiento judicial el medio idóneo para resolver en su totalidad los problemas ecológicos.

La circunstancia de que no opere el amparo en estas materias no impide que los titulares de las dependencias competentes para el efecto realicen actividades encaminadas al fin indicado, ni impide que los particulares impulsen esa actividad mediante el ejercicio de acciones colectivas, lo que acontece es que aun en las acciones de clase no existe o no se parte de la existencia de un interés jurídico personal o individual, sino simplemente el interés abstracto de colaborar, se insiste, dentro de lo posible, con las autoridades correspondientes.

Como aclaración de lo que llevamos dicho, podrá señalarse que el derecho a un medio ambiente sano es un derecho natural, incluso positivizado, que se traduce en un interés difuso jurídicamente tutelado por normas programáticas pero que no constituye una garantía individual.

Los derechos políticos que consisten en la facultad de los ciudadanos de intervenir en los procedimientos de integración de ciertos órganos del Estado, a través de la elección de sus titulares, miembros o integrantes, o bien la de ser electos para la realización de una función pública.

Los derechos políticos se ejercen por personas físicas o morales a las que la ley reconoce personalidad y capacidad para invertir en los procesos democráticos de elección de funcionarios públicos. El partido político, independientemente de sus aspectos sociopolíticos, es una persona jurídica que puede ser titular de derechos y obligaciones.

Es discutible si los derechos políticos pueden ser considerados derechos humanos, pues no son consubstanciales a todos los hombres, sino sólo a aquellos que gozan de la calidad de ciudadanos. Ya en la Declaración producto de la Revolución Francesa se habló de los derechos del hombre y del ciudadano, los cuales dejan entrever la aceptación de que los derechos del hombre o humanos no son coincidentes con los derechos políticos.

Otro tema de especial importancia que nos ocupa es el referente al concepto garantías sociales. El solo hecho de emplear el término garantías lleva a la convicción de que se trata de derechos que jurídicamente pueden hacerse efectivos, pero no enfrentamos el problema que desde el inicio he señalado en el sentido de que la sociedad carece de personalidad jurídica y, en consecuencia, de la posibilidad de contar con derechos.

Para resolver esta importante cuestión considero totalmente factible estimar que la llamada garantía social no es más que una variante de las garantías individuales. La garantía individual se otorga a todos los individuos o personas mientras que la garantía social sólo se otorga a los individuos o personas, no tanto por el derecho de serlo, sino por su ubicación dentro de la sociedad.

La garantía social se otorga a personas que pertenecen a determinada clase; se insiste en que el derecho no se otorga a la clase social, que no es una persona jurídica, sino a sus integrantes. Así, como dije, podrá pedir amparo la persona moral sindicato, mas no la clase trabajadora.

De manera destacada podemos señalar como garantías sociales a las que la Constitución consagra para los integrantes de la clase campesina, sujetos de derecho agrario, ejidos, comunidades y sus integrantes, así como a los miembros de la clase trabajadora que son aquellos que se encuentran en una especial relación jurídica frente a los llamados patrones, relación jurídica que el Estado tutela mediante leyes y procedimientos especiales cuya violación supone, a su vez, la de las garantías de legalidad.

Como se ve, las garantías sociales tienen atribuido un significado jurídico que las distingue de otro tipo de figuras jurídicas. Pero es necesario dejar sentado que los aspectos sociales del derecho no se agotan en el concepto de “garantía social” en el sentido restrictivo en que he tratado. Es decir, toda garantía social es un derecho social, pero no todo derecho de esta naturaleza es una garantía social.

Las garantías sociales llevan implícita la idea de clase y se otorgan a ciertas personas no sólo por las circunstancias de pertenecer a cierta clase social sino por pertenecer a una clase social que por su relación con otra requiere de una tutela especial. La clase industrial es sin duda una clase social, pues comprende a una serie de personas cuya actividad e intereses son, en esencia, coincidentes y representan un sector identificable dentro de la sociedad.

Pero dadas las características de los integrantes de estas clases y sobre todo de sus relaciones con miembros de otras clases, no puede considerarse que se encuentren en una situación de desventaja que amerite una tutela especial como sí debieran tenerla los miembros de la clase trabajadora que jurídicamente entablan una relación obrero-patronal. Así, las normas protectoras de la clase obrera frente a la industrial o alguna otra sí encuadran dentro del concepto de garantía social.

La garantía social opera dentro de un sistema protector de miembros de una clase que de alguna forma se encuentra en desventaja frente o en relación con los de otra. Pero existen normas jurídicas que sin tener ese espíritu

protector en las relaciones de personas de diferente clase, sí se establecen con ideas de bienestar colectivo más que con la intención de ver a la persona como un ente aislado que constituye el fin último del Estado.

Si bien el Estado debe ser un instrumento para la tutela de los derechos individuales, también debe éste actuar de conformidad con el interés general, aun cuando su contenido se encuentre ubicado en el ámbito de lo abstracto. En otros términos, debe protegerse al individuo o a la persona pero sin perder de vista que éste entra en una serie de relaciones que producen acciones que dan contenido al concepto de lo social.

Los intereses personales eventualmente pueden entrar en conflicto con los colectivos o sociales, y es función del Estado lograr el correspondiente equilibrio definiendo hasta que punto debe o no prevalecer el interés particular o el interés colectivo, pues con frecuencia uno u otro habrá de ser sacrificado o al menos limitado o condicionado.

En el Estado liberal individualista la tendencia es la supremacía del interés individual, si no en términos absolutos sí como un principio básico y fundamental en la justificación de la actividad de los órganos públicos.

El Estado social de derecho no pretende el sacrificio total de la persona pero sí la concibe en sus relaciones con otros entes individuales y sociales con los que interactúa y a los que debe tener en consideración, pues si bienestar colectivo no necesariamente puede ser la suma de muchos bienestares individuales, sí se entiende que el bienestar individual no se justifica plenamente si no se da en un ambiente de bienestar colectivo.

El Estado social de derecho no pretende constituirse como único y exclusivo promotor del bienestar social mediante una actitud totalitaria en la que el bien común se entienda como una finalidad unilateralmente preconcebida e impuesta por el propio Estado.

En realidad, el bien común, más que un fin en sí mismo, debe entenderse como el conjunto de circunstancias favorecidas por el Estado con el fin de auspiciar el desarrollo y perfectibilidad de que todo hombre es sujeto dentro del contexto social, político, económico, cultural, en que los hombres se desarrollan.

Si el Estado social de derecho reconoce la individualidad pero sin aislar a la persona del ámbito social en que vive, se desarrolla e interactúa, ello quiere decir que algunas de las normas que emite se encuentran dirigidas al establecimiento de situaciones de personas, y otras que se establecen tomando en cuenta las necesidades colectivas, de manera primordial, como un medio indispensable para lograr el bienestar individual.²⁰

²⁰ Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 9a. ed., México, Porrúa, 1995, p. 34.

El conjunto de derechos de que gozan las personas físicas o morales que ha sido establecido tomando en consideración de manera primordial intereses generales, son aquellos a los que podemos denominar derechos sociales y que pueden o no coincidir con otras figuras jurídicas como las garantías individuales o las garantías sociales. Lo anterior porque la tutela a los intereses personales puede justificarse no sólo mediante argumentos individualistas sino por las necesidades de la colectividad.

De lo dicho necesariamente se desprende que nuestra Constitución consagra garantías sociales, entendidas éstas como una variable de las garantías individuales en el sentido que ya he indicado, pero también a que el contenido social de la Constitución no se limita a este tipo de garantías sociales, pues es más amplio el contenido de derechos sociales establecidos en la propia Constitución.

En materia de derechos sociales, la forma central de reparación es obligar al cumplimiento de la obligación. Si yo tengo derecho a la salud, mi hijo está enfermo y necesita tratamiento, que la forma de reparación sea esperar que mi hijo se muera y después reclamar daños y perjuicios parece una imbecilidad; lo que uno pretende en ese caso es exigir el cumplimiento de la prestación, no alguna forma sustantiva u obtener el castigo penal del médico o de la autoridad que fue responsable de la omisión, lo que también parece una tontería. Uno pretende centralmente el cumplimiento de las obligaciones de vida.

En este sentido existen algunos problemas. El primer problema está vinculado con el hecho de que los derechos se consignan a nivel constitucional, pero han tenido poco desarrollo normativo en legislación inferior. Aunque los derechos estén reconocidos constitucionalmente, hay un cierto problema vinculado con el nivel de especificaciones de las obligaciones. Cuando tengo en la Constitución sólo una frase que dice que todo el mundo tiene derecho a la protección de la salud o todo el mundo tiene derecho a la educación, un problema que surge ahí es en qué consiste ese derecho y cuáles son los alcances posibles de ese derecho.

Así que es parte de la tarea la especificación del contenido de esos derechos, y la especificación de las conductas debidas para cada caso concreto depende en gran medida de responsabilidades de la legislatura, del Congreso de la Unión, de responsabilidades que están vinculadas con definir cuál es el contenido de estos derechos, en el sentido de definir quién es el titular del derecho, quién es el deudor del derecho y en qué consiste la obligación que surge de un derecho.

Sobre este problema no hay ninguna imposibilidad conceptual enorme, porque uno puede pensar en qué sentido el derecho a la salud supone una

serie de obligaciones que pueden ser definidas claramente, cuáles son los tratamientos a los que uno puede acceder a partir de este derecho, en qué consiste el derecho de educación y en qué consistiría el derecho a la vivienda. Esto requiere de definición normativa, cuya responsabilidad, centralmente, está en cabeza de la legislación.

En segundo término, hay alguna forma de completar e integrar esta idea a partir de la reglamentación inferior. Pero, en principio, la responsabilidad central de darle contenido a derechos, y especialmente a derechos fundamentales, la tiene el Congreso de la Unión.

La mayoría de las leyes vinculadas con estos temas en México simplemente fija fines y difiere a la administración, completamente, la política a realizar en esta materia. Así, me parece que ahí hay bastante que avanzar en materia de definición legislativa.

No obstante esto, aun cuando hay algunos defectos vinculados con la definición, yo creo que no hay un gran inconveniente en hacer aplicables por lo menos algunos principios que están establecidos en las leyes. Esto no crea ningún gran inconveniente. Esto es algo que hacen los jueces normalmente en otras materias, aplican el principio de razonabilidad, el de igualdad o el de no discriminación a otras formas en las que la administración lleva a cabo su actividad.

Existe un segundo eje que está vinculado con que contenido se da directamente a los derechos de la Constitución. A veces esta idea aparece bajo la noción del contenido mínimo esencial de los derechos. Y en este campo la que está en deuda, más bien, es la judicatura.

En México hay muy pocas sentencias sobre esta cuestión. Hay esporádicas sentencias vinculadas con salud, algunas con temas marginales vinculados con vivienda, pero no más. Así que en este punto los jueces han hecho poco para trabajar sobre la idea de un contenido mínimo esencial del servicio de educación o del servicio de salud, cuando esto sería perfectamente plausible. Hay muchos casos de otras jurisprudencias en el mundo que han trabajado en esta vía.

La idea de contenido mínimo esencial no agota el derecho. El derecho, centralmente, se desarrolló legislativamente, pero para esto también debe darse una pauta respecto del mínimo que deberían hacer el Congreso y la administración al reglamentar estos derechos o al llevar a cabo la prestación de estos derechos.

Una tercera cuestión es que generalmente los abogados y los jueces trabajan a partir de precedentes, de otros casos que han presentado otros abogados y de otros casos que han resuelto otros jueces. Y en esto también

hay un problema en México, debido a la poca tradición que tenemos en esta materia.

Hoy día no se han resuelto muchos casos de derechos sociales porque a los tribunales constitucionales no llegan muchos casos de derechos sociales.

Así que se necesita salir del esquema de sólo pelear la base de y sobre los artículos 14 y 16 constitucionales, y de ser un poco más imaginativo en la forma de presentar casos nuevos. Si no, será bastante difícil que la Corte Suprema decida casos vinculados con esta materia.

Parece que una ayuda suplementaria con respecto al contenido de estos derechos está dada por el hecho de que México es parte de tratados internacionales en materia de derechos humanos, y que los comités de supervisión de estos tratados, especialmente —en esta materia— el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han avanzado en la definición de estos derechos. Así que México, siendo parte de tratados internacionales y parte de los órganos de interpretación de esos tratados, ya les ha dado cierto contenido. Tampoco es difícil ir a ver qué significan para el órgano de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el derecho a la salud, el derecho a la vivienda, el derecho a la educación, el derecho a la alimentación o el derecho al agua. Sobre eso hay bastante material. Lo que falta en México es que los jueces empiecen a saber de qué se trata un tratado de derechos humanos y cómo aplicarlo para casos concretos.²¹

¿Cómo usar esos criterios que provienen del ámbito internacional para el ámbito local? Diría que además de desarrollar contenido a través del desarrollo normativo y al desarrollo jurisprudencial, falta desarrollo doctrinario de estos derechos.

Será pertinente tratar de diferenciar ahora, en busca de nuestro objetivo inicialmente trazado, algunos conceptos jurídicos que suelen ser confundidos en la práctica con efecto de cerciorarnos de que estemos hablando todos del asunto que nos ocupa: el tema de los derechos sociales exigibles de los mexicanos frente al Estado.²²

Para comenzar diremos que es posible afirmar que las imprecisiones son relativamente frecuentes en la ciencia jurídica, la mayoría de las veces debido a que indiscriminadamente se utilizan como sinónimos conceptos que no lo son; ya en la práctica los propios juristas con frecuencia nos equivocamos en su uso, e incluso el legislador, el juzgador y el gobernante con-

²¹ Cossío Díaz, José Ramón, *Dogmática constitucional*, México, Fontamara, 1997, p. 56.

²² Las palabras son instrumentos con los que se construyen “juegos del lenguaje”, pero sólo entendemos el significado exacto de las palabras cuando comprendemos su utilidad real y las utilizamos de forma adecuada.

tinuamente yerran confundiendo una cosa con otra. Un ejemplo evidente de esto es el concepto de derechos humanos, el mismo que a últimas fechas un grupo de legisladores federales quiere elevar a la categoría de garantías individuales en México; lo que por sí mismo deja muy claro que ni son ni significan lo mismo derechos humanos y garantías individuales.

Al mencionar el concepto derechos humanos, en automático presuponemos casi todos que es exactamente lo mismo que decir derechos naturales, derechos innatos, derechos subjetivos públicos, garantías individuales, principios generales del derecho, derechos sociales o derechos fundamentales, pero no lo es. Imposible dedicarnos aquí por razones de tiempo y de pertinencia metodológica a desentrañar cada concepto de los prerreferidos, pues sólo intentamos hacer énfasis en conceptos jurídicos de uso cotidiano para ponerlos en el tapete de las discusiones académicas.

Analizando con sencillez ambos conceptos, derechos humanos y garantías individuales, advertiremos que existe una sutil diferencia, a veces de simple énfasis e intensidad, entre las garantías individuales —las que están plasmadas en los primeros 29 artículos de nuestra Constitución Política mexicana— con respecto de los llamados derechos humanos que se contienen y puntualizan en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU.²³

No obstante, su diferencia rebasa lo meramente conceptual o del catálogo normativo que les contiene, subrayándose dicha diferencia respecto de su eventual exigibilidad al Estado.

En nuestro país, en tanto que las garantías individuales sí son exigibles directamente ante el Poder Judicial de la Federación frente a su eventual violación o inobservancia por parte de las autoridades del Estado, en una acción reparadora ejercida mediante el juicio de amparo, por cierto una creación jurídica mexicana legada al mundo, los derechos humanos no son exigibles ante los tribunales jurisdiccionales que administran justicia al no formar parte del catálogo de normas de nuestro derecho positivo vigente en México.

Ello es así porque la Declaración Universal de los Derechos Humanos, contrario a lo que la mayoría supone, no es un tratado internacional propiamente dicho acorde con nuestra Constitución Política, al no estar suscrita por el presidente de México, contándose con la ratificación del Senado de la República, el cual se integra por los representantes de las entidades federativas del país, y no por representantes populares o diputados, por cierto,

²³ Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en sesión plenaria del 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea general de la ONU. La misma fue oportunamente ratificada por México a través de su representante diplomático en dicha Organización.

por lo que no es una normatividad legal exigible al Estado mexicano atento a lo estipulado por el artículo 133 constitucional.²⁴

Aunque debería ser observable en un momento dado debido a que el representante del Estado mexicano en la ONU, en diciembre de 1948, como lo hiciera entonces la inmensa mayoría de los representantes nacionales ante la ONU, que no todos ellos, también votó a favor de la aludida Declaración.²⁵

Por ende, las recomendaciones que a manera de resolución de una queja por violación a los derechos humanos formula a nivel federal la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) son muestra palpable de ello, ya que no son vinculatorias al carecer el *Ombudsman* nacional y, en congruencia, los *Ombudsman* locales de las 31 entidades federativas del país y del Distrito Federal, del imperio normativo y la coercividad suficiente para hacerlas cumplir de manera forzosa en la práctica.²⁶

Tampoco pueden equipararse las aludidas garantías individuales con las llamadas garantías sociales, pues se ha evidenciado una clara distinción entre el “individuo político y el individuo social debido a la transformación operada no sólo en la teoría general del Estado, sino también en la doctrina jurídica de los derechos individuales, los cuales, por cierto, se hallan limitados por los sociales.²⁷

Alberto Trueba Urbina, sin duda uno de los tratadistas mexicanos más notables en esta materia, señaló al respecto con absoluta claridad que: mientras las garantías individuales son atributos exclusivos de los individuos, las garantías sociales corresponden al hombre visto desde la perspectiva social.²⁸

Sin ser exactamente lo mismo, los derechos sociales son el resultado lógico jurídico de las llamadas garantías sociales, las que obligan al Estado a

²⁴ El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en lo conducente: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebre por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión...”.

²⁵ La historia de los derechos humanos, “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, consultables en la página Web: www.YouthforHumanRights.org.

²⁶ Para constatarlo véase el texto del artículo 102-B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

²⁷ *Las garantías sociales*, 2a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, 2005, p. 45.

²⁸ Trueba Urbina, Alberto, *La primera Constitución político-social del mundo. Teoría y proyección*, México, Porrúa, 1971, p. 29.

actuar a favor de ciertos sectores de la colectividad perfectamente definidos, como trabajadores, campesinos, indígenas, grupos vulnerables o marginados, y otros más, brindándoseles un trato jurídicamente diferenciado por hallarse plasmado el mismo a nivel constitucional; derechos sociales que han sido luego desarrollados en legislaciones específicas, tales como la laboral, la agraria, la educativa o la de seguridad social.

En lo que ahora más interesa resaltar, los derechos sociales tienen siempre tres cualidades básicas, a saber:

- a) Son normas taxativas, pues limitan o circunscriben un caso concreto a determinadas circunstancias, sin admitir discusión al respecto de su existencia.
- b) Son normas de orden público e interés social, lo que implica que son normas legales que no pueden ser alteradas ni por voluntad de los individuos ni por la aplicación del derecho extranjero; siendo una pretensión de la colectividad entera su aplicación a favor de los sujetos protegidos por las mismas.
- c) Son normas irrenunciables e inalienables, esto es, que en razón de su propia naturaleza intrínseca, respecto de tales derechos tutelares no procede en ningún caso renuncia táctica o expresa a su eventual protección, y tampoco se puede negociar su observancia bajo ninguna circunstancia. Está prohibido, vedado.

Con lo antes plasmado han quedado ya diferenciados, de otros conceptos análogos, los derechos sociales, que se convierten en una exigibilidad al Estado.

Los derechos sociales exigibles al Estado debería ser la premisa fundamental de una sociedad democrática. Estamos ya en posibilidad jurídica de comenzar a desarrollar el tema de los llamados derechos sociales exigibles. Para empezar nos centraremos en el derecho social del cual emanan.

El derecho social debe su contenido a una nueva concepción del hombre; por el derecho no conoce personas individuales, sino patrones y trabajadores, terratenientes y campesinos, profesores y estudiantes, o empleados y personas productivas necesitadas de protección social.

1. La importancia de los derechos humanos en la consolidación de una protección constitucional homogénea

Para poder abordar el tema de la vinculación cada vez más fuerte entre el derecho internacional y el derecho constitucional es necesario desarrollar

el tema de la protección y universalidad de los derechos humanos, los cuales han repercutido desde las diversas declaraciones internacionales, hasta las legislaciones locales, mismas que no sólo se han limitado a establecer instrumentos de protección, sino que han realizado acciones de coordinación para unificar distintos criterios jurídicos, y establecer una jurisdicción universal en esta materia.

Con la aparición de la Liga de las Naciones se comenzó con una nueva conceptualización de la soberanía. Este antecedente de la Carta de las Naciones Unidas estableció, como lo señala Markus Kotzur, una idea de un sistema de seguridad colectiva,²⁹ en el cual los Estados limitaban su soberanía, accediendo a integrar un documento y un órgano supranacional, cuya finalidad —en una primera etapa— fue enfrentar la libertad de guerra y, en un segundo plano —mas no por eso menos importante—, brindar protección y seguridad a toda la humanidad.

Pero para llegar a esta colectivización soberana en materia de derechos, se tuvo que definir el porqué de la universalidad de los derechos humanos, esto es, el porqué es necesario reconocerlos y establecer marcos de protección en el derecho positivo.

Esta conciencia internacional de velar por los derechos humanos no se dio sino hasta mediados del siglo pasado, en el que después de dos guerras mundiales los Estados comprendieron que era imprescindible establecer marcos jurídicos comunes en los que cada uno se comprometiera a salvaguardar y proteger de una misma forma, la dignidad de las personas.

El primer antecedente de un documento de reconocimiento y protección internacional, en materia de Derechos Humanos, fue la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. En este documento el pueblo manifestó su soberanía, al señalar los derechos que debían serles reconocidos, y por ninguna circunstancia, vulnerarseles en algún grado.

Si bien es cierto, que esta declaración como tal no tuvo obligatoriedad sino hasta la Constitución Francesa de 1791, fue el primer paso fundamental, en que la soberanía popular buscaba que las autoridades, que emanaban directamente de esta, estuviesen permanentemente protegiendo y salvaguardando los derechos proclamados.

Pero no fue hasta el 10 de diciembre de 1948 que se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual es el fruto de los esfuerzos de varios intelectuales, políticos y organizaciones de diversos países que trabajaron para consolidar un ordenamiento común.

²⁹ Kotzur, Markus, *La soberanía hoy*, México, UNAM, 2003, p. 94.

La declaración por sí sola no tiene efectos de coacción, por lo que los Estados suscritos se someten a cumplir los estatutos de buena voluntad, pero el efecto de esta Declaración, y de las posteriores, ha sido consolidar una noción colectiva en cuanto a la protección de los derechos humanos, así como buscar medios alternos de justicia en caso de que sean vulnerados. Esto último ha sido resultado de la evolución de dicha conciencia colectiva internacional, la cual ya no sólo busca producir declaraciones o pactos internacionales, sino que va más allá, influyendo en la modificación interna constitucional de los Estados, armonizando su estructura con esta visión internacional pro-personal.

Las características de inalienabilidad de los derechos humanos se da por la independencia de éstos a cualquier fuerza, orden, estructura gubernamental, y en eso radica su universalidad, pues están más allá de cualquier ordenamiento local que los reconozca o no, es decir, existen por ser inherentes a la naturaleza del hombre.

Por ser inalienables, los derechos humanos poseen esta característica en cualquier sistema jurídico, por la que se puede advertir que se encuentra más allá de la peculiaridad o rasgo distintivo que tenga el mecanismo de protección establecido en un Estado determinado.

En la actualidad, muchos sistemas constitucionales han dotado de primacía a la par de la Constitución a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, propiciando un nuevo orden interno, en donde lo que prevalece como factor superior es la vigencia y respeto pleno de los derechos humanos.

Esta igualdad jerárquica, denominada bloque de constitucionalidad, ha traído consigo que lo estipulado dentro de un pacto internacional, siempre y cuando haya sido ratificado, tenga el mismo valor en cuanto efectos, y vinculatoriedad que la ley fundamental.

Otro aspecto que marca esta tendencia es el desarrollo que ha tenido la jurisdicción internacional, sobre todo en materia de derechos humanos la cual, no está supeditada a un ámbito de validez espacial determinado, sino que se establece una jurisdicción única que rige en todos los sistemas jurídicos. Al respecto:

...se advierte la tendencia hacia el reconocimiento de la superioridad del derecho internacional, al establecerse los organismos judiciales para resolver los conflictos entre los Estados o entre los particulares y sus gobiernos sobre la violación de sus derechos y libertades fundamentales establecidas en el

Convenio suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950 y sus protocolos adicionales.³⁰

Como se mencionaba, existen legislaciones que están a la vanguardia de esa protección universal de los derechos humanos, lo que se denomina la soberanía parcial, la cual converge en esa ambivalencia externa e interna, en la que tanto en el derecho internacional como el derecho constitucional se ven entrelazados para exaltar la inviolabilidad y primacía de los derechos humanos.

En los sistemas constitucionales donde se han incorporado bloques de constitucionalidad se puede observar cómo la regulación interna no sólo ha adoptado la aplicatoriedad de los tratados internacionales, sino que la ha equiparado a un mismo nivel jerárquico, estableciendo una ambivalencia interna y externa, considerando que lo suscrito y ratificado por estos Estados no sólo es un aspecto meramente programático, sino que incide de forma directa y general en el mismo grado que los elementos constitucionales internos.

Estos son claros ejemplos de soberanía de los derechos humanos, es decir, la Constitución ya no protege única y exclusivamente los derechos humanos hacia su interior, sino que se han adoptado a una protección universal que requiere, bajo las circunstancias actuales, estar integrado en orden jurisdiccional internacional único.

2. La soberanía de la comunidad internacional en materia de los derechos humanos y su influencia en los marcos constitucionales locales

Como se había señalado anteriormente, uno de los efectos primordiales que vinieron a desplazar los controles soberanos internos fue la búsqueda de una protección universal de los derechos humanos.

Los Estados son sujetos de relación con otros en materia de derechos humanos, procurando celebrar acuerdos que fortalezcan su protección, adecuando su modelo jurídico interno a lo contenido por los tratados internacionales.

Sin duda alguna, esta protección internacional trae consigo un beneficio a todas las personas, pues son las receptoras directas de esta tutela universal directa.

Pero estos convenios, acuerdos o declaraciones ¿podrían ser considerados realmente norma positiva internacional? Si bien los tratados interna-

³⁰ Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia constitucional*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001, p. 117.

cionales en materia de derechos humanos no poseen medios coactivos que obliguen su cumplimiento a los Estados, éstos no carecen de vinculatoriedad, pues se sustentan en el principio *pacta sunt servanda* previsto en la Convención de Viena, instrumento regulador sobre el funcionamiento, vigencia y alcance de los tratados.

Si bien es cierto que no hay un órgano emisor y regulador de legislación internacional que obligue a los Estados, afirma que la legitimación de este derecho se da con base en lo siguiente:

...Rigen, en su defecto, los denominados usos y costumbres jurídicos, cuya positividad proviene del derecho de gentes, y las convenciones y los pactos concretos atenedos al *pacta sunt servanda*.

Pero todo el derecho, costumbre jurídica o ley, manifiesta una voluntad: la del soberano. En el *pacta sunt servanda*, los representantes políticos de las autoridades soberanas dan positividad a los compromisos contraídos. El acuerdo común, procedente de la pluralidad de autoridades firmantes, origina una voluntad uniforme, manifestada en el contenido del pacto firmado.³¹

Hoy en día, la relación de los Estados se empieza a estructurar con base en problemas de actualidad, tales como el terrorismo, la migración, la pobreza, etcétera, cuyos efectos se perciben a nivel multinacional, originado en su mayor parte por el proceso de la globalización.

Pero además de esos fenómenos contemporáneos, desde mediados del siglo XX, con la conformación de la Organización de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, los Estados han tratado de generar un sistema jurídico común que proteja efectivamente a los derechos humanos.

La asimilación constitucional por parte de los Estados de los derechos humanos ha sido un proceso lento pero constante; aunque no basta suscribir declaraciones, así como celebrar tratados internacionales, sino que es imprescindible que los Estados se unan y se comprometan a proteger esos derechos de forma coordinada, es decir, que se formalicen políticas progresistas en todo lo relativo a su actuar.

La llamada soberanía de los derechos humanos asume el compromiso de protegerlos, tanto en el ámbito exterior como en el interior. Dicha protección busca salvaguardar de forma efectiva su vigencia, ante la inoperancia del Estado-nación.³²

³¹ Arnaiz, Aurora, *Soberanía y potestad*, México, Noriega, p. 497.

³² *Idem*.

Los pactos internacionales de derechos humanos comprenden instancias jurisdiccionales para que se ventilen los casos de violación a derechos humanos. Estos tribunales internacionales ejercen una jurisdicción y competencia sustentadas en la soberanía de los derechos humanos, que fue concedida al momento en que las partes se sujetaron a hacer valer lo previsto en los tratados. Una persona tiene la facultad de acudir ante la instancia internacional, una vez que han sido agotadas las instancias jurisdiccionales internas.

Día con día, las resoluciones jurisdiccionales internacionales, y las medidas de los gobiernos en pro de un ordenamiento mundial justo, han trazado un nuevo concepto de soberanía, el cual deriva en una nueva estructura estatal. Podríamos hablar en concreto de una metamorfosis constitucional. Respecto a la naturaleza e importancia de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales internacionales, advierte lo siguiente:

Una mención especial debe hacerse respecto de los tribunales de derechos humanos, pues si bien tienen carácter internacional y sus decisiones, aun cuando obligatorias no son ejecutivas en forma directa en el ámbito interno, asumen una considerable influencia, en virtud de que cada día son más numerosos los ordenamientos nacionales que no sólo otorgan jerarquía superior a los tratados ratificados por los Estados respectivos, sino inclusive naturaleza constitucional o equivalente, por lo que los jueces y tribunales internos aplican cada vez con más frecuencia, algunos incluso por mandato constitucional, tanto los derechos consagrados en dichos instrumentos supranacionales como la interpretación que de los preceptos de dichos tratados realizan los citados tribunales de derechos humanos.³³

La capacidad de un Estado para concertar acuerdos ya no estará basada en un interés particular entre las partes contrayentes, sino que en materia de derechos humanos, los acuerdos multinacionales van más allá de un simple consenso, pues por su importancia tienen que prevalecer sobre cualquier sistema constitucional.

Los Estados día con día actualizan su marco normativo para poder encausar y dar protección efectiva a los derechos humanos. Un Estado, al suscribir un tratado, no sólo está obligado a dar un cumplimiento abstracto, sino que debe implementar su contenido en todos los ámbitos y sectores de la sociedad; en concreto, orientarlo hacia las personas, las cuales son las beneficiarias directas.

³³ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 566.

Los sistemas constitucionales están supeditados a una exigencia internacional, por eso se habla de una merma, o inclusive de la separación de la soberanía. Stephen Krasner señala al respecto que:

...los convenios llegan a comprometer la soberanía... pero no necesariamente. Al aceptarlos, los gobernantes están extendiendo una invitación que posee el potencial de introducir una autoridad externa en su propia política. Los gobernantes podrían llegar a integrarse a estos acuerdos sabiendo perfectamente que, al hacerlo, están quizás limitando su propia autonomía al alterar la visión interna de la que debería ser una conducta legítima, autorizando la supervisión exterior de prácticas internas, o creando procedimientos de adjudicación a terceros que ofrezcan a ciudadanos a título individual, no sólo a los Estados, un estatuto legal.³⁴

De lo anterior podríamos plantear las siguientes cuestiones: ¿la soberanía ya no está controlada por el Estado única y exclusivamente?, ¿es compartida con otros órganos supranacionales?, ¿se ve reducida la autoridad de los gobernantes ante la supervisión de un órgano jurisdiccional o de protección en materia de derechos humanos?

La soberanía ya no encuadra con la realidad jurídica contemporánea, puesto que el entorno internacional de un Estado es cada día más determinante e influyente dentro de su propia esfera, y el Estado único, indivisible y absoluto, ya no puede por dicho entorno, sustraerse y actuar de forma independiente.

En la protección de derechos humanos, la soberanía es más que un poder único y absoluto, es un concepto que ha evolucionado y que se ha adaptado a la imperiosa necesidad internacional de coordinar actuaciones para proteger a todos los hombres de posibles violaciones en sus derechos, y evitar en lo futuro, a través de esos pactos internacionales de protección, y la consolidación y fortalecimiento de los tribunales internacionales, que se vuelvan a repetir los genocidios, crímenes y represiones que en el pasado se han cometido.

“La soberanía estatal externa queda disminuida y limitada, ya que los derechos esenciales de las personas son objeto de tutela en el ámbito internacional frente a los Estados mismos, surgiendo los tribunales y cortes internacionales con decisión jurisdiccional vinculantes para los Estados parte”.³⁵

³⁴ Véase Krasner, Stephen, *Soberanía, hipocresía organizada*, Barcelona, Paidós, 2000, pp. 154 y 155.

³⁵ Nogueira Alcalá, Humberto, *La soberanía, las Constituciones y los tratados*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002, p. 297.

La soberanía, entonces, está ligada siempre a la cuestión de la fundamentación de la competencia y es, en tal medida, una noción ordenadora que asegura la paz y la libertad.³⁶

En estos momentos la soberanía se encuentra delineada por los mecanismos y tratados de protección de los derechos humanos, que elevan como valor supremo su defensa, independientemente del ámbito espacial de competencia, ya que dicha supremacía prevalecerá en razón de su contenido universal.

El orden estatal no puede oponerse a los efectos generales que emanan de los acuerdos internacionales de derechos humanos, ya que estos últimos no tienen límite de aplicación espacial, sino que buscan directamente el beneficio de la persona.

Los Estados por sí solos ya no poseen la facultad para determinar positivamente si el contenido de los tratados internacionales los vincula o no, ya que existe una fuerza vinculatoria universal que incide directamente en la regulación y protección de los mismos, puesto que el respeto a la dignidad de la persona no se encuentra sujeto al reconocimiento expreso o no de una legislación local, y mucho menos a la protección de la soberanía estatal, sino a un ordenamiento supraestatal que obliga al cumplimiento y cooperación de todos los Estados, generando efectos *erga omnes* para todos los ciudadanos, independientemente del ámbito jurídico de validez que se encuentre por ello:

La soberanía estatal queda fuertemente disminuida y reducida, ya que tales derechos esenciales de las personas constituyen un lugar en la cúspide del derecho internacional público de carácter imperativo por su significación civilizadora y su alcance universal. En materia de derechos humanos, los Estados tienen obligaciones frente a la comunidad internacional. Tales derechos constituyen un patrimonio común de la humanidad y una obligación *erga omnes* respecto de todos los Estados.³⁷

Los derechos humanos han evolucionado de tal forma que los tratados que versan sobre esta materia tienen una implicación directa sobre las Constituciones, e incluso su primacía en algunas legislaciones demuestra que los ciudadanos gozan de una protección que los favorece en cuanto a la utilización de diversos instrumentos o jurisdicciones. Conforme a esto, se afirma:

...puede ocurrir que un mismo derecho se encuentre regulado simultáneamente en varios instrumentos internacionales, en diversos grados de beneficio

³⁶ Kotzur, Markus, *op. cit.*, p. 95.

³⁷ *Ibidem*, p. 299.

a las personas. También puede ocurrir que ese mismo derecho humano encuentre un reconocimiento mucho más favorable a las personas, en el texto constitucional que corresponde o viceversa en un instrumento internacional.³⁸

Es un hecho que, hoy por hoy, la soberanía bajo el concepto estatal, con sus límites y aplicaciones, se encuentra en un proceso de plena modificación, puesto que el respeto y vigencia de los derechos humanos ha transformado las relaciones entre Estados, y sobre todo la visión de los gobiernos, los cuales han asumido la noción de anteponer como principio fundamental en su actuar, el respeto a la esfera jurídica de los individuos.³⁹

Si la concepción clásica afirmaba que la soberanía no tenía ningún poder oponible o por encima de ésta, la realidad es que los Estados no sólo están obligados jurídicamente en un sentido de cooperación de igual a igual en lo externo, sino que están obligados a cumplir las disposiciones de los tratados en materia de derechos humanos hacia su interior, colocándose como un valor prioritario ante cualquier valor aparentemente preponderante.

Los Estados están obligados en un solo sentido, ya que los derechos humanos no se pueden conducir bajo los parámetros de la teoría helleriana, la cual se basaba en el ejercicio de la soberanía en dos sentidos: interno y externo. El cumplimiento de las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos tiene un efecto general en todos los ámbitos y sectores de los Estados.⁴⁰

La soberanía actualmente no está en un punto de referencia único y de aplicación total, sino que, tal y como se advirtió, su valoración es parcial,

³⁸ Ayala Corao, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados*, México, Fundap, 2003, p. 82.

³⁹ El Estado contemporáneo de la segunda mitad del siglo XX queda sometido crecientemente a un derecho internacional de los derechos humanos y a un derecho internacional humanitario, en el cual la soberanía o potestad estatal cede ante la valorización fundamental y la primacía de la dignidad de la persona y los derechos humanos, marco dentro del cual se mueve actualmente la potestad estatal, surgiendo así, parodiando con el Estado de derecho nacional, un Estado de derecho internacional, tanto en la guerra como en la paz, el cual genera las bases o germen de una Constitución mundial en el ámbito tradicional dogmático de ésta.

⁴⁰ Los Estados por propia voluntad y libremente se someten a un derecho que los supera y subordina (el derecho internacional de los derechos humanos y sus garantías jurisdiccionales), el cual no se estructura en un tratado de tipo contractual tradicional donde la norma es el interés de las partes; los tratados que aseguran y garantizan derechos esenciales de la persona humana tienen un interés superior a las partes, que es la dignidad de la persona y los derechos humanos, frente a lo cual los Estados se subordinan y están obligados a cumplir siempre las disposiciones del tratado, aun cuando otro Estado los vulnera, ya que todos ellos se someten a un bien jurídico que los supera y tiene carácter prioritario: el respeto y garantía de los derechos de la persona humana, siendo la humanidad toda la que se resiente con dichas vulneraciones.

puesto que su potestad está limitada por un elemento superior que no tiene una territorialidad o demarcación específica; es una jurisdicción única y universal basada en la supremacía de los derechos de humanos.

El tema de los derechos fundamentales y su nueva dimensión disfruta de especial importancia en todos los ordenamientos jurídicos avanzados. El respeto a los derechos fundamentales, actualmente, constituye el principal interés público. Los derechos fundamentales se han transformado en la base de los sistemas políticos.

El fin definitivo de los derechos fundamentales es la dignidad de la persona humana y la libertad como valor indispensable.

X. BIBLIOGRAFÍA

- AMARTYA, Sen, “Capacidad y bienestar”, en NUSSBAUM, Martha y SEN, Amartya, *La calidad de vida*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- ARNAIZ, Aurora, *Soberanía y potestad*, México, Noriega, 2006.
- AYALA CORAO, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados*, México, Fundap, 2003.
- BURGOA, Ignacio, *Garantías individuales*, México, Porrúa, 2001.
- CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (coords.), *La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Dogmática constitucional*, México, Fontamara, 1997.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Justicia constitucional*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001.
- FRENK, Julio, “La salud en México”, *Revista Nexos*, México, 2008.
- IZQUIERDO MUCIÑO, Martha Elba, *Garantías individuales y sociales*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 1995.
- KOTZUR, Markus, *La soberanía hoy*, México, UNAM, 2003.
- KRASNER, Stephen, *Soberanía, hipocresía organizada*, Barcelona, Paidós, 2000.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La soberanía, las Constituciones y los tratados*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2002.
- NUSSBAUM, Martha C., *Las fronteras de la justicia*, Barcelona, Paidós, 2007.
- RAWLS, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002.
- SALTALAMACCHIA, N. y COVARRUBIAS, A., *Derechos humanos en política exterior. Seis casos latinoamericanos*, México, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, 2011.

SÁNCHEZ CORDERO, Olga, *El derecho constitucional a la protección de la salud*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2000, colección Discursos, núm. 6.

SECRETARÍA DE SALUD, *Encuesta nacional de salud y nutrición 2006*, Morelos, Instituto Nacional de Salud Pública, 2006, disponible en: www.salud.gob.mx/plandedesarrollo.

———, *La democratización de la salud en México. Hacia un sistema universal de salud*, México, Programa Nacional de Salud 2001-2006, 2001, disponible en: www.salud.gob.mx/plandedesarrollo.

TRUEBA URBINA, Alberto, *La primera Constitución político-social del mundo. Teoría y proyección*, México, Porrúa, 1971.